



**SERVICE COMMERCIAL : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**

3, Avenue Robert Schuman - 13628 PROVENCE Cedex 1  
Tél. : 04.42.17.24.21 - Fax : 04.42.17.24.33 - puam@univ-amu.fr

*ABONNEMENT : 5 numéros par an - Tarif 2014*  
Abonnement France : 185 €    Abonnement Étranger : 220 €  
Numéro France et Étranger : 45 €

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
- CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN-FR7610071130000000100606779  
- BIC : BDFEFRPPXXX

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade – titre – affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

**DROIT PROSPECTIF**

**2014-5 N° spécial**

Abréviation de référence : RRJ

N. XXXIX - 155 (39<sup>e</sup> année – 155<sup>e</sup> numéro)  
(5 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM



## COMITÉ DE PATRONAGE

---

M. Paul AMSELEK	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur émérite de l'Université de Paris I
M. Pierre CATALA (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Philippe DELEBECQUE	Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Roland DRAGO (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Maurice FLORY	Professeur honoraire à l'Université d'Aix- Marseille
M. Michel LESAGE	Professeur émérite de l'Université Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (CNRS)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Christian LOUIT	Professeur émérite à l'Université d'Aix- Marseille
M. Alain SÉRIAUX	Professeur à l'Université de Perpignan
M. François TERRÉ	Professeur émérite de l'Université Paris II

\*

## COMITÉ DE LECTURE

---

J.-C. RICCI	J. MESTRE
J.-L. BERGEL	J.-L. MESTRE
A. BUGADA	J.-M. PONTIER
J.-Y. CHÉROT	E. PUTMAN
I. BARRIÈRE-BROUSSE	U. NGAMPIO
Ph. BONFILS	G. LARDEUX

## ÉQUIPE DE RÉDACTION

---

J.-L. MESTRE  
J. MESTRE  
J.-Cl. RICCI



**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE  
JURIDIQUE**

- N° 28 -

**L'ÉVOLUTION ET LA RÉVISION  
DES CONCEPTS JURIDIQUES**

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité  
de M. le Professeur Frédéric ROUVIÈRE





## TABLE DES MATIÈRES

---

Avant-propos par <b>Frédéric ROUVIÈRE</b> .....	2161
<b>- Massimo LA TORRE</b> Concetti giuridici e tortura Usi ed abusi teorici .....	2163
<b>- Massimo LA TORRE</b> Concepts juridiques et torture Usages et abus théoriques.....	2175
<b>- Stefan GOLTZBERG</b> Dans quelle mesure faut-il réviser la notion de cruauté ?.....	2187
<b>- Olivier THOLOZAN</b> Le contrat de travail <i>Révision du louage de service en droit français</i> .....	2199
<b>- Frédéric ROUVIÈRE</b> Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?.....	2213
<b>- Alain PAPAUX</b> Pour des « concepts juridiques <i>épais</i> » : entre un passé sédimenté par le futur et un futur préempté par le passé.....	2231
<b>- Jean-Yves CHÉROT</b> Signification et révision des concepts en droit.....	2257
<b>Table analytique des matières</b> .....	2275
<b>Table alphabétique des matières</b> .....	2281
<b>Table analytique des auteurs</b> .....	2283



## LISTE DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Volumes I et II <i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	RRJ 1986-4 et 1987-4
Volume III <i>Les standards dans les divers systèmes juridiques</i>	RRJ 1988-4
Volume IV <i>Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs</i>	RRJ 1989-4
Volume V <i>Regards sur la méthodologie juridique</i>	RRJ 1990-4
Volume VI <i>Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français</i>	RRJ 1991-4
Volume VII <i>Modes de réalisation du droit</i>	RRJ 1992-4
Volume VIII <i>Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques</i>	RRJ 1993-4
Volume IX <i>L'évaluation législative</i>	RRJ 1994-4
Volume X <i>Analogie et méthodologie juridique</i>	RRJ 1995-4
Volume XI <i>Méthodologie de la recherche juridique</i>	RRJ 1996-4
Volume XII <i>Législation par référence</i>	RRJ 1997-4
Volume XIII <i>Méthodes comparées de l'enseignement du Droit en France et à l'étranger</i>	RRJ 1998-4
Volume XIV <i>Les dispositions transitoires</i>	RRJ 1999-5
Volume XV <i>Méthodologie juridictionnelle La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice</i>	RRJ 2000-5

---

Volume XVI <i>Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative</i>	R.R.J 2001-5
Volume XVII <i>Justice et qualité</i>	RRJ 2002-5
Volume XVIII <i>Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative</i>	RRJ 2003-5
Volume XIX <i>Méthodes du Code Civil : pérennité et évolutivité Les secrets d'un bicentenaire</i>	RRJ 2004-5
Volume XX <i>Rétrospective et perspectives de recherche en Méthodologie Juridique. Les 20 ans de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille</i>	RRJ 2005-5
Volume XXI <i>Nouvelles méthodes d'accès et diffusion informatique du droit</i>	RRJ 2006-5
Volume XXII <i>L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay</i>	RRJ 2008-5
Volume XXIII <i>L'émergence d'une culture judiciaire européenne</i>	RRJ 2009-5
Volume XXIV <i>Globalisation du droit et professions juridiques</i>	RRJ 2010-5
Volume XXV <i>Les normes privées internationales</i>	RRJ 2011-5
Volume XXVI <i>Les concepts en droit : usages et identité</i>	RRJ 2012-5
Volume XXVII <i>La pensée de Paul Amssek</i>	RRJ 2013-5
Volume XXVIII <i>L'évolution et la révision des concepts juridiques</i>	RRJ 2013-5

## AVANT-PROPOS

---

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit*

Depuis la cinglante critique de François Gény qui voyait le concept comme « isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte pour former une pure construction juridique bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée »<sup>1</sup>, les juristes ont plutôt tendance à accepter avec prudence toute réflexion sur les concepts. Les concepts sont immédiatement soupçonnés en raison de leur caractère artificiel et abstrait mais encore rigide et fixe. En écho à la maxime issue du Digeste selon laquelle toute définition est périlleuse (*omnis definitio in jure civili periculosa est*), les concepts juridiques sont compris comme manquant de souplesse et comme étant inaptes à s'adapter au flux de la vie sociale.

C'est précisément cette idée reçue que les présentes contributions visent à questionner. Contre l'idée de fixité, on peut faire valoir un paradoxe : les concepts juridiques seraient inadaptés et pourtant, bien des catégories juridiques ont une formidable pérennité : l'obligation, la propriété, la responsabilité, la distinction des personnes et choses et bien d'autres encore. Cette pérennité n'est précisément pas celle d'un contenu idéal qui serait fixé de toute éternité. Le concept survit en se modifiant, en se transformant. Or très peu d'études se focalisent sur ce processus par lequel les concepts sont peu à peu amendés pour évoluer et s'adapter à des exigences nouvelles. Bref, il semble exister comme une logique propre pour l'évolution et la révision des concepts juridiques.

Contre une analyse sans nuance à la limite de la caricature, les concepts juridiques ne sont pas les seuls produits de volontés arbitraires. Du moins, une fois créés, les concepts juridiques ne sont pas révocables selon le bon vouloir des interprètes. C'est bien le contraire qui est manifeste : l'interprétation a toujours lieu *contre* les concepts, c'est-à-dire à la fois en prenant appui sur eux et en cherchant à modifier leur sens ou leur champ d'application.

Dans cette optique, les présentes contributions visent à mettre en relief les problèmes méthodologiques et théoriques qui se posent lorsque la définition d'un concept est amenée à évoluer. Pour cela des exemples précis ont été choisis : le concept de torture (Massimo La Torre), le concept de cruauté qui est proche (Stefan Goltzberg) ou le concept plus technique de contrat de travail (Olivier Tholozan). Ces exemples permettent de montrer, bien loin de l'idée d'une fixité immuable, combien les concepts changent, évoluent et sont en définitive révisés par les interprètes. Ainsi, les raisons qui expliquent l'évolution

---

<sup>1</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. I, 1914, n° 40, p. 113

et la révision des concepts méritent un éclairage. Peut-on réviser les concepts juridiques comme le sont les concepts des sciences empiriques ? (Frédéric Rouvière). La nature de certains concepts induit-elle un processus propre de révision (Alain Papaux) ? Quelle est l'influence des théories de l'interprétation et de la sémantique sur le processus de révision (Jean-Yves Chérot) ? Ainsi, les deux grandes lignes de réflexions retenues sont d'un côté une tentative de compréhension des facteurs qui peuvent influencer l'évolution des concepts à partir d'exemples choisis ; d'un autre côté une discussion sur la pertinence proprement théorique du mécanisme de révision.

Nous sommes bien conscients que les quelques analyses qui suivent sont bien loin d'épuiser le débat ou même de cerner totalement le problème de la révision des concepts. Toutefois, nous espérons mettre en lumière le fait que la question mérite d'être posée et approfondie car elle condense à la fois des enjeux pratiques et théoriques et se trouve à la jonction de très autres nombreux problèmes au rang desquels se trouvent l'interprétation, l'application des théories linguistiques au droit, l'appréciation de la spécificité des protocoles de validation en droit, la possibilité de réfuter des énoncés juridiques etc.

L'évolution et la révision des concepts juridiques donne ainsi l'occasion de réexaminer sous un autre angle les grandes questions qui agitent la théorie du droit et ses applications pratiques. À défaut d'être définitivement résolue, il fallait au moins que la question soit posée.

## CONCETTI GIURIDICI E TORTURA USI ED ABUSI TEORICI\*

---

Massimo LA TORRE

*Professeur à l'Université de Catanzaro (Italie) et à l'Université de Hull (Royaume-Uni)*

**Résumé :** *Pendant des siècles la torture a fait partie de l'attirail (malheureusement pas seulement conceptuel) du juriste. Pourtant, il est très douteux que l'on puisse considérer la torture comme un concept juridique.*

I. Per secoli la tortura ha fatto parte dell'armamentario (purtroppo non solo concettuale) del giurista. In una procedura penale nella quale la prova vera e piena è considerata solo la confessione, a questa non si può veramente rinunciare, a questa si deve ricorrere, questa si deve ottenere. Con ogni mezzo possibile e legittimo. Così la tortura, che è diretta ad estorcere la confessione, diviene una sorta di accessorio principio del diritto della prova. A ciò si aggiunge una concezione del diritto e specialmente del diritto penale che è manifestazione di forza assoluta, nella quale dunque la violenza non ha bisogno di essere attenuata o addomesticata, ma solo, semmai, centralizzata ed istituzionalizzata, e si avrà la ragione profonda della permanenza del tormento nelle regioni in genere considerate astratte della pratica giuridica. Alla quale corrisponde una scienza o dottrina giuridica che di questa necessità di violenza e di forza radicale si fa ben interprete e, direi anche, complice. Così la tortura assume il rango e la dignità di “concetto giuridico”. La ritroviamo nei trattati di procedura penale, e di essa si tratta come si trattasse di una pratica anodina o di un concetto tecnico come il contratto. Ma si può proprio dire che la tortura sia o sia potuta essere un “concetto giuridico”?

II. Che cosa sia un “concetto giuridico” è cosa ardua e su cui si sono arrovellate le migliori menti della giurisprudenza europea. Quel che forse si può dire con una qualche certezza è che cosa siano tali concetti, quale ne sia la tipologia e la funzione. Possiamo identificare almeno quattro possibili e diffuse accezioni di concetto giuridico. Comincio con quella che è la sua teoria più “forte” e maggiormente foriera di conseguenze. È l'idea che i concetti giuridici siano delle “cose” del diritto”, “oggetti” con una certa conformazione (e pertanto anche capaci di malformazioni), insomma “essenze” dotate di specifici contenuti e principi o valori. Il diritto risulterebbe della somma di queste “essenze”, di queste “cose” che sono i concetti giuridici; le norme positive non farebbero che esplicitarli e dare loro forma autoritativa.

Ma il concetto non è ancora mai del tutto esplicitato nella norma positiva, di maniera che dal concetto possono trarsi ulteriori conseguenze normative che

---

\* Relazione presentata al Convegno “L'évolution et la révision des concepts juridiques” (Faculté de Droit, Université d'Aix-Marseille, Aix, 23 octobre 2014).

affianchino la lettera della legge e la stessa sistematica dei codici. È questa l'idea dell'"istituto giuridico" (il germanico "*Rechtsinstitut*") attorno al quale si costruisce la scienza giuridica continentale a partire dall'opera di Savigny e della pandettistica. Per questo il diritto è per l'appunto composto di "istituti giuridici", di *Rechtsinstitute*, che si derivano dalla sua storia e dalla sua tradizione dottrinarie, in particolare da quella del diritto romano. Lavorando sui materiali di questo (usando i giusti "reagenti") si possono "isolare" degli "elementi" fondamentali: la "chimica" è qui vista, più che come una metafora dell'opera dello "scienziato", come un vero e proprio modello metodologico.

Così che Jhering alla chimica più volte si riferisce per spiegare il lavoro della scienza giuridica. Questa ha il compito di trovare essenze non ulteriormente riducibili e questi sono i concetti giuridici di base, per l'appunto i *Rechtsinstitute*. Per esempio, tali sono considerati il "negozio giuridico", elemento più fondamentale del "contratto". Un "istituto giuridico" sarà per esempio ancora il "matrimonio", e questo, una volta definito in un certo modo, con certe caratteristiche essenziali, sarà in grado di guidare l'opera del giurista pratico. Un caso potrà essere risolto mediante il riferimento alle implicazioni materiali del concetto, ben al di là della lettera della legge. Non si argomenterà più moralmente o giusnaturalisticamente per principi, ma secondo il metodo della "scuola storica" e della pandettistica in modo apparentemente descrittivo facendo leva sui caratteri definitivi di un certo concetto, che non consentono certe conclusioni e che invece spingono verso certe altre. Per esempio, usando ancora il caso del matrimonio, se questo è definito come l'unione tra due soggetti di sesso diverso, ogni possibile decisione che ne ampli la circonferenza e l'applicazione in direzione della protezione degli interessi delle coppie omosessuali, sembrerà essere interdetto. E tale conclusione la si sostiene in maniera apparentemente neutrale, valutativa, "scientifica", facendo appello alle "cose" come sono, agli "elementi" così come si danno, alla "natura" dell'"istituto".

Qualcosa di analogo si dà nel diritto penale con la teoria del "bene giuridico", entità che costituirebbe l'essenza della fattispecie del reato, e dalla quale si potrebbero trarre risposte pratiche per la decisione di casi concreti. Il "bene giuridico" si presenta così come una realtà, una "cosa", che precede la norma (e la stessa costituzione), e che è il criterio fondamentale di riferimento al fine di comprendere il senso e determinare la portata della fattispecie in questione. Il "bene giuridico" invero è più di un concetto; sarebbe ciò cui il concetto (la fattispecie, per esempio la "truffa") si riferisce per certi versi "a contrario".

Quasi specularmente contrapposta alla precedente idea dei concetti giuridici è quella che li vede come meri "presentation tools" (per usare l'espressione di Alf Ross), "strumenti di presentazione" di norme giuridiche positive. Domina qui l'antiessenzialismo, che talvolta giunge a riconfigurare i concetti giuridici come "essenza" come una sorta di oggetti di magia, di "unicorni", che si evocano sullo sfondo di convinzioni metafisiche forti o di superstizioni sull'esistenza di esseri soprasensibili, in un mondo dell'al di là normativo capace di interagire e plasmare la sfera empirica dell'al di qua. Non vi



saranno allora “diritti”, o “negozi giuridici”, o “matrimoni”, ma solo termini che essendo privi di riferimento o di referente empirico risultano invero sprovvisti di significato, “oggetti fittizi”. Se si vuole continuare a dare un senso ed una funzione a tali espressioni, questa consisterà nell’agire da collante tra fatti specifici e certe conseguenze normative nel mondo (obblighi fondamentalmente) imposti da norme di legge.

I concetti giuridici ci aiuterebbero allora a non dovere enumerare ogni volta, per ogni caso concreto, le fattispecie e le conseguenze normative rilevanti, ma ci si potrà più facilmente riferire per l’appunto ad una nozione che riassume tale fascio di fatti e conseguenze. I concetti giuridici pertanto non hanno vita o consistenza propria; dipendono invece del tutto dal materiale giuridico positivo. È quest’ultimo che li determina, e non viceversa come accade nel caso dei *Rechtsinstitute*.

Questa prospettiva riprende quella più tradizionale per la quale i concetti (come le regole) sarebbero tratti induttivamente, mediante generalizzazione, da una somma di casi concreti cui si ascrive un certo significato o senso. Poiché ad una serie di oggetti simili si applica una certa nozione, poniamo quella di “sedia”, dopo una certa ripetuta applicazione si deriverà per associazione ed analogia il concetto di “sedia”. Un po’ come si dedurrà una regola dal fatto che una certo comportamento venga adottato per una serie di casi che si reputano simili. Concetto e regola anche qui obbediscono ad un criterio di utilità, di comodità, o di riduzione di complessità dell’operazione ascrittiva.

Ma c’è ancora una terza possibilità, una diversa, alternativa prospettiva. Questa volta si ricorre all’idea wittgensteiniana di “idea di famiglia”. Qui non ci sono condizioni necessarie per l’applicazione del *definiens* al *definiendum*, o l’uso del concetto; si maneggiano solo condizioni presuntivamente sufficienti. Così che al massimo si può parlare di un amalgama o di un insieme più o meno omogeneo di proprietà, nessuna delle quali risulta veramente essenziale. Wittgenstein la applica innanzitutto alla nozione di gioco, di “game”, e poi Herbert Hart la usa contro, per l’appunto, la prospettiva essenzialistica, comune paradossalmente anche a parte del neo-empirismo logico che tende a fare delle condizioni di significanza delle condizioni di verità.

Quest’idea di “family likeness” è poi riformulata da Hilary Putnam come “cluster concept”, concetti che ricomprendono una serie disparata di proprietà. Abbandonare o lasciare perdere una serie numerosa di tali proprietà finirebbe per non darci più il significato del concetto, e tuttavia l’assenza di qualcuna di queste proprietà non ci impedirebbe necessariamente d’usare il concetto medesimo. D’altra parte, qui risulta oziosa la ricerca di quella proprietà che da sola o insieme ad altre sempre ed in ogni caso definirebbe i contorni del significato del concetto e del suo uso. Questo dunque viene per così dire emancipato dalla tutela essenzialistica, e il suo uso è liberalizzato e reso più generoso e più flessibile all’applicazione metaforica che è tanta parte del linguaggio naturale.

D’altra parte, qui si afferma anche che i concetti giuridici rilevanti sono quelli adoperati da chi agisce all’interno della pratica giuridica. Non si può allora operare su questi destrutturandoli e ricomponendoli secondo le preferenze di un

teorico che si pone dal punto di vista esterno e che pretende di possedere un piano o un modello di osservazione e di comprensione superiore (perché alternativo e contrapposto) a quello degli attori nel diritto. I concetti anche del teorico del diritto devono poter dar conto in maniera “caritatevole” e ermeneuticamente rispettosa dei concetti adoperati dagli operatori del diritto.

A quest’ultima concezione dei concetti si ricollega quell’altra che si rifà all’idea di “essentially contested concepts”. Si tratta qui in generale di concetti riconnessi ai fatti ed alle condotte sociali. Ciò si dà in particolare nell’ambito della politica del diritto. Se invero i “concetti fundamentalmente contestabili o controversi” sono stati rinvenuti nell’ambito del discorso politico, di essi poi si è estesa l’applicabilità anche al discorso giuridico. Si pensi alla nozione di “principio del diritto” adoperata da Ronald Dworkin. Si pensi cioè a concetti come “libertà” o ancora a “uguaglianza”. Qui Dworkin, com’è noto, distingue tra “concetto” e “concezione”. Il “concetto” è la nozione preinterpretativa, e controversa, del principio. Essa va precisata e deliberata in uno scontro-incontro di diverse dottrine o teorie che riempiano di contenuti quei principi. I “concetti” dunque rinviano a “concezioni”, e queste si danno non in termini meramente semantici, vale a dire mediante semplici operazioni linguistiche, ma richiedono l’esplicitazione dei valori che sorreggono e giustificano il contenuto che si vuole attribuire al “concetto”.

La manipolazione e l’uso dei concetti giuridici in una tale prospettiva non ci esime dallo sforzo e dalla necessità di esplicitare i valori in gioco. I concetti giuridici non possono adoperarsi secondo una metodologia naturalista, o semplicisticamente empirista, quella amata dal giuspositivista. Le carte devono essere scoperte e si deve intraprendere una schietta discussione e deliberazione normativa forte (morale e politica). “Matrimonio” pertanto è ancora solo un “concetto” che va riempito con la sua retrostante “concezione”, la quale si ottiene mediante una specifica teoria morale della convivenza o dell’amore tra due esseri umani. Non ci sono qui “essenze” a cui afferrarsi.

Da ultimo vi è un approccio ai concetti giuridici del tutto pragmatico, per cui questi sarebbero concetti del linguaggio ordinario, che però assumono una tecnicizzazione elevata tale da separarli dal loro sfondo di senso comune. Per esempio, si potrà allora dire che ciò che il senso comune ritiene essere tortura non lo è più nel recinto del diritto, semplicemente perché una legge o un documento giuridico positivo o una sentenza si riferisce alla tortura secondo certi parametri che risultano più restrittivi rispetto all’uso linguistico comune. Il riferimento al linguaggio ordinario è sbarrato dalla tecnicizzazione, e dalla retrostante positivizzazione giuridica cui è stato sottoposto quel certo termine.

**III.** Ora, è assai dubbio che si possa considerare la tortura un concetto giuridico in qualcuno dei quattro modi sopra elencati. È possibile forse che la si assuma come concetto giuridico nell’ultimo dei sensi visti sopra, come termine del linguaggio ordinario tecnicizzato. Ciò però è discutibile e probabilmente inesatto.

