

Droit et linguistique - une approche du formalisme juridique

Léon Raucent

Volume 19, Number 3, 1978

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042258ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042258ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Raucent, L. (1978). Droit et linguistique - une approche du formalisme juridique. *Les Cahiers de droit*, 19(3), 575-594. <https://doi.org/10.7202/042258ar>

Article abstract

Recent works in linguistics and on the philosophy of interpretation have some relevance for lawyers, since law can be characterized to a certain extent, especially in an age of burgeoning legislation, as a language-related science, as an exercise in reading the text of statutes.

The textual basis of law explains why laymen are so frequently complaining about its formal nature, *i.e.* its almost exclusive concern with words rather than concepts, and its total disregard for social reality. To say that such criticism can be explained is not, however, saying that it is valid.

This paper attempts to show that the close reliance of law on the wording of legislation does not, or at least should not, lead to formalism. For the meaning of legislation is derived not only from its own words, but also from its context and social background. Indeed, legislation can only acquire its ultimate and complete meaning through its application to individual cases.

Droit et linguistique — une approche du formalisme juridique

Léon RAUCENT *

Recent works in linguistics and on the philosophy of interpretation have some relevance for lawyers, since law can be characterized to a certain extent, especially in an age of burgeoning legislation, as a language-related science, as an exercise in reading the text of statutes.

The textual basis of law explains why laymen are so frequently complaining about its formal nature, i.e. its almost exclusive concern with words rather than concepts, and its total disregard for social reality. To say that such criticism can be explained is not, however, saying that it is valid.

This paper attempts to show that the close reliance of law on the wording of legislation does not, or at least should not, lead to formalism. For the meaning of legislation is derived not only from its own words, but also from its context and social background. Indeed, legislation can only acquire its ultimate and complete meaning through its application to individual cases.

	<i>Pages</i>
1. Sémiotique	576
1.1. Signe linguistique	577
1.2. Le concept	577
1.3. Les fonctions du concept	578
1.4. La phrase et ses fonctions	579
1.5. Le langage du droit est « performatif »	579
1.6. Conclusions	581
2. Sémantique	581
2.1. Fonction de la sémantique	581
2.2. La doctrine du sens propre des mots	582
2.3. Le discours est un système	583
2.4. Discours et situation sociale historique	584
2.5. La compréhension du texte par l'historien	585
2.6. La compréhension du texte par le juriste	585
2.7. Objection: les exigences de la sécurité	587
2.8. Conclusions	588

* Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, Professeur invité à l'Université Laval.

	<i>Pages</i>
3. Le formalisme juridique	590
3.1. Notion	590
3.2. Développement	590
3.3. Exemples	591
4. Conclusions	593

Les études de linguistique¹ et d'herméneutique philosophique² menées ces dernières années ne sont pas dénuées d'intérêt pour le juriste. Sa science, surtout dans nos sociétés modernes marquées par l'inflation des lois, n'est-elle pas, dans une certaine mesure, une science du langage, la lecture d'un texte, le texte des lois?

Ce fondement textuel de la science des juristes explique, sans le justifier, le reproche qui lui est souvent adressé par le profane, d'être formaliste, c'est-à-dire, d'une manière générale, de situer sa démarche au niveau du sens des mots, trop rarement au niveau des concepts, mais jamais au niveau de la réalité sociale elle-même (réfèrent).

Je voudrais montrer que cette dépendance étroite de la science du droit à l'égard du texte légal ne justifie pas ou ne devrait pas justifier ce formalisme. Car le sens de la loi ne se tire pas seulement des mots, mais aussi de leur contexte et de la situation sociale. Bien plus, il ne se dégage finalement et complètement qu'à la lueur du cas à traiter.

Mais un long chemin doit être parcouru pour justifier cette opinion. Il faudra, en effet, mettre au point le sens des expressions: signifiant, concept, réfèrent, langage performatif... Doit-on faire une différence entre le concept et la réalité? Tout concept a-t-il un réfèrent? Qu'est-ce que comprendre un texte?

Dans un premier paragraphe, je rappellerai quelques notions de sémiotique; dans un second paragraphe, quelques éléments de sémantique et d'herméneutique, enfin, je terminerai avec la notion de formalisme juridique.

1. Sémiotique

1. Voyez, par exemple: E. BENVÉNISTE, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966. *La linguistique. Guide alphabétique*, sous la direction d'André MARTINET, Paris, Denoël, 1969. Pour une bibliographie plus complète, voyez: LÉON RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux (Belgique), Duculot, 1975, p. 93.

2. HANS-GEORG GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. É. Sacre, Paris, Seuil, 1976.

1.1. Signe linguistique

Il faut partir de la notion de *signe* et d'*indice*. L'indice est un fait qui permet d'en connaître un autre (le départ des hirondelles est l'indice de l'hiver). Le signe est un indice *intentionnel*, c'est-à-dire, produit dans l'intention de communiquer (le feu que Robinson allume sur son île pour faire connaître sa présence aux marins naviguant au large). Son rôle est de représenter autre chose, de l'évoquer en s'y substituant. La science qui étudie les signes est la sémiologie, celle qui s'occupe plus particulièrement des signes linguistiques est la linguistique. Le signe linguistique par excellence est le lexème, nous l'appellerons très imparfaitement « le mot »³.

Le mot est un signe *arbitraire*; non que son rapport avec la chose signifiée (le signifié) soit laissé à l'arbitraire de chacun — ce serait contraire à la fonction même du signe — mais en ce sens du moins que ce rapport est contingent et conventionnel⁴. Comme l'écrivait F. de Saussure, le mot « sœurs » (c'est-à-dire le son: s-ô-r) n'est pas naturellement lié au signifié « sœur », il ne l'est que dans notre culture. La meilleure preuve, c'est qu'en Belgique, au-delà de la frontière linguistique, le même concept est signifié valablement par un autre son: s-u-s-t'r. Comme nous le verrons, c'est l'usage et seulement l'usage qui établit un lien certain entre un son et un concept, en ce sens que la production du son en question fait surgir dans l'esprit de ceux qui sont au courant de l'usage, telle image mentale que nous appelons « signifié » ou *concept*. Le mot est un signe perceptible; avec le concept nous quittons le niveau du perceptible pour entrer dans celui du seulement intelligible.

