

I. LES SOURCES DU DROIT

La notion de « source du droit » n'est pas simple.

Aussi a-t-elle été souvent analysée par les auteurs de traités. Littéralement, elle indique un point d'origine du droit. F.Terré précise : « La métaphore renvoie à l'existence de *points d'émergence* de la règle juridique (...) (*introduction générale au droit*, Dalloz). Plus simplement, les auteurs du *lexique des termes juridiques* (Dalloz) définissent ainsi les sources du droit : « Terme générique (...) désignant l'ensemble des règles juridiques appliquées dans un Etat à un moment donné ».

Dans notre conception des universaux juridiques (sujets de droit, relations entre sujets, normes et autorités), les sources du droit sont les normes conçues pour régir les relations entre les sujets de droit ; elles sont, généralement, édictées par des autorités législatives ou exécutives, mais sont parfois d'origine coutumière ; elles sont habituellement sanctionnées par des autorités judiciaires ou arbitrales.

1.1 Quelques distinctions fondamentales

Le mot droit a plusieurs acceptions, dont deux retiennent plus particulièrement notre attention : on appelle « droit objectif » l'ensemble des règles de conduite régissant la vie en société et sanctionnées par l'autorité publique ; les « droits subjectifs » sont des prérogatives reconnues aux individus par le droit objectif. Le mot anglais *law* s'applique au premier ; le mot *rights* aux seconds. Le juge tient compte,

Les sources du droit comme données en traductologie

évidemment, des deux acceptions, mais les sources ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

- Les sources du droit objectif

Les normes qui gouvernent les rapports entre les sujets de droit dans une société donnée ne constituent pas un ensemble homogène. Dans la famille romano-germanique, la loi au sens formel, votée par le parlement d'un Etat, est au cœur du système juridique. Toutefois, il existe des règles supra-législatives, telles que les traités, tandis que le pouvoir exécutif dispose aussi d'un véritable pouvoir normatif, celui de prendre des règlements. Enfin, la coutume, création spontanée du droit, mais consacrée et sanctionnée par l'ordre social, est souvent considérée comme la plus ancienne source du droit ; dans les sociétés modernes, son rôle est restreint, mais n'a pas totalement disparu.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si les décisions de justice peuvent être considérées comme des sources du droit. En fait, le rôle de la jurisprudence varie suivant les systèmes juridiques et, dans un même système, suivant les branches et les matières du droit. Ainsi, en droit français, la jurisprudence du Conseil d'Etat est, incontestablement, une source du droit administratif ; en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de Cassation, la réponse doit être plus nuancée.

Enfin, en droit public français, les « principes généraux » sont des sources du droit.

- Les sources des droits subjectifs en droit français

L'ordre juridique tient compte, dans les relations entre particuliers, des événements et des comportements qui créent,

transmettent ou éteignent des droits. Le droit français établit une distinction fondamentale entre les « faits juridiques », situations ou actions produisant des effets de droits non voulus par leurs auteurs, et les « actes juridiques », manifestations de volonté en vue de produire un effet de droit. Acte juridique et fait juridique, telles sont les deux sources des droits subjectifs, qui permettent, par exemple, de transmettre un bien ou d'obtenir réparation d'un préjudice.

Les actes juridiques peuvent être unilatéraux, tel le testament, ou bilatéraux, tel le contrat. Les faits juridiques sont les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits.

- La hiérarchie des sources du droit objectif en droit français

Dans la hiérarchie des normes, les traités et accords internationaux sont, sous certaines conditions, supérieurs aux lois internes. Toutefois, la Constitution, la *Magna Carta*, prime sur les traités et accords internationaux, ainsi que sur les lois internes.

Le droit communautaire constitue un cas particulier et suscite la controverse. Il semble qu'il soit à un niveau inférieur à celui de la Constitution de chaque Etat membre. En outre, s'il s'impose au droit interne, c'est surtout pour s'intégrer à celui-ci : la spécificité du droit communautaire serait, en fait, d'être « un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres » (Ch. Mixte de la Cour de Cassation, 24 mai 1975).

Les trois décisions du Conseil constitutionnel français sur le Traité de Maastricht montrent bien que les relations entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux ne sont pas simples, en abordant les trois questions suivantes : conformité du Traité à la Constitution, vérification de la conformité du Traité à la Constitution révisée, régularité

Les sources du droit comme données en traductologie

de la loi référendaire autorisant le Président de la République à ratifier le Traité.

Dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel déclare :

« L'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité sur l'Union européenne ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

Il précise, le 2 septembre 1992 :

« Le traité sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992 à Maastricht, n'est pas contraire à la Constitution ».

Enfin, la décision du 23 septembre 1992 relative à la régularité de la loi référendaire déclare :

« Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée ».

De nouvelles approches surgiront probablement à propos du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Pour le moment, nous retenons qu'il y a, en droit français, deux sources supra-législatives : la Constitution et les traités internationaux.

Les lois constituent la première source de droit interne. Toutefois, la Constitution française de 1958 les classe en plusieurs catégories : d'une part, il y a des lois organiques, qui fixent les modalités et l'organisation des pouvoirs publics et sont supérieures aux lois ordinaires ; d'autre part, la

Constitution a prévu, à côté des lois parlementaires, des lois référendaires, c'est-à-dire adoptées par voie de référendum portant sur l'organisation des pouvoirs publics ou la ratification de certains traités.

La Constitution de 1958 a également permis au Gouvernement de légiférer par ordonnances. Celles-ci doivent faire l'objet d'une habilitation et, plus tard, d'une ratification par le Parlement, mais elles entrent en vigueur dès leur publication.

Une autre innovation de la Constitution de la Vème République est la distinction d'un domaine législatif et d'un domaine réglementaire. En conséquence, certaines matières qui relevaient, avant 1958, du domaine législatif, sont maintenant du domaine réglementaire, et font l'objet de décrets. A noter, toutefois, que la loi votée par le Parlement, et expression de la volonté générale, demeure incontestable, ce qui n'est pas le cas du règlement, qui émane du pouvoir exécutif. Quant à la hiérarchie entre les règlements, elle est la suivante : décret en Conseil des ministres, signé par le Président de la République ; décret simple, signé par le Premier ministre ; arrêté ministériel, émanant d'un ministre ; arrêté municipal, pris par le maire d'une commune.

Quant à la jurisprudence, elle entretient avec la loi des relations complexes : ses décisions sont parfois à l'origine de réformes législatives, mais peut-elle être créatrice de droit ? A l'article « jurisprudence » de l'*Encyclopédie* publiée par Universalis et Le Figaro, André Tunc, se fondant sur des idées déjà exprimées par Portalis, rappelle les trois fonctions de la jurisprudence : appliquer les règles légales en précisant, le cas échéant, la portée ; remédier aux lacunes et aux obscurités de la loi ; adapter le droit à l'évolution de la société. Il s'agit donc bien d'une source du droit français.

1.2 La place respective des sources du droit dans différents systèmes

Actuellement, on peut dire que les sources du droit objectif sont au nombre de trois : la loi, la décision de justice et la coutume. Si la loi, au sens formel, est votée par le Parlement, on peut considérer que les règlements sont des lois au sens fonctionnel et matériel, en raison de leur caractère général et impersonnel. Cet ensemble constitue ce que l'on

Les sources du droit comme données en traductologie

appelle souvent le « droit écrit », bien qu'une telle formulation soit loin d'être satisfaisante, par opposition à la jurisprudence et à la coutume, même rédigées

Dans la famille romano-germanique, c'est le droit légiféré (terme que nous préférons à « droit écrit »), c'est-à-dire la loi, qui est la première source du droit et donne sa cohérence au système juridique. Viennent ensuite le droit judiciaire et le droit coutumier.

Dans la famille de *common law*, historiquement c'est le droit judiciaire, c'est-à-dire l'ensemble des décisions des Cours royales, qui est la première source du droit, et la cohérence du système est donnée par la règle du précédent. Le droit légiféré est la seconde source du droit, même si son rôle s'accroît. Le droit coutumier est la troisième source.

En conséquence, certains domaines normalement régis par la loi dans les droits romano-germanique le sont par des décisions de justices en *common law*. Ainsi, dans l'Arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990, la Cour européenne des Droits de l'homme a admis que les règles de *common law* avaient en Grande-Bretagne une fonction équivalente à celle de la loi dans les systèmes continentaux. On note également une certaine tendance à dire que le Royaume Uni n'est pas un pays de « droit écrit » et même, par une assimilation excessive de la jurisprudence à la coutume, que son droit est coutumier. Il est vrai que de prestigieux juristes anglais ont entretenu la fiction d'un droit qui serait « la coutume immémoriale du royaume ». Il faut seulement constater que la place respective des différentes sources du droit varie suivant les systèmes.

