

Réponses de l'auteur

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Réponses de l'auteur », in « *Lectures de Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (3ème éd., Bruylant, 2011), in *Lectures de... n°4*, Revue d'histoire des facultés de droit, 2022 (188 p.) : <https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713297/rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-ensemble-des-contributions.pdf>.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2022-reponses-de-l-auteur>

Benoit Frydman

Je suis très heureux qu'Aldo Schiavone se soit penché sur mon travail, mais également désolé de « la souffrance », comme il l'écrit lui-même à trois reprises, que la lecture du livre et en particulier du premier chapitre lui a causée. Le motif en est l'absence quasi-totale des juristes romains, de même que des romanistes contemporains. Or, comme écrit M. Schiavone, « la pensée juridique romaine – toute la pensée juridique romaine – ne naît pas autrement que comme une longue et consciente activité d'interprétation ». Et de rappeler les interprétations données par les jurisconsultes à la loi des XII tables, aux *leges publicae*, à la *lex Aquilia*, etc., en citant au passage quelques formules clés si caractéristiques du génie des jurisconsultes romains au sujet de l'interprétation et de la solution des cas. Mon silence sur ces œuvres, leurs auteurs et leurs commentateurs est interprété par Aldo Schiavone comme le signe de la crise de la discipline du droit romain au XXe siècle, allant jusqu'à y voir l'échec des romanistes contemporains à transmettre, au-delà du cercle étroit des spécialistes, la tradition fondatrice du droit romain aux juristes actuels.

Je voudrais ici rassurer Aldo Schiavone et tenter d'apaiser quelque peu cette souffrance que l'on sent très sincère. Il est incontestable que je ne suis pas romaniste, pas plus que talmudiste d'ailleurs, ni spécialiste de la patrologie chrétienne ou de la scolastique médiévale. Cependant, comme beaucoup de non-romanistes, j'ai lu les travaux passionnants de Yan Thomas, de même que ce grand livre qu'est *Ius. L'invention du droit en Occident*¹. Contrairement à l'angoisse exprimée par M. Schiavone, ces travaux ont opéré un véritable renouveau de la tradition romaniste et transmis aux juristes et professeurs de droit une conception profondément modifiée par rapport à la représentation scolaire qu'ils s'en étaient donnée. S'il est incontestable que la place donnée à l'enseignement du droit romain dans les études de droit a connu un recul très considérable au cours du XXe siècle, souvent jusqu'à sa disparition pure et simple du programme général, ce recul a paradoxalement peut-être conduit la recherche en droit romain sur des pistes plus audacieuses, que les érudits n'avaient pas encore explorées jusqu'ici.

Mais venons-en au fait. Il est exact qu'il n'est pas traité dans *Le sens des lois* des interprétations des juristes romains, pas plus d'ailleurs que des interprétations des juristes issus des mondes juif et islamique, ni de celles des juristes modernes et contemporains. Reconstituer les méthodes des juristes au départ de leurs pratiques ou de la doctrine apporterait certainement des informations importantes, même si la tâche apparaît pour l'instant encore extrêmement ambitieuse pour ne pas dire impossible au regard du corpus immense à analyser, y compris en se servant des technologies de l'information et de ce qu'on appelle

1. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008.

Réponses de l'auteur

« l'intelligence artificielle ». Toutefois, tel n'est pas l'objet de mon livre. Comme j'ai essayé de l'expliquer dès l'introduction et de m'y tenir au fil des chapitres successifs, le projet consiste à rendre compte non des pratiques mais des modèles d'interprétation, tels qu'ils ont été théorisés lors des périodes successives, souvent d'ailleurs dans le cadre d'autres disciplines que le droit. Or, comme le confirme M. Schiavone, les jurisconsultes romains n'ont laissé aucun traité de l'interprétation. La thèse du premier chapitre est que le modèle de la discussion contradictoire et argumentée des cas a été dessiné et travaillé non pas dans les écrits juridiques, mais bien dans les traités de rhétorique que nous ont laissés les auteurs grecs et latins. Ce sont donc ces traités plutôt que les opinions des jurisconsultes qui sont analysés dans ce premier chapitre intitulé sans ambiguïté « le modèle rhétorique ».

À la fin de son texte, Aldo Schiavone évoque plus brièvement un autre point important relatif cette fois aux tentatives des Modernes de construire ou reconstruire une science du droit, conforme aux réquisits de la science de leur époque. « Eh bien, cette science, quand elle se référerait au droit, était entièrement construite sur des matériaux et des catégories romaines », écrit-il. Il est tout à fait exact de souligner ainsi la permanence du droit romain et en particulier de ses sources dans l'élaboration des modèles d'interprétation, y compris chez les Modernes. C'est certainement vrai pour les tenants du modèle géométrique aux XVII^e et XVIII^e siècles, tant au niveau des systèmes de droit naturel, qui prétendent se détourner des règles arbitraires, mais considèrent le droit romain comme la meilleure approximation de la raison, que de la construction des ordres juridiques positifs, comme Leibniz donne à le voir de manière remarquable. C'est encore vrai pour l'École historique du droit de Savigny et consorts au XIX^e siècle, où le droit romain constitue encore le « droit commun » d'un pays qui n'existe pas encore et n'aura son Code civil au premier jour du XX^e siècle. Et l'on ne manquera pas de noter que Jhering, qui est considéré comme le précurseur du modèle sociologique du droit, était avant tout un romaniste.

La même remarque vaut pour la Bible, dont le texte et le statut constituent la base de l'élaboration non seulement du modèle talmudique, mais également du modèle scolastique de l'interprétation des autorités authentiques, mais dont l'influence se prolonge bien au-delà chez les Modernes, y compris parmi les laïcs. C'est ainsi que Hobbes et Spinoza retournent aux textes bibliques, pour des raisons toutes pragmatiques d'ailleurs, pour mettre au point les bases de la critique moderne des textes. Et notons aussi que Schleiermacher, le principal théoricien du modèle philologique de l'interprétation au XIX^e siècle, avec son *Herméneutique générale*, est d'abord et avant tout un théologien.

Benoit Frydman

Cette prégnance des deux corpus les plus anciens et fondateurs de la tradition culturelle et juridique occidentale est particulièrement frappante. Aussi convient-elle bien à la logique même de l'interprétation qui consiste à faire parler un texte qui, par l'autorité qui lui est reconvenue, notamment par son origine lointaine ou surhumaine, bénéficie d'une prétention forte à la vérité, par des textes nouveaux qui ont vocation à s'abriter sous son autorité pour lui faire dire des choses nouvelles. Cependant, il faut bien veiller à ne pas sombrer naïvement dans le présupposé de ce jeu de langage qu'est l'interprétation en croyant que les propos nouveaux sont réellement présents, au moins en germe, dans le texte sollicité.

Pour le dire plus concrètement, ce n'est pas parce que Spinoza recourt à la Bible pour mettre au point sa méthode critique ou que Leibniz utilise le droit romain pour tenter de construire son système juridique que les modèles géométrique et philologique modernes de l'interprétation puissent, en quoi que ce soit, être imputés aux juriconsultes romains ou aux écrits bibliques. Leur statut est tout autre : ils servent de support ou de banc d'essai à l'établissement du nouveau modèle qui d'ailleurs, comme dans le cas de la lecture de la Bible par Hobbes et Spinoza, peut avoir comme objet de détruire leur autorité.

Xavier Prévost évoque une autre absence importante, qui éclipse toute une période cette fois : la Renaissance. *Le sens des lois* passe quasiment sous silence l'humanisme juridique au XVI^e siècle, de même d'ailleurs que la seconde scolastique et l'École de Salamanque. L'œuvre des humanistes de la Renaissance est évacuée en un seul paragraphe qui indique leur rupture avec la scolastique, sans s'émanciper pour autant, comme le fera le modèle géométrique, de l'attachement aux textes. Du coup, la Renaissance apparaît, comme c'est généralement le cas dans la littérature, comme une période de transition. Or l'étude approfondie de cette période, à laquelle se livre Xavier Prévost dans son travail de recherche, montre qu'il n'en est rien. Au contraire, la rupture de la science moderne avec la pensée médiévale s'opère dans certains travaux des humanistes du XVI^e siècle. Il faut ainsi remonter non à Spinoza mais à Cujas pour voir posées les bases de la critique moderne des textes, comme M. Prévost l'a démontré dans la thèse remarquable qu'il a consacrée à cet auteur². Il fait de même remonter le projet et les premières réalisations d'une systématisation abstraite des règles de droit à un autre courant de l'humanisme juridique, représenté notamment par Doneau. C'est donc au XVI^e et non au XVII^e siècle qu'il faudrait situer le moment décisif de la rupture.

Au vu du dossier très clairement exposé par Xavier Prévost et de ses travaux qui le nourrissent, je ne peux que plaider coupable. L'absence

2. X. Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590), juriconsulte humaniste*, Droz, 2015.

Réponses de l'auteur

de la Renaissance dans *Le sens des lois* apparaît rétrospectivement comme une solution de facilité, due à l'insuffisance de mes connaissances et de mes recherches, mais qui ne peut se justifier.

Aurait-il fallu pour autant consacrer un chapitre spécifique à un modèle d'interprétation humaniste ? Je ne le crois pas au regard des choix de méthode qui se traduisent dans la structure du livre. Les modèles de l'interprétation et de la raison juridique ne sont pas traités au moment de leur invention ni de leur première formulation, mais bien, selon un critère pragmatique, dans la période où ils deviennent prépondérants dans la culture et les pratiques juridiques. C'est ainsi que le modèle philologique de la critique moderne des textes n'est pas exposé au XVII^e mais bien au XIX^e lorsqu'il triomphe avec la domination de l'histoire et de la philologie et, au sein de la discipline juridique, avec le triomphe de l'École historique du droit allemand et le modèle français dit de « l'Exégèse », avec les commentaires monumentaux du Code civil. Le *Traité théologico-politique* de Spinoza y est traité à la manière d'un *flash back*, même si on a compris à présent qu'il aurait fallu remonter celui-ci plus tôt encore avec Cujas. Il serait d'ailleurs difficile de procéder autrement de manière efficace dès lors que l'érudition découvrira aisément la formulation, la pratique ou des traces de telle ou telle méthode d'interprétation bien avant le moment où elle devient la doxa. Ainsi, Xavier Prévost fait remonter le projet de construction systématique du droit au courant humaniste, représenté par Doneau et ses aînés.

Mais que penser alors du *Mishne Tora* de Maïmonide³ qui rompt avec le modèle des codes-compilations du Moyen-âge, de même qu'avec la logique du commentaire et de la controverse, pour produire, en plein XII^e siècle, un code apodictique des 613 commandements de la Bible qu'il reformule à la manière des précurseurs du Code civil ? Et sans se donner trop de peines, les chercheurs dévoileront qu'il existe des entreprises systématiques plus anciennes encore, y compris dans l'Antiquité, autour du principe d'*oeconomia* notamment.

Une chose est d'inventer une technique et de la pratiquer, une autre de voir s'imposer un modèle d'interprétation. Comme j'ai tenté de le montrer dans *Le sens des lois*, un modèle de la raison juridique comprend et dépasse de beaucoup la pratique de certaines techniques ou stratégies de traitement des textes, des questions et des cas. Elle implique une vision du droit, qui charrie avec elle des conceptions métaphysique, politique et épistémologique qui se cristallisent et impriment leur force à un moment donné.

Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut que se réjouir du regain d'intérêt dont bénéficient aujourd'hui les travaux juridiques de la

3. B. Frydman, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruylant, 2011, § 77, p. 171-172.

Benoit Frydman

Renaissance et du projet de Xavier Prévost qui vise à réinterpréter cette période comme une rupture majeure plutôt qu'une transition. Il est tout à fait possible que les recherches et les découvertes en cours obligent à remodeler les étapes de l'histoire des idées juridiques, telles qu'elles ont été proposées notamment dans *Le sens des lois*.

Dans son intervention, David Soldoni prend la défense du normativisme de Kelsen et Hart dont il estime, à juste titre, que *Le sens des lois* « dresse un bilan particulièrement critique ». Je lui suis reconnaissant de relancer et surtout de renouveler les termes et les arguments du long débat qui n'a cessé d'opposer certains membres de l'École de Bruxelles à Kelsen et dans une moindre mesure à Hart. L'encre de la 1^{ère} édition allemande de la *Reine Rechtslehre* (1934) avait à peine fini de sécher que Georges Cornil, le titulaire de la chaire des Pandectes à l'ULB, spécialiste du contrat de travail et ami d'Edouard Lambert, en publiait un compte rendu aux allures de réfutation dans la *Revue de droit international et de législation comparée*⁴. Après la guerre, Perelman reprend le flambeau et prend Kelsen pour cible principale : « Ce que l'on peut attendre de toute science digne de ce nom, écrit-il au sujet du normativisme, est qu'elle ne déforme pas son objet sous prétexte de l'étudier d'une façon scientifique »⁵. Norberto Bobbio, que David Soldoni convoque avec raison dans ce débat, y joue en effet un rôle charnière à la fois comme brillant représentant du normativisme et en tant que collaborateur significatif à l'œuvre collective de l'École de Bruxelles⁶. Son article « Perelman et Kelsen », republié à plusieurs reprises, constitue d'ailleurs une référence en la matière⁷. Les développements du *Sens des lois* s'inscrivent donc dans la ligne d'une longue tradition. Cependant, il est clair qu'il ne suffit pas de répéter constamment la même chose pour avoir raison !

