

L'interprétation de la Loi par l'historien du droit et le Juge

par Jean-Luc Malango Kitungano
Université Grégorienne/ Faculté de philosophie saint Pierre Canisius - Bachelier
en philosophie
2006

FACULTE DE PHILOSOPHIE

SAINT PIERRE CANISIUS

KIMWENZA

L'INTERPRETATION DE LA LOI PAR LE JUGE ET L'HISTOIRIEN DU DROIT :

Le problème de l'application dans *Vérité et Méthode*

Par

Jean-Luc MALANGO KITUNGANO, S.J.

Gradué en sciences politiques et administratives

malangojeanluc@yahoo.fr

Mémoire présenté pour l'obtention du Grade de Bachelier en philosophie

Directeur :

Jean Onaotsho Kawende

Docteur en philosophie.

Professeur aux facultés catholiques de Kinshasa

et à la faculté de philosophie saint Pierre Canisius

MAI 2006

EPIGRAPHE

*« L'idée d'une dogmatique juridique parfaite, qui réduirait toute sentence à une pure
opération de subsomption, n'est pas tenable »*

Hans-Georg Gadamer, *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique*

REMERCIEMENTS

Ce travail n'aurait pas été possible sans le suivi fidèle et efficace du professeur Jean Onaotsho Kawende, directeur de ce mémoire. Je le remercie sincèrement.

Je tiens également à dire ma gratitude à tous les professeurs, collègues et amis qui, par leurs enseignements, les critiques stimulantes et leur intérêt pour mes réflexions, ont grandement contribué au contenu de ce travail. Sans être exhaustif, je tiens à remercier particulièrement les compagnons Julien Ndongo S.J., les juristes Jean Ilboudo S.J et Pichu Mukanya S.J. qui, par leurs critiques positives, m'ont encouragé dans mes réflexions sur une approche juridique de l'herméneutique de Hans-Georg Gadamer.

A la compagnie de Jésus, je dédie chaleureusement cette réflexion en espérant que d'autres chercheurs la dépasseront, c'est la récompense ultime que j'en escompte.

INTRODUCTION GENERALE

Reliant historiquement la problématique de l'application en herméneutique à la description du phénomène éthique et, en particulier, celle de la vertu et du savoir moral chez Aristote, Gadamer montre que l'analyse aristotélicienne livre une sorte de modèle des problèmes que pose la tâche herméneutique.

Le droit dans sa dimension de doctrine et de loi offre une signification exemplaire de l'application dans les sciences de l'esprit. L'application n'est pas une partie accessoire et occasionnelle du phénomène de la compréhension en droit et dans toutes les autres sciences humaines, mais elle contribue à déterminer la compréhension. Le raisonnement juridique se présente le plus souvent sous la forme de l'application d'une règle à un cas, généralement du point de vue du juge, en vue de rendre justice. Dans un sens large, l'interprétation en droit désigne toute forme de raisonnement qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte de la vérité d'une règle s'il s'agit d'une recherche historique, indépendamment de la référence ou non à un texte. L'interprétation est donc le problème central en droit et pas seulement du côté du juge, car pour l'historien du droit aussi, il faut interpréter.

Quelles attitudes prennent en face d'un même texte législatif donné et en vigueur, le juriste et l'historien du droit? Plus précisément, la différence entre l'intérêt dogmatique du juge et l'intérêt historique de l'historien du droit est-elle sans équivoque ?

Au plan des sciences humaines contemporaines, est-t-il possible de rétablir l'unité des disciplines herméneutiques, mieux, reconquérir l'unité herméneutique des sciences humaines à partir du modèle d'application de l'herméneutique juridique?

Les règles du droit oscillent, selon les époques, en réaffirmant tantôt le primat de la méthode, tantôt les insuffisances des méthodes dites traditionnelles. L'herméneutique peut-elle offrir une perspective des recherches alternatives au juridisme?

Il est indubitable que l'application joue un rôle essentiel aussi bien pour le juriste que pour

l'historien du droit. L'interprétation juridique ne constitue en réalité qu'un genre particulier d'une activité plus générale dont il ne faut pas l'isoler. Le droit entretient des relations avec d'autres disciplines sous l'aspect justement de l'interprétation.

Nous soutenons comme thèse centrale de ce travail, à la suite de Gadamer, que l'activité du comprendre n'est pas distincte de l'application. A partir de l'application saisie en herméneutique juridique, on peut reconquérir l'unité herméneutique des sciences humaines. Plus précisément, de l'histoire, de la philosophie, de la philologie et du droit lui-même. L'application, l'interprétation et la compréhension doivent être saisies dans un processus unitaire.

La méthode à suivre est l'explicitation des différents thèmes relatifs à l'application dans *Vérité et Méthode* en partant de la tradition éthique socratique-platonicienne telle que Gadamer le développe. Nous effectuerons ainsi notre analyse à partir de l'évolution de thèmes relatifs au problème d'application dans *Vérité et Méthode* et les ouvrages ou les articles des commentateurs tels Jean Grondin et Pierre Fruchon ou des critiques tels Emilio Betti et Pascal Michon.

Nous subdivisons notre travail en trois chapitres :

Dans le premier chapitre, nous explicitons l'application dans l'éthique d'Aristote comme interprète et critique de la tradition éthique socratique-platonicienne. Chez Socrate et Platon, Gadamer s'intéresse à la dialectique comme modèle d'ouverture du dialogue herméneutique entre l'interprète et la tradition. Et chez Aristote, il retient l'application dans l'agir moral qui s'offre comme critique de la *téchne* et qui s'élargit dans sa propre critique de la méthode et la réhabilitation de la compréhension dans les sciences humaines.

Dans le deuxième chapitre, nous analysons, à la section première, la signification exemplaire de l'herméneutique juridique, en partant de l'interprétation de la loi par l'historien du droit et le juge pour montrer leur point commun par rapport à la tradition. En une deuxième section, nous analysons l'unité des disciplines herméneutiques dans l'expérience d'application.

Le troisième chapitre est une critique de l'herméneutique universelle d'application de Gadamer. Il s'agira, en deux sections, de présenter la critique du juriste Emilio Betti ainsi que celle de l'historien Pascal Michon. De ces deux critiques, celle d'un juriste et celle d'un historien, nous cherchons à montrer qu'on ne peut pas attribuer à Gadamer l'opposition entre vérité et méthode. Une telle lecture ne rend pas justice à sa pensée.

L'intérêt de ce travail est justement de montrer que la thèse de Gadamer sur l'interprétation, la compréhension et l'application comme processus unitaire est d'actualité. L'interprétation d'une loi en vigueur faite par le juge et celle faite par l'historien du droit confortent la thèse de l'unité des sciences humaines dans l'expérience d'application. L'homme qui comprend en histoire ou en droit ou encore dans les sciences humaines en général, comprend toujours à partir d'une tradition ; celle-ci l'englobe déjà. Il n'est pas dans une position d'objectivité absolue.

Une conclusion générale reprendra les acquis de notre travail.

CHAPITRE PREMIER : L'EXPLICITATION DE L'APPLICATION DANS L'ÉTHIQUE D'ARISTOTE.

INTRODUCTION

Ce chapitre analyse l'explicitation de l'application dans l'éthique d'Aristote en partant de l'éthique et de l'utopie législative dans la *République* de Platon pour déboucher sur la critique et l'interprétation de celle-ci par Aristote. Il ne s'agira pas de faire l'éloge du relativisme moral chez Aristote, mais de montrer que le savoir moral n'est pas un savoir de pure intelligence, c'est-à-dire un savoir moral général, incapable de s'appliquer à la situation concrète et qui resterait comme dénué de sens dans la pratique.

Comme chapitre préparatoire, l'énonciation de Platon constitue une première brèche pour les sciences humaines en montrant que tous les savoirs ne sont pas des techniques mais Platon n'approfondit pas cette thèse qui sera reprise par Aristote avec la problématique de l'application dans l'agir moral et le droit naturel. Les sections sur Platon et Aristote préparent la critique de la méthode que Gadamer cherche à remettre à sa juste place pour ce qui est des sciences de l'esprit.

Le but spécifique poursuivi dans ce chapitre est donc de poser les bases historiques du problème d'application chez Aristote et la manière dont celle-ci culmine dans le droit naturel aristotélicien, du moins, sur le plan de l'application, en se rattachant à la question du comprendre et à la signification exemplaire de l'herméneutique juridique chez Gadamer^{1(*)}.

Par le problème de l'application du savoir éthique et du droit naturel chez Aristote, Gadamer cherche aussi à réhabiliter Aristote^{2(*)} en montrant comment celui-ci recourt aux sources traditionnelles de la pensée éthique, à savoir Socrate et Platon dont il se réclame aussi dans l'explicitation de la problématique de l'application.

I.1. ETHIQUE ET UTOPIE LÉGISLATIVE DANS LA RÉPUBLIQUE^{3(*)} DE PLATON

Pour bien comprendre la critique d'Aristote vis-à-vis de Platon, il nous faut préciser la pensée de Platon en ce qui concerne le Bien.

Pour Platon, le Bien est ce que toute âme poursuit et en vue duquel elle fait tout, dont elle soupçonne l'existence sans pouvoir saisir suffisamment ce qu'il est, et y croire de cette foi solide qu'elle a en d'autres choses^{4(*)}. Seule la divinité possède le Bien de manière parfaite et inaliénable. L'homme, lui, est à la recherche du bonheur. Puisqu'il ne possède pas encore le bonheur, il le poursuit, poussé par un dynamisme appelé amour (*éros*).

Une question mérite d'être posée : quel est le critère du Bien chez Platon ? Il y a beaucoup de choses que les hommes jugent « bonnes » et qu'ils essaient d'atteindre : richesse, prestige, puissance... Or, de tels biens ne nous conduisent pas au bonheur par le seul fait que nous les

possédons ; nous devons plutôt nous en servir. Seul le savoir apparaît comme élément pouvant fonder un jugement correct^{5(*)}.

Mais quel savoir? Il ne peut s'agir d'un savoir technique, qui par définition n'est compétent que dans le domaine spécialisé. Or, recherchant le bien qui fasse réussir la vie dans son ensemble, dans la mesure où les objets des différentes connaissances techniques ne sont pas seulement utiles, de sorte que les circonstances les font devenir tantôt bons, tantôt mauvais ; le savoir recherché ne peut se confondre avec la sophistique ou la rhétorique^{6(*)}.

En rapport avec la pensée de Platon, Gadamer soutiendra que toute appréciation correcte de la situation (pour Gadamer il s'agit de la situation herméneutique) à laquelle nous sommes susceptibles d'être confrontés, doit nécessairement résulter de la fixation de notre intelligence sur la forme du Bien ou du juste qui sont des formes absolues^{7(*)}. Pour Gadamer, c'est une ouverture à la vérité que nous transmet la tradition^{8(*)}.

Comme son maître Socrate, Platon soutient que le savoir moral n'est réel que si l'homme s'engage de toute son âme pour le Bien en cherchant toujours à approfondir ce savoir. La dimension d'approfondissement chez Platon s'effectue selon la dialectique, or celle-ci offre la structure logique d'ouverture qui caractérise la conscience herméneutique. On ne fait pas d'expérience si on ne se met pas à questionner^{9(*)}. L'éducation chez Platon est importante. Elle vise la conversion de l'âme et comme art, elle recherche les moyens les plus aisés et les plus efficaces de l'opérer^{10(*)}.

Ainsi conçue, la vertu a un lien intime avec la philosophie et seuls les philosophes peuvent tendre davantage vers le bonheur parfait. La masse des hommes ne peut atteindre que la forme inférieure et non réfléchie de la vertu. C'est ce que Platon appelle « vertu populaire ». Celle-ci est le fruit du dressage, de la suggestion artistique et de la pression sociale. La vertu populaire, différente de celle du philosophe, préserve l'homme du désordre et de la dégradation que la débauche et les passions ne manqueraient pas de provoquer^{11(*)}. Si nous mettons la pensée de Platon en rapport avec l'herméneutique philosophique de Gadamer, celui-ci estime que la philosophie est importante, parce que « dans toute science humaine, il y a de la philosophie qui ne parvient jamais tout à fait à être conceptualisée »^{12(*)}.

Quelques remarques s'imposent : La connaissance morale n'est pas chez Platon un savoir propositionnel et elle n'est pas transmissible à la façon du contenu que transmet une proposition. Ce qui distingue la connaissance morale, c'est plutôt l'absence de l'ambivalence qui caractérise le savoir technique. Le fait que la *téchne* puisse être susceptible de bon ou de mauvais usage implique la nécessité d'une juridiction supérieure. Mais cette juridiction qui devrait être la cité idéale n'existe pas dans la réalité^{13(*)}.

C'est pourquoi, chez Platon, l'homme juste est récompensé après sa mort. Le mythe d'*Er* au livre X (615a-621d) de la *République* stipule que notre vie présente détermine la façon dont nous nous porterons après notre mort ; il n'est donc pas sage d'être injuste, car un bref plaisir sur terre sera suivi de tourments dix fois plus grand après notre mort.

Ce que nous pouvons retenir de Platon, par rapport à l'herméneutique Gadamérienne, c'est le fait que Gadamer s'intéresse au questionnement. D'où l'herméneutique est dialectique. La tradition questionne avant que le questionnant ne puisse questionner. Nous expliciterons cet argument dans les paragraphes suivants.

I.2. ARISTOTE : CRITIQUE ET INTERPRÈTE DE PLATON

Dans *Ethique à Nicomaque*, Aristote traite de l'appréciation juste du rôle que doit jouer la raison dans l'« agir » moral. Ainsi, au premier livre (IV, 5-6), il critique l'intellectualisme de Platon dans la question du Bien :

N'oublions pas la différence existant entre les raisonnements qui partent des principes et ceux qui tendent à en établir. Platon lui-même se trouvait sur ce point, et à juste titre, embarrassé et il cherchait à préciser si la marche à suivre allait aux principes ou partait des principes (...) Ce qu'il y a de sûr, c'est qu'il faut partir du connu ; or ce qui est connu l'est de deux façons : relativement à nous et absolument. Vraisemblablement, ici, il nous faut partir de ce qui nous est connu. Ainsi, faut-il déjà avoir une bonne éducation morale, si l'on veut entendre parler avec profit de l'honnête, du juste et, en un mot, de la politique^{14(*)}.

Pour Aristote, le problème de la méthode est essentiellement déterminé par son objet. Gadamer renchérit que c'est là un principe général d'Aristote^{15(*)}. On peut envisager, à partir de ce principe, le rapport spécifique entre l'être moral et la conscience morale. Aristote comme interprète, maintient à la suite de Socrate (de Platon) que le savoir est un élément essentiel de l'être éthique. Mais le savoir moral n'est manifestement pas celui de l'artisan. La *technè*, c'est l'habileté, le savoir de l'artisan qui sait comment produire quelque chose de déterminé. On peut se demander si le savoir moral est un savoir technique et visant à se produire soi-même comme être moral. La même question est pertinente pour les sciences humaines : peut-on dire que les sciences humaines sont des sciences devant user de la primauté de la méthode comme pour les sciences de la nature et trouver leur sens dans la méthode?

