

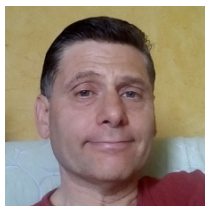
Le Droit entre système et interprétation

Author : L'équipe d'iPhilo

Categories : [Philo Contemporaine](#)

Date : 2 octobre 2017

ANALYSE :



Agrégé et docteur en philosophie, Henri Dilberman est professeur à l'Ecole Supérieure du Professorat et de l'Education (ESPE) de l'Université de Poitiers. Spécialiste de Wilhelm von Humboldt, il collabore régulièrement à la Revue philosophique de la France et de l'étranger et est coauteur de plusieurs ouvrages, dont [50 fiches pour comprendre la philosophie antique](#) (Breal, 2012).

Le Droit n'est-il, comme le veut une tradition antique reprise par Perelman, que rhétorique, art par exemple de persuader que telle règle l'emporte dans un cas donné sur telle autre en grossissant pour ainsi dire les raisons d'aller dans ce sens ? C'est là une mise en cause du statut du Droit : se définit-il bien comme un système cohérent de règles, ou seulement comme l'herméneutique en situation d'un ensemble de textes plus ou moins disparates ? Et peut-on vraiment parler de règles, ou seulement d'arguments déguisés en règles ?

Quel statut pour le Droit ?

Le Droit a parmi les sciences déductives un statut particulier. Il ne s'agit en effet ni d'un savoir comme la physique, ni d'une science purement formelle comme les mathématiques contemporaines. C'est une *praxis*, mais non une simple technique (ni une technique simple !), en ce sens que, comme la médecine ou la morale, le droit vise une valeur complexe, la Justice, qui malgré ses affinités avec la proportion n'est pas mathématisable. La Justice s'oppose en particulier à un usage malveillant du Droit, par exemple la tentation procédurière. Enfin, il n'est pas si facile de distinguer entre la pratique du Droit - la motivation de la décision par exemple - et la réflexion

sur le Droit. Qu'est-on en droit d'attendre, ou non, de l'interprétation d'une loi : à partir de quand cette interprétation est-elle abusive ou au contraire trop littérale ? Qu'est-ce qui fait que dans un cas donné une interprétation est « la plus probable » ?

Lire aussi - [Que savons-nous de la réalité des choses ? \(Claudine Tiercelin\)](#)

Le formalisme juridique n'est donc qu'un semi-formalisme. Par définition, la jurisprudence suppose que les décisions ne sont pas déterminées d'avance, si bien qu'elle évolue sur un mode historique, non déductif. L'on distingue certes entre juger sur le fond et sur la forme. Mais le fond renvoie ici, non à on ne sait quel contenu pur, mais à la notion de fondement : telle prétention est-elle fondée, et comment la fonde-t-on ? Par déduction pure d'un texte, ou en considérant aussi la nature particulière du cas ? Il y a des instances comme la Cour de Cassation dont c'est la mission de juger quant à la seule forme. Il s'agit non de la forme au sens logique du terme, mais de questions de procédure, de formalités ; par exemple des questions de nature procédurale ou technique comme la recevabilité, la contestation de la validité de la procédure, les vices et nullités de forme, la compétence du tribunal, l'observation des délais... Il est bien sûr logique d'examiner la valeur et la recevabilité d'une pièce avant d'en tirer des conclusions. Mais trop de formalisme juridique a pour effet de refermer la procédure sur son propre jeu : dans le cas du recours à la torture, l'aveu devient une sorte de moment obligé d'un rituel. Le formalisme dont traite le jugement quant à la forme revient bien sûr à juger le jugement, ou sa possibilité, il est métajuridique. Mais c'est une forme opposée au fond, moins l'armature du raisonnement qu'un contenant, comme une boîte. Prenons pour exemple les liens supposés d'un juré avec la victime. Ces liens concernent certes la forme du procès, la procédure, mais ils n'appartiennent pas pour autant à la déduction du droit.

