

# Interpréter le droit

## L'interprétation du droit

On ne peut évoquer le travail d'interprétation sans définir les matériaux de l'interprétation que sont les sources du droit. Lire le droit, c'est d'une certaine manière mobiliser les ressources offertes par les textes normatifs de base, dispositions légales et réglementaires, enrichies de la jurisprudence et commentées par la doctrine. Ce n'est qu'après interprétation, et seulement après, que les textes normatifs prennent véritablement valeur de normes. Que l'on ait affaire à un texte clair ou à un texte obscur, on ne peut être véritablement assuré du « vrai sens » d'un texte aussi longtemps qu'il n'a pas été interprété par une autorité compétente. Tel est le point de vue développé par une jurisprudence de la Cour suprême du Canada, jurisprudence suffisamment remarquable pour être relevée par Pierre-André Côté (1995, p.192). Une telle jurisprudence ne traduit pas l'état général de la jurisprudence, mais nous admettons qu'elle est scientifiquement incontestable.

La doctrine n'est pas une source du droit. Mais la jurisprudence en est une incontestablement. Même si le juge est censé être au service de la loi, cette dernière lui fait obligation de combler ses carences et ses obscurités. Ainsi en a décidé le code civil : "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice" (article 4 CC). A noter que cet article du code civil peut donner lieu à une interprétation toute différente, à savoir que la loi étant parfaite, c'est se rendre coupable que de prétexter de son obscurité, de son insuffisance ou de son silence pour refuser de juger.

Quoi qu'il en soit, une simple constatation empirique, et sans vouloir se livrer sur cette question à une enquête approfondie, montre que la jurisprudence remplit plusieurs fonctions :

- elle est simplement *applicative*, quand elle applique une règle claire.
- elle est *complétive* quand elle conduit à préciser les conditions d'application d'une règle plus générale qui n'a pas reçu des autorités administratives les précisions nécessaires.
- elle est *supplétive* quand elle vient créer des normes dans des domaines où la loi n'est pas encore intervenue. Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont ainsi dû définir ce qu'il fallait entendre par "catégorie d'établissement", notion utilisée dans l'article 34 de la constitution sans que le contenu en soit clairement défini. Après des jurisprudences sensiblement divergentes, les deux juridictions ont fini par se mettre d'accord sur une définition. De la même manière, la loi "Sapin" du 6 janvier 1993 sur la transparence des procédures publiques impose des procédures nouvelles en matière de "délégation de service publique" sans que cette notion ne fasse l'objet d'une définition rigoureuse. Implicitement, la jurisprudence, les autorités administratives et la doctrine sont priées d'y

pourvoir, ce qu'elles font apparemment dans la difficulté puisque qu'il n'a pas fallu moins d'un numéro complet de l'AJDA pour mettre en lumière toutes les incertitudes et les insuffisances du droit positif en la matière. Une troisième exemple célèbre est constitué par le revirement de jurisprudence en vertu de laquelle les tribunaux s'autorisent à écarter une loi postérieure contraire à un texte européen, qu'il s'agisse du traité ou d'un texte de droit dérivé (règlement ou directive). L'initiative est venue du Conseil Constitutionnel dans sa décision du 15 janvier 1975 auquel la Cour de Cassation a emboîté le pas par l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, mais il a fallu au Conseil d'Etat quatorze ans pour adopter une jurisprudence cohérente avec les deux premières. Ce qui veut dire que dans cette période, on pouvait avoir une loi écartée par un tribunal (judiciaire) et appliquée par un autre (administratif).

- elle est *synthétique* quand elle s'attache à rendre compatibles entre eux des principes qui a priori ne le sont pas. Les domaines des libertés publiques et de la police administrative grouillent d'exemples de ce type, le plus célèbre étant peut-être la jurisprudence du Conseil Constitutionnel concernant le droit de grève dans les services publics et dans laquelle la juridiction supérieure tente de concilier deux principes de valeur constitutionnelle a priori incompatibles : le droit de grève et le principe de continuité du service public. Dans cette jurisprudence, le juge constitutionnel reconnaît au législateur le pouvoir de réglementer le droit de grève en vue d'assurer cette compatibilité entre les deux principes concurrents. Il faut à cet occasion relever, et c'est une difficulté que nous aurons à connaître au niveau de la modélisation, que cette jurisprudence n'a pas empêché le Conseil d'Etat de maintenir la sienne qui permet au pouvoir réglementaire, sous le contrôle de la juridiction administrative, d'apporter des limitations au droit de grève dans l'intérêt général et en particulier pour assurer la continuité du service public (jurisprudence Dehaene CE 7 juillet 1950).
- elle est *constructive* lorsqu'elle établit des principes généraux qui permettent ensuite d'asseoir l'ordre juridique sur des bases cohérentes. Par exemple, en matière de libertés publiques et de droits fondamentaux, il est entendu que dans un état de droit toutes les limitations opérées par le législateur doivent s'entendre strictement. En matière pénale, il est établi que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif, sauf si la loi nouvelle est plus libérale que la loi ancienne pour les personnes tombées ou tombant sous le coup d'une condamnation. Rappelons que le droit administratif est en grande partie un droit jurisprudentiel.
- elle est *correctrice*, lorsqu'elle annule un texte non conforme à un texte ou un principe de rang supérieur dans la hiérarchie des normes. Il n'empêche que tant que le texte de rang inférieur n'a pas été annulé (recours pour excès de pouvoir) ou écarté (contentieux de pleine juridiction) ou rapporté (retrait administratif) ou abrogé, le texte contesté n'en appartient pas moins au droit positif. Elle est également correctrice, quand elle constate le changement de circonstances qui déclenche l'obsolescence d'une réglementation et invite l'administration à la changer. (jurisprudence CE Despujol 1933). Il n'empêche qu'avant d'être écartée par le juge, cette réglementation n'en continue pas moins d'appartenir au droit positif. Il n'empêche également que notre droit peut comporter des branches mortes jamais abrogées mais pas davantage appliquées parce que tombées simplement dans l'oubli. On doit donc s'interroger sur la portée normative de certains éléments de notre ordonnancement juridique. Mais c'est

une autre question. La jurisprudence est également *correctrice* quand elle donne d'une disposition législative une interprétation que le législateur n'avait manifestement pas prévue mais sans laquelle elle aurait créé dans le droit une sorte d'anomalie au regard soit de principes généraux soit d'autres dispositions législatives avec lesquelles le texte interprété est apparemment en contradiction.