Aristote comme critique et interprète de Platon aurait porté au concept ce que ce dernier signifiait dans un langage mythique^{16(*)}. Le socratisme de Platon pose problème chez Aristote, parce que Platon ne semble pas distinguer résolument la *phronésis* de tout savoir théorique ou technique. Comment Platon peut-t-il étendre le sens de ce terme au point d'en faire apparemment un synonyme de la *Technè* ou de l'*Epistémé*? L'usage pratique de la raison, tout en refusant d'identifier le « savoir du Bien » à un savoir technique ou scientifique, celui de l'artisan, du médecin ou du mathématicien, comme savoir qui peut être appris et transmis, n'en clarifie pas moins son contenu dans l'action. Gadamer relève dans l'analyse aristotélicienne de la *phronésis* une série d'éléments qui répondent à la question : comment se fait-il que le savoir moral soit un savoir mais de toute autre espèce que celle de la *technè* ?^{17(*)} Le génie d'Aristote va se déployer justement dans sa capacité d'analyser le phénomène éthique sous toutes ses faces. A ce titre, Aristote procède comme un herméneute ouvert aux multiples sens qu'il saisit à partir de la tradition platonicienne.

Pour Gadamer, il est évident que les sciences de l'esprit ne peuvent être réduites à l'idéal de la méthode selon les sciences de la nature. La tradition philosophique à laquelle l'herméneutique universelle d'application se rattache est justement celle qui critique la conception des *Lumières* en ce qui concerne la nature des sciences. La pensée de Gadamer, en rapport avec la tradition philosophique d'Aristote, se propose de discerner, partout où elle se rencontre, l'expérience de vérité qui dépasse le domaine soumis au contrôle de la méthode scientifique^{18(*)}.

Pour Pierre Fruchon, commentateur de Gadamer, Aristote a le dernier mot de manière prioritaire, non pas comme critique mais comme interprète du platonisme. La problématique socratique était attachée à la distinction éthique du Bien et du Mal en débouchant en même temps sur une perspective plus vaste qui a fait oublier la réalité^{19(*)}. Justement, à ce niveau, les *Lumières* n'ont pas pu approfondir le phénomène de la compréhension de la tradition. La compréhension de la tradition dans son altérité se dévoile dans l'effort d'Aristote pour comprendre Platon en participant à la vérité de la tradition socratico-platonicienne^{20(*)}.

C'est pour cela que le concept d'application peut paraître hautement problématique. Car on ne peut appliquer que quelque chose dont on est déjà en possession et il apparaît clairement qu'Aristote avait suffisamment médité la pensée de Platon, il la possédait et se l'appliquait en même temps pour sa propre pensée. Or la possession en propre du savoir moral ne saurait signifier que l'on commence par l'avoir et qu'on l'applique ensuite à la situation concrète^{21(*)}.

Ce que Gadamer suggère ici est qu'Aristote ne s'est jamais posé en opposant de Platon, mais en interprète, dans la mesure où il recherchait la vérité de la tradition platonicienne. De même, les sciences humaines ne seront plus fécondes que quand elles se tourneront non vers l'idéal de méthodes des sciences de la nature, mais vers l'interprétation et l'exploitation de l'héritage classique et de la tradition.

En ce qui concerne le droit, Gadamer estime que l'administration de la justice est, elle aussi, une tâche qui demande savoir et pouvoir dans l'application. A ce titre, n'est-elle pas alors une *technè* ? Ne consiste-t-elle pas elle aussi à appliquer lois et règles à un cas concret ? Ne parlons-nous pas de l'« art » du juge ? Comment se fait-il que ce qu'Aristote définit comme la forme de la *phronesis* ne soit pas une *technè* ? Gadamer fait une judicieuse réflexion sur la loi (que le juge doit appliquer) et la *technè* (que l'artisan doit appliquer) quant aux adaptations qui ont lieu dans la mise en application.

En comparaison avec la situation de l'artisan qui produit un objet, celle de la loi est toute autre. Disposant du projet de la chose et des règles à observer pour produire une oeuvre, puis passant à l'exécution, l'artisan peut se trouver contraint de s'adapter à des conditions et des données concrètes, c'est-à-dire de renoncer à exécuter son projet exactement comme il l'avait primitivement conçu. Mais un tel renoncement ne signifie nullement que se complète par là même le savoir de ce qu'il veut faire. Dans l'exécution, il ne fait que des corrections correspondant à des renoncements^{22(*)}.

Par contre, quand le juge applique la loi, il l'adapte aux circonstances en enrichissant ainsi la jurisprudence (la doctrine juridique)^{23(*)}. Gadamer reconnaît lui-même que la réflexion à ce sujet nous renvoie dans le domaine de l'application des lois et à une difficulté propre au domaine juridique^{24(*)}. Nous suivrons l'herméneutique du droit naturel chez Aristote telle que présenté par Gadamer avant de passer au chapitre relatif à l'herméneutique juridique.

I. 3. DROIT NATUREL^{25(*)} ET ACTUALITÉ HERMÉNEUTIQUE D'ARISTOTE.

Celui qui applique le droit tient toujours compte des circonstances atténuantes ou aggravantes. Si la prise en compte des circonstances est faite, ce n'est pas faute de mieux, mais pour ne pas commettre l'injustice. En atténuant ou en appliquant rigoureusement la loi,

on n'apporte pas de restriction au droit, mais on découvre un droit meilleur.

Aristote distingue ce qui est juste par nature de ce qui est juste selon la loi. Il prend ainsi position contre le conventionnalisme ou le positivisme extrême en matière de loi. Si, d'une part, cette distinction est claire dans *Ethique à Nicomaque* (E, 10), d'autre part, il faut préciser que la distinction entre les règles de droit qui sont purement et simplement affaires de conventions (une règle de code de la route, par exemple la circulation à droite) et celles qui ne sont pas de l'ordre de l'arbitraire de l'homme, trouve son origine dans le débat des sophistes. Mais sous la contrainte du *logos* platonicien, elle perd son sens relatif pour être clarifié par Platon dans le *Politique* (IV, 8)^{26(*)} et par Aristote dans *Ethique à Nicomaque*.

Aristote montre dans son analyse du droit naturel que toute règle établie est nécessairement en état de tension par rapport au concret de l'action, dans la mesure où elle est générale et incapable, par conséquent, d'inclure la plénitude concrète de la réalité pratique^{27(*)}.

La position d'Aristote sur le problème du droit naturel est de nature plus subtile que celle de la tradition du droit naturel contemporain. Les formes classiques sous lesquelles nous connaissons aujourd'hui la doctrine du droit naturel ne datent pas d'une époque très ancienne. L'une d'elles, « l'école du droit de la nature et des gens »^{28(*)}, est l'oeuvre d'une pléiade de jurisconsultes des XVIIe et XVIIIe siècles ; une autre fut créée en 1789 par l'Assemblée Constituante.

L'école de juristes à laquelle je fais allusion s'intitulait elle-même « Ecole du droit de la nature et des gens ». Grotius^{29(*)}, considéré comme le père de cette école, définissait le droit naturel comme une règle qui nous est suggérée par la droite raison d'après laquelle nous jugeons nécessairement qu'une action est injuste ou morale selon sa conformité avec la nature raisonnable et qu'ainsi Dieu est l'auteur de la nature et défend l'une et commande l'autre.

À la question du droit naturel, Aristote avait adopté une position nuancée. En effet, le droit codifié ne remplit pas de soi les conditions de la justice. Il voyait, par conséquent, dans la délibération en fonction de l'équité une tâche juridique importante pour compléter le droit codifié. Il s'opposait ainsi au conventionnalisme d'un positivisme juridique^{30(*)}.

Gadamer estime qu'il serait toutefois erroné de pratiquer la distinction étanche entre le droit naturel et le droit positif en fondant le droit naturel sur le seul critère d'éternité et d'immuabilité et en refusant ces caractères au droit positif. Pour Aristote d'ailleurs, l'idée d'un droit naturel immuable ne valait que pour le monde divin^{31(*)}.

Il arrive qu'en raison des caractéristiques d'une situation concrète, on soit obligé d'adoucir la rigueur de la loi. Mais « adoucir », ce n'est pas « ne pas appliquer » le droit qu'exprime la loi, ni non plus permettre un « laisser-aller » illégitime. Lorsqu'on « adoucit » la loi, ce n'est pas qu'on y « renonce », mais que sans cet adoucissement, il n'y aurait pas vraiment de justice^{32(*)}.

Par conséquent, chez les hommes, le droit naturel est tout aussi changeant que le droit positif. Cette théorie se confirme par les exemples que nous lisons chez Aristote^{33(*)}. Aristote rapporte que si par nature la main droite est beaucoup plus forte que la main gauche, rien n'empêche cependant qu'en l'entraînant, la main gauche ne devienne aussi forte que l'autre. Un autre exemple est pris en rapport avec l'échange économique. Les mesures de vin sont

partout identiques ; à l'achat cependant elles sont, selon toute apparence, plus petites qu'à la vente. Aristote ne suggère pas par là que le vendeur trompe régulièrement l'acheteur, mais que chaque application concrète de la loi implique qu'il n'est pas injuste de tolérer un certain jeu dans l'exactitude.

La conception du droit naturel chez Aristote entraîne des conséquences sur le plan de la conception de l'éthique et partant de la compréhension dans l'herméneutique gadamérienne. Tout comme il n'y a pas d'usage dogmatique du droit naturel, ainsi y a-t-il moins encore d'usage dogmatique de l'éthique et l'herméneutique universelle de l'application ne peut-être élevée à un niveau dogmatique. L'herméneutique développée dans *Vérité et Méthode* n'est pas une méthodologie des sciences de l'esprit, mais une tentative pour s'entendre sur ce que les sciences de l'esprit sont en vérité par delà la conscience méthodique des sciences de la nature^{34(*)}.

En ce qui concerne l'intuition d'Aristote sur la même problématique^{35(*)}, Gadamer renchérit en ces termes : lorsque Aristote décrit les formes concrètes d'un comportement équilibré quant aux choix des moyens valables, il s'appuie avant tout sur la conscience éthique qui modèle de l'intérieur les exigences d'une situation concrète. Le savoir éthique qui s'oriente sur ses idées est le même savoir qui doit répondre aux exigences momentanées d'une situation de fait. Aussi ne peut-on jamais parler, lorsqu'il s'agit des fins éthiques, en termes d'« opportunité » des moyens ; la rectitude éthique contribue essentiellement à la validité éthique des fins. Réfléchir aux moyens est *eo ipso* un engagement éthique^{36(*)}. Ceci signifie que dans les sciences de l'esprit, la méthode ne peut pas servir d'opportunité pour cerner comme par la force la vérité de la tradition.

Ce n'est que dans un « savoir » de l'actuellement donné que s'achève un savoir éthique. Le savoir éthique qui est le « savoir pour soi » est nettement à distinguer du savoir méthodique. Comme implication, le savoir éthique ainsi que la compréhension dans les sciences humaines sont à délimiter par rapport au savoir technique ou méthodique des sciences de la nature et c'est justement pour formuler cette double délimitation qu'Aristote risque l'expression tout à fait singulière de « savoir de soi »^{37(*)} pour désigner l'agir moral.

CONCLUSION

Ce chapitre s'est ouvert par la description du savoir moral dans l'utopie législative de la *République* de Platon comme préparation de l'explicitation du savoir moral par Aristote dans *Ethique à Nicomaque* commenté par Gadamer. Celui-ci fait appel à Platon parce qu'il estime que dans la tradition herméneutique à laquelle Platon peut être rattaché, la dialectique de la question et de la réponse a toujours prévenu la dialectique de l'interprétation. « C'est elle qui fait de la compréhension un événement »^{38(*)}.

Le savoir moral, dont l'analyse du droit naturel chez Aristote n'a été qu'un prétexte, nous a montré que ce savoir ainsi que les sciences de l'esprit, ne sont pas des savoirs d'objets nécessitant la primauté de la méthode dans la quête de la vérité. Celui qui sait dans le domaine du savoir moral ou des sciences de l'esprit n'est pas confronté à un état des choses qu'il ne ferait que constater. Il est au contraire immédiatement impliqué par ce qu'il connaît.

Pour les Grecs, la science pensée sur le modèle de la mathématique est science de l'immuable, science fondée sur la preuve et que chacun par conséquent peut apprendre. Une

herméneutique des sciences de l'esprit ne peut être comparée à ces sciences du genre mathématique. Les sciences de l'esprit sont des « sciences morales »^{39(*)}. Leur objet, c'est l'homme et ce qu'il sait de lui-même. Le savoir de soi doit ici guider le faire de l'homme. Le savoir éthique comme la compréhension dans les sciences de l'esprit est la forme originelle de l'expérience de l'homme.

Approfondissons donc la question en analysant la manière dont le juge et l'historien du droit interprètent la loi et cherchons dans l'application faite par eux une signification de l'application dans les sciences humaines. C'est l'objet du deuxième chapitre.

CHAPITRE DEUXIEME : L'APPLICATION EN DROIT ET SON EXTENSION A LA COMPREHENSION DANS LES SCIENCES HUMAINES

INTRODUCTION

Ce chapitre examine l'attitude que prend le juriste (juge) et l'historien du droit en face d'un texte législatif donné et en vigueur. Il s'agira, à la suite de Gadamer, d'examiner la manière dont l'herméneutique juridique et l'herméneutique historique travaillent sur le même objet. Et, dans quelle mesure l'application en herméneutique juridique peut servir de modèle exemplaire dans l'extension de l'application à la compréhension dans les sciences humaines.

Les textes de droit peuvent être interprétés du point de vue du juriste ou compris du point de vue de l'historien. Gadamer a consacré dans *Vérité et Méthode*^{40(*)} une section à la signification exemplaire de l'herméneutique juridique. Il montre que l'application joue un rôle important en droit^{41(*)}, dans la mesure où le juge essaie toujours de comprendre un texte de loi en vue de son application à un cas. L'activité du comprendre n'est donc pas distincte, dans ce cas, de la fonction d'application. L'historien du droit, quant à lui, cherche la signification de la loi dans son contexte d'émergence et sa valeur pour le présent. Il ne s'agit pas pour lui de résoudre un cas présent à partir de la loi.

Même si le travail d'interprétation est directement pratique, le juge ne se trouve pas dans une situation bien différente de l'historien du droit, car il doit aussi « comprendre », historiquement, le texte légal qu'il doit appliquer. L'application d'un texte de loi est toujours un acte qui s'inscrit dans l'histoire et où se médiatise l'autorité juridique, le passé d'une loi et la situation présente en rapport avec un cas, voilà la thèse qu'il faudra étayer.

La première section va analyser la compréhension qui a lieu dans l'interprétation d'une loi par le juriste et l'historien du droit.

Dans la seconde section, il faudra expliciter la manière dont l'application en herméneutique juridique peut être étendue à la question de la compréhension dans les sciences humaines, thèse que Gadamer défend ardemment quand il s'agit de la compréhension dans les sciences de l'esprit. La signification exemplaire de l'herméneutique juridique serait de montrer

qu'aussi bien dans le domaine du droit, de l'histoire que celui de la compréhension dans toutes les sciences de l'esprit, le monde des concepts dans lesquels ses activités de l'esprit se déploient « nous a depuis toujours englobés, de la même manière que la langue dans laquelle nous vivons nous a déterminés »^{42(*)}

II. 1. L'INTERPRETATION DE LA LOI PAR LE JUGE ET L'HISTORIEN DU DROIT

II.1.1. L'interprétation de la loi par le juge.