1.2. Le concept

Le *concept* dans ce contexte est l'idée générale (c'est-à-dire, l'idée convenant aux individus au courant de l'usage du signe) qui apparaît à l'esprit lorsque le son déterminé est produit (ou si l'on veut à la lecture de ce dessin conventionnel que nous appelons « mot » ou groupe de mot). Il faut insister sur cette caractéristique de l'image conceptuelle d'être générale car elle permet de distinguer le concept et la représentation. Celle-ci est purement subjective: ma représentation, écrivait Gottlob Frege, est un tableau intérieur, formé du souvenir des impressions sensibles et des actions externes ou internes auxquelles je me suis livré⁵.

3. Voir les discussions que cet usage soulève dans *La linguistique. Guide alphabétique*, sous la direction d'ANDRÉ MARTINET, précité, note 1, pp. 252-256.

4. E. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, précité, note 1, t. 1, pp. 49-55.

5. GOTTLÖB FREGE, *Écrits logiques et philosophiques*, trad. C. Imbert, Paris, Seuil, 1971, p.105.

Ainsi la production du son «*p-i-a-n-ô*», si elle provoque probablement des représentations différentes chez un déménageur et chez un musicien, indique cependant chez l'un et chez l'autre un concept «moyen» et «commun», obtenu en faisant abstraction des représentations subjectives : l'idée de piano. Dans cette opération d'abstraction qui est automatique et naturelle, la prise de conscience de la *fonction* de la chose est, semble-t-il, capitale.

Le concept apparaît ainsi comme le commun dénominateur abstrait des représentations que déclenche un même signe ou un assemblage de signes chez les individus d'une même langue. Le champ sémantique (le faisceau de signification) est rarement étroit, il arrive au contraire qu'il soit diffus, ainsi dans les mots passe-partout : chose, machin, truc... De tels mots existent aussi dans le langage juridique, par exemple : «ordre public», «bonnes mœurs»...

Le concept doit être soigneusement distingué du *réfèrent*, c'est-à-dire de la chose dont le concept est l'idée générale. Le concept est une image mentale et abstraite du réfèrent (chose ou fiction).

1.3. Les fonctions du concept⁶

La première fonction du concept est d'identifier, c'est-à-dire de signifier certaines caractéristiques qui permettront au récepteur de savoir de qui (de quoi) on parle. Le concept est nécessairement abstrait, il n'est pas la photographie fidèle du réfèrent. Il serait plutôt son évocation picturale, s'il est vrai que peindre, c'est enlever, sélectionner et finalement souligner. Il procède d'une évaluation faite en fonction du but poursuivi par l'émetteur. Il sélectionne certaines caractéristiques pertinentes et occulte les autres. la conceptualisation est toujours orientée. «L'homme avant 18 ans ne peut contracter mariage». L'identification du signifié se fait seulement par le biais de l'âge, elle ignore les qualités morales et physiques de l'individu.

Remarquons que le concept est absent lorsque le sujet dont on parle est un nom propre : «Paul Durant», ou lorsqu'il est identifié par un geste : «Cette table, ici, devant moi». Alors, en effet, puisqu'on a devant les yeux le réfèrent, son image mentale, qui sert à l'identifier, n'est pas nécessaire.

Le concept a une seconde fonction : la prédication. Celle-ci ne vise plus à identifier mais à rapporter à l'identifié des qualités adjectives (par exemple : grand) ou nominales (la justice), des classes d'appartenance (les

6. P.H. STRAWSON, *Les individus*, trad. A. Shalom et P. Drong, Paris, Seuil, 1973. Voyez surtout la deuxième partie.

vertébrés), des relations (X est à côté de Y), des actions. Celles-ci n'ont pas de référent dans la réalité, elles sont universalisables, c'est-à-dire qu'elles ont vocation à être prédiquées de tous les sujets (courir, comme le disait Strawson, peut-être dit d'Achille et de la tortue). Elles forment des « catégories » dans lesquelles l'émetteur range les choses pour leur donner un sort⁷.

1.4. La phrase et ses fonctions

La réunion d'un concept d'identification et d'un concept de prédication constitue la phrase. La fonction de celle-ci est complexe : *locutionnaire* dans la mesure où elle tend à communiquer une pensée (dire quelque chose à quelqu'un), *illocutionnaire*, en tant qu'elle accomplit, en outre, une *action* déterminée : constater, espérer, ordonner... L'action d'ouvrir une fenêtre peut être dite avec des forces illocutionnaires différentes. Elle peut être constatée (il ouvre la fenêtre), souhaitée (je souhaite que vous ouvriez la fenêtre) ou ordonnée (ouvrez la fenêtre). La communication se double ainsi d'une action⁸. Lorsqu'elle vise à modifier le comportement du récepteur, elle est dite performative⁹.

1.5. Le langage du droit est « performatif »

Le langage du droit présente ces trois caractéristiques : il est locutionnaire, puisqu'il vise à communiquer ; il est illocutionnaire, puisqu'il est acte de prescription. Ainsi, la Constitution belge commence par ces mots : « Au nom du Peuple belge, le Congrès national *décrète*... » Ces mots ne visent pas seulement à informer, ils sont par eux-mêmes un acte de l'autorité, ils prescrivent certaines normes.

Enfin, le langage des lois est performatif : il vise à influencer le comportement des citoyens en leur procurant des normes de conduite (des « mesures » de conduite) qui s'imposent à peine d'insuccès de l'entreprise (droit civil, au sens très général) ou à peine d'une sanction contraignante (droit pénal ou plus généralement, droit répressif).

7. Le mot catégorie vient du grec où il signifiait : prédication attributive de propriétés aux choses. Voyez les catégories *a priori* de Kant.

8. J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, édit. J.O. Urmson, Oxford, The Clarendon Press, 1962, trad. franç. : *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 ; G.A. LEGAULT, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977. Ce dernier ouvrage n'a pu être utilisé.

