

**Prendre les histoires au sérieux.
La place du récit dans l'interprétation juridique
François Ost**

Sommaire :

Qu'il s'agisse de l'histoire des significations sédimentées des mots, constitutive de la langue comme « encyclopédie » (Eco), du scénario légal à mettre en relation avec le script des faits du dossier (Jackson), du traitement du cas à partir du jugement réfléchissant, de la faculté imaginative et des récits exemplaires (Kant, Arendt, Ferrara), de l'interprétation comme écriture d'un roman à la chaîne et des juges comme conteurs moraux de la nation (Dworkin)..., les rapports entre la narration et l'interprétation sont multiples et déterminants. Il y a le récit des mots, constitutif de l'interprétation des textes, le récit des faits, constitutif de la singularité du cas, le récit de l'historique des interprétations précédentes, constitutif de l'ordre juridique entier, et enfin le récit du jugement que je rends, ici et aujourd'hui, sous ma responsabilité et qui est la combinaison de ces trois autres récits. En un mot : interpréter, c'est moins déduire un sens à partir d'un texte et d'un dictionnaire, que reconstruire un sens crédible (mais aussi opportun, souhaitable) à partir d'un ensemble virtuellement infini d'éléments qui se cherchent une cohérence à travers la trame des différents récits que tissent les juges.

Tant que le droit se référera à des textes, la question de l'interprétation lui restera consubstantielle. Il reste que cette problématique du « comprendre » revêt elle-même de multiples aspects qui tiennent notamment à ses liens avec la communication, l'argumentation, la traduction, et la narration. C'est le rapport entre l'« interpréter » et le « raconter » que je me propose de souligner dans cette contribution, et ce, sous l'angle exclusif de sa pertinence au regard de l'interprétation de la loi par les juges. Ce faisant, je me propose également de souligner un aspect, passé généralement inaperçu, de l'approche « droit et littérature » en théorie du droit.

L'approche « droit et littérature » est bien connue des Facultés de droit américaines, depuis un siècle au moins ; elle se développe également, quoique plus récemment, en Europe. Généralement, cette perspective contribue à mettre en lumière les dimensions sociales du droit, les aspects humains de l'œuvre de justice¹ ; il est exceptionnel que l'attention portée au récit soit mobilisée en vue d'éclairer la nature du raisonnement juridique lui-même. Tel est le propos de la présente contribution : faire valoir la proximité entre le récit de fiction et le cas traité en justice ; plus précisément : montrer combien le traitement du cas à l'aide de textes juridiques à interpréter croise de multiples façons l'opération narrative et sollicite à ces divers niveaux l'imagination créatrice. Je développerai mon propos en sept thèses qui ne constituent, bien entendu, qu'autant d'axes simplement programmatiques d'un chantier qu'il conviendra de développer à l'avenir.

¹¹ F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 40 s.

1. Nous avons appris à prendre au sérieux l'interprétation depuis ce qu'on appelle le *linguistic turn*, le « tournant linguistique »², - on dit parfois le « tournant herméneutique » - qui s'est développé au cours de la seconde moitié du XXe siècle. S'est en effet imposée l'idée qu'il n'y a pas de vérité préétablie, de vérité « en soi », extra-linguistique, objective et a priori, mais seulement des approximations langagières réclamant des interprétations à construire et dont on est responsable.

Cette première thèse conduit à radicaliser l'interprétation, et ce, à l'encontre tous les positivismes qui cherchent, soit à l'interdire, soit à en minimiser la portée. Dans le domaine juridique les exemples de ces stratégies de dénégation n'ont jamais manqué :

- Justinien et Frédéric II de Prusse qui interdisaient qu'on interprète leurs textes ; la Cour de cassation qui longtemps a imposé la directive selon laquelle « on n'interprète pas un texte clair » ;
- le souverain qui, par le biais du « référé législatif », se réservait le monopole de l'interprétation des cas difficiles ;
- la directive selon laquelle l'interprétation doit rester exceptionnelle et n'est pas permise s'il s'agit, pour, le juge, de combler une lacune ou de résoudre une antinomie ;
- la thèse selon laquelle, interpréter, c'est rechercher la « volonté du législateur », etc...