Il existe de ce type d'interprétation très compréhensive des exemples célèbres. Ainsi, le célèbre arrêt Pelletier du Tribunal des Conflits du 30 juillet 1873. Le décret législatif du 19 septembre 1870 avait en effet abrogé l'article 75 de la Constitution de l'an VIII instituant « la garantie des fonctionnaires », en vertu de laquelle un particulier ne pouvait poursuivre un fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires sans l'autorisation du Conseil d'Etat. Le Tribunal des Conflits donnera de cette abrogation une interprétation restrictive, la limitant au cas de faute personnelle de l'agent, la faute de service devant être portée devant les juridictions administratives, au besoin après élévation du conflit par l'autorité administrative, en combinant l'interprétation du décret du 19 septembre 1870 et celle des autres règles législatives qui fondaient la séparation des autorités administratives et judiciaires. Cette jurisprudence qui était manifestement absente de l'esprit du législateur a ensuite été confirmée par le législateur (article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Un autre exemple remarquable est l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte* qui fonde le recours pour excès de pouvoir comme recours d'ordre public ouvert même sans texte. Une loi du 27 août 1944 prescrivait aux maires de dresser la liste des exploitations abandonnées ou incultes depuis plus de deux ans, et permettait au préfet de concéder à des particuliers ces terres pour une mise en culture immédiate. Pour briser la résistance des juges qui avaient annulé plusieurs décisions de concession prises sous l'empire de cette loi, une loi du 23 mai 1944 avait supprimé toute possibilité de recours contre les actes de concession, le Conseil d'Etat a néanmoins estimé que si cette loi avait effectivement supprimé la possibilité de recours devant le conseil de préfecture, elle n'avait pas exclu « le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

Enfin, dernier exemple, historiquement de la plus grande importance. Lorsque le Conseil Constitutionnel dans sa célèbre décision « droit d'association » du 11 juillet 1971 a invalidé la loi « Marcellin » en se fondant sur les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », évoqués sans être précisément énoncés par le préambule de la Constitution de 1946, il a procédé à une interprétation hardie du texte constitutionnel qui ne correspondait manifestement pas à la volonté du constituant telle que l'on peut la dégager des travaux préparatoires du projet de constitution, mais évidemment sans qu'il y ait contradiction formelle entre le texte constitutionnel et l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel. Cette décision est l'équivalent de la décision de la Cour Suprême américaine *Marbury c/Madison* de 1803 qui a fondé le contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis.

Il ne paraît pas utile de discuter de la question de savoir dans quelle mesure le juge fait ainsi acte de création, dans quelle mesure il reste fidèle au texte et à l'esprit des auteurs, dans quelle mesure en sens inverse, il tient compte de l'état de la société et de l'esprit public dans son état présent en s'écartant de la lettre du texte mais en se référant à la volonté idéale et reconstituée d'un législateur idéal. Cette question, certes importante, n'est pas réellement utile à notre propos dont le seul objet est d'illustrer l'impossibilité pour modéliser le droit de se limiter à la lettre des textes législatifs et réglementaires et de la nécessité d'inclure dans l'analyse la jurisprudence et toutes les constructions théoriques que l'on doit aussi à la doctrine et qui forment la structuration logique du droit.

Cette conclusion est en totale harmonie avec une des conclusions du séminaire tenu en 1991 à Royauumont selon laquelle « la connaissance juridique n'est pas réductible à ses règles explicites : elle émerge aussi de la jurisprudence, c'est-à-dire des exemples et de la répétition des pratiques » (Danièle BOURCIER, 1993, p.192). Il s'agit ici de mettre en garde contre un des écueils rencontrés dans l'utilisation des systèmes experts en droit, qui est l'écueil de « l'isomorphisme » à savoir la reproduction fidèle du texte écrit et de celui-là seulement. C'est une des difficultés à laquelle nous serons nous-mêmes confrontés et à laquelle nous devons proposer une solution. Quelles que soient les limites que nous entendons poser au travail du modélisateur, il faut dès maintenant admettre qu'il n'aura pas à proposer une reproduction ou une traduction fidèle du texte normatifs, mais une interprétation fidèle c'est-à-dire qui reproduise non pas le texte dans sa structure logique et sémantique mais l'interprétation exacte, c'est-à-dire celle qui en est donnée par le droit positif.

Nous sentons poindre ici une objection liée à la théorie de l'interprétation. Certains théoriciens défendent en effet l'idée qu'un texte est toujours susceptible de plusieurs interprétations, voire d'autant d'interprétations que l'on rencontre d'interprètes. Nous ne souhaitons pas engager sur ce point une discussion qui occupe une part importante de l'ouvrage collectif « Interprétation et droit » (Paul Amselek, 1995). Nous nous limiterons à dire que nous prenons pour hypothèse celle selon laquelle une seule interprétation d'un texte en droit positif est valide, celle qui est donnée par les interprètes autorisés, au sens de la théorie du droit de Kelsen, c'est-à-dire par les autorités juridictionnelles, ou à défaut celle qui est communément admise par la majorité des praticiens, point que nous expliquerons en évoquant la hiérarchie des normes. Et nous ferons en sorte que lorsque plusieurs interprétations sont possibles, généralement guère plus de deux pour une disposition déterminée, et qu'aucune interprétation connue n'a été appliquée, cette incertitude ne soit pas comblée d'une manière nécessairement arbitraire par le modélisateur, mais soit simplement signalée par ce dernier, et laisse par conséquent sans réponse certaine toute question qui pourrait être posée sur ce point. C'est un élément essentiel du cahier des charges que nous nous imposons pour la suite.

## **Méthodologie de l'interprétation**

Nous souhaitons ici nous limiter à quelques réflexions à partir des éléments d'"Interprétation et droit" qui du point de vue de notre recherche nous paraissent les plus importants.

Neil MacCormick a exposé (1995, p. 218-226) les résultats d'une recherche récente visant à donner une typologie et une systématisation de l'argumentation interprétative qui caractérise bon nombre de systèmes et de traditions juridiques contemporains (MacCormick/Summers, 1991, chapitres 12 et 13). Cette recherche nous paraît très intéressante car elle permet de déterminer, avec plus de précision que la distinction des

degrés d'interprétation jurisprudentielle, ce qui techniquement peut relever du travail autonome du modélisateur et ce qui ne peut être pris en compte par le modélisateur qu'avec en quelque sorte la caution de la jurisprudence et de la doctrine.

L'étude distingue trois grandes catégories d'arguments interprétatifs. Il y a d'abord ceux qui font appel à la langue, ce sont donc les « arguments linguistiques ». Viennent ensuite les arguments qui considèrent le système juridique dans sa globalité comme constituant le contexte grâce à l'éclairage duquel il est possible de dégager le meilleur sens possible au texte étudié : il s'agit des « arguments systémiques ». Enfin, il y a les arguments consistant à rechercher la finalité ou l'idée générale du texte concerné. Nous verrons que la totalité des arguments linguistiques et qu'une bonne partie des arguments systémiques entrent dans le champ d'action normal du modélisateur.

### **Les arguments linguistiques**

Les arguments linguistiques font appel tantôt au sens courant, tantôt au sens technique des termes utilisés dans les textes juridiques. Il appartient à l'analyse linguistique de déterminer dans quel cas le sens courant doit être retenu et dans quel autre cas le sens technique s'impose. Neil MacCormick donne comme exemple le mot « diligence » qui en anglais courant signifie la « louable application pleine de soin que l'on met à sa tâche ». Or, dans le droit écossais, le mot a un usage technique signifiant la procédure juridique de l'exécution des jugements ; et il fut un temps où, dans la terminologie des transports, il désignait une variété particulière de véhicule à traction hippomobile. « Ainsi, dans la législation écossaise sur les procédures juridiques, il faudrait lire le mot dans son acception juridique technique, et dans un document ancien de la législation anglaise des transports il faudrait y voir une référence au véhicule adéquat. Mais, dans le règlement d'une école ou d'une université prévoyant la remise de prix aux étudiants pour leur « diligence » particulière, c'est le sens « courant » qui devrait l'emporter. » Nous verrons que l'analyse linguistique et particulièrement l'analyse sémique ou componentielle telle qu'elle a été développée par des auteurs comme Bernard Pottier, Robert Martin ou François Rastier fournit des instruments adéquats pour traiter ce genre de problèmes, en particulier la notion de domaine d'expérience.