La tortura rimanda ad un’esperienza di senso comune che trova espressione nel linguaggio ordinario. Una sua tecnicizzazione potrebbe solo

voler rendere indipendente il diritto da quell'esperienza, e in tal maniera possibilmente permettergli delle "libertà" rispetto all'uso della tortura che l'evidenza ed il senso comune non gli consentirebbero. È, per esempio, ciò che accade nella ridefinizione di tortura come sofferenza diretta a danneggiare gravemente un organo del corpo umano ed a mettere a rischio di decesso il torturato, definizione, com'è noto, offerta nell'ormai famigerato *Memorandum* dell'OLC, *l'Office of Legal Counsel* dell'amministrazione governativa statunitense, del 1 agosto 2002, firmato Jay Bibee e redatto da John Yoo.

Comunque, è certo che si è di recente tentato di reintrodurre la tortura entro il recinto del diritto dalla quale era stata espulsa negli anni della *Sattelzeit* di Reinhard Koselleck, quelli in cui si afferma la cultura giuridica liberale e il diritto, specialmente quello penale, viene civilizzato, addomesticato, reso più o meno "mite", lontano dal fragore di ossa rotte e dai lamenti dei suppliziati che riempivano ancora le piazze e le carceri delle città europee fino alla soglia del Settecento. Il bando alla tortura sembrava fino a tempi recentissimi consolidato e solidissimo, e tuttavia negli ultimi anni sembra essersi allentato, o addirittura essere stato abrogato. Perché e come ciò sia avvenuto esula dallo spazio tematico di questo breve intervento.

Mi soffermo solo sulle strategie "giuridiche" della riammissione della tortura nel discorso sul diritto, e dunque sulla sua più o meno parziale riammissione nel novero dei concetti giuridici o delle fattispecie giuridicamente lecite.

La prima mossa mi pare essere quella che fa della tortura un concetto "limite", una pratica che s'impone là dove le leggi smettono di parlare: *ibi tormentum, ubi silent leges* – potrebbe dirsi con un latinetto. E qual è tale situazione? Ebbene, è quella da sempre evocata per il sovvertimento della legalità, lo stato di necessità. Per cui *ordo est ordinem non servare* – come scriveva a metà Seicento Friedrich von Spee in quel suo graffiante trattato, *Cautio criminalis*: "l'ordine consiste proprio nel non rispettare l'ordine"<sup>1</sup>. Ciò si ripete nell'apparentemente più civile secolo ventunesimo. E lo si fa con un artificio giuridico, adoperando quella che da Bobbio è stata definita la "norma giuridica esclusiva", una specie di regola di chiusura del sistema, per cui si traccia una frontiera netta tra ciò che è il "giuridico" e ciò che è il "non-giuridico", interpretando però quest'ultimo come l'"indifferente giuridico", e infine in quanto tale come lecito.

La frontiera può tracciarsi in vari modi. Ma ve ne sono due che si addicono particolarmente a quelle pratiche che risultano almeno a prima vista (moralmente) ripugnanti. Si tratta di determinare l'eccezionalità (e la mostruosità) della "situazione" o del "soggetto". Abbiamo così come ragioni per azionare la tagliola della "norma generale esclusiva", che ci solleva dal rispetto del diritto positivo, perché ci dice che qui il diritto positivo non vale, è "escluso", per l'appunto quella della (i) "situazione moralmente mostruosa", e quella del (ii) "mostro morale". Su entrambe si esercita in particolare la fantasia

---

<sup>1</sup> *Cautio criminalis*, trad. it. a cura di A. Foa, II. ed, Salerno editrice, Roma 2004, p.226.

dei filosofi morali di professione secondo modalità che fanno ben temere per l'integrità della loro professione.

Sono profusi ed abbondanti usi ed abusi di ingegnosità teorica e di cavillosità casuistica. Passiamone in rassegna qualcheduno. Paradigmatica per esempio è la seguente considerazione di Anthony Quinton, tra i primi negli anni Settanta dello scorso secolo a riaprire il vaso di pandora dentro il quale fino ad allora era stata rigettata e sigillata la legittimità della tortura:

*“I do not see on what basis anyone could argue that the prohibition of torture is an absolute moral principle [...] Consider a man caught planting a bomb in a large hospital, which no one dare touch for fear of setting it off. It was this kind of extreme situation I had in mind when I said earlier that I thought torture could be justifiable”.*

Oppure si ascolti quanto afferma il giudice Richard Posner, influente teorico del diritto americano: *“If the stakes are high enough, torture is permissible”*; *“No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility”*. Addirittura, per Richard Posner giudici, poliziotti e militari, oltreché politici, e uomini di Stato, per rimanere al loro posto, dovrebbero dunque fare una pubblica dichiarazione di approvazione morale della tortura. Anche Michael Walzer e Martha Nussbaum non si sottraggono al coro dei moralisti estimatori del tormento. Il primo: *“Yes, I would do whatever was necessary to extract information in the ticking bomb case”*; la seconda: *“I don't think any sensible moral position would deny that there might be some imaginable situation in which torture is justified”*. E in Italia fa loro eco un politologo Angelo Panebianco che si dice liberale:

*“Facciamo un'ipotesi, di fantasia ma non proprio del tutto implausibile. Immaginiamo che tra qualche mese venga fuori che l'Apocalisse dei cieli, il grande attentato destinato a oscurare persino gli attacchi dell'undici settembre, con migliaia e migliaia di vittime innocenti, sia stato sventato solo grazie alla confessione, estorta dai servizi segreti anglo-americani tramite tortura, di un jahadista coinvolto nel complotto, magari anche arrestato (sequestrato) illegalmente. Chi se la sentirebbe in Occidente di condannare quei torturatori?”.*

Dunque è la mostruosità morale (l'Apocalisse dei cieli”, come la definisce Angelo Panebianco) l'idea che serve a rinconcettualizzare la tortura come una specie di legittima difesa. Come si è detto, tale mostruosità morale viene articolata in due distinte situazioni: (i) quella del fatto considerato come tale fatto speciale o eccezionale, vale a dire la *situazione moralmente mostruosa*, e (ii) quella dell'autore per certi versi extraumano del fatto, di un soggetto nuovamente marcato dalla specialità o eccezionalità del suo carattere, vale a dire il *mostro morale*, se si vuole una riproposizione della “strega”. La prima situazione è quella che si evoca più di sovente, anche se non è mai veramente indipendente dalla seconda. Si consideri per esempio il seguente passaggio di uno scritto di Kenneth Himma, giusfilosofo statunitense:

*“Suppose that U.S. officials have as much evidence as anyone could have for believing that the following propositions are true. (1) There are ten hydrogen bombs hidden in*

*the ten most populous U. S. cities; (2) the bombs are powerful enough to decimate each city leaving no survivors and extensive radioactive fallout; (3) the bombs are set to go off in twenty-four hours; (4) it is not possible to evacuate any of the cities within twenty-four hours; (5) a conspirator in custody knows where each of the bombs are and will reveal this information quickly enough, if tortured, for officials to find and disarm each of the bombs; and (6) there is no other way to avoid having the bomb detonate”.*

In tale situazione eccezionale e moralmente mostruosa – continuerà Himma, giuspositivista “inclusivo” – la tortura perde il suo carattere odioso ed eticamente riprovevole ed anzi si rende moralmente dovuto l’uso del tormento.

Ora, nella situazione moralmente mostruosa non c’è norma o divieto morale che possa resistere, e nessun concetto giuridico che non possa rivedersi ed anzi mantenere i suoi specifici contorni. In tale situazione è la stessa moralità a crollare, e con essa però, si potrebbe affermare, la stessa giuridicità. Diritti, contratti, obblighi o beni giuridici non possono essere rivolti contro la sopravvivenza della comunità di cui sono espressione. La costituzione non può convertirsi in una specie di “patto suicida” (come ci ricorda, tra gli altri, John Finnis). Invero, la situazione morale mostruosa ci sospinge verso l’impensabile morale.

Ma proviamo a radicalizzare ancora la situazione moralmente mostruosa. Rendiamola da eccezionale normale, ordinaria. Supponiamo che il caso ella “ticking bomb”, della bomba in procinto di esplodere, si riproponga di continuo, che ogni giorno ne venga rinvenuta una nuova. A questo punto, se seguissimo le raccomandazioni di Himma, la tortura diverrebbe una sorta di fondamento dell’ordine giuridico, la *Grundnorm* del vivere sociale.

Continuamente esposti al pericolo imminente della “ticking bomb” dobbiamo continuamente torturare, e può torturarsi il colpevole e l’innocente, ché il colpevole potrebbe crollare, se non per la tortura esercitata su di lui, in ragione forse della sofferenza inflitta ad un innocente, ad una vecchia, ad un malato, ad un bimbo. Si potrà, e si dovrà infine, torturare chiunque. Qualunque cittadino sarà esposto al pericolo imminente della “tortura di salvamento” (*Rettungsfolter*, come la ha chiamata il giurista tedesco Winfried Brugger). Tutti saranno esposti al rischio della “ticking bomb”, ma anche, ripeto, alla possibilità di essere torturati, si tratti di vecchi o giovani, sani o malati, uomini o donne, ed anche di animali (perché no?). Ma potremmo accettare tutto ciò? Potremmo voler vivere così? La nostra “salus”, l’incolumità personale è ora veramente a salvo? Ed è veramente a salvo la società e la sua integrità?

L’altra situazione eccezionale è quella del mostro morale. Ascoltiamone una configurazione recente offerta da Uwe Steinhoff, uno studioso tedesco di filosofia morale.

*“If, for example, humanity would face the choice (maybe posed by some maniac) with the ultimate weapon or by an alien race, or what have you, between being exterminated or torturing one particularly bad man (let us say Idi Amin) for an hour or a day, it is far from clear why any person in his right mind – both intellectually and morally – should pray that humanity said ‘no to torture’. And what,*

*by the way, if the choice is between all human beings (that includes children) being tortured by the alien race or only one particularly bad man being tortured by some humans”*(corsivi miei).

Si noti che in questa raffigurazione ipotetica il soggetto da torturare è un *innocente*, per quanto cattivissimo e malvagio, in quanto il pericolo imminente da evitare mediante la tortura non gli è imputato né gli è altrimenti imputabile.

Oppure si legga quanto scrive in proposito dei mostri morali (qui i “malfattori” ai quali si imputa il pericolo imminente e gravissimo) un giurista statunitense, che si picca d’essere giusnaturalista, Michael Moore: *“Their lives and rights are worth less precisely because they are morally odious individuals deserving of punishment, even if we are not their rightful punishers and even if death or torture is their rightful punishment”*. Vi sono cioè degli individui la cui condotta o il cui stile di vita è così odioso e moralmente riprovevole che non meritano più di essere coperti o garantiti dal principio dell’uguaglianza della legge. Per essi la legge non può essere la stessa di quella che si applica al leale ed onesto cittadino.

Polinice si è rivoltato contro la città, ed è allora giusto che non meriti d’essere sepolto, checché Antigone possa dire di una legge universale uguale per tutti gli esseri umani. Dinanzi al mostro morale, oppure in un’altra versione al “nemico” (come ha sostenuto il penalista tedesco Günther Jakobs), non vale più l’uguaglianza della legge. Rispetto all’*“illegal alien combatant”* -- dirà l’amministrazione del Presidente statunitense George W. Bush -- le Convenzioni di Ginevra non hanno vigore alcuno, e dunque essi potranno essere lecitamente torturati.

Ma cos’è veramente un “mostro morale”? È ancora un essere umano? O è un essere sovraumano? Oppure è un animale privo di umanità? In questa scala, tra essere sovraumano, essere umano, ed essere infraumano, dove si colloca? È una bestia? E se rimane, nonostante tutto un essere umano, conserva pur sempre dei diritti e mantiene comunque una sua dignità? Lo si potrà ferire ed uccidere per legittima difesa, e forse anche lecitamente applicargli la pena capitale. Ma lo si può torturare? La nozione di tortura va rivista e riconcettualizzata in presenza del “mostro morale” -- questa è la tesi.

Qui ci si può utilmente riallacciare alla riflessione kantiana sul tema. Invero Kant non parla mai esplicitamente della tortura, della “quaestio”. Eppure vi sono almeno due passi assai significativi sul tema, che ritroviamo nella *Metafisica dei costumi*. Leggiamoli.

“Relativamente a quella parte della creazione che è animata, ma sprovvista di ragione, la violenza e nello stesso tempo la crudeltà con cui si trattano gli animali sono viepiù intimamente contrarie al dovere dell’uomo verso se stesso, poiché così resta attutita nell’uomo la compassione che eccitano le loro sofferenze, e per conseguenza si indebolisce e si distrugge a poco a poco una disposizione naturale molto giovevole alla moralità dell’uomo nei suoi rapporti con i suoi simili. Noi abbiamo sì il diritto di ucciderli in modo rapido (procurando di non martirizzarli) o anche di sottometerli a un lavoro che non oltrepassi le loro forze (anche l’uomo deve sopportare una analoga necessità); ma gli esperimenti fisici torturanti che si fanno su di loro al solo scopo di

speculazione e quando si potrebbe raggiungere lo stesso fine con altri mezzi, sono cose che destano l'orrore"<sup>2</sup>.

Kant dunque innanzitutto esclude la tortura degli animali, come cosa che suscita l'orrore e indebolisce il senso di compassione così importante per nutrire ed attivare l'empatia che sta alla base della morale. Ma poi continua con una riflessione sulle pene crudeli che si applicano agli esseri umani.

“Io non posso rifiutare ogni rispetto al vizioso stesso come uomo, perché del rispetto dovutogli per la sua qualità di uomo egli comunque non può essere privato, sebbene con la sua condotta se ne renda indegno. Esistono, così, pene infamanti che degradano l'umanità stessa (come squartare un criminale, o farlo lacerare dai cani o tagliargli naso e orecchie), e le quali non soltanto, a causa di questa degradazione, sono per chi ne è colpito (il quale, come ognuno deve fare, pretende ancora al rispetto degli altri) più dolorose che la perdita dei beni e della vita, ma fanno inoltre arrossire lo spettatore d'appartenere ad una specie che si può trattare in tal modo”<sup>3</sup>.

Dal “combinato disposto” di questi due passaggi possiamo dedurre due tesi kantiane sulla tortura. (i) Non si possono torturare gli animali. (ii) Non si deve punire l'essere umano con una sanzione che sia anche una tortura. Ciò ha come corollario che gli esseri umani si possono punirsi, ma non gli animali (che non sono esseri umani), e che gli animali potrebbero torturarsi, laddove la tortura non sia una pena, una sanzione per un'infrazione della norma, ma non si deve farlo. E che infine gli esseri umani devono essere puniti, se infrangono le norme giuridiche, ma la loro pena non dev'essere anche una tortura. Ma se la pena, pur dovuta, non può essere una tortura, a maggior ragione non potrà applicarsi una tortura che non è concepita come pena, come sanzione di un crimine giuridicamente (processualmente) accertato. La posizione di Kant contro la tortura è dunque netta, anche se va ricavata dalle tue tesi enunciate nei passaggi sopra riportati, e non si ritrova espressa in maniera esplicita riguardo alla “quaestio” su cui, probabilmente per disgusto, il filosofo di Königsberg preferisce non spendere parole.

Le tesi kantiane d'altro lato si applicano immediatamente all'ipotesi del “mostro morale”. Posto che il mostro morale non sia un essere umano come soggetto autonomo, razionale e dotato di sensibilità, e dunque risulti simile ad un animale, non lo si potrà punire, giacché la pena presuppone la responsabilità per l'atto compiuto e questa la razionalità l'autonomia del soggetto colpevole. Ma lo si potrà allora almeno torturare? No, non lo si potrà, proprio perché è una “bestia”, ed è dunque un essere sensibile, capace di sofferenza e dunque possibile oggetto di compassione. Ma poi la tortura non è una pena anch'essa, ed una delle più crudeli? E non saremmo allora in presenza di diritto penale senza

<sup>2</sup> *Metafisica dei costumi*, trad. it. di G. Vidari riveduta da N. Merker, Laterza, Bari 1983, p.304-305.

<sup>3</sup> *ivi*, p.334-335

diritto, o senza processo, nel caso della tortura inflitta al “mostro morale” (il terrorista, il “combattente straniero illegale”)?

E se fosse il mostro morale ancora, nonostante tutto, un essere umano? La sua “mostruosità” in tal caso non gli toglie il carattere dell’ “umanità” e con questa il valore della dignità come un diritto fondamentale inalienabile perché universale (di tutti gli esseri umani come tali) ed universale perché inalienabile, che egli, il “mostro”, potrebbe giustamente comunque reclamare. Si potrebbe ancora dire che il “mostro” è un essere sovrumano, un “diavolo”, una sorta di essere eccezionale e negativo. Ma se fosse veramente così la tortura non potrebbe avere effetto su di lui. Se gliela applichiamo, è perché crediamo che sia come noi, fragile, debole, “umano”, capace d’essere piegato dal dolore e dalla sofferenza. E basterà osservarne le reazioni, i gemiti e le grida, sotto tortura, per non avere dubbi di sorta al riguardo.

Ma ritorniamo a considerare la “situazione morale mostruosa”. Qui la proposta, come si è visto, è quella di una regola generale esclusiva, per la quale l’eccezionalità della situazione ci libera dal diritto e dai suoi vincoli “normali” o “ordinari”. Alla “strega”, o al “terrorista”, all’ “illegal alien combatant”, non si applica la norma giuridica (qui essenzialmente le Convenzioni di Ginevra e il loro comune articolo 3 che fa divieto dell’uso della tortura). L’argomento dello stato d’eccezione in genere presuppone che, venuta meno l’applicabilità del diritto, della legge ordinaria, la necessità e l’eccezione si trovino dinanzi un vuoto normativo assoluto, il quale dunque giustifica il ricorso al decisionismo, ad una discrezionalità forte.

Questa tesi però tiene e cade con la validità della tesi giuspositivistica per la quale il diritto in quanto ragione o regola escludente o esclusiva disattiva una volta per tutte la vigenza della morale o di altri criteri di ragionevolezza pratica. Ma è la tesi del diritto come “ragione escludente” o dell’ordinamento giuridico perfettamente delimitato da una “regola generale esclusiva” plausibile e dà conto della prassi e dell’esperienza giuridica? Com’è possibile che il diritto si tenga da se stesso, che basti a se stesso, senza rinviare a regole extrapostive (come per empio quelle linguistiche o quelle della logica o anche quelle della ragionevolezza pratica)?

E perché, una volta disattivato il diritto dovremmo ripiombare nella discrezionalità di un decisore non vincolato da norme di giustizia, di una specie di “anarca” jüngeriano o schmittiano? Perché e come le “ragioni escludenti” (di cui si afferma si componga il diritto) disattiverebbero per sempre le “ragioni di primo grado”, le ragioni morali soprattutto, rispetto alle quali le norme giuridiche funzionano (o almeno così ci si dice) come “ragioni di secondo grado”?

Non si potrebbe invece ritenere che, venendo a mancare le ragioni di secondo grado (le norme del diritto positivo), le ragioni di primo grado (eminentemente le norme morali) riacquistino tutta la loro vigenza? Può dirsi e sostenersi che la “regola generale esclusiva” mantenga validità anche in presenza dell’eccezione, della situazione “mostruosa”? O che tutto ciò che rimane escluso da tale regola generale risulti lecito? E poi se l’eccezionalità, la “mostruosità”, della situazione che disattiva il diritto ordinario è qualificata in



termini morali (la “situazione morale mostruosa” o l’irruzione del “mostro morale”), perché la morale non dovrebbe, per così dire, riprendere la situazione stessa nelle proprie mani?

Friedrich von Spee, l’autore di *Cautio criminalis*, il libro che nel Seicento affronta e critica l’olocausto e il tormento delle “streghe” in Germania, si irrigidisce contro questa pretesa virtù disattivante e anomica della situazione eccezionale, compendiata nel principio per cui *qui ed ora* “ordo est ordinem non servare”. Anche nel caso di “*crimina excepta*”, di delitti eccezionali, non consegue immediatamente –scrive– “che sia lecito prescindere oltre che dal diritto anche dalla retta ragione”<sup>4</sup>. Pertanto alle “streghe”, al “mostro morale”, se non si applica il diritto ordinario, si andrà applicato il diritto naturale e per tali soggetti varrà comunque sempre la compassione.

“Non voglio negare – scrive – che si debba andare in soccorso dello Stato, ma senza entrare in contrasto con la ragione o con il diritto naturale e senza violare il sentimento universale della carità cristiana”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> *Cautio criminalis*, trad. it. a cura di Anna Foa, II ed., cit., p.228

<sup>5</sup> *ivi*, p.234.



## CONCEPTS JURIDIQUES ET TORTURE USAGES ET ABUS THÉORIQUES\*

---

Massimo LA TORRE\*\*

*Professeur à l'Université de Catanzaro (Italie) et à l'Université de Hull (Royaume-Uni)*

**Riassunto :** *Per secoli la tortura ha fatto parte dell'armamentario (purtroppo non solo concettuale) del giurista. Ma, è assai dubbio che si possa considerare la tortura un concetto giuridico.*

I. Pendant des siècles la torture a fait partie de l'attirail (malheureusement pas seulement conceptuel) du juriste. Dans une procédure pénale au sein de laquelle seulement l'aveu est considéré comme une preuve vraie et entière, auquel on ne peut pas vraiment renoncer, auquel on doit recourir et qui doit être obtenu par tout moyen possible et légitime. Ainsi, la torture qui est utilisée pour extorquer la confession, devient une sorte de principe accessoire du droit de la preuve. À cela s'ajoute une conception du droit, et spécialement du droit pénal, qui est manifestement de force absolue, dans laquelle donc la violence n'a pas besoin d'être atténuée ou apprivoisée, mais seulement, au besoin, centralisée et institutionnalisée, et l'on aura la raison profonde de la permanence du tourment dans les régions en général considérées abstraites de la pratique juridique à laquelle correspond une science ou une doctrine juridique qui, de cette nécessité de violence et de force radicale, se fait bien l'interprète et, je dirais aussi, la complice. Ainsi, la torture assume le rang et la dignité de « concept juridique ». Nous la retrouvons dans les traités de procédure pénale, et elle existe comme s'il s'agissait d'une pratique anodine ou d'un concept technique comme le contrat. Mais peut-on vraiment dire que la torture ait ou ait pu être un « concept juridique » ?