Réalité du Droit et idéal du Droit

Le Droit, même dans les Nations qui ne sont pas de *Common law*, possède-t-il une systématisme suffisante pour être autre chose qu'une accumulation de textes et de décisions ? Dans ces conditions, le Droit (au singulier) existe-t-il ? Posée ainsi, la question peut sembler saugrenue. La conscience commune peut bien douter de la morale, elle ne doute guère de l'appareil compliqué du Droit, d'autant que le Droit a ses servants, un peu comme la Médecine. Cette profession juridique, héritière peut-être de la Robe de l'Ancien régime, est néanmoins diverse tant par les statuts et l'expertise que par les conceptions et les pratiques. Ainsi, et je m'appuierai ici sur mon expérience de justiciable, tel avocat verra avant tout dans le droit un moyen d'intimider ses interlocuteurs : pour lui le droit est une arme, et il est lui-même une arme, d'où la nécessité de conforter l'image d'un Droit hostile aux faibles. Tel notaire semble considérer que le Droit est là avant tout pour qu'on s'arrange avec lui, car la loi « *est quod notamus* », selon un redoutable jeu de mots latin. Tel magistrat parisien voudra surtout amener les plaignants à quelque conciliation, il substitue ainsi l'entente ou le contrat à la loi, car il a autre chose à faire qu'à s'occuper d'affaires de famille, la procédure rigoureuse étant bien sûr trop longue et trop aléatoire, et les Juges trop peu

nombreux. Syndics, administrateurs judiciaires, huissiers de justice, procéderont selon la routine, à coup de référés. Par exemple, dans le cas d'une succession gelée faute d'accord, ils parleront d'indivision même quand la présence d'un légataire universel exclut l'existence de cette indivision ; en cas de contestation, tel administrateur judiciaire substituera au mot « indivision » celui de « succession », sans prendre garde que l'indivision est un terme juridique qui désigne un quasi-propriétaire collectif tandis que la succession désigne plutôt un processus.

Notre critique, il est vrai, présuppose que le droit positif ne se confond pas avec la pratique des juristes de profession. Il y a le fait et le Droit, mais il y a aussi le Droit de fait et le Droit de Droit, qui ne se confond pas avec le Droit naturel : il appartient à la sphère idéale du droit positif. Le Droit est pour partie recours contre sa propre pratique ! C'est une des dimensions de l'Etat de Droit. Le Droit ne se confond pas avec la représentation qu'en ont les juristes, il est inséparable de textes positifs, au fondement d'un véritable « monde 3 » dans la terminologie de Popper, dont les objets ne sont ni des réalités naturelles ni des états psychiques, mais des entités culturelles comparables à une théorie scientifique, ou au « monde » propre d'un roman.

Entre doute et perplexité

Les juristes déduisent, mais ils rencontrent presque tout de suite dans ce travail des questions comme celle de l'applicabilité ou non de telle proposition générale, règle, à tel cas, soit que ce cas soit mal caractérisé (cas douteux) soit qu'il semble poser problème, logique ou moral, à la règle (cas perplexe) ; et enfin celle de l'existence de textes et de jurisprudences difficilement conciliables au moins dans un cas donné.

Ainsi, *a priori*, le voleur volé ne l'a pas été, puisqu'on ne peut être volé de ce qui ne constitue pas notre propriété. Néanmoins, ce cas ressemble au vol, car il répond à certains critères qui définissent le vol, mais pas tous. Il y a donc là cas douteux : à première vue, le second voleur n'est pas un voleur, même s'il croyait en être un. Toujours est-il que la Cour de Cassation criminelle a le neuf mars 2016 considéré que le voleur volé était bien lésé, puisqu'il était ainsi empêché de rembourser sa propre victime ! Le cas, de douteux, devient donc perplexe : on ne voit pas comment punir quelqu'un d'un méfait qui n'existe pas. Pourtant il a bien lésé le voleur volé, puisque cela a été l'occasion de la découverte du premier vol et par conséquent de la condamnation du voleur volé à restituer le bien, qui n'est plus en sa possession ! Autrement dit, la décision de Droit entre dans la boucle déductive du Droit, le Droit ne se contente pas de juger un état de fait extérieur.

L'on n'attend donc pas du Droit une parfaite cohérence, mais qu'il vise à la cohérence. Dans certaines conceptions, nous rappelle Pol Boucher, l'on considère pourtant que le Droit devrait procéder uniquement sur un mode interne, c'est-à-dire nourrir ses conclusions des seuls textes positifs, de la lettre. On peut cependant y parvenir par le recours à des métarègles qui permettent de décider quelle règle a préséance sur une autre en cas de conflit, d'antinomie. Mais n'est-ce pas oublier que l'origine d'une règle donnée est liée à quelque situation réelle ou typique (caractérisée)

et que forcément elle perd de sa légitimité, ou de son applicabilité, quand on s'éloigne de cette situation ? L'univocité supposée du Droit est en tout cas une visée, non un fait, il s'agit même d'une règle d'interprétation du Droit : on suppose que « le Législateur » a pour toute situation un discours défini et décisif, et on le lui fait dire. Il s'agit donc dans la langue de Kant d'un Idéal régulateur, de métarègles dans le langage de l'épistémologie contemporaine. Cet idéal ne permet pas en lui-même de trancher, il dit qu'il faut trancher. De fait, la cour d'Appel infirme très souvent une décision prise en première instance, et à vrai dire elle est faite pour cette éventualité. Mais la décision prise en appel ne semble pas toujours plus exacte, plus rigoureuse, ni même plus informée, que celle de la première instance...