L'expérience de la pratique interprétative réellement développée par les juges a montré, depuis longtemps, l'inanité de ces interdictions et de ces garde-fous. On comprend aujourd'hui qu'il est impossible de lire un texte, même le plus simple, sans l'interpréter, et on réalise que les garde fous du genre « sens clair des textes » ou « volonté du législateur » sont évidemment eux-mêmes des notions à interpréter, et l'objet de controverses, comme les autres. Comme nous l'a appris Wittgenstein, « une règle ne règle pas sa propre application » (cf. la communication de J. Tanney dans ce volume)... Dès lors, comme le souligne Ricoeur³, on aurait tort de tenir la question de l'application de la loi pour une question mineure au regard d'une théorie générale du droit. Deux courants de pensée au moins dévalorisent pourtant cette question : les tenants d'une application mécanique de la loi (qui considèrent que cette démarche se ramène à une opération de connaissance, au moins dans les cas simples, qui sont la majorité), et ceux qui, à l'inverse, considèrent que cette application relève exclusivement de la volonté des interprètes (au moins dans les cas difficiles, dont la solution, imprévisible, serait laissée au pouvoir discrétionnaire des juges). Dans ces conditions, l'urgence consiste à penser ce que Ricoeur appelle la « zone moyenne », qui caractérise l'espace qu'occupe réellement la production de la décision judiciaire, et qui a été désignée par différents noms : « rhétorique, herméneutique, poétique,... ». Pourquoi « poétique » ? « Dans la mesure », répond P. Ricoeur, « où l'invention de la solution singulière relève, depuis Kant, de ce que nous dénommons imagination productrice, pour la distinguer de l'imagination simplement reproductrice »⁴.

2. Deuxième thèse : si donc tout, en matière de production de sens, est affaire de langage, encore faut-il comprendre ce qu'est ce langage. Contrairement à l'idée reçue, il n'est pas un outil neutre et disponible au service de thèses posées « ailleurs » et hors langage ; autrement dit, il n'est pas le « vêtement de la pensée », mais sa texture même. Nous pensons *dans* le langage et *au travers* de ses ressources, comme du reste aussi, de ses limites. Les mots ne sont

² A. FERRARA, *The force of the example. Explorations in the paradigm of judgment*, New York, Columbia Press University, 2008, p 17 : toute conception de la justice est redevable d'un filtre interprétatif : jeu de langage, tradition, paradigme, vocabulaire, schème conceptuel.

³ P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, Editions Esprit , p. 25.

⁴ *Ibidem*, p. 25.

pas comme des étiquettes ou des « codes barres » qu'on appose sur des choses et des idées toutes faites qui existeraient indépendamment d'eux – ils sont la construction même de ces choses et de ces idées⁵. Par ailleurs, l'activité de parler relève elle-même de la pragmatique : il s'agit bien d'une activité, et pas seulement du déroulement informatif de considérations langagières. Une telle activité s'inscrit dans des « jeux de langage » variés, renvoyant eux-mêmes à des « formes de vie » – autant de traits qui s'inscrivent dans la dramatique du récit plus que dans la sémantique de la théorie. Parler, ce n'est pas que échanger des informations ou des idées, c'est s'engager dans des interactions et donc risquer sa propre responsabilité⁶. Parler, c'est poser des « actes de langage », choisis dans le vaste registre des « formes de vie ».

3. Troisième thèse : ces constructions langagières – je veux dire ces mots et le faisceau de significations explicites et implicites qui leur sont associées, la somme des connotations qu'ils mobilisent – sont largement le produit de cultures spécifiques et différenciées. En ce sens, elles retrouvent une forme, sinon d'objectivité, du moins de non subjectivité – s'il est vrai que leur sens n'est pas inscrit dans la réalité a priori de la chose ou de l'idée signifiée (c'étaient les thèses 1 et 2), il n'est pas subjectif ou aléatoire pour autant, dès lors qu'il apparaît comme le produit d'une construction historique et intersubjective, l'émanation d'une culture et de la langue qui l'exprime. En ce sens, le tournant interprétatif ne conduit pas au relativisme sceptique, ni à l'incommensurabilité des différentes interprétations. Si la commensurabilité parfaite n'existe pas, et que donc, en ce sens, le pluralisme des significations est inévitable, l'enjeu consiste néanmoins à regagner une forme d'universalité (en droit : de prévisibilité et de sécurité juridique) plurielle, contextuelle, réitérative⁷.

4. Aussi U. Eco a-t-il raison de rappeler, c'est ma quatrième thèse, qu'en matière de communication et d'interprétation, ce sont les encyclopédies plus que les dictionnaires que nous utilisons⁸. Je m'explique : le dictionnaire nous renseigne sur la signification formelle du mot en produisant des définitions par genre et espèce : le « chat » est un mammifère de la race des félidés. En revanche, l'encyclopédie ravive toutes les connotations implicites, les sens seconds que l'histoire du mot « chat », en langue française lui a associés, les références à la sexualité ou à la sorcellerie par exemple. Ainsi, explique Eco, interpréter ne se ramène jamais à décoder un message crypté à l'aide d'une liste fermée de vocabulaire comme les 2000 mots de l'*Assimil* du « français usuel » ; interpréter consiste à reconstruire le sens complexe d'un

⁵ Cf. notamment M. MERLEAU-PONTY, « Le fantôme d'un langage pur », in *La prose du monde*, Paris, Gallimard, 1968, p. 8 s. ; L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, trad. par P. Klossowski, Paris, Gallimard, 1961, p. 115 s. ; W.V.O. QUINE, *Le mot et la chose*, trad. par J. Dopp et P. Gochet, Paris, Flammarion, 1977. ID, « le mythe de la signification », in *La philosophie analytique*, 4^e colloque de Royaumont, Paris, Editions de Minuit, 1962, p. 139 s.