II. Qu'est-ce qu'un « concept juridique » est une question ardue qui a tourmenté les meilleurs esprits de la jurisprudence européenne. Ce qui peut-être peut se dire avec certitude c'est ce que sont de tels concepts, quelles en soient la typologie et la fonction. Nous pouvons identifier au moins quatre acceptions possibles et répandues du concept juridique. Je commence avec celle qui est la théorie la plus forte et qui est davantage riche en conséquences. C'est l'idée que les concepts juridiques sont les « choses » du droit, « objets » avec une certaine conformation et néanmoins aussi capables de malformation, en définitive « essences » dotées de contenus spécifiques et de principes ou valeurs. Le droit résulterait de la somme de ces « essences », de ces « choses » que sont les

---

\* Intervention présentée au colloque « L'évolution et la révision des concepts juridiques » (Faculté de Droit, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 23 octobre 2014).

\*\* NDLR : Traduit de l'italien par Mikaël Kazgandjian, doctorant en sociologie, EHESS - Paris / DISFOR - Università degli studi di Genova.

concepts juridiques ; les normes positives ne feraient que les expliquer et leur donner une forme autorisée.

Mais le concept n'est encore jamais complètement expliqué dans la norme positive, de façon à ce que du concept puissent se tirer d'ultérieures conséquences normatives qui accompagnent la lettre de la loi et la même systématique des codes. C'est l'idée d'« institution juridique » (le germanique « *Rechtsinstitut* ») autour de laquelle se construit la science juridique continentale à partir de l'œuvre de Savigny et de la pandectistique. Pour cela, le droit est précisément composé d'« institutions juridiques », de *Rechtsinstitute*, qui dérivent de son histoire et de la tradition doctrinaire, en particulier de celle du droit romain. En travaillant sur les matériaux de celle-ci (en utilisant les justes « réactifs »), peuvent s'« isoler » des « éléments » fondamentaux : la « chimie » est ici vue, comme un vrai et propre modèle méthodologique, plus que comme une métaphore de l'œuvre du « scientifique ».

C'est ainsi que Jhering se réfère plusieurs fois à la chimie pour expliquer le travail de la science juridique. Celle-ci a la tâche de trouver des essences non ultérieurement réductibles et qui sont les concepts juridiques de base, justement les *Rechtsinstitute*. Par exemple, tels sont considérés les « actes juridiques », éléments plus fondamentaux du contrat. Une « institution juridique » sera par exemple encore le « mariage », et celui-ci, une fois défini d'une certaine manière, avec certaines caractéristiques essentielles, sera en mesure de guider l'œuvre du juriste praticien. Un cas pourra être résolu au moyen de la référence aux implications matérielles du concept, bien au-delà de la lettre de la loi. Il ne s'argumentera plus moralement ou de manière jusnaturaliste par principe, mais d'après la méthode de l'« école historique » et de la pandectistique de manière apparemment descriptive en spéculant sur les caractères définitoires d'un certain concept, qui ne consentent pas certaines conclusions et qui, au contraire, poussent vers certaines autres. Par exemple, en utilisant encore le cas du mariage, si celui-ci est défini comme l'union entre deux sujets de sexes différents, chaque décision possible qui en amplifie la circonférence et l'application en direction de la protection des intérêts des couples homosexuels, semblera être interdit. Et de telles conclusions se soutiennent de manière apparemment neutre, sans valeur, « scientifique », en faisant appel aux « choses » comme elles sont, aux « éléments » comme ils se donnent, à la « nature » de l'« institution ».

Quelque chose d'analogue se produit dans le droit pénal avec la théorie du « bien juridique », entité qui constituerait l'essence des faits de l'infraction et de laquelle on pourrait tirer des réponses pratiques pour la décision des cas concrets. Le « bien juridique » se présente ainsi comme une réalité, une « chose », qui précède la norme (et la constitution dont elle dépend), et qui est le critère fondamental de référence aux fins de comprendre le sens et déterminer la portée des faits de l'espèce en question. Le « bien juridique » en effet est plus qu'un concept ; il serait ce à quoi le concept (en l'espèce, par exemple l'« escroquerie ») se réfère à certains égards « *a contrario* ».

Presque symétriquement opposée à la précédente idée des concepts juridiques, on retrouve celle qui les voit comme simples « *presentation tools* » (pour utiliser l'expression d'Alf Ross), « instruments de présentation » de normes juridiques positives. Ici, domine l'anti-essentialisme, qui parfois parvient à reconfigurer les concepts juridiques en tant qu'« essence », comme une sorte d'objet de magie, de « licornes », qui s'évoquent sur le fond de conventions métaphysiques fortes ou de superstitions sur l'existence d'êtres suprasensibles, dans un monde de l'au-delà normatif capable d'interagir et de modeler la sphère empirique de l'ici-bas. Il n'y aura alors pas de « droits », ou d'« actes juridiques », ou de « mariage », mais seulement des termes qui, étant privés de référence ou de référant empirique, deviennent en effet dépourvus de signification, « objets fictifs ». Si l'on veut continuer à donner un sens et une fonction à de telles expressions, il faudra faire coller les faits spécifiques et certaines conséquences normatives dans le monde (fondamentalement les obligations) imposées par la norme de la loi.

Les concepts juridiques nous aideraient alors à ne pas devoir énumérer chaque fois, pour chaque cas concret, les faits de l'espèce et les conséquences normatives considérables, mais on pourra plus facilement se référer précisément à une notion qui résume tel faisceau de faits et conséquences. De fait, les concepts juridiques n'ont pas de vie ou de propre consistance ; ils dépendent au contraire tout à fait du matériel juridique positif. C'est ce dernier qui les détermine, et non vice-versa comme cela arrive dans le cas des *Rechtsinstitute*.

Cette perspective reprend celle qui est la plus traditionnelle et pour laquelle les concepts (comme les règles) seraient tirés de manière inductive, grâce à la généralisation, par une somme de cas concrets à laquelle on attribue une certaine signification ou un certain sens. Puisqu'à une série d'objets similaires on applique une certaine notion, nous supposons que celle de « chaise », après une certaine application répétée, fera dériver par association et analogie le concept de « chaise ». Un peu comme se déduira une règle du fait qu'un certain comportement soit adopté par une série de cas qu'on estime similaires. Ici aussi, concept et règle obéissent à un critère d'utilité, de commodité, ou de réduction de complexité de l'opération asséritive.

Mais il y a encore une troisième possibilité différente, une perspective alternative. Cette fois on a recours à l'idée wittgensteinienne de « ressemblance de famille ». Ici, il n'y a pas de conditions nécessaires pour l'application du *definiens* au *definiendum*, ou l'utilisation du concept ; on manie seulement des conditions présomptives suffisantes. Ainsi qu'à la limite on puisse parler d'un amalgame ou d'un ensemble plus ou moins homogène de propriétés, aucune d'elle ne devient vraiment essentielle. Wittgenstein l'applique avant tout à la notion de jeu, « *game* », et puis Herbert Hart l'utilise, justement, contre la perspective essentialiste, également commune, paradoxalement, à une partie du néo-empirisme logique qui tend à faire des conditions de signification des conditions de vérité.

Cette idée de « *family likeness* » est ensuite reformulée par Hilary Putnam comme « *cluster concept* », concept qui comprend de nouveau une série disparate de propriétés. Abandonner ou laisser tomber une série nombreuse de telles propriétés finirait par ne plus nous donner la signification du concept, et toutefois l'absence de quelques unes des ces propriétés ne nous empêcherait pas nécessairement d'utiliser le même concept. D'autre part, ici, la recherche de la propriété qui seule ou avec d'autres définirait toujours et dans chaque cas les contours de la signification du concept et de son utilisation devient oisive. Le concept vient donc, pour ainsi dire, s'émanciper de la tutelle essentialiste et son utilisation est libéralisée et rendue plus généreuse et plus flexible à l'application métaphorique qui est une grande partie du langage naturel.

D'autre part, ici s'affirme aussi l'idée que les concepts juridiques importants sont ceux employés par qui agit à l'intérieur de la pratique juridique. On ne peut alors opérer sur ceux-ci en les déstructurant et en les recomposant d'après les préférences d'un théoricien qui se place du point de vue externe et qui prétend posséder un plan ou un modèle d'observation et de compréhension supérieur (parce qu'alternatif ou opposé) à celui des acteurs dans le droit. Les concepts, même ceux du théoricien du droit, doivent pouvoir rendre compte de manière « charitable » et herméneutiquement respectueuse des concepts mobilisés par les opérateurs du droit.

A cette dernière conception des concepts se relie une autre conception qui ramène à l'idée de « *essentially contested concepts* ». Il s'agit ici en général de concepts reconnectés aux faits et aux conduites sociales. Cela arrive en particulier dans le milieu de la politique du droit. Si, en effet, les « concepts fondamentalement contestables ou controversés » ont été retrouvés dans le cadre du discours politique, à partir d'eux s'est étendue l'applicabilité au discours juridique. On pense à la notion de « principe de droit » employée par Ronald Dworkin. C'est-à-dire à des concepts comme « liberté » ou encore « égalité ». Ici, comme on le sait, Dworkin fait la distinction entre « concept » et « conception ». Le « concept » est la notion pré-interprétative, et controversée, du principe. Elle doit être précisée et délibérée dans un affrontement-rencontre de différentes doctrines ou théories qui remplissent les contenus des principes. Donc, les « concepts » renvoient aux « conceptions », et celles-ci ne se donnent pas en termes simplement sémantiques, à savoir par de simples opérations linguistiques, mais requièrent l'explication des valeurs qui soutiennent et justifient le contenu que l'on veut attribuer au « concept ».

La manipulation et l'utilisation des concepts juridiques dans une telle perspective ne nous dispensent pas de l'effort et de la nécessité d'expliquer les valeurs en jeu. Les concepts juridiques ne peuvent pas se mobiliser d'après une méthodologie naturaliste, ou par la méthodologie empiriste dans son acception simpliste, tant aimée par le juspositiviste. Les cartes doivent être découvertes et l'on doit entreprendre une franche discussion et une forte délibération normative (morale et politique). « Mariage », par conséquent est encore seulement un

« concept » qui doit être rempli avec la « conception » qui se situe derrière, laquelle s'obtient par une théorie morale spécifique du concubinage ou de l'amour entre deux êtres humains. Ici, il n'y a pas d'« essences » auxquelles se raccrocher.

Enfin, il y a une approche des concepts juridiques tout-à-fait pragmatique, voilà pourquoi ceux-ci seraient des concepts du langage ordinaire, qui cependant assument une technicisation élevée jusqu'à les séparer de leur fond de sens commun. Par exemple, on pourra alors dire que ce que le sens commun retient être de la torture ne l'est plus dans l'enclos du droit, simplement parce qu'une loi ou un document juridique positif ou une sentence se réfèrent à la torture d'après certains paramètres qui deviennent plus restrictifs par rapport à l'usage linguistique commun. La référence au langage ordinaire est bloquée par la technicisation, et par le positivisme juridique qui se situe en arrière-plan et auquel a été soumis ce terme.

**III.** Pour l'heure, il est très douteux que l'on puisse considérer la torture comme un concept juridique à partir de l'un des quatre modes énumérés ci-dessus. Il est peut être possible qu'elle soit apparentée à un concept juridique dans le dernier des sens susvisés, comme terme de langage ordinaire technicisé. Cela est cependant discutable et probablement inexact.

La torture renvoie à une expérience de sens commun qui trouve son expression dans le langage ordinaire. Une de ses technicisations pourrait seulement vouloir rendre indépendant le droit de cette expérience, et de cette manière lui permettre de rendre possible des « libertés » par rapport à l'usage de la torture que l'évidence et le sens commun ne lui consentiraient pas. C'est par exemple ce qui arrive dans la redéfinition de la torture comme une souffrance directe qui endommage gravement un organe du corps humain et qui met en danger de mort la personne torturée, définition, comme il est bien connu, offerte par le désormais tristement célèbre *Memorandum* de l'OLC, *Office of legal Counsel* de l'administration gouvernementale étasunienne, du 1<sup>er</sup> août 2002, signée par Jay Bibee et rédigée par John Yoo.

De toute façon, il est certain que l'on a récemment tenté de réintroduire la torture dans l'enclos du droit dont elle avait été expulsée dans les années de la *Sattelzeit* de Reinhart Koselleck, pendant lesquelles s'affirment la culture juridique libérale et le droit, spécialement le droit pénal, alors civilisé, domestiqué, rendu plus au moins indulgent, loin du fracas des os cassés et des lamentations des torturés qui remplissaient encore les places et les prisons des villes européennes jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. L'interdiction de la torture semblait être consolidée et très solide jusqu'à des temps très récents. Toutefois, dans les dernières années elle semble s'être relâchée, ou même avoir été abrogée. Néanmoins, pourquoi et comment cela est advenu, est en dehors de l'espace thématique de cette brève intervention.

Ici, je m'arrête seulement sur les stratégies « juridiques » de la réadmission de la torture dans le discours sur le droit, et donc sur sa plus au moins impartiale réadmission dans le groupe des concepts juridiques ou des faits en l'espèce juridiquement licites.

La première manœuvre me paraît être celle qui fait de la torture un concept « limite », une pratique qui s'impose où les lois s'arrêtent de parler : *ibi tormentum, ubi silent leges* – pourrait-on dire en petit latin. Qu'est-ce qu'une telle situation ? Eh bien, c'est celle qui est évoquée depuis toujours pour la subversion de la légalité : l'état de nécessité. Pour lequel *ordinem non servare* – comme écrivait à la moitié du XVII<sup>e</sup> siècle Friedrich Spee von Langenfeld dans son traité mordant, *Cautio criminalis* : « l'ordre consiste précisément à ne pas respecter l'ordre »<sup>1</sup>. Cela se répète durant le XXI<sup>e</sup> siècle, apparemment plus civil. Et cela se fait avec un artifice juridique, employant ce qui a été défini par Bobbio comme la « norme juridique exclusive », une espèce de règle de clôture du système, pour laquelle se trace une frontière nette entre ce qu'est le « juridique » et ce qu'est le « non-juridique », en interprétant cependant ceci comme « indifférence juridique », et enfin en tant que tel, comme licite.

La frontière peut se tracer de différentes manières. Mais il y en a deux qui conviennent particulièrement à ces pratiques qui s'avèrent être, au moins à première vue (moralement), répugnantes. Il s'agit de déterminer l'exceptionnalité (et la monstruosité) de la « situation » ou du « sujet ». Nous trouvons ainsi comme motifs pour actionner le piège de la « norme générale exclusive », qui nous permet d'écarter le droit positif, parce qu'il nous dit que le droit positif n'est pas valable : il est donc « exclu » ; en l'occurrence la (i) « situation moralement monstrueuse », et le (ii) « monstre moral ». Sur les deux s'exerce en particulier la fantaisie des philosophes moraux de profession d'après des modalités qui font craindre le pire pour l'intégrité de leur profession. Les usages et abus d'ingéniosité théorique et d'ergotage casuistique sont profus et abondants. Passons-en en revue quelques-uns. La considération suivante d'Anthony Quinton est par exemple paradigmatique. Il fut parmi les premiers dans les années 1970 à rouvrir la boîte de Pandore dans laquelle était jusqu'alors rejetée et sigillée la légitimité de la torture :

*« I do not see on what basis anyone could argue that the prohibition of torture is an absolute moral principle [...] Consider a man caught planting a bomb in a large hospital, which no one dare touch for fear of setting it off. It was this kind of extreme situation I had in mind when I said earlier that I thought torture could be justifiable ».*

Ou encore on peut écouter ce qu'affirme le juge Richard Posner, influent théoricien du droit américain : « *If the stakes are high enough, torture is permissible* » ; « *No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility* ». En fait,

<sup>1</sup> Ma traduction de *Cautio criminalis*, trad. it. Anna Foa, II<sup>e</sup> éd. Salerno editrice, Roma, 2004, p. 226.



pour Richard Posner, les juges, les policiers et les militaires, aussi bien que les hommes politiques, et les hommes d'Etat, pour rester à leur place, devraient donc faire des déclarations publiques d'approbation morale de la torture. Michael Walzer et Martha Nussbaum ne se soustraient pas non plus au cœur des moralistes experts du tourment. Le premier avance : « *Yes, I would do whatever was necessary to extract information in the ticking bomb case* » ; la seconde affirme : « *I don't think any sensible moral position would deny that there might be some imaginable situation in which torture is justified* ». Et en Italie, Angelo Panebianco, un politologue qui se dit libéral se fait leur écho :

« Faisons une hypothèse fantaisiste mais pas tout à fait invraisemblable. Imaginons que dans quelques mois il s'avère que l'Apocalypse des cieus, le grand attentat destiné à obscurcir même les attaques du 11 septembre, avec des milliers et des milliers de victimes innocentes, ait été déjoué seulement grâce à la confession, extorquée sous la torture par les services secrets anglo-américains, d'un djihadiste impliqué dans un complot et éventuellement arrêté (séquestré) illégalement. Qui aurait le courage en Occident de condamner les tortionnaires » ?

C'est donc la monstruosité morale (l'« Apocalypse des cieus », comme la définit Angelo Panebianco) l'idée qui sert à reconceptualiser la torture comme une espèce de légitime défense. Comme cela a été dit, telle monstruosité morale est articulée en deux situations distinctes : (i) celle du fait considéré comme tel fait spécial ou exceptionnel, à savoir la *situation moralement monstrueuse*, et (ii) celle de l'auteur à certains égards extrahumain du fait, d'un sujet nouvellement marqué par la spécialité ou l'exceptionnalité de son caractère, à savoir le *monstre moral*, si l'on veut un nouvel avatar de la « sorcière ». La première situation est celle qui s'évoque le plus souvent, même si elle n'est pas vraiment indépendante de la seconde. Prenons en considération par exemple le passage suivant d'un écrit de Kenneth Himma, jusphilosophe étasunien :

« *Suppose that U.S. officials have as much evidence as anyone could have for believing that the following propositions are true. (1) There are ten hydrogen bombs hidden in the ten most populous U. S. cities ; (2) the bombs are powerful enough to decimate each city leaving no survivors and extensive radioactive fallout ; (3) the bombs are set to go off in twenty-four hours ; (4) it is not possible to evacuate any of the cities within twenty-four hours ; (5) a conspirator in custody knows where each of the bombs are and will reveal this information quickly enough, if tortured, for officials to find and disarm each of the bombs ; and (6) there is no other way to avoid having the bomb detonate* ».

Dans une situation aussi exceptionnelle et moralement monstrueuse – continuera Himma, juspositiviste « inclusif » – la torture perd son caractère odieux, éthiquement blâmable et même l'usage de la chasse aux sorcières se justifie moralement.

Maintenant, dans une situation moralement monstrueuse il n'y a pas de norme ou d'interdiction morale qui puissent résister, et il n'y a aucun concept juridique qui ne puisse se revoir et même maintenir ses contours spécifiques. Dans une telle situation c'est la même moralité qui s'effondre, et avec elle cependant, on pourrait affirmer, la même juridicité. Droits, contrats, obligations ou biens juridiques ne peuvent être retournés contre la survie de la communauté dont ils sont l'expression. La constitution ne peut se convertir en une espèce de « pacte suicide » (comme nous rappelle, entre autres, John Finnis). En effet, la situation morale monstrueuse nous entraîne vers l'impensable morale.

Mais essayons de radicaliser encore la situation moralement monstrueuse. Ne la rendons plus exceptionnelle mais normale ou ordinaire. Supposons que le cas de la « *ticking bomb* », de la bombe sur le point d'exploser, se représente de manière continue, que chaque jour on en retrouve une nouvelle. A ce point, si nous suivions les recommandations de Himma, la torture deviendrait une sorte de fondement de l'ordre juridique, la *Grundnorm* de la vie sociale.

Continuellement exposés au danger imminent de la « *ticking bomb* » nous devons continuellement torturer, et l'on peut torturer le coupable et l'innocent, parce que le coupable pourrait s'effondrer, si ce n'est pas pour la torture exercée sur lui, en raison peut-être de la souffrance infligée à un innocent, à une personne âgée, à un malade, à un enfant. On pourra, et on devra enfin, torturer n'importe qui. N'importe quel citoyen sera exposé au danger imminent de la « torture de sauvetage » (*Rettungsfolter* comme l'a appelée le juriste allemand Winfried Brugger). Tous seront exposés au risque de la « *ticking bomb* », mais aussi, je répète, à la possibilité d'être torturé, qu'il s'agisse de vieux ou de jeunes, de sains ou de malades, d'hommes ou de femmes, et même les animaux (pourquoi pas ?). Mais pourrions-nous accepter tout cela ? Pourrions-nous vouloir vivre ainsi ? Notre « salut », la sécurité personnelle est-elle maintenant vraiment à l'abri ? Et la société et son intégrité sont-elles vraiment à l'abri ?

L'autre situation exceptionnelle est celle du monstre moral. Écoutons-en une configuration récente offerte par Uwe Steinhoff, un spécialiste allemand de philosophie morale.

*« If, for example, humanity would face the choice (maybe posed by some maniac) with the ultimate weapon or by an alien race, or what have you, between being exterminated or torturing one particularly bad man (let us say Idi Amin) for an hour or a day, it is far from clear why any person in his right mind – both intellectually and morally – should pray that humanity said “no to torture”. And what, by the way, if the choice is between all human beings (that includes children) being tortured by the alien race or only one particularly bad man being tortured by some humans »* (nous soulignons).

On relève que dans cette représentation hypothétique, le sujet à torturer peut bien être un *innocent*, quoique très méchant et mauvais, étant donné que le

danger imminent à éviter par la torture ne lui est pas imputé et ne lui pas autrement imputable.

Ou bien encore on peut lire ce qu'écrit Michael Moore, un jusphilosophe étasunien qui se vante d'être jusnaturaliste, à propos des monstres moraux (ici les « malfaiteurs » auxquels on impute le danger imminent et très grave) :

*« Their lives and rights are worth less precisely because they are morally odious individuals deserving of punishment, even if we are not their rightful punishers and even if death or torture is their rightful punishment ».*

C'est-à-dire qu'il y a des individus dont la conduite ou le style vie est si odieux et moralement répréhensible qu'ils ne méritent plus d'être couverts ou garantis par le principe d'égalité devant la loi. Pour eux, la loi ne peut pas être la même que celle qui s'applique au loyal et honnête citoyen.