La tâche de l'interprétation juridique est de concrétiser la loi dans le cas donné (le plus souvent cette tâche est de résoudre un litige)^{43(*)}, la tâche du juge est donc de dire la loi par une application à une situation concrète. Sans doute, la réalisation d'un procès enrichit la doctrine du droit, le juge lui-même est soumis à la loi et la loi laisse toujours la possibilité de recourir à une instance supérieure, sous réserve de dispositions prévues par le système juridique, si l'une des parties n'est pas satisfaite du verdict.

Dans l'interprétation juridique, il faut distinguer l'interprétation du juge ayant force de loi et l'interprétation de doctrine, mieux l'interprétation scientifique de la loi. L'interprétation par le juge est souvent qualifiée d'authentique en tant qu'elle émane de l'auteur même de l'acte, c'est-à-dire c'est l'interprétation que l'auteur de la loi a seul le droit de donner. Deux raisons postulent à cette prétention : d'une part, c'est celui qui a édicté un acte (le pouvoir législatif représenté sur le plan de l'application par les juges qui siègent dans les Cours et Tribunaux) en connaît mieux la signification ; d'autre part, et surtout le pouvoir de déterminer la signification de l'acte permet de le refaire, de sorte qu'autoriser un autre que le législateur à interpréter la loi reviendrait à lui transférer le pouvoir législatif.

L'idée d'un ordre juridique implique, selon Gadamer, que la sentence du juge ne procède pas d'un caprice imprévisible, mais de la juste estimation de l'ensemble de la communauté juridique. Le juge est supposé s'être penché sur la plénitude concrète de la situation jugée^{44(*)}. La notion de la plénitude concrète présuppose que la loi est dite dans un contexte de sécurité juridique, c'est-à-dire que dans un Etat de droit ou tout Etat qui tend vers l'Etat de droit, chacun peut idéalement savoir où il en est avec ses droits et ses devoirs publics et privés. Le rôle de l'avocat n'est-il pas de bien conseiller son client (l'accusé) pour que la peine ne lui soit pas injustement imputée, d'une part, dans le cas du plaignant que sa cause soit justement défendue, d'autre part?

Tout avocat, tout conseiller a en principe la possibilité de bien conseiller, c'est-à-dire de prédire correctement la décision du juge en se fondant sur les lois existantes. Bien sûr la tâche de la concrétisation ne consiste pas simplement à connaître les articles du code juridique. Si l'on veut juger en juriste le cas soumis, il faut évidemment connaître aussi la jurisprudence, ainsi que tous les éléments qui la déterminent.^{45(*)}

Il sied d'approfondir l'herméneutique juridique en élucidant les types d'arguments qui ont cours en droit. Les arguments en droit selon une analyse de Michel Troper^{46(*)} ne sont pas les résultats des simples procédés ou des techniques d'interprétation. Ils suivent néanmoins, d'une part, une typologie d'argumentation qui est soit *a contrario*, soit *a simili*, soit encore *a fortiori* ; d'autre part une interprétation soit extensive, soit restrictive. Les méthodes en droit ne seraient que des arguments qui sous-tendent l'interprétation considérée comme la

meilleure. Ainsi, les méthodes sémiotique^{47(*)}, génétique^{48(*)}, systémique^{49(*)} ou fonctionnelle^{50(*)} sont utilisées indifféremment selon les cas dans ce but^{51(*)}.

Si nous nous situons sur le plan du pouvoir de l'interprète, deux thèses s'affrontent. Selon la première thèse, la théorie de l'interprétation comme activité de découverte d'une signification cachée est étroitement liée à l'idée que le juge ne s'occupe que d'énoncer un syllogisme dont la prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure le fait. Lorsque l'énoncé de la loi est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter, et lorsqu'il n'est pas clair, l'interprétation consiste seulement à découvrir, à l'aide de méthodes sûres^{52(*)}, une signification cachée, mais néanmoins présente dans l'énoncé.

En revanche, la deuxième thèse stipule que l'interprétation est un acte de volonté qui conduit à reconnaître au juge, et plus généralement à tout interprète (le cas de l'avocat ou du citoyen connaissant la loi) un pouvoir considérable. Si interpréter, c'est déterminer la signification du texte de loi, et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète légale qui détermine la norme mettant fin au conflit des interprétations. Ici le véritable législateur n'est pas le parlement, mais l'interprète de la loi, par exemple la Cour Suprême de la République et les Cours et Tribunaux qui sont les garants de l'interprétation authentique. Le juge qui comprend la loi ne choisit pas arbitrairement son point de vue, il trouve au contraire sa place fixée d'avance par la communauté qui a accepté les lois en vigueur.

Les conclusions sur ces deux thèses doivent être nuancées et le pouvoir de l'interprète est en même temps étendu et limité. Selon l'argument de Gadamer, l'ordre juridique pour prétendre à la validité pour tous, de sorte que personne n'y fasse exception, doit impliquer la communauté dans l'acceptation de l'interprétation qui a cours^{53(*)}. Il arrive que les compléments à la loi soient assimilés dogmatiquement. Cela crée une tension entre l'herméneutique légale et la dogmatique juridique qui se construit autour de la loi en question. « L'idée d'une dogmatique juridique parfaite, qui réduirait toute sentence à une pure opération de subsomption, n'est pas tenable »^{54(*)}. Le cas de la marge décisionnelle notable laissée au discernement du juge dans un cas concret est perceptible en droit congolais et étaye la thèse de Gadamer dans un cas précis.

En effet, la section VI du droit pénal congolais, portant sur les circonstances atténuantes précise aux articles 18 et 19 que s'il existe des circonstances atténuantes, la peine de mort pourra être remplacée par la servitude pénale à perpétuité ou par une servitude pénale dont le juge déterminera la durée. Les peines de servitude pénale et d'amende pourront être réduites dans la mesure déterminée par le juge. Il ne sera pas prononcé, toutefois, de peine de servitude pénale de moins d'un jour, ni de peine d'amende de moins d'un franc. Tout jugement admettant des circonstances atténuantes les indiquera et les énumérera^{55(*)}.

II .1.2. L'interprétation de la loi par l'historien du droit.

Avant d'aborder la question de l'interprétation de la loi par l'historien du droit, il faut saisir le sens de l'histoire : L'histoire est la science qui veut reconstruire en l'expliquant un aspect du passé de l'humanité^{56(*)}. Comme science, l'histoire ne peut pas être réduite à la conception de la méthode des sciences de la nature. Les sciences de la nature, telles la chimie, la biologie, etc., proposent d'établir, à partir des phénomènes qui peuvent être reproduits, des lois générales et qui se formulent le plus souvent sous forme d'équations mathématiques.

L'historien a sa manière propre d'aborder les textes en général, dans la mesure où, à travers les textes, il s'efforce de connaître une tranche du passé à partir de plusieurs sources. Qu'en est-il dans le cas d'une loi ? Quelle est la règle fondamentale de l'historien dans l'interprétation de la loi selon Gadamer?

Tout d'abord, l'historien du droit se doit d'examiner la cohérence interne d'une loi et de celle-ci par rapport au système juridique ; ensuite, la mesure dans laquelle le législateur est parvenu à réaliser le but du bien commun et satisfaire ainsi aux exigences que la loi s'est fixées. Enfin, l'historien du droit ne peut avancer des jugements critiques si ce n'est qu'à partir d'un point de vue historique déterminé. Ainsi, plusieurs interprétations historiques peuvent être données sur l'évolution historique d'une même loi^{57(*)}.

La thèse de Gadamer en ce qui concerne l'herméneutique historique est que celle-ci a à accomplir un travail d'application, car elle est, elle aussi, au service de la mise en valeur du sens, en comblant expressément et consciemment la distance temporelle qui sépare l'interprète du texte, de même qu'en surmontant l'aliénation de sens survenue au texte^{58(*)}. La règle fondamentale de l'historien est qu'il faut interpréter la tradition autrement que les textes le demandent^{59(*)}.

Dans l'interprétation des textes, l'historien considère donc le texte de loi comme un vestige qui parle du passé. A travers le texte de loi, ce sont les données de la tradition à interpréter qui expriment leur sens et en même temps s'y dissimulent. L'historien oriente à ce titre son interprétation vers ce qui n'est pas déclaré dans le texte lui-même et ne se trouve pas nécessairement dans la direction du sens proposé par le texte. L'historien cherche à remonter le plus souvent au-delà des textes pour leur arracher une information qu'ils ne donnent pas spontanément : le contexte d'élaboration, l'humeur de l'assemblée législative, la réaction des destinataires à la promulgation, etc. Ce qui est en jeu dans l'herméneutique historique, c'est la question de la conscience historique et l'historicisme comme perversion de l'herméneutique historique.

Gadamer estime qu'une herméneutique historique qui ne se donne pas pour centre l'essence du problème historique et ne recherche pas les raisons pour lesquelles un historien se tourne vers la tradition, s'ampute de ce qui en est le cœur^{60(*)} dans la mesure où l'historien qui veut comprendre la loi à partir de sa situation d'origine ne peut absolument pas faire abstraction de l'influence juridique qu'elle a continué à exercer. C'est justement celle-ci qui lui inspire les questions qu'il pose à la tradition historique^{61(*)}.

Le problème de l'application demeure déterminant dans la situation de la compréhension en histoire. La compréhension historique semble apparemment se refuser à satisfaire à l'exigence d'application formulée par la tradition. Or, de toute évidence, l'historien ne fait pas valoir l'intention propre à son texte, mais voit en lui une source pour l'histoire ; ce qui signifie qu'il en tire la compréhension de quelque chose que le texte ne voulait nullement dire mais qui au contraire ne s'y exprime que pour nous^{62(*)}.

Pour élucider le sens d'une herméneutique authentiquement historique, Gadamer part dans la partie intitulée « préparation historique » de *Vérité et Méthode* de l'échec de l'historicisme donc les apories persistent chez Dilthey et il propose les nouvelles dimensions ontologiques qu'offrent les analyses de Husserl et de Heidegger^{63(*)}. La connaissance historique ne peut pas être décrite d'après le modèle de la connaissance de la nature car elle est elle-même un processus qui a tous les caractères d'un événement historique. La

compréhension est l'acte de l'existence et l'objectivisme en histoire n'est qu'une illusion.

Voilà pourquoi il est impérieux pour l'herméneutique historique de commencer par abolir l'opposition abstraite entre tradition et science historique, entre l'histoire et savoir de l'histoire. L'action d'une tradition historique exprimée dans une loi qu'analyse l'historien du droit et celle de l'investigation historique du contexte d'émergence de cette loi forment une action unique dans laquelle l'analyse ne saurait jamais trouver des coupures radicales ; ces éléments sont en actions réciproques.

Il sied de rappeler que l'herméneutique historique est souvent tendue entre l'idéalisme et l'historicisme. Autrement, l'herméneutique était pour Dilthey l'élément universel de la « conscience historique »^{64(*)} pour laquelle il n'y a pas d'autres connaissances de la vérité que celle qui consiste à comprendre les expressions et en celle-ci, la vie. C'est la vie qui saisit la vie et comme conséquence, « l'ensemble de la tradition deviendra pour la conscience historique une rencontre de l'esprit avec lui-même »^{65(*)}.

Du point de vue de la compréhension, Dilthey voulait fonder la théorie historique dans une psychologie de la compréhension. Les limites qu'impose la finitude historique de notre être à l'universalité de la compréhension ne sont pour lui que de nature subjective. Seule, assure-t-il, la sympathie^{66(*)} rend possible une réelle compréhension. L'aporie est ici qu'il ne voit dans la sympathie qu'une condition de la connaissance. Or, *la sympathie est tout de même beaucoup plus qu'une simple condition de la connaissance*. Par elle, soutient Gadamer, le toi se trouve en même temps métamorphosé. L'autoréflexion de la conscience historique ne peut mener qu'à des relativisations successives. Si la recherche du passé historique est déchiffrement, il est clair que ce passé ne peut être saisi prioritairement comme une expérience historique de la vie.

Gadamer critique dans la conscience historique l'influence que cette conscience tend à étendre aux sciences humaines modernes, dans la mesure où s'allient en elle la reconnaissance de l'historicité de son objet et l'aveuglement à l'égard de l'implication de l'historien dans la même histoire. « C'est là l'objectivisme historique, la naïveté de la croyance en la méthode, à laquelle succombe celui qui croit pouvoir faire abstraction de lui-même dans le comprendre »^{67(*)}. Une pensée historique doit penser sa propre historicité. Et ici Gadamer précise que la tâche de la philosophie herméneutique authentique consiste en une prise en compte du « principe de l'histoire de l'action » dans la mesure où la compréhension est par essence un phénomène qui relève de cette histoire^{68(*)}.

II.2. L'UNICITE DES DISCIPLINES HERMENEUTIQUES DANS L'EXPERIENCE D'APPLICATION^{69(*)}

II. 2. 1. Unité de l'herméneutique juridique et de l'herméneutique historique dans l'application.

L'interprétation du juriste et celle de l'historien du droit se rencontrent-elles ? Nous allons essayer dans ce point de déterminer, dans quelle mesure, la tâche du juge et celle de l'historien du droit est unique, c'est-à-dire essayer de comprendre l'homme dans l'un de ses multiples aspects. Le but visé est de montrer que l'herméneutique juridique et celle historique

ont justement un rapprochement unificateur dans le fait que ceux qui interprètent sont des hommes, qu'ils soient juristes ou historiens, leur activité vise la compréhension d'une réalité humaine et le langage humain dans lequel se formule cette compréhension.

Le rôle respectif du juge et de l'historien du droit est, selon une séparation d'ordre pédagogique^{70(*)}, pour le premier, de rendre justice et, pour le deuxième, de rechercher la vérité d'une loi à travers son contexte historique. Aussi bien le juge que l'historien du droit occupe dans l'espace public des protagonistes une place de tiers, mais ce tiers reste inscrit dans l'histoire, il a des préoccupations historiques. Que le juge ou l'historien du droit prétende à l'impartialité, la même prétention est revendiquée par tous les chercheurs en sciences humaines et naturelles. Se placer en état d'impartialité absolue est un leurre, aussi bien en droit qu'en histoire.

Certes, le juge et l'historien du droit partagent la déontologie qui vise la vérité dans l'impartialité, c'est-à-dire sans faveur ni colère. Mais « comment et jusqu'à quel point l'historien et le juge satisfont-ils à cette exigence d'impartialité inscrite dans leurs déontologies professionnelles respectives? »^{71(*)}

Aussi bien le juge que l'historien, a un souci de la vérité, de la preuve qu'il faut produire et de ce souci découle un examen critique de la crédibilité des témoins. L'affaire qui est jugée dans un procès est le plus souvent proche d'une reproduction, mieux une reconstruction des faits passés, mais cette reconstruction dévoile-t-elle la vérité des personnes concernées. Cette reconstruction n'est possible que grâce aux témoins à charge ou à décharge^{72(*)} mais elle n'égale jamais l'acte qui se produit une fois pour toute.

Le juge procède comme l'historien dans la mesure où il y a complémentarité entre le témoignage et la matérialité des indices identifiés par des expertises pointues. On observe la même pertinence dans la recherche des « petites erreurs » signes de probables inauthenticités ; même primat accordé au questionnement, au jeu de l'imagination avec les possibles ; même perspicacité appliquée à déceler les contradictions, incohérences, invraisemblances ; même attention accordée aux silences, aux omissions volontaires ; même familiarité avec les ressources de falsification du langage en termes d'erreur, de mensonge, d'intoxication et d'auto-intoxication voire d'illusion. A cet égard, le juge ainsi que l'historien sont passés maîtres dans le maniement du soupçon^{73(*)}.