⁶ J. B. WHITE, *Justice as Translation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1990, p. IX.

⁷ M. WALZER, « Les deux universalismes », in *Esprit*, décembre 1992, p. 129 s. ; U. BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, trad. par A. Duthoo, Paris, Aubier (Alto), 2006, p. 120. ; P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 329 s. ; F. JULIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Paris, Fayard, 2008, p. 158, 190, 228.

⁸ U. ECO, *Le signe. Histoire et analyse d'un concept*, adapté de l'italien par J.-M. Klinkenberg, Liège, Editions Labor, 1988 (1973 pour l'édition italienne), p. 117 s.

message à l'aide de l'ensemble des connotations véhiculées par la langue comme encyclopédie.

Un exemple : l'arrêté municipal qui interdit l'accès des chiens sur les perrons des gares de chemin de fer. Apparemment le sens de cette norme est clair, et, à se baser uniquement sur le dictionnaire, et la conception lexicale de la langue qui l'accompagne, il ne devrait pas y avoir de problème d'interprétation, et donc d'application, de ce texte. Or, il suffit d'imaginer la situation du chef de gare dans les deux cas suivants pour que s'obscurcisse la clarté prétendue de cette norme :

- quid si un aveugle se présente à la gare, guidé par son fidèle labrador (variante : quid s'il s'agit d'une brigade policière anti-drogues accompagnée de chiens renifleurs ?)
- et que faire si un artiste de cirque se présente au guichet accompagné de l'ours ou du tigre avec lequel il présente un numéro à succès ?

Conclusion : dans le cas du jugement pratique en situation, comme celui que doit poser le chef de gare, c'est l'interprétation encyclopédique plutôt que lexicale qui s'impose : un labrador ou un chien policier ne sont pas nécessairement des « chiens » ; tandis que, aux yeux de la loi (ici l'arrêté municipal), il peut arriver qu'un ours ou un tigre doivent être considérés comme des chiens.

Ce qui compte, en l'espèce, c'est moins la définition lexicale « par genre et espèce » que le scénario qui a justifié l'adoption de l'arrêté municipal. Le scénario, c'est le micro-récit, l'expérience vécue qui a persuadé les décideurs que les chiens, par leur agressivité potentielle et leurs déjections, pouvaient importuner ou exaspérer les voyageurs. En revanche, un autre micro-récit les aurait convaincus de l'utilité pour les aveugles d'être guidés par leur fidèle labrador. Et, en l'occurrence, le micro-récit de la justice raisonnable conduit à décider que ce second scénario l'emporte sur le premier : il est bon que les aveugles puissent emprunter les transports publics, quitte à provoquer la crainte de quelques voyageurs. Mais, une leçon d'expérience complémentaire nous apprend aussi que cette crainte est elle-même mal fondée dès lors que les labradors sont réputés pour leur gentillesse.

Et ainsi les récits s'enchaînent à l'infini, selon le mouvement de la *symbiosis* universelle – on n'arrête pas l'interprétation, la construction de scénarios, pas plus qu'on n'arrête le flux de l'expérience⁹. Ainsi, on pourrait dire encore qu'en Inde, par exemple, en raison de la tradition qui fait de la vache un animal sacré, on n'imagine pas un règlement qui interdirait leur accès aux perrons de chemin de fer, pas plus qu'une interprétation judiciaire ou administrative qui aboutirait à ce résultat.