Polynice s'est révolté contre la cité, et il est alors juste qu'il ne mérite pas d'être enterré, peu importe qu'Antigone puisse dire qu'une loi universelle est la même pour tout être humain. Devant le monstre moral, ou dans une autre version devant l'« ennemi » (comme l'a soutenu le pénaliste allemand Günter Jakobs), l'égalité devant la loi n'est plus valable. En ce qui concerne l'« *illegal alien combatant* » – dira l'administration du Président étasunien George W. Bush – les Conventions de Genève n'ont aucune vigueur, et donc celui-ci pourra être licitement torturé.

Mais qu'est-ce vraiment qu'un monstre moral ? C'est encore un être humain ? Ou un être surhumain ? Ou bien c'est un animal privé d'humanité ? Dans cette échelle, entre être surhumain, être humain, et être infrahumain, où se place-t-il ? C'est une bête ? Et s'il reste malgré tout un être humain il conserve pourtant toujours des droits et garde quand même sa dignité ? On pourra le blesser et le tuer par légitime défense, et peut-être aussi lui appliquer licitement la peine capitale. Mais est-ce que l'on peut le torturer ? La notion de torture doit être revue et reconceptualisée en présence du « monstre moral » – telle est la thèse.

Ici, on peut utilement renouer avec la réflexion kantienne sur ce thème. En effet, Kant ne parle jamais explicitement de la torture, de la « *quaestio* ». Et pourtant il y a au moins deux étapes assez significatives sur ce thème, que nous retrouvons dans *La métaphysique des mœurs*. Lisons-les.

*« Relativement à cette partie de la création qui est animée, mais privée de raison, la violence et la cruauté avec lesquelles on traite les animaux sont très contraires au devoir de l'homme envers lui-même ; car on émousse ainsi en soi la compassion qu'excitent leurs souffrances, et par conséquent on affaiblit et on éteint peu à peu une disposition naturelle, très favorable à la moralité de l'homme, dans ses rapports avec ses semblables. Nous avons le droit de les tuer par des moyens expéditifs (sans les*

torturer), et de les soumettre à un travail qui n'excède point leurs forces (puisque nous sommes nous-mêmes soumis à cette nécessité) ; mais ces expériences douloureuses que l'on fait sur eux, dans un intérêt purement spéculatif, et alors qu'on pourrait arriver au même but par d'autres moyens, sont choses odieuses »<sup>2</sup>.

Donc avant tout, Kant exclut la torture des animaux, comme une chose qui suscite l'horreur et affaiblit le sens de compassion si important pour nourrir et activer l'empathie qui est à la base de la morale. Mais ensuite il continue avec une réflexion sur les peines cruelles qui s'appliquent aux êtres humains.

« Je ne puis refuser tout respect à l'homme vicieux lui-même, comme homme ; car, en cette qualité du moins, il n'en peut être privé, quoiqu'il s'en rende indigne par sa conduite. Aussi faut-il rejeter ces peines infamantes qui dégradent l'humanité même (comme d'écarteler un criminel, de le livrer aux chiens, de lui couper le nez et les oreilles), et qui non seulement, à cause de cette dégradation, sont plus douloureuses pour le patient (qui prétend encore au respect des autres, comme chacun doit le faire) que la perte de ses biens ou de sa vie, mais encore font rougir le spectateur d'appartenir à une espèce qu'on puisse traiter de la sorte »<sup>3</sup>.

De la « lecture combinée » de ces deux passages, nous pouvons déduire deux thèses kantienne sur la torture. (i) On ne peut pas torturer les animaux. (ii) On ne doit pas punir l'être humain avec une sanction qui soit aussi une torture. Cela a pour corollaire que les êtres humains peuvent être punis, mais pas les animaux (qui ne sont pas des êtres humains), et que les animaux pourraient être torturés, là où la torture n'est pas une peine, une sanction pour violation de la norme, mais que l'on ne doit pas le faire. Et qu'enfin les êtres humains doivent être punis, s'ils violent les normes juridiques, mais que leur peine ne doit pas être une torture. Mais si la peine, même due, ne peut pas être une torture, a fortiori on ne pourra pas appliquer une torture qui n'est pas conçue comme une peine, comme la sanction d'un crime juridiquement (processuellement) constaté. La position de Kant contre la torture est donc nette, même si elle est déduite des deux thèses énoncées dans les passages susmentionnés, et qu'elle ne se retrouve pas exprimée de manière explicite au sujet de la « *quaestio* » sur laquelle, probablement par dégoût, le philosophe de Königsberg préfère ne pas dire un mot.

D'un autre côté, les thèses kantienne s'appliquent immédiatement à l'hypothèse du « monstre moral ». En admettant que le monstre moral ne soit pas un être humain en tant que sujet autonome, rationnel et doté de sensibilité, et donc qu'il devienne semblable à un animal, on ne pourra pas le punir, du moment que la peine présuppose la responsabilité pour l'acte accompli et cette

<sup>2</sup> E. Kant, *La Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, trad.fr. de J.Barni, Paris, Auguste Durand, 1855, p. 110.

<sup>3</sup> *ibid.*, p. 143-144.

rationalité, l'autonomie du sujet coupable. Mais pourra-t-on alors le torturer ? Non, on ne le pourra pas, justement parce que c'est une « bête », et donc un être sensible, capable de souffrir et donc un possible objet de compassion. Mais ensuite, la torture n'est-elle pas une peine elle aussi, et une peine des plus cruelles ? Et ne serions-nous pas alors en présence de droit pénal sans droit, ou sans procès, dans le cas de la torture infligée au « monstre moral » (le terroriste, « le combattant étranger illégal ») ?

Et si le monstre moral était encore, malgré tout, un être humain ? Dans un tel cas, sa monstruosité ne lui enlève pas le caractère d'« humanité » et avec celui-ci la valeur de la dignité comme droit fondamental inaliénable parce qu'universel (de tous les êtres humains en tant que tels) et universel parce qu'inaliénable, que lui, le « monstre », pourrait justement quand même réclamer. On pourrait encore dire que le « monstre » est un être surhumain, un « diable », une sorte d'être exceptionnel et négatif. Mais s'il était vraiment ainsi la torture ne pourrait avoir d'effet sur lui. Si nous la lui appliquons, c'est parce que nous croyons qu'il est comme nous, fragile, faible, « humain », capable d'être courbé par la douleur et par la souffrance. Et il suffira d'en observer les réactions, les gémissements et les cris, sous torture, pour ne pas avoir de doute de la sorte à cet égard.

Mais considérerons de nouveau la « situation morale monstrueuse ». Ici, la proposition, comme on l'a vu, est celle d'une règle générale exclusive, pour laquelle l'exceptionnalité de la situation nous libère du droit et de ses contraintes « normales » ou « ordinaires ». A la « sorcière », ou au « terroriste », à l'« *illegal alien combatant* », on n'applique pas la norme juridique (ici essentiellement les Conventions de Genève et le fameux article 3 qui interdit l'usage de la torture). En général, l'argument de l'état d'exception présuppose que, l'applicabilité du droit et la loi ordinaire ayant failli, la nécessité et l'exception se trouvent devant un vide normatif absolu, lequel donc justifie le recours au décisionnisme, à un fort pouvoir discrétionnaire.

Cependant cette thèse tient et tombe avec la validité de la thèse juspositiviste pour laquelle le droit, en tant que raison et règle d'exclusion ou exclusive, désactive une fois pour toute la validité de la morale ou des autres critères de raison pratique. Mais c'est la thèse du droit comme « raison excluante » ou la thèse du système juridique parfaitement délimité par une « règle générale exclusive » plausible, qui rend compte de la pratique et de l'expérience juridique ? Comment est-il possible que le droit tienne par lui-même, qu'il se suffise à lui-même, sans renvoyer à des règles extra-positives (comme par exemple celle de la linguistique ou celle de la logique voire celle de la raison pratique) ?

Et pourquoi, une fois le droit désactivé, devrions-nous retomber dans le pouvoir discrétionnaire d'un décideur non lié par la norme de justice, un espèce d'« anarque » *jüngerien* ou *schmittien* ? Pourquoi et comment les « raisons d'exclusions » (à partir desquelles on affirme et compose le droit) désactiveraient-elles

pour toujours les « raisons de premier degré », les raisons morales surtout par rapport auxquelles les normes juridiques fonctionnent (ou du moins c'est comme cela que l'on dit) comme « raisons de deuxième degré » ?

Ne pourrait-on pas au contraire retenir que, lorsqu'il manque les raisons de deuxième degré (les normes du droit positif), les raisons de premier degré (principalement les normes morales) retrouvent toute leur application ? Peut-on dire et soutenir que la règle « générale exclusive » maintient la validité même en présence de l'exception, de la situation « monstrueuse » ? Ou que tout ce qui reste exclu par de telles règles générales devient licite ? Et ensuite si l'exceptionnalité, la « monstruosité » de la situation qui désactive le droit ordinaire est qualifiée en termes moraux (la « situation morale monstrueuse » ou l'irruption du « monstre moral »), parce que la morale ne devrait pas, pour ainsi dire, reprendre la même situation dans ses propres mains ?

Friedrich Spee von Langenfeld, l'auteur du *Cautio criminalis*, le livre qui au XVII<sup>e</sup> siècle affronte et critique l'holocauste et la chasse aux « sorcières » en Allemagne, se dresse contre cette prétendue vertu désactivante et anomique de la situation exceptionnelle, abrégée dans le principe pour lequel ici et maintenant, « *ordo est ordinem non servare* ». Même dans le cas de « *crimina excepta* », de délits exceptionnels, il ne découle pas immédiatement – écrit-il – « qu'il soit licite de faire abstraction au-delà du droit même de la droite raison »<sup>4</sup>. Par conséquent, si l'on n'applique pas le droit ordinaire aux « sorcières », au « monstre moral », on appliquera le droit naturel et pour de tels sujets la compassion vaudra toujours et de toute façon.

« Je ne veux pas nier – écrit-il – que l'on doit aller au secours de l'Etat, mais sans entrer en conflit avec la raison ou avec le droit naturel et sans violer le sentiment universel de la charité chrétienne »<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> ma traduction de *Cautio criminalis*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>5</sup> ma traduction, *ibid.* p. 234.

## DANS QUELLE MESURE FAUT-IL RÉVISER LA NOTION DE CRUAUTÉ ?

---

Stefan GOLTZBERG

*Chercheur à l'Université Libre de Bruxelles, Centre Perelman de Philosophie du Droit*

**Abstract :** *I address the question of the revision of legal concepts, more particularly that of cruelty, which is a thick concept. Many legal texts forbid cruel punishments but they often don't make explicit what exactly is meant or referred to by cruel punishments. The judge whose approach is dynamic will be happy to revise legal concepts like cruelty if need be. But what about the originalist judge, who sets out to stick to the original meaning that the words (like cruel) bore when the normative text was adopted? Scalia and Garner seem to say that a revision is not admissible. Yet a distinction between meaning-originalism and conception-originalism might lead to another answer. According to John Perry, if you want to be an originalist, you can only be a meaning-originalist. Scalia and Garner happen to subscribe to this meaning-originalism. By contrast, a conception-originalism is, according to Perry, inadmissible and yet Scalia and Garner seem to shift to that view when it comes to some questions related to the revision of legal concepts such as cruel punishments.*

En quoi consiste la révision des concepts juridiques<sup>1</sup> ? Quel est l'élément qui, dans une telle révision, est précisément ciblé ? Le mot, la chose, la notion ? Nous retrouvons ici la tripartition qui sous-tend la *Querelle des universaux* si bien décrite par Alain de Libera<sup>2</sup>. Mais cette fois-ci, la question n'est plus seulement de savoir si l'universel est une chose, un nom ou un concept, mais une question plus pratique : comment le juge est-il conduit à lire et à réviser une norme parfois adoptée à une époque très lointaine ? Il arrive que seul le mot soit révisé ou modifié, comme lorsque les notions de « bon père de famille » ou de « bâtard » sont reformulées au profit d'autres appellations, moins péjoratives ou moins chargées<sup>3</sup>. Mais la révision peut porter sur autre chose, comme ce sur quoi porte le concept juridique : l'objet ou la notion. Le nom demeure mais la réalité à laquelle il s'applique se voit modifiée. Est-ce que l'application du concept d'*arme* à des armes nouvelles constitue une révision de concept ? Personne ne semble le penser, puisque la notion d'*arme* est claire et s'applique indifféremment aux armes anciennes comme nouvelles, inconnues du législateur au moment de l'adoption. Une manière de compliquer la chose serait d'envisager des objets qui sont *pris pour* armes mais qui ne sont pas fabriqués pour servir d'armes,

---

<sup>1</sup> Je remercie Brice Bernaerts, Yohann Rimokh, Frédéric Rouvière et Liliane Vana pour leur lecture attentive et leurs commentaires.

<sup>2</sup> A. de Libera, *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Seuil, Paris, 1996.

<sup>3</sup> Ces exemples sont évidemment loin de se réduire à un changement terminologique neutre, mais emportent des conséquences éthiques attachées à la connotation manifeste attachée à ces mots.

comme une batte de baseball. Que se passe-t-il lorsque le terme qui fait l'objet d'une hypothétique révision est à la fois une description et une évaluation ?

Prenons le cas du mot « cruel », que l'on peut approcher sous un triple angle conceptuel. Premièrement, « cruel » est un concept épais (*thick concept*) en tant qu'il contient une dimension descriptive et une dimension évaluative<sup>4</sup>. Les philosophes s'interrogent d'ailleurs sur le caractère séparable ou inséparable de ces deux dimensions, certains considérant que la notion de cruauté recouvre une certaine réalité factuelle identifiable (une action qui remplit tels critères est cruelle) à laquelle serait associé un jugement de valeur négatif, d'autres soutenant que ces deux dimensions sont intrinsèquement reliées et dès lors inséparables : il n'y aurait pas d'application possible du prédicat « cruel » si l'on suspendait le jugement évaluatif qu'il charrie. Nous ne sommes pas en mesure de trancher entre ces deux options ; de toute manière, dans les deux cas, la question de l'identification de ce qui est cruel se pose avec la même acuité. Deuxièmement, la notion de cruauté est étudiée notamment par Sénèque qui, dans le *De Clementia*, interpellait Néron et essayait de le convaincre de se montrer mesuré dans les peines qu'il infligeait : en un mot, de ne pas se montrer cruel. Dans la mesure où « la cruauté est un vice absolument contraire à la nature de l'homme » qui « passe les bornes ordinaires » puis les « bornes humaines<sup>5</sup> », Sénèque se sent dans l'obligation de dissuader Néron d'y recourir. Il est important de relever que selon Sénèque le contraire de la clémence ne saurait être la sévérité (qu'il voit comme une vertu), mais la cruauté (*crudelitas*<sup>6</sup>). Enfin, une troisième approche philosophique de la cruauté conduit Paulo D. Barrozo à distinguer quatre conceptions de la cruauté, selon que l'on mesure la cruauté à l'aune de l'agent (bourreau), de la victime et selon que le degré de cruauté soit subjectif ou objectif<sup>7</sup>. Une telle quadripartition des types de définitions de la cruauté pourrait être utile pour le juge à qui il incombe de déterminer quelle peine est cruelle aujourd'hui.

En tout état de cause, la notion de cruauté est une excellente pierre de touche pour éprouver toute théorie de l'interprétation juridique, en particulier dès qu'il est question de révision de concepts : l'application de la notion de cruauté semble bel et bien susceptible de varier à travers le temps. Le juge doit-il accepter la vision qu'avait le législateur au moment de l'adoption du texte ou doit-il actualiser le texte normatif ? C'est dans ces termes que se pose souvent la question, au sein d'une controverse opposant au sein de la cour suprême des États-Unis, pour simplifier, originalistes et non-originalistes.

Nous aborderons dès lors cette question au travers du Huitième Amendement de la Constitution américaine, prohibant toute peine cruelle et

<sup>4</sup> B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Routledge, Londres et New York, [1985], 1993, p. 140-147.

<sup>5</sup> Sénèque, *De la Clémence*, traduit par François Préchac, Belles Lettres, Paris, 1961, p. 45

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 10

<sup>7</sup> P. D. Barrozo, « Punishing Cruelly : Punishment, Cruelty, and Mercy », *Criminal Law and Philosophy* (2008) 2, p. 67-84



inhabituelle (« *cruel and unusual punishments*<sup>8</sup> »). Est-ce que la peine de mort peut aujourd'hui tomber sous l'interdit contenu dans cet amendement, sachant que les auteurs dudit amendement souscrivaient par ailleurs à la peine de mort ? On pourrait imaginer que la question tournerait nécessairement autour d'un débat entre les originalistes et les non-originalistes, les premiers réclamant que l'on maintienne la signification originelle du mot « cruel », les seconds exigeant que l'on « adapte » la signification du mot « cruel » aux standards contemporains. Nous verrons que cette opposition n'est pas nécessairement la plus à même d'éclairer notre problème. Une étude de la nature de l'originalisme nous permettra de mettre en lumière la méthodologie qu'il préconise. Nous aurons l'occasion de mettre à nu plusieurs mythes entourant le courant originaliste, qui n'est pas aussi naïf ou extrémiste que ses détracteurs le prétendent. Pour autant, il n'est pas certain que la méthode originaliste soit tenue d'épouser les conceptions originelles des textes normatifs comme le prétendent parfois ses défenseurs.

### L'opposition n'est pas totale

Souvent, au cœur des controverses, les auteurs de doctrine ainsi que les juges, utilisent parfois des termes péjoratifs comme « rigide » ou « arbitraire ». Ce ne sont que les *excess* qui guettent chacun des deux pôles : une décision passant pour être *trop* attachée au sens originel ou à la formulation de la loi sera taxée de formalisme<sup>9</sup>, de sclérosée, tandis qu'une décision qui semble s'écarter par trop de la loi sera dite arbitraire. Comme Karl Llewellyn l'écrivait, stabilité et changement sont des dimensions normales, nécessaires de l'interprétation juridique, alors que la rigidité et l'errance en sont des manifestations non nécessaires, outrées<sup>10</sup>. Nous ajouterions : *rigidité* et *errance* sont des *évaluations* qui expriment des prises de positions. Pour reprendre les termes chers à Bernard Williams évoqués plus haut, rigidité et errance sont des concepts *épais*.

### Cruauté

Le Huitième Amendement de la Constitution des États-Unis interdit notamment toutes les peines cruelles et inhabituelles. Cet amendement pose de multiples problèmes et constitue un très bon exemple de révision de concept juridique. Du moins, il permet de jeter une lumière sur ce qui évolue exactement dans une telle notion juridique. Le syntagme « peines cruelles et inhabituelles » a été invoqué pour rendre inconstitutionnelle, notamment, la peine

<sup>8</sup> Le Huitième Amendement stipule : « *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ».

<sup>9</sup> Sur la notion de formalisme en philosophie du droit, le lecteur consultera avec profit F. Schauer, *Thinking like a lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) et Londres, 2009, ainsi que l'ouvrage où Tamanaha remet en question la division entre formalistes et réalistes : B. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton et Oxford, 2010.

<sup>10</sup> K. N. Llewellyn, *The Theory of Rules*, édité par Frederick Schauer, University of Chicago Press, 2011, p. 139.

de mort. Le débat entre originalistes et non-originalistes tourne autour de la manière dont il convient de lire ces textes datant d'il y a plus de deux cents ans. Nous procéderons en trois étapes : l'approche non-originaliste, l'originalisme de Scalia et la critique de ce dernier.

### Du refus de l'originalisme à l'interprétation dynamique.

Dans « The Misconceived Quest for the Original Understanding »<sup>11</sup>, Paul Brest critique ce qu'il appelle l'originalisme, qu'il divise en deux types : le textualisme strict et le textualisme modéré<sup>12</sup>. Le premier, il l'appelle *littéralisme* et le définit de la manière suivante : « *the most extreme form of strict textualism* »<sup>13</sup>. On mesure combien le textualisme constitue une forme extrême de théorie herméneutique et on ne s'étonnera guère de lire que le textualisme strict est incapable de traiter l'ambiguïté, le vague et le langage figuré. Il n'apparaît pas clairement que cette théorie soit défendue – ni qu'elle soit défendable – telle quelle par qui que ce soit. Contrairement au textualisme strict, l'auteur présente le textualisme modéré comme une théorie recevable, quoique la fin de l'article s'attache à montrer son infériorité par rapport à l'approche non-originaliste. Tout se passe comme si l'originalisme, même modéré, demeurerait trop attaché au texte de la Constitution. Brest préfère à l'originalisme un non-originalisme qu'il présente sous la forme d'une fidélité présumée – et non pas totale – au texte de la Constitution. Cette fidélité est – paradoxalement – précisément ce par quoi les originalistes définissent leur rapport au texte de la Constitution : l'originaliste est fidèle à la lettre de la Constitution à moins qu'une bonne raison le conduise à en privilégier l'esprit. Le caractère circulaire de l'article de Brest se laisse entrevoir dans la dernière phrase, qui commet à nouveau une pétition de principe : « *one can better protect fundamental values [...] by protecting them than by guessing how other people meant to govern a different society a hundred or more years ago* ». Brest semble ici confondre le moyen et l'objectif : l'objectif qu'il s'assigne est la protection de certaines valeurs – objectif qui à notre connaissance est partagé par les originalistes, contrairement aux moyens. Si nous reformulons la conclusion de Brest, il explique que l'on atteint mieux les objectifs en les atteignant qu'en ayant recours aux moyens préconisés par les originalistes. La contribution de Brest procède surtout de manière négative, conjurant l'originalisme de Scalia.

Reprenant explicitement la terminologie de Brest, William Eskridge Jr publie en 1987 un article intitulé « Dynamic Statutory Interpretation »<sup>14</sup>. L'interprétation dite dynamique et qu'il appelle de ses vœux se voit opposée à

---

<sup>11</sup> P. Brest, « The Misconceived Quest for the Original Understanding », *Boston University Law Review*, 60, p. 204-238

<sup>12</sup> Il est remarquable que l'originalisme est divisé en deux types de textualisme, alors que dans *Reading Law*, Scalia et Garner voient dans l'originalisme, un des deux types de textualisme.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 222.