Par ailleurs, si nous sortons du cadre des droits dits occidentaux, c'est la place même des règles juridiques parmi les règles de conduite qui pose un problème. Au Moyen Orient, la règle religieuse prime souvent sur le droit *stricto*

sensu : par exemple, le Coran est la première source du droit musulman. En Extrême Orient, les mœurs jouent fréquemment un rôle plus important que le droit dans les relations sociales :

« Dans les secteurs qui nous paraissent juridiques par nature ou du moins par habitude, la régulation peut néanmoins intervenir par la voie des mœurs. Les sociétés à forte armature collective (Extrême Orient) ont beaucoup de mœurs et peu de droit » (Ph. JESTAZ, *Le droit*).

En traduction, on doit, par conséquent, s'interroger sur la notion même de texte juridique. A mon avis, tout texte qui produit un effet de droit dans un système donné peut être qualifié de juridique, même s'il ne l'était pas dans la culture de son auteur.

On voit, par conséquent, que le droit comparé apporte au traducteur des instruments de réflexions pour une démarche inter-idiomatique permettant de dépasser sans cesse la terminologie pour appréhender, dans de grands ensembles, les institutions qui concourent à la constitution d'un ordre juridique donné.

II. LA REALISATION DU DROIT

Une fois créé, suivant les modalités propres à chaque source, le droit s'applique aux membres du groupe social pour lequel il a été conçu. Certains aspects de la réalisation du droit doivent être connus du traducteur, pour lui permettre de jeter un pont entre les deux systèmes qu'il est chargé de mettre en contact. Par définition, les traducteurs assermentés sont informés des règles de procédure et de l'administration des preuves, et je n'ai rien à leur apprendre en la matière, d'autant qu'ils ont des conférences de magistrats, d'avocats et de policiers. J'aborderai plutôt les problèmes de fond plus

Les sources du droit comme données en traductologie

directement liés aux questions de langue et de traduction. Ainsi, tous les auteurs insistent sur l'importance du langage dans l'expression du droit et sur son interprétation, mais peut-être est-il utile de rappeler brièvement ce qu'est le cadre de la réalisation du droit et quels en sont les acteurs.

2.1. Le cadre de la réalisation du droit : le système juridique

Une fois créé par le législateur, le juge, ou la conscience populaire, le droit est mis en pratique dans un système juridique. Dans son ouvrage *Le droit*, Ph. Jestaz écrit que « Tout droit est un système, c'est-à-dire un ensemble d'éléments interactifs qui se veulent cohérents ». La notion de système de droit a donné lieu à de nombreux écrits, sur lesquels je ne m'étendrai pas. De même, tous les éléments d'un système juridique n'intéressent pas au même titre le traducteur. Je partirai des propos de F.Terré (*Introduction générale au droit*) : « C'est à partir de deux sortes de distinctions que s'ordonne notre système juridique ; les divisions du droit, les ordres de juridictions ». J'y ajouterai quelques considérations sur le caractère relatif de la notion de système juridique et sur les branches du droit.

- Les divisions du droit

Le droit français distingue le droit public du droit privé.

Le premier régit l'organisation de l'Etat, les rapports de l'Etat et de ses agents, ainsi que les rapports entre ceux-ci et les particuliers, il comprend, notamment, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit international public. Le second gouverne les rapports entre les particuliers ;

il comprend le droit civil, le droit commercial, le droit du travail, tous codifiés. Certains domaines sont mixtes : la procédure civile et le droit international privé, par exemple.

Les systèmes juridiques n'expriment pas tous la même conception de la division du droit public et du droit privé.

- Les juridictions

L'une des caractéristiques du droit français tient à l'existence de deux ordres de juridictions : Les juridictions de l'ordre judiciaire sont civiles ou pénales. Elles sont de droit commun (tribunal de grande instance, par exemple) ou d'exception (tribunal de commerce, conseil des prud'hommes, par exemple). La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire est la Cour de cassation. Au sommet de l'ordre administratif se trouve le Conseil d'Etat.