5. Cinquième thèse : interpréter un texte, c'est confronter et ajuster le script, le scénario ou le *pattern* sous-jacent à la loi, au récit que les plaideurs racontent au juge et dont le dossier est le reflet. Car, on l'oublie souvent dans une présentation schizophrénique de l'opération, l'interprétation est une démarche à deux volets : elle porte autant sur le complexe des « faits » à sélectionner et à « monter » (au sens cinématographique) en vue du résultat juridique à atteindre, que sur le complexe des normes disponibles pour en rendre compte et « rendre justice » dans le cas. B. Jackson, spécialiste de la sémiotique juridique, rappelle que le droit a pour vocation d'offrir des « modèles narratifs » que le juge confronte au récit construit à partir des faits de la cause (qui sont eux-mêmes non pas le reflet d'une réalité donnée, mais une construction narrative). Plus largement, il note encore que comprendre et appliquer le droit, c'est mettre en œuvre un ensemble de typifications narratives chargées des évaluations normatives qu'y attachent les institutions juridiques et qui entrent en interaction avec les

⁹ U. ECO, *Sémiotique et philosophie du langage*, trad. par M. Bouzaher, Paris, PUF, 2006 (1984), p. 13 s.

innombrables récits que produit la pratique sociale¹⁰. Il est donc clair que le « rapport » que donne le juge des faits du dossier s'apparente à un récit axiologiquement orienté, et « monté » en vue de la solution juridique souhaitée¹¹.

M. Nussbaum montre bien, dans son ouvrage *L'art d'être juste*¹², la variété de ces récits et leur influence décisive sur l'issue du procès. Un tribunal entend-il condamner un comportement qu'il juge déviant ? il adoptera une attitude distanciée et abstraite, qui traduit le refus de s'enquérir des motivations du prévenu et du contexte de l'affaire et s'en tiendra à une histoire officielle des textes et des doctrines. Ainsi l'avis concordant du président de la Cour suprême américaine, Burger, dans l'affaire *Bowers v. Hardwick* (1986) refusant de reconnaître le droit constitutionnel d'adultes consentant à pratiquer des actes de sodomie : « soutenir que l'acte de sodomie homosexuelle peut être d'une manière ou l'autre protégé en tant que droit fondamental reviendrait à laisser de côté des millénaires d'enseignement moral »¹³. A ce type de récit officiel et distanciateur, M. Nussbaum oppose celui que A. Smith recommande au « spectateur impartial » dont il fait le paradigme de la rationalité publique. Se basant constamment sur le modèle du lecteur ou du spectateur d'une représentation théâtrale, Smith en appelle à une lecture qui s'attache aux détails plutôt qu'aux règles fixes, et qui porte son attention sur la singularité des personnes plutôt que de s'enfermer dans des stéréotypes déshumanisants. Il s'agit de reconstruire une histoire avec empathie, mais sans partialité, avec imagination, mais sans sensiblerie, avec responsabilité, mais sans complaisance. Bien conduit, ce point de vue du spectateur impartial, inspiré du récit de fiction, loin d'être un raisonnement *ad hoc* poursuivant un but intéressé, apparaît au contraire comme condition d'un point de vue moral rationnel, et la voie d'accès à une solution généralisable, soit précisément ce qui est attendu de la décision de justice¹⁴.

Bien entendu, il arrive que le récit officiel de l'institution judiciaire et des codes qu'elle applique soit très largement étranger au justiciable. Dans ces cas, comme l'explique J.-F. Lyotard, on n'a plus affaire à un *litige* ou à un *contentieux* (dans lequel les deux protagonistes partagent au moins la compréhension de la règle appelée à les départager), mais à un *différend* au terme duquel la solution finalement décidée apparaîtra, faute de récit

¹⁰ B. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1989, p. 1-6 et 89-129. On est donc loin du modèle du syllogisme judiciaire (application de la norme au fait), tout comme de la conception de la vérité comme « correspondance », ou encore de la conception « référentielle » du langage. Pour l'auteur, la mise en œuvre de la loi est une question de « plus ou moins grande proximité en termes d'expérience humaine » (p. 89).

¹¹ Pour un exemple d'une décision de Lord Denning, cf. B. JACKSON, *op.cit.*, p. 94 s.

¹² M. NUSSBAUM, *L'art d'être juste*, trad. par S. Chavel, Paris, Editions Climats, 2015.

¹³ Cité par N. Nussbaum, *op.cit.*, p. 229.

¹⁴ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux* (1759), trad. M. Bizou et al., Paris, PUF, 2003 ; pour une analyse détaillée, cf. M. NUSSBAUM, *op.cit.*, p. 156 s. M. Nussbaum cite un avis du juge R. Posner au titre d'exemple d'un tel jugement de « spectateur impartial ». Il s'agissait d'une affaire de harcèlement sexuel dont se plaignait une ouvrière de General Motors (*Mary J. Carr v. General Motors Corporation*, Cour d'appel des Etats-Unis, 7^e circuit, 26 juillet 1994). Posner est crédité de faire preuve d'imagination et de chercher à comparer la situation de la plaignante avec celles de personnes se trouvant dans des situations similaires d'inégalité sociale (*op.cit.*, p. 218) ; et si son indignation est réelle, elle reste cependant solidement établie sur les faits du dossier (p. 223). Finalement sa conclusion « ressemble à une satire réussie de la cruauté humaine sur le modèle de Juvénal ou de Swift » (p. 223).

partagé, comme une insupportable violence¹⁵. La littérature regorge de réécritures de procès de ce genre au cours duquel le défendeur, *traduit (trahit ?) en justice*, a le sentiment que son histoire n'intéresse personne (elle est, littéralement, non *encodable*), de sorte qu'il en est réduit à *crier vengeance*, ce qui est une manière d'en appeler à l'histoire archaïque du talion, en deçà de l'histoire officielle moderne de la justice du tiers¹⁶.