David Soldoni résume en trois points les critiques qui seraient généralement adressés au normativisme, au-delà de mes propos. Le normativisme aurait échoué historiquement après la seconde guerre mondiale. Il porterait une responsabilité morale dans l'installation des régimes totalitaires. Enfin, il subirait une crise fonctionnelle et existentielle en raison de l'impuissance à laquelle il réduit ses adeptes. David Soldoni s'emploie à réfuter ces trois critiques.

4. « Notice bibliographique sur : Hans Kelsen, « Reine Rechtslehre » », *Revue de droit international et de Législation Comparée*, 1935, p. 199-202.

5. « Science du droit et jurisprudence », exposé fait à la Faculté de Droit de Paris, le 29 avril 1969, repris dans Ch. Perelman, *Éthique et droit*, éd. de l'ULB, 1990, p. 488 et s., spéc. p. 490.

6. Sur le rôle de Bobbio et plus généralement les travaux collectifs de l'École de Bruxelles, cf. B. Frydman, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique », *Le droit selon l'École de Bruxelles* (B. Frydman et G. Lewkowicz dir.), éd. de l'ULB, 2022 (à paraître).

7. N. Bobbio, « Perelman et Kelsen », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman* (G. Haarscher et L. Ingber éd.), Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 161-174 ; A. Mercer (trad.), *Droits*, 2001, p. 165-180.

Réponses de l'auteur

Il faut d'emblée lui donner raison sur les deux premières. Il est absolument clair que le positivisme logique occupe une position absolument dominante dans l'après-guerre tant dans la tradition continentale avec Kelsen, Bobbio en Italie et Troper en France, que dans le monde de la *common law* avec Hart. Il est tout aussi incontestable qu'il s'impose durablement dans la France de la Ve République. La majorité des centres de recherche en philosophie et théorie du droit demeurent d'ailleurs jusqu'à aujourd'hui d'obédience normativiste.

Face au normativisme, les réactions jusnaturalistes suscitées par les atrocités des régimes fascistes n'impriment pas véritablement. Le jusnaturalisme poursuit en réalité son long déclin. Quant aux approches anti-positivistes fondées sur la réhabilitation de la raison pratique, notamment sur la base de l'argumentation et de l'interprétation, elles sont ultra-minoritaires dans les années 1950 et 60. Tel est le cas en particulier pour Perelman et les travaux collectifs de l'École de Bruxelles. Cela vaut non seulement pour la théorie du droit, mais de manière générale pour l'épistémologie où le positivisme logique occupe le haut du pavé contre les anti-formalistes. Ce n'est que progressivement que le *Traité de l'argumentation* de Perelman et Olbrechts-Tyteca (1958) et le renouveau de la rhétorique conquièrent du terrain, bientôt suivis de l'herméneutique de Gadamer (1960), de la succession de Hart par Dworkin à la chaire de jurisprudence d'Oxford (1969) et de l'agir communicationnel de Habermas (1981), pour donner ici quelques jalons de base.

Ce courant connaîtra dans ses variantes tant herméneutique qu'argumentative son heure de gloire pendant la décennie qui sépare la chute du mur de Berlin de celle des tours du *World Trade Center* où la philosophie du droit, notamment celle de Habermas dans *Entre faits et normes* (1992) ou en France *Le juste* (1995-2001) de Paul Ricoeur, triomphe et semble s'imposer à l'ensemble du champ pratique, y compris à une philosophie politique suspendue un moment à la fin de l'histoire. Triomphe illusoire et de courte durée puisque la période est travaillée à la fois par les bouleversements de la globalisation et de l'Internet et par le modèle managérial de la raison néolibérale. L'oiseau de Minerve n'a pas encore pris son envol que l'époque a déjà basculé.

Je ne suis pas d'accord avec David Soldini lorsqu'il fait de Habermas un auteur qui tenterait de concilier le positivisme normativiste avec le réalisme (autre nom du pragmatisme). Dans *Entre faits et normes*, Habermas tire les conséquences de son débat constructif avec Gadamer et se rallie à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle de Dworkin, elle-même largement influencée par ce débat. Dès *Connaissance et intérêt* (1968), il avait déjà condamné l'erreur du positivisme dans le champ pratique consistant à mimer la méthodologie des sciences de la nature et s'était rallié à une raison pratique fondée sur la recherche de l'accord. Tous les auteurs que nous venons de mentionner partagent

Benoit Frydman

l'idée qu'une raison pratique est possible, à savoir que l'exercice de la raison, critique, dialectique, herméneutique ou autre, peut soutenir la prétention de trouver une solution juste aux questions pratiques en général et juridiques en particulier. Or le positivisme logique le conteste radicalement. Le scepticisme éthique constitue une proposition fondamentale du positivisme logique dès l'origine de l'École de Vienne avec Carnap notamment. Comme on sait, selon Kelsen, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté, qui trouve sa validité, non dans son contenu, mais dans la délégation de pouvoir que la constitution donne aux juges de trancher les cas singuliers. De même, la *no right answer* de Hart sur la solution des cas difficiles s'inspire très directement des théories du second Wittgenstein, qui conteste la notion même d'interprétation.

Ce qui nous conduit à la critique de la responsabilité morale du positivisme logique qui aurait contribué à légitimer les entreprises totalitaires. Ici, je suis d'accord avec David Soldoni. Cette critique n'est pas plus acceptable que celle qui prétend imputer la responsabilité du nazisme à Nietzsche. Les responsables des actes sont ceux qui les commettent et ceux sous l'autorité desquels ils sont exécutés. Le reproche est d'autant plus injuste à l'égard de Kelsen qu'il est sinon le seul du moins le principal juriste à avoir combattu fermement la théorie du chef du juriste nazi Carl Schmitt et pas seulement sur l'importante question de la Cour constitutionnelle. Expulsé de son poste de professeur à Cologne par les nazis lors de leur accession au pouvoir, il demeura leur ennemi implacable et fut un ardent défenseur de la démocratie.

Ce que Perelman et plus modestement moi-même reprochons aux normativistes, ce n'est pas de porter une responsabilité dans la légitimation de régimes totalitaires, mais bien de laisser leurs adversaires à court de moyens et d'arguments pour lutter contre eux sur le terrain juridique. Ce point rejoint la 3^e critique que David Soldini qualifie de « crise fonctionnelle et existentielle » du positivisme logique.

À quoi sert la théorie normativiste ? Que nous apprend-elle sur le droit ? Certes, comme nous le rappelle M. Soldoni, elle prétend à la science au motif qu'elle (seule) serait menée selon une méthode scientifique. Si tel est le cas, elle doit donc produire des thèses falsifiables par l'expérience. Est-ce bien le cas ? Une thèse majeure du normativisme et la plus largement reçue est que les normes n'existent pas de manière isolée mais toujours nécessairement dans le cadre d'un système. Or tant l'étude historique, qui met en évidence le caractère tardif et contingent du concept de système juridique, que l'expérience empirique, qui offre d'innombrables situations où les comportements se règlent par des normes isolées, des promesses par exemple, des injonctions ponctuelles, un compromis provisoire, démentent ce postulat. Sauf, nous rétorquera-t-on, si on identifie, comme le pose Kelsen, le droit à l'État ou, chez Hart, à un système articulé entre normes

Réponses de l'auteur

primaires et secondaires, mais nous tombons là dans la pétition de principe. La théorie du droit se réduit dans ce cas à une théorie de l'État (contemporain) et de son appareil de production et d'application des normes. Or ce qui vaut pour l'ordre ou le système juridique vaut pour l'État. Ils sont nés en même temps et partagent la même relativité historique. De même, l'observation des normes juridiques contemporaines, que chacun peut faire, révèle des quantités impressionnantes de normes juridiques qui ne sont pas produites par les États, mais en dehors, en deçà et au-delà de lui. Quant à l'argument des normativistes, qui prétend que toutes ces normes ne valent que par la délégation ou la garantie de l'État, c'est manifestement faux, y compris si on réduit le droit à la sanction. C'est surtout un argument artificiel qui suppose à nouveau ce qu'il faudrait d'abord démontrer.

Plus fondamentalement, comment la prétention à la science du normativisme s'accommode-t-elle de la séparation, prononcée par Kelsen, du monde de l'être (*Sein*) avec un autre monde, celui du devoir-être (*Sollen*), où évolueraient les normes juridiques. Cette métaphysique dualiste, qui rappelle Platon davantage que Kant, est-elle véritablement compatible avec la méthode de la science moderne, à laquelle les normativistes se réfèrent pourtant, qui prétend se cantonner à l'étude des phénomènes observables dans le monde réel ? Certes, la pensée de Kelsen évoluera vers une prise en compte de plus en plus forte de l'effectivité des normes, c'est-à-dire des effets que celles-ci produisent ou non sur le comportement des acteurs, la société, l'État, bref le monde de l'expérience. Mais alors comment observer, mesurer, évaluer ces effets, sans renoncer à la pureté de la théorie normativiste du droit ?

J'accorderai cependant à David Soldini qu'on ne fait pas avancer la connaissance du droit à coups de paradigmes généraux. Même si la lecture du *Sens des lois* a pu, par son objet même, lui donner l'impression, d'ailleurs exacte, que je prône le modèle pragmatique de préférence au normativisme, je m'accorde avec lui et avec la citation qu'il donne de Norberto Bobbio : « la science moderne naît de la recherche patiente de petits domaines d'étude, de l'abandon des intuitions générales, de la substitution graduelle des visions universelles gratuites par des vérités partielles contrôlées ».

Il ne faut pas surestimer le rôle des théories, qui peuvent rendre compte de l'histoire, de l'évolution et de la confrontation des modèles, mais dont il ne faut attendre aucune découverte, sinon celle qu'apporte le décèlement d'un regard réflexif et dans le meilleur des cas critique. En aucun cas, la théorie ne peut remplacer le travail minutieux d'observation et d'analyse ni en faire l'économie. C'est à ce type de recherches partielles que nous nous sommes attelés avec l'équipe du Centre Perelman depuis vingt ans sur les différents « chantiers » et « objets » du droit global, ce champ contemporain

Benoit Frydman

plus saturé en théorie qu'en études de cas, dont il sera traité dans le prochain dialogue.

Il n'est donc pas question pour moi de contester l'attitude du chercheur qui privilégie l'observation à distance des phénomènes juridiques pour les analyser et les comprendre. C'est là une attitude très fréquente chez les scientifiques comme chez les juristes et qui correspond à la psychologie ou à l'anthropologie spécifique de ceux qui entretiennent avec le monde un rapport principalement dicté par le désir de savoir. Pour autant, je ne suis pas d'accord avec David Soldoni lorsqu'il sépare les juristes « en deux catégories parfaitement distinctes » et qui doivent impérativement le rester au nom du principe de neutralité scientifique : d'une part « le juriste observateur », qui parce qu'il ne prend ni part ni partie à l'action est seul à réaliser un travail scientifique ; d'autre part, « le juriste acteur », qu'il soit praticien ou même académique, qui renonce à la science dès lors qu'il s'emploie à influencer les normes juridiques.

Pareille distinction n'est pas possible car, dans les questions pratiques en général et juridiques en particulier, où il s'agit de décider ce qu'il faut faire, nous sommes tous forcément engagés comme participants. L'attitude de neutralité axiologique, qui refuse de se prononcer et de s'engager, n'en est pas moins une attitude éthique, que l'on pourra reprocher et que l'on a reprochée aux normativistes, comme David Soldoni l'a rappelé. Ensuite, cette distinction condamne à la stérilité comme tous les dualismes entre la théorie et la pratique, la pensée et l'action, l'être et le devoir être et même le droit naturel (idéal) et le droit positif (réel). Certes, réfléchir et agir sont deux choses différentes, mais elles sont indissociablement liées dès lors que, comme Dewey s'est attaché à le montrer par de multiples exemples, à commencer par celui de l'enfant qui approche sa main du feu, la pensée se nourrit de l'expérience pour informer les décisions futures dans un cercle vertueux sans autre fin que la mort. Pourquoi cessons-nous de penser et de penser bien, vrai ou juste, dès lors qu'on agit ? C'est tout le contraire ! Et tout particulièrement dans le domaine de la pratique, puisque les normes ne sont que le produit de constructions toujours en cours de la manière dont nous vivons ensemble.