Malgré les similitudes, la thèse produite par l'historien sur une loi est différente du verdict d'un juge, parce que les perspectives sont aussi différentes. La chose jugée ne peut être rejugée, à moins que des vices notoires permettent un recours à une autre instance prévue par le système juridique en vigueur. Le juge doit juger, il doit conclure, il doit trancher : il doit remettre à une juste distance le coupable et la victime, selon une typologie que Ricoeur qualifie d'impérieusement de binaire^{74(*)}.

Si l'historien s'érige tout seul en tribunal de l'histoire ; c'est au prix de la précarité d'un jugement dont il reconnaît la partialité voire la militance. Tout audacieux que soit le jugement d'un historien, il faudra le confronter à la critique de la corporation historique et à celle du public éclairé. L'oeuvre de l'historien est offerte à un processus illimité de révisions qui fait de l'écriture de l'histoire une perpétuelle réécriture^{75(*)}. Mais pouvons-nous dire que la loi est fixée une fois pour toutes ? N'est-elle pas aussi une réécriture issue de la volonté des hommes qui s'entendent selon les époques de l'histoire ?

L'ouverture sur la réécriture marque, selon Paul Ricoeur, une différence importante entre une interprétation historique qui aboutit à une thèse sur l'historique d'une loi et un jugement judiciaire définitif. Le jugement pénal, par exemple, est régit par la responsabilité individuelle du délit, c'est-à-dire que le principe de culpabilité individuelle ne reconnaît par nature que des inculpés porteurs de noms propres. Certes, parmi les circonstances de l'action posée par un inculpé vont figurer les influences directes et indirectes (pressions, contraintes, bref les dysfonctionnement de la société). Malgré ce détour, le juge finira par juger tel être humain et pour des actes bien déterminés, tout en tenant compte des circonstances aggravantes ou atténuantes. La parole du juge, par la sentence prononcée, vient mettre un terme au débat. L'historien du droit peut réouvrir le cercle que le juge vient de refermer par son verdict en analysant le procès lui-même et la loi qui a été appliquée, de manière historique^{76(*)} mais son verdict même ne sera qu'un verdict d'historien.

Selon Gadamer, l'historien du droit doit effectuer la même chose que le juge s'il veut comprendre le sens de la loi, c'est-à-dire qu'il doit lui-même accomplir un effort d'application^{77(*)}. Cet effort s'effectue d'après les commentaires que nous livre Jean Grondin^{78(*)} a deux niveaux : Si l'historien veut comprendre le sens d'une loi, il doit aussi en comprendre l'application possible, car une loi n'a de sens qu'en fonction de son adaptation à un contexte particulier. En « reconstruisant » ce contexte, l'historien doit lui-même tâcher de comprendre en quoi la loi pouvait s'y appliquer. La loi n'a aucun sens sans ce contexte d'application possible.

L'historien du droit ne peut pas comprendre ce contexte « originel » d'application en faisant abstraction de ses propres attentes juridiques et de son sens du droit. Sa compréhension du droit reste dictée par des attentes. Ce qu'en distinguant le contexte juridique ancien du sien, c'est toujours la norme du sien qui gouverne la distinction^{79(*)}.

Gadamer souligne que le caractère effectivement commun à toutes les formes d'herméneutique se résume dans le fait que c'est seulement dans l'interprétation que se concrétise et s'accomplit le sens qu'il s'agit de comprendre, mais pourtant cet acte d'interprétation reste entièrement lié au sens du texte. Ni le juriste, ni le théologien (encore moins l'historien qui étudie un texte juridique) ne verra dans la tâche d'application une objectivité (totale) vis-à-vis du texte^{80(*)}.

II. 2.2. L'unité des sciences humaines à partir de l'expérience d'application

En écoutant attentivement notre « dire » dans le langage ordinaire, nous percevons la manière dont, comme interprète, nous nous impliquons dans la compréhension. Le langage utilisé en droit, en philologie, en théologie et dans toutes les autres sciences humaines est toujours un langage humain qui s'applique à l'interprète et concerne la tradition dans laquelle celui-ci est toujours et déjà inséré. Qu'il s'agisse des us et coutumes ou de la tradition de pensée.

Dans les sciences humaines, on narre des réalités humaines d'une part, et on transpose aussi en concept ce qui est narré, d'autre part. Par la transposition en concepts compréhensibles pour l'interprète et sa communauté, des nouveaux horizons s'ouvrent. On remarque, certes, que dans les sciences humaines, on fait de plus en plus recours aux statistiques, on établit des comparaisons, on interprète les résultats comparés...mais toutes ces opérations visent, en définitive, une meilleure compréhension de nous-mêmes^{81(*)}.

L'unicité des sciences humaines dans l'expérience herméneutique d'application veut nous signifier qu'il y a « un tournant ontologique pris par l'herméneutique sous la conduite du langage »^{82(*)}. Si les sciences humaines sont des pratiques vivantes, la fonction herméneutique du langage, comme application, se trouve être dégagée pour l'ensemble de notre pratique vivante dans ces sciences. Les résultats auxquels les chercheurs en sciences humaines aboutissent sont des événements d'une expérience authentique dans le sens, non de vérifiabilité et de répétitions valables dans les sciences de la nature, mais dans la mesure où, dans ce qui est dit la tradition s'éclaire pour le chercheur et pour la communauté à laquelle il se rattache. Ce qui est trouvé, tout en étant une expérience authentique, n'est pas pour autant assuré, jugé une fois pour toute, décidé à tous égards. Ce qui est compris en s'appliquant à la compréhension du chercheur ou à la communauté, fait reculer l'horizon qui était jusque là admis. C'est au coeur de la finitude historique de l'homme que ces expériences nouvelles viennent se dire sans les clôturer une fois pour toutes.

L'application du concept de jeu au comprendre est très éclairant et Gadamer a, avec raison, consacré la première partie de *Vérité et Méthode* à l'expérience de l'art et du jeu. L'expérience du jeu qui se joue des joueurs signifie que dans les sciences humaines la vérité exprimée n'est pas le fruit de la possession de l'homme à partir d'une méthodologie aveugle à coller aux réalités humaines. Quand nous comprenons une réalité humaine, que ce soit un texte, une expression, des faits sociaux, ce qui nous captive, c'est l'advenir de la vérité de la tradition humaine qui s'y dit et nous porte déjà.

Les préjugés sont positivement réhabilités comme condition de la connaissance d'une nouvelle réalité humaine, cela d'autant plus que nous entendons par tradition, le fait que l'être propre de celui qui connaît entre également en jeu dans la connaissance et cela marque la limite de la « méthode », mais non celle de la science. Ce que la méthode n'atteint pas forcément une interrogation et une recherche assidue, nourrie dans l'expérience de la tradition, finit par déboucher sur la vérité.

Dans les sciences humaines, la conscience de l'interprète ne maîtrise pas radicalement ce qu'il étudie. Ce n'est pas uniquement grâce à des ressources de la méthode que le chercheur en sciences humaines parvient à saisir ce qui est véritablement signifié dans l'expérience humaine. La réflexion en sciences humaines apparaît comme un véritable événement qui a pour condition que « la parole qui nous est parvenue en tant que tradition et que nous avons à écouter nous atteigne réellement, nous atteigne comme si elle s'adressait à nous et nous était personnellement destinée »^{83(*)}. Il faut donc que dans les recherches en sciences humaines, celui qui interroge soit interrogé dans sa pratique et les résultats de ses recherches.

L'unicité des sciences humaines dans l'expérience d'application stipule que le langage est un centre où le moi et le monde fusionnent, c'est-à-dire qu'ils sont dans une relation originelle. Il sied de libérer les sciences humaines, ainsi que toute expérience de l'homme, du préjugé scientifique contenu dans l'idéal d'objectivité selon les sciences de la nature.

Considérant l'expérience de l'art et de la science, Gadamer débouche sur une herméneutique universelle qui porte sur la relation générale entre le monde et l'homme. La langue est justement ce qui permet l'application de l'interprète à son objet. La formulation de l'herméneutique universelle d'application à partir de la langue permet d'écarter le méthodologisme qui dénature le concept d'objectivité dans les sciences de l'esprit ; mais aussi le spiritualisme idéaliste d'une métaphysique de l'infini sans racines dans le vécu de

l'homme.

De plus, il existe ce qu'on peut appeler avec D. Kennedy « le tournant interprétatif de la pensée juridique »^{84(*)}. Les méthodes usuelles en droit, fondées sur une application logique des règles et la recherche de l'intention de l'auteur de la loi, sont accusées d'insuffisance. Un écart est souvent perceptible entre les procédés effectivement utilisés par les interprètes, en particulier le juge, et les justifications qu'il formule. Le pouvoir confié aux juges, lequel est censé s'appuyer sur le savoir de la société et de son harmonie, est de plus en plus contesté^{85(*)}. Il en est de même des chercheurs en sciences humaines dont les résultats produits par une application rigoureuse de la méthode, tout en étant valides, ne disent pas forcément la vérité de la tradition et partant de l'homme.

On peut affirmer avec Gadamer que le langage, qui permet qu'une chose soit exprimée, n'est pas une possession dont puisse disposer l'un ou l'autre interlocuteur. Tout dialogue entre le chercheur et les réalités humaines donne naissance à un langage commun^{86(*)}. Comprendre une expérience humaine, une tradition, une histoire, c'est « comprendre ce que quelqu'un dit (...) s'entendre sur ce qui est en cause et non se transposer en autrui et revivre ce qu'il a vécu »^{87(*)}. L'expérience de sens qui s'effectue de la sorte dans la compréhension inclut toujours une application, et ce processus tout entier est un processus langagier.

Ce qui interpelle dans les sciences humaines, c'est souvent la situation où l'entente est perturbée ou compliquée. Une telle situation permet de prendre conscience des conditions de toute communication. Le dialogue qui a lieu dans les sciences de l'esprit est un processus d'application qui s'effectue dans *l'explication-entente*.

Toute véritable conversation implique que l'on réagisse à ce que dit l'autre, que l'on fasse vraiment droit à ses points de vue et que l'on se mette à sa place au sens où l'on veut comprendre non pas l'autre même comme individualité, mais ce qu'il dit. Ce qu'il importe de saisir, c'est le droit de cela même qu'il pense, de sorte que nous puissions nous mettre d'accord sur la chose même.^{88(*)}

Les sciences humaines font-elles droit à l'homme quand elles appliquent de manière uniquement *technique* les méthodes? Le chercheur dialogue-t-il avec les vérités de l'homme qui se profilent dans son objet? Le chercheur se sent-il impliqué, mieux, s'applique-t-il à saisir la vérité de la tradition de l'homme qui lui parle des profondeurs de l'humanité dont il fait toujours et déjà partie?

Gadamer estimait que l'interprétation est, tout comme la conversation, un cercle qui se boucle dans la dialectique de la question et de la réponse. Les sciences humaines réfléchissant sur l'homme peuvent être qualifiées, sur le plan de l'interprétation, comme d'authentiques relations de vie. Ici, on ne dissèque pas la réalité humaine comme on le ferait pour une bête, on ne pèse pas les cultures comme on pèserait un caillou, on ne mesure pas l'étendue de l'intériorité ou de l'extériorité d'une personne comme un espace. Le caractère langagier de la compréhension de l'homme est la concrétisation de *l'histoire de l'action*^{89(*)}.

Les entreprises herméneutiques sont constamment co-déterminées par un facteur se rapportant à l'histoire de l'action. Les scientifiques se tiennent dans des traditions, qu'ils les connaissent largement ou pas du tout, ils ne peuvent pas commencer sans aucun présumé. L'action de la tradition humaine s'exerce sur la compréhension de tout chercheur. Il y a une fusion des horizons^{90(*)} : le langage étant justement le médium universel dans lequel s'opère

la compréhension, qui se réalise dans l'interprétation. Une lecture simpliste de la notion de « fusion des horizons » entre l'interprète et son objet pourrait nous faire croire que Gadamer fonde les préjugés les plus pernicioeux dans les sciences humaines. Une telle hypothèse serait biaisée, dans la mesure où une lecture attentive de *Vérité et Méthode* nous prévient contre une mauvaise fusion et estime qu'il est possible d'avoir une fusion « contrôlée », mieux avoir de la vigilance^{91(*)}.

CONCLUSION

L'historien du droit doit faire la même chose que le juge s'il veut comprendre le sens de la loi, c'est-à-dire qu'il doit accomplir l'effort d'application. L'application qui unifie herméneutique historique et herméneutique juridique s'opère à deux niveaux.

Le premier niveau postule que si l'historien du droit veut comprendre le sens de la loi, il doit aussi en comprendre l'application. Car une loi n'a de sens qu'en fonction de son adaptation à un contexte particulier. L'historien en reconnaissant le contexte doit comprendre en quoi la loi pouvait s'y appliquer.

Le deuxième niveau est que l'historien du droit ne peut pas comprendre le contexte originel d'application en faisant abstraction de ses attentes juridiques et de son sens du droit.

Entre l'herméneutique historique et l'herméneutique juridique, il y a similitudes et différences. L'application de la loi par le juge a des conséquences immédiates : il institue le droit. L'application historique est plus contemplative. Mais la compréhension juridique (que Gadamer associe dans cette partie à celle théologique) et celle historique se trouvent partagées entre deux caps, celui de la loi du passé et celui du cas présent. Or cette bipolarité vaut pour toute compréhension et c'est aussi en ce sens que l'herméneutique juridique jouit d'un rôle exemplaire.

L'herméneutique juridique rappelle que l'ignorance de la situation herméneutique de l'interprète peut représenter un manquement à la vérité. Comme l'affirme Gadamer, le cas de l'herméneutique juridique n'est pas en réalité un cas à part ; mais il est propre, au contraire, à restituer à l'herméneutique historique son extension intégrale et à rétablir ainsi l'unité ancienne du problème herméneutique, dans laquelle le juriste et le théologien rencontrent le philologue^{92(*)}.

En toute compréhension dans les sciences humaines, il appert qu'il y a un risque. On a beau prendre toutes les précautions, une vigilance est nécessaire et les méthodes en sciences humaines nous éveillent à cette vigilance, on ne peut pas être totalement à l'abri de la mauvaise fusion des horizons entre soi-même et son objet dans les sciences. Dans le langage, les sciences humaines ouvrent des horizons pour l'homme mais en même temps dévoilent sa finitude, car le même langage limite l'horizon du chercheur.

CHAPITRE TROISIEME : CRITIQUES DE L'HERMENEUTIQUE GADAMERIENNE

INTRODUCTION

D'après une analyse de l'herméneutique du juriste italien Emilio Betti, Grondin estime que Emilio Betti est vraiment aux antipodes de l'herméneutique de Gadamer^{93(*)}. E. Betti avait parlé de la fonction normative d'application qui s'exerce dans le verdict du juge, mais il y voyait un effort supplémentaire qui venait s'ajouter à la tâche herméneutique originelle de la compréhension : le juge qui doit appliquer une loi concrète doit en avoir déjà le sens originel. C'est le modèle philologique qui reste déterminant pour lui.