<sup>14</sup> W. N. Eskridge Jr. « Dynamic Statutory Interpretation », *University of Pennsylvania Law Review*, 135, p. 1479-1555

l'interprétation prétendument statique. Cette dernière serait « antédiluvienn<sup>15</sup> ». Il faut comprendre par ce terme : ancienne et nuisible. Afin de défendre sa position, Eskridge peut sembler par endroits péremptoire : « *Interpretation is not static, but dynamic* » (ce qu'il s'agit précisément de démontrer). Voire :

*« My dynamic model of statutory interpretation is preferable to the intentionalist mythology because it is theoretically more consistent with modern ideas about interpretation and law, and because it concentrates the courts' and the parties' attention on the truly relevant factors ».*

Nous risquons à nouveau de déceler une circularité dans l'argument qui consiste à dire que le modèle dynamique est meilleur puisqu'il correspond aux idées contemporaines en interprétation et en droit : or, c'est précisément cette exigence de correspondance avec les idées contemporaines que les originalistes ont mis en question.

Il ajoute que l'interprétation n'est pas une découverte archéologique mais bien plutôt une création dialectique. Cette interprétation dynamique, explique l'auteur, est particulièrement bienvenue lorsque l'interprétation d'un terme ne va pas de soi ou encore lorsque le texte est ancien. Nous avons donc plusieurs configurations possibles : le texte peut être récent ou ancien et aborder directement la question ou non.

Lorsque le texte est récent et qu'il aborde directement la question, la perspective textuelle l'emporte à moins (« *unless* ») que l'on sache que le Congrès l'entendait autrement ou encore que la décision donne lieu à un résultat absurde.

Lorsque le texte est ancien et aborde directement la question, la perspective est toujours de mise mais encore plus facilement renversable au profit de la perspective historique ou de l'interprétation dynamique.

Lorsque le texte est récent et qu'il n'aborde pas directement la question – et à plus forte raison s'il est ancien – la perspective évolutive l'emporte.

On le voit, la perspective textuelle fait facilement place à une perspective dynamique. Celle-ci est justifiée par une vision souple de la séparation des pouvoirs. À la séparation supposément stricte de Montesquieu, Eskridge préfère l'approche de Madison : il suffit que *tous* les pouvoirs ne soient pas aux mains d'un seul. Il n'est dès lors plus guère requis de priver les juges de la possibilité de créer du droit, pour peu qu'ils ne disposent pas des trois pouvoirs en même temps.

Comme nous le verrons, la doctrine de l'interprétation dynamique se distingue de l'originalisme par la *facilité* avec laquelle elle entend pouvoir renverser la présomption de la fidélité de la lettre. Paradoxalement, un Scalia ne dira guère autre chose, si ce n'est que pour lui, la perspective textualiste – et en particulier

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 1492.

originaliste – constitue une présomption qu’il ne sera *pas facile* de renverser, quoique cela toujours possible.

À ce point de notre recherche, l’on pourrait croire que l’originalisme est une théorie plus à même de protéger les valeurs originellement défendues par la Constitution des États-Unis que les théories non-originalistes, puisqu’une partie de celles-ci tendent à caricaturer les thèses originalistes, les vidant de leur sens, sans nécessairement offrir une méthodologie articulée qui garantirait le respect des valeurs constitutionnelles.

### Une défense de l’originalisme

On peut distinguer au moins deux défenses de l’originalisme, celle de philosophes comme Lawrence B. Solum et celle de juristes comme Scalia et Garner. Alors que le texte de Solum « Semantic Originalism »<sup>16</sup> témoigne d’une grande finesse en philosophie du langage, le traité d’interprétation juridique de Scalia et Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*<sup>17</sup>, semble plus à même de représenter ce que les juristes, en particulier Scalia, entendent par originalisme. Nous nous concentrerons sur ce traité et nous exposerons dans un second temps une critique intelligente qui relève dans ce traité une incohérence que Solum n’aurait du reste pas commise.

*Reading Law* vient combler une absence dans l’œuvre de Scalia : celle d’une systématisation de son approche herméneutique. Le lecteur ne trouvera guère dans cet ouvrage co-écrit avec le lexicographe Bryan A. Garner, la défense d’une théorie naïve ou impraticable, mais au contraire une méthodologie facile d’accès et très documentée. Le texte commence par l’idée selon laquelle tout le monde ou presque est textualiste au sens large selon lequel on commence par lire le texte de loi. Mais le textualiste dans sa forme la plus pure non seulement *part* du texte mais *fini* par ce que le texte dit et suggère manifestement (*fairly implies*<sup>18</sup>). Le fait que le textualisme dans sa forme la plus pure porte également sur un type de non-dit – et donc s’émancipe d’emblée du texte au sens strict – devrait suffire à détromper les textes qui caricaturent le textualisme. Autre argument par lequel Scalia et Garner entendent réfuter l’accusation selon laquelle le textualisme est simplement un outil permettant de soutenir des options politiques et idéologiques : le textualisme serait un très mauvais outil pour ce faire, comme en témoignent les décisions où Scalia dit avoir dû voter pour l’opinion dite « libérale » dans l’exacte mesure où sa méthodologie textualiste l’y contraignait. Le fait que Scalia donne par moments son assentiment à des décisions libérales prouverait sinon la neutralité de sa méthodologie, du

<sup>16</sup> L. B. Solum, « Semantic Originalism », *Illinois Public Law Research Paper No. 07-24*, p. 1-176.

<sup>17</sup> A. Scalia et B. A. Garner. *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, West, 2012. Voir également de A. Scalia *et alii. A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, ainsi que la recension de Cass R. Sunstein, « Justice Scalia’s Democratic Formalism », *The Yale Law Journal*, 107, p. 529-567.

<sup>18</sup> *Reading Law. Op. cit.*, p. 16.

moins qu'il est faux d'affirmer qu'il s'agit d'un outil strictement soumis à des options idéologiques.

L'ouvrage *Reading Law* est ponctué par 70 principes rangés par catégories. Les 57 premiers sont décrits comme des canons de l'interprétation : les 37 premiers portent sur tout type de textes juridiques, alors que les canons n°38 à 57 sont davantage liés à certains types de normes. Enfin, l'ouvrage se termine par la réfutation de 13 thèses plus ou moins courantes en interprétation juridique. Cette dernière partie constitue presque une déclaration originaliste, puisqu'on recense notamment les points suivants :

- L'idée fautive selon laquelle l'esprit d'une loi devrait l'emporter sur sa lettre ;
- L'idée fautive selon laquelle l'objectif dans l'interprétation des lois est d'assurer la justice ;
- L'idée fautive selon laquelle les mots doivent être interprétés strictement ;
- L'idée fautive selon laquelle le but de l'interprétation est de découvrir l'intention.

Ces idées fautes reprennent tantôt des idées anti-originalistes (favoriser l'esprit sur la lettre, viser la justice, découvrir l'intention), tantôt des caricatures de l'originalisme (selon lesquelles l'originaliste interprète tout terme au sens strict).

Notre attention va se porter non sur cette dernière partie, mais sur le 7<sup>e</sup> canon, intitulé « Canon de la signification fixée : on doit donner aux mots la signification qu'ils avaient au moment de leur adoption » (*Fixed-Meaning Canon : Words must be given the meaning they had when the text was adopted*). C'est dans ce chapitre que la question de la révision des concepts juridiques se pose avec le plus d'acuité. En effet, la théorie d'après laquelle la signification qui doit être donnée aux termes est celle qu'ils avaient à l'origine, c'est-à-dire au moment de l'adoption du texte, soulève précisément la difficulté de la révision des concepts.

Scalia et Garner ne semblent pas au premier abord penser que les normes juridiques ne peuvent pas être appliquées à de nouveaux objets. La nouvelle théorie, qui daterait du milieu du 20<sup>e</sup> siècle et s'opposant farouchement à l'originalisme dit que

« les rédacteurs des 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles s'attendaient à ce que la signification de leurs mots évoluerait avec le temps – par opposition à l'idée selon laquelle les mots auraient une signification permanente qui sera appliquée à des situations nouvelles et différentes. Cette vision est démentie par l'histoire du droit »<sup>19</sup>.

Une série de citations viennent ensuite appuyer l'idée d'une signification durable, inchangée, des termes – quitte à être appliquée à des réalités nouvelles. Typiquement, les auteurs nient l'idée selon laquelle l'originalisme serait incapable d'appliquer la constitution à des réalités contemporaines comme l'Internet ou les fours à micro-ondes. Or, le vol de micro-onde est constamment qualifié

---

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 79.

de vol même si l'objet n'existait pas au moment de l'adoption du texte interdisant le vol<sup>20</sup>. De même, le Premier Amendement s'applique bel et bien à la prose disponible sur Internet.

Non content de montrer la légitimité de l'originalisme, Scalia et Garner vont jusqu'à affirmer que l'originalisme est la seule approche compatible avec la démocratie, puisque dès que le juge modifie la signification des termes, il change le contenu de la loi votée démocratiquement<sup>21</sup>.

### Cruauté

Il n'est guère étonnant dès lors que Scalia et Garner entendent maintenir le sens originel des mots du Huitième Amendement, lequel interdit notamment toute « peine cruelle et inhabituelle ». Le terme « cruel » est à saisir dans le sens qu'il avait au moment de l'adoption du texte et non à l'aune des significations qu'il revêtirait aujourd'hui. Plus particulièrement, il est déraisonnable selon nos auteurs de voir invoquer cet amendement pour juger inconstitutionnelle la peine de mort. En effet, à l'époque de l'adoption du texte (fin du 18<sup>e</sup> siècle), la peine de mort était pleinement acceptée pour une série de crimes ; comment l'interprétation juridique pourrait-elle créer ce qui n'existait pas (la cruauté de la peine de mort).

### Perry ou la philosophie du langage se penchant sur l'originalisme de Scalia

C'est ici que le philosophe du langage John Perry nous est d'un précieux secours. Dans un texte paru en 2011, « Textualism and the Discovery of Rights »<sup>22</sup>, Perry scrute l'approche originaliste de Scalia et relève une incohérence dans ses propos. Nous ne sommes pas en mesure de savoir si Scalia et Garner ont pris connaissance de ce texte avant la parution de leur ouvrage *Reading Law*, mais en tout état de cause, il semble que les critiques de Perry sont encore valables à propos de ce livre-là.

Commençons par une précision terminologique : Perry s'en prend au *textualisme* de Scalia, selon lequel le contenu d'une loi serait déterminé par la signification originale du texte de loi. Il se trouve que Scalia et Garner définissent en 2012 l'originalisme comme un type de textualisme. Il apparaît dès lors que ce que Perry appelle le textualisme de Scalia coïncide avec l'originalisme tel que défini dans *Reading Law*. Nous parlerons dès lors d'originalisme et non pas de textualisme, puisque selon Scalia et Garner, il est possible d'être textualiste non-originaliste – approche qu'ils critiquent vigoureusement.

---

<sup>20</sup> « *The objection is empty : Drafters of every era know that technological advances will proceed a pace and that the rules they create will one day apply to all sorts of circumstances that they would not possibly envision : "A 19<sup>th</sup>-century statute criminalizing the theft of goods is not ambiguous in its application to the theft of microwave ovens"* ». *Ibid.* p. 86.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 82-83.

<sup>22</sup> J. Perry, « Textualism and the Discovery of Rights » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 105-129

Perry distingue un originalisme de signification (*Meaning-textualism*) et un originalisme de conception (*Conception-textualism*). Selon l'originalisme de *signification*, le contenu des lois est encore de nos jours déterminé par le sens qu'avaient les *mots* au moment de l'adoption du texte de loi. Par contraste, l'originalisme de *conception* considère qu'il faut, en le lisant aujourd'hui, garder la même conception que celle des auteurs du texte (ou du moins des personnes qui ont adopté le texte). Garder la même conception<sup>23</sup>, c'est considérer comme cruel ce qu'ils considéraient comme cruel et, inversement, ne pas déclarer cruel ce qu'ils ne regardaient pas comme cruel.

Or, Scalia, nous dit Perry, oscillerait entre l'originalisme de signification et l'originalisme de conception<sup>24</sup>. Perry ajoute que l'originalisme de signification est une approche tout à fait recevable (*that seems like common sense*), alors que l'originalisme de conception est une « *hopeless idea* »<sup>25</sup>. Perry appelle même *principe de Ring* – du nom de l'éditeur des *Scalia Dissents*<sup>26</sup> – cette idée selon laquelle le juge doit garder la même conception que celle qui prévalait lors de l'adoption du texte légal. D'après Ring, exposant le textualisme originaliste de Scalia, le résultat – comprenez : la conception – ne change pas à moins que la loi, c'est-à-dire le texte, ne change<sup>27</sup>. L'on pourrait reformuler la distinction entre les deux types d'originalisme au moyen de l'opposition entre la lecture *de re* et la lecture *de dicto*. Selon la lecture *de dicto*, il faut appliquer la description à tout objet qui la satisfait, indépendamment des intentions du locuteur. Selon la lecture *de re* il faut comprendre ce que le locuteur voulait dire *réellement*, ce qu'il avait à l'esprit, même si la description n'est pas précise. La lecture *de dicto* correspond à l'originalisme de signification ; la lecture *de re* correspond donc à l'originalisme de conception<sup>28</sup>.

Comment Perry s'y prend-il pour récuser toute légitimité à l'originalisme de conception ? Nous rappelons que nous ne prétendons pas réduire l'approche de Scalia (avec ou sans Garner) à un originalisme de conception, mais nous suivons Perry dans son argumentation suivant laquelle Scalia (ainsi que Garner) passe subrepticement de l'originalisme de signification à l'originalisme de conception tel qu'il est consacré par le principe de Ring. Pour illustrer son propos, Perry prend l'exemple d'un enfant dont on amputerait le bras. Si le but

<sup>23</sup> La conception, manière de voir le monde, ne doit pas être confondue avec le simple *concept*, qui est une notion qui n'enferme pas toute une vision du monde. Au contraire, le concept est sans doute plus proche de la *signification* que de la *conception*.

<sup>24</sup> Comme nous l'indiquions plus haut, il se trouve que ce que Perry dénonçait en 2011 est encore décelable dans *Reading Law*.

<sup>25</sup> J. Perry, *op. cit.* p. 109

<sup>26</sup> K. A. Ring, *Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*, Regnery Publishing, Washington DC, 2004

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>28</sup> À propos de la distinction entre lecture *de re* et *de dicto*, voir G. Yaffe, « Trying to Kill the Dead : *De Dicto* and *De Re* Intention in Attempted Crimes », dans A. Marmor et S. Soames (éds), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, [2011] 2013, p. 184-216. En outre, cette distinction est exposée dans S. Goltzberg, *Argumentation juridique*, Dalloz, Paris, [2013], 2015, p. 91-95.

de cet exploit était de démontrer l'habileté d'un chirurgien, cet acte<sup>29</sup> pourrait légitimement être déclaré cruel. Mais si ce même chirurgien ampute le bras de cet enfant mais cette fois en raison d'une gangrène, l'amputation ne sera plus (ou du moins plus nécessairement) considérée comme un acte cruel. Si toutefois il existe un moyen plus commode de soigner la gangrène que l'amputation, ce même acte « redevient » cruel, pour ainsi dire. On le voit bien, le caractère cruel ou non d'un acte ne dépend pas uniquement des gestes accomplis : il dépend en outre des raisons et des moyens, ainsi, éventuellement, du plaisir que prend l'auteur des faits. C'est la raison pour laquelle Perry propose cette définition de la cruauté : un acte est cruel s'il est fait pour causer de la souffrance, ou sans raison, ou pour une raison légitime pour laquelle d'autres moyens moins douloureux étaient disponibles ou encore pour une raison qui n'est pas légitime<sup>30</sup>.

L'analogie avec la cruauté des peines capitales est donc la suivante : l'on peut concevoir avec l'originaliste de signification que le sens du mot « cruel » doit être maintenu intact depuis le 18<sup>e</sup> siècle à nos jours. Il n'en résulte pas que nous soyons tenus – ni même qu'un originaliste de signification soit tenu – par la *conception* de ce qui était cruel aux yeux des Pères Fondateurs. Il est donc tout à fait possible, explique Perry, pour un originaliste d'envisager que la peine de mort est aujourd'hui cruelle, bien qu'elle n'était pas cruelle ou considérée comme telle à l'époque du Huitième Amendement. Le sens du mot « cruel » n'a pas subi de révision ; en revanche l'objet auquel il s'applique a pu être modifié. Perry introduit deux modèles qui permettent d'expliquer comment une telle révision des conceptions est possible : le modèle de la connaissance et le modèle du changement. Selon le modèle de la connaissance, il est envisageable que nous ignorions à un temps donné que telle action est cruelle et que nous l'apprenions ensuite : ce n'est pas avoir modifié la signification du terme « cruel » que de considérer désormais, une fois cette nouvelle connaissance acquise, que telle action doit désormais être vue comme cruelle. Selon le modèle du changement, si l'alcool est interdit aux mineurs, comme le prévoit une loi de 1960, il doit être à chaque époque interdit aux mineurs de cette époque-là. Il serait pour le moins curieux que ceux qui étaient mineurs en 1960 – donc nés après 1939 – n'aient jamais le droit de consommer d'acquérir de l'alcool, une fois devenus majeurs. À nouveau, sans que la signification du mot « mineur » ait changé, le juge est censé appliquer les catégories à l'état du monde qui lui est contemporain et ne peut exciper d'un quelconque originalisme de conception. De même, nous dit Perry, « *cruelty should be treated realistically* »<sup>31</sup> : la catégorie de cruauté devrait être appliquée chaque fois au monde tel qu'il se présente au juge et non tel que le *concevait* le peuple à la fin du 18<sup>e</sup> siècle.

Nous avons commencé par regarder la question de la révision des concepts au travers de la grille de lecture offerte par la querelle des universaux,

---

<sup>29</sup> Perry distingue acte et action, mais cette distinction n'est pas cruciale pour notre propos.

<sup>30</sup> J. Perry, *op. cit.*, p. 122.

<sup>31</sup> J. Perry, *op. cit.*, p. 115.



opposant ceux qui faisaient de l'universel un mot, une chose ou un concept. Rapidement, nous avons écarté le cas du changement « simplement » terminologique, même si nous savons combien un changement d'appellation peut être porteur de conséquences. Il nous restait à répondre à la question : la révision du concept de cruauté porte-t-elle sur la chose ou le concept ? Cette formulation ne nous permettait pas en l'état de résoudre la question. Aussi avons-nous fait appel à l'opposition entre signification et conception développée par John Perry. Ce dernier nous a permis de voir combien un originalisme était envisageable et admissible : celui qui tient à la signification des concepts et qui ne révisé que l'application à des *objets*. À l'inverse, l'originalisme de conception est strictement intenable. Scalia et Garner plaident pour un originalisme de signification, leur théorie n'est donc pas irréaliste ou absurde. Mais il arrive qu'ils versent, subrepticement, dans un originalisme de conception, en particulier dès qu'il s'agit de la notion de cruauté. Nous ne prétendons pas répondre à la question de fond de savoir si telle ou telle peine est, aujourd'hui, cruelle. Plus modestement, nous espérons avoir contribué à montrer combien certains arguments qui refusent certains progrès ne sont pas fidèles à leur propre méthodologie. Refuser de réviser la signification n'implique le refus d'une révision des conceptions.

Nous concluons par une observation sur l'opportunité qui se présente au chercheur de solliciter *certain aspects* de la philosophie du langage et de l'action afin d'éclairer des problèmes juridiques. Lorsque le juriste se tourne vers le philosophe, il entend souvent lui poser des questions profondes, sur la définition du droit par exemple. Il semble toutefois que la philosophie du langage et la philosophie de l'action, par exemple les travaux de John Perry, peuvent être mises à profit pour répondre aux questions que se pose le juriste. La philosophie du droit n'est pas encore une discipline bien établie : le plus important reste à faire et consistera peut-être à croiser des notions philosophiques et des problématiques juridiques, même si ces notions philosophiques n'ont pas été à l'origine forgées pour répondre à ces problématiques juridiques.



## LE CONTRAT DE TRAVAIL

---

### RÉVISION DU LOUAGE DE SERVICE EN DROIT FRANÇAIS

Olivier THOLOZAN

*Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit*

**Abstract :** *The legal concept review is often own features updating with social change . This paper would show how did rental agreement of service transfigure into contract of employment with industrialization. It emphasizes logic flaws of this legal concept.*

Dès l'ancien français, le verbe travailler renvoie à l'idée d'une transformation par l'effort. Travail évoque l'idée de tourment, de peine, d'effort<sup>1</sup>. Cette occurrence traduit une prévention héritée de l'antiquité gréco-latine contre cette forme d'activité, uniquement envisagée comme activité manuelle. Le travail caractérise le statut servile ou une situation proche. Sous l'ancien régime, le travail fait déchoir de la noblesse, sommet de la hiérarchie trifonctionnelle.

En moyen français, l'idée de transformation efficace l'emporte sur celle de fatigue ou de peine chez celui qui parle de travailler. Au XVII<sup>e</sup> siècle, l'expression significative « faire travailler son argent » commence à être utilisée. Elle préfigure une transformation sociale fondamentale de la société française. Il s'agit du passage d'une société de castes à une société de classe, assise sur une ascension sociale tirée de la détention de l'argent et non plus sur l'appartenance à une élite fermée<sup>2</sup>.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le mot travail désigne l'activité humaine organisée à l'intérieur du groupe social et exercée régulièrement. Par métonymie, ce terme est appliqué à l'ensemble des travailleurs et plus spécialement aux travailleurs salariés des secteurs agricoles et industriels. Travail s'oppose alors à Capital. Cette ultime inflexion terminologique fondamentale reflète l'installation de la Révolution industrielle en France. Cette manifestation de la « grande transformation » de Polanyi s'est nourrie de la logique scientifique et technique. En tant que méthode d'allocation des ressources, le capitalisme industriel a concentré les moyens de production. Quant à l'idéologie économique libérale de l'industrialisation, elle s'est appuyée sur la libre concurrence au nom d'une meilleure efficacité. Aussi, avec la Révolution industrielle, la diversité des travaux humains s'est fondue dans une catégorie abstraite. Les produits sont devenus des marchandises comparables et les activités ont été fusionnées au sein d'une notion

---

<sup>1</sup> Les informations terminologiques sont tirées, sauf indications contraires, de : V<sup>o</sup> Travailler, A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1998, T. III.

<sup>2</sup> R. Mousnier, *Les hiérarchies sociales de 1450 à nos jours*, PUF, 1969.

unique de travail. Ce mouvement d'abstraction a répondu aux exigences de quantification<sup>3</sup> propre à la rationalité technoscientifique industrielle.