L'analyse proposée par Jean-Yves Chérot porte également sur un chapitre absent du *Sens des lois*, le chapitre X relatif au nouveau modèle de rationalité juridique émergent dans le contexte contemporain de la société numérique à l'âge global. Comme il le note, j'ai moi-même annoncé un tel chapitre dans la préface à la 3^e édition de l'ouvrage parue en 2011, tout en indiquant que sa rédaction était prématurée, la priorité revenant à la multiplication des travaux empiriques sur des objets, problèmes et secteurs limités. On assiste depuis une vingtaine d'années à une surproduction théorique dans le domaine spatial de la globalisation du droit, qui a supplanté comme thème de prédilection le modèle temporel de son interpréta-

Réponses de l'auteur

tion. Comme souvent dans la pensée humaine, ainsi que le notait Claude Lévi-Strauss, la spéculation excède de beaucoup les acquis de l'expérience. Certaines des théories en concurrence, qui partagent d'ailleurs souvent les mêmes exemples, opèrent un recyclage de courants bien installés avant les nouvelles données dont elles prétendent rendre compte. Or, si le droit global, quel que soit le nom qu'on souhaitera lui donner, représente véritablement un modèle nouveau de la rationalité juridique, ce que je pense, alors la construction de ce modèle ne peut se concevoir qu'au départ de la multiplication des observations et des analyses des nouveaux dispositifs et instruments qui sont mis en œuvre dans la pratique ultra-contemporaine du droit. Pour autant, il s'agira bien d'en induire dès que possible un modèle et des lignes de force qui permettront de mieux orienter les analyses ultérieures, mais aussi et surtout les décisions et les actions dans la lutte actuelle pour le droit.

Deux facteurs clés me paraissent conditionner les évolutions en cours et d'ailleurs largement opérationnelles aujourd'hui. D'une part, la faculté des acteurs à s'extraire de la juridiction de l'État, ce qui ne signe pas automatiquement le déclin irrémédiable de celui-ci, mais implique en tout cas la remise en cause du concept de souveraineté et du rôle central qu'il occupe dans la philosophie et la théorie du droit depuis le XIXe siècle. La question posée à l'ingénierie juridique, y compris aux services de l'État, devient : comment réguler efficacement dans un environnement non-souverain ? Le deuxième facteur tient à la révolution technologique des sciences de l'information et de la communication. Celle-ci oriente de manière décisive les réponses apportées à cette question par la mise au point et le développement rapide de la gouvernance numérique par les données, basées sur des instruments de collecte systématique de celles-ci, leur évaluation par des *benchmarks*, qui tendent à remplacer les règles, et leur exécution automatique par le moyen de dispositifs algorithmiques. Bien entendu, la révolution industrielle globale induite par cette évolution technologique, dans un contexte de ressources naturelles limitées, et les conséquences sociales et écologiques qu'elle produit déterminent l'évolution de la société et des conflits en son sein, que les dispositifs normatifs ont vocation à réguler.

J'ai été, il faut bien l'avouer, assez sidéré de l'analyse proposée par Jean-Yves Chérot de mes travaux, qui dénote non seulement une connaissance très précise de ceux-ci, qui m'honore beaucoup, mais également une compréhension profonde de ma trajectoire personnelle et de l'évolution de mes projets, que la relation de longue date et l'amitié sincère qui nous lie ne suffit pas à expliquer. Jean-Yves Chérot réalise à mon égard le but de l'interprétation selon les philologues du XIXe siècle : comprendre un auteur aussi bien et même mieux qu'il ne s'est compris lui-même. Il m'a « deviné » pour reprendre une autre expression favorite de nos philologues. Il en résulte que je n'ai rien

Benoit Frydman

à redire et pas grand-chose à ajouter à son texte. D'autant, qu'il a bien voulu déjà m'y donner la parole en citant plusieurs extraits d'un de mes écrits. Ce texte sur les théories pragmatiques du droit global était destiné à figurer dans un ouvrage sur les théories du droit global, qui malheureusement a été abandonné. Il est donc vraisemblable qu'il demeure inédit et je remercie Jean-Yves Chérot d'en avoir ainsi sauvé quelques passages.

Je me limiterai à ajouter quelques informations complémentaires à deux éléments étudiés par Jean-Yves Chérot : d'une part, la dualité convergente des projets du *Sens des lois* et du droit global ; d'autre part, la proximité et la distance des travaux sur le droit global par rapport aux travaux de Perelman et de l'École de Bruxelles sur l'argumentation juridique.

Jean-Yves Chérot relève que mes recherches sur le droit global « sont – au moins au départ – de nature très différente de celles menées pour l'écriture de l'ouvrage *Le sens des lois* ». Il a d'autant plus raison que ces recherches ont été entamées en contrepoint de mon travail sur l'interprétation. Tandis que je me prélassais dans les délices de la philosophie et de l'herméneutique, j'ai presque aussitôt ressenti une sorte d'injonction tenace à travailler simultanément sur le droit positif contemporain. D'où me venait cette injonction ?

Aujourd'hui, je dirais : probablement de la formation très pragmatique que j'avais reçue de mes maîtres à l'université et au barreau, selon la culture de l'École de Bruxelles. Mais je n'en avais aucune idée à l'époque. Pour lui donner sens, je me contentais de la belle phrase de Sartre selon laquelle « il faut penser contre soi-même ». Si bien que peu après avoir commencé (tardivement) ma thèse de doctorat, je débutai en 1995 un séminaire transdisciplinaire dont j'avais reçu la charge par un cycle sur « les conséquences de la globalisation sur le droit ». Le sujet alors, je dois bien l'avouer, me déplaisait. Il me contraignait (en fait, je me contraignais) à m'arracher aux ouvrages anciens des bibliothèques pour plonger dans des questions économiques, techniques et juridiques, qui me paraissaient à la fois compliquées et fastidieuses et auxquelles j'ignorais franchement comment donner sens. Finalement, comme l'indique Jean-Yves Chérot, je me concentrai sur l'Internet, d'abord pour répondre à une sollicitation du Jeune barreau de Bruxelles⁸, puis dans le cadre d'un post-doc conjoint avec Isabelle Rorive à l'Université d'Oxford, où l'étude comparée de cas foisonnants et passionnants offrait un contraste, cette fois bienvenu, avec le long travail de la thèse.

8. B. Frydman, « Quel droit pour l'Internet ? », *Internet sous le regard du droit*, Actes du colloque du 30 octobre 1997, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 279-316.

Réponses de l'auteur

À partir de là, la recherche prit un tour collectif au sein du Centre Perelman, allant son chemin d'un chantier à l'autre comme l'a décrit Jean-Yves Chérot, sans faire encore de lien avec les modèles d'interprétation comme le montre la structure du *Sens des lois* qui ne souffle mot de la globalisation avant la préface précitée de 2011. Il aura fallu plus de dix années à approfondir nos différents chantiers pour que nous dégagions progressivement une réflexion tant soit peu structurée sur les dispositifs juridiques et normatifs émergents dans l'espace non souverain et prenions un peu de recul réflexif sur notre propre démarche. Comme l'indique justement Jean-Yves Chérot, le travail du *Sens des lois* nous était cependant utile pour nous émanciper de certains concepts non opératoires dans notre nouveau champ comme ceux d'ordre juridique et de sources formelles du droit.

Nous acquérions progressivement la certitude que la « globalisation », souvent considérée à l'époque comme un événement plutôt qu'un concept ou pire encore comme un phénomène de mode, annonçait en réalité, comme il apparaît évident aujourd'hui, une phase de transformation majeure de la société, dont le « droit global » constituait le versant normatif et régulateur. Ce droit global pourrait probablement prétendre au titre de modèle dans la mesure où il n'affecte pas uniquement ni même principalement le contenu des normes, mais bien les types de dispositifs les moins inefficaces pour orienter les comportements dans cet environnement non souverain, de même que la manière de penser et de faire le droit et de lutter pour la reconnaissance et la mise en œuvre des droits. Ainsi, je constatais que les travaux empiriques sur certains chantiers du droit global avaient vocation à recevoir un prolongement dans les modèles de la raison juridique, avec un étonnement semblable à celui de Marcel lorsqu'il réalise à la fin de la *Recherche* que les côtés de Guermantes et de Méséglise se touchent et se rejoignent.

Jean-Yves Chérot, même s'il se déclare finalement convaincu de la proximité des approches, signale également « la distance qui semble [...] considérable » entre les travaux de l'École de Bruxelles sur l'argumentation juridique réalisés par Perelman et ses collègues juristes et ceux menés sur les normativités globales actuellement au sein du Centre Perelman, qui se revendiquent pourtant de leur héritage. Il faut d'abord préciser, de la même façon que je viens de le faire sur le premier point, qu'en débutant les chantiers sur le droit global, je n'avais absolument pas le projet ni même conscience d'appliquer ou de transposer la méthode pragmatique chère à l'École de Bruxelles. De fait, je ne me posais pas la question. Il faut bien l'avouer aucune réflexion de méthode ne précéda ces recherches qui ne prirent que progressivement l'allure d'un projet. Je me contentais d'abord d'étudier les cas et les situations comme j'avais été formé à le faire, à ceci près que les objets et les difficultés rencontrés sur le chemin obligeaient constamment à innover dans les procédés et par-

Benoit Frydman

dessus tout à garder l'esprit le plus ouvert possible et attentif à tout ce qui pouvait se manifester, sans trier trop vite, suivant les critères acquis, ce qui était juridiquement pertinent de ce qui pouvait être ignoré voire écarté.

Ce n'est que plusieurs années plus tard que cette réflexion débuta, sous la pression des doctorants et des plus jeunes membres de l'équipe qui souhaitaient voir précisé, si possible en une liste de directives claires, en quoi consistait ce que je m'étais mis à nommer notre « approche pragmatique » des normativités émergentes. Cette réflexion consista d'abord à confronter les principales théories et les méthodes proposées par celles et ceux qui, comme nous, s'attachaient à rendre compte des phénomènes juridiques mondiaux. Ce n'est toutefois qu'à partir de 2013 que, sur la suggestion initiale de Gregory Lewkowicz, nous nous sommes penchés sur l'histoire, les travaux et les méthodes de l'École de Bruxelles, depuis l'apparition de ce vocable à la fin du XIX^e siècle jusqu'aux travaux de la génération de Perelman.

Ces travaux ont pris une importance et une durée beaucoup plus considérables qu'envisagés au départ. En réalité, elle s'achève à peine avec la publication, aux éditions de l'ULB, d'un coffret de deux volumes consacrés respectivement à *La naissance de l'École de Bruxelles* et au *Droit selon l'École de Bruxelles*. Personnellement, cette recherche m'a appris énormément de choses et m'a sans aucun doute permis de mieux comprendre la tradition spécifique dont je suis issu. Elle m'a confirmé dans la conviction de prolonger, en dépit de la différence des objets, des techniques et du cadre des recherches, l'approche pragmatique caractéristique de cette École.

Tel n'est certainement pas l'avis de tout le monde. Ainsi, le spécialiste espagnol de l'argumentation juridique Manuel Atienza a, il y a quelques années, reproché à notre Centre de ne pas avoir poursuivi l'œuvre de Perelman dans le champ de l'argumentation proprement dite. Je ne pense pas, pour ma part, que cela aurait été la meilleure voie à suivre. Perelman lui-même a innové par rapport à l'œuvre de son maître, Eugène Dupréel et ce dernier avaient abandonné le positivisme de la première génération de l'École de Bruxelles pour une sociologie et une philosophie pluralistes et pragmatiques mieux adaptées à l'époque et aux questions à affronter. Il appartient à chaque génération d'innover dans les sciences et dans les arts, de faire œuvre créatrice en phase avec l'évolution des idées et de la société elle-même. Pour une école qui se revendique du pragmatisme, c'est même un impératif catégorique. Il faut choisir ses objets en fonction des nécessités de l'heure et forger les outils adéquats pour les appréhender au mieux. De ce point de vue, il est douteux que l'analyse des ressources argumentatives des décisions de justice soit le moyen le plus adéquat de percevoir les normativités émergentes de la globalisation dans la société numérique et de comprendre leur logique. D'autant que, en presque quarante ans de travaux intensifs, on peut considérer que

Réponses de l'auteur

Perelman et ses collègues ont, sinon fait le tour, du moins tiré de leur objet et de leur méthode l'essentiel de ce que ceux-ci étaient à même de donner d'important pour réaliser leur propre projet. Reproduire à l'infini les mêmes procédés en les appliquant encore et encore aux cas nouveaux que la pratique ne cesse de produire risquait de tourner à vide. On a ainsi pu observer comment la scolastique, si novatrice et créatrice au tournant des XII^e et XIII^e siècles, s'était ensuite assez rapidement sclérosée dans un formalisme répétitif, stérile et creux, qui a très durablement entaché la réputation de celle qu'on désigne comme « l'École » par excellence.

Pour autant, quelles que soient les relations que l'on peut tracer entre les modèles d'interprétation, les instruments du droit global et la méthode pragmatique de l'École de Bruxelles, il ne faut pas se leurrer sur la nature et les limites de l'entreprise. Comme l'a bien montré le grand penseur de l'herméneutique Wilhem Dilthey, la recherche de l'unité comme signification d'un parcours biographique est le produit d'une accumulation d'interprétations rétrospectives. Il s'agit toujours d'une reconstruction du passé depuis les perspectives du présent, comme le sont aussi d'ailleurs les modèles historiques de l'interprétation.

Nous restons dans le champ du droit global avec le texte d'Hervé Ascensio. Celui-ci ne se constitue pas une lecture du *Sens des lois*, mais la poursuite d'un dialogue, si nécessaire et pourtant si difficile à amorcer entre les spécialistes du droit international public et les « globalistes ». Hervé Ascensio est l'un des internationalistes les plus ouverts à ce dialogue. Il nous livre ici une contribution importante, qui mérite une lecture très attentive. Je le remercie pour sa générosité.