### **Les arguments systémiques**

La seconde catégorie d'arguments, celle des arguments systémiques, recouvre plusieurs cas typiques. Nous reprenons ci-après chacun de ces types d'argument mais dans un ordre légèrement différent que celui employé par Neil MacCormick.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, remarquons d'abord que l'approche systémique est encore aujourd'hui peu développée en droit. Sans doute voit-on apparaître des théories en droit constitutionnel, illustrées notamment par Jean-Luc Parodi et Olivier Duhamel, qui s'appuient sur une telle approche.

Mais nous n'avons pas d'exemple d'approche systémique de l'ensemble du système juridique. On peut observer que dans un colloque du CNRS animé par Jacques Lesourne en 1980 sur « la notion de système dans les sciences contemporaines », le droit a été totalement absent.

Pourtant, à défaut d'être explicite, une telle approche peut tout simplement être impliquée par une certaine conception du droit.

Ainsi, lors d'un exposé non publié du doyen Vedel, prononcé le 27 avril 1993 au Centre de Philosophie du Droit de l'Université Paris II, et repris dans une communication de Michel Troper publiée dans « Interprétation et droit » (1995, pp. 235-245), on voit développer une conception qui ne peut pas être autre que systémique.

Georges Vedel examine pour les réfuter les deux théories opposées du rôle du juge : d'une part la théorie dite de l'interprétation-connaissance, selon laquelle le rôle du juge consiste à découvrir le sens du texte, qui serait un sens objectif et donc unique. En réalité, selon cette théorie, il n'y a pas place pour une réelle interprétation, le juge ne fait en réalité que dire le droit et l'appliquer. D'autre part la théorie de l'interprétation-volonté, très prisée par les réalistes américains, selon laquelle le juge exerce un pouvoir discrétionnaire, qui n'est pas arbitraire dans la mesure où il est censé être à même de percevoir les besoins de la société et se comporte en ingénieur social.

Ces deux théories ne sont ni l'une ni l'autre acceptables telles quelles, mais elles ont au moins, selon Georges Vedel, revisité par Michel Troper, le mérite de poser clairement la question de la liberté du juge qui n'est pas un libre arbitre. Il agit, comme tout décideur légitime, en fonction de contraintes qui résultent du système juridique.

Nous quittons maintenant Georges Vedel et Michel Troper pour retrouver la classification des arguments systémiques opérée par Neil MacCormick.

#### *Arguments tirés de l'harmonisation contextuelle*

Un premier type est constitué par « l'argument tiré de l'harmonisation contextuelle ». Il faut ici entendre par contexte non seulement l'ensemble du texte législatif ou réglementaire dans lequel le texte apparaît, mais l'ensemble législatif ou réglementaire éventuellement constitué de plusieurs textes dans lequel s'insère la disposition étudiée.

Nous pouvons donner un exemple précis de genre de situation du premier cas qui relève d'un principe de *cohérence intratextuelle*.

Dans une étude très fouillée sur les lettres de commande au regard des dispositions du code des marchés publics, l'auteur (Patrice Cossalter, La Gazette des Communes, 11 mars 1996, p.35) évoque la question de savoir si les lettres de commande, qui sont des marchés publics, doivent être précédées d'une mise en concurrence. Et d'expliquer que si le deuxième alinéa de l'article 250 qui précise que « les marchés sont passés après mise en concurrence », est lu de manière indépendante, il faut comprendre que tous les marchés, y compris les lettres de commande, sont précédés d'une mise en concurrence. Par contre, si le deuxième alinéa est lu à la suite du premier alinéa de l'article 250, il faut comprendre que les marchés sont toujours précédés d'une mise en concurrence « sous réserve de l'article 321 », article qui précise que dans le cas des lettres de commande « il peut être traité en dehors des conditions fixées par le présent titre ». Dès lors les contrats conclus sur le fondement de l'article 321 ne sont pas obligatoirement soumis à des règles de mise en concurrence<sup>1</sup>.

L'argument tiré de l'harmonisation contextuelle c'est-à-dire de la *cohérence globale* du texte dans lequel la disposition utilisée est insérée, relève de l'analyse linguistique, sémantique et logique.

---

<sup>1</sup> Cette difficulté d'action en référé est résolue dans le NCMP.

Il en va de même lorsque l'ensemble législatif ou réglementaire dans lequel la disposition s'insère est constitué de plusieurs textes. Mais la question est ici une question de cohérence intertextuelle alors que la précédente était une question de *cohérence intratextuelle*. Mais il n'y a pas de différence entre ces deux cohérences au niveau de la base de connaissances qui est par construction transtextuelle. Le rattachement de telle ou telle disposition à un texte ou à un autre est fondamentalement relatif et ne doit pas en principe altérer la cohérence logico-conceptuelle de l'ensemble sinon bien évidemment sa lisibilité. Autrement, il serait impossible de codifier à droit constant (cf. p. **Erreur ! Signet non défini.** et s.). Toute codification doit en effet respecter la cohérence logico-conceptuelle des textes regroupés dans un même code, même si l'on s'accorde sur le fait que la codification n'est jamais complètement neutre du point de vue de la génération des normes juridiques.

Précisément, un des effets de la codification est d'obliger à lever les ambiguïtés voire les contradictions qui peuvent venir de l'existence de deux ou plusieurs textes régissant la même matière. Tant que ces textes ne sont pas réunis dans un même code, la contradiction peut en effet perdurer, à charge pour le juge de donner l'interprétation qui paraît la plus conforme à la logique de l'ordre juridique ou à la volonté du législateur, ce qui veut dire aussi que, sans un arbitrage de la cour supérieure, Conseil d'Etat, Cour de Cassation, ou Conseil Constitutionnel, deux ou plusieurs interprétations, en raison des ambiguïtés ou contradictions, peuvent coexister quelque temps. Par contre, si les dispositions en cause sont d'origine dans le même texte, ou réunies après coup dans un même code, la contradiction ou l'ambiguïté ne peut subsister. Une seule interprétation, comme nous venons de le voir dans le cas du code des marchés, est possible.

De ce point de vue, la codification à droit constant apparaît assez illusoire. Elle n'est pas réformatrice, mais elle n'est pas non plus juridiquement neutre, et indépendamment de toute intention des codificateurs, elle emporte des effets de droit irréductibles. Il en ira de même du modélisateur. Indépendamment de toute volonté de sa part, il forcera à une autre lecture du droit. Nous croyons à la légitimité de la démarche. Mais il est bon d'en être prévenu. Puisque nous serons amenés à effectuer un parallèle entre le codificateur et le modélisateur, signalons ici, au titre des différences, le fait que la codification dans sa conception présente, et pour sa partie législative, est soumise à la validation du Parlement, pour la raison bien simple que d'une part le code est censé se substituer aux textes codifiés, lesquels cessent donc par l'effet de la codification d'avoir une existence autonome et sont donc abrogés, et que d'autre part l'opération n'est pas totalement sans conséquence juridique. Dans notre approche, sauf bouleversement dans les méthodes d'élaboration de la loi, la modélisation ne peut bénéficier de la validation du Parlement, et est avant tout œuvre de technicien.