9. C. GRZEGORCZYK, « Le rôle performatif dans le langage du droit », in *Archives de Philosophie du droit*, 1974, pp. 229-242. Voyez : L. RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, précité, note 1, pp. 13-15. Adde G.A. LEGAULT, précité, note 8.

Le langage des lois, contrairement au langage des savants, ne vise pas à constater ou à décrire une réalité pré-existante ou à poser des hypothèses à l'égard de celle-ci. Il ne traite pas d'une réalité qui existerait hors de lui, il est sa propre réalité : il est sui-référentiel, c'est-à-dire qu'il est à la fois son signifié et son référent. Il n'a d'autre existence que dans le langage qui l'établit. Lorsque le juge dans un ordre juridique qui lui donne compétence de dissoudre un mariage prononce les paroles : « Le mariage entre X et Y est dissout », il ne constate pas une réalité préexistante, puisqu'avant ses paroles, le mariage existait ; il crée une réalité juridique nouvelle : le divorce. Certes, il se peut qu'avant le prononcé du divorce, l'union des époux soit, *en fait*, rompue, mais le langage du juge se situe à un autre niveau, au niveau de la superstructure juridique qui a une existence indépendante de celle de l'union de fait des époux. Le jugement est donc performatif. Supposons qu'un journaliste rapporte dans son journal l'événement et écrive à cet effet : « Le mariage entre X et Y est dissout ». Ce langage n'est pas performatif et sa force « illocutionnaire » est différente ; il est simplement constatatif.

Le langage courant parle de *lois* scientifiques et de *lois* juridiques. Il ne faudrait pas confondre ces « lois ». Les lois scientifiques constatent un rapport qu'elles n'établissent pas, elles ne prescrivent rien, elles ne créent rien, elles ne sont pas « performatives » ; « chauffez un métal, il se dilate ». Cette loi constate une régularité de la nature, elle n'a rien de normatif ou de performatif. Au contraire, la loi des juristes est normative, elle crée un fait nouveau : une norme. Soit, par exemple, la règle : « L'homicide est puni des travaux forcés à perpétuité ». Cette loi ne constate rien, elle ne prétend pas que dans son ressort, les homicides sont en fait punis... Elle ordonne qu'il en soit ainsi.

Dans le langage juridique, on peut distinguer d'abord le langage des normes, qui établit, communique et rend obligatoires des normes de conduite abstraites et composées d'une hypothèse (concept d'identification) et d'un dispositif (concept de prédication). Ensuite, le langage de la décision qui est la concrétisation du langage des normes et qui comporte une qualification, c'est-à-dire le rapport d'un cas à une hypothèse légale, et une prédication : l'application du dispositif légal au cas concret, par voie de conséquence. Enfin, on peut aussi distinguer dans le langage juridique le langage des docteurs qui, sauf cas exceptionnels, n'est pas un langage performatif, mais un simple commentaire du langage normatif (un méta-langage).

Un langage n'est performatif que s'il réunit certaines conditions de validité : il n'a la qualité de performatif que s'il est prononcé par qui a le pouvoir de le faire et suivant un cérémonial fixé. Comme l'écrit Benveniste :

N'importe qui peut crier sur la place publique: «Je décrète la mobilisation générale». Ne pouvant être *acte*, faute de l'autorité nécessaire requise, un tel propos n'est que *parole*; il se réduit à une clameur inane, enfantillage ou démente.¹⁰

1.6. Conclusions

La règle juridique appartient au langage performatif, la loi scientifique au langage constatatif ou hypothétique. Certes, le premier a une existence, il a une réalité qui peut se constater. C'est ainsi qu'on peut parler de «loi fausse», d'une loi qui n'émanerait pas de l'autorité, d'une loi inauthentique. Mais si la loi juridique est une réalité, elle n'est pas, en soi, un constat d'une réalité autre que la mienne. Une fois établi son caractère authentique, on ne pourra plus dire d'elle qu'elle est vraie ou fausse, mais bien qu'elle est bonne ou mauvaise, conforme ou non aux règles du «bon agir»¹¹. Or, les prédications de qualité caractérisent les valeurs. On dira donc que le langage de la loi comme tel relève du domaine des valeurs. Soit une loi qui décrète: «Nul ne peut contracter mariage avant l'âge de 18 ans». Elle ne prétend pas qu'avant cet âge, un mariage ne soit pas possible suivant les règles de la nature, mais qu'il n'est pas recommandable, c'est-à-dire «bon» au niveau des valeurs.

De cette appartenance de la loi des juristes au monde des valeurs, nous pourrions tirer, au niveau de l'herméneutique, des conséquences très importantes¹².

2. Sémantique

2.1. Fonction de la sémantique

Jusqu'ici nous n'avons guère abordé la question du sens des mots et du sens des phrases. Notre progression est cependant constante; franchissant le seuil du phonème — dénué d'intérêt pour notre propos —, nous avons étudié le mot, ensuite la phrase. Le moment est venu maintenant de franchir une étape, de quitter le domaine de la sémiotique et d'aborder celui de la sémantique¹³. Le sémiotique c'est la langue à l'état de repos, à l'état passif: une théorie de la langue; la sémantique c'est la langue en action, en emploi: une pratique de la langue.

10. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 1, p. 273.

11. Le moment n'est pas venu de préciser.

12. Voyez, *infra*, no 2.6.

13. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 2, pp. 214-229.

Au niveau de la *sémiotique*, la question du sens du mot revient à celle d'avoir un sens : c'est-à-dire d'exister. « Chapeau » existe-t-il ? — Oui — « Chameau » ? — Oui — « Chareau » ? — Non¹⁴.

Au niveau de la *sémantique* (la langue en action) : il s'agit de connaître l'intenté d'un discours, c'est-à-dire ce que le locuteur a voulu dire¹⁵, de comprendre un texte dans toutes ses dimensions.

L'intenté c'est l'idée exprimée. L'idée se tire non pas seulement des mots mais de leur agencement particulier, de leur organisation syntaxique, de leur action réciproque et mutuelle.