Je note au passage que cette représentation « narrative » de l'acte de juger, qui conduit à ajuster récit des faits et récits des normes, a aussi pour effet bénéfique de relativiser l'opposition trop tranchée de l'être et du devoir-être, *is and ought*, qui domine encore la pensée juridique classique. Comme n'a cessé de le souligner P. Ricoeur¹⁷, le raconter représente une figure intermédiaire – mieux : un opérateur dialectique – entre le décrire et le prescrire. Autrement dit : le récit est le registre qui permet le passage du fait à la norme, et, sur le trajet retour, de la norme au fait. Sans lui, on ne comprendrait guère comment la norme peut avoir prise sur le réel, ni comment le fait peut informer la prise de décision normative. Tout se passe comme si le fait raconté est déjà pré-évalué, et à ce titre, tourné vers la norme, tandis que, à l'inverse, la norme appliquée est nécessairement insérée dans un scénario qui l'ouvre à la factualité du réel.

6. Sixième thèse : Faisant encore un pas de plus, B. Jackson explique que, en justice, le récit ne concerne pas seulement la substance des faits ou des règles mobilisées pour le traitement du cas ; il concerne d'abord l'ensemble des opérations pragmatiques menées par les acteurs de justice pour aboutir à la solution (distinction entre *story in the trial* et *story of the trial*)¹⁸. Cette « narrativisation de la pragmatique » vise aussi bien l'interrogatoire des témoins, que le rapport du juge d'instruction, les plaidoiries des avocats ou encore le délibéré et la motivation du jugement. Elle concerne également le travail de la doctrine qui, en se professionnalisant et se spécialisant, s'est progressivement détachée des récits originaires d'où provenaient les règles.¹⁹ Il y va, dans cette opération de second degré (le récit de la mise en récit), d'un ensemble de stratégies discursives orientées par les intérêts, les valeurs et représentations des différents acteurs impliqués dans le grand jeu de la justice²⁰. Ainsi,

¹⁵ J.-F. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Minit, 1983, p. 9 s.

¹⁶ F. OST et I. OST, « Representing the Unrepresentable : Making Law Anyway », in *Polemos. Journal of Law, Literature and Culture*, 2015, vol. 9, issue 1, p. 199-219.

¹⁷ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 180 s.

¹⁸ *Ibidem*, p. 127. De façon plus générale, cette insistance sur la pragmatique du « raconter », qui interfère avec la sémantique de « ce qui est raconté », recoupe l'ambivalence du terme « histoire » lui-même qui s'entend aussi bien du récit que de la mise en récit, la production dramatique elle-même.

¹⁹ *Ibidem*, p. 106 s.

²⁰ Pour de nombreux exemples, très documentés, de la pratique du Conseil d'Etat français à cet égard, cf. B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002. Cf. cet exemple, p. 176, de l'adresse d'un Commissaire du gouvernement aux magistrats du Conseil d'Etat : « Admirons la beauté de cette adresse à la deuxième personne du pluriel : 'vous avez la possibilité'. C'est que le commissaire du gouvernement ne cesse pas de rappeler à ce grand corps virtuel ce qu'il a voulu dire et juger durant deux cents ans par ce corpus immense composé de centaines de milliers d'arrêts. On dirait qu'il s'adresse à un sphinx qui ne saurait plus exactement ce qu'il a pensé et dont le droit administratif formerait comme une sorte de pénombre ou d'inconscient, à charge pour le commissaire de faire saillir dans cette obscurité des sentiers bien tracés et des droites

l'« histoire » des conventions généralement acceptées dans telle ou telle branche de droit ou catégorie de professionnels du droit joue un rôle déterminant dans la sélection (« reconnaissance » et « point de vue interne », dans le vocabulaire de Hart) des règles applicables au litige. Affaire de « tradition », la construction de cette vulgate, est aussi l'enjeu d'un rapport de forces permanent, notamment entre tenants de la continuité et partisans de l'ouverture. Elle est elle-même l'objet d'une régulation procédurale et la pierre de touche d'une déontologie professionnelle²¹.