L'organisation des juridictions consacre le principe du double degré de juridiction : les décisions des juridictions du 1^{er} degré (tribunal de grande instance, tribunal administratif, par exemple) sont susceptibles d'appel devant des juridictions du 2^{ème} degré (cour d'appel, cour administrative d'appel). Il n'y a pas, en droit français, de 3^{ème} degré de juridiction. A noter, qu'à la différence d'autres d'Etats, la France n'a pas de Cour constitutionnelle accessible aux citoyens.

Enfin, dans les relations contractuelles internationales, le recours à l'arbitrage est fréquent, de sorte que certains litiges échappent à la compétence des juridictions internes.

Les sources du droit comme données en traductologie

- La relativité de la notion de système de droit

Il existe des Etats fédéraux, dans lesquels il existe, à côté d'un droit fédéral, des sous-ensembles propres à chaque Etat fédéré. C'est le cas en Allemagne, où les *Länder* jouissent d'une grande autonomie. Au Canada, sont représentées les deux familles des droits occidentaux : le droit romano-germanique au Québec et la *common law* ailleurs.

En Espagne, qui n'est pas à proprement parler un Etat fédéral, le système juridique admet la présence d'un droit régional traditionnel, *derecho foral*, qui soustrait parfois certaines provinces à l'emprise du droit civil national.

Enfin, le droit communautaire européen est un système en voie de constitution, une création *sui generis*, dont les relations avec les systèmes de droit internes des Etats membres de l'Union ne sont pas simples, comme le montrent, par exemple, les questions soulevées par la ratification en France du traité de Maastricht, déjà évoquées.

- Les branches du droit

Les branches du droit sont des subdivisions du droit objectif, public ou privé. Le mot « branche » est souvent synonyme de matière, de discipline. Dans la mesure où la division en droit public et droit privé n'est pas universelle, on peut s'attendre à ce que les branches du droit ne coïncident pas toujours entre deux systèmes : au sein même de la famille romano-germanique, le droit italien a opté pour la fusion du droit civil et du droit commercial; le droit des obligations est réparti en Suisse entre le code civil et le code des obligations.

La branche du « droit des obligations » n'existe pas, en tant que telle, en *common law* : le droit des contrats y englobe les contrats civils, commerciaux et administratifs, qui

relèvent de trois branches distinctes du droit français, malgré leurs nombreux points communs ; les délits et quasi-délits civils font l'objet du droit des *torts*. Les *trusts* sont une institution propre au système anglo-saxon et difficile à adapter dans les pays romano-germaniques.

En traduction, les textes peuvent donc relever de catégories différentes suivant les systèmes de droit.

2.2. Les acteurs de la réalisation du droit

Les acteurs de la réalisation du droit peuvent être classés en deux grands groupes : les sujets de droit et les autorités. Bien entendu, il ne s'agit pas ici des autorités créatrices du droit, le législateur au sens large, mais de celles qui sanctionnent les règles de droit.

Dans les relations qui relèvent du droit, les sujets sont des personnes physiques ou des personnes morales. Ces dernières peuvent être de droit public (l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics) ou de droit privé (les sociétés et divers groupements). Elles réalisent le droit, notamment en concluant des contrats, actes juridiques sources de droits subjectifs. Ces sujets n'agissent pas toujours directement : ils sont souvent représentés ; ils font aussi appel à des intermédiaires pour exprimer leur pensée par écrit ou oralement (notaires, avocats, avoués, par exemple), ce qui met les juristes en général en bonne place dans la réalisation du droit, en dehors même de tout conflit.

Parmi les autorités qui sanctionnent la règle de droit, les juges jouent un rôle particulièrement important. La fonction de juge est universelle, mais l'organisation de ses missions est le reflet de la structure même du système juridique. En traduction, cette variabilité est à prendre en considération car la terminologie est trompeuse : le mot

Les sources du droit comme données en traductologie

français « magistrat » désigne tout juge professionnel, alors que le *magistrado* espagnol siège dans les juridictions supérieures et que le *magistrate* anglais est un juge de proximité. De même, les missions des auxiliaires de la justice ne se recouvrent pas toujours : le *notario* espagnol est « notaire », mais aussi « huissier » ; le *solicitor* joue un rôle qui rappelle celui du « notaire », mais aussi celui de l'« avoué », en n'étant ni l'un ni l'autre. Notons encore que les arbitres internationaux ne sont pas des juges des systèmes internes et que les parties à un litige participent à leur nomination.