Pour faire passer son idée, le locuteur assemble des mots qui dans cet emploi ont un sens particulier. À la lecture de l'énoncé, l'interlocuteur saisit l'idée par une sorte de compréhension globale et non par une décomposition de l'énoncé en mots. Ceux-ci, en effet, n'ont de sens *actuel* que par et dans l'énoncé particulier, c'est-à-dire, par leur contexte¹⁶. Leur agencement donne sens au contexte et le contexte fixe le sens des mots.

2.2. La doctrine du sens propre des mots

Apparaît alors bien fragile et peu sûre la croyance en un sens propre ou usuel du mot.

Les mots, écrit Ricœur, n'ont pas de signification propre, parce qu'ils n'ont pas de signification en propre.¹⁷

Certes, la pratique des bons auteurs fournit les contextes usuels et ceux-ci, des sens potentiels. Les dictionnaires ne sont guère normatifs, ou plutôt ils ne le sont qu'après avoir été constatatifs : ils dégagent les sens potentiels des œuvres d'auteurs représentatifs d'une époque. Un dictionnaire sans citation, disait Voltaire, est un squelette. Fondamentalement, en effet, ce n'est pas le mot qui donne sens au contexte, c'est le contexte qui donne sens au mot. « *Don't ask for the meaning, ask for the use* » (L. Wittgenstein). De contextes en contextes, on en arrive à dégager les sens divers des mots. Ils sont comme des contextes abrégés : « Les parties

14. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 2, p. 222.

15. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 2, p. 225.

16. M. VAN DE KERCHOVE, *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique*, Fac. Universitaires St-Louis 1975.

17. P. RICŒUR, *La métaphore vive*, Paris, Seuil, 1975, p. 101. Sur cette doctrine, voyez l'excellent article de M. VAN DE KERCHOVE cité à la note précédente. Adde S.I. BENN et R.S. PETERS, *Social Principles and the Democratic State* London, Londres, Allen and Unwin, 1959 : « The meaning of a word is inseparable from the variety of contexts in which it is used ».

manquantes des contextes desquels ils tirent leur efficacité déléguée»¹⁸. Les mots — ou du moins la plupart des mots — ont ainsi divers sens potentiels parmi lesquels chaque discours sélectionne un sens actuel qui par l'effet de ce nouveau contexte, de l'action des autres mots du contexte, exprime peut-être un sens quelque peu différent. Le sens de la phrase est autre chose que le sens des mots qui la composent, c'est une totalité qui résulte de l'agencement particulier des mots.

«Ce qu'on appelle polysémie, écrivait Benvéniste, n'est que la somme institutionnalisée, si l'on peut dire, de ces valeurs contextuelles, toujours instantanées, aptes continuellement à s'enrichir, à disparaître, bref, sans permanence, sans valeur constante»¹⁹.

Chaque discours apparaît ainsi comme un jeu réciproque entre les mots et l'énoncé. L'esprit humain, avec la vitesse qui le caractérise, comparant et balançant les sens potentiels, sélectionne et fixe celui qui pour chaque mot est compatible avec le sens lui-même choisi des autres mots du discours.

Il arrivera ainsi qu'involontairement, plusieurs idées soient compatibles avec l'agencement des mots de l'énoncé. Quel est l'intenté de celui-ci ? Il sera sélectionné parmi ces divers sens possibles grâce au discours (contexte de l'énoncé) à la situation du discours (son contexte non linguistique) et surtout grâce au *casus*.

L'énoncé ne prend son sens certain qu'intégré dans son contexte et le contexte dans la situation.

2.3. Le discours est un système

La sensibilité du mot au contexte nous conduit à une autre caractéristique du discours. Si les mots, en effet, se définissent par leurs relations et dépendances mutuelles à l'intérieur de l'énoncé et du discours, on peut en inférer logiquement qu'ils forment un *système*, c'est-à-dire suivant la définition classique de Condillac : une disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement...²⁰ (ou, selon le poète, lorsque l'on ne peut toucher à une fleur sans troubler une étoile).

18. I.A. RICHARDS cité par P. RICŒUR, précité, note 17, p. 102.

19. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 2, p. 227.

20. CONDILLAC, *Traité des sciences*, I.

Puisque les énoncés se tiennent mutuellement, on en conclura pareillement au caractère systématique du discours²¹.

Soit dit en passant, cette systématique de la langue est à l'origine du structuralisme; la structure, en effet, ne se conçoit qu'à l'intérieur d'un système dont elle constitue précisément le principe d'organisation des relations (de là, par exemple, la sémantique structurale).

Pour en revenir au caractère systématique du discours, on aura, sans doute, déjà aperçu qu'il a son correspondant dans le droit. Chaque norme constitue une partie d'un tout solidaire, elle joue un rôle, assume une fonction, revêt une importance et une signification qui ne peuvent être saisies complètement qu'en considérant l'ensemble de la loi et plus largement l'ensemble des lois²², c'est-à-dire, l'ordre juridique²³. Sans aller jusqu'à bâtir sur cette analogie un structuralisme juridique²⁴, on peut en tirer, et on l'a fait, une méthode d'interprétation des lois: une règle de droit ne peut se comprendre que replacée dans son contexte.

2.4. Discours et situation sociale historique

S'il est vrai que le *mot* tire son sens actuel de l'énoncé, et l'énoncé du discours, il faut en dire autant du discours lui-même, celui-ci ne peut être détaché de son contexte extra-linguistique, c'est-à-dire de la situation historique qui l'a vu naître. De là cette conclusion intéressante: les contingences historiques de sa production conditionnent dans une mesure variable mais certaine le *sens* des unités linguistiques (mot, énoncé, discours). Dans le langage, tout se tient et le sens du langage est lui-même influencé par son cadre; chaque élément du langage ne peut se comprendre que comme partie d'un tout plus vaste qui l'englobe et le conditionne tout en étant conditionné par lui (Goldman, Sartre). La signification d'un énoncé est toujours synchronique, elle se dégage d'un certain agencement des mots qui peut être daté, qui poursuit un but délibéré, et exerce une fonction précise dans un état social déterminé. Ce phénomène est bien connu: tout fait culturel — et le langage et le droit le sont par excellence — a une résonance particulière suivant le milieu où il se produit.