L'herméneutique de Gadamer est l'inversion des perspectives d'Emilio Betti. Celle-ci soutient que c'est l'application qui représente la véritable et première compréhension digne de ce nom. Pour le montrer, Gadamer recourt à la situation de l'historien du droit qui cherche seulement à comprendre le sens original d'une loi, exemple qu'avait aussi utilisé E. Betti pour en distinguer le travail supplémentaire d'application accompli par le juge, qui, lui, institue le droit.

III. 1. LA CRITIQUE D'EMILIO BETTI

Emilio Betti critiquait déjà dans l'interprétation de Heidegger, l'abandon du projet méthodologique de Dilthey par les herméneutes ultérieurs des sciences humaines. Il critiquait également l'ontologisation de la précompréhension et la place prépondérante accordée à l'« être-dans-le-monde » pratique. Aux yeux d'Emilio Betti, cette doctrine équivalait à une destruction de l'objectivité et de la scientificité des sciences humaines.^{94(*)}

« L'herméneutique comme méthodologie des sciences humaines »^{95(*)} poursuit avec l'herméneutique de Gadamer le débat contre la perversion relativiste et subjectiviste de l'herméneutique de Heidegger, Bultmann et leurs adeptes^{96(*)}.

Bien qu'elle se présente comme théorie autonome et combien systématique, l'herméneutique de Betti comporte une dimension nettement réactionnaire, non pas dans un sens idéologique, mais au sens où elle se veut la réaction au détournement de sens dont aurait souffert la théorie herméneutique sous l'influence de Heidegger et sans doute aussi du dernier Dilthey (Ce que Betti dira moins, car il préfère se montrer solidaire du propos méthodologique de Dilthey et du romantisme en général). Tout dans l'herméneutique Heideggérienne le repoussait^{97(*)}.

E. Betti a par conséquent rattaché l'herméneutique à ses origines méthodologiques, mobilisant dans des notes érudites toutes les lumières de l'herméneutique comme science rigoureuse déployée de Schleiermacher à Dilthey, se réclamant de tous les penseurs de la tradition allemande, Kant, Hegel, Humboldt, Nicolai Hartmann, Droysen, Husserl et même Nietzsche. Le succès de l'herméneutique gadamérienne l'éclipsera^{98(*)}.

Dans l'herméneutique que prône Betti, la condition de possibilité de la compréhension est l'universelle communauté des esprits humains qui sont capables de se comprendre grâce à des formes porteuses de sens. Le monde culturel des objectivations spirituelles, ayant été produit par l'esprit humain, peut de ce fait être reproduit par tout esprit. Betti développe une structure triadique du comprendre : sujet, forme représentative, objet. Le comprendre ne devient qu'un aspect du problème de la connaissance, rivié à la dichotomie sujet-objet. Le sujet n'accède à l'objet que par l'intermédiaire des « formes représentatives ». Ce que vise la compréhension, ce n'est pas une « volonté » comme telle, mais une forme représentative d'un esprit, lequel n'est pas uniquement ou en soi « psychologique ». E. Betti fait appel à son expérience de juriste afin d'illustrer sa pensée^{99(*)}

En effet, celui qui cherche à comprendre une loi ou un texte constitutionnel ne cherche pas à pénétrer l'esprit de son fondateur, mais l'esprit de la loi elle-même, l'entité idéale représentant l'ordre juridique qui a trouvé son expression dans telle ou telle loi. Betti insiste sur l'aspect proprement épistémologique de la compréhension dont l'objectivité doit être assurée par une herméneutique générale^{100(*)}.

La problématique d'Emilio Betti, même si elle ne touchait pas de manière claire l'herméneutique de Gadamer s'étant attaqué à Heidegger, Gadamer l'a perçue comme critique le visant aussi. Dans la section de *Vérité et Méthode* qui traite de « la signification exemplaire de l'herméneutique juridique »^{101(*)} Gadamer, tout en se rattachant aux travaux de Betti^{102(*)}, se défend par rapport à celui-ci.

Ainsi, tout en examinant l'attitude que prennent en face d'un même texte législatif donné et en vigueur l'*historien du droit* et le *Juriste*, Gadamer se réfère aux travaux d'Emilio Betti et y rattache ses réflexions. Mais son problème est de savoir si « la différence entre l'intérêt dogmatique et l'intérêt historique est sans équivoque »^{103(*)}. En opposition à Emilio Betti, il estime qu'il est insuffisant de ne voir dans la tâche de l'historien du droit qu'une « reconstruction du sens premier contenu dans l'énoncé de la loi » et de dire en revanche du juriste qu'il lui faut mettre ce sens en accord avec les conditions actuelles de la vie.

En effet, une telle délimitation signifie que la compétence du juriste est la plus ample et englobe aussi la tâche de l'historien du droit. Quiconque veut effectuer l'adaptation juste du sens d'une loi doit d'abord connaître son contenu de sens premier. Il doit donc lui-même penser en historien du droit. Sous une réserve toutefois : la compréhension historique n'est ici pour lui qu'un moyen en vue d'une fin. Mais, inversement, la tâche dogmatique du juriste ne concerne pas l'historien en tant que tel. En tant qu'historien, il aborde l'objectivité historique, pour la saisir selon son importance en histoire, alors que le juriste procède, en outre, à l'adaptation du sens ainsi déterminé aux conditions présentes du droit. Telle est à peu près la position de Betti. Mais, le problème est de savoir si l'attitude de l'historien est alors vue et caractérisée de manière assez large. Comment s'introduit dans notre exemple la dimension historique ? En effet, vis-à-vis d'une loi en vigueur, la tendance naturelle est bien de penser que son sens juridique est univoque et que la pratique juridique du présent se conforme tout simplement au sens premier. S'il en était toujours ainsi, la question que pose le sens d'une loi, en droit et en histoire, serait une seule et même question. Pour le juriste lui-même, la tâche herméneutique se bornerait à constater le sens premier de la loi et à l'appliquer comme étant le sens juste^{104(*)}.

Voici ce qui ressort de cette citation de *Vérité et Méthode* : il existe une tension existant entre le sens juridique premier et le sens juridique présent, cela Emilio Betti l'a perçue. Pour

parvenir au contenu normatif d'une loi qui a traversé le temps, il faut le déterminer au vu du cas concret auquel il doit être appliqué. Le point de divergence entre Gadamer et Betti est que Gadamer soutient que la situation herméneutique semble être la même pour l'historien et pour le juriste en ce que, confrontés à n'importe quel texte, ils vivent dans une attente du sens immédiat. « Il ne peut y avoir d'accès direct à l'objet historique, qui permette d'établir objectivement son importance propre. L'historien doit effectuer la même réflexion que celle qui guide le juriste »^{105(*)}.

Le contenu effectif de ce qui est compris d'une manière ou d'une autre est le même. La connaissance historique ne peut s'effectuer que si, en chaque cas, elle voit le passé en continuité avec le présent. C'est exactement, estime Gadamer, ce que fait le juriste dans la tâche pratique et normative si, ce qu'il veut, c'est « assurer la survivance du droit en tant que *continuum* et maintenir la tradition de la pensée juridique »^{106(*)}. Ainsi, l'herméneutique juridique rappelle la manière dont procèdent les sciences de l'esprit pour se saisir elles-mêmes en vérité.

De quatre canons de l'interprétation selon Emilio Betti : l'autonomie de l'objet ou de l'immanence du critère herméneutique, la totalité ou la cohérence de l'appréciation herméneutique, l'actualité de l'interprétation^{107(*)} ainsi que l'adéquation de la compréhension ou de la correspondance et de la cogénialité herméneutique^{108(*)} ; le dénominateur commun qui se dégage est que toute interprétation est d'ordre cognitif et tout processus d'interprétation aura pour vocation de résoudre le problème strictement épistémologique de la compréhension.

C'est justement le point de controverse entre Gadamer et E. Betti. Même si E. Betti se rattache à Schleiermacher en déclarant situer son analyse sur le sol épistémologique de la subjectivité transcendantale, en distinguant connaissance herméneutique scientifique et connaissance herméneutique ordinaire. Gadamer aussi se réclame de la suite de Schleiermacher dont il apprécie l'intuition dans la fondation d'une herméneutique universelle, mais prend une perspective phénoménologique. Il estime à ce titre que la faille qui sépare la fonction cognitive de la fonction normative passe au cœur même de l'herméneutique théologique et il est difficile de la combler en distinguant la connaissance scientifique de l'application édifiante ultérieure^{109(*)}.

De toute évidence, la même faille traverse aussi l'interprétation juridique, dans la mesure où le discernement du sens d'un texte juridique et son application à un cas concret sont, non pas deux actes séparés, mais un processus unitaire^{110(*)}.

Alors qu'Emilio Betti opère une distinction méthodologique entre les interprétations cognitive, normative et reproductive, Gadamer estime que la distinction qui veut s'imposer entre les interprétations cognitive, normative et reproductive n'a aucune validité fondamentale. Ces trois interprétations ne font que transcrire un phénomène unitaire dans l'application. Distinguer une fonction normative et une fonction cognitive ou encore reproductive serait démembrer ce qui, de toute évidence n'est qu'un. Le sens de la loi qui se montre dans son application normative, ne diffère pas en son principe du sens de la « chose », qui se fait valoir dans la compréhension du texte^{111(*)}.

Si d'une part on peut opposer l'approche de Gadamer à celle de E. Betti, d'autre part, il faut admettre avec J. Grondin qu'il y a une symétrie savoureuse dans le privilège que Gadamer reconnaît au droit et celui que Betti reconnaît à la philologie. En effet, Gadamer jouit d'une

formation de philologue et Betti d'une formation de juriste. Tous deux ont développé assez tard leurs carrières (Betti avait soixante cinq ans, Gadamer en avait soixante) une théorie générale de l'interprétation afin d'éclairer les principes de leurs pratiques herméneutiques. Chacun a puisé son modèle herméneutique de la discipline de l'autre, pour Gadamer l'application et pour Betti la contemplation d'un sens objectivé dans les formes sensibles.

Tandis que Betti exalte la compréhension théorique réalisée en philologie, Gadamer tire son inspiration de l'application pratiquée par les juristes. C'est un bel exemple de l'ouverture à l'autre qui doit distinguer toute réflexion herméneutique^{112(*)}. L'herméneutique juridique, théologique, philologique et historique présente, non une forme de domination qui s'observe dans l'usage qu'on fait de la méthode dans les sciences de la nature, mais plutôt un exemple de service pour l'homme.

III. 2. LA CRITIQUE DE PASCAL MICHON

La critique de Pascal Michon^{113(*)}, comme pour celle d'Emilio Betti, part de la critique de Heidegger pour déboucher sur Gadamer. Pascal Michon estime que lorsque Heidegger, Gadamer et tous ceux qui s'inspirent d'eux soutiennent que les hommes ne peuvent se prévaloir d'aucune rationalité autonome dans leurs connaissances du passé et du présent, ni d'aucune possibilité de subjectivation, qu'ils ne savent ni ne font jamais l'histoire, et qu'il ne nous reste que la médiation ouverte à la venue de l'être sur le modèle du jeu et de l'expérience artistique, ils n'abandonnent pas la notion de vérité. Ils ne font que démarquer l'affirmation néo-herméneutique centrale selon laquelle seule la langue est sujet, seule la langue est raison^{114(*)}.

Une telle affirmation est-elle correcte ? Ce qui préoccupe davantage Heidegger et Gadamer est-ce la langue comme sujet ? Une lecture attentive de leur pensée nous montre que ce qui les préoccupe c'est la problématique du comprendre. Pour Heidegger, c'est la question de l'être posée phénoménologiquement à partir du *Dasein* et pour Gadamer, si nous nous référons à la troisième partie de *Vérité et Méthode*, c'est le problème du caractère langagier du comprendre qui le préoccupe.

Trois propositions dirigées directement contre Heidegger et une contre Gadamer étayent la critique de P. Michon.

Tout d'abord, le succès de Heidegger réside dans son ontologie qui sert de paradigme des pensées de l'historicité qui sont à la base de l'anti-anthropologie contemporaine, de la même manière que l'ontologie hégélienne avait constitué celui des pensées historicistes depuis le siècle précédent.

Ensuite, le paradigme heideggerien poursuit sous d'autres formes l'ambition totalisante du paradigme hégélien (seconde proposition). La continuité historique est avérée. Chez Heidegger comme chez Hegel, la radicalité de la pensée impressionne et facilite sa diffusion : tout semble prévu, pensé d'avance, même ce qui échappe à la prévision. Sous l'apparence polémique, il n'y a que continuité. L'idée d'ignorance absolue remplace celle de l'histoire absolue.

Enfin, Michon estime que Heidegger par son ontologie joue contre la théorie du langage

(troisième proposition)^{115(*)}.

De Heidegger, l'offensive de Michon se tourne vers Gadamer. La doctrine de l'historicité essentielle qui caractérise aussi bien la pensée de Heidegger que celle de son disciple Gadamer ne s'appuierait en réalité que sur une réduction du langage à la langue^{116(*)}. Avec l'ontologie de la facticité, s'approfondit, de manière brutale, le grand refoulement de la question du langage au profit de celle de la langue, *alter ego* de l'être^{117(*)}.

Pour Pascal Michon, *Vérité et Méthode* se situe dans la continuité directe de la pensée Heideggérienne^{118(*)} et mérite donc de recevoir les critiques portées contre l'ontologie de Heidegger. L'oeuvre de Gadamer ne fournirait ainsi qu'un accès à un ensemble culturel qui la dépasse de fort loin. *Vérité et Méthode* peut-être pris comme un exemple significatif du courant anti-anthropologique dominant notre époque. Elle en dévoile le fonctionnement général^{119(*)}.

Le refus de la maîtrise de la tradition des sciences de l'esprit (sciences humaines) ne serait en définitive qu'une stratégie de domination. Gadamer, en face de la dissolution du système hégélien, consacre des longues discussions à Humboldt et Schleiermacher, Savigny, Ranke et Droysen, Husserl, mais ce qu'on peut lui reprocher, c'est d'avoir refoulé, voire de travestir par son silence la tradition anti-hégélienne inaugurée par Schopenhauer et Nietzsche et dont la pensée est exclue de *Vérité et Méthode*. Il ne parle que timidement de Marx, ne dit rien sur Auguste Comte, Durkheim, Max Weber ou Freud.

Le silence de Gadamer montre la véritable nature de la stratégie herméneutique, celle-ci ne mène pas, comme elle le prétend, une discussion de la question de l'historicité « avec » la tradition, mais prend une position stratégique et offensive dans la lutte pour l'objectivité entre les sciences.

L'oeuvre de Gadamer est exemplaire, à cet égard, de la stratégie de domination qui se cache derrière les proclamations de plus en plus nombreuses qui font de la philosophie une ascèse orientée - au nom de la différence ontologique et du primat de la langue - contre toute méthode et toute critique rationnelle identifiées à un esprit de domination^{120(*)}.

A ces critiques, une lecture attentive de Gadamer montre qu'il n'est pas contre la méthode, il estime même que la méthode est essentielle pour la compréhension dans les sciences humaines, mais le concept de méthode est inadéquat pour décider de la légitimité des sciences humaines^{121(*)}.