Comment cela est-il possible ? Sans même évoquer les erreurs judiciaires, nous disions qu'un cas peut être douteux, mal caractérisé, ambigu, mal entrer dans telle ou telle catégorie prévue par la loi. Lyotard a montré que la langue juridique ne se confondait pas avec la structure de la réalité, pas plus d'ailleurs que quelque syntaxe que ce soit. Il y a donc du jeu entre l'expérience en général, ou l'expérience morale en particulier, et les catégories juridiques, voire entre deux catégorisations juridiques. Ainsi le voleur volé peut être considéré comme lésé, ou bien non, selon la lecture des textes et de la situation. Plus exactement, une Cour peut être plus sensible qu'une autre à la situation réelle de ce voleur volé, condamné à rendre ce qui n'est plus en sa possession, et donc lésé de fait sinon en première instance de droit.

Selon le même exemple, il peut y avoir non pas seulement doute, difficulté à caractériser un cas, mais encore perplexité, qui traduit une imperfection du Droit lui-même en regard d'un cas donné. La perplexité est analogue à ce qu'est en logique un paradoxe, elle peut comme lui résulter de la collision d'un raisonnement et de la réalité empirique. Le voleur n'est pas volé en première instance, car il n'était pas propriétaire du bien dérobé, mais il est volé tout de même en cassation, en tout cas il subit un grief, selon un autre raisonnement tout aussi valable mais il est vrai parti d'un autre point de vue : à savoir que le voleur volé était de fait dépositaire d'une somme d'argent qu'il lui fallait rendre. On le voit, moyennant certaines contorsions, le Droit peut mieux dire la réalité d'un cas donné, ce qui le rapproche d'une langue en général ou d'une science empirique. De même, sa capacité à parler de lui-même (au risque de se contredire) le fait ressembler au langage avec sa fonction métalinguistique. Le droit ressemble donc davantage que les mathématiques, ou plutôt qu'une géométrie donnée, par exemple celle d'Euclide, à une langue où l'on peut justifier des idées opposées par des argumentations dont la rigueur n'est bien sûr que moyenne, conformément à la nature de la dialectique au sens d'Aristote. On pensera aussi au jeu d'échecs, où l'astuce du joueur lui permet d'utiliser les règles immuables pour parvenir à ses fins.

Voici un second exemple, qui repose davantage sur une contradiction interne au Droit et à ses procédures : quand une succession est gelée, faut-il considérer que le Légataire universel possède pourtant tous les biens dès la mort du testateur ? Ou bien faut-il plutôt assimiler provisoirement le bien à une indivision, car les réservataires n'ont pas été encore dédommagés ? La distinction entre le notaire et le Tribunal ne facilite guère la solution du problème. En effet, la procédure notariale,

au moment de la liquidation d'une succession, moment qui parfois s'éternise, semble suivre une logique propre et entre parfois en collision avec l'abstraction juridique selon laquelle il n'y a pas de solution de continuité dans la propriété, car un bien est à chaque instant le bien de quelqu'un. Le Dalloz de 2016 parlait ainsi d'un « état d'indivision » entre le légataire universel et les héritiers réservataires, quand la jurisprudence postérieure mais de la même année (Cour de cassation, première chambre civile, 11 mai 2016) nie toute indivision.

De fait, le dédommagement sera estimé en fonction de la valeur, si bien que les réservataires pourraient par cohérence et surtout facilité être assimilés à de simples créanciers du Légataire, et non des propriétaires en « état d'indivision ». Le légataire universel est censé en effet bénéficier de la totalité de la succession, il ne doit aux héritiers leur réserve qu'en valeur. Reste à savoir si cela a pour conséquence que les réservataires ne possèdent rien, ni en aucune façon, des biens de la succession. De fait, ils ont bien un droit sur ces biens, en tout cas leur valeur, même si ce droit n'est pas fixé à tel ou tel élément de la succession. Or dans le cas où on assimilerait ce droit à une propriété, la conséquence serait de poids : les réservataires seraient solidaires du légataire en ce qui concerne les frais et dettes engagés après la mort du testateur et avant la répartition des biens et des valeurs.

De la solution en Droit

On l'a dit plus haut, on est amené pour sortir de cette perplexité à invoquer au moins autant la facilité de la conceptualisation et de la résolution du cas que la lettre de la loi. En effet, dire que la réserve s'estime en valeur, ce n'est pas tout à fait dire que cette réserve est en soi valeur gagée sur les biens, et non une part en indivision des dits biens. Invoquer la facilité et la clarté d'une interprétation vous a un côté un peu honteux, car la « vérité » n'est pas forcément claire, ni facile !