Ce changement de conception générale du travail est parfaitement illustré par la substitution dans le droit français du contrat de travail au louage de service. Le terme contrat de travail entre officiellement dans le vocabulaire du droit positif français avec une loi du 18 juillet 1901 relative aux conséquences du service militaire obligatoire sur cette forme de contractuelle. En 1910, le titre II du premier Code du travail et de la prévoyance s'intitule : « Du contrat de travail ». Mais la terminologie est loin d'être assurée. Le chapitre II de ce titre est consacré à « Du louage de service » et les dispositions de la section 1 continuent à user de ce vocable.

Cette hésitation traduit en fait un travail intérieur à la matrice conceptuelle du louage de service. Il faut dire que celle-ci était loin de reposer sur des assises logiques et stables. Le louage de service français découle de la *locatio operarum* du droit romain. Celle-ci pouvait apparaître comme une application à un domaine particulier de la catégorie plus générale de la *locatio conductio* (louage). À côté, on distinguait la *locatio rei* (louage de chose) et la *locatio operis faciendi* (louage d'ouvrage). En fait, la méthode consistant à voir dans la *locatio operarum* une utilisation particulière de la *locatio conductio* est une invention ultérieure. C'est une construction intellectuelle du XVII<sup>e</sup> siècle élaborée à partir d'une théorie médiévale confuse<sup>4</sup>. Cette assimilation a été reprise par les rédacteurs du Code civil de 1804 influencés par Pothier, au demeurant peu loquace sur le contrat de louage de service.

Ces rédacteurs du Code avaient d'ailleurs du mal à clairement distinguer le louage de service du louage de chose. Ils considéraient que ce dernier contrat était le modèle type du louage. Ils ont donc admis que ses règles s'appliquaient en cas de laconisme du Code en matière de louage de service<sup>5</sup>. Or le louage de chose et de service diffèrent. Ainsi le preneur à bail de service ne peut restituer la chose louée (jours de travail)<sup>6</sup>. Ce même preneur à bail ne peut entrer directement en possession du travail du bailleur. Pour contourner la difficulté, il faut substituer au louage de service l'idée d'un contrat de travail fondé sur la subordination du salarié à l'employeur<sup>7</sup>. Mais alors le cadre formel libéral du louage de service est mis en cause.

<sup>3</sup> A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Doit social*, n° 2, février 2000, p. 131-132.

<sup>4</sup> F. Olivier Martin, « Des divisions du louage en droit romain », *Revue historique du droit français et étranger*, 1936, p. 455 ; 469-470 ; 467. Le débat historiographique sur l'unité de la *locatio conductio* (louage) à l'époque romaine est présenté de façon synthétique par : D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 248-249.

<sup>5</sup> N. Dockès, « Autour des origines du contrat de travail », *Études d'histoire du droit privé. En souvenir de Maryse Carlin*, La mémoire du droit, 2008, p. 324.

<sup>6</sup> Dans l'Antiquité romaine, le juriste Celse faisait justement remarquer que dans la *locatio operarum* (louage de service), les *operae* (jours de travail) ne sont pas susceptibles d'être restituées (C. Alzon, « Réflexions sur l'histoire de la *locatio conductio* », *Revue historique de droit français et étranger*, T. XLVI, 1963, p. 555, note 10).

<sup>7</sup> A. Supiot, *op. cit.*, p. 32.

La relation de travail ne peut plus se satisfaire d'un contrat consensuel, synallagmatique reposant sur l'égalité civile des parties fondant un Code civil acquis à l'ordre libéral révolutionnaire. Le contrat d'embauche du salarié met à jour une dissymétrie exacerbée par l'apparition de la question sociale avec le développement de l'industrialisation. Ce difficile passage du louage de service au contrat de travail traduit la pénible réforme sociale si nécessaire à une économie libérale de marché en voie de constitution<sup>8</sup>. Le passage à l'économie post-industrielle ne conduira pas à la remise en cause de la catégorie juridique du contrat de travail mais plutôt à son adaptation aux métamorphoses de la subordination salariale.

La persistance actuelle au sein du vocabulaire juridique français des termes de louage de service et de contrat de travail – ainsi que de leur synonymie – laisse perplexe<sup>9</sup>. La force de l'habitude masque-t-elle une révision des concepts juridiques<sup>10</sup> ? Une réflexion sur la révision des concepts juridiques conduit à s'interroger sur la continuité ou la rupture entre les représentations mentales du droit. Afin d'évaluer le renouvellement apporté par l'émergence de la catégorie du contrat de travail, il conviendra de déceler les faiblesses de la conceptualisation du louage de service (I). Puis il faudra révéler l'ampleur de la signification du critère de subordination nécessaire à la caractérisation du contrat de travail (II).

## **I. La cristallisation inachevée du concept juridique de louage de service**

La systématisation du louage de service s'est toujours heurtée à plusieurs difficultés. La détermination de son objet et de ses destinataires reste largement énigmatique. De surcroît, la particularité de son mode de rupture a suscité nombre de question.

### **A. La difficile identification de l'objet et des destinataires du louage de service**

La façon dont le Code civil de 1804 a imaginé la location du travail est largement héritée du droit romain. Dans la Rome antique, il y avait deux manières d'envisager l'idée du travail, chacune induisant une forme contractuelle particulière. Le terme *opus* (-eris, n.) évoque le travail, l'ouvrage surtout au sens

---

<sup>8</sup> Sur la tentative des juristes du début du XX<sup>e</sup> siècle d'envisager la question sociale au sein de l'économie libérale : C. Jamin, P-Y. Verkindt, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX<sup>e</sup> siècle », N. Kasirer (dir.), *Le droit civil avant tout un style ?*, Thémis, Montréal, 2003, p. 101 et s.

<sup>9</sup> Voir le maintien de cette double appellation dans : V<sup>o</sup> Louage de service et contrat de travail, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2002.

<sup>10</sup> On s'en tiendra au sens juridique courant du mot réviser. Il s'agit tantôt du réexamen d'un corps de règles en vue de son amélioration, tantôt de la modification d'un acte juridique en vue de son adaptation aux circonstances (V<sup>o</sup> Révision, G. Cornu, *op. cit.*).

concret de produit du travail<sup>11</sup>. Les juristes romains envisageaient ainsi la *locatio operis faciendi*. Il s'agissait du louage d'ouvrage à faire dans lequel un entrepreneur se charge d'effectuer un produit fini pour un autre qui lui fournit en principe la matière première<sup>12</sup>. Les romains employaient aussi le terme *opera (ae, f.)*. Il renvoyait ainsi à l'activité du travailleur. Ce mot avait aussi un sens plus concret de journée de travail, de journaliers, de travailleurs<sup>13</sup>. En usant de ce terme, les juristes romains avaient imaginé la *locatio operarum*. Il s'agissait d'un louage de service où un *locator* (bailleur) met son travail à disposition d'un *conductor* (preneur) contre un salaire (*merces*).

Dès l'antiquité, l'objet du louage de service suscite l'hésitation. Il faut dire qu'à l'origine, ce contrat était utilisé par un maître pour louer l'esclave d'une autre personne, assimilé à une chose (*res*). Puis l'homme libre a pu se louer lui-même (*se locare*)<sup>14</sup>. Plus tard, les juristes parlent de louer les jours de travail (*locare operas*)<sup>15</sup>. L'ambivalence de l'objet du contrat persiste. On n'indique pas si ce qui est loué est le corps ou l'activité du travailleur. On peut même se demander si les romains ont songé à cette délicate distinction, alors qu'à leur époque le travail est essentiellement assimilé aux activités manuelles, socialement dévalorisées<sup>16</sup>.

Aussi le droit romain considérait que les professions honorables, comme les médecins, les professeurs, les avocats, les arpenteurs sont engagés par un mandat rétribué. Ils ne sont donc pas gratifiés par un salaire (*merces*) mais récompensés par des honoraires dépendant uniquement de la reconnaissance du client (*honor remunerandi gratia*). Cette solution était loin d'être absolue puisqu'en cas de faute personnelle, le médecin voyait sa responsabilité engagée sur la base du louage (*ex locato*)<sup>17</sup>.

Pourtant la solution du mandat rétribué remettait en cause le principe fondamental de la gratuité de l'activité du mandataire, censée être motivée par l'amitié. Ce décalage logique visait à opérer une distinction sociale entre un domaine d'activités honorables, qualifié des siècles plus tard d'arts libéraux, et les arts mécaniques (manuels) méprisés. Cette volonté se heurtait à l'esprit de lucre qui s'était diffusé dans l'ensemble de la société romaine après le développement du commerce consécutif aux grandes conquêtes méditerranéennes. Au I<sup>er</sup> siècle ap. J.-C., le philosophe Sénèque dénonce les risques de

<sup>11</sup> V<sup>o</sup> Opus, A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 2001.

<sup>12</sup> Si les romains n'utilisaient pas de façon générique l'association de mots *locatio operis faciendi*, ils en exprimaient l'idée en employant dans chaque cas particulier le verbe *locare*, le nom de la chose louée et un adjectif verbal indiquant l'action à accomplir (*faciendi, transportandum, aedificandum*) (D. Deroussin, *op. cit.*, p. 255).

<sup>13</sup> V<sup>o</sup> Opéra, A. Ernout et A. Meillet, *op. cit.*

<sup>14</sup> C. Alzon, *op. cit.*, p. 587.

<sup>15</sup> J. Macqueron, *Histoire des obligations. Droit romain*, Publication du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité classique, série mémoires et travaux, n<sup>o</sup> 1, 2<sup>e</sup> éd., p. 157.

<sup>16</sup> Sur la difficulté des romains à envisager la rétribution des travailleurs intellectuels lire : G. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milan, 1994.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 161 et 181.

« mercantilisation » des futurs arts libéraux. Dans *Les Bienfaits*, il soutient que « ces gens qui ne s'occupent des affaires d'autrui que pour faire les leurs n'obligent pas ceux à qui ils sont utiles »<sup>18</sup>. Sans remettre en cause l'idée d'honoraire, le moraliste va justifier la rétribution de certains dispensateurs d'arts libéraux par un salaire (*merces*). Il écrit en ce sens que

« si le médecin ne fait rien de plus que de me prendre le pouls et de me mettre sur la liste de ceux qu'ils visite, s'il me prescrit ce qu'il faut faire ou éviter sans la moindre sensibilité, je ne lui dois rien au-delà, parce qu'il ne voit pas en moi un ami mais un client. Je n'ai pas lieu de vénérer mon précepteur s'il me tient confondu dans le troupeau de ses élèves, s'il ne me juge pas digne d'une sollicitude propre et individualisée »<sup>19</sup>.

Ces linéaments d'une modélisation intellectuelle du louage seront la source à laquelle puisera Pothier, grand inspirateur du Code civil de 1804. Sans reprendre l'habile distinction de Domat entre louage de travail (*locatio operarum*) et d'industrie (*locatio operis faciendi*), il s'efforce de synthétiser les catégories romaines, ne distinguant plus que louage de chose et louage d'ouvrage. Ce dernier devient une catégorie générale dans laquelle il voit « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à faire un certain ouvrage pour un certain prix que l'autre s'oblige à payer »<sup>20</sup>.

Cette mémoire juridique pluriséculaire va nourrir les rédacteurs du Code civil de 1804. Ils vont l'utiliser afin d'insérer le louage de service au sein d'une idéologie libérale révolutionnaire. Il est significatif de relever que l'article 1780 du Code civil sur le louage de service est inséré au sein du Livre III sur les « différentes manières dont on acquiert la propriété ». On retrouve un thème cher à l'École du droit naturel<sup>21</sup>, tout particulièrement popularisé par Locke<sup>22</sup> : l'accès à la propriété, et donc à la liberté, par le travail. Animés par le souci libéral dû aux conventions et à la liberté individuelle, les rédacteurs du Code civil de 1804 restent discrets sur le louage de service. Ils ne lui accordent que deux articles : 1780 et 1781. Ce lourd silence traduit aussi leur embarras face à la notion. L'unité terminologique est loin de caractériser l'ensemble du Code. Le louage de service est introduit dans le titre VIII du Livre III du Code consacré au louage. Le louage de service est rangé implicitement au sein de la catégorie plus générale du louage d'ouvrage défini, en modifiant à peine Pothier, comme « le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles » (article 1710 du Code civil). L'article 1711 du Code civil distingue parmi les formes du louage, le « louage du travail ou du service ». Le louage de service est plus précisément rangé parmi les formes du louage d'ouvrage et d'industrie par le chapitre III du titre VIII du

<sup>18</sup> IV, XIII. Nous utilisons l'édition Arléa, 2005 confrontée à l'édition Belles lettres, 1961.

<sup>19</sup> VI, XVI.

<sup>20</sup> N. Dockès, *op. cit.*, p. 322-323.

<sup>21</sup> A.-J. Arnaud, « Réflexion sur l'occupation », *Revue historique de droit français et étranger*, 1968, p. 183-210.

<sup>22</sup> Second traité du gouvernement civil, V, 27-32.

Code civil. L'article 1779-1° évoque le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un. Mais finalement les deux dispositions relatives au louage de service sont rassemblées dans la section I consacrée au louage des domestiques et ouvriers. Le terme de louage de service apparaît explicitement enfin dans l'article 1780 alinéa 2 du Code civil.

Cette fluctuation terminologique a sensiblement compliqué la détermination du champ d'application de ce type de contrat. Ce dernier pouvait entrer en concurrence avec d'autres. En effet, les ouvriers qui s'engageaient à la pièce ou à la tâche relevaient, comme des entrepreneurs autonomes, des devis et marchés<sup>23</sup>, plus tard qualifiés de louage d'ouvrage stricto sensu (excluant ainsi le louage de service). Ce contrat a permis l'embauche dans l'industrie au moins jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>.

La fluctuation des mots du Code civil a aussi contribué à la remise en cause de la limitation du louage de service aux professions classées parmi les arts mécaniques. Il faut dire que l'assimilation du travail intellectuel à de la propriété, sous la Révolution<sup>25</sup>, ne pouvait qu'encourager à étendre le louage de service aux arts libéraux dont la spécificité était justifiée par le caractère non manuel. Ainsi en plein XIX<sup>e</sup> siècle, Dalloz se fera l'écho de cette thèse, dans sa grande encyclopédie juridique, en examinant de façon critique les arguments du libéral Duvergier en faveur du louage de service des professions rangées parmi les arts libéraux. Ce dernier se fonde sur le fait que le travail intellectuel est appréciable en argent. Il souligne d'ailleurs que les poètes et artistes vendent la production de leur talent. Il ajoute que l'intelligence ne contribue pas qu'à des productions abstraites. Elle peut conduire à la création d'objets matériels. Ainsi la réflexion intellectuelle joue un plus grand rôle dans la fabrication des machines que dans la composition d'un grand livre. Conservateur, Dalloz n'adhère pas à cette opinion mais est bien obligé de reconnaître que « les tendances de la société » donnent raison à Duvergier<sup>26</sup>. Dans sa thèse de doctorat de 1866, Albert Lachièze, futur député libéral progressiste, ajoute des arguments politiques en faveur de cette position. Selon lui, la distinction entre professions intellectuelles et mécaniques est « un contresens avec nos principes modernes, avec l'égalité civile de toutes les classes proclamée par la Révolution »<sup>27</sup>. L'idée de rétribuer les professions libérales en recourant au mandat salarié prévu à l'article 1986 du Code civil et non au louage de service lui semble être un non-sens.

La difficulté la plus aiguë à laquelle se sont heurtées les interprètes du Code civil porte sans conteste sur l'« obscur objet » du louage de service<sup>28</sup>. En droit romain, il avait paru difficile de différencier le louage du corps du

<sup>23</sup> D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*, 1853, T. XXX, p. 546, n° 18. Les devis et marchés étaient réglementés par les articles 1787 et s.

<sup>24</sup> A. Dewerpe, *Le monde du travail en France (1800-1950)*, Armand Colin, 1998, p. 50.

<sup>25</sup> O. Lalignant, « La Révolution française et le droit d'auteur », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 1989-2, PUAM, p. 343 et s.

<sup>26</sup> D. Dalloz, *op. cit.*, p. 543-544, n° 5.

<sup>27</sup> A. Lachièze, *Du louage de service*, Thèse droit, Toulouse, 1866, p. 123.

<sup>28</sup> A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. 51.



travailleur du louage de son activité<sup>29</sup>. Le mépris pour le travail, assimilé aux activités manuelles déconsidérées, n'allait pas inciter les juristes à clarifier la question. En considérant, à la suite de Pothier, que les règles du louage de chose pouvaient s'appliquer en matière de louage de service, les rédacteurs du Code civil de 1804<sup>30</sup> oblitéraient la question de la particularité de l'objet de ce contrat. L'expression ambivalente de louage de gens de travail de l'article 1779-1<sup>o</sup> pouvait conduire à se demander si la location porte sur le sujet de droit ou le produit de son travail<sup>31</sup>. Dalloz aborde la question et distingue le louage de chose qui « a pour objet la jouissance d'un objet matériel » et le louage de service qui « a pour objet un acte ». Il indique implicitement que l'objet de ce dernier contrat n'est pas l'auteur mais le résultat de son labeur en rappelant que

« la contrainte (par corps) ne peut être appliquée à l'exécution du louage d'ouvrage (*lato sensu*, comprenant le louage de service)... et qu'ainsi l'inexécution de ce contrat se résout en dommage-intérêt, par application de l'article 1142 du Code civil »<sup>32</sup>.

Toutefois le problème ne se résout pas aussi aisément. A. Supiot souligne que le contrat de travail vise l'aliénation de l'énergie musculaire et de l'énergie mentale. Le travailleur se trouve soumis à une « discipline » physique<sup>33</sup>. D'ailleurs la législation du travail a pour but de protéger le corps du travailleur, notamment dans le domaine de l'hygiène et la sécurité. Aussi, la doctrine française reste partagée : un courant soutient encore aujourd'hui que l'objet du louage de service est le corps du travailleur ; un autre courant estime que cet objet n'est que la force de travail<sup>34</sup>. On ne peut nier en tous les cas que la question du corps laborieux hante la mise en œuvre du contrat de louage de service. La spécificité de son mode de rupture l'atteste.

### ***B. La double signification de la rupture unilatérale du louage de service***

Les conventionnels ont proclamé de la façon la plus éclatante l'abolition de la servitude. L'article 18 de la déclaration des droits de la Constitution de 1793 prévoit que tout homme peut engager ses services et son temps ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. Suivant la même inspiration, la loi consulaire du 22 germinal an XI (12 avril 1803) sur la police des manufactures s'efforce d'être plus précise. Son article 15 dit que l'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des autres

<sup>29</sup> A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 699-700, n° 471.

<sup>30</sup> N. Dockès, *op. cit.*, p. 323-324.

<sup>31</sup> A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 52-53.

<sup>32</sup> D. Dalloz, *op. cit.*, p. 542, n° 3. L'article 1142 du Code civil prévoit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

<sup>33</sup> A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.* 54.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 56-59. De façon plus détaillée voir : X. Gusmao, *Salariat et subordination. Étude historique*, Thèse droit, Paris I, 2004, sous dir. de P. Rodière.

ouvriers, ou qu'il n'ait de traitement et des conditions stipulés par un acte exprès. Mais l'acte juridique exprès n'autorise pas l'engagement perpétuel. L'article 1780 du Code civil de 1804 indique qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties. Le louage de service sans détermination de durée déroge donc à l'article 1184 du Code civil qui n'autorise que la résolution bilatérale des contrats synallagmatiques. L'égalitarisme formaliste est mis à l'épreuve par la logique libérale du louage de service. La garantie de la liberté du travailleur, exaltée par la loi Le Chapelier de 1791, traduit paradoxalement la limite et la puissance de la volonté. Mais en même temps, l'exercice de la liberté du travail est le mode légitime d'accès à la propriété. Or cette dernière garantit, comme l'avait postulé Locke, le droit naturel le plus fondamental, celui à l'autoconservation<sup>35</sup>.

Le libéralisme conçoit donc, *ab initio*, que le travail libre a pour fonction principale d'assurer la vie de ceux qui le réalisent. Aussi, la France libérale devait ressentir la contradiction posée par la rupture unilatérale du louage de service lorsque les débuts de l'industrialisation suscitent l'émergence de la question sociale. Dès le second Empire, les juges furent choqués par la possibilité de licencier des travailleurs impuissants du fait de leur pauvreté. La Cour de cassation elle-même considérait qu'un louage de service à durée indéterminée n'autorise pas pour autant une rupture trop brusque du contrat. A partir de son arrêt Falcoz de 1872, elle précisait toutefois de façon restrictive les conditions d'une indemnisation. Tantôt, le congé est donné brusquement, sans respecter l'usage local ou professionnel ; tantôt les circonstances du renvoi laissent apparaître une faute de son auteur. Cependant, dans ce dernier cas, le salarié limogé doit prouver la faute conformément à l'article 1315 du Code civil<sup>36</sup>.

La rigueur de cette solution suscita l'indignation des syndicats de plus en plus puissants sous la III<sup>ème</sup> république. La ligne libérale de la Cour de cassation ne s'infléchit pas pour autant. La loi du 27 décembre 1890 ajoute simplement à l'article 1780 du Code civil que la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts. Elle énumère les éléments pris en cause pour évaluer l'indemnité. Dès 1895, la Cour de cassation refuse de remettre en cause son interprétation classique mais la loi va l'inciter à faire appel à la théorie de l'abus de droit pour multiplier les cas de ruptures fautives. Il faudra attendre la loi du 13 juillet 1973 sur la procédure de licenciement pour que la charge de la preuve de la faute soit renversée. Toutefois à ce moment-là, le louage de service d'inspiration libérale s'était transfiguré depuis fort longtemps en contrat de travail.

<sup>35</sup> L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, Flammarion, 1986, p. 206.

<sup>36</sup> A. Lunel, « L'abus de droit et la redéfinition des rapports juridiques entre patrons et ouvriers en droit français (seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle - premier quart du XX<sup>e</sup> siècle) », *Revue historique de droit français et étranger*, 87 (4), oct-déc 2009, p. 521-522.