21. E. BENVENISTE, précité, note 1, t. 1, pp. 92-93.

22. L. RAUCENT, précité, note 1, p. 259; R. LUKIC, *Théorie de l'État et du Droit*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 528-531; *adde* la *mercuriale* du premier avocat général DUMONT, *Journal des tribunaux*, 1975, pp. 541-571.

23. SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

24. A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, Libr. Gén. Droit et Jurisprudence, 1973.

Une phrase participe toujours de « l'ici-maintenant » ; certaines unités du discours y sont conjointes pour traduire une certaine idée intéressant un certain présent d'un certain locuteur. Toute forme verbale, sans exception, en quelque idiome que ce soit, est toujours reliée à un certain présent, donc à un ensemble chaque fois unique de circonstances, que la langue énonce dans une morphologie spécifique.²⁵

2.5. La compréhension d'un texte par l'historien

Rechercher le sens qu'avait le message au moment de son émission c'est le travail de l'historien. Pour cela, il s'agit de replacer le texte dans son contexte historique et dans sa situation. Le texte sera compris par l'historien comme il l'avait été par les contemporains de l'émetteur. L'historien peut aussi mener une étude diachronique d'un texte. À cet effet, il recherchera le sens premier du texte (celui qu'il avait au moment de l'émission), et ensuite il tentera de dégager les sens différents que le même texte a reçu au cours de son histoire²⁶.

Il arrive que le juriste se fasse historien : lorsqu'il recherche, dans le contexte historique, les travaux préparatoires des lois, la situation historique qu'elles ont voulu traiter, le sens authentique, la « pensée historique du législateur ». Il lui arrivera aussi de retracer l'historique d'un texte et de dégager les divers sens que les tribunaux lui ont donné au cours d'une certaine période.

Ces recherches historiques peuvent certes aider le juriste dans son travail, mais, si importantes soient-elles, elles ne pourraient l'autoriser à négliger sa tâche spécifique : trouver dans le droit positif un instrument de mesure pour juger d'une action présente, une maxime de conduite pour aujourd'hui.

2.6. La compréhension d'un texte par le juriste

Pour saisir dans toutes ses dimensions le travail spécifique du juriste, il faut se rappeler deux particularités du langage normatif. Celui-ci est *performatif* et comme tel, est relatif aux valeurs ; il est systématisé : son sens s'éclaire à la lumière de son contexte actuel en ce sens qu'une loi nouvelle qui ne l'a pas directement abrogé peut cependant en modifier la compréhension.

25. E. BENVÉNISTE, précité, note 1, t. 2, pp. 225, 226.

26. Comp. H.G. GADAMER, précité, note 2, pp. 166-184 ; adde P. RICŒUR, *Histoire et Vérité*, Paris, Seuil, 1955, pp. 23-134 ; H.L. MARROU, *De la connaissance historique*, Paris, Seuil, 1954 ; R. ROBIN, *Histoire et linguistique*, Paris, Armand Colin, 1973.

Puisque le langage des lois relève du domaine des valeurs, on en conclura que jamais le sens qu'on en tire ne pourra être contraire aux valeurs que les lois entendent promouvoir. Admettre le contraire, c'est affirmer comme également bonnes une valeur et sa négation et imposer l'une et l'autre comme mesure d'une conduite. C'est pourquoi, il appartient au juriste de vérifier lors de chacune des applications qu'il fait de la loi, si le sens qu'il lui prête n'aboutit pas, *in casu*, à violer les valeurs que les lois établissent et protègent.

Du caractère systématique des règles, on conclura que le sens qu'il convient de leur donner doit se tirer d'une lecture qui porte sur l'ensemble des lois actuellement en vigueur (ou du moins de l'ensemble des lois susceptibles de donner un éclairage nouveau au texte).

La règle obscure n'est pas celle qui est privée de sens. Toute règle a un sens, mais il arrive que ce sens devienne obscur ou douteux lorsqu'il faut l'appliquer à un cas limite. Alors le sens qu'on lui prêtait étonne et détonne, *in casu*; l'appliquer préjudicierait certainement aux valeurs que les lois actuellement protègent.

Un bon exemple en est donné par Ernest Caparros dans un récent article paru dans les *Cahiers de Droit*²⁷. Décrivant ce qu'il appelle un phénomène de *civilizatio*, l'auteur montre comment un même texte a pu être compris, d'abord comme valant *civilizatio*, c'est-à-dire, intégration de certaines normes de droit canonique dans l'ordre civil, et ensuite, quelques années plus tard comme rejetant cette *civilizatio*, corps étranger dans l'ordre juridique civil.

Le résultat (...) manifeste une évolution sociale très marquée au Québec. En effet, l'apogée de la *civilizatio* correspond à l'époque pendant laquelle (...) l'Église catholique jouissait au Québec d'une situation *de facto* de religion d'État. Au contraire plus récemment, les valeurs nouvelles du pluralisme et même du laïcisme ont été consacrées dans des lois nouvelles sans d'ailleurs que celles-ci n'abrogent les textes même qui, selon la jurisprudence ancienne, opéraient la *civilizatio*.²⁸

La compréhension d'un même texte par le juriste et par l'historien n'est donc pas univoque. Le juriste cherche moins à dégager une pensée historique qu'à tirer d'un texte, une règle de conduite valable pour un cas déterminé dans le cadre de son époque. Son herméneutique est créatrice : ne s'agit-il pas de forger à partir de la règle et du *casus* une maxime de conduite conforme aux valeurs d'aujourd'hui? Cette action de création est appelée : décision. Elle est la concrétisation de la règle.

27. ERNÉST CAPARROS, « La "civilizatio" du droit canonique : une problématique du droit québécois », (1977) 18 C. de D. 711-731.

28. *Idem*, p. 731.