#### *L'argument logico-conceptuel*

Neil MacCormick évoque ensuite l'argument logico-conceptuel : « si un concept juridique général reconnu et élaboré suivant une doctrine est utilisé pour la formulation d'une disposition, il faut l'interpréter de façon à maintenir un usage cohérent du concept dans l'ensemble du système ou dans sa ou ses parties(s) attenante(s). »

#### *Premier exemple*

Si nous prenons par exemple l'article 14-5 de la loi du 22 juillet 1983 relative aux transferts de compétences entre l'Etat, les régions, les départements et les communes qui précise que les lycées et les collèges sont des établissements publics locaux

d'enseignement, il fait référence à la notion d'établissement public, laquelle résulte d'une élaboration doctrinale et jurisprudentielle. On sait notamment que la création d'une catégorie nouvelle d'établissement public nécessite une loi et qu'une catégorie d'établissement public se définit par sa spécialité et par le niveau administratif de rattachement. A l'origine un troisième critère entré dans la définition, le type d'établissement selon qu'il est administratif ou industriel et commercial, mais ce critère a ensuite été abandonné par le Conseil Constitutionnel. Ensuite, le régime juridique de la catégorie de l'établissement public est défini par décret et la création d'un établissement public de la catégorie déterminée implique selon le cas un décret, un arrêté ministériel ou un arrêté préfectoral (cas des établissements publics locaux d'enseignement). Il est clair que cette systématisation est l'œuvre de la doctrine qui s'appuie sur l'analyse des textes et de la jurisprudence et qu'il n'existe aucune codification du droit des établissements publics. Par conséquent, on peut dire que la notion d'établissement public correspond à un concept parfaitement défini par la jurisprudence auquel renvoie nécessairement tout texte législatif ou réglementaire qui use de ce concept.

Cet exemple a le mérite aujourd'hui de ne plus poser aucun problème sérieux d'interprétation. On ne peut en dire autant d'une notion importante qui a fait son apparition dans la loi du 9 janvier 1993 relative à la lutte contre la corruption dite « loi Sapin », la notion de délégation de service public. Le cas est tout à fait remarquable car nous voyons une loi qui invente un concept qui était seulement en gestation au niveau de la doctrine administrative et encore très peu structuré au niveau de la jurisprudence. Aujourd'hui on voit la doctrine et la jurisprudence s'efforcer de donner à ce concept une identité juridique qu'il n'avait jamais eu jusqu'à présent. Le modélisateur ne peut pas faire autrement que de prendre en compte l'état de la doctrine et de la jurisprudence et le cas échéant de prendre acte de ses lacunes, c'est à dire de ne pas modéliser ce qui n'est pas encore modélisé par les interprètes autorisés du droit et donc admettre que dans certains cas les textes renvoient à des notions trop vagues au moins provisoirement pour déboucher sur des conclusions précises. Le modélisateur n'a pas de réponse à ce type de question.

Cet exemple a toutefois le mérite de bénéficier de toutes les attentions de la doctrine au point de donner lieu à un numéro spécial de l'Actualité Juridique du Droit Administratif (septembre 1996). Mais certaines notions n'ont pas cette chance et des points de droit peuvent rester sans solution tant que le juge n'a pas été appelé à trancher.

### *Second exemple*

Nous emprunterons un nouvel exemple aux lois de décentralisation dans le domaine de l'enseignement.

La loi du 7 janvier 1983 a posé un principe général selon lequel (article 19) le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date du transfert, pour l'exercice de cette compétence.

La même loi a prévu deux hypothèses selon que la collectivité anciennement compétente était propriétaire du bien mis à disposition (article 20) ou locataire de ce bien (article 23) et de préciser dans cette seconde hypothèse que la collectivité nouvellement compétente succède à tous les droits et obligations de la collectivité anciennement compétente, y compris bien évidemment en tant que titulaire du contrat de location.

C'était ignorer que dans le domaine de l'enseignement et particulièrement des lycées et collèges la collectivité anciennement compétente, l'Etat, était bien souvent, ni propriétaire, ni locataire, le propriétaire étant le département ou la commune, et l'Etat n'était que l'utilisateur de biens mis à disposition.

C'est la raison pour laquelle la loi du 25 janvier 1985 a précisé les dispositions applicables aux collèges et aux lycées dans le cas où l'Etat n'était pas propriétaire et où le propriétaire était une autre collectivité. Dans ce cas, très logiquement, le législateur a prévu que le bien précédemment mis à disposition de l'Etat devait être mis à disposition à titre gratuit de la collectivité nouvellement compétente, le département ou la région, cette dernière étant substituée de plein droit à la collectivité propriétaire dans tous ses droits et obligations découlant des marchés et contrats que la collectivité avait pu conclure pour l'aménagement, l'entretien et la conservation des biens ainsi remis. Plus généralement, la collectivité nouvellement compétente assume l'ensemble des obligations du propriétaire.

Toutefois, le législateur a oublié une hypothèse, celle où la collectivité qui avait mis à disposition de l'Etat, éducation nationale, les biens meubles et immeubles, n'était pas elle-même propriétaire mais locataire d'un propriétaire privé ou public (un établissement public par exemple tel que l'Assistance Publique), situation nullement exceptionnelle s'agissant de communes pouvant être propriétaire ou locataire de bâtiments transformés en collège ou lycée après avoir été des écoles élémentaires.

La question posée est alors de savoir si le transfert à la collectivité nouvellement compétente implique une substitution de cette dernière à la collectivité locataire ou si le transfert consiste en ce que la jouissance des biens concernés est transférée sans aucune des charges corrélatives à commencer par le loyer lui-même. Autrement dit, la gratuité du transfert est-elle compatible ou non avec la prise en compte de la charge du loyer et des charges du locataire par la collectivité nouvellement compétente.

Dans le silence de la loi, les administrations concernées sont obligées de se livrer à une interprétation, et faute d'accord entre les deux collectivités, c'est au juge qu'il appartient de dire le droit, qui en l'occurrence est un droit lacunaire, à la fois trop vague dans le détail, et trop précis quant à la formulation de principes généraux.

Dans ce cas particulier, il apparaît que les collectivités concernées et en dernier ressort le juge peuvent mettre en œuvre plusieurs méthodes d'interprétation .

On peut en premier lieu - sans qu'il soit ici question de hiérarchiser les méthodes entre elles - penser raisonner par analogie et considérer que puisque lorsque l'Etat est locataire, la nouvelle collectivité compétente est substituée à l'Etat dans ses droits et obligations de locataire, si le locataire est en fait une autre collectivité, la substitution doit s'opérer de la même façon. Le fait que l'Etat soit locataire ou qu'il soit seulement utilisateur (article 14-1-VI de la loi du 25 janvier 1985) des biens mis à disposition par une autre collectivité elle-même locataire est neutre du point de vue de la collectivité nouvellement compétente. Par une sorte de fiction juridique, on considèrera que l'Etat utilisateur est aussi locataire. On tirerait une conclusion inverse si la loi prévoyait qu'après transfert, dans l'hypothèse de l'Etat locataire, celui-ci conserverait la charge des loyers. Il s'agirait ici d'un raisonnement par analogie parfaitement valide.

On peut en second lieu réfléchir sur le sens de la notion de gratuité. Le raisonnement est alors beaucoup plus complexe.

Dans une première analyse on peut penser que gratuité signifie que le transfert des biens ne doit emporter aucune conséquence financière. Dans cette hypothèse, la collectivité locataire, qui n'est pas la collectivité compétente au sens des lois sur les transferts de compétences, continue de payer pour des biens dont en équité pure elle n'aurait jamais du supporter la charge.

Mais on peut affiner l'analyse et rattacher la notion de gratuité soit au droit d'usage, soit au droit de propriété. Dans le premier cas, le transfert ne doit entraîner aucune charge nouvelle, notamment de location. Dans le second cas, seul le transfert des droits de propriété est gratuit, et dans le cas de la location, où il n'y a transfert d'aucun droit de propriété, la collectivité nouvellement compétente est substituée en tant que locataire. Il est clair que dans l'esprit du texte la gratuité est attachée seulement à l'opération de transfert de propriété, dès lors que la collectivité compétente prend à sa charge toutes les charges qui incombent au propriétaire. Le transfert n'est donc pas totalement gratuit.