## II. La subordination de l'employé à l'employeur : fondement d'un changement de terminologie juridique

L'idée de qualifier le louage de service de contrat de travail semble être le fait d'un avocat belge, Emile Delecroix, en 1855. Le juriste français Glasson va diffuser cette substitution terminologique<sup>37</sup>. Au début des années 1890, le terme de contrat de travail est utilisé dans les thèses françaises de doctorat en droit<sup>38</sup>. Et, le grand initiateur de la discipline universitaire « Droit de la législation ouvrière », P. Pic popularise la nouvelle expression<sup>39</sup>. Si le terme passe dans le droit positif français, c'est qu'il précise la relation dissymétrique des parties au louage de service. L'inégalité n'est pas forcément économique ; nombre d'employeur ne font pas systématiquement partie d'une haute classe sociale. Toutefois l'impossibilité dans le louage de service de remettre la force de travail à l'employeur implique l'instauration d'un rapport de subordination.

### A. La difficile délimitation de la subordination

Dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le louage de service s'impose progressivement comme le contrat d'embauche avec le développement du salariat<sup>40</sup>. Le rapport de subordination impliqué par ce type de contrat se marie bien avec la division du travail initiée par l'industrialisation. En effet, cette division accroît les distinctions de pouvoir au sein du processus productif. Cette subordination transparait en creux dans une législation sociale qui, dès ses origines durant la Monarchie de juillet, oppose la liberté des conventions aux abus du pouvoir disciplinaire patronal<sup>41</sup>. La mise en lumière de cette dimension du contrat de travail est, au demeurant, ambivalente. Elle peut être analysée comme la volonté patronale d'imposer une discipline aux salariés de la société industrielle<sup>42</sup>. En même temps, on ne peut nier que l'existence de la

---

<sup>37</sup> A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France XIX<sup>e</sup> siècle) », *Annales HSS*, nov-déc 2002, n° 3, p. 1524.

<sup>38</sup> O. Tholozan, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », J-P Le Crom (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 59-68 ; O. Tholozan, « L'ancrage de la catégorie du contrat de travail dans les thèses des facultés de droit françaises (1905-1910) », *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 12, 2004, p. 65-86.

<sup>39</sup> F. Hordern, « De la législation industrielle au droit du travail (1890-1960) », F. Hordern (dir.), *Construction d'une histoire du droit du travail*, *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 9, avril 2001, p. 47.

<sup>40</sup> La rétribution du travail à la pièce n'est plus le mode de paiement du louage d'ouvrage. Ce mode de rétribution est assimilé au salaire du louage de service. L'article 15 de la loi du 7 décembre 1909 sur le paiement des salaires des ouvriers et employés prévoit le paiement tous les 15 jours pour le travail à la pièce de plus de 15 jours. Sur les tentatives d'établir le paiement à la pièce sous forme de salaire au rendement lire : A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 104-105. Le travail à domicile, à la pièce persistera mais sera juridiquement mal protégé.

<sup>41</sup> Ph. Sueur, « La loi du 22 mars 1841. Un débat parlementaire : l'enfance protégée et la liberté offensée », *Mélanges Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 493-708.

<sup>42</sup> A. Cottureau, *op. cit.*, p. 1521-1557.

subordination est la cause d'une législation du travail protectrice du co-contractant économiquement le plus faible.

Cette ambivalence explique le consensus de la société française libérale autour de cette idée de la subordination au travail. La Cour de cassation n'a donc pas hésité à faire de ce caractère du louage de service le critère d'un contrat rebaptisé de façon plus générale contrat de travail. Contrairement à une légende doctrinale initiée par P. Cuhe<sup>43</sup>, il faut rappeler que les juges de cassation n'ont jamais eu une conception rigide et restrictive de la subordination juridique. Au tournant de Belle époque, ils ont été soucieux de précision terminologique mais ont eu conscience de la nécessité d'établir un critère souple du louage de service progressivement re-dénoté contrat de travail<sup>44</sup>. Au début des années 1930, la Cour de cassation détermine les conditions de la subordination juridique :

1. Le juge du fond devra déterminer si les travailleurs se livrent régulièrement au travail visé de manière à en tirer sa principale source de gain.
2. Le juge du fond contrôle si le travailleur doit prendre du travail et l'exécuter à date fixe.
3. Il faut chercher si la personne travaille habituellement seule ou avec d'autres sans tirer bénéfice du travail de ces derniers.
4. Il faut relever les conditions dans lesquelles s'exercent le contrôle de l'employeur une fois la tâche terminée<sup>45</sup>.

La Cour allait résumer l'esprit de son investigation, en déclarant qu'il fallait « caractériser l'état de dépendance »<sup>46</sup>. Cette souplesse visait à étendre le champ d'application du contrat de travail, non à le restreindre, tout en évitant scrupuleusement la facile confusion entre travailleur subordonné et indépendant<sup>47</sup>.

Cette position de la Cour de cassation n'est d'ailleurs pas si audacieuse qu'on pourrait le penser. En réalité, les juges, ravalés en France depuis la Révolution au rang de bouche de la loi, restent attentistes face au législateur social<sup>48</sup>. Ils s'efforcent simplement de réguler des relations caractérisées par une

---

<sup>43</sup> H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », *Tendances du droit du travail contemporain. Études offertes à G. H. Camerlinck*, Dalloz, 1978, p. 49-61.

<sup>44</sup> O. Tholozan, « La plasticité du contrat de travail dans la rhétorique du palais », *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 13, mai 2005, p. 47-61.

<sup>45</sup> Civ. 22 juin 1932 (3 espèces), 1<sup>er</sup> août 1932 (5 espèces), 30 juin 1932 (1 espèce), *DP*. 1933.1.46 et s.

<sup>46</sup> Civ. (*Compagnie des bois déroulés et contre plaqués Océan/Fraissinet*), 3 août 1935, *DH*. 1935.523.

<sup>47</sup> O. Tholozan, « Le travailleur moderne au miroir de la jurisprudence française, de la Belle époque à la crise des années 1930 », *Gens de robe et gibier de potence du Moyen âge à nos jours*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence (14-16 octobre 2004), Archives départementales des Bouches du Rhône, Image en manœuvre éditions, 2007, p. 101-114.

<sup>48</sup> O. Tholozan, « La justice de la Cour de cassation et du Conseil d'État face au monde moderne du travail (1890-Première Guerre mondiale) », S. Dauchy *et alii* (dir.), *Histoire, Justice et Travail*, Centre d'histoire judiciaire, 2005, p. 215-226. Cet attentisme des juges se vérifie lorsque dans les années 1940, ils se montrent de plus en plus libéraux dans leur approche de la subordination juridique face à la volonté du gouvernement d'étendre la législation sociale au maximum de travailleurs (Y. Delbrel, « De la subordination juridique à la dépendance économique. Les assurances sociales contre le droit ouvrier (1928-1945) », G. Aubin *et alii* (dir.), *Assistance et*

lutte constante au sein de l'entreprise entre patron et salarié pour le contrôle du processus de travail. La conception de la subordination est un enjeu important car elle justifie l'existence de l'autorité au travail. Le bouleversement de cette notion au tournant des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles doit d'autant plus être décrypté.

***B. Métamorphose paradoxale de la subordination : entre soumission volontaire et voile protecteur***

La subordination révélait le déséquilibre entre l'autorité patronale et l'obéissance salariale. La démocratisation des sociétés occidentales a influencé la mue de la notion de subordination dans le travail. En effet, la Démocratie prétend de façon contradictoire établir une soumission fondée sur l'émancipation des gouvernés. Lorsque l'air du temps pénètre par les fenêtres de l'entreprise, les implications sont importantes.

D'une part, les théories du management encouragent l'autonomisation du salarié afin de le responsabiliser. On assiste à un recul du pouvoir discrétionnaire patronal en matière de licenciement, de droit de contrôle des représentants du personnel, d'accroissement du rôle des juges dans les litiges du travail. On constate aussi le reflux de la centralisation au profit d'une distribution du pouvoir. L'organisation de l'entreprise en réseaux favorise ce dessein. L'idée centrale est l'allégeance dans l'indépendance, quitte à inféoder la liberté retrouvée grâce à une normalisation des comportements fondée sur le respect des objectifs (trop uniquement financiers ?) de l'entreprise<sup>49</sup>.

D'autre part l'assimilation de la subordination à un point d'imputation de la protection sociale aboutit, même pour de justes raisons, à dénaturer la notion classique de travail. Comme cela a déjà été évoqué, travailler renvoie à l'origine à l'idée d'effort et de désagrément. Le travail est loin d'être pour la généralité une partie de plaisir. Il implique une discipline contraignant le désir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle celui qui a les moyens fait travailler autrui pour lui. Dans un arrêt du 3 juin 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation a remis en cause la perception du sens commun<sup>50</sup>. Le litige concernait une émission de télé-réalité, « L'île de la tentation ». La société productrice se trouvait en litige avec les participants à propos de leur rétribution. Le règlement-participant, accepté par les partis, prévoyait que 4 couples sur une île exotique accepteraient d'être tentés à l'adultère durant 12 jours. A l'issue du séjour, ils devraient faire le point sur leurs sentiments. Il n'y avait ni gagnant, ni prix. Les participants cédaient leur droit à l'image à la société de production. Ils reconnaissaient ne pas intervenir à titre professionnel. La convention collective de travail des

---

*Assurance : heurs et malheurs de la protection sociale en France*, Cahiers d'histoire de la sécurité sociale, n° 4, 2008, p. 382 et s.). En fait dans un souci de sécurité juridique, la Cour de cassation a défini un critère de subordination juridique bien plus précis que la notion de dépendance économique défendue par l'Administration.

<sup>49</sup> A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 251-267.

<sup>50</sup> Soc. 3 juin 2009 (*Mme A. et MM. M. et L.*), *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2009, p. 780-791 avec l'avis de l'avocat général Allix.

artistes interprètes engagés dans les émissions de télé était inapplicable. En effet, les participants acceptaient d'être filmés dans leur intimité mais ne créaient pas une œuvre. La société de production prenait en charge les frais d'entretien des participants durant le temps de l'émission. Ces derniers percevaient forfaitairement 1 525 euros. Après le tournage, les participants se sont ravisés et ont assigné la société devant les prud'hommes pour que soit reconnu l'existence d'un contrat de travail aux fins de percevoir les salaires impayés.

L'affaire était suffisamment exotique pour susciter les railleries de l'avocat général à la Cour de cassation qui concluait au rejet de la demande. La Cour de cassation passa outre. Elle releva que les participants devaient prendre part aux activités et réunions du programme, qu'ils devaient obéir aux règles du jeu définies unilatéralement par le producteur. Les juges firent aussi valoir que les demandeurs étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser les moments essentiels. Enfin on imposait aux participants une disponibilité permanente avec interdiction de sortir du site de l'émission et de communiquer avec l'extérieur. Les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production. La Cour en concluait qu'il y avait bien relation de travail et donc subordination.

Cette solution s'explique en réalité par la situation injuste créée par la société de production. Il y a disproportion manifeste entre les sommes perçues grâce à l'exploitation d'une émission de télévision et une rétribution des participants proche du SMIC. Toutefois, on ne peut que rester frappé par les moyens d'obtenir la solution. La conception de l'effort est largement discutable. Surtout le lien de travail est déplacé dans l'antichambre de l'intimité. Enfin, on peut se demander si ici, l'objet du contrat de travail n'est pas plus le corps vu que l'activité du travailleur. En tous les cas, les limites du champ d'application du contrat de travail deviennent onduoyantes.

## CONCLUSION

En droit romain, le louage de service se caractérisait par le salaire (*merces*). Cependant, son objet est déjà difficile à préciser : du corps du travailleur on passe à son activité. Cette ambiguïté n'est toujours pas levée en doctrine aujourd'hui. Le louage de service a pu aussi être caractérisé, dans le Code civil de 1804, par son mode de résolution unilatérale en cas de durée indéterminée. Toutefois la question sociale posée par la Révolution industrielle a contribué à estomper ce trait<sup>51</sup>. Enfin le passage du louage de service au contrat de travail a permis de mettre en lumière la subordination qui l'a toujours caractérisé

---

<sup>51</sup> Certes la loi du 13 juillet 1973 sur la procédure de licenciement semble avoir remis en cause l'idée de rupture unilatérale du contrat de travail. Cependant, depuis la crise amorcée dès 1974 et l'installation et le développement du chômage structurel, on ne cesse de réclamer un assouplissement du contrat de travail permettant de faciliter le licenciement, quitte, pour certains, à étendre la protection sociale. Il s'agit de la flex-sécurité.

---

implicitement ab initio. L'employeur exerce son pouvoir disciplinaire pour compenser son impossibilité d'entrer en possession du travail.

La révision du concept de louage de service a donc consisté successivement dans la mise-en-avant de divers traits correspondant à son époque. Le changement d'appellation en contrat de travail a reposé sur la nécessité de rendre opérationnel le critère de la subordination, sans abolir pour autant les caractéristiques précédentes du louage de service. L'utilisation du nouveau vocable est plus large et a permis l'extension du champ d'application du louage de service dans une société de division du travail en voie de salarisation.





## KARL POPPER CHEZ LES JURISTES : PEUT-ON FALSIFIER UN CONCEPT JURIDIQUE ?

---

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit*

**Abstract :** *Are legal concepts falsifiable with the criteria of refutability of Karl Popper ? This paper examines three possible answers. First, legal concepts can take as model empirical sciences. Second, according to a functional equivalent of the falsifiability, legal concepts can be known as revisable on certain assumptions. Third, legal concepts can be declared completely inapt to satisfy the requirements of Karl Popper.*

**1. Le critère de la falsifiabilité.** On ne présente plus le critère de la falsifiabilité de Karl Popper tant il est devenu célèbre à travers les exemples canoniques des cygnes ou des corbeaux noirs<sup>1</sup>. Selon Karl Popper, la scientificité d'un énoncé ne résulte pas de sa capacité à être vérifié<sup>2</sup> mais bien de la possibilité à être falsifié<sup>3</sup>, c'est-à-dire à être réfuté par l'observation de certains faits d'expérience<sup>4</sup>. Ainsi, l'affirmation selon laquelle tous les cygnes ou les corbeaux sont noirs peut être soumise à un test<sup>5</sup> : il suffira d'observer<sup>6</sup> un cygne ou un corbeau blanc pour conclure à la fausseté de l'énoncé. Ainsi, cela conduira à réviser<sup>7</sup> les concepts théoriques ayant permis de formuler un tel énoncé.

Toute la question est donc de savoir si les concepts juridiques peuvent être de la même façon soumis au critère de la falsifiabilité. L'enjeu de la question est immense d'un point de vue théorique car il s'agit, ni plus ni moins, d'établir que le droit peut être une science ou peut faire l'objet d'une science.

On remarquera d'emblée que la question de la falsification des concepts juridiques ne correspond pas strictement au problème théorique tel que le pose Karl Popper. En effet, ce dernier parle de falsifier des énoncés et non des concepts<sup>8</sup>. La nuance peut paraître ténue mais elle est théoriquement importante. Dans la pensée de Karl Popper, les concepts ne peuvent pas être falsifiés, ils peuvent seulement être révisés. Un énoncé est une prédiction déduite d'un concept<sup>9</sup>. C'est l'énoncé qui est falsifiable et non le concept. Mais l'un se répercute sur l'autre car si l'énoncé est falsifié je dois réviser mes concepts pour

---

<sup>1</sup> K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 23 et p. 83. Édition originale : *Logik der Forschung* (1934). L'ouvrage sera ensuite abrégé en *LDS*.

<sup>2</sup> *LDS*, p. 256 et p. 258.

<sup>3</sup> *LDS*, p. 36-37.

<sup>4</sup> *LDS*, p. 37 et p. 85.

<sup>5</sup> *LDS*, p. 41.

<sup>6</sup> *LDS*, p. 102.

<sup>7</sup> *LDS*, p. 69.

<sup>8</sup> *LDS*, p. 31.

<sup>9</sup> *LDS*, p. 29.

en déduire de nouveaux énoncés qui correspondent mieux avec l'état des choses<sup>10</sup>.

**2. Application au droit.** Tout ce qui précède voudrait donc dire qu'il faudrait, pour être rigoureusement poppérien, distinguer entre les concepts juridiques et les énoncés juridiques. Autrement dit, pour suivre l'enseignement de Popper au plus près, il faudrait identifier des concepts qui permettraient de formuler des énoncés vérifiables dans la réalité juridique. Et c'est sur ce dernier point que le bât blesse. Que faut-il entendre par « réalité juridique » ? C'est ici que le rôle accordé à Popper chez les juristes peut être plus ou moins important.

D'abord, on peut donner à Karl Popper le pouvoir. Ce serait alors à lui de nous dire ce que doit être une science du droit digne de ce nom. Elle devra être empirique ou ne pas être du tout. Il me semble que cette voie est celle qu'ont déjà implicitement suivie bien des courants théoriques. C'est le cas de Hans Kelsen ou Alf Ross, c'est encore plus généralement le cas de l'analyse économique ou sociologique du droit. Le point noir de ces façons de faire est qu'elles conduisent soit à des résultats très pauvres en pratique soit à reconfigurer entièrement le savoir juridique au point qu'il n'a plus qu'un lien lointain avec l'activité quotidienne des avocats, juges, notaires, bref des juristes en général.

Ensuite, Karl Popper peut seulement être notre invité. Il nous indiquerait certaines voies à suivre et des pistes théoriquement fertiles. Dans cette optique cela conduirait à nous demander si les concepts juridiques sont susceptibles d'être vrais ou faux. Cela conduirait encore à s'interroger sur le fait de savoir si les concepts juridiques peuvent même être validés indépendamment d'un test empirique ? Dans cette voie, il ne s'agit pas de plier le genou devant la méthode de Karl Popper mais bien plutôt de s'en servir comme d'un tremplin et de trouver en droit ses équivalents fonctionnels. Par équivalent fonctionnel, j'entends la formulation d'un dispositif théorique qui jouerait le même rôle que le test poppérien de la falsifiabilité.

Enfin, Karl Popper pourrait être traité comme un étranger. On pourrait avoir envie de l'expulser car les différences qui séparent ce qu'on a coutume de nommer « les sciences de la nature » et les sciences sociales seraient des différences trop grandes pour qu'une transposition de l'épistémologie de l'une vers l'autre soit envisageable. À chacun ses problèmes, à chacun ses méthodes serait-on tenté de dire.

Ce sont toutes ces possibilités que nous devons examiner pour savoir si les concepts juridiques peuvent être soumis aux exigences de l'épistémologie poppérienne. Si Karl Popper prend le pouvoir chez les juristes, il faut alors identifier des énoncés juridiques qui puissent être falsifiables (I). En revanche, si Karl Popper est seulement leur invité, il s'agit de se demander si les théories juridiques peuvent être révisées (II). Si, au contraire, Karl Popper est un

---

<sup>10</sup> *LDS*, p. 258.

étranger, on soulignera une différence trop radicale des objets et des méthodes pour espérer un dialogue (III).

## I. Popper au pouvoir : l'identification d'énoncés juridiques falsifiables

**3. Hans Kelsen et les propositions de droit.** Hans Kelsen admet (sans le dire explicitement) que la science du droit est entièrement configurée par le critère de la falsifiabilité. Un paragraphe entier de la *Théorie pure du droit* est justement consacré à la différence entre les normes de droit (*Rechtsnormen*) et les propositions de droit (*Rechtssätze*)<sup>11</sup>. La science du droit ayant pour objet des normes juridiques<sup>12</sup>, Hans Kelsen distingue les propositions descriptives qui portent sur les normes et les propositions prescriptives qui sont les normes elles-mêmes. Ainsi, décrire une norme n'est pas prescrire. C'est la différence qui existe entre le discours objet et le métadiscours.

Sur cette base, une norme ne peut être ni vraie ni fausse. Une norme est valide ou non valide selon qu'elle appartient ou n'appartient pas au système juridique considéré. En revanche, les énoncés portant sur les normes peuvent être dits vrais ou faux. Ce sont donc des énoncés falsifiables selon le critère poppérien. Hans Kelsen prend un exemple très clair à ce sujet. Si un manuel de droit civil énonce la proposition selon laquelle la non-exécution d'une promesse de mariage conduit à des dommages et intérêts, cette proposition est falsifiée si « le droit de l'État en question n'établit pas l'obligation en question »<sup>13</sup>.

Cette façon de présenter les énoncés juridiques falsifiables laisse apparaître une objection assez évidente. Comment la science du droit fait-elle alors pour échapper à la redite ou la tautologie ? Hans Kelsen, qui est très lucide, soulève lui-même cette objection aux termes de laquelle la description des normes en vigueur paraît bien superflue. Il précise alors de façon assez éloquente

qu'« il n'est qu'une réponse possible à l'objection, à savoir qu'elle aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code pénal d'un exposé scientifique du droit pénal – c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même »<sup>14</sup>.

Bref, la science du droit n'est pas inutile parce qu'elle doit bien... exister ! Un tel raisonnement suppose vrai ce qu'il s'agit de démontrer, en d'autres termes il n'est qu'une pétition de principe. Ce sophisme pointe évidemment le fait que, dans un tel cadre théorique, la science du droit est d'une légitimité plus que douteuse (c'est un euphémisme).

Si l'on prend met de côté l'affirmation pure et simple de l'utilité de la science du droit, on remarquera que Hans Kelsen a mis lui-même en lumière

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant - LGDJ, 1999, § 16, p. 78-82.

<sup>12</sup> H. Kelsen, précité, § 14, p. 77.

<sup>13</sup> H. Kelsen, précité, § 16, p. 81.

<sup>14</sup> H. Kelsen, précité, § 16, p. 82.

l'étrange conséquence de l'identification d'énoncés juridiques falsifiables. Ces énoncés ne sont qu'une simple répétition des normes en vigueur. En effet, la description rigoureusement exacte d'une proposition de langage ne peut être que la citation de cette proposition de langage. Le paradoxe est bien là : en voulant doter le droit d'une scientificité rigoureuse on vide du même coup la science du droit de toute valeur ajoutée. Pire, on réduit la connaissance en droit à de l'information, on annihile toute spécificité méthodologique et l'on se représente la recherche juridique comme une fastidieuse compilation de ce que le législateur et les juges ont déjà écrit. Pour paraphraser Kant, on pourrait donc dire qu'une telle science du droit est parfaitement rigoureuse mais qu'il y a tout de même un problème : elle n'a point de cervelle.