Le travail spécifique du juriste est aussi éloigné de celui du logicien qu'il l'est de celui de l'historien. Il ne s'agit pas en effet seulement de subsumer un particulier sous un universel (le concept) comme le fait le logicien, mais de faire une application particulière du message dans le sens qui promeut, *in concreto*, une valeur exprimée *in abstracto* dans le texte et ainsi de mettre au point les prémisses elles-mêmes. On peut imaginer que dans la recherche du sens d'un texte, le juriste dans un premier temps dégage un sens «A» compatible avec le texte mais préjudiciable aux valeurs exprimées à l'heure actuelle par l'ensemble des lois, y compris les lois plus récentes. Le juriste devra en conclure que le sens «A» est à écarter.

En bref, le sens de la loi ne se dégage que par la pratique de la loi. C'est le véritable handicap du professeur enclin parfois à limiter son horizon au texte de la loi. Ce peut être aussi le risque du praticien à ce point préoccupé de la justice du cas qu'il perde de vue la justice de la règle.

2.7. Objection : les exigences de la sécurité

L'opinion décrite conduirait selon certains à l'insécurité. Autant d'interprétations de la loi que d'interprétants, autant de décisions différentes que de décidants. Si le droit n'est connu que par la décision, comment orienter l'action de tous les jours?

La sécurité est un des objectifs de toute vie sociale. C'est pourquoi, il faut prendre au sérieux cette objection.

Elle aura du moins le mérite d'attirer l'attention du juriste sur les exigences de son métier. On en s'improvise pas juriste; son métier requiert, d'une part, certaines habiletés et, d'autre part, une certaine responsabilité. Habiletés: rien ne peut remplacer l'enseignement et l'expérience qui lui procurent cette clairvoyance, cet esprit de finesse qui discerne les différences les plus ténues entre les situations, cet esprit de géométrie qui le sauve d'une justice particulière, cette connaissance de la réalité sociale qui écarte de lui tout formalisme, enfin cette exigence d'ordre, de sécurité qui chez lui est comme une seconde nature. Sa responsabilité ou si l'on veut sa loyauté: le juriste sait que la loi s'impose à lui comme à tout citoyen, davantage peut-être, et que les valeurs qui déterminent les décisions qu'il prend en sa qualité de juriste, sont celles de la loi elle-même (et non les siennes propres).

L'habileté du juriste, sa loyauté, en un mot le sens juridique, se retrouve, dans des mesures inégales, certes, mais toujours dans des mesures suffisantes, chez tous les juristes d'une époque et d'un même ordre juridique. Cette unité des moyens de compréhension de la loi garantit l'univocité

de celle-ci et la sécurité du citoyen. Et si parfois des divergences se manifestent, elles seront rares en regard des multiples applications quotidiennes des lois. Dans ces cas limites, dans cette pénombre juridique, il faut encore remarquer que la décision du juriste sera pour ainsi dire collégiale. Même si dans un premier temps, elle est prise par un juriste unique, dans un second temps elle sera soumise à des juristes d'appel et la décision de ceux-ci, même si elle n'est pas portée devant la Cour suprême, n'en est pas moins communiquée à l'ensemble des juristes et soumise, notamment par la médiation des revues juridiques, à leur critique attentive.

Les juristes, l'auditoire des juristes comme le dit si bien Chaïm Perelman, sont garants d'une compréhension univoque des lois à chaque époque. Ainsi se trouve réalisée cette condition de la sécurité juridique que Montesquieu exprimait en ces termes :

Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées²⁹.

2.8. Conclusions

Autour de la nature performative du langage du droit peut s'organiser une sémantique des lois. S'il est vrai que le contexte situationnel (extra-juridique) conditionne le sens des lois, tout changement dans le contexte ou dans la situation historique entraîne fatalement un changement dans la signification du texte légal, du moins dans la mesure compatible avec la flexibilité relative du champ sémantique des mots, notamment dans la mesure de leur relative détermination.

Cette sensibilité sémantique au changement de situation est évidente pour des termes comme : « ordre public », « bonnes mœurs », « faute », « négligence », « soins d'un bon père de famille »... Qui oserait, par exemple, soutenir que le mot « bonnes mœurs » a en 1977 un même signifié qu'en 1804 ? Par contre, on reconnaîtra une très grande rigidité sémantique aux termes chiffrés ; la définition du mineur d'âge (l'individu âgé de moins de 18 ans accomplis) risque fort de ne pas changer tant que le texte de loi reste égal à lui-même. Entre ces termes extrêmes, il y a place pour une foule de mots à plasticité sémantique variable : « excès et sévices graves », « violence », « erreur », « immeubles par nature », « meubles »...

Un « container » doit-il être compris parmi les éléments d'un camion semi-remorque : châssis, carrosserie et accessoires fixés, indispensables à l'usage normal du véhicule ?³⁰.

29. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXIX, 16.

30. Comm. Bruxelles, 6 mai 1975, *Journal des Tribunaux*, 1975, p. 535.

Il arrivera aussi que les termes employés par la loi cesseront d'avoir une signification particulière pour n'avoir plus qu'un sens général tiré de l'idée même qui peut se dégager d'une lecture actuelle de la phrase.

Ainsi, d'après l'article 605 du Code Napoléon, le nu-proprétaire ne doit prendre à sa charge que les « grosses réparations », c'est-à-dire, d'après l'article 606, celles des gros murs et des voûtes, les rétablissement des poutres et couvertures entières, des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. L'article ajoute : « Toutes les autres réparations sont d'entretien et donc à la charge de l'usufruitier ». Qu'en est-il du remplacement d'une chaudière de chauffage central ? La Cour de cassation de Belgique, le 22 janvier 1970³¹, après avoir constaté que la loi n'a envisagé que les bâtiments servant aux usages ordinaires de la vie « d'alors » (au temps du Code Napoléon), n'a pu prévoir l'incorporation aux immeubles d'habitation d'agencement nouveaux qui répondent aux exigences de confort et d'efficacité modernes. Dès lors, il appartient au juge d'apprécier si les réparations revêtent « sinon la nature des travaux expressément visés à l'article 606, tout au moins un caractère comparable d'exception et d'importance »... Les termes signifient non seulement des objets particuliers qu'ils visent dans un contexte habituel mais aussi, dans le contexte de la loi et compte tenu de l'évolution sociale, d'autres objets qui ont le même caractère d'exception et d'importance. Un texte qui, à l'origine, avait un sens propre, reçoit à cause des changements sociaux un sens figuré : il est entendu maintenant comme signifiant, par synecdoque, un genre (et non plus une espèce).