En bref, ce qui me semble important en traduction, face à une terminologie complexe, c'est de bien comprendre les situations dans lesquelles se trouvent les différents agents de la réalisation du droit : individu partie à un procès, représentant d'une personne morale dans l'accomplissement d'un acte, juriste dans une fonction de conseil, juge d'appel, etc. Mais tous réalisent le droit dans un cadre légal.

Par rapport à eux, le traducteur joue un rôle second, mais pas secondaire, dans la réalisation du droit.

2.3. Les moyens d'expression du droit : le langage, instrument du droit

Tous les auteurs de traités et de manuels de droit sont amenés à consacrer des développements plus ou moins importants aux problèmes du langage du droit. Le linguiste F. de Saussure avait d'ailleurs constaté dans son *Cours de linguistique générale* que la langue est une « institution sociale », à côté « des autres institutions politiques, juridiques, etc. ». Le juriste J. Carbonnier a mis l'accent sur le fait que la langue et le droit sont les piliers de toute société : il s'agit de deux « phénomènes sociaux », « empreints d'un certain caractère contraignant et normatif ». Constatons avec les grands auteurs que l'importance du langage pour le droit est attestée par l'existence d'un droit du langage, par le rôle du langage comme instrument du droit et par le rapport droit-langue dans la culture juridique des Etats.

- Le droit du langage

Tout d'abord, le législateur reconnaît des droits linguistiques à certains groupes, notamment dans les Etats multinationaux. Rappelons que le Canada connaît le bijuridisme et le bilinguisme, que la question linguistique a été déterminante dans le choix du fédéralisme en Belgique, et que l'Espagne reconnaît, à côté de la langue et du droit nationaux, des langues régionales et un droit traditionnel propre à certaines Communautés autonomes.

On constate, en outre, une obligation d'enseigner certaines langues dans les établissements scolaires. De même, le droit réglemente l'usage des idiomes dans les actes ; il importe ou recommande certains termes : par exemple, en France, *crédit-bail* pour *leasing*.

Les sources du droit comme données en traductologie

Plus généralement, le droit attache au langage des conséquences juridiques. Dans sa *Linguistique juridique* (Montchrétien), G. Cornu remarque que « dans les actes consensuels, l'expression verbale du consentement suffit, par elle-même, à lier juridiquement son auteur », et que des effets sont attachés à l'émission sonore de la parole, ou à l'acte graphique (la signature engage le signataire).

- Le langage, instrument du droit

A la différence des autres disciplines scientifiques, le droit ne peut se passer du langage. Celui-ci est indispensable, qu'il s'agisse d'édicter une norme, de sanctionner le manquement à un devoir, de conseiller, ou de convaincre. Citons trois auteurs qui résument fort bien la question :

« Le droit (...) ne nous apparaît que sous les espèces de discours (qu'il s'agisse des discours des lois, des juges, des juristes, de la doctrine) ; et de discours assujettis aux lois d'un langage. Tout ce que profèrent les juristes et le législateur se trouve conditionné par ce langage. Et ce n'est pas assez de dire que le langage est leur instrument, à moins d'ajouter que cet instrument est une servante maîtresse. Et en vérité le langage est de lui même connaissance ; son vocabulaire, sa syntaxe sont une façon de découper la structure du monde ; de notre science, notre langage constitue la première moitié. » (M. Villey, *Archives de philosophie du droit*, Tome XIX, 1974).

« L'activité juridique est faite d'exercices de vocabulaire. Théoriciens et praticiens du droit en font quotidiennement l'expérience sans même, la plupart du temps s'en inquiéter, comme de toute chose dite habituelle, » (J.L. Souriaux, P. L erat, *le langage du droit*, P.U.F.).

« En avançant à petits pas dans la carrière judiciaire, en changeant de centre d'observation, j'ai pu me convaincre chaque jour davantage que la probité de la langue allait de pair avec l'exactitude de la pensée, et qu'il y avait un lien préétabli entre les formes de la diction et les règles du raisonnement et qu'un jugement se défendait d'autant mieux qu'il était mieux construit. » (P. Mimin, *le style des jugements*, Librairies techniques).

Notons, enfin, que la distinction des formes des discours juridiques rejoint celle des sources du droit : discours du droit légiféré, discours du droit judiciaire, discours des juristes-rédacteurs d'actes.