A cet égard, on doit observer que le législateur se garde bien, quand il dit que « le transfert de compétence entraîne de plein droit la mise à disposition » d'employer le mot « gratuité ». Car, il ne s'agit nullement d'un transfert sans conséquence financière. Certes, le transfert qui entraîne un transfert de tous les droits et obligations du propriétaire, à l'exception, il faut le souligner, du droit de disposition des biens en cas de désaffectation, car les biens reviennent dans ce cas d'office à la collectivité propriétaire, ce transfert n'implique aucune forme de transaction, et peut être dit « gratuit ». Il n'empêche que la collectivité nouvellement compétente récupère avec les droits et obligations du propriétaire, les charges qui s'imposent au propriétaire.

On pourrait donc penser que quand la collectivité locataire qui avait mis les biens loués à la disposition de l'Etat pour l'exercice de compétence est remplacée en tant que locataire par la collectivité nouvellement compétente, cette substitution n'impliquant par elle-même aucun mouvement financier, est réputée gratuite, ce qui n'empêche pas la collectivité nouvellement compétente d'assumer dès lors tous les droits et obligations du locataire, à commencer par le loyer.

Par contre, si l'on attache la notion de gratuité à l'usage même du bien, alors la substitution ne peut être que gratuite et la location demeure à la charge de la collectivité initiale.

Or, précisément, le législateur emploie le terme de gratuité dans un contexte où il s'agit manifestement d'un transfert de l'ensemble des droits et obligations du propriétaire - à l'exception du droit de disposer des biens - comme le confirme le fait que dans le reste de l'article 14-1-I, l'autre collectivité est toujours désignée comme la collectivité propriétaire, et non d'un transfert des droits et obligations du locataire.

Autrement dit, si le transfert est gratuit, il n'est dit nulle part que l'usage des biens transférés est lui-même gratuit, que cet usage soit un usage en tant que locataire ou un usage en tant que propriétaire.

La solution ici proposée, qui correspond à un cas réel et dans lequel un service juridique d'une grande administration a donné l'interprétation opposée, repose sur une analyse faisant appel d'une part à la méthode analogique, et d'autre part à une méthode linguistique. Il s'agit dans cette seconde méthode de bien préciser le sens de « gratuité ». Dans une cession, il y a échange, et c'est cet échange qui peut être vénal ou gratuit. Sauf

exception, le changement de locataire n'implique aucun échange entre l'ancien locataire et le nouveau. Toutefois, il y a bien échange entre le propriétaire et le nouveau locataire. Et l'analyse logique de la formulation du législateur « les biens ... sont de plein droit, ..., mis à disposition du département ou de la région à titre gratuit » pourrait impliquer que le propriétaire, qui précédemment avait loué ces biens soit tenu de les mettre à disposition de la collectivité nouvellement compétente gratuitement, c'est à dire en abandonnant toute prétention à percevoir un loyer, ce qui n'est manifestement pas la volonté du législateur. Donc l'analyse logico-linguistique nous dit que la notion de gratuité est liée à l'idée d'échange portant sur des droits relatifs à un bien, ces droits pouvant aller du simple usage à la plénitude du droit de propriété, et que par conséquent dans cet échange on a nécessairement d'un côté le propriétaire, et de l'autre le titulaire des droits qu'il souhaite acquérir sur les biens considérés. En raffinant encore le raisonnement, on pourrait dire néanmoins que l'échange peut mettre en présence l'ancien locataire et le nouveau lorsque le premier sous-loue les biens au second. Mais précisément, la sous-location n'est ni juridiquement, ni sémantiquement équivalente à la location, et cette hypothèse marginale ne saurait entrer dans le raisonnement. Un bien peut donc changer de locataire sans que l'on soit fondé à interpréter ce changement comme un transfert vénal entre l'ancien locataire et le nouveau.

En même temps, l'analyse juridico-sémantique de la locution « mise à disposition » ou « mettre à disposition » telle qu'elle est définie par la loi du 7 janvier 1985 articles 20 et 21, montre que la mise à disposition suppose d'une part un propriétaire, d'autre part non un locataire mais un bénéficiaire qui exerce tous les droits du propriétaire sauf celui de pouvoir disposer du bien. L'acte de mise à disposition est par définition gratuit. C'est la raison pour laquelle le nouvel article 14-1-I alinéa 1 de la loi du 22 juillet 1983, qui résulte de l'article 8 de la loi du 25 janvier 1985 selon lequel « les biens meubles et immeubles sont de plein droit, ..., mis à disposition du département (ou de la région) à titre gratuit » comporte une redondance, ce que en sémantique on appelle une isotopie, dont le seul but est d'éviter toute contestation dans le cas où le propriétaire des biens en question n'est pas l'Etat. Le domaine de validité de la règle ainsi posée est donc limité au cas où le propriétaire est une autre collectivité locale que la collectivité locale nouvellement compétente. Une fois de plus, et de manière totalement surabondante, on peut en déduire que la notion de gratuité, parce que sémantiquement incompatible, n'est pas applicable au cas où ladite collectivité locale n'est pas propriétaire mais seulement locataire.

Cet exemple montre l'importance de l'analyse linguistique ou logico-linguistique, mais nous préférons ne prendre que l'adjectif linguistique ou sémantique, la sémantique étant une partie de la linguistique, car le raisonnement sur le sens des mots fait partie de la sémantique sans qu'il soit utile d'ajouter la notion de logique. C'est aussi la preuve qu'entre un argument sémantique et un argument logico-conceptuel, la séparation est à peu près impossible tant l'analyse du sens implique une analyse logique.

Du point de vue de la modélisation, en dépit de sa complexité apparente et réelle, le cas que nous venons de décrire est tout à fait modélisable dès lors que la solution est trouvée. La plupart du temps la modélisation, comme pourrait le faire la codification, se contentera de prendre en compte la norme telle qu'elle aura été dégagée par la jurisprudence. Modéliser une jurisprudence bien établie et déjà intégrée au droit positif ne pose pas de problème technique insoluble. La difficulté est davantage de réunir l'intégralité de la matière à modéliser, difficulté que le codificateur rencontre également, même si le choix normalement fait par le codificateur est de se limiter à la norme écrite et non aux cas traités par la jurisprudence, voire aux cas non traités par la jurisprudence mais que la

jurisprudence peut être un jour amenée à dénouer. Mais la difficulté majeure est de savoir s'il est possible sans précisément avoir à rechercher tous les cas logiquement concevables, ce qui est une entreprise parfaitement utopique, de disposer d'un mode de traitement des questions et d'interrogation de la base de connaissances permettant de construire un raisonnement susceptible de régler des cas tels que celui posé par notre exemple ou de signaler l'impossibilité de conclure faute d'une intervention humaine donnant l'interprétation manquante.

Sous réserve de la difficulté concernant les concepts insuffisamment élaborés ou en cours de gestation, la prise en compte de l'argument conceptuel dans la modélisation implique une description sémantique des concepts auxquels les textes normatifs renvoient sans les définir, se déchargeant pour ce faire sur la doctrine ou la jurisprudence. Donc, la modélisation de l'interprétation des textes normatifs à la lumière des concepts élaborés par la doctrine ou la jurisprudence suppose une transcription préalable de ces concepts. Le point de doctrine ou de jurisprudence considéré doit être traité comme s'il s'agissait d'un texte législatif ou réglementaire, tout en en préservant l'authenticité au niveau de la base de connaissance, qui doit restituer la source de toute disposition.