On peut certes invoquer tout un ensemble de maximes définies, de règles d'interprétation des règles, sorte de métalangage juridique. Ainsi la norme la plus élevée devrait prévaloir, sauf qu'une dérogation explicite l'emporte sur la norme plus générale et donc - semble-t-il et n'en déplaît à « l'inversion de la hiérarchie des normes » - plus élevée. Il faut donc encore interpréter le conflit entre ces métarègles elles-mêmes, au risque d'ébaucher une régression à l'infini...

La règle d'analogie est plus faible que la déduction, mais que se passe-t-il si la déduction littérale entraîne dans un cas précis une absurdité, ou du moins une évidente injustice, que le Législateur ne peut, par construction, avoir voulue ? La règle, voire la métarègle, se voit en somme réduite à un simple argument, plus ou moins probable selon les cas. Cela pose donc la question de la nature du droit lui-même. Est-il réellement, comme le veut dans une certaine mesure Leibniz, une autre expression que les mathématiques de la même raison systématique, procédant par calculs logiques ? Or le Droit, dans la tradition opposée que le grand conciliateur qu'était Leibniz reconnaît tout autant, est intrinsèquement argumentatif et contradictoire, de nature sinon rhétorique, du moins dialectique, c'est-à-dire intermédiaire entre le règne des faux semblants et celui de la vérité démontrée.

La multiplicité et l'incohérence apparente ou réelle des lois est en somme la condition du dissensus, d'un droit vivant, créatif, où peuvent s'exprimer des points de vue et des intérêts contradictoires, au risque il est vrai de verdicts parfois inattendus, sinon aberrants. Le Droit, de par sa complexité sans doute excessive, est du moins capable de prendre en compte tant la réflexion humaine que la phénoménologie des situations empiriques, toujours diverses et chatoyantes. Ainsi, les lois et la jurisprudence définiront tout au plus du possible, et aussi du plus ou moins possible, et enfin de l'impossible. Et certes, l'impossible est une forme de nécessité : si je ne puis rétribuer les héritiers réservataires par de la nue-propriété, c'est donc que je suis obligé de les rétribuer par d'autres moyens.

Le Droit comme jeu

La transformation de la règle en un simple argument dialectique, voire du code en un langage qui permet parfois au rhétoricien de dire une chose et son contraire, a des conséquences pratiques. Elle favorise non seulement la multiplication des conflits possibles, mais aussi la substitution de la transaction à la décision impérative sur la base d'une règle univoque, définissant un gagnant et un perdant ; y compris la transaction entre le mauvais coucheur procédurier et sa victime. Il est impossible de traiter du droit sur un mode pragmatique sans insister sur le rôle de l'argent et du temps dans le jeu judiciaire. En effet, le caractère argumentatif et finalement aléatoire du Droit renforce sa dimension de jeu et d'agôn. Certes, on peut tenter sa chance pour extorquer de l'argent au plus riche. Mais l'aléa financier et temporel semble bien favoriser - sinon le plus fort comme le disait Thrasymaque - celui qui peut engager le plus d'argent sans trop en souffrir, ou encore celui qui dispose de temps, par exemple, et Leibniz en faisait déjà la remarque dans ses travaux de probabilité, une personne morale. Cette importance que revêt le temps dans le jeu judiciaire contraste avec les mathématiques, intemporelles. Néanmoins, la fiction juridique prend ses aises avec le temps historique et social, même si le jeu juridique en tant que tel appartient bien au temps commun, non à ce temps en partie reconstruit. Dans l'exemple qui nous a déjà servi plus haut, le légataire universel est censé être propriétaire des biens du testateur dès le décès de ce dernier, avant même par conséquent d'avoir dédommagé les réservataires. Il y a donc collision ici entre deux temporalités, le temps juridique et le temps commun. Quant à la notion d' « état d'indivision », elle fait penser au chat de Schrödinger, provisoirement à la fois vivant et mort. Mais selon le point de vue juridique opposé, plus interne au droit, et qui fait abstraction de la réalité du processus, le chat est déjà mort avant même d'avoir été tué !

C'est là le nominalisme bien connu du droit : il substitue une catégorie à une réalité singulière et temporelle, par exemple une personne morale à la succession des responsables individuels. Cela n'empêche pas qu'une bonne abstraction juridique doit avoir un rapport suffisant avec la réalité, sinon l'on réputera libres et égaux deux contractants en position d'inégalité foncière, ou encore le temps de la procédure s'affranchira de l'espérance de vie des demandeurs et autres défendeurs...