7. Septième thèse : a fortiori, le récit joue un rôle central dans les *hard cases*, lorsque il ne s'agit plus seulement de défaut *de la* règle, mais de défaut *de* règle. Je n'ai raisonné jusqu'ici que dans l'hypothèse où des textes existaient, susceptibles de qualifier le complexe des faits et de leur apporter une solution normative. Mais nous savons tous que ce n'est pas toujours le cas. « Le cas », c'est le cas de le dire... la vie juridique ne se réduit pas en effet à l'application de textes *ready made* à une réalité qui s'y conforme docilement. Même si ce constat n'est pas aisé à formuler pour des juristes formés dans le moule du droit continental, il apparaît que le droit sourd au moins autant des cas que des règles²². Le cas, c'est la configuration imprévue, l'événement qui survient, et qui suscite la perplexité car il remet en cause les cadres cognitifs classiques qui permettent d'appréhender des situations voisines et standards. Dans ces conditions, le juge est en effet parfois (souvent ?) confronté à des « configurations singulières », des « cas », qu'aucune solution préalable ne semble avoir envisagé ; il lui appartient alors de trouver le critère généralisable qui va conduire à la règle, encore informulée, dont le cas présent est un exemple. Ce raisonnement paradoxal et à rebours, Kant l'appelait « jugement réfléchissant » (à l'opposé du jugement « déterminant » qui se borne à appliquer la règle préétablie au cas présenté)²³. Et le philosophe de poursuivre en expliquant que ce jugement, qui « réfléchit » de façon exploratoire et tâtonnante, met en oeuvre, pour l'essentiel, notre capacité d'imagination, qui travaille par analogie à partir de *récits exemplaires*²⁴. Ici encore, l'imagination narrative est au cœur du processus heuristique qui conduit à l'élaboration de la solution.

rectilignes en lui rappelant toujours ce qu'est le droit, ce qu'est la pensée profonde – toujours à reprendre- du Conseil d'Etat ».

²¹ Au plan cognitif, cette mise en récit est régulée par une forme de « cohérence narrative » qui négocie la plus ou moins grande similarité entre scénarios, et, à ce titre, s'avère moins contraignante que la cohérence logique ou analytique, sans être incontrôlée pour autant.

²² Sur ce thème, cf. le dossier de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (2014/ 73) : *Penser par cas*, avec des contributions de J. Van Meerbeeck, J. Perelman, D. Fennelly et F. Ost.

²³ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 39. Pour un commentaire autorisé, cf. H. ARENDT, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, trad. par M. Revault d'Allonnes, Paris, Seuil, 1991.

²⁴ E. KANT, *op. cit.*, p. 172. A. FERRARA, *op. cit.*, théorise cette notion d'exemplarité et montre qu'elle est le modèle de ce dont elle se réclame ; en ce sens elle est « auto-porteuse », et même « auto fondatrice » (phénomène de *bootstrapping*), p. 37. Dans mon langage, je parle d'« auto-transcendance » et d'« effet performatif » : l'exemple réalise ce qu'il annonce en le disant, en lui donnant forme, en le présentifiant. Cf. aussi p. 117 : l'exemplaire est à lui-même sa propre loi (« *to be a law on itself* ») : il n'est pas l'exemple de quelque chose de préexistant, il est la mise en forme de ce qu'il annonce. Il agit comme une force qui mobilise les énergies et inspire la conduite (p.119). On peut prendre l'exemple du procès de

A la suite de P. Ricoeur et de H. Arendt, il faut observer la dimension temporelle paradoxale qui caractérise la mise en œuvre du jugement réfléchissant : en effet, dans la mesure où celui-ci nourrit une visée régulatrice pour le futur (l'*idée* de ce qui est encore sans concept, comme l'*idée* d'humanité, ou de constitution cosmopolitique) à partir de la substance d'*exemples* historiques significatifs, on peut parler d'une sorte d'*histoire prophétique*, de reconstruction de l'histoire de l'humanité à partir d'une espérance eschatologique²⁵.

A vrai dire, la mobilisation de l'imagination créatrice à l'occasion du jugement réfléchissant ne doit pas être comprise comme une sorte de mal nécessaire, voire de pis-aller, dans les cas « pathologiques » où la loi ferait défaut ; on peut penser au contraire que ces cas se multiplient aujourd'hui, dans le cadre « du droit en réseau » et de la confrontation de sources juridiques multiples, de sorte que, même servie par une argumentation inventive, l'interprétation de textes atteint ses limites. Le juriste est alors amené à faire preuve de créativité, et à prendre une part active (mais aussi responsable) au processus de production du droit, et cela « par un effort d'extrapolation et d'anticipation utilisant les ressorts de l'imagination et en produisant des représentations nouvelles dotées de force agissante »²⁶.