L'évolution sémantique des textes légaux n'engendre pas nécessairement cette insécurité tant redoutée des juristes. Certes, un signe linguistique est fait non pour induire en erreur mais pour signifier exactement un message. Précisément, puisque l'évolution sémantique s'opère lentement, elle n'est consciente que chez les historiens ou ceux qui adoptent leur méthode. Le citoyen normal perçoit les signes linguistiques de la loi avec le sens qu'ils ont normalement au moment de leur usage. Il n'est même que rarement conscient du fait que ces mots avaient au temps du législateur un sens différent. Seul, un plaideur en mal d'argument ou un étudiant féru de méthode historique pourrait interpréter une loi ancienne d'après le sens qu'elle avait lors de sa publication. Qui oserait aujourd'hui interpréter la loi à la méthode de François Laurent et rechercher dans des documents poussiéreux la pensée d'un législateur qui voyageait en diligence et portait perruque poudrée, justaucorps et culotte de soie ? Nombreux sont les

31. Cass. belg. 22 janv. 1970, *Rec. général Enregistrement et Notariat*, no 21.617. Voyez les articles 468 et 469 du *Code civil québécois*.

articles du Code Napoléon qu'il ne faut plus prendre à la lettre. Le sens actuel des lois est fait des sédiments successifs apportés par la jurisprudence et la doctrine.

À cela s'ajoute comme on l'a vu, que le sens complet de la loi ne peut se découvrir qu'à la lueur du cas à traiter. En dehors d'une application concrète, le sens de la loi est toujours en cours de détermination, en cours de précision. C'est la différence qui existe entre la théorie et la pratique, l'art du professeur qui se déroule forcément au niveau des abstractions et l'art du praticien qui se développe au niveau du concret. Les constructeurs sociaux doivent s'accommoder de ce flou sémantique des lois sans doute difficilement compatible avec une exacte et parfaite prévisibilité du droit. Certes le droit doit pouvoir être connu avant le procès mais un tel droit ne pourra s'appliquer à certains cas de pénombre juridique. Il devra être complété par un travail d'interprétation. Il n'y a de justice que du cas particulier.

3. Le formalisme juridique

3.1. Notion

Toutes les pièces de l'échiquier étant en place, nous pouvons terminer enfin notre propos : la querelle des juristes est-elle une querelle de mots ou une querelle d'idées ? Faut-il mettre en accusation un certain formalisme juridique ?

Mais que faut-il entendre dans ce contexte par les mots « formalisme juridique » ? Son sens général est celui d'un repli sur la forme, c'est-à-dire sur le signe, sur le mot ; il coupe le mot de l'énoncé, l'énoncé du discours, le discours de la situation actuelle. Il interdit à l'interprète de jouer un rôle dans la compréhension du texte, de tenir compte des valeurs nouvelles, des sens nouveaux apportés au texte, de l'éclairage fourni par le cas lui-même.

Le formalisme est toujours réducteur, il clôt le mot, la phrase et le discours, il impose une signification immanente. Il s'inscrit, sans le savoir ou sans le révéler, dans ce courant mystérieux qui attribue une valeur mystique et terroriste (Russell) aux mots, le pouvoir du mot, la magie du mot, une valeur magique à la formule (« Au nom de la Loi », « Au nom du Peuple »).

3.2. Développement

La science du droit est toujours tentée par ce formalisme qui la rapproche des délices de son enfance et marque un retour aux sources. Les

mots *dike* et *ius*, ancêtres du mot « droit », à l'origine, signifient la formule que l'on prononce littéralement et qui par elle-même produit des effets magiques. Alors rendre la justice n'était pas une opération intellectuelle qui exigerait méditation ou discussion. « On se transmet des formules qui conviennent à des cas déterminés, et le rôle du juge est de les posséder et de les appliquer »³². Le *iudex* c'est celui qui montre avec autorité la formule qui doit s'appliquer.

Piaget dans des études menées sur le développement de la notion de justice chez les enfants, nous apprend que chez les plus jeunes d'entre eux, la justice est purement formelle : une formule à appliquer à la lettre aveuglément. Ce n'est qu'avec l'âge que les adolescents acquièrent une conception matérielle de la justice³³.

Il serait certes bien téméraire de tirer de cet enseignement une conception évolutive de la nature profonde de la querelle juridique : querelle de mots, formalisme intégral à l'origine, progressivement querelle d'idées, et recherche de l'esprit de la loi...

Du moins peut-on conclure à son immanence. Le formalisme implique un déracinement ; il consiste à arracher le mot de sa terre naturelle : l'énoncé, l'énoncé du discours, le discours de la situation et à le considérer comme une totalité autosuffisante et autonome. Il est réducteur et antithétique au développement sémantique naturel qui est cependant une « nécessité de notre organisation cérébrale »³⁴. Le mot se dépasse vers la phrase, la phrase vers le discours, le discours vers la situation présente, celle-ci par la médiation agissante de l'interprète. La sémantique est transcendante.

3.3 Exemples

Un exemple permettra d'illustrer ces propos.

Soit un écriteau faisant « défense à tout véhicule d'entrer » dans un parc clos. Dans celui-ci, un homme est pris d'un malaise. Une ambulance appelée d'urgence s'approche de l'entrée. Peut-elle entrer et emporter le malade à l'hôpital ?

Le formaliste interprète le texte hors de son contexte et décidera péremptoirement : une ambulance est un véhicule donc elle ne peut entrer.

32. E. BENVÉNISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, les éditions de Minuit, 1969, t. 2, pp. 109, 110 et 118.