- Le rapport droit-langue dans la culture juridique des Etats

Certaines écoles ont insisté sur l'origine coutumière de la langue et du droit pour en déduire des conséquences idéologiques. En Allemagne, par exemple, l'Ecole historique du droit, hostile à la codification française ou autrichienne, a affirmé le caractère populaire et autochtone du droit : d'où sa subordination à la langue, d'essence populaire. Le droit ne serait-il qu'un langage ?

Sans aller jusque là, on connaît l'importance que les législateurs ont accordé au lexique et au style des codes civils, qui sont au cœur du droit privé. Par exemple, le BGB allemand a privilégié la technicité du langage et évité la polysémie, alors que les codes suisses sont rédigés dans une langue dite populaire. Plus récemment, en 1966, la commission chargée de rédiger un nouveau code civil au Portugal a opté pour un langage technique et s'est même interrogée sur le temps des verbes à employer, préférant, en fin de compte, le présent au futur.

Les sources du droit comme données en traductologie

D'une manière générale, le droit français affirme la primauté de l'esprit sur la lettre et se méfie de l'excès de rigidité des lexiques juridiques, car des notions floues en apparence permettent des évolutions conformes à l'intérêt social.

Les choix linguistiques en matière juridique montrent alors l'ancrage du droit dans une certaine culture. Mais il faut souligner le fait que les formes sont une garantie de la bonne technique juridique ; celles-ci varient suivant les systèmes, qu'il s'agisse du droit légiféré, du droit judiciaire ou de la pratique. D'où la nécessité pour le traducteur d'avoir une bonne connaissance des formes du discours juridique.

Toutefois, au-delà de la diversité technique et linguistique, les universaux juridiques donnent des repères de lecture et des clés permettant au traducteur de réaliser correctement le passage de l'original à la culture du destinataire final du message.

2.4. L'interprétation du droit

L'interprétation joue un rôle essentiel dans la réalisation du droit. C'est pourquoi tous les ouvrages d'introduction au droit lui consacrent de longs développements.

Le point de départ de toute réflexion en la matière est la constatation du fait que la règle de droit est formulée de façon abstraite, alors que sa fonction est de régir dans le concret la vie sociale. Le passage de l'abstrait au concret rend nécessaire la recherche du sens de la règle de droit. Le « processus intermédiaire d'interprétation », suivant la formule de F. Terré (*Introduction générale au droit*, Dalloz), permet de dire *a priori* quel doit être le comportement du sujet de droit et, *a posteriori*, si une conduite a été correcte.

Je renvoie, pour le délai, aux ouvrages rédigés pour les juristes, me contentant de fixer les idées en ce qui concerne les auteurs de l'interprétation et les techniques d'interprétation, et de rappeler *in fine* la place que la traductologie réserve à la recherche du sens des discours, au-delà de la signification des mots de la langue.

- Les auteurs de l'interprétation

Les auteurs de l'interprétation sont divers : il arrive que le législateur lui-même interprète une règle de droit (loi interprétative) ; l'administration interprète elle aussi des textes (par exemple, dans les réponses ministérielles) ; la doctrine donne de l'ordre juridique une vision ordonnée et peut proposer des solutions ponctuelles ; les praticiens, qui ont une mission d'organisation de la vie juridique (rédaction d'actes, consultation, conduite d'un procès) ont par là même une fonction d'interprétation des normes. Mais on peut dire que, en droit français, un rôle majeur est confié au juge, par l'article 4 du Code civil sur l'interprétation de la loi et par les articles 1156 à 1164 du même Code, concernant les contrats.

Notions l'article 4 :

« 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 d'un déni de justice ».

L'interprétation constitue donc le fondement même de la jurisprudence, la fonction unificatrice du droit étant assurée par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Toutefois, il s'agit d'une fonction complexe et variée. Les auteurs distinguent généralement :

- La fonction d'interprétation proprement dite, dans laquelle la jurisprudence assure le passage de la règle abstraite aux cas concrets en définissant le sens exact de la règle de

Les sources du droit comme données en traductologie

droit. Toutefois, la prohibition des arrêts de règlement interdit au juge de supplanter le législateur.

- La fonction de suppléance de la loi, en cas de lacune.

Ce cas est prévu par l'article 4 C.c.