#### *Arguments tirés des principes généraux du droit*

Un troisième type d'argument tiré des principes généraux du droit relève très exactement de la même analyse. Le principe général du droit est un principe dont la valeur dans la hiérarchie des normes se situe pour le juge administratif soit au même niveau que la loi, soit, selon le professeur Chapus, à un niveau supra-décrétal et infra-législatif dans la mesure où seule une loi peut permettre de contrevenir à un principe général du droit, alors que le principe général, même s'il permet de forcer l'interprétation d'une loi, ne peut modifier la loi. Dans des cas limites l'interprétation en vertu d'un principe général conduit à neutraliser le sens de la loi.

L'interprétation ne peut contredire la loi mais a pour objet de rendre compatible entre elles les deux dispositions contraires, celle qui est fixée par la loi et celle qui découle du principe général du droit. L'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat Dame Lamotte (CE, 17 février 1950) est à cet égard particulièrement intéressant puisque que l'interprétation donnée par le juge au regard des principes généraux du droit conduit à faire dire à la loi, contrôle de constitutionnalité en puissance avant l'heure, à peu près le contraire de ce qu'elle a voulu dire, puisque qu'elle a voulu exclure tout recours et que le respect du principe général du droit conduit à conclure qu'elle n'a pas pu vouloir écarter le recours pour excès de pouvoir qui est le recours le plus efficace et le plus général de tous. Quoi qu'il en soit, face à une telle jurisprudence, dont la légitimité n'est mise en doute par personne, le modélisateur ne peut que traduire cette jurisprudence dès lors qu'elle est établie. Il peut le faire de deux manières. Soit en tirant de la jurisprudence une seule règle disant au cas particulier que « l'acte accordant la concession n'est susceptible d'aucun recours autre que le recours pour excès de pouvoir ». Soit en construisant à partir de deux règles, « l'acte accordant la concession n'est susceptible d'aucun recours », et « le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte contre tout acte administratif », la règle suivant laquelle « l'acte accordant la concession n'est susceptible d'aucun recours autre que le recours pour excès de pouvoir ». Cette construction n'est possible qu'en qualifiant, comme le fait le Conseil d'Etat, cette dernière règle de « principe général du droit » et en accordant aux principes généraux du droit une valeur quasi égale à la loi justifiant une telle construction. Si les principes généraux du droit n'avaient qu'une valeur supra-décrétale et infra-législative, la jurisprudence Dame Lamotte n'aurait probablement pas pu exister. En terme de modélisation, chaque règle doit être dotée d'un statut qui définisse sa

place dans l'ordre juridique. En cas de conflit entre deux normes de même niveau la première démarche consiste, avant d'envisager d'appliquer une seule règle et d'écarter l'autre, à rechercher toutes les voies possibles permettant de rendre ces deux règles compatibles.

Il s'agit donc de simuler le raisonnement du juge dont on peut donner deux versions. La plus simple mais incorrecte, la plus sophistiquée mais exacte. Première version : la loi a entendu écarter tout recours administratif ou judiciaire contre l'acte accordant la concession d'une terre inculte et à l'abandon depuis plus de deux ans. Le recours pour excès de pouvoir est un recours administratif. Donc l'acte de concession ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Deuxième version : la loi a entendu écarter tout recours administratif ou judiciaire contre l'acte accordant la concession d'une terre inculte et à l'abandon depuis plus de deux ans. Le recours pour excès de pouvoir est un recours spécial qui est ouvert contre tout acte administratif même sans texte. L'acte de concession est un acte administratif, donc il peut donner lieu à recours pour excès de pouvoir à l'exclusion de tout autre recours ou bien l'acte de concession est un acte administratif qui ne peut donner lieu à aucun recours sauf le recours pour excès de pouvoir.

On remarquera l'analogie évidente avec le raisonnement que le modélisateur est tenu de faire dans le cas des articles 250 et 321 du code des marchés. Les marchés sont passés après mise en concurrence. La lettre de commande est un marché, donc la lettre de commande est passée après mise en concurrence. Version incorrecte, car elle ne tient pas compte de l'intégralité du texte et de la contradiction apparente entre ses dispositions. Version correcte : Les marchés sont passés après mise en concurrence. La lettre de commande est un marché spécial dérogeant à l'article 250 ou régi par l'article 321, donc la lettre de commande est passée conformément aux règles de l'article 321. Il y a dans les deux cas l'idée que le recours pour excès de pouvoir comme la lettre de commande ont un régime spécial qui déroge au droit commun qui justifie l'exception par rapport à la règle générale. Il va de soi que le modélisateur doit pouvoir traiter les exceptions. La différence entre les deux cas reste néanmoins que dans le cas du code des marchés, le caractère dérogatoire des lettres de commande figure dans le texte de manière explicite, alors que dans le cas du recours pour excès de pouvoir, c'est le constat de la contradiction entre les deux règles, l'une de niveau législatif, l'autre résultant d'un principe général du droit, qui déclenche un raisonnement permettant de rendre les deux règles compatibles ou constater le caractère irréductible de la contradiction.

On remarquera aussi que la solution dépendra sans doute de la définition sémantique qui sera donnée du recours pour excès de pouvoir selon qu'on le considérera comme un recours administratif, ou comme un recours présentant des propriétés particulières porteuses d'une exception et donc justifiant un raisonnement par exception.

Donc l'argument tiré des principes généraux du droit n'appelle pas de traitement différent du cas de l'argument logico-conceptuel. Il y a nécessité de transcrire le principe général du droit comme une règle issue d'un texte normatif tel que loi ou décret.

On observera cependant qu'alors que l'argument conceptuel ne permet pas de rencontrer une contradiction directe entre le texte normatif et le concept considéré, il peut en aller autrement s'agissant des principes généraux du droit. Cette observation permet d'imaginer que la modélisation puisse anticiper une jurisprudence sur la base d'un principe général du droit. Mais dans ce cas une telle conclusion ne pourrait être avancée que sous réserve de

confirmation par le juge. Dans le cas où il y a seulement reconstitution d'une jurisprudence déjà établie, la conclusion devrait être reconnue comme conforme à la jurisprudence existante.

#### *L'argument tiré de l'analogie*

« Si une disposition présente des analogies significatives avec des dispositions similaires provenant d'autres lois, avec un code, ou avec une autre partie du code dans lequel elle se trouve, même au prix d'un élargissement ou d'un écart significatif du sens courant, cette disposition peut être interprétée de manière à assurer une similitude de sens avec des dispositions analogues, *soit* prises en elles-mêmes, *soit* considérées à la lumière d'interprétations judiciaires qui en auraient été données au préalable. »

Nous verrons plus loin (p. **Erreur ! Signet non défini.**)**Erreur ! Source du renvoi introuvable.** que le raisonnement par analogie couvre un champ plus vaste que celui indiqué par MacCormick (1995, p. 220), et nous nous intéresserons à la question de la détermination des conditions de validité de ce type de raisonnement.