33. J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, P.U.F., 1969, pp. 157-260. ◊

34. E. BENVÉNISTE, *Problèmes de linguistique générale*, précité, note 1, t. 2, p. 226.

Le juriste raisonnera autrement (du moins faut-il l'espérer). Il recherchera le sens profond du texte en le replaçant dans son cadre: Pourquoi cette défense? Plusieurs raisons sont possibles:

- éviter la pollution ou le bruit;
- écarter les risques d'accident pour les enfants qui jouent dans le parc;
- épargner les chemins;
- protéger les véhicules car ils risquent de s'embourber dans les chemins qui ne sont pas empierrés.

Le texte en lui-même est compatible avec ces différentes fonctions. En se risquant prudemment, le chauffeur de l'ambulance aura tôt fait d'écarter ou de retenir les deux dernières hypothèses. Supposons que l'on puisse effectivement les écarter (l'essai a été concluant). On ne retiendra donc que les deux premières hypothèses. Le juriste balancera les valeurs en cause. D'un côté la vie d'un homme, de l'autre un risque de pollution ou d'accident très réduit puisqu'un seul véhicule est en cause et pour quelques instants seulement, de plus, il sera conduit très lentement et prudemment. Le sens de la loi s'éclaire à la lueur du cas. La loi certes porte interdiction à tout véhicule d'entrer dans le parc, mais cette interdiction est levée lorsqu'il y va de la vie d'un homme.

On peut fournir un autre exemple tiré cette fois de la jurisprudence.

On sait que le législateur du *Code Napoléon* a établi différentes incapacités de donner et de recevoir spéciales en matière de *libéralités*. Pour éviter que ces incapacités ne soient trop facilement tournées, il a décrété que certaines personnes proches de l'incapable seraient présumées être des personnes interposées. À cet effet, il dispose à l'article 1100: « Seront réputées faites à personnes interposées, les *donations* de l'un des époux »... S'est posée alors la question: *quid des legs* à personnes interposées?

Le formaliste dira: un legs n'est pas une donation, or la loi n'a prévu expressément que la donation, donc le legs à personnes interposées ne tombe pas sous le coup de la sanction légale³⁵.

La Cour de cassation, à la suite d'ailleurs des juges du fond³⁶, replace le texte dans son contexte; or dans le contexte de l'article 1100, le

35. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. VIII, vol. 2, no 1608; comp. art. 774, *Code civil* québécois.

36. Cass. 10 janv. 1963, *Revue pratique du Notariat*, 1963, 176; adde les décisions de fond, Civ. Huy, 18 nov. 1959 et Liège, 1er juin 1960, *Idem*, pp. 168 et 171.

législateur, très clairement, vise aussi bien le legs que la donation proprement dite. Lorsqu'il oppose l'un à l'autre, il utilise le mot « donations entre vifs ». Chaque fois qu'il fait usage du mot « donation », il l'entend dans le sens que nous donnons aujourd'hui au mot « libéralité » c'est-à-dire, à la fois le concept donation et le concept legs. À cela s'ajoute qu'aucune raison ne peut être avancée pour justifier en l'occurrence une signification étroite du mot « donation ». Au contraire, rien ne permet d'expliquer pourquoi des règles qui visent les deux formes de libéralités ne soient sanctionnées que partiellement en tant qu'elles ne viseraient que les donations au sens étroit. Le concept visé par la loi est donc bien celui qu'exprime dans d'autres contextes le mot : « libéralités ». La Cour ainsi adopte une interprétation basée sur le contexte, conforme aux règles de la sémantique.

Évidemment ces quelques exemples ne permettent pas de conclure que la jurisprudence dans son ensemble ne tombe jamais dans le travers du formalisme juridique³⁷.

4. Conclusions

Accordant au mot une valeur quasi mystique, le formalisme juridique, sous l'aspect étudié dans cette étude, lui prête un sens, sans recourir au contexte, à la situation sociale et moins encore aux particularités du cas à traiter. En somme, il occulte définitivement les valeurs que la loi promeut, pour ne retenir que le texte, valeur suprême. Grâce à cette réduction simplifiante, il espère construire une science logique du droit, une science dans laquelle les prémisses légales étant univoques et intangibles, la conclusion s'imposera avec la force d'une démonstration géométrique. Comme l'écrivait François Gény :

(...) ce système d'axiomes et de conséquences logiques, s'enchaînant les uns aux autres autour de l'appui solide de textes légaux, peut paraître donner à notre droit positif une fermeté et une fixité de doctrine, qui assurent aux relations juridiques la sécurité indispensable.³⁸

Mais c'est au détriment de la justice dont la sécurité n'est qu'une composante certes importante, mais non déterminante. C'est aussi au détriment de la nature profonde du raisonnement juridique. Les études d'herméneutique et de linguistique, en dévoilant les mystères de la compréhension d'une règle et en dégageant la nature performative du langage des lois, ont remis en question cette conception radicale du raisonnement

37. Voyez l'article de M. VAN DE KERCHOVE, précité, note 16.

38. FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e tirage, Paris, Libr. Gén. Droit et Jurisprudence, 1954, no 32, p. 64.

juridique ramené aux dimensions d'un syllogisme purement formel. Puisque la compréhension d'un texte est inséparable d'une analyse approfondie de l'espèce, puisque du langage des lois doit se tirer une maxime de conduite humaine, le rapport de l'espèce à la règle n'est pas seulement une opération formelle de classement en fonction des critères d'une catégorie, mais une opération de la raison pratique qui tient compte aussi du dispositif de la règle, c'est-à-dire du sort que la loi prescrit aux choses qui rentrent dans son hypothèse³⁹. Le rapport à une hypothèse légale n'est pas seulement logique, il est aussi téléologique.

39. L. RAUCENT, précité, note 1, pp. 27, 28, 94 et 96. Comp. CHAIM PERELMAN, *Rhétorique et Philosophie*, Paris, P.U.F., 1952; *Justice et Raison*, Bruxelles, Presses Univ. Bruxelles, 1963; *Droit, morale et philosophie*, Paris, Libr. Gén. Droit et Juris., 1968; *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses Univ. Bruxelles, 1970; « L'interprétation juridique », in *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, pp. 29-38.