- La fonction d'adaptation de la loi, qui subit un certain vieillissement et doit évoluer en fonction des besoins de la société. Mais c'est surtout dans ce cas que l'on peut se demander si certaines formes d'interprétation ne dissimulent pas une véritable création de la règle de droit.

- La fonction prospective, consistant à mettre en lumière les défaillances de l'ordre juridique et proposer des remèdes.

L'interprétation de la loi est donc utile à la compréhension d'un système de droit. Mais l'interprétation de la décision de justice a aussi son importance et met en relief un des rôles de la doctrine : ainsi, dans une décision de justice britannique, il pourra être nécessaire de distinguer la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum*.

Quant à l'interprétation du contrat, elle pose des problèmes particuliers : alors que, dans la loi, il y a une seule volonté à interpréter, dans le contrat, il y a rencontre de deux volontés. Or le juge ne peut ni remplacer les parties, ni dénaturer le contrat.

- Les techniques d'interprétation

Les auteurs de l'interprétation, qu'ils soient juges, jurisconsultes, ou praticiens, sont guidés dans leur tâche.

Tout d'abord, dans tous les systèmes juridiques, on distingue les formes suivantes, dont l'importance varie dans l'espace et dans le temps :

- Interprétation grammaticale.

- Interprétation logique (contexte, cohérence des systèmes).

Interprétation psychologique (recherche de la volonté des auteurs).

- Méthode historique ou évolutive (adaptation de la règle au milieu social qui évolue).

- Principe de l'effet utile ou d'efficacité (notamment en droit international public).

- Interprétation téléologique (recherche de la finalité de la règle, de son but social).

Certains auteurs ont noté l'importance grandissante de la référence aux objectifs de la loi.

Il existe aussi des règles pratiques d'interprétation, que l'on trouve parfois dans deux maximes exprimées en latin :

- *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (quand la loi ne distingue pas, nous non plus ne devons distinguer).

- *Generalia specilibus non derogant* (les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales) et, inversement, *Specialia generalibus derogant*.

- *Interpretatio cessit in claris* (l'interprétation cesse lorsque le sens est clair). On peut se demander s'il n'y a pas là un critère permettant de caractériser, en *common law*, *construction et interpretation*, souvent si difficiles à distinguer.

Parmi les procédés d'interprétation, on peut citer l'argumentation *a pari* (recours aux règles voisines dans un même domaine), l'argumentation *a fortiori*, l'argumentation *a contrario*, le recours aux principes généraux en droit administratif.

Pour l'Ecole de la libre recherche scientifique (F. Gény), l'interprétation permet de rechercher ce que voudrait le législateur dans un nouvel état de chose. Ce courant s'est

Les sources du droit comme données en traductologie

opposé à l'Ecole de l'Exégèse, nourrie par le culte du Code Napoléon.

2.5. La recherche du sens du discours juridique par le traducteur

Si le juge crée du droit à l'occasion de l'interprétation de la loi, le traducteur de texte juridique est-il un auteur ? Il n'est pas rare que les théoriciens de la traduction littéraire voient dans le traducteur un véritable auteur, mais peut-on en dire autant du traducteur juridique ?

Avant de donner mon opinion sur cette question, je voudrais rappeler mon idée selon laquelle les règles du droit français relatives à l'interprétation des contrats trouvent un écho dans la théorie interprétative de la traduction.

- L'interprétation du contrat : rapprochement avec la théorie interprétative en traduction.

Les articles 1156 à 1164 du Code civil français constituent un guide pour l'interprétation des conventions. On y lit :

« On doit dans les conventions rechercher la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

La théorie interprétative en traduction n'enseigne pas autre chose quand elle affirme que le traducteur doit rechercher le vouloir-dire de l'auteur au-delà de la signification des mots. L'esprit l'emporte sur la lettre .

De même, je rapproche souvent l'article 1161 du Code et une citation de M. Lederer.

« Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». (Art. 1161, C.c.)

« Dans la communication, le sens se dégage de l'enchaînement des mots et des phrases, chacun et chacune ajoutant son apport aux autres mais bénéficiant aussi du leur. »

(M. Lederer in *Interpréter pour traduire*)

La démarche du juriste et celle du traductologue, au moins dans la culture française, ont donc des points communs.