On comprend mieux, dès lors, le lien profond qui se tisse entre l'interprétation de la règle problématique et le récit d'un exemple inspirant. Et voilà pourquoi R. Dworkin, est-il bien inspiré de dire des juges qu'ils sont les « conteurs moraux de la nation », et que leur travail

Nuremberg qui met en œuvre pour la première fois l'idée d'humanité (pour juger les « crimes contre l'humanité »), dans des cas inédits qui, littéralement, « dépassent l'entendement ». Cette idée n'était pas une « donnée » universelle qui préexistait au jugement; au contraire, c'est le cas qui faisait apparaître l'inhumanité et donc aussi le défaut du droit. Ici donc le jugement a opéré de façon « réfléchissante » en faisant advenir les premiers éléments concrets de cette idée en construction d'humanité. Cette construction « réfléchissante » repose sur trois éléments : la force performative du verbe et du geste juridiques (au présent), la force attractive de l'idée régulatrice grâce à son anticipation imaginante (futur), la remémoration de récits exemplaires (passé).

²⁵ P. RICOEUR, *Le juste, op.cit.*, p. 158 : « C'est bien d'histoire prophétique du genre humain qu'il s'agit en 1789 », écrit-il en citant Kant qui notait : « dans l'espèce humaine, il doit survenir quelque expérience qui, en tant qu'événement, indique en cette espèce une disposition et une aptitude à être cause du progrès vers le mieux... ». Et Ricoeur de poursuivre : « les signes, rétrospectifs pour le jugement réfléchissant, sont prospectifs à l'égard des projections autorisées par la « disposition » dont la nature a pourvu l'homme en tant qu'être destiné à l'état cosmopolitique ». A comparer avec R. DWORKIN (*L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, p. 250) : « Le juge se réfère au passé depuis le présent, non pour appliquer les intentions des hommes de cette époque (pourquoi seraient-elles plus légitimes que les nôtres ?), mais pour justifier ce dont nous héritons, c'est-à-dire pour justifier leurs actions et parfois leurs paroles dans une histoire qui mérite d'être racontée ici » - une histoire vis-à-vis de laquelle nous avons une responsabilité pour l'avenir. J. ALLARD (*Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 146), qui commente ce passage, ajoute : « Cette dimension de justification propre au droit éclaire l'idée kantienne selon laquelle le jugement n'est pas une imitation mais un héritage ». En se référant à un exemple *précédent*, on ne le reproduit pas, on puise aux mêmes sources que lui.

²⁶ J. CHEVALLIER, « Qu'est-ce qu'un bon juriste ? », in *Les transformations du droit et du savoir juridique : quelles conséquences pour la formation juridique ?* Actes du colloque organisé par l'IEA de Paris le 13 juin 2015, à paraître.

quotidien d'interprétation peut être compris comme l' « écriture d'un roman à la chaîne »²⁷. Il leur appartient en effet de rendre la justice, à l'occasion de cas particuliers, en ayant l'ensemble du droit à l'esprit ; un droit envisagé comme un tout cohérent, tant sous l'angle de sa consistance idéologique que de sa continuité historique. C'est la thèse du « *law as integrity* », le droit comme une histoire cohérente. Il appartient au juge, toujours selon Dworkin, de présenter ce droit, et ses valeurs sous-jacentes, qui ont évolué au cours des développements constitutionnels de la nation de l'origine jusqu'à aujourd'hui, « sous leur meilleur jour », c'est-à-dire en leur faisant sortir les effets les plus positifs pour aujourd'hui. Ainsi les juges sont-ils les porte-paroles des valeurs de la communauté, telles que la succession des lois et des précédents les ont progressivement configurés. Tout se passe comme s'ils se transmettaient, de main en main et de génération en génération, la plume du grand livre de la jurisprudence, chacun ayant à cœur de contribuer à la poursuite de ce grand récit, en cohérence avec le passé, mais aussi en y apportant les transformations que le présent exige. Peu importe que l'on souscrive à la thèse dworkinienne de la *right answer* (du reste relativisée plus tard sous la forme de la thèse de la *best answer*, comme le rappelle P. Yowell dans ce volume), ce qui importe ici est l'accent mis sur l'approche narrative. Chacun sait en effet combien, dans l'argumentation des avocats ou la motivation des juges, la construction du sens de la loi s'opère au terme d'un patient travail de réécriture de l'histoire des précédents – rien de plus instructif à cet égard que la confrontation d'un arrêt et des opinions dissidentes, voire même concordantes, qui l'accompagnent : on y assiste *in vivo* à la confrontation de récits présentés chacun comme plus anciens ou mieux fondés que les autres.