Le droit global, mondial, transnational, sous quelque nom qu'on lui donne, est d'emblée un concept polémique, dirigé contre le paradigme du droit international public⁹. La plupart des promoteurs du droit global remettent en cause les traits fondamentaux du paradigme internationaliste : d'une part, la limitation des sujets aux seuls États et aux organisations qu'ils constituent entre eux ; d'autre part, le principe de souveraineté sur lequel repose le modèle, qui se trouve contesté soit en termes de principe et de légitimité, soit à tout le moins dans la confrontation de cette notion avec la réalité des choses.

Si les spécialistes rapportent généralement le schéma interétatique du droit international au modèle westphalien sur le plan politique, Hervé Ascensio a raison de situer au XIX^e siècle sa construction juridique. Ce droit fondé sur la volonté et les accords de volonté des sujets

9. B. Frydman, « L'émergence d'une discipline : le droit global », *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit* (F. Audren et S. Barbou des Places éd.), Paris, Lextenso, 2018, p. 331-346. Certains propos qui suivent puisent leur source dans cet article.

Benoit Frydman

de droit puise clairement ses traits caractéristiques dans le modèle historique et philologique dominant à cette période. J'ai pu montrer, dans *Le sens des lois*¹⁰, que ce modèle philologique de l'interprétation n'est pas du tout présent dans les traités de droit naturel, y compris chez Vattel. Ceux-ci ont développé, au sujet de l'interprétation des traités, une théorie de la volonté rationalisée et normalisée, qui rappelle plutôt Rousseau, dans *Le contrat social*, où comme on sait la volonté, du moins lorsqu'elle est générale, est toujours droite et ne peut errer. Du reste, les meilleurs historiens contemporains du droit international, en particulier Marti Koskenniemi, dans son *Gentle Civilizer of Nations*, sous-titré de manière significative *The Rise and Fall of International Law 1870-1960*¹¹, ont constitué à l'appui de cette thèse un dossier qui paraît décisif. De même, l'analyse lexicale montre que le néologisme benthamien du « droit international » ne s'est imposé que très progressivement au cours du XIXe siècle aux dépens de l'expression classique « droit des gens ». En même temps que la restriction des sujets de ce droit aux seuls États souverains – à l'exclusion des colonies bien évidemment – et de son objet au règlement des rapports qu'ils entretiennent entre eux.

Hervé Ascensio poursuit son analyse experte de manière particulièrement intéressante lorsqu'il évoque le droit international « moderne » tel qu'il se serait distingué, selon certains internationalistes, de son homologue « classique » au cours du XXe siècle et spécialement après la seconde guerre mondiale, notamment par un certain élargissement des sujets de droit, au moins « passifs », et un assouplissement du conventionnalisme par l'introduction de notions comme le *ius cogens*, les normes impératives ou encore l'idée de patrimoine commun de l'Humanité. Hervé Ascensio exprime un certain scepticisme à ce propos, estimant que « Le droit international contemporain, ainsi complexifié, reste malgré tout marqué du sceau de l'inter-étatisme ». Il montre que ce maintien des fondamentaux ne peut s'effectuer qu'au prix d'un repli stratégique sur le droit international général, centré sur les normes secondaires, au sens de Hart, des relations entre États, du droit des organisations internationales et du droit de la guerre, même si, sur ce dernier plan, j'ajouterais que les conflits récents se situent en décalage flagrant avec les modalités et les règles du droit des conflits internationaux. Ce repli sur le noyau dur du droit interétatique a pour conséquence, note Hervé Ascensio, l'ignorance et la segmentation des droits internationaux spéciaux notamment économique et financier, environnemental et des droits de l'homme.

Que le droit international, même ainsi « modernisé », n'ait pas vocation à devenir un droit mondial ou global, c'est là une évidence

10. Voyez « L'interprétation des conventions dans les traités de droit naturel », § 143-156.

11. Cambridge U.P., 2009.

Réponses de l'auteur

logique puisque ses fondamentaux l'excluent. Comme l'écrit Hervé Ascensio, le droit international ainsi défini ne peut devenir « le droit de la société internationale ». Il reprend explicitement l'expression du grand Georges Scelle, qui osait également parler d'un « droit intersocial unifié ». Scelle lui-même a approfondi et systématisé les propositions d'un mouvement pacifiste qui se nommait les « internationalistes ». Ces internationalistes, parmi lesquels on comptera notamment Henri Lafontaine et Paul Otlet, sont en réalité des anti-nationalistes¹². Ils dénoncent les comportements prédateurs des puissances européennes lancés dans la course aux armements et la compétition coloniale pour la prédation des ressources naturelles. Aussi remettent-ils en cause, déjà au tournant des XIXe et XXe siècles, la souveraineté des États qu'ils veulent soumettre à un droit « supranational » et proposent ce que Otlet nomme en 1916 « la mondialisation » de certaines ressources naturelles. Ce modèle prend forme dans les projets de constitution d'une « société des nations » pour laquelle ils nourrissent une grande ambition, en grande partie déçue par l'organisation plus modeste qui sortira effectivement du premier conflit mondial.

Sur le plan épistémologique, les conceptions de Scelle et des internationalistes puisent, de manière non mystérieuse, leur source dans le modèle sociologique de la raison juridique. Ils en partagent les prémisses fondamentales, en particulier celle selon laquelle le droit est fondamentalement le produit des relations sociales, mais aussi l'instrument le mieux à même d'en réguler pacifiquement les conflits. Pour autant, en dépit de la haute stature de Georges Scelle, cette conception n'en a pas moins été laissée de côté par le courant majoritaire de la doctrine internationaliste, comme il l'a également été, sur le plan interne, par la doctrine continentale dominante, toutes deux repliées sur le rassurant schéma normativiste. Ce qui n'empêche que la vision sociologique du droit a conduit le développement de l'appareil politico-administratif des organisations internationales, fait majeur du XXe siècle, au premier plan duquel l'Organisation internationale du travail, comme il a conduit celui de l'action et des institutions de l'État providence ou social dans les démocraties occidentales.

Quant à découvrir le modèle futur qui permettra selon lui de passer enfin du droit international au droit global, Hervé Ascensio propose une méthode à laquelle nous adhérons complètement :

Peut-être seulement faut-il, dans un premier temps, observer tout type de normes sociales dans l'espace global défini ci-dessus, quel

12. Cf. B. Frydman, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : Histoire d'une idée centenaire », *Vers le droit global ?* (K. Benyekhlev dir.), Montréal, Themis, p. 115-147. B. Frydman, « Paul Otlet et le droit mondial », *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruylant, 2017, p. 195-211.

Benoit Frydman

que soit le statut des producteurs. Puis voir de quelle manière ces normes sont agencées en complexes de normes, comment elles migrent d'un champ à un autre, comment elles influent sur les comportements de leurs destinataires, comment elles s'insèrent dans le raisonnement des membres des professions juridiques et dans les habitudes institutionnelles. Pour l'heure, il est difficile de procéder autrement que par des études de cas.

Une telle méthode réserve cependant, selon nos expériences, bien des surprises. Elle permet certes de découvrir des normes « hybrides » mais dont la nature double dépasse le mélange de l'interne et de l'international pour inclure des normes techniques, managériales et autres indicateurs et algorithmes. Les internationalistes ouverts sont-ils prêts à aller jusque-là ?

Rémy Libchaber centre sa réflexion sur la réception de l'ouvrage, ou bien plutôt sa non-réception par les spécialistes et les praticiens du droit privé. Il trouve le motif de cette indifférence dans le fait que les privatistes sont dessaisis de l'activité d'élucidation du sens des règles par les juridictions qui, sous l'égide de la Cour de cassation, héritière du référé législatif, rendent lapidairement des interprétations authentiques, qu'elles ne prennent pas la peine de discuter et de justifier.

Ce constat dressé par l'un des meilleurs spécialistes du droit privé est grave. Il traduit un problème de communication qui, en l'occurrence, pose aussi une véritable difficulté politique. Pour Perelman, une telle pratique n'est pas acceptable. Dès lors que le juge n'est plus considéré comme l'exécutant aveugle d'une loi qui lui est extérieure, mais que sa décision suppose, comme c'est le cas dans l'activité d'interprétation, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, il doit en rendre compte et justifier auprès des parties, mais aussi du public, des autres pouvoirs et de la communauté des juristes savants, du bien-fondé de la solution qu'il impose¹³. La Cour de cassation n'est pas exemptée de l'obligation de motiver les décisions judiciaires. Cette motivation est la condition et le moyen du contrôle démocratique de magistrats nommés à vie, dont les arrêts ne sont pas susceptibles de recours, sauf devant une juridiction européenne dans certaines situations particulières. Même si l'arrêt jouit de l'autorité de la chose jugée pour l'espèce tranchée, la discussion de la question de droit et de la meilleure interprétation ne sont pas closes ni les réponses définitives. En témoignent les rares revirements de jurisprudence et plus fréquemment les affinements, distinctions et discrètes retouches opérées à l'occasion des affaires suivantes ou encore l'ouverture d'autres voies, d'autres cheminements intellectuels pour résoudre le problème posé, autant de moyens qui font évoluer et parfois progresser le droit.

13. Ch. Perelman, « Essai de synthèse », *La motivation des décisions de justice* (Ch. Perelman et P. Foriers dir.), Bruylant, 1978, spécialement p. 421-422.

Réponses de l'auteur

Encore faut-il pouvoir en connaître les motifs pour en discuter les mérites.

L'idée si souvent colportée selon laquelle les décisions des juges ne pourraient être contestées, en dehors des voies de recours, ni critiquées voire discutées, constitue une offense à la raison délibérative et une atteinte à l'État de droit. Si l'autorité du pouvoir judiciaire doit être préservée, celle-ci n'est pas atteinte par la discussion et la critique des motifs sur laquelle les juges fondent leurs décisions car le caractère rationnel ou plus modestement raisonnable de celles-ci est la condition de leur légitimité et de leur acceptabilité. La théorie inverse remonte à Hobbes, qui fait du juge un délégué du Léviathan tranchant les affaires non par la raison mais en vertu du pouvoir que lui confère le souverain. Seulement dans cet esprit la critique du juge constitue un acte de lèse-majesté, qui doit être réprimé. La théorie kelsenienne du jugement comme acte de volonté et la *no right answer* de Hart en constituent des versions atténuées en tant qu'elles admettent que le jugement est le produit d'un certain arbitraire. Or cette conception est difficilement compatible, sur un plan normatif, avec les exigences de l'État de droit et avec les garanties du procès équitable, qui supposent que la décision qui termine le procès soit le produit d'une activité raisonnable et raisonnée, menée sur le mode du débat contradictoire.

Certes le style de la Cour de cassation est traditionnellement lapidaire. Toutefois, une tradition, aussi ancienne et élégante qu'elle se prétende, ne saurait triompher des exigences de l'État de droit démocratique quant à la manière dont les juges doivent remplir leur office. Il apparaît dès lors impératif que les cours elles-mêmes trouvent le moyen effectif de concilier leur style avec une explication de leurs décisions qui permette d'en comprendre les motifs et puisse être raisonnablement considérée comme de nature à pouvoir convaincre un auditoire informé. La publication de ce raisonnement et son évaluation dans le cadre de la discussion doctrinale sont nécessaires à la connaissance du droit et à son enseignement, mais aussi à l'entreprise de perfectionnement permanent du droit à défaut de laquelle il n'est pas de justice digne de ce nom. À cet égard, la publication des opinions concurrentes ou minoritaires des juges, comme c'est le cas pour les juridictions de *common law*, mais aussi à la Cour européenne des droits de l'homme, loin d'affaiblir l'autorité du siège et de la profession, a pour mérite d'exhiber aux yeux de tous que les questions de droit se discutent, que la science du droit, non plus que les autres, ne s'est construite en un jour et ouvrent des pistes aux futurs plaideurs dès lors que les minorités d'aujourd'hui annoncent parfois les majorités de demain.

On comprend bien dès lors que Rémy Libchaber déplore l'absence de motivation des interprétations judiciaires et en tire des conséquences sombres. Pour autant, en bon juriste, il ne s'arrête pas à ce constat et cherche des solutions pour permettre aux plaideurs et à

Benoit Frydman

la doctrine de reprendre la main. Il avance à cet égard deux propositions sur lesquelles il m'interroge directement. La première consiste à concéder le terrain de l'interprétation pour limiter la discussion à l'application des règles et spécialement à la détermination de leur champ d'application. La seconde envisage s'il ne serait pas moins offensant aux yeux du législatif et de l'exécutif d'interpréter les règles de manière restrictive plutôt qu'extensive.

Les deux pistes esquissées illustrent à quel point les pouvoirs constitués de l'État continuent de peser lourdement sur l'horizon de la justice et de la raison juridique dans ce pays. Lesdits pouvoirs ne manquent d'ailleurs jamais l'occasion de rappeler qu'en France le pouvoir judiciaire n'en est pas un mais seulement une « autorité » et considèrent les juges eux-mêmes comme des fonctionnaires, ce qui me choque véritablement. Pour répondre plus précisément aux questions, en commençant par la seconde, il serait permis de penser en effet qu'une interprétation restrictive soit considérée comme moins créative et agite moins le spectre honni d'un fantomatique « gouvernement des juges ». Pour autant, il n'est pas certain que l'auteur de la loi ou du décret voit d'un bon œil la portée de son œuvre restreinte par la décision d'un tribunal. En réalité, cette question devrait faire l'objet d'investigations empiriques plutôt que d'une incertaine réponse de principe.