Les sciences humaines avec lesquels je romps une lance en leur offrant une justification théorique plus adéquate, appartiennent elles-mêmes davantage au patrimoine philosophique. Elles se distinguent des sciences de la nature non seulement par leurs procédures, mais aussi par leur relation préalable aux objets (*Sachen*), c'est-à-dire par la participation à la tradition (*Überlieferung*) qu'elles expriment de façon toujours nouvelle pour nous. Pour cette raison, j'ai proposé de compléter l'idéal de la connaissance objective qui domine nos concepts de savoir, science et vérité par l'idéal de participation^{122(*)}.

En tant qu'instrument, les méthodes sont toujours bonnes. Seulement, on doit s'entendre sur les situations où ces instruments peuvent être utilisés avec profit. Ce qui caractérise le scientifique productif oeuvrant dans le domaine des sciences humaines, ce n'est pas

uniquement la maîtrise de la méthode, mais plutôt l'imagination herméneutique^{123(*)}.

Michon critique aussi les philosophes (herméneutes) qui s'inspirent de la tradition herméneutique heideggérienne et gadamérienne en ces termes : Les philosophies battues par les sciences de la nature, n'affirment plus un savoir absolu du réel, mais la commune ignorance absolue entre toutes les sciences. Sur le plan des énoncés, la philosophie de l'être de Heidegger et de Gadamer semble inattaquable. Elle est close sur elle-même, comme la maison qui l'abrite, et dissout par avance toute critique qui lui serait opposée. Mais si on scrute les énoncés, en particulier quand ceux-ci sont confrontés aux questions du langage, de l'art et du sujet, il y a des failles^{124(*)}. Mais quelles sont ces failles ? Pascal Michon ne le dit pas clairement^{125(*)}.

Tout en reconnaissant la valeur et le rôle de la langue dans l'herméneutique gadamérienne, Michon estime que Gadamer n'a pas perçu (de suite de sa confusion ou de son réductionnisme du langage à la langue) combien son ontologie qui affirme l'unité de la langue et de la tradition reste prise dans le modèle de la dialectique platonicienne qui se déploie dans la métaphysique occidentale^{126(*)}. La langue n'existe pas en soi, elle n'est qu'une réduction sémiotique du langage, une façon de le figer et de le déshistorialiser. Elle est un sous-produit du dualisme du signe qui oppose le discours et la langue, au seul profit de cette dernière, et empêche paradoxalement la connaissance des langues aussi bien que celle du langage^{127(*)}.

Une critique de la conception de la langue chez Gadamer ne nous semble pas juste car la langue en soit n'est pas la problématique de ses recherches, elle est l'élément qui, de manière phénoménologique vient expliciter la question du comprendre dans les sciences de l'esprit. C'est pourquoi les linguistes ne l'intéressent pas de manière prioritaire et on peut ainsi comprendre le silence sur Saussure et tant d'autres auteurs qui ont inspiré les sciences humaines.

Les critiques de Michon, si elles nous éveillent à la vigilance contre l'inflation de l'herméneutique dans les sciences humaines, semblent assises sur une lecture qui ne rend pas toujours justice à la pensée de Gadamer telle qu'elle se déploie dans *Vérité et Méthode* ainsi que dans l'entretien avec Carsten Dutt qui en clarifie plusieurs aspects.

CONCLUSION

Nous avons montré dans la première section que la réflexion d'Emilio Betti est aux antipodes de l'herméneutique de Gadamer. Dans la mesure où Betti sépare la fonction normative d'application qui s'exerce dans le verdict du juge de la fonction cognitive et de celle reproductive, en voyant dans la première un effort supplémentaire qui venait s'ajouter à la tâche herméneutique originelle de la compréhension. C'est le modèle philologique qui reste déterminant pour lui.

Gadamer estime que la distinction entre les interprétations cognitive, normative et reproductive n'a aucune validité fondamentale, mais ne fait que transcrire un phénomène unitaire. Distinguer une fonction normative et une fonction cognitive ou encore reproductive serait démembrer ce qui, de toute évidence, ne fait qu'un. Le sens de la loi qui se montre dans son application normative, ne diffère pas en son principe du sens de la « chose », qui se fait

valoir dans la compréhension du texte, ou de toute autre expression de la tradition.

Dans la deuxième section, nous avons développé quelques critiques de Pascal Michon. Celles-ci portent essentiellement sur le langage qui aurait été mal compris par Heidegger et Gadamer. Ces deux auteurs ainsi que leurs commentateurs ont réduit le langage à la langue. Tout en se réclamant de la tradition, Gadamer principalement n'a pas rendu justice à certains auteurs, notamment ceux des sciences humaines (Schopenhauer, Nietzsche, Saussure, Durkheim, Freud, Marx ...).

Nous avons également relevé la confusion courante qui se glisse chez les critiques de Gadamer et dans laquelle tombe Pascal Michon, à savoir opposer vérité à méthode dans l'herméneutique universelle d'application développée par Gadamer. Celui-ci estime que les méthodes sont importantes mais il faut les remettre à leur place quand il s'agit de l'interprétation dans les sciences humaines.

CONCLUSION GENERALE

Nous voici au terme de notre lecture philosophique sur le problème de l'application dans *Vérité et Méthode* de Gadamer.

En trois chapitres, nous avons essayé de comprendre la signification exemplaire de l'herméneutique juridique et son extension à la compréhension dans les sciences humaines

Dans le premier chapitre, en partant de l'idée du bien chez Platon, nous avons relevé que ce qui fascine Gadamer dans la sagesse éthique d'Aristote, c'est le fait qu'Aristote montre que le savoir moral échappe à l'objectivation. Se refusant à l'objectivation, le savoir pratique ne peut être appris comme on apprend à appliquer le savoir de l'artisan. Dans le savoir moral, il ne s'agit pas de se mettre soi-même entre parenthèse si l'on veut comprendre ce qui est juste. C'est justement le modèle de savoir moral qui pousse Gadamer à l'étendre à une interprétation du droit naturel chez Aristote et l'interpréter afin de l'appliquer à la problématique herméneutique du comprendre dans *Vérité et Méthode*.

Dans le second chapitre, dans une première section, nous avons essayé d'étayer la thèse de la signification exemplaire de l'herméneutique juridique en confrontant l'herméneutique juridique à celle historique dans la manière dont le juriste et l'historien du droit interprètent une loi en vigueur. De cette confrontation, nous sommes arrivés à une conclusion selon laquelle le juriste et l'historien du droit en interprétant une même loi en vigueur n'ont pas la même perspective même s'ils nécessitent la même obligation de s'appliquer le sens compris dans la tradition juridique et historique. Nous avons montré par le fait même que l'application de la loi par le juge a des conséquences immédiates : il institue le droit. L'application historique n'institue pas le droit.

Néanmoins, et c'est ici que la thèse de l'unité de l'herméneutique juridique et historique commence à s'éclairer, la compréhension juridique et celle historique sont partagées entre deux caps, celui de la loi du passé et celui du cas présent. Cette bipolarité vaut pour toute compréhension et c'est aussi en ce sens que l'herméneutique juridique jouit d'une première signification exemplaire.

Une deuxième signification exemplaire de l'herméneutique juridique se rattache au fait qu'à

la lumière de l'herméneutique juridique on peut réviser les faux modèles d'objectivité qui ignorent la situation herméneutique de l'interprète. Le cas de l'herméneutique juridique n'est pas en réalité un cas à part ; mais il est propre, au contraire, à restituer à l'herméneutique historique son extension intégrale et à rétablir ainsi l'unité ancienne du problème herméneutique, dans laquelle le juriste et le théologien rencontrent le philologue.

La seconde section visait à clarifier en quoi, l'herméneutique juridique à une signification exemplaire pour l'unité des sciences humaines dans l'application. Nous avons relevé le rôle central joué par la langue / le langage humain. Celle-ci/ celui-ci permet que dans tout comprendre dans les sciences humaines, il y ait la compréhension de soi de celui qui comprend. La réflexion sur les sciences humaines a pour tâche de mettre en lumière la réalité de l'histoire au sein de la compréhension. C'est ce que Gadamer nomme le « principe de l'histoire de l'action ».

A ce titre, le concept de méthode est inadéquat pour décider de la légitimité des sciences humaines. L'idéal de la connaissance objective dans les sciences humaines devrait davantage se compléter par l'idéal de participation dans la mesure où une élucidation complète de nos propres motivations dans les recherches en sciences humaines laisse un excédent des questions et des réponses. Dans les sciences humaines, on ne retrouve pas l'idéal de maîtrise du monde qui caractérise les sciences de la nature. Les sciences humaines se rencontrent dans leur forme de participation à la tradition. Elles introduisent dans la vie du scientifique et de sa communauté un savoir - produit par l'imagination herméneutique par delà les méthodes - qui n'est pas dominateur mais qui est important comme savoir de la culture.

Le chapitre troisième s'est penché sur deux auteurs qui développent des réflexions qui se placent aux antipodes de la thèse de Gadamer et le critique, lui et son maître Heidegger.

Le premier, Emilio Betti, part du modèle cognitif de l'interprétation philologique. Au lieu de partir du même modèle de l'interprétation philologique et historique visant une compréhension d'un sens objectivé, Gadamer se réclame du modèle pratique des herméneutiques juridique et théologique afin de repenser à nouveaux frais l'interprétation philologique et historique, et partant, ce que sont les sciences de l'esprit.

La distinction entre les interprétations cognitive, normative et reproductive n'a aucune validité fondamentale pour Gadamer, mais ne fait que transcrire un phénomène unitaire. Distinguer une fonction normative et une fonction cognitive ou encore reproductive serait démembrer ce qui, de toute évidence, n'est qu'un. De même, application, explication, compréhension doivent être saisies dans un processus unitaire.

Des critiques de Pascal Michon, nous avons relevé qu'elles tiennent essentiellement sur le langage qui aurait été mal compris par Heidegger et Gadamer. Ceux-ci ont réduit le langage à la langue. Tout en se réclamant de la tradition, Gadamer principalement n'a pas rendu justice aux auteurs tels (Schopenhauer, Nietzsche, Saussure, Durkheim, Freud, Marx, etc.). Et plus particulièrement aux linguistes dont Saussure vient en tête pour sa révolution par le structuralisme en linguistique.

Nous avons également relevé la confusion courante qui se glisse chez les critiques de Gadamer et dans laquelle tombe Pascal Michon, à savoir opposer vérité à méthode, alors que Gadamer estime que les méthodes sont nécessaires mais il faut les remettre à leur place

quand il s'agit de l'interprétation dans les sciences humaines.

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES DE HANS-GEORG GADAMER

- GADAMER, H.-G., *Le problème de la conscience historique*, Université de Louvain, Louvain, 1963.
- *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1996.

A. OUVRAGES DES AUTRES AUTEURS

- CHRETIEN-VERNICOS, G., *Introduction historique au droit*, Université Paris 8, 2001-2002.
- DESTRYCKER, E., *Précis de la philosophie antique*, Inst. Sup. de philosophie, Louvain, 1956.
- DUTT, C., *Herméneutique. Esthétique. Philosophie pratique. Dialogue avec Hans Georg Gadamer*, Québec, Fides, 1998
- FRUCHON, P., *L'herméneutique de Gadamer : platonisme et modernité*, Paris, cerf, 1994.
- GRONDIN, J., *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, Paris, Cerf, 1999.
- MICHON, P., *Poétique d'une anti-anthropologie. L'herméneutique de Gadamer*. Paris, J. Vrin, 2000.
- R. D. CONGO, *Les Codes Larcier : tome II, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2003.
- RICOEUR, P., *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000.
- PLATON, *La République* (traduction et notes par R. Baccou, Flammarion, 1966.
- TROPER, M., *La philosophie du droit*, (Collection QSJ), Paris, PUF, 2003, p. 98-126.

B. ARTICLES

- CAMBIANO, G., « Remarques sur Platon et la *technè* », in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, n°4 (1991) pp., 407-441.
- GRONDIN, J., « La fusion des horizons. La version gadamérienne de l'*aedequatio rei et intellectus* ? », in *Archives de philosophie*, 68 (2005), pp. 401-418.
- « L'herméneutique comme science rigoureuse selon Emilio Betti (1890-1968) », in

Archives de philosophie, 53 (1990), pp. 177-199.

- D. Kennedy, « The Turn to Interpretation », *Southern California Law Review*, (1985), pp. 251-275.

TABLE DES MATIERES

EPIGRAPHE 1

REMERCIEMENTS 2

INTRODUCTION GENERALE 3

CHAPITRE PREMIER : L'EXPLICITATION DE L'APPLICATION DANS L'ÉTHIQUE D'ARISTOTE. 6

INTRODUCTION 6

I.1. ETHIQUE ET UTOPIE LÉGISLATIVE DANS LA RÉPUBLIQUE DE PLATON 7

I.2. ARISTOTE : CRITIQUE ET INTERPRÈTE DE PLATON 9

I. 3. DROIT NATUREL ET ACTUALITÉ HERMÉNEUTIQUE D'ARISTOTE. 13

CONCLUSION 16

CHAPITRE DEUXIEME : L'APPLICATION EN DROIT ET SON EXTENSION A LA COMPREHENSION DANS LES SCIENCES HUMAINES 18

INTRODUCTION 18

II. 1. L'INTERPRETATION DE LA LOI PAR LE JUGE ET L'HISTORIEN DU DROIT 19

II.1.1. L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PAR LE JUGE. 19

II.1.2. L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PAR L'HISTORIEN DU DROIT. 23

II.2. L'UNICITE DES DISCIPLINES HERMENEUTIQUES DANS L'EXPERIENCE D'APPLICATION 27

II. 2. 1. UNITÉ DE L'HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE ET DE L'HERMÉNEUTIQUE HISTORIQUE DANS L'APPLICATION. 27

II. 2.2. L'UNITÉ DES SCIENCES HUMAINES À PARTIR DE L'EXPÉRIENCE D'APPLICATION 30

CONCLUSION 35

CHAPITRE TROISIEME : CRITIQUES DE L'HERMENEUTIQUE GADAMERIENNE 37

INTRODUCTION 37

III. 1. LA CRITIQUE D'EMILIO BETTI 37

III. 2. LA CRITIQUE DE PASCAL MICHON 42

CONCLUSION 46

CONCLUSION GENERALE 48

BIBLIOGRAPHIE 51

A. OUVRAGES DE HANS-GEORG GADAMER 51

A. OUVRAGES DES AUTRES AUTEURS 51

B. ARTICLES 51

TABLE DES MATIERES 52

* ¹ Gadamer est considéré comme le fondateur de l'herméneutique contemporaine. Né à Marburg le 11 février 1900, fils d'un chimiste éminent, il a côtoyé au cours de sa vie l'éminent philosophe Martin Heidegger (1889-1976) qui exercera une influence déterminante sur sa pensée et fut son directeur de thèse en 1928 sur « l'Éthique dialectique de Platon ». Son oeuvre majeure, "*Vérité et méthode - Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*", a été publiée en 1960 et traduite en plusieurs langues. Il y expose le concept central de sa philosophie, la compréhension, attitude fondamentale à avoir envers la tradition.

* ² Une lecture attentive montre que Gadamer s'est abondamment référé dans différentes parties de *Vérité et Méthode* à la tradition philosophique grecque et à Aristote de manière particulière. Dans la première partie, concernant l'art, il décrit justement ce qui se passe dans l'art à partir de l'expérience du tragique dont parle Aristote pour expliciter la structure de l'être esthétique en général. H.-G. Gadamer, *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1996, p. 146.