#### *L'argument tiré de l'histoire*

« Si une loi, ou un ensemble de lois, dans le cours du temps, en est venu à recevoir une interprétation en accord avec une compréhension historiquement modifiée du principe et de la finalité de la loi ou de l'ensemble de lois, ou encore avec une compréhension modifiée de la conception du juste qu'elle représente, alors il faut interpréter toute disposition de cette loi ou de ce groupe de loi de telle sorte que son application aux cas concrets soit compatible avec cette compréhension modifiée dans le cours de l'histoire de son principe et de sa finalité, ou de l'idée du juste. » (opus cit. 1995, p. 220)

L'histoire constitutionnelle est riche de phénomènes de ce genre. On sait bien que la Constitution de la III<sup>e</sup> République a donné lieu à deux lectures successives et que la seconde dite « constitution Grévy » qui s'est imposée à partir de 1877 a marqué profondément l'histoire des institutions françaises jusqu'en 1958 et qu'à partir de 1958 pour des raisons que l'on peut historiquement expliquer des deux lectures que l'on pouvait faire des institutions de la V<sup>e</sup> République, c'est la lecture présidentialisante qui l'a emportée, sans qu'aucun argument de texte puisse permettre de dire qu'une interprétation est plus exacte que l'autre.

Il est évident que ce type de situation pose un problème particulièrement difficile à résoudre car dès lors que deux formulations identiques peuvent donner lieu à deux interprétations différentes, cela signifie que nous avons une polysémie globale au niveau du texte s'appuyant sur ou en cohérence avec diverses polysémies locales dénouées en faveur d'un sens déterminé. Il faut donc que dans la description sémantique la sélection des sèmes appropriés soit opérée par la modélisateur par la spécification d'un contexte qui pourrait être qualifié selon l'interprétation à privilégier, soit de « parlementariste », soit de « présidentialisante ». Nous serons appelé à revenir sur cette problématique fondamentale. Mais notons d'ores et déjà que cette argumentation historique s'intègre dans une argumentation linguistique.

#### **Arguments téléologiques/déontologiques**

Le professeur MacCormick rassemble deux types d'arguments, que l'on invoque en dernier quand les précédents n'ont pas permis de dégager une solution. Il s'agit d'une part de l'argument téléologique, d'autre part de l'argument déontologique.

L'argument téléologique concerne le but assigné à une loi, ce but étant considéré comme indépendant des termes du texte lui-même et donc de nature à servir de guide à l'interprétation.

On n'aura aucune peine à montrer que par exemple la Cour Européenne de Justice a systématiquement interprété les traités de Rome, pour fonder ses jurisprudences les plus célèbres et les plus importantes, de manière téléologique par rapport à l'objectif d'unification européenne.

De l'argument téléologique, il semble que l'on pourrait rapprocher l'argument tiré de l'économie générale d'une loi ou d'un ensemble de lois. Mais un tel argument, comme l'argument téléologique, est en réalité un argument systémique, puisque l'orientation vers un but est une des caractéristiques essentielles de tout système (Le Moigne J-L, 1990).

L'argument déontologique se définit par rapport à un principe de rectitude ou de justice qui, aux yeux de l'interprète, doit être respecté au vu d'une situation ou d'un sujet donné. Ainsi l'interprète prête au législateur l'intention d'agir de façon juste. Toutefois, l'idée du juste auquel se réfère l'interprète est celle de l'interprète telle qu'il l'imagine, c'est-à-dire en fait sa propre conception du juste. Cet argument déontologique nous laisse perplexe. A certains égards, il évoque l'idée d'équité. Mais celle-ci, lorsqu'elle est invoquée, apparaît sans équivoque comme l'équité telle que le juge la conçoit et elle s'applique plus particulièrement à des litiges privés ou éventuellement dans le cadre du contentieux public de la responsabilité. Par ailleurs, Neil MacCormick illustre cet argument par un exemple tiré de la non conformité d'une législation d'un Etat membre aux principes du traité de Rome en ce qui concerne les droits de pêche. A nos yeux, la question posée relève plus du respect de la hiérarchie des normes juridiques et des relations entre le droit interne et le droit international telles qu'elles sont définies par l'article 55 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République pour ce qui concerne la France.

En réalité, tout argument tiré de la hiérarchie des normes est un argument systémique dont l'objet est en particulier d'assurer la cohérence globale du système juridique. Et cet argument est lui-même justiciable d'une analyse sémantique. La cohérence textuelle qui repose sur une comparaison entre les énoncés d'un même texte est tout à fait extensible, nous l'avons vu plus, à la cohérence intertextuelle et peut inclure, outre les hiérarchies logiques qui existent entre les énoncés, les hiérarchies formelles qui s'attachent à la nature et aux autorités émettrices des textes normatifs.

En définitive, l'interprétation apparaît fondée sur deux types d'arguments, les arguments linguistiques et les argument systémiques, mais l'analyse montre que tous les arguments systémiques, à l'exception de l'argument tiré de l'analogie et de l'argument tiré de l'histoire, pouvaient être appréhendés directement à partir de la sémantique.

On conçoit volontiers qu'au stade actuel de la démonstration, le lecteur puisse douter des capacités de l'analyse linguistique et sémantique, et voir dans notre affirmation une manifestation de réductionnisme. Or, nous ne ramenons aucunement les arguments systémiques à des arguments linguistiques. Nous disons seulement que, compte tenu de ce que nous savons aujourd'hui des progrès de la linguistique et, au sein de la linguistique, de la sémantique, les arguments systémiques peuvent être appréhendés à partir d'une approche sémantique et nous démontrerons épistémologiquement la validité de cette affirmation.

## **Interprétation et définition du texte normatif**

Il y a accord sur le fait que c'est le juge qui détermine la portée normative d'un texte, dans la mesure où, comme nous le verrons, un texte peut avoir une portée normative plus ou moins forte, de même que le juge peut lui dénier à un moment donné une portée normative et lui en conférer une plus tard.

On sait que sous la IV<sup>e</sup> République, le préambule de la Constitution de 1946 n'avait pas davantage que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de valeur normative et que le comité constitutionnel ne pouvait pas s'appuyer sur ces textes pour opérer un quelconque contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil d'Etat de son côté développait les principes généraux du droit sans référence explicite à aucun texte et la doctrine considérait la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le préambule de la Constitution de 1946 comme ne comportant que des indications susceptibles d'inspirer le législateur. Tant que le Conseil Constitutionnel de la V<sup>e</sup> République n'eut pas intégré dans le bloc de constitutionnalité la déclaration des droits de l'homme et le préambule de la Constitution de 1946, on ne pouvait reconnaître à ces deux textes qu'une valeur normative très relative que le juge pouvait mettre en balance avec d'autres principes généraux du droit par lui dégagés. La jurisprudence ultérieure du Conseil Constitutionnel montrera par la suite abondamment que la plupart des principes que nombre de juristes jugeaient trop vagues pour donner lieu à une application jurisprudentielle ont acquis une portée normative indiscutable. On trouvera beaucoup de lois dont les premiers articles se bornent à poser des principes généraux dont le statut juridique n'est pas clairement établi tant que le juge ne se sera pas prononcé en s'appuyant sur ce type de disposition. Il est évident que ce type de disposition très générale pose un problème au modélisateur. Nous reviendrons sur ce point.

Quoi qu'il en soit, tant que le juge n'a pas statué, il faut bien attribuer une valeur normative à tous les textes pris en la forme, c'est à dire, tous les textes législatifs et réglementaires.