Quant à la distinction toute moderne entre l'application et l'interprétation, on sait qu'elle est formulée par Beccaria dans son influent *Traité des délits et des peines* pour interdire la pratique de l'interprétation aux juges pour cette raison qu'ils ne sont pas législateurs. L'application de la loi est elle-même corsetée dans la discipline sévère du syllogisme judiciaire. Cette théorie deviendra la doxa officielle après la Révolution et sera longtemps enseignée en dépit des réfutations multiples que lui oppose la pratique quotidienne des juridictions.

Au XXe siècle, la distinction est reprise par Wittgenstein d'une manière sans doute plus proche des préoccupations de Rémy Libchaber. Dans ses *Investigations philosophiques*, Wittgenstein expose que l'application d'une règle et son interprétation appartiennent à deux « jeux de langage » différents. Comprendre une règle consiste à pouvoir donner des exemples de son application et donc en quelque sorte à déterminer ainsi son champ d'application, tandis qu'interpréter un énoncé linguistique revient à lui substituer une autre formulation supposée en donner le sens.

La distinction est reprise par le collègue oxonien de Wittgenstein, Herbert Hart pour qui l'interprétation est un faux problème. Il s'agit en effet d'appliquer les règles, à savoir d'en déterminer les cas d'application. Cette tâche simple, selon Hart, dans la majorité des cas qui sont clairs se complique cependant dans les cas-limites, qui

Réponses de l'auteur

ne font que révéler l'incomplétude de nos conventions linguistiques et donc de nos textes juridiques. Ici encore, toute interprétation est vaine puisque le texte ne contient pas la réponse. Le juge doit compléter la convention en décidant si le cas-limite tombe ou non sous l'application de la règle. Mais cette tâche, selon Hart, qui relève du pouvoir discrétionnaire du magistrat, impose une décision arbitraire car il n'existe pas de bonne réponse. Voilà qui ne fait pas non plus l'affaire de Rémy Libchaber.

Si j'ai bien compris son propos, il semble qu'on veuille aujourd'hui interdire l'interprétation des règles aux praticiens et à la doctrine, de la même manière qu'on prétendait l'interdire aux juges pendant le XIX^e siècle et au-delà. Et ce sur la base d'un même argument d'autorité qui se redouble. Le juge devait humilier sa raison devant la volonté du législateur tout-puissant. Le juriste devrait faire de même aujourd'hui devant l'*imperium* du juge. J'ignore si cette idée est véritablement répandue, mais je la crois en tout cas fausse, dangereuse et antidémocratique.

Enfin, élargissons pour terminer l'observation qui ouvre le texte de Rémy Libchaber sur l'ignorance et le désintérêt des spécialistes et des praticiens du droit positif pour la théorie du droit. Il est vrai que les juristes ne lisent guère les théoriciens et on connaît peu d'auteurs, à l'exception remarquable de Rémy Libchaber lui-même, qui aient brillé dans les deux disciplines. Pour moi, la responsabilité principale en revient aux théoriciens du droit qui pour certains ont réussi (pour paraphraser une boutade américaine adressée à la philosophie analytique) à éclairer certains des recoins les plus obscurs du placard dans lequel ils s'étaient eux-mêmes enfermés. Si le philosophe ou le théoricien du droit veut intéresser la doctrine et les juristes, il lui faut accepter de monter sur leur terrain, celui de la pratique du droit, et tenter d'apporter des ressources utiles à la solution des questions qu'ils ont à résoudre et au succès des combats qu'ils ont à mener. Il est vain de chercher le droit dans le ciel métaphysique des idées de Platon. Il faut le dire et le redire encore : la vérité du droit est dans sa pratique.

Les quatre derniers textes auxquels il m'est donné le privilège de répondre ont ceci de commun qu'ils interrogent le projet du livre *Le sens des lois* dans son ensemble, dans sa nature, sa méthode et ses limites.

Stefan Goltzberg se range lui-même dans le camp des « néoformalistes ». Il défend la proposition selon laquelle l'interprétation juridique se distinguerait des autres genres d'herméneutique par la prépondérance qu'elle accorderait au sens littéral du texte. Selon sa thèse du « littérarisme modéré », « la lettre devrait être suivie par le juge sauf s'il apparaît une très bonne raison de s'en éloigner ». Le néoformalisme s'opposerait sur ce point au courant « réaliste » (dit

Benoit Frydman

aussi pragmatique), dans lequel Stefan Goltzberg me range ainsi que Perelman, selon lequel « le juge doit concilier la lettre de la loi et l'esprit du droit ». Nous pourrions même ici, pour mieux manifester la tension, radicaliser la thèse en disant que, pour les réalistes, le sens littéral ne constitue qu'un des sens possibles du texte et l'une des manières de découvrir ou de justifier la solution d'un cas.

Stefan Goltzberg estime qu'une histoire de l'interprétation juridique pourrait montrer que le primat du sens littéral constitue un universel de cette discipline. Cette histoire demeure à écrire. Dans mes recherches, je n'ai pas du tout observé cela. La raison en est, explique Stefan Goltzberg, que *Le sens des lois* se concentre massivement sur des modèles non juridiques d'interprétation. Voilà qui m'a surpris. Qu'est-ce donc qu'un modèle juridique d'interprétation ? Un modèle qui aurait été forgé par les juristes ou bien un modèle qui serait pratiqué par les juristes ou spécialement par les juges, peut-être les deux. S'il est certain que le modèle patristique peut-être qualifié de non juridique et même plus exactement d'anti-juridique, tel n'est certainement pas le cas du modèle rhétorique qui s'impose dans la pratique judiciaire grecque mais aussi romaine dès la fin de la République, ni du modèle rabbinique tel que le donne à voir le Talmud, dont l'objet et la portée sont sinon exclusivement du moins principalement juridiques. Quant au modèle scolastique, nous avons montré qu'il constitue une création originale des juristes civilistes et canonistes de l'Université avant de s'exporter dans les autres disciplines, dans la culture savante et dans la pratique judiciaire de l'époque. Et que dire, à l'époque contemporaine, du modèle pragmatique ou réaliste, comme préfère l'appeler Stefan Goltzberg, qui sait aussi bien que moi la part décisive jouée par les juristes et les juges dans son élaboration et sa mise en œuvre ?

Comme cela a déjà été évoqué, l'interprétation juridique et judiciaire a été prise comme modèle au XX^e siècle, notamment par Gadamer et Perelman, précisément pour s'émanciper d'une conception jugée trop littérale et historiciste des textes imputée au modèle philologique. Quant à ce dernier, qui prône effectivement, jusqu'à un certain point, le primat du sens littéral et grammatical, nous savons qu'il a été théorisé par les historiens et les philologues au XIX^e siècle comme « herméneutique générale ». Stefan Goltzberg souligne lui-même que, tandis que la doctrine catholique privilégie l'esprit au mépris de la lettre, ce qui influence lourdement les droits romano-germaniques, la réforme protestante, spécifiquement le calvinisme, rétablit le primat du sens littéral. Il y voit l'explication de la primauté que la *common law* accorderait selon lui au sens littéral. Mais le modèle calviniste ne constitue-t-il pas, comme le catholique, un modèle théologique ou théologico-politique et donc bien un modèle non juridique ?

Au-delà de cette controverse, qu'en est-il au fond du soi-disant primat du sens littéral comme universel de la raison juridique ou de

Réponses de l'auteur

la pratique judiciaire ? Notons d'abord, et ce point n'est pas trivial, qu'une telle thèse présuppose une culture ou un modèle qui conçoit le droit comme déposé dans un texte ou un ensemble de textes faisant autorité. Or ce modèle, pour familier qu'il nous paraisse, n'était pas celui des Grecs ni des Romains, ni des droits coutumiers chez nous ou ailleurs. Bien plus, j'ai tenté de montrer que plusieurs modèles juridiques modernes et contemporains rejettent l'interprétation comme mode rationnel d'application du droit. C'est le cas du modèle géométrique, mais aussi des modèles sociologique et économique qui lui préfèrent la balance judiciaire des intérêts, du modèle normativiste, ainsi que du modèle global qui se profile et de son droit algorithmique.

Si l'on se limite aux cultures juridiques qui considèrent que le droit est et doit nécessairement être inscrit dans un texte ou un ensemble de textes qui font autorité et que l'interprète ou le juge n'est fondé à résoudre les cas qui lui sont soumis qu'en conformité avec ceux-ci, privilégient-elles pour autant le sens littéral au sens du « littérarisme modéré » de Stefan Goltzberg ? Il faudrait d'abord s'entendre sur la notion de « sens littéral », qui est loin d'être univoque, varie selon les modèles et connaît d'importantes évolutions dans le cours de l'histoire de l'herméneutique occidentale, de même que le statut de la lettre et de l'esprit. Ada Neschke-Hentschke distingue ainsi, dans un article approfondi, cinq significations successives du sens littéral qui ont prévalu successivement dans l'histoire de l'herméneutique occidentale, parmi lesquels les juristes retrouveront notamment le sens grammatical et le sens historique¹⁴. On sait que ni le modèle philosophique, ni les auteurs du Code civil, ni la jurisprudence postérieure ne parviennent à trancher entre ces deux-là, affirmant simultanément le primat de la signification linguistique et celui de l'intention de l'Auteur-Législateur jusqu'à prétendre, contre toute évidence, qu'ils coïncident nécessairement en un sens unique.

Les (néo-)formalistes sont, comme leur nom l'indiquent, attirés par la perspective d'univocité promise par les systèmes formels, comme les langages logiques et mathématiques. La philosophie analytique a pourtant renoncé pour l'essentiel à l'ambition de formaliser le langage ordinaire, jugée impossible voire inadéquate. Il est vrai cependant que les informaticiens ont donné une nouvelle vie à ce projet, qui se traduit notamment par l'ambition d'une nouvelle forme de codification du droit, laquelle préfère cependant le chiffre à la lettre.

Quant à Stefan Goltzberg, il lie la primauté du sens littéral dans l'interprétation juridique à la capacité supérieure de celle-ci à faire abstraction du contexte. À nouveau, je peine à comprendre ou à ne pas être en désaccord. L'interprétation judiciaire se détermine toujours

14. A. Neschke-Hentschke, « Le sens littéral. Histoire de la signification d'un outil herméneutique », *Sens et interprétation. Pour une introduction à l'herméneutique* (Chr. Berner et D. Thouard dir.), Septentrion, 2020, p. 21-47.

Benoit Frydman

en référence à au moins trois contextes : 1° le corpus juridique ou ce que les modernes nomment l'ordre ou le système juridique, ce que M. Goltzberg appelle le co-texte ; 2° le contexte d'énonciation qui détermine à tout le moins le champ d'application et la force obligatoire du texte ; et 3° le contexte d'application qui permet de spécifier la solution à donner à l'espèce et le dispositif du jugement.

Stefan Goltzberg nous fournit une illustration exemplaire du primat du sens littéral dans l'acceptation en droit anglais des conséquences des « *loopholes* ». Le *loophole* est une lacune dans la loi ou dans le contrat qui offre une échappatoire à celui à qui on tente de l'opposer. Ainsi, l'opportuniste bien conseillé, le « *bad man* » de Holmes, peut-il exploiter une faille dans la législation fiscale, par exemple, pour échapper légalement à l'impôt. Un principe équivalent d'interprétation stricte des lois dites « odieuses » prévaut également sur le continent, notamment dans les branches du droit fiscal et du droit pénal, même si de nombreux travaux ont montré que ce principe connaît un grand nombre de dérogations dans la jurisprudence criminelle, y compris au plus haut niveau. Quant au choix licite de la voie la moins imposée en droit fiscal, qui tire effectivement parti des failles de la législation fiscale, il est de plus en plus attaqué par la volonté des États de sauvegarder une part au moins de leurs recettes face aux assauts terribles et victorieux de l'ingénierie juridique dans le contexte favorable de la mondialisation.

Pour autant, ce jeu du chat et de la souris, où le justiciable parvient à se faufiler dans un trou de la loi pour échapper à la peine ou à l'impôt, est très loin d'épuiser les situations où les juges sont amenés à interpréter la loi. Dans la plupart des matières et le plus souvent, le choix de l'interprète ne se limite pas à décider s'il doit suivre la lettre ou s'en émanciper pour faire prévaloir la justice. L'interprétation vise à faire parler un texte ou un ensemble de textes qui sont muets ou lacunaires quant à la solution du cas à résoudre, que celui-ci soit inédit ou issu de circonstances nouvelles qui surviennent sans cesse dans une société dont l'évolution s'accélère toujours plus. Le juge ne peut se replier ici sur la lettre insuffisante pour refuser de trancher le cas à peine de déni de justice. D'où l'importance du blanc du texte dont j'avais cru pouvoir écrire qu'il constituait l'espace réservé par avance à l'interprétation à venir.

Certes, dans cette tâche de construction, les juges n'opèrent pas seuls ni en une fois. Ces affaires donnent souvent lieu à de multiples recours qui permettent de tester la solution et le cas échéant de l'affiner, généralement au plus niveau de la pyramide judiciaire, où les magistrats les plus éminents travaillent en collège. Mais surtout, s'agissant de questions de droit, elles ne s'épuisent pas, comme je l'ai déjà dit, dans l'affaire en cours, mais s'élaborent au fil des cas et des décisions, à la manière du roman à la chaîne, bien décrit par Ronald Dworkin, *common lawyer* s'il en est.