... Histoire des significations sédimentées des mots, constitutive de la langue comme encyclopédie ; scénario légal à mettre en relation avec le script des faits du dossier ; traitement du cas à partir du jugement réfléchissant, de la faculté imaginative et des récits exemplaires ; argumentation à partir du *paradeigma* ; interprétation comme écriture d'un roman à la chaîne et juges comme conteurs moraux de la nation... on le voit, les rapports entre la narration et l'interprétation sont multiples et déterminants : autant d'axes d'un chantier à travailler en vue de l'édification d'une théorie complète de la place du récit dans la *jurisdictio*.

Il y a le récit des mots constitutif de l'interprétation des textes, le récit des faits, constitutif de la singularité du cas, le récit de l'historique des interprétations précédentes, constitutif de l'ordre juridique entier, et enfin le récit du jugement que je rends, ci et aujourd'hui, sous ma responsabilité et qui est la combinaison de ces trois autres récits²⁸. En un mot : interpréter, c'est moins déduire un sens à partir d'un texte et d'un dictionnaire, que reconstruire un sens crédible (mais aussi opportun, souhaitable, raisonnable) à partir d'un ensemble virtuellement infini d'éléments rapportés par des histoires enchevêtrées.

Encore n'ai-je raisonné ici qu'à propos du seul exemple, paradigmatique mais réducteur, de l'interprétation de la loi par les juges dans l'enceinte du prétoire. Mais il faudrait aussi évoquer les mille autres circonstances au cours desquelles le droit se construit : dans les études notariales lorsque les familles se déchirent autour de l'interprétation d'un testament (réveillant combien d'histoires familiales ?), dans les bureaux feutrés des banques qui scellent de gigantesques opérations de rachat d'entreprises, dans les délibérations de jury d'examens universitaires où le sort d'un étudiant se jouera sur l'interprétation de tel ou tel article du règlement... autant de « fabriques du droit », pour reprendre l'expression de B.

²⁷ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op.cit.*, 250 s.

²⁸ Notons, au passage, que la manière dont les juges appartenant à la tradition de la *common law* motivent leurs décisions s'apparente souvent elle-même à la rédaction d'un récit en première personne.

Latour, où s'enchevêtrent les histoires, petites et grandes, qui détermineront la construction des textes.

Ces « micro-récits » sont-ils eux-mêmes susceptibles de s'intégrer dans une histoire plus vaste, qui ne serait pas sans rapport avec l'Histoire globale (celle qui, chez Gadamer et dans la tradition herméneutique préside à la « fusion des horizons » au titre de son efficience - , de « l'histoire de son efficience »²⁹) ? Une histoire qui serait aussi celle de la raison juridique, du genre de celle que suggère le frontispice du *Léviathan* de Hobbes en exhibant la souveraineté de la *res publica (commonweath)* dont les lois sont censées décliner les volontés ? Si tant est qu'une telle raison ait jamais existé, son histoire, à tout le moins, n'a plus vraiment cours aujourd'hui dans le contexte de la mondialisation (évoquée par S. Glanert dans ce volume) et du droit en réseau qui émerge de sources multiples et concurrentes³⁰.

La tâche des juges « conteurs moraux de la nation » n'en est que plus ardue à l'heure de la fin des « grands récits » étudiée par J.-F. Lyotard³¹ et de l'effacement de la figure du conteur annoncée par W. Benjamin³². Ce n'est pourtant pas qu'on cesse de raconter des histoires dans la culture contemporaine; à l'heure du *storytelling*³³, la « machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits » fonctionne au contraire à plein rendement. La question qui se pose alors – et qui devait déjà être celle des légistes de Platon, qui tantôt rejetaient les poètes de la cité, tantôt cherchaient à les imiter³⁴ – est de distinguer ce qui sépare cet imaginaire de pacotille des récits qui disent nos expériences, au tribunal notamment, et ainsi donnent sens à nos existences. Raison de plus de « prendre les histoires au sérieux »...

²⁹ H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode*, trad. par E. Sacre, Paris, Seuil, 1976, p. 184 (et aussi 140 s., 185 s.).

³⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, *Pyramide ou réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2012.

³¹ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979, p. 63 s.

³² W. BENJAMIN, « Le conteur », in *Œuvres*, III, trad. par M. de Gandillac, Gallimard (Folio, Essais), 2000, p. 114 s.

³³ J. SALMON, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, Paris, La Découverte, 2007.

³⁴ PLATON, *La république*, trad. A. Baccou, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 373 s. ; PLATON, *Les lois*, VII, 816-817.