* ³ Dans *La République*, vaste ouvrage en dix livres, Platon recherche l'essence de la justice tant dans l'individu que dans la société. La justice est la vertu grâce à laquelle chaque partie ou membre d'un ensemble complexe qu'est la société remplit sa fonction propre et collabore à l'établissement d'un ordre harmonieux. L'Etat qui est décrit dans la *République* est idéal. Il comprend trois classes ou rangs sociaux dont 1) les gardiens proprement dits ou philosophes. Ceux-ci sont l'incarnation du savoir. Ils sont préparés par une longue formation mathématique et dialectique qui les conduit à la contemplation de la forme du Bien. 2) les gardiens auxiliaires ou soldats, ceux-ci garantissent la sécurité de la République à l'extérieur et à l'intérieur. 3) les agriculteurs et les artisans qui veillent par le travail à l'entretien de tous.

* ⁴ Platon, *La République*, Traduction et notes par R. Baccou, Paris, Flammarion, 1966, VI,

505 c.

*⁵ Socrate s'adressant à Glaucon : « Mais quoi ! N'as-tu pas remarqué à quel point les opinions qui ne reposent pas sur la science sont misérables ? Les meilleures d'entre elles sont aveugles » (*République*, VI, 506c)

*⁶ Certes, ces disciplines prétendent pouvoir résoudre les problèmes sociaux ; mais elles s'appuient sur les opinions de la masse, et non sur la vérité objective. La personne ne se contente pas de passer pour heureuse mais veut l'être effectivement. Tant que l'homme reste sur le terrain des critères subjectifs, la meilleure norme est celle du philosophe-roi (*République*, IX, 581b-583a). Le philosophe est l'homme qui comme Socrate, ne se laisse jamais conduire par la passion, l'instinct, la vanité ou d'autres motifs purement égoïstes, mais il tente de confronter ses actes à des normes objectives valables pour tous. Il use des qualités requises pour bien juger à savoir l'expérience, la sagesse et le raisonnement.

*⁷ Ces formes sont pour Platon des réalités suprêmes. Dans l'ordre subjectif, « la santé de l'âme » a plus de valeur que celle du corps et il en est de même de leurs plaisirs respectifs. Savoir et plaisir sont en compétition mais ont, en même temps, leur place dans la vie parfaite à condition que le savoir dirige et que le plaisir suive. La vertu est la disposition d'où émane l'action bonne ; elle conduit à la vie bonne et au bonheur. Elle est essentiellement un savoir qui perçoit la transcendance du Bien.

*⁸ « Comprendre un texte, c'est au contraire être prêt à se laisser dire quelque chose par ce texte. Une conscience formée à l'herméneutique doit donc être ouverte d'emblée à l'altérité du texte (...) Il s'agit de se rendre compte que l'on est prévenu, afin que le texte lui-même se présente en son altérité et acquière ainsi la possibilité d'opposer sa vérité, qui est de fond, à la pré-opinion du lecteur » H.-G. Gadamer, *Idem*. p. 290.

*⁹ *Ibidem*, p. 385.

*¹⁰ *République*, VII, 518 c -519c.

*¹¹ Emile Destrycker S.J., *Précis de la philosophie antique*, Inst. Sup. de philosophie, Louvain, 1956, p., 116.

*¹² Carsten Dutt, *Herméneutique. Esthétique. Philosophie pratique. Dialogue avec Hans Georg Gadamer*, Québec, Fides, 1998. p. 24.

*¹³ Nous nous référons à l'analyse de Giuseppe Cambiano, « Remarques sur Platon et la technè », in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, n°4, 1991, pp., 407-441.

*¹⁴ *Ethique à Nicomaque*, (Livre A, IV, 5-6)

*¹⁵ Gadamer, *Idem*, p. 335. Il sied de préciser que Gadamer à en vue la critique de l'idéalisme et des *Lumières* en commentant Aristote.

*¹⁶ Nous suivons l'analyse faite par Pierre Fruchon, *L'herméneutique de Gadamer : platonisme et modernité*, Paris, Cerf, 1994, pp. 341-359.

* ¹⁷ Gadamer, *Idem*, p. 339.

* ¹⁸ H-G., Gadamer, *Idem*, p. 11.

* ¹⁹ Fruchon, *op. cit.*, p. 349.

* ²⁰ « L'actualité du phénomène herméneutique consiste, à mes yeux, en ce que seul l'approfondissement du phénomène de la compréhension peut fournir une telle légitimation. Cette conviction reçoit une confirmation non négligeable quand on considère le poids que possède l'histoire de la philosophie dans l'activité philosophique contemporaine (...) Une des expériences les plus élémentaires de la réflexion philosophique est que les classiques de la philosophie font valoir d'eux-mêmes une prétention à la vérité que la conscience contemporaine ne saurait ni récuser, ni dépasser ». *Idem*, p.12.

* ²¹ *Idem*, p. 349.

* ²² H-G., Gadamer, *Vérité et Méthode.*, p. 340.

* ²³ *Ibidem.*

* ²⁴ *Ibidem.*

* ²⁵ En ce qui concerne le droit naturel, pour les uns, il serait celui qui est voulu par Dieu et s'imposant aux hommes, il trouve son expression dans des dogmes éternellement vrais qui sont à la base de la civilisation chrétienne : respect dû à la parole donnée, force obligatoire des contrats, réparation des dommages injustement causés à autrui, intangibilité du droit de la famille, du droit de propriété etc.

Pour les autres tenant de ce courant (XVII^e siècle École du droit de la nature et des gens), la notion de droit naturel est infléchie dans une direction individualiste. On part de la nature de l'Homme (toujours et partout le même) pour en déduire qu'il a des droits fondamentaux qui lui appartiennent en tant qu'homme et qui doivent être reconnus par le droit positif. Cette école a beaucoup influencé les révolutionnaires et les rédacteurs du droit de la famille, ceux-ci ont fait entrer dans le droit naturel des institutions entières, telles que l'obligation alimentaire, le mariage, la puissance paternelle.

* ²⁶ Platon montre qu'il y a un écart entre la constitution idéale et les constitutions concrètes.

* ²⁷ H.-G., Gadamer, *Idem.*, pp. 340-341.

* ²⁸ Le baron Pufendorf samuel (1632-1694) est l'un des maîtres de cette école, il se situe dans la voie ouverte par Grotius. Il a publié en 1660 à la Haye des *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II*. Dont l'accueil fut enthousiaste. Il fut nommé professeur de droit naturel à L'université de Heidelberg, puis à l'Université de Lund en Suède où il publie le *Jus naturae et gentium octo libri* (1672). Innovant par rapport à ses prédécesseurs, dont le plus illustre est [Grotius](#), Pufendorf cherche à fonder sa science du [droit](#) sur la méthode mathématique à la lumière de la philosophie cartésienne. Il fut un juriste soucieux de mettre en lumière le fondement de validité du droit positif, étatique et inter-étatique. Denis Huisman, *Dictionnaire des philosophes*, Paris, PUF, 1984, article Pufendorf Samuel,

pp. 2365-2366.

*²⁹ Grotius de son vrai nom Hugues Cornet (1583-1646) publie *De Jure belli ac pacis*. Il explique ce qu'est le droit de la nature et, tout particulièrement, expose les principes du droit public et du droit des gens. Par cette oeuvre monumentale qui entend énoncer les moyens juridiques d'humaniser la guerre en la légalisant, il peut être considéré comme le père de l'école du droit naturel et des gens qu'illustreront Pufendorf, Burlamaqui, Barbeyrac, Vattel... *Idem*, article Grotius, pp. 1208-1210.

*³⁰ Hans-Georg Gadamer, *Idem*, p. 340-341.

*³¹ *Idem*, p. 340.

*³² Hans-Georg Gadamer, *Le problème de la conscience historique*, Louvain, Université de Louvain, 1963, p. 58.

*³³ *Idem*, p. 59.

*³⁴ *Vérité et Méthode*, p. 13.

*³⁵ Il s'agit ici de l'agir moral.

*³⁶ *Idem*, p. 61.

*³⁷ *Idem*, p. 338.

*³⁸ *Vérité et Méthode*, pp. 497-498.

*³⁹ Cette expression est de John Stuart Mills. *Idem*, p. 19.

*⁴⁰ Il s'agit de la deuxième partie de *Vérité et Méthode* intitulée « Les grandes lignes d'une théorie de l'expérience herméneutique ». pp. 347-363.

*⁴¹ La polysémie du mot droit qui peut désigner à la fois, un ensemble des lois et une faculté (la puissance, le pouvoir de faire ceci ou cela conformément à la loi, dont l'opposé est l'obligation), a été très souvent soulignée, on peut lire avec profit : Geneviève Chrétien-Vernicos, *Introduction historique au droit*, Université Paris 8, 2001-2002. pp. 1-13 et Pindi-Mbeza, *Introduction au droit*, FPSCK, cours 1999-2000. On définit, en philosophie du droit, le droit par le juste, et ce qui est juste par ce qui est conforme au droit. La tradition latine encrait le droit dans ce qui était juste. Ainsi le *Digeste* d'Ulpien (I, 1), citant Celse, dit que le droit est l'art du bon et de l'équitable (*Jus est ars boni et aequi*) et les *Institutes* (I, 2) de Justinien en définissaient les préceptes ainsi : vivre honnêtement, ne léser personne, donner à chacun le sien (*honeste vivere, alterum non laedere, sum quique tribuere*). Thomas d'Aquin, à partir d'une lecture du livre V sur la Justice de l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote, définit le droit comme le juste (*Jus id quod iustum est*), Thomas d'Aquin, *Sommes théologiques*, IIa, IIae, 57, 1. Une tentative de regroupement des définitions montre que certains juristes ne définissent le droit que par la manière dont il se présente ; ce sont des définitions formelles, tandis que d'autres s'attachent à son contenu fixé *a priori*, ce sont des définitions substantielles. Des définitions formelles du droit, nous pouvons retenir : celles qui définissent le droit comme un ensemble de règles, pourvues de la sanction étatique. Ici, la

spécificité de la règle de droit c'est, d'une part, son caractère obligatoire, c'est-à-dire que son non-respect est nécessairement sanctionné, et que cette sanction est étatique, autrement dit le droit est lié à l'État. Existe-t-il des lois étatiques sans sanction ? En droit public par exemple : le Président de la République est tenu de promulguer les lois votées par le Parlement. Or aucune sanction n'est prévue en cas de non promulgation de la loi. De même, souvent le Parlement vote une loi et charge le gouvernement de prendre un décret complétant la loi, décret d'application qui règle les détails pratiques. En général, le Parlement assigne un délai au Gouvernement, mais rien n'est prévu en cas de non-respect de ce délai, ce qui arrive souvent. Il y a une obligation, pour toute personne majeure de s'inscrire sur les listes électorales, mais aucune sanction n'est prévue en général en cas de non-respect. On connaît les cas des congolais - dont entre autres, les partisans de l'UDPS (Union des Démocrates pour le Progrès Social), parti d'opposition congolais - qui ne se sont pas fait enrôler et qui n'ont subi aucune sanction juridique parce qu'aucune n'était prévue par la loi. Il sied de rappeler qu'il existe des sanctions morales comme il existe des sanctions juridiques.

Les définitions quant au contenu du droit sont celles qui se rattachent aux doctrines appelées idéalistes ou jusnaturalistes. Une règle de droit, une loi (au sens large) qui ne serait pas conforme au droit naturel, n'est pas obligatoire, et il est juste d'y résister, il est même fortement recommandable de le faire. Ce qui implique que le droit qui n'est pas conforme au droit naturel n'est pas du droit puisqu'il n'est pas obligatoire. Une autre approche de la définition du droit est celle qui procède des fins du droit : Elle part de la formule d'origine cicéronienne (*salus populi suprema lex esto*) « le bien du peuple est la suprême loi ». Selon Kant, la fin du droit ne peut être que la constitution d'une société juridique parfaite et aux droits cosmopolitiques (accord juridique des Etats entre eux pour garantir les droits des peuples et bannir les guerres qui sont les plagues de non droit). Emmanuel Kant, « Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique », in *oeuvres philosophiques, II*. Paris, Gallimard, 1985, pp. 187-205.

* ⁴² *Vérité et Méthode*, p. 15.

* ⁴³ On parle également de la doctrine en droit, celle-ci ne vise pas à résoudre un litige directement, mais plutôt de constituer un savoir scientifique sur le droit en proposant des solutions qui n'ont pas force de loi.

* ⁴⁴ Etant donné que le juge ne peut épuiser tous les cas, une possibilité de recours reste ouverte.

* ⁴⁵ Gadamer, *Idem*, p. 351.

* ⁴⁶ Nous nous référerons souvent au quatrième chapitre « le raisonnement en droit » du livre de Michel Troper, *La philosophie du droit*, (Collection QSJ), Paris, PUF, 2003, p. 98-126.

* ⁴⁷ L'interprétation sémiotique se fonde sur le langage. Les mots et les expressions reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue. La langue dont il s'agit peut être la langue usuelle ou une langue technique, celle du droit par exemple ou celle spécifique à d'autres disciplines.

* ⁴⁸ L'interprétation génétique repose, elle, sur une connaissance de la volonté de l'auteur du texte, telle que l'on peut la reconstituer dans les travaux préparatoires en rapport avec un

procès.

* ⁴⁹ L'interprétation systémique vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes.

* ⁵⁰ L'interprétation fonctionnelle donne au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui a attribuée. Une variété de l'interprétation fonctionnelle est celle téléologique. Celle-ci vise le but poursuivi par le législateur.

* ⁵¹ Michel Troper, *op.cit.*, p. 103.

* ⁵² Il s'agit des méthodes précitées.

* ⁵³ Pour Gadamer un dogmatisme juridique du monarque comme garant et interprète attiré de ses propres lois ne permet pas d'herméneutique. « Il est donc essentiel à la possibilité d'une herméneutique juridique que la loi lie pareillement tous les membres de la communauté juridique. Dans le cas contraire, comme dans l'absolutisme par exemple, où la volonté du maître absolu prévaut sur la loi, il ne peut y avoir d'herméneutique, « car un chef suprême peut interpréter ses propres paroles, même à l'encontre des règles de l'interprétation commune ». Dans ce cas, en effet, la question ne se pose même pas d'interpréter la loi de manière à ce que le cas concret soit correctement réglé conformément au sens juridique de la loi. Au contraire, la volonté du monarque qu'aucune loi ne lie peut faire ce que bon lui semble, sans égard pour la loi, c'est-à-dire en s'épargnant d'interpréter. En effet, la tâche de comprendre et d'interpréter ne subsiste que là où une règle établie a valeur d'obligation que l'on ne peut annuler ». *Vérité et Méthode*, pp. 351-352.

* ⁵⁴ *Ibidem*.

* ⁵⁵ République Démocratique du Congo, *Les Codes Larcier : tome II, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2003. p. 3. (Articles 18 et 19).