Réponses de l'auteur

Stefan Goltzberg semble considérer que ce travail de la jurisprudence confirmerait sa thèse littéraliste. Il écrit ainsi :

En effet, dans les droits casuistiques, ce n'est qu'en faisant abstraction du contexte que l'on peut appliquer une règle (formulée sous forme de cas particulier) à un autre cas d'espèce. En droit de *common law*, il est fréquent qu'un précédent s'applique à un cas très différent (et ne s'applique pas à un cas *prima facie* similaire).

Il est étonnant d'assimiler le raisonnement casuistique à une interprétation littérale. Pour prendre un exemple que Stefan Goltzberg connaît bien, le droit casuistique talmudique classe les cas de dommages causés par des choses en quatre catégories, qui définissent des régimes juridiques spécifiques : le bœuf, la pâture, la citerne et l'incendie, pour la raison que ces quatre exemples sont traités dans le texte biblique (Exode 21, 28 et s.). Toute affaire de responsabilité du fait des choses suppose dès lors de rapporter par analogie la chose, cause du préjudice, à l'une de ces catégories. Ainsi, on rapportera le cas d'un accident de chariot à la catégorie du « bœuf ». Ce raisonnement n'interprète évidemment pas le terme « bœuf » de manière littérale, bien au contraire. Comme l'exprime un sage du Talmud : « Qui pense que le bœuf du Talmud est un véritable bœuf n'a pas même commencé à comprendre la loi »¹⁵.

De manière générale, la jurisprudence procède par la comparaison des cas nouveaux avec le réservoir des cas précédents en vue d'appliquer au cas nouveau la solution d'un cas ancien dès lors que celui-ci présente un rapport de ressemblance ou de proximité suffisant et pertinent¹⁶. Cette méthode se fonde sur le principe d'égalité, qui s'applique aussi au niveau de l'application de la loi (*treat like cases alike*).

L'accumulation des précédents s'accompagne en Occident d'une montée progressive en généralité et en abstraction, d'un passage des cas au concept qui correspond à la transition d'une énumération en extension à une définition en intension. Ce phénomène, observé dès le droit romain classique, se perpétue jusqu'à aujourd'hui¹⁷. Les juristes appellent volontiers « théories » ces constructions abstraites par

15. A. Steinsaltz, *Introduction au Talmud*, Paris, Albin Michel, 1987, p. 166.

16. J'ai commis, il y a longtemps, un article qui tentait d'analyser le raisonnement par analogie pratiqué par la jurisprudence : B. Frydman, « Les formes de l'analogie », *Analogie et méthodologie juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 10, *Revue de la Recherche juridique – Droit Prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995-4, p. 1053-1064.

17. Voyez l'article de R. Dekkers, « Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent », *Dialectica*, vol. 15, 1961, p. 339-346, en particulier au sujet de la qualification, spéc. p. 340 et s.

Benoit Frydman

laquelle se manifeste l'innovation judiciaire. Ainsi, dans le droit civil, au hasard et en désordre, la théorie des impenses, des quasi-contrats, de l'apparence, de la responsabilité du fait des choses, des troubles de voisinage, etc. Et il en va bien sûr de même dans tous les domaines, spécialement dans ceux où le législateur n'intervient que rarement ou ponctuellement.

Faut-il voir dans ces réalisations de l'ingénierie judiciaire, efficacement assistée par la doctrine, le triomphe d'une conception de l'interprétation éthique, influencée par le christianisme, au détriment d'une conception proprement juridique ? Je ne le crois pas. Certes, la jurisprudence, en créant ainsi de nouvelles règles, impose des choix et privilégie certaines valeurs, mais pas davantage que les normes légales ou réglementaires. Au contraire, il me semble que ces types de raisonnements et de constructions sont l'expression même du génie juridique dans ce qu'il a de plus spécifique, de plus intéressant et de plus utile.

M. Goltzberg nous objecte, à la suite de Frederick Schauer, que ces types de raisonnement, qui s'écartent manifestement du sens littéral, ne valent que pour les « cas difficiles » (*hard cases*), qui seraient « atypiques » et ne pourraient donc rendre compte de l'interprétation juridique dans sa généralité. Il faudrait donc chercher la nature propre de l'interprétation juridique dans la solution des cas faciles, les plus nombreux et ceux où l'interprétation littérale s'impose. Je ne crois pas pour ma part que la raison juridique s'exprime plus authentiquement dans les cas faciles. Comme l'a montré Perelman, un cas n'est facile qu'aussi longtemps qu'il n'est pas contesté. Aussi les cas faciles ne viennent-ils pas si souvent devant les tribunaux et effectivement pratiquement jamais devant les juridictions supérieures. Souvent, ils font l'objet de contentieux de masse qui donnent lieu à des dispositifs de décisions quasi-automatiques et de plus en plus souvent automatisés. Ils expriment davantage la raison administrative que la raison juridique dont le génie repose dans le débat contradictoire argumenté.

En outre, l'étude de ces décisions automatisées ou presque révèle, d'une manière qui étonnera peut-être les néo-formalistes, non pas le triomphe de l'interprétation littérale des lois, mais bien plutôt l'interposition, entre le texte qui fait autorité et les décisions particulières, d'un standard issu de la pratique administrative, qui s'éloigne de manière parfois spectaculaire du sens littéral du texte. Ce phénomène bien connu s'accroît encore aujourd'hui par la mise en place de dispositifs algorithmiques d'application des décisions.

Comme on peut le lire, les positions de Stefan Goltzberg et les miennes diffèrent assez radicalement. Lui explique notre opposition par le croisement de nos trajectoires respectives : celle d'un linguiste et philosophe, pour sa part, formé à la polysémie et séduit par la rigueur juridique ; à rebours de mon cheminement de juriste, astreint

Réponses de l'auteur

à l'aridité de la lettre et trouvant dans la philosophie le chemin de la liberté des sens. Ceci m'évoque le débat engagé au siècle dernier entre Hans Georg Gadamer et Emilio Betti, où le philosophe allemand promouvait l'interprétation créative des juristes contre le jurisconsulte italien qui se faisait l'avocat du modèle philologique, rejeté par Gadamer. Là aussi, chacun trouvait son miel dans la discipline de l'autre, mais pour en tirer des conséquences radicalement différentes.

Les critiques et questions adressées par Anne-Sophie Chambost, Pierre-Yves Quiviger et Frédéric Audren, quoique différentes, se recoupent en plusieurs points. Dès lors, tout en poursuivant les réponses individuelles, il m'a semblé qu'une réponse commune à certains aspects importants permettrait une discussion plus intéressante et en tout cas plus claire pour le lecteur. Ces points sont abordés dans les réponses à Frédéric Audren.

Anne-Sophie Chambost confronte le projet du *Sens des lois* à son propre sujet de recherche sur la dimension matérielle et institutionnelle de la production et de la circulation des savoirs juridiques, qui n'est guère abordée dans mon livre. Elle convoque à ce propos l'ouvrage de Vincent Forray et Sébastien Pimont *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la décriture du droit* (Dalloz, 2017), qui se livre à une analyse critique substantielle du *Sens des lois*. Selon celle-ci, le livre serait caractéristique de l'indifférence portée par la doctrine au processus d'écriture du droit pourtant essentiel dès lors que l'on convient que le droit est un phénomène textuel. Ce n'est pas ici le lieu de répondre à cet ouvrage dès lors que les conditions du contradictoire ne sont pas réunies. Cependant la question du rapport de l'interprète au texte interprété posée par Anne-Sophie Chambost, à la suite de ces auteurs, mérite certainement d'être abordée.

Est-il exact que les modèles d'interprétation se montrent indifférents au processus d'écriture des textes interprétés, qu'ils considèrent plutôt comme un produit fini, dont il s'agit, par le moyen de l'interprétation, de tirer la réponse à une question de droit ou la solution d'un cas ? Cela paraît effectivement assez vrai dans l'ensemble et spécialement aux deux extrémités d'un graphe où l'on rangerait les modèles en fonction de la déférence plus ou moins grande qu'ils accordent au texte à interpréter. Ainsi, les modèles qui placent le texte dans un statut d'autorité incontestable, en lui attribuant un statut métaphysique transcendant ou une origine divine, ne souhaitent pas toujours qu'on investigue dans le détail les conditions précises dans lesquelles le texte sacré a été produit ou a été transmis. Ils accusent volontiers d'hérésie les recherches qui pourraient remettre en cause ou faire douter de la tradition ou du caractère authentique du moindre passage, de la moindre virgule de l'écrit en question. La réception au moment de sa publication du *Traité théologico-politique* de Spinoza offre une illustration bien connue de la colère des gardiens du temple.

Benoit Frydman

À l'autre bout du spectre, les conditions de production du texte n'intéressent pas non plus outre mesure, sauf s'ils y trouvent un intérêt particulier pour la cause ou l'opinion à défendre, ceux qui considèrent celui-ci comme un simple prétexte au déploiement d'un conflit d'arguments, de valeurs ou d'intérêts. Et que dire des modèles, dont on ne saurait négliger l'importance chez les modernes, qui déniaient toute valeur rationnelle à l'activité d'interpréter pour lui substituer (ou non) une méthode fondée sur la démonstration et le calcul, comme les modèles géométrique et sociologique, ainsi que le modèle computationnel émergent.

Toutefois, il y a bien un modèle qui s'intéresse très sérieusement aux conditions de production et de réception du texte interprété, tant au niveau du contexte historique, culturel et institutionnel dans lequel il a été produit, qu'à celui de sa rédaction, de sa forme et de son style, de la grammaire et du vocabulaire qu'il mobilise, de sa maturation progressive à travers les versions successives ou les leçons diverses que le chercheur a pu consulter, y compris les ratures, les remords, les amendements et les réécritures, les altérations et les effacements, dont le manuscrit a pu faire l'objet. C'est le modèle philologique.

Il est exact qu'on ne trouve aucune investigation de ce genre dans *Le sens des lois*. C'est là un choix délibéré qui s'explique notamment par un motif stratégique qu'a parfaitement débusqué Frédéric Audren. L'objectif premier du livre est de montrer qu'il n'existe pas une manière unique et permanente de lire et d'interpréter les textes, qui s'impose à presque tous comme une sorte de bon sens ou de sens commun et qui correspondrait pour nous à la lecture historico-philologique des textes. Il aurait été contre-productif de pratiquer moi-même la méthode dont j'entendais ainsi relativiser l'importance, sans pour autant en méconnaître la portée et les mérites spécifiques.

D'autre part, il faut dans ce débat prendre garde à ne pas trop réifier la distinction entre la production du texte et son interprétation dès lors que, comme nos interlocuteurs le savent, en pratique les deux activités s'entrecroisent et se relaient en permanence, en telle sorte que les positions d'auteur et d'interprète sont fréquemment interchangeables et de fait interchangeables. Les textes d'une tradition juridique apparaissent parfois sous la forme d'une chaîne indéfinie de commentaires dans laquelle le commentaire devient lui-même un objet d'interprétation avec le statut de texte en surplomb qui s'y attache. Pareillement, dans les systèmes contemporains, le principe de la hiérarchie des normes fait de l'auteur de la loi, du règlement ou de presque n'importe quel texte juridique, également l'interprète du texte qui le surplombe et dans le cadre duquel il doit demeurer, sous le contrôle des juridictions appelées à en contrôler la validité. Ainsi, l'auteur du règlement doit-il interpréter la loi qu'il applique et celle-ci doit se conformer à la Constitution. La jurisprudence en tant qu'elle interprète la loi au sens

Réponses de l'auteur

large est elle-même interprétée par les juges ultérieurs et la doctrine pour en tirer l'état du droit et ainsi de suite.

Les interprétations, tout le monde s'accorde là-dessus, sont aussi des textes. Dans *L'ordre du discours*, Foucault les rattache à un genre particulier, celui du commentaire. Le commentaire obéit à une structure propre qui organise la production de sens nouveaux. Il apparaît dès lors à mes yeux que les modèles d'interprétation, en tant qu'ils exhibent des modèles divers de machines à produire ces sens, suivant des techniques et des stratégies qui les distinguent entre eux, participent bien, encore que d'une manière différente de celles de nos interlocuteurs, à l'analyse des conditions de production des textes juridiques, c'est-à-dire des textes qui produisent ou sont susceptibles de produire des effets de droit.