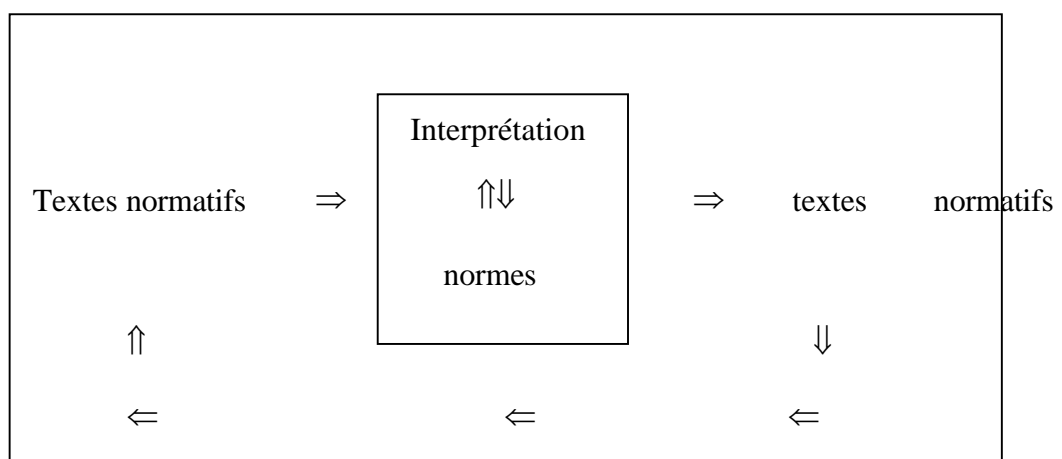
Les textes normatifs sont donc les textes que les juges en premier lieu, mais aussi au quotidien les agents de l'administration et les professionnels du droit (notaires, agents immobiliers, administrateurs de biens, banques, assurances, etc.) appliquent et donc interprètent afin d'en dégager des normes c'est à dire des prescriptions plus ou moins impératives destinées à dicter ou à recommander une conduite ou un comportement déterminé.

Les textes normatifs se confondent donc avec les sources du droit soumises au tamis de l'interprétation. Celles-ci comprennent l'ensemble des textes écrits s'inscrivant dans la hiérarchie des normes juridiques d'un ordre juridique déterminé. Il s'agit du texte constitutionnel, des traités, conventions et engagements internationaux incorporés à l'ordre juridique interne et ayant en vertu des jurisprudences combinées du Conseil Constitutionnel, de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, une force supérieure aux lois, ce sont les lois organiques et règlements parlementaires, ce sont les règlements qui ont eux-mêmes une hiérarchie interne subtile selon qu'ils sont pris par les autorités de l'Etat, autorités centrales (Premier Ministre, ministres) et autorités déconcentrées, ou des autorités des collectivités décentralisées.

Entre évidemment dans les sources du droit la jurisprudence qui, comme cela vient d'être indiqué, est créatrice de normes juridiques dans ce sens qu'elle transforme les textes de droit en normes juridiques qui constituent ce que l'on appelle le droit positif. Dans cette fonction d'élaboration des normes juridiques, il convient de souligner une caractéristique importante de la jurisprudence : c'est son caractère récursif et incrémental. Par le biais des précédents des arrêts qui « font jurisprudence », la jurisprudence se prend elle-même comme référence. Non seulement, les tribunaux inférieurs se réfèrent à la jurisprudence des juridictions suprêmes, mais celles-ci, se déterminent par rapport à leur jurisprudence antérieure à la fois parce que la permanence de la jurisprudence assoit la crédibilité des juridictions et parce les juridictions ont la préoccupation constante de la stabilisation de l'ordre juridique dans un souci de sécurité juridique maximale. Les revirements de jurisprudence sont relativement rares. La méthode est le plus souvent de compléter les jurisprudences antérieures pour tenir compte de la diversité des situations concrètes rencontrées.

C'est en raison de cette caractéristique de l'activité jurisprudentielle que certaines parties de notre droit sont à la fois fortement structurées et équilibrées. On peut regretter certaines conséquences du caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif français (cf. Georges Vedel « Le droit administratif doit-il rester toujours jurisprudentiel, EDCE 1979-1980, n°31, p. 31 et s). On ne peut nier que sa forte cohérence et son adaptation, aussi bien aux réalités de l'action administrative qu'aux nécessités d'une protection suffisante des droits des administrés, est très largement une conséquence de son caractère jurisprudentiel. Il est clair que l'élaboration des lois et règlements n'obéit nullement au même type de dynamique et que ces textes sont loin de présenter les qualités de stabilité, de cohérence, de précision et de clarté de la jurisprudence qui a, au moins en partie, pour fonction de remédier à l'imprécision, aux obscurités, voire aux lacunes des textes législatifs et réglementaires.

Le processus de construction du droit par la jurisprudence correspond au schéma classique du système à recyclage ou *feed back* dans lequel certains intrants du processeur sont issus des extrants antérieurement produits par ce même processeur.



Ainsi, les textes normatifs auxquels s'applique le travail d'interprétation des juristes incorporent la jurisprudence produite par ces mêmes juristes.

En interprétant les textes normatifs, le juriste praticien attribue, *décide* une signification, et donc *crée* des normes. La fonction du juriste praticien qui, juge ou administrateur, crée des normes en faisant application des textes normatifs, se différencie de celle du juriste théoricien ou scientifique qui décrit et analyse le droit tel qu'il est interprété par les juristes praticiens. On peut tout à fait souscrire à la distinction opérée par Riccardo Guastini (1995, page 101) entre l'*acte linguistique d'interprétation* auquel se livre le juriste praticien et l'*acte linguistique de description* qu'effectue celui qui décrit les interprétations d'autrui, même si en théorie pure l'acte linguistique de description implique lui-même une certaine interprétation. Mais l'important est sans doute de préciser les limites de l'interprète qui possède une sorte de plénitude de pouvoir d'interprétation, et il n'y a que le juge qui soit dans cette situation, alors que les autres interprètes qui sont interprètes malgré eux auront nécessairement une conception et une pratique tout à fait minimales de l'interprétation. Dans ce contexte, la doctrine occupe une place particulière dans l'élaboration du droit. L'influence de la doctrine sur l'évolution de la jurisprudence est évidemment fondamentale. Mais son influence sur la construction du droit, éminente, s'effectue néanmoins par le truchement du juge.

Par contre, le rôle de celui qui décrit les normes juridiques au moyen des outils de la modélisation ne peut être que celui d'un serviteur de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale. Le modélisateur ne saurait en aucune manière participer à l'interprétation des textes normatifs. Il ne peut que donner une description de ces textes normatifs tels qu'ils sont interprétés. Il ne peut donner qu'une interprétation minimale appliquée à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale.

Par conséquent, la modélisation ne saurait être appliquée seulement aux dispositions du droit écrit tel qu'il résulte des lois et des règlements, mais elle doit nécessairement incorporer l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence, en donnant à l'interprétation la portée large qui a été évoquée plus haut.

La modélisation s'appliquera donc aux textes normatifs, compris dans le sens extensif incluant la jurisprudence et doit s'interdire toute interprétation proprement dite créatrice de normes. Si l'on peut légitimement objecter que logiquement cette position est insoutenable et que le seul fait de lire le droit et d'en tirer une quelconque conclusion est en soit un acte d'interprétation, convenons en tout état de cause que le modélisateur ne peut que s'en tenir à une conception très restrictive de l'interprétation s'interdisant tout ajout (fonction complétive), toute synthèse entre des textes apparemment contradictoires qui n'aurait pas été préalablement opérée par la jurisprudence elle-même, toute correction en cas d'incompatibilité entre un texte inférieur à l'égard d'un texte ou d'un principe supérieur. Il appartient au modélisateur seulement de représenter les textes normatifs dans leurs interrelations en signalant au passage les éventuelles contradictions, incohérences, lacunes et les différentes interprétations qui peuvent le cas échéant en être données.