* ⁵⁶ L'histoire se donne pour tâche de reconstruire le passé humain. Dans le cas de la loi, il s'agira d'analyser le contexte d'émergence de cette loi, l'environnement économique et social, le conditionnement des législateurs, l'impact de la loi dans son évolution historique, ou la tension sociale qui est à l'origine de son émergence. Cette reconstruction s'effectue à partir de l'explication. Il est du ressort de l'histoire de montrer comment une loi déterminée est issue d'une situation sociale précédente. L'historien du droit a pour première tâche de comprendre exactement ce qu'une loi dit, telle qu'elle se présente à lui, d'une part et d'autre part, de montrer à partir de l'interprétation du contexte d'émergence de la loi, les dimensions que la loi ne dit pas expressément.

* ⁵⁷ Notre point de vue soutient que les historiens prennent positions pour ou contre une loi selon les présupposés idéologiques, méthodologiques, politiques, économiques et sociales qui les prédéterminent de manière implicite ou explicite.

* ⁵⁸ *Vérité et Méthode*, p. 332.

* ⁵⁹ *Idem*, p. 359.

* ⁶⁰ *Ibidem.*

* ⁶¹ *Idem*, p. 351.

* ⁶² *Idem*. p. 362.

* ⁶³ *Idem*, pp. 275-285.

* ⁶⁴ La prétention de la conscience historique était justement d'adopter un point de vue authentiquement historique en regard de tout. Elle était donc soucieuse de former le « sens historique » afin d'apprendre à s'élever au-dessus des préjugés de son propre temps.

* ⁶⁵ *Vérité et Méthode*, p. 249.

* ⁶⁶ Dilthey, dans sa théorie de la sympathie, pense un lien intuitif de co-généralité qui permet à l'historien d'avoir une compréhension spontanée qu'il lui serait autrement très difficile d'atteindre. Il estime fondamentalement qu'une telle compréhension qui réussit dans les cas d'exception grâce au génie, peut toujours être atteinte grâce à la méthode de la science. Il justifie ainsi l'emploi que font les sciences de l'esprit des méthodes comparatives en soulignant que leur tâche est de surmonter les frontières contingentes que représente notre propre cercle d'expérience pour accéder à des vérités d'une généralité toujours plus grande. C'est justement ici, selon Gadamer, que se trouve le point problématique de la théorie. « L'essence de la comparaison présuppose déjà le détachement de la subjectivité connaissante qui peut disposer d'un point de vue comme de l'autre ». *Idem*, p.254.

* ⁶⁷ Carsten Dutt, *Herméneutique. Esthétique. Philosophie pratique. Dialogue avec Hans-Georg Gadamer*, Québec, Fides, 1998. p. 23.

* ⁶⁸ Gadamer, *Idem*, p. 323.

* ⁶⁹ Chez Gadamer, l'application est un concept important de l'herméneutique. L'application en herméneutique n'est pas, selon Gadamer, une partie occasionnelle de la compréhension, mais une partie essentielle incluant prioritairement celui qui cherche à comprendre avant d'appliquer le général au particulier. L'application s'effectue dans la langue.

* ⁷⁰ Il faut noter que l'herméneutique juridique et celle théologique sont traitées concomitamment dans *Vérité et Méthode*. Cela signifie que Gadamer voit dans la prédication une application de la parole de la tradition chrétienne à la communauté chrétienne et dans la loi qui s'accomplit dans le verdict une mise en application de la tradition juridique.

* ⁷¹ Cette question est une préoccupation de Paul Ricoeur dans *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*. Il estime qu'il existe des contraintes les plus générales et les plus stables pesant sur les métiers respectifs du juge et de l'historien. On peut partir de l'enceinte d'un tribunal judiciaire ou historique à la critique historiographique codifiée dans les archives. Le témoignage lui-même subit le plus souvent une bifurcation quand il passe de son usage dans la conversation ordinaire, à son usage historique ou judiciaire. Paul Ricoeur, *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, pp. 415-416.

* ⁷² Nous devons préciser que Paul Ricoeur a une toute autre visée dans l'analyse de la manière de procéder de l'historien et du juge. Tout d'abord en ce qui concerne la thèse selon

laquelle la situation du procès présenterait *in vivo* les sources du jugement commun à l'historien et au juge, il faut établir les limites, dans la mesure où ce qui préoccupe Paul Ricoeur c'est le sens de l'histoire et du procès pour le cas du génocide. Les limites sont aussi perceptibles dans les cas des procès manipulés par les pouvoirs politiques et dont la preuve n'est pas toujours évidente. C'est le plus souvent le cas dans les procès en trahison, les complots politiques, l'accusation de terrorisme. On peut y déceler l'esprit pervers qui a prévalu lors des accusations de sorcellerie au Moyen-âge et dont le Saint Office avait pour charge d'exécuter la sentence en brûlant les présumés sorciers. De telles accusations ne diminuèrent et ne disparurent que lorsque la preuve matérielle fut davantage sollicitée.

* ⁷³ Nous devons préciser que ces analyses que nous empruntons à Ricoeur s'appuient sur le livre de Carlo Ginzburg *Le juge et l'historien*, Paris, Verdier 1997.

* ⁷⁴ Paul Ricoeur, *op.cit.*, p. 421.

* ⁷⁵ Paul Ricoeur, *op. cit.*, p. 421. Selon Gadamer, l'historien interprète les données de la tradition de manière à s'assurer de son véritable sens qui, à la fois, s'exprime dans la tradition et s'y dissimule. L'historien oriente son interprétation vers quelque chose qui n'est pas déclaré dans le texte lui-même et ne se trouve pas nécessairement dans le sens proposé par le texte. *Vérité et Méthode*, p. 359.

* ⁷⁶ Ricoeur, partant de visée de l'historien et du juge, se demande si c'est de la même oreille que le juge et l'historien entendent le témoignage. Nous estimons pour notre part que c'est justement à ce niveau que l'histoire de l'influence ou histoire de l'action intervient, car l'historien du droit et le juge n'ont pas la même préoccupation.

* ⁷⁷ *Vérité et Méthode*, p. 349

* ⁷⁸ Jean Grondin, *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, Paris, Cerf, 1999, p. 161.

* ⁷⁹ *Idem*, p. 161-162.

* ⁸⁰ *Vérité et Méthode*, p. 355.

* ⁸¹ Carsten Dutt, *Op. cit.*, pp. 55-56.

* ⁸² *Vérité et Méthode*, pp. 403-516.

* ⁸³ *Idem*, p. 487.

* ⁸⁴ D. Kennedy, « The Turn to Interpretation », *Southern California Law Review*, 1985, pp. 251-275.

* ⁸⁵ L'interprétation de la doctrine du droit, qui est une activité de connaissance ne visant pas à résoudre un cas immédiat mais susceptible d'éclairer le juge n'aboutit pas à une signification unique. Elle vise seulement à décrire plusieurs sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix éclairé. Mais il arrive aussi que le juge, comme interprète authentique ou interprète légitime d'une loi, attribue au texte un sens auquel nul n'avait songé. Cela ne signifie nullement qu'il y a échec

de la doctrine.

*⁸⁶ *Vérité et Méthode*, p. 403.

*⁸⁷ *Idem*, p. 406.

*⁸⁸ *Idem*, p. 407.

*⁸⁹ *Idem*, p. 411.

*⁹⁰ Dans les sciences humaines, il y a application dans le sens de la « fusion des horizons », comme le juge qui s'applique une loi (même quand il juge, il est d'abord lui-même soumis à la loi) avant de l'appliquer à un cas, il y a dans les sciences humaines la compréhension qui met ainsi en oeuvre une fusion d'horizons, ceux de l'interprète et de son objet, où on ne peut pas toujours distinguer ce qui relève de l'un ou de l'autre. Dans le cas de l'herméneutique historique, la compréhension comme fusion du passé et du présent dans un texte donné a une portée plus large. La fusion des horizons déborde le cadre de la compréhension d'autrui, celle d'autres cultures et celle de soi. Jean Grondin développe de manière assez étayée la problématique de la fusion des horizons chez Gadamer. Jean Grondin, « La fusion des horizons. La version gadamérienne de l'*aedequatio rei et intellectus* ? », *Archives de philosophie*, n°68, 2005, p. 403 et ss.

*⁹¹ Pour Grondin, Gadamer précise qu'il est capital de faire la distinction entre une mauvaise fusion et une fusion juste. « Pourquoi Gadamer parle-t-il donc d'une fusion « contrôlée » alors que toute son herméneutique vise un peu à atténuer cette idée de contrôle ? Il le fait, dit-il, pour reconnaître la situation spécifique de la compréhension scientifique, celle des sciences humaines où celui qui interprète doit esquisser une idée de l'horizon du texte qu'il a à interpréter », J. Grondin, *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, p. 410.

*⁹² *Vérité et Méthode*, p. 351.

*⁹³ Nous suivons les critiques d'Emilio Betti en lisant la synthèse que nous présente Jean Grondin, « L'herméneutique comme science rigoureuse selon Emilio Betti (1890-1968) », in *Archives de philosophie*, n°53, 1990, pp. 177-199.

*⁹⁴ Jean Grondin, *Idem*, p. 181.

*⁹⁵ Opuscule d' E. Betti paru en 1962 en Allemagne sous le titre *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr, Tübingen, 1962.

*⁹⁶ Si nous suivons l'analyse de l'herméneutique comme science rigoureuse chez Emilio Betti tel que Grondin nous le présente, le rappel des canons de l'interprétation de Betti permet de comprendre la divergence avec Gadamer. Dans le premier canon, Betti prône l'autonomie de l'objet ou de l'immanence du critère herméneutique. Ce canon veut dire que les formes représentatives doivent être comprises selon l'esprit qui s'y est objectivé. Le sens du texte n'est pas celui que nous lui conférons, selon nos questions, mais le sens original du texte lui-même. Le sens doit être tiré du texte et non dicté de l'extérieur. Ce canon a le mérite, selon Grondin, d'opposer une fin de non recevoir aux interprétations purement actualisantes qui passent à côté de l'altérité irréductible du texte à interpréter. Le deuxième canon concerne la totalité ou la cohérence de l'appréciation herméneutique. Ce canon exige

que l'objet soit interprété comme un tout où les parties s'éclairent réciproquement. La cohérence dont il est question n'est pas d'abord celle de l'interprétation, mais celle de l'objet lui-même. C'est l'objet qui bénéficie d'une présomption de cohérence. Comme critique de ce canon, toutes les interprétations paraissent cohérentes en elles-mêmes, mais la cohérence d'un texte ne se dévoile pas de soi, elle est toujours une cohésion que nous lui prêtons par le biais d'une autre interprétation. (« L'herméneutique comme science rigoureuse selon Emilio Betti (1890-1968) » p. 185-189)

*⁹⁷ *Ibidem.*

*⁹⁸ *Ibidem.*

*⁹⁹ Emilio Betti, commenté par J. Grondin, *Idem*, pp. 184-185.

*¹⁰⁰ *Idem*, p. 185.

*¹⁰¹ *Vérité et Méthode*, p. 347-348.

*¹⁰² Il s'agit des écrits cités dans *Vérité et Méthode* : « Hermeneutik und Historismus », *Ges. Werke*, tome II, p. 387 sq. et « Emilio Betti und die Idealistische Erbe », in *Quaderni Fiorentini* 7.

*¹⁰³ *Idem*, p. 348.

*¹⁰⁴ *Ibidem.*

*¹⁰⁵ *Idem*, p. 349.

*¹⁰⁶ Betti cité par Gadamer, *Idem*, p. 350.

*¹⁰⁷ Selon ce canon, l'interprète est appelé à parcourir à nouveau à l'intérieur de lui-même le processus génétique de création en partant de son point terminal et à le reconstruire en lui-même. Betti s'oppose à l'objectivisme qui trouve beaucoup d'adeptes chez ses collègues juristes. Par rapport à l'application, ce canon vise à nous prémunir contre une assimilation trop rapide de l'interprétation à une simple application de ce qui veut être compris. Jean Grondin, *idem*, p. 191.

*¹⁰⁸ Le canon de l'adéquation de la compréhension stipule que l'interprète doit s'efforcer de mettre sa propre actualité vivante en étroite harmonie avec le message qui lui parvient de l'objet de façon à ce que le sujet et l'objet, ainsi accordés, vibrent à l'unisson. Ici le sujet se met en diapason de l'autre (Grondin, *Idem*, p. 192).

*¹⁰⁹ *Idem*, pp. 332-333.

*¹¹⁰ *Ibidem.*

*¹¹¹ *Ibidem.*

*¹¹² Jean Grondin, *idem*, p. 196.

* ¹¹³ Pascal Michon, *Poétique d'une anti-anthropologie. L'herméneutique de Gadamer*. Paris, J. Vrin, 2000.

* ¹¹⁴ *idem*, p. 213.

* ¹¹⁵ *Idem*, p. 214.

* ¹¹⁶ *Idem.*, p. 215.

* ¹¹⁷ *Ibidem*.

* ¹¹⁸ *Ibidem*

* ¹¹⁹ *Idem*. p. 216.

* ¹²⁰ *Idem*. p. 217.

* ¹²¹ On peut lire avec profit l'entretien accordé à Carsten Dutt, *Herméneutique.Esthétique. Philosophie pratique. Dialogue avec Hans-Georg Gadamer*, Fides, Québec, 1998. p. 23.

* ¹²² H-G. Gadamer, in Carsten Dutt, pp. 23-24.

* ¹²³ *Idem*, pp. 26-27.

* ¹²⁴ *Op. cit.*, 219.

* ¹²⁵ En ce qui concerne la question du statut du sujet, la question de Carsten Dutt est plus pertinente : « - Comment assurez-vous la place du *je* dans ce « je comprends » ? On vous a reproché de réduire, sous le principe de l'histoire de l'action, le sujet qui comprend à un simple réflexe d'une tradition ayant reçu les pouvoirs absolus, faisant de celle-ci une sorte de supra sujet » et à Gadamer de répondre : - « Eh bien ma réponse est la suivante : par le langage (...) L'interprétation langagière conduit à l'identification explicite de soi-même ; elle est la concrétisation du sens qui est compris dans le contact avec la tradition. La thèse selon laquelle ceci se produit chaque fois dans une situation déterminée par l'histoire de l'action ou que la tradition pose des questions et ébauche des réponses ne signifie aucunement que la tradition est un supra-sujet. Le dialogue avec la tradition est un véritable dialogue auquel prend part activement celui qui est concerné par la parole (...) Dans cette mesure, l'interprétation de la tradition n'est jamais une simple répétition de cette dernière, mais toujours, en quelque sorte, une nouvelle création du comprendre qui vient à sa détermination par la parole de l'interprète. », *Op. cit*, pp. 47-48.

* ¹²⁶ D'après P. Michon, « Gadamer critique le signe et le platonisme de la métaphysique occidentale au nom d'une ontologie qui s'enracinerait non plus dans les rapports de l'homme et du monde, mais directement dans le rapport de la langue et du monde. De ce point de vue, la langue est une réalité ontologique transcendante à tout sujet, parce qu'elle constitue pour lui une « tradition », c'est-à-dire une somme des expériences passées qui s'y sont déposées et à partir desquelles il peut s'exprimer : « Si chaque langue est une vision du monde, elle l'est en premier lieu, non pas comme un type défini de langue (c'est ainsi que le linguiste voit la langue), mais par ce qui dans cette langue est dit, donc transmis ». Gadamer affirme ainsi « l'unité de la langue (*die Sprache*) et de la tradition (*die Überlieferung*) » *Op. Cit.*, pp. 226-

227.

*¹²⁷ *Op. cit.*, p. 227.