C'est également une question de genre qui occupe l'intervention de Pierre-Yves Quiviger lorsqu'il s'interroge sur la sorte d'histoire que prétend raconter *Le sens des lois*. J'avoue que cette question m'avait quelque peu préoccupé durant la réalisation de cette recherche, encore que d'une manière bien plus prosaïque. Je m'interrogeais en effet sur la recevabilité de ce travail, qui rappelons-le fut d'abord une thèse de doctorat, au regard des règles ou du moins des attentes fixées par les gardiens des différentes disciplines. Serait-elle recevable aux yeux des historiens ? Certainement pas. On me fit d'ailleurs savoir, avec beaucoup de bienveillance, que le livre était mal nommé car il ne constituait en rien une histoire, ce qui je crois est également indiqué par l'un des contributeurs discutés ici. Acceptable pour les juristes ? Probablement pas, ce qui m'inquiétait davantage à l'époque car les conditions de mon mandat imposaient que la thèse soit présentée devant la faculté de droit de mon université, à laquelle j'étais d'ailleurs attaché, à tous les sens du terme. Peut-être aurais-je eu davantage de chances auprès des philosophes qui, après tout, en ont vu d'autres ? Si mon jury apaisa finalement mes craintes, je me réjouis tout particulièrement de pouvoir ici bénéficier des lectures critiques à la fois d'historiens, de juristes et de philosophes. Certes je ne peux me prévaloir de leur approbation, certainement pas au niveau de la méthode, mais c'est déjà une grande joie et à vrai une surprise d'avoir échappé au sort fatal du silence qui frappe nombre de travaux inter- ou transdisciplinaires, comme on dit de nos jours. À l'instar de Pierre-Yves Quiviger, je me réjouis que de telles rencontres, autrefois improbables, entre historiens et philosophes du droit se multiplient aujourd'hui grâce aux initiatives d'une nouvelle génération.

Pour répondre plus précisément à la question de Pierre-Yves Quiviger, je suis séduit par la formule de Marc Angenot, avancée par Anne-Sophie Chambost, selon laquelle *Le sens des lois* relèverait moins d'une histoire des idées que d'une histoire des manières de penser. Il y a peut-être une analogie à opérer avec ce qui distingue l'histoire des sciences, au sens classique du terme, de l'épistémologie historique. Il

Benoit Frydman

ne s'agit pas tant de faire l'histoire des idées que celle des manières de les produire. L'ouvrage s'attache non aux interprétations elles-mêmes, mais aux modalités suivant lesquelles celles-ci sont produites à différentes époques déterminées. Il s'agit en d'autres termes d'établir, pour chaque époque, certaines conditions de possibilité qui, sinon déterminent, du moins orientent le contenu ou la forme et la manière de justifier de la pertinence et de la légitimité, ou pour le dire autrement, du caractère recevable et convaincant, des interprétations produites par les juristes et notamment par les juges lorsqu'ils tranchent des cas.

Pierre-Yves Quiviger soulève une autre question qu'il formule comme suit : « y a-t-il ou non un concept atemporel ou invariant de l'interprétation juridique qui rend possible l'étude même des variations de cette interprétation ? ». Ma réponse à cette question serait plutôt négative. Les visions du droit, les procédures d'interprétation et les méthodes de raisonnement caractéristiques des différents modèles sont souvent si éloignées les unes des autres qu'il n'est pas possible de les poser sur un socle commun. C'est d'ailleurs une hypothèse de base du livre. Ce constat suffit-il pour autant à invalider toute entreprise de comparaison ? Je ne le crois pas. Si on ne pouvait comparer que ce qui est identique, alors toute comparaison deviendrait soit impossible soit sans intérêt. Ce serait dommage dès lors que la comparaison est l'un des instruments les plus puissants dont nous disposons et nous servons au quotidien, quelle que soit notre activité ou notre discipline, pour raisonner et pour décider.

Mais sur quelle base peut dès lors reposer la comparaison ? Pragmatiquement, on peut soit faire confiance aux acteurs lorsqu'ils prétendent interpréter le droit, soit considérer la fonction ou l'effet que vise à remplir l'action d'interpréter, à savoir produire une réponse à une question de droit, généralement en vue de fournir la solution d'un cas. Nous pouvons également chercher « l'invariant » dans la fonction de l'interprétation qui est de rechercher la solution d'un cas ou d'une question de droit au moyen d'un texte faisant autorité. Ce faisant, nous excluons cependant les modèles, déjà évoqués, qui préfèrent la raison calculatrice à l'herméneutique.

Frédéric Audren livre pour terminer une analyse fine et pointue du projet du *Sens des lois* du point de vue de l'historien. S'il lui reconnaît certains mérites, ce dont je lui sais gré, il en pointe également les limites, les fragilités – pour ne pas dire les failles – et certaines incohérences, avec une précision et un bonheur dans l'expression qui éclairaient l'auteur lui-même et lui imposent de revoir d'un œil plus averti et peut-être plus pénétrant le projet dans son ensemble aussi bien que dans les modalités de sa réalisation. Je ne peux à l'examen qu'être d'accord pour l'essentiel avec les points qu'il soulève, que je reprends ici en élargissant, comme annoncé, la discussion aux contributeurs précédents lorsque leurs remarques rejoignent ou croisent les siennes.

*Réponses de l'auteur***Statut et discontinuité des modèles**

Entamons la discussion par la question essentielle du statut des modèles d'interprétation proposés dans *Le sens des lois*. « Les modèles d'interprétation sont-ils des modèles historiques (ceux des acteurs de/dans l'histoire) ou des modèles d'historien (ceux de l'historien au présent) ? ». Incontestablement, il s'agit de la seconde option : les modèles proposés sont des constructions au présent pour servir des buts présents. La construction de ces modèles obéit à cet égard, même si c'était pour moi moins clair à l'époque qu'aujourd'hui, à une conception pragmatique de la recherche. De sorte qu'il ne serait pas infondé de dire que j'ai « inventé » ces modèles.

L'objectif de ces constructions de modèles est clair, comme l'a bien compris Frédéric Audren. Il s'agit d'abord et avant tout de *souligner des différences*. Je souhaitais démontrer qu'il n'existe pas qu'une seule manière de comprendre les textes ou plutôt de les travailler pour leur faire produire du sens. Le temps long de l'histoire offre ici un moyen classique de relativiser le concept d'interprétation en permettant de montrer à quel point ses méthodes ont varié au cours des âges. Mais la topique de l'interprétation contemporaine montre que ces différentes méthodes peuvent également coexister de manière concurrente.

Les modèles exhibent des « machines interprétatives » qui produisent des significations et des solutions différentes par rapport au même problème, par rapport au même texte. Ils contribuent à déconstruire l'idée solidement ancrée du « bon sens » et plus encore de l'unité et de la permanence de la vérité et des procédures qui la fabriquent. En cela, l'ambition rejoint, sans forcément réussir à l'atteindre, la démarche foucaldienne. Plus stratégiquement, elle poursuit une visée polémique contre tout modèle dominant ou hégémonique en tant qu'il prétend imposer comme une évidence la vérité unique des solutions que propose sa machine. Au fond, la théorie du sens unique et du sens exact constitue la forme herméneutique du dogmatisme, qu'il s'agit pour moi de combattre.

Sur le plan de l'outillage, la réduction de l'histoire de l'interprétation en modèles traduit l'influence prégnante des structuralistes sur ma formation initialement autodidacte en philosophie et en sciences sociales. Au-delà de Michel Foucault, les travaux de Claude Lévi-Strauss, Georges Dumézil, Émile Benveniste, Roland Barthes et plusieurs autres ont fasciné ma jeunesse et leur lecture ou relecture a accompagné mon travail. Or, on connaît le problème des structuralistes inscrits dans la synchronie pour traiter ou faire de l'histoire diachronique. La production de modèles synchroniques discontinus constitue une tentative connue pour tenter de résoudre cette difficulté, que je n'ai fait qu'utiliser après eux. La représentation formalisée des modèles et leur comparaison sous la forme de tableaux

Benoit Frydman

synthétiques participent du même esprit et de la même influence. Sur la production de tableaux et leur usage, je crois avoir été particulièrement influencé par le très beau petit livre (par la taille seulement !) de Marcel Detienne sur *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*¹⁸, qui traite également de modes de production différents de la vérité et de la décision.

Pour autant, si la discontinuité historique permet de résoudre une difficulté interne à la méthode structuraliste, elle ne manque pas d'en susciter d'autres sur lesquelles mes interlocuteurs historiens n'ont pas manqué de se pencher et qu'il faut à présent examiner de manière attentive. Comme le note justement Anne-Sophie Chambost, souligner la discontinuité des modèles a pour conséquence de normaliser les phases intermédiaires et donc de gommer les contradictions entre les auteurs et les œuvres d'une même période. Ceci est certain et fournit l'occasion de mettre en évidence une caractéristique importante de ces modèles, à savoir leur caractère normatif. Les modèles d'interprétation ne décrivent pas comment les juristes interprètent les textes à une époque donnée ou plus généralement trouvent la solution des questions juridiques. Ils prescrivent un ensemble de consignes que les juristes sont censés suivre s'ils veulent produire une interprétation ou une solution correcte et légitime. Pour autant, ils ne supposent pas que tous les auteurs d'une époque soient indexés sur le modèle normal. J'ai traité en détail, dans *Le sens des lois*, le cas assez frappant du *Traité de l'interprétation juridique* de Georges Delisle. Ce professeur de droit romain et avocat au barreau de Caen, expose et prône, dans deux forts volumes publiés en 1847, en plein essor du modèle historico-philologique, les lieux et les techniques du modèle rhétorique antique. Signe des temps, l'ouvrage ne rencontra cependant aucun succès ni auprès de ses collègues de l'Université ni parmi ses confrères du Barreau¹⁹.

À cet égard, Frédéric Audren a raison lorsqu'il rapproche ces modèles davantage des paradigmes de Kuhn que des épistémès de Foucault. Si l'épistémè détermine le cadre de ce qui peut être pensé et donc dit à une époque donnée, les paradigmes de Kuhn fixent quant à eux les types de question qui peuvent être posées, ainsi que les instruments et les procédures qui peuvent être mobilisés pour les résoudre de manière scientifiquement acceptable. Ils définissent les conditions d'exercice de la science normale. Tel est aussi le cas des modèles de la raison juridique, comme par exemple dans le fameux syllogisme judiciaire moderne. Il est clair que j'ai été également inspiré par la lecture de *La structure des révolutions scientifiques*²⁰. J'avais d'ailleurs

18. Maspero, 1967.

19. H. Aupépin, « M.G. Delisle, sa vie et ses ouvrages », *Revue bibliographique et critique de droit français et étranger*, vol. 3, 1855-1856, p. 134-143.

20. Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* [1967], Flammarion, 1972.

Réponses de l'auteur

intitulé ma leçon inaugurale pour le cours de théorie du droit à l'ULB : « Y a-t-il des révolutions scientifiques en droit ? »²¹. J'ai donc été assez surpris de ne retrouver dans *Le sens des lois* que deux malheureuses petites notes de bas de page qui fassent référence à Kuhn, sans les honneurs de l'index, preuve accablante de l'ingratitude de l'auteur.

Relations entre les modèles

La mise en scène des modèles dans leur discontinuité leaves évidemment entière la question des relations entre ces différents modèles, des conditions de leur apparition, de leur déclin et de leur succession, de leurs chevauchements et influences, autant de points bien repérés par Frédéric Audren. Le fait de ne pas traiter des transitions et chevauchements entre les modèles ne présuppose aucune thèse sur le fond. Il s'agit uniquement de la conséquence d'un choix de méthode. Cela ne revient pas à nier l'existence de transitions, de chevauchements et d'influences, parfois croisées. Ainsi, pour le XXe siècle, il est clair pour moi, même si la structure en deux chapitres rend ce point ambigu, qu'aussi bien le modèle pragmatique que le modèle normativiste sont les produits du tournant linguistique. L'œuvre fondamentale de Peirce appartient bien à ce tournant aussi bien que celles de Russell et Carnap liés à l'empirisme logique. Quant à Wittgenstein, il relève comme on sait des deux à la fois, avec, d'une part, le *Tractatus logico-philosophicus* et d'autre part ses *Investigations philosophiques*. Bien plus, et je méconnaissais ceci lors de la rédaction du *Sens des lois*, le modèle pragmatique et le modèle sociologique entretiennent des liens étroits, comme l'exemple du pragmatisme/réalisme juridique américain le montre à l'évidence, ainsi que l'histoire de l'École de Bruxelles qui bascule du sociologisme dans le pragmatisme²². Il n'empêche que ces trois modèles (sociologique et économique, normativiste, pragmatique) proposent au final des conceptions de l'interprétation et des méthodes juridiques nettement différentes.

Pourtant, il ne me semblerait pas exact d'avancer que l'ouvrage n'aborde pas du tout la question des relations entre les modèles. D'abord, la construction même de modèles a, comme on l'a déjà dit, la vertu d'autoriser leur comparaison par l'établissement de leurs différences caractéristiques, mais aussi l'établissement de certains traits communs. Ainsi, le tableau des modèles anciens dans *Le sens des lois* a-t-il l'ambition de synthétiser non seulement ce qui oppose ceux-ci entre eux, mais aussi d'exhiber certains traits communs (notamment

21. B. Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, p. 809-813.

22. Sur cette histoire, voyez la série en deux volumes : F. Audren, B. Frydman et N. Genicot (dir.), *La naissance de l'École de Bruxelles*, à paraître ; et B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, éd. de l'ULB, 2022, sous presse.

Benoit Frydman

la pluralité des sens et le cadre du débat contradictoire) contre lesquels les modèles modernes réagiront unanimement, en dépit des graves différends qui les séparent et les distinguent également entre eux.