- Autres approches traductologiques

D'autres traductologues ont montré, notamment au Canada et en Suisse, que les conceptions relatives à l'interprétation des discours juridiques pouvaient donner des supports théoriques aux travaux des traducteurs. On peut citer, à titre d'exemple, une communication de N.Kasirer, présentée au colloque sur la traduction juridique organisée par l'ETI de Genève en février 2000, intitulée : « François Geny's libre recherche scientifique as a Guide for Legal Translation ». L'idée générale est toujours que le traducteur ne doit pas être asservi par la lettre du texte.

Il faut remarquer, cependant, que l'Ecole de l'Exégèse, critiquée par Gény, ne prônait pas un littéralisme, ce qu'explique fort bien J.Carbonnier :

« Sans doute, au départ, il y a bien le culte du texte de loi.

Mais ce texte ne doit pas être lu comme le rouleau de parchemin que déchiffre l'orientalisme ; une interprétation littérale et grammaticale n'atteindrait pas sa nature. »

Enfin, les traducteurs doivent savoir que certains systèmes de droit attachent une importance plus grande à la lettre des discours juridiques que d'autres. Ainsi, il n'est pas

Les sources du droit comme données en traductologie

rare que le juge britannique fasse prédominer l'interprétation objective, consistant à se fier au comportement d'une personne raisonnable, sur la recherche de l'intention des parties. De même, pour l'interprétation de la loi, la *literal rule* veut que l'on prenne les mots dans leur signification normale et que l'on se livre à une analyse grammaticale stricte.

Dans la réexpression du sens, il y a donc des limites que le traducteur ne doit pas franchir. Si, dans le domaine du droit, l'intention de l'auteur rejoint parfois le vouloir-dire, en traduction, celui-ci ne doit pas être dégagé de son support linguistique. Comme l'indique D. Seleskovitch dans *Interpréter pour traduire* :

« (...) le sens est explicitement désigné et réexprimé dans la traduction, contrairement à l'intention du dire qui l'est pas. »

Sans être prisonnier de la signification des mots, mais conscient des différences qui peuvent exister entre deux systèmes de droit en matière d'interprétation, le traducteur est toujours à la recherche d'un équilibre délicat au moment du choix des termes. Dans ce cas aussi, le droit apporte des éléments de réponse. Tout d'abord, un sens technique peut être rendu sans terme technique, avec des termes du langage courant. Dans sa *Linguistique juridique*, G. Cornu exprime l'idée selon laquelle toute les fois qu'un terme technique est seul capable de rendre une idée avec précision il doit prévaloir ; en revanche, chaque fois qu'une idée technique peut être rendue de façon équivalente par une formulation technique ou par une expression courante, celle-ci doit prévaloir. C'est l'occasion de rappeler que la traduction n'est jamais identique à l'original, mais qu'elle doit être équivalente à celui-ci.

Conclusion

La connaissance des sources du droit est un élément important de la culture de tout traducteur qui aborde les textes juridiques. Quant aux traducteurs assermentés, dont le cadre d'activité dépasse d'ailleurs largement le domaine judiciaire, ils sont mieux placés que quiconque pour savoir qu'ils concourent directement à la réalisation du droit et, de ce fait, que la connaissance de l'organisation judiciaire, des procédures et des règles de preuve leur est nécessaire. C'est donc délibérément, je le rappelle, que je n'ai pas abordés ces questions qui leur sont familières.

En résumé, je me suis surtout efforcé de montrer qu'il y a dans tout travail de traduction spécialisée une toile de fond qui ne transparaît pas toujours dans le texte traduit mais qui constitue sans nul doute un facteur de qualité que savent apprécier les professionnels du droit.

Mais à la question de savoir si le traducteur de texte juridique fait œuvre d'auteur, comme c'est parfois le cas en littérature, je réponds par la négative. Avec le sens, le traducteur littéraire peut avoir à transférer des effets produits par l'original, car il agit parfois sur les émotions, faisant ainsi appel à la sensibilité et à l'imagination. Or, il ne peut en être de même dans le passage d'un système de droit à un autre, car les mêmes textes, y compris ceux rédigés dans la même langue, produisent souvent des effets juridiques différents.

Sauf peut être dans le domaine de la plaidoirie, les émotions tiennent peu de place dans les discours juridiques, et c'est le souci de rigueur scientifique qui doit l'emporter chez le traducteur.

Je dirai, pour conclure, que le sens du discours original ayant été compris et reformulé par le traducteur, l'œuvre de celui-ci s'achève alors que commence le travail du juriste.