Le sens des lois s'attache aussi à montrer la portée polémique des modèles d'interprétation qui se succèdent et qui les amènent d'ailleurs souvent à forcer le trait. Un modèle est souvent construit contre un autre, qu'il prétend réfuter et remplacer ou à tout le moins concurrencer. On l'observe de manière remarquable chez les Anciens, notamment entre le modèle rhétorique et le modèle rabbinique lorsqu'ils entrent en contact à l'époque hellénistique. Le modèle rabbinique, sur la défensive, tend à souligner les oppositions, notamment le refus du passage par le concept, mais parfois cède à l'imitation comme dans les formulations de directives d'interprétation en concurrence avec la topique. Quant au modèle patristique, dont j'ai tenté de montrer la dimension foncièrement polémique, il s'attaque violemment tant à la rhétorique qu'aux rabbins tout en puisant abondamment aux deux sources. Le même phénomène s'observe chez les modernes et les contemporains. Ainsi, le modèle géométrique ne se construit pas uniquement par rapport au modèle de la science galiléenne et des règles cartésiennes, mais aussi et peut-être surtout contre le modèle scolastique, auquel l'oppose une guerre violente, non sans conséquence d'ailleurs pour la vie et la sécurité de certains de ses promoteurs. Il en va de même du modèle sociologique contre la philologie historique et du modèle pragmatique contre le normativisme. Je pense que cette dimension polémique, qui conduit à mettre en évidence et souvent à forcer comme je l'ai dit les oppositions entre les modèles successifs, joue un rôle non négligeable dans l'histoire de la raison juridique, comme probablement dans l'histoire des sciences en général.

Participe peut-être de cette volonté de différenciation, l'alternance, soulignée dans le livre, chez les Modernes et les contemporains, entre de véritables modèles herméneutiques, c'est-à-dire qui prétendent proposer une méthode pour bien faire parler les textes, et des modèles anti-herméneutiques, qui dénoncent l'interprétation comme une activité irrationnelle et cherchent leur salut dans la raison mathématique et calculatrice. Tel est manifestement le cas du modèle géométrique contre le modèle scolastique ; mais l'herméneutique retrouve sa place au XIXe avec le modèle philologique de l'exégèse et de l'école historique ; avant d'être battue en brèche par le modèle sociologique qui privilégie le calcul et la mise en balance des intérêts, poussés jusqu'à l'extrême par l'analyse économique du droit. Si le modèle pragmatique, refusant le scepticisme normativiste, renoue complètement avec l'herméneutique, il est aujourd'hui sévèrement concurrencé par le modèle global fondé sur la numérisation des données, les classements et les algorithmes. Sans s'exagérer l'importance de ce mouvement pendulaire, il y a dans cette oscillation quelque chose d'assez intrigant.

Réponses de l'auteur

Quant au choix des auteurs qui sont embrigadés dans les différents modèles, Frédéric Audren a raison de critiquer le fait qu'il n'obéit à aucun critère rigoureux. De ce point de vue, les critères multiples avancés dans l'introduction dissimulent mal le fait qu'il s'agit pour beaucoup de rencontres au fil de la recherche et que mon goût et ma culture personnels y ont sans aucun doute joué un rôle. Cette subjectivité affaiblit certainement la valeur de la démonstration et encourage des études contradictoires de nature à la falsifier. Du moins ce choix éclectique manifeste la volonté de ne pas s'enfermer dans un quelconque nationalisme méthodologique en incluant un large nombre d'auteurs non francophones – quoique tous occidentaux – dans les analyses, notamment allemands ou autrichiens, italiens, britanniques et américains. Mon objectif à l'époque était moins de dénationaliser les modèles (ce qui me paraît cependant important) que de remettre en cause, sur le terrain de la raison juridique, la *summa divisio* entre la *common law* et les systèmes de droit civil. Sur le plan des théories de l'interprétation, j'ai tenté de montrer que cette division n'apparaissait guère pertinente ni opératoire non seulement dans les modèles scolastique et géométrique, mais également, avec plus de précautions, pour le modèle historique et philologique dominant le XIXe siècle et certainement pas pour les modèles sociologique, normativiste et pragmatique. Je m'étonne que cette thèse qui manifeste une vraie rupture avec la pensée dominante n'ait pas davantage été discutée ni contestée.

En ce qui concerne la datation des modèles, je ne peux pas accepter le critère avancé par Frédéric Audren lorsqu'il prend comme référence les dates de naissance et de mort des auteurs dont les œuvres sont analysées au sein de chaque modèle. Comme je l'ai indiqué, la période attachée à un modèle correspond à celle où le modèle en question s'impose comme science normale. Ceci explique pourquoi le *Léviathan* de Hobbes et le *Traité théologico-politique* de Spinoza, considérés comme précurseurs du modèle historico-philologique, sont traités, par une sorte de *flash-back*, dans le chapitre qui porte sur le XIXe siècle, deux siècles après leur publication donc. Pour le reste, la division classique de l'histoire en périodes datées, que j'ai respecté comme repère dans le livre sans innover, comporte, comme chacun sait, sa part d'artifice.

Relations des modèles aux contextes

Tant Anne-Sophie Chambost que Frédéric Audren soulignent à raison l'absence dans *Le sens des lois* de toute contextualisation des modèles d'interprétation par rapport aux situations politiques, économiques et sociales dans lesquelles ces modèles prospèrent. « Les déterminations politiques et sociales ne l'intéressent pas », écrit Frédéric Audren, en ajoutant aimablement qu'il s'agit non pas d'une facilité, mais d'une

Benoit Frydman

décision. Soyons honnêtes, il s'agit aussi d'une facilité au sens où sans une telle décision de découpler effectivement les modèles de ces contextes la tâche aurait été pour moi impossible à boucler. En outre, la décontextualisation participe de l'entreprise de modélisation sur laquelle je me suis déjà expliqué plus haut. Pour autant, il ne s'agit nullement de nier de telles déterminations historiques ni d'en contester l'importance ou l'intérêt. J'ai cependant voulu relativiser certaines causalités faciles, comme celle qui fait de l'exégèse le fruit du Code civil, en exhibant sa matrice philologique commune avec l'école historique du droit allemand, qui ne connaîtra la codification qu'un siècle plus tard.

On peut cependant tracer des liens assez solides entre certains modèles et des projets politiques. D'autant que la « vision du droit », composante idéologique des modèles proposés, est souvent elle-même saturée d'images et de conceptions politiques. Ainsi, le modèle rhétorique naît-il avec la démocratie ; le modèle géométrique accompagne la construction des ordres juridiques nationaux (mais pas uniquement). Comment ne pas reconnaître le rapport entre le modèle sociologique et le projet de l'État social ? En rapportant le modèle exégétique du XIX^e à Hobbes, ainsi qu'à Spinoza, et pas seulement à la méthode historico-philologique des sciences de l'esprit, j'ai voulu montrer la dimension politique de ce modèle qui affirme l'autorité de l'auteur sur le sens de son texte. Je prolongeais ici certaines études structuralistes publiées à la fin des années soixante sur cette question spécifique de l'auteur roi ou propriétaire. Par contrecoeur, le modèle pragmatique, qui impliquait la critique de ce monopole, porte lui aussi un idéal politique, d'ailleurs ambigu, puisqu'il repose chez Peirce et, à sa suite, Perelman et Habermas, sur l'accord de la communauté (des savants). Il y a donc une lecture politique à faire des modèles d'interprétation, mais elle reste largement à écrire.

Ceci dit, la mise entre parenthèses des contextes socio-politiques dans *Le sens des lois* n'équivaut pas, comme le note d'ailleurs Anne-Sophie Chambost, à une décontextualisation complète des modèles d'interprétation. Le projet est en effet centré sur la contextualisation épistémologique de la raison juridique. En d'autres termes, chaque modèle est étudié dans la perspective plus large des paradigmes et des techniques scientifiques de son temps. Une place plus ou moins large est ainsi faite à des disciplines non juridiques : la rhétorique, la théologie, les mathématiques, la philologie, l'histoire, la sociologie et l'économie, la linguistique et la sémiotique. L'objectif principal de l'ouvrage consiste, selon l'expression de Stefan Goltzberg, à « désenclaver la raison juridique », à montrer, pour paraphraser Spinoza, qu'elle ne forme pas un empire dans un empire, mais qu'elle a toute sa place – une place d'ailleurs souvent assez centrale et généralement ignorée ou méprisée – dans l'histoire des sciences et des techniques de production de sens et de décision.

Réponses de l'auteur

Frédéric Audren qualifie cette démarche d'« histoire culturelle de la raison juridique ». Il ne s'agit pas seulement de montrer, comme le note Frédéric Audren, que « la raison juridique est toujours impure », ce qui au demeurant est vrai. Le but consiste surtout à révéler la part importante que jouent les juristes, les savoirs et les procédures juridiques dans l'histoire des sciences en général. Ainsi, la structure du procès détermine celle des traités de rhétorique et aussi leur logique spécifique. De même, j'ai tenté de montrer comment, avec la question disputée, les facultés de droit civil et canon ont forgé un modèle d'enseignement, mais aussi d'écriture et de pensée, qui s'est imposé pendant des siècles dans la plupart des disciplines académiques. J'ai parfois aussi souligné des antériorités troublantes, tout comme l'exposé précoce de la méthode géométrique par Grotius ou, une fois encore, celui de la méthode historico-philologique par Hobbes, Spinoza et, nous le savons à présent grâce à Xavier Prévost, par certains juristes humanistes de la Renaissance. Un autre procédé encore souligne l'investissement de juristes de formation ou de pratique dans les débats scientifiques. La participation massive et souvent motrice des juristes dans le modèle sociologique et les développements de la sociologie elle-même est particulièrement frappante, bien qu'occultée en France par l'hégémonie durkheimienne. Il s'agit dès lors, comme le note Pierre-Yves Quiviger, de réhabiliter les juristes et la place du droit dans l'histoire des sciences et de la philosophie. Plus fondamentalement encore et comme l'avait bien perçu Michel Foucault, il s'agit de montrer qu'une histoire de la vérité et de ses formes doit nécessairement faire une place aux formes et aux procédures du droit et de la justice. Dans notre histoire, le vrai et le juste se croisent et se mélangent souvent. Ils s'influencent toujours. Certains peuvent le regretter ou s'en offusquer, mais c'est un fait, même s'il demeure méconnu ou refoulé.

Le primat du modèle pragmatique

Tant Frédéric Audren qu'Anne-Sophie Chambost exposent que l'ouvrage dans son ensemble est structuré de manière à promouvoir la supériorité du modèle pragmatique, auquel l'auteur lui-même se rallie. Je n'ai pas souvenir que cela répondait à un projet conscient et délibéré à l'origine de l'ouvrage. Néanmoins, en relisant celui-ci pour l'occasion, le bien-fondé de cette critique saute aux yeux. Probablement faut-il y voir l'effet du format thèse, qui suppose que l'on démontre quelque chose, et plus encore un exemple de l'obsession rhétorique des membres de l'École bruxelloise à toujours vouloir convaincre et persuader.

Cependant cette attitude pose en l'espèce un problème plus sérieux, bien soulevé par Frédéric Audren. Le modèle pragmatique figure dans l'ouvrage comme une synthèse au sens hégélien du terme : le modèle

Benoit Frydman

complet et effectif d'interprétation, comme s'il représentait le stade final et la fin de l'histoire de la raison juridique. Dans ce cas, on pourrait bien considérer que *Le sens des lois* est, comme tous les livres, caractéristique de l'époque où il fut conçu et écrit. Vu selon ce prisme, le modèle pragmatique pourrait être interprété comme le volet juridique et technique du modèle politique d'une société libérale ouverte à l'échelon mondial, fondée sur les droits de l'homme et la discussion de normes communes, tel que porté par Habermas et d'autres à cette époque.

Aujourd'hui bien sûr, nous en sommes tous revenus. L'histoire s'est remise à bouillir et le modèle pragmatique est directement concurrencé par le modèle numérique global, dont il a été largement question plus haut. Il n'en reste pas moins que j'aborde ce nouveau modèle dans une perspective pragmatique. On évolue certes, mais on ne se refait pas ! Frédéric Audren observe pour sa part une évolution de ma perspective d'un pragmatisme linguistique, du type Peirce, vers un pragmatisme davantage sociologique, de type Dewey. Sans le nier, je considère cependant pour ma part que les deux s'inscrivent et partagent le même fondement épistémologique.

Je termine ici ces réponses épuisé et ravi. Ravi de ce dialogue par textes interposés qui a prolongé et beaucoup approfondi les échanges vivants de la journée organisée pour ces lectures. L'exercice cependant a été bien plus ardu que je ne le pensais. Les critiques et les idées proposées dans les différentes contributions, qui touchent souvent justes, m'ont poussé dans mes derniers retranchements. Ils m'ont imposé de me relire moi-même comme un autre, selon l'expression de Ricoeur, ce que l'écoulement du temps a facilité. J'ai ainsi été amené à constater non seulement les limites et les manques de l'ouvrage, mais aussi à découvrir certaines dimensions et certains partis pris, dont je n'avais pas conscience en l'écrivant.

C'est un privilège d'être lu et discuté par ses amis et ses collègues, que je remercie une fois encore de leur générosité, ainsi que les organisateurs qui m'ont permis de vivre cette expérience très riche et, pour moi, unique en son genre.

Bruxelles, le 19 octobre 2021