La rigueur de la connaissance s'obtient effectivement si les juristes acceptent d'être réduits à des perroquets. Même s'ils sont parfois de drôles d'oiseaux, on admettra qu'aucun d'eux n'acceptera le miroir tendu par la *Théorie pure du droit* et que tous lui préféreront une pratique impure du droit. En effet, la scientificité est ici réduite à une belle étiquette qui masque le néant de la connaissance juridique. Si Popper prend le pouvoir, il faut alors constater que cela aurait pour effet de produire un discours juridique parfaitement plat et lénifiant.

**4. Alf Ross et la validation empirique.** Alf Ross est un auteur emblématique du courant de l'empirisme juridique qui propose une façon différente d'appréhender le positivisme<sup>15</sup>. Selon lui, la science juridique est une science empirique et, comme Kelsen, il soutient que les énoncés juridiques peuvent être dits « vrais » ou « faux »<sup>16</sup>. Plus précisément, il s'agit selon lui de prévoir les décisions juridictionnelles futures en s'attachant à l'étude des faits sociaux. C'est là que la différence avec Kelsen se dessine : la science du droit est pour Ross une science des faits et non science des normes.

Parce que la science du droit porte sur des faits, ses énoncés sont empiriques et susceptibles de vérité ou de fausseté<sup>17</sup>. Nous retrouvons donc ici un des caractères de l'épistémologie de Karl Popper<sup>18</sup>. Il s'agira ainsi d'étudier la conduite des juges à travers les décisions rendues et l'idéologie qui anime ces décisions<sup>19</sup>. Ainsi, le droit réel sera obtenu en recensant les normes, principes ou directives qui sont effectivement suivis par les juges. Ces sources réelles du droit pourront même inclure les idées de justice que les juges acceptent<sup>20</sup>.

Aussi rigoureuse et intelligente que soit la démarche de Ross, elle conduit inévitablement le juriste à un certain malaise. Ce dernier provient du fait que la véritable connaissance du droit ne correspond en rien à la pratique millénaire

<sup>15</sup> E. Millard, « Présentation », *Droit et société*, 2002/1, n° 50, p. 15, dans le cadre du dossier : « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures de Alf Ross ».

<sup>16</sup> R. Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *Théorie du droit et science*, PUF, Leviathan, dir. P. Amselek, 1994, p. 249.

<sup>17</sup> A. Ross, *On law and justice*, Stevens, London, 1958, § 9.

<sup>18</sup> E. Millard, précité, p. 15 : « La connaissance du droit vise donc à parler de ce qui existe, et à le faire selon des processus répondant à des protocoles de vérification et de réfutation ».

<sup>19</sup> A. Ross, précité, § 8.

<sup>20</sup> A. Ross, précité, § 8.

du droit comme discours argumenté devant un juge. Souscrire aux analyses de Ross c'est effectivement disposer d'énoncés falsifiables mais cette connaissance sur le droit n'est pas une connaissance du droit. Autrement dit, elle présente le juriste au mieux comme un inconscient, au pire comme un hypocrite. Ou bien le juriste ne sait qu'il fait autre chose que du droit lorsqu'il s'adonne à son activité : il est inconscient des causes réelles qui le déterminent. Ou bien le juriste est un hypocrite patenté qui dissimule ses véritables motifs sous un discours rhétorique totalement fallacieux qu'il enseignera pourtant comme étant vrai.

En bref, on peut légitimement s'interroger sur le tribut qu'il faut payer pour recevoir le label de science juridique en tant que science produisant des énoncés falsifiables. Se modeler sur les exigences poppériennes conduit à des résultats qui décentrent l'analyse vers une espèce d'ailleurs du droit. Le droit serait dans la psychologie, le social, l'économique mais jamais dans le discours juridique lui-même. En somme il y aurait du droit partout sauf dans le discours juridique. Le paradoxe n'est pas mince et il doit conduire à relativiser très fortement le pouvoir que les juristes auraient peut-être trop imprudemment confié à Popper. Mieux vaut alors s'en inspirer plutôt que de lui laisser nous dicter ce que doit être une science du droit. Autrement dit, n'attribuons pas à l'épistémologie de Popper une valeur normative mais simplement une valeur indicative.

## II. Popper comme invité : la révision des concepts juridiques

**5. L'adaptation du test empirique.** Si la plupart des juristes français n'ont pas étudié la pensée de Karl Popper, ils mettent pourtant en œuvre une forme édulcorée du test empirique de falsifiabilité. En effet, le discours juridique n'hésite pas à qualifier certaines théories comme étant de « droit positif » et d'autres comme n'étant pas de « droit positif ». Tout se passe comme s'il était possible de vérifier ou réfuter les théories en les comparant au droit positif. Parmi tous les exemples, on peut lire que la théorie de la cause dans l'exécution du contrat n'est pas de droit positif<sup>21</sup> ou que telle jurisprudence a condamné la théorie des groupes de contrats<sup>22</sup> voire plus simplement encore que telle théorie « ne correspond pas au droit positif »<sup>23</sup>. Cette façon de procéder fait bien penser à un test de type empirique. La différence avec Popper est qu'elle porterait sur des théories entières. D'ailleurs, les auteurs parlent également de théories « consacrées » par le droit positif. L'expression est si fréquente qu'il est inutile de fournir des exemples précis.

Cette façon de procéder amène inévitablement à se demander ce qu'est le droit positif. Est-il réellement indépendant des catégories qui permettent de le penser ou de l'exposer ? C'est ainsi qu'un auteur qui défendait une certaine

---

<sup>21</sup> P. Jourdain, « Celui qui a résilié unilatéralement le contrat doit-il payer le prix forfaitairement convenu pour l'exécution complète du contrat ? », obs. à la *RTD civ.* 1997, p. 439.

<sup>22</sup> L. Cadet, *Jurisque*, Fasc. 20 – *Transport des créances et autres droits incorporels. – cession de créance : conditions*, 10 mars 2014, § n° 72.

<sup>23</sup> F.-J. Pansier, « En cas d'empêchement du père employeur, la fille peut licencier », *Cahiers sociaux*, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 250, p. 72.

conceptualisation de la propriété s'est vu opposer que le droit positif ignorait une telle théorie. Cependant, notre auteur fait remarquer

qu'« il est évidemment un peu surprenant de lire que le droit positif ignorerait une construction intellectuelle destinée à l'expliquer, puisqu'une telle assertion semble bien inverser la cause et l'effet en matière de systèmes doctrinaux »<sup>24</sup>.

Autrement dit, ce sont les concepts doctrinaux qui donnent sens au droit positif et non l'inverse.

Ce désaccord dévoile deux façons d'appréhender le rapport entre les concepts et le droit positif. Ou bien les concepts doctrinaux doivent refléter le droit positif et en donner une image fidèle. La distinction entre l'un et l'autre est purement formelle et les concepts doctrinaux sont entièrement configurés et modelés à partir du droit positif. Ou bien les concepts doctrinaux ont pour vocation d'expliquer les solutions de droit positif et donc de reconstruire éventuellement les justifications adéquates aux solutions arrêtés par le législateur et le juge. Sans étude approfondie, il est manifeste que le traitement des concepts comme des images du droit positif reconduit le même problème que celui abordé par Hans Kelsen. Où se trouve la valeur ajoutée de l'intervention doctrinale si sa description n'est qu'une redite ou une réexposition des concepts définis et utilisés en jurisprudence ? Dans cette perspective, une théorie est réfutée simplement parce qu'elle est différente des affirmations législatives ou jurisprudentielles. Il s'agit donc moins d'une réfutation que d'une absence de conformité à un discours de référence. La discordance éventuelle peut alors toujours être rectifiée en réajustant le discours doctrinal et le discours législatif ou jurisprudentiel qu'il prend pour objet. L'un et l'autre doivent être identiques.

En revanche, si les concepts juridiques appartiennent à un métadiscours, ils ne peuvent être validés ou invalidés par le discours qu'ils prennent pour objet. En effet, ce sont les concepts eux-mêmes qui permettent de rendre compte du fonctionnement du discours-objet. De la même façon que les vases que façonne le potier ne peuvent lui donner tort, le discours-objet ne peut renverser le discours qui en rend compte. Évaluer le travail du potier ou évaluer le travail doctrinal ne peut se faire qu'à partir de normes qui ne sont pas induites de l'objet lui-même. Ce n'est pas le vase en lui-même qui permet de dire s'il est bien fait mais d'autres critères qu'on lui applique et, de la même façon, ce n'est pas la jurisprudence ou la loi qui portent en elles-mêmes les marques de leur vérité. Cette façon de raisonner correspond bien à la pensée de Popper qui propose de réfléchir sur les règles ou les normes de la recherche elle-même<sup>25</sup>.

Ainsi, il est bien pauvre d'un point de vue épistémologique de considérer que les seules théories de droit positif sont les théories qui répètent les mots et les idées de la loi ou de la jurisprudence. Le test de la falsifiabilité est réussi au

<sup>24</sup> Th. Revet, « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit », obs. à la *RTD civ.* 2008, p. 512.

<sup>25</sup> *LDS*, p. 46 et p. 47.

prix de l'adoption de l'idée d'un discours juridique purement transparent. L'enjeu est alors de penser la réfutabilité en dehors du critère trop simpliste de la seule différence entre deux contenus de discours.

#### 6. La réfutation en dehors du test empirique est-elle possible ?

Si l'on refuse que le discours doctrinal se réduise à une tautologie, il faut renoncer à le réfuter en le comparant aux énoncés légaux ou jurisprudentiels. Autrement dit, il faut identifier un mode de réfutation des concepts juridiques qui soit indépendant de leur seule correspondance au discours qu'ils prennent pour objet. La méthode de Popper n'est pas transposable comme telle, sans modification. En revanche, il serait possible de retrouver son équivalent fonctionnel dans le droit.

Un équivalent fonctionnel est un élément qui joue un rôle identique dans un système théorique différent. Il nous faut donc trouver des analogies. Selon Popper, les concepts sont construits sur une base empirique<sup>26</sup>. Son équivalent fonctionnel dans le droit est *la base des cas*. De même, les concepts juridiques n'ayant pas une base empirique semblable à celle des sciences du même nom, ils ne sont pas falsifiables au sens strict du terme<sup>27</sup>. En revanche, il est possible d'exposer *leurs hypothèses de révision*. Il existe enfin des exigences qui peuvent être transposées comme telles. Il s'agit de la cohérence<sup>28</sup> ou de la simplicité<sup>29</sup> des constructions conceptuelles. Ces dernières étant présentes pour tout ensemble conceptuel, elles ne seront pas étudiées en elles-mêmes. Il nous reste alors à examiner les points qui font difficulté dans le domaine juridique.

**7. L'impossible falsification.** La recherche d'une modalité de réfutation des concepts juridiques conduit à poser une question délicate. La dichotomie du vrai et du faux peut-elle être appliquée de façon pertinente aux concepts juridiques ? En effet, pour Kelsen et la plupart des auteurs en théorie du droit voire en philosophie, seuls les énoncés portant sur un état de fait peuvent être dits vrais ou faux. Les normes ne sont elles ni vraies ni fausses mais valides ou invalides. Étant donné que les concepts juridiques n'ont pas pour fonction décrire le réel mais plutôt de le modeler, il devient délicat de prétendre les évaluer à partir de la catégorie de la vérité. Ainsi, lorsque le législateur définit le vol comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ou définit les servitudes comme une charge imposée à un fonds pour l'utilité d'un autre fonds, il est vain de se demander s'il existe des faits qui ne peuvent être classés dans de tels concepts. En effet, la fonction du concept est ici de découper dans le réel l'ensemble des cas qui tombent dans son extension c'est-à-dire dans son champ d'application.

---

<sup>26</sup> *LDS*, p. 92-111.

<sup>27</sup> *LDS*, p. 85.

<sup>28</sup> *LDS*, p. 90 : « on peut la considérer comme la première des conditions auxquelles doit satisfaire tout système théorique, qu'il soit ou non empirique ».

<sup>29</sup> *LDS*, p. 136-145.

Charles Eisenmann avait parfaitement vu le problème<sup>30</sup>. Ainsi, la question de savoir si le concept d'État inclut la souveraineté ne peut être réglée en observant historiquement des États non dotés de la souveraineté<sup>31</sup>. La raison tient au fait que les concepts sont précisément créés pour identifier dans le réel les situations ou les cas jugés pertinents. En d'autres termes « les concepts ne préexistent pas à l'intervention des juristes »<sup>32</sup>. Ces remarques sont importantes. Premièrement, cela signifie que ce sont les concepts qui décident des faits qu'il faut observer pour que telle situation puisse être qualifiée de telle ou telle façon. Secondement, il faut encore comprendre que les concepts ne sont pas des entités naturelles que l'on pourrait cueillir comme des fleurs au détour d'un chemin. La combinaison de ces deux idées montre que les concepts ne peuvent être réfutés par les faits car ce sont eux qui fournissent justement un critère de répartition des situations de fait en catégories homogènes. Il est alors vain de considérer que les faits, rangés et sériés par les concepts, puissent réfuter les concepts qui les ordonnent. Si je décide de répartir une population entre deux classes : les hommes et les femmes, ma classification ne sera pas fautive s'il se trouve que dans une salle il n'y a que des hommes ou que des femmes. De la même façon, il serait totalement absurde de soutenir que l'existence d'animaux réfute la distinction des hommes et des femmes. En revanche, s'il survient un élément d'un troisième genre, ni homme, ni femme, je peux légitimement m'interroger. Cet élément a-t-il été mal perçu (ses propriétés sont dissimulées) ou bien cet élément démontre-t-il qu'il est inclassable ? Si la première branche de l'alternative est écartée, alors ce nouvel élément doit me conduire à réviser mon critère de classification si je veux en rendre compte. Or cette attitude me paraît bien être celle des juristes confrontés à des cas limites qui éprouvent les distinctions reçues.

**8. La révision par confrontation aux cas limites.** Les cas limites sont des situations de faits qui sont à la limite entre deux concepts. Cette situation est connue en droit comme celle du concours de qualification. Les exemples de concours d'actions sont très nombreux au point que des thèses entières sont consacrées à la question<sup>33</sup>. Par exemple, l'inconstructibilité d'un terrain est-elle une erreur ou un vice caché<sup>34</sup> ? La découpe d'arbres, qui est une convention spécifique, peut-elle être également qualifiée de vol<sup>35</sup> ? Le paiement est-il un acte ou un fait juridique<sup>36</sup> ?

<sup>30</sup> Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, textes réunis par Charles Leben*, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 289-305. Anciennement publié dans les *Archives de Philosophie du Droit*, t.11, 1966, p. 25-43.

<sup>31</sup> Ch. Eisenmann, précité, n° 11, p. 296.

<sup>32</sup> Ch. Eisenmann, précité, n° 12, p. 296.

<sup>33</sup> J.-Ph. Tricoire, *Les concours d'actions en matière immobilière*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, 2009 ; F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, 1988.

<sup>34</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 15 mars 2000, *Bull.* III, n° 61 ; Civ. 3<sup>e</sup> 24 fév. 1999, *Bull.* III, n° 52.

<sup>35</sup> Crim. 16 juin 1965, *Bull. crim.*, n° 44.

<sup>36</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 30 avr. 2009, n° 08-13705.



Pour résoudre ces problèmes de qualification (qui sont des problèmes de classification), il faut adopter une position sur les critères de distinction qui séparent les catégories. Cet exercice peut se révéler très difficile et aboutir à des distinctions très fines. Mais cet exercice illustre bien que les concepts juridiques font bel et bien l'objet d'une révision par approfondissement constant de leur contenu. Afin d'éviter d'exposer des situations trop techniques comme celles qui viennent d'être citées, on peut considérer un exemple plus simple. La loi ne définit pas le contrat. Toutefois, en raison de la mention dans la loi du terme convention<sup>37</sup>, la doctrine admet à une majorité écrasante qu'il est un accord de volontés. C'est alors que le critère se révèle insuffisant pour distinguer les contrats juridiques (pouvant donner lieu à exécution forcée) et les engagements simplement moraux (comme une invitation à dîner) dépourvus de force obligatoire droit. Par exemple, la remise d'une chose acceptée par pure complaisance ne suffit pas à caractériser un dépôt<sup>38</sup>. Les services rendus de façon amicale ou bénévole ne tombent pas non plus sous la qualification de contrat<sup>39</sup>. La raison tient au fait que le concept juridique de contrat comporte un critère supplémentaire : l'accord de volontés doit intervenir « en vu de produire des effets de droit ». Mais même ce critère est très difficile à mettre en œuvre. Tout ceci montre que la singularité de certains cas oblige toujours à affiner et préciser nos concepts en les réformant sans cesse. Cette idée est bien poppérienne car, selon un passage assez connu, Karl Popper décrit les théories comme « des filets destinés à capturer ce que nous appelons "le monde" ; à le rendre rationnel, l'expliquer et le maîtriser »<sup>40</sup>. Dans un contexte juridique, il s'agit bien évidemment non pas d'expliquer les cas examinés mais de rendre raison du traitement qui leur sera appliqué. Cette exigence conduit à une inévitable rationalisation et catégorisation du réel qui conduit par voie de conséquence à toujours chercher l'inclusion du cas dans la catégorie adéquate.

Le terme de « catégorie adéquate » nous met sur la voie dans la mesure où l'adéquation est, depuis un tournant dans la pensée philosophique qui remonte à Platon<sup>41</sup>, le critère même de la vérité. Les concepts juridiques peuvent donc être dits vrais ou faux dans la mesure où ils permettent de ranger chaque cas dans une seule catégorie et de classer tous les cas. Les concepts juridiques doivent donc répondre au moins à une double exigence : la non-contradiction et l'exhaustivité. Aucun cas ne doit pouvoir être classé dans deux catégories incompatibles simultanément. Par exemple, un bien ne peut pas être meuble *et* immeuble en l'état des concepts légaux actuels<sup>42</sup>. De même, aucun ne peut échapper à sa distribution dans des catégories structurées de façon binaire ou

---

<sup>37</sup> Civ. art. 1101 et 1134.

<sup>38</sup> Com. 25 sept. 1984, n° 83-12666.

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 6 avr. 1994, n° 91-21047.

<sup>40</sup> *LDS*, p. 57.

<sup>41</sup> M. Heidegger, *De l'essence de la vérité : approche de l'allégorie de la caverne et du Théétète*, Gallimard, 2001.

<sup>42</sup> Civ. art. 516.

ternaire. Cette exigence n'est pas autre chose que la cohérence, une exigence qui n'est pas propre au droit.

**9. Le problème de l'exhaustivité des cas.** L'exigence d'exhaustivité appelle des précisions. Un concept peut-il être invalidé parce qu'il ne prévoit pas un cas ? Bref, que décider lorsqu'un cas donné est inclassable dans un système conceptuel ? Cela signifie-t-il que le concept est réfuté ? Cette série de questions ressemble à s'y méprendre à l'interrogation classique sur les lacunes. Il est bien évident qu'il faut différencier la question des lacunes à proprement parler et celle de l'incomplétude du système conceptuel. Les lacunes à proprement parler sont un problème qui revêt une dimension morale ou axiologique. C'est un jugement de valeur porté sur la législation en vigueur.

Par exemple, ce type de raisonnement a été celui qui a conduit à dénoncer l'impossibilité pour les personnes de même sexe de pouvoir se marier. Cette soi-disant incomplétude n'a rien d'un problème logique, c'est bien au contraire une question axiologique. En revanche, l'admission du mariage homosexuel était déjà logiquement obtenue dès la révision du concept juridique de couple. Avant la reconnaissance du concubinage et la création du pacte civil de solidarité (PACS), le mariage était le seul modèle de couple. Juridiquement parlant, tout couple était marié. En l'état de la législation, il aurait été absurde de dire que le droit ne prenait pas en compte les homosexuels parce que le concept existant faisait de la différence de sexe un critère nécessaire pour la qualification de couple.

L'introduction des concepts légaux de concubinage et de PACS a changé la nature du problème. Concubinage et PACS sont devenus des sous-catégories du concept plus général de couple. *D'un strict point de vue logique*, cette modification ne pouvait que conduire à la révision du concept de mariage. En effet, le mariage étant devenu une spécification du concept général de couple, l'obstacle principal a été levé : il pouvait exister des couples homosexuels. La différence de sexe n'était alors plus un élément constitutif du concept de couple. Dès lors, il paraissait absurde qu'au sein du concept général de couple il y ait des couples seulement hétérosexuels (le mariage) et des couples qui pouvaient être hétéro ou homosexuels. En effet, mariage, PACS et concubinage n'apparaissent désormais que comme trois formes plus ou moins contraignantes de l'organisation de la vie à deux. En outre, réserver la famille au mariage était inconsistant puisque l'égalité des enfants naturels et légitimes a conduit à admettre que les concubins puissent également fonder une famille en tout point égale au mariage du point de vue des droits et devoirs à l'égard des enfants.

Est-ce que le concept de mariage ou de couple était auparavant faux parce qu'il n'envisageait pas les couples homosexuels ? Il faut rappeler la leçon de Charles Eisenmann : une classification ne peut se décider par des arguments de fait<sup>43</sup>. Ce sont seuls les concepts juridiques qui tranchent et fixent les cas pertinents. Avant la législation sur le concubinage homosexuel, le couple

---

<sup>43</sup> Ch. Eisenmann, précité, n° 12, p. 297.

homosexuel était sans doute un concept sociologique mais non un concept juridique. Juridiquement parlant, le concubinage homosexuel n'existait pas. Seul existait le concubinage hétérosexuel construit par symétrie avec le concept de mariage. Le concept juridique de couple supposait donc forcément la différence de sexe et se subdivisait en couple uni par un lien de droit (le mariage) et couple de fait (le concubinage). Le même raisonnement s'applique d'ailleurs à la prise en compte du concubinage hétérosexuel qui n'était en rien nécessaire. La jurisprudence aurait pu s'en dispenser car le fait ne contient en lui-même aucune nécessité. Le raisonnement est exactement le même que pour la qualification des services rendus : ils ne sont pas des contrats même s'ils en ont l'apparence. Il ne s'agit pas ici d'une fausse ou mauvaise définition mais bien au contraire de la pleine application de la définition existante.

L'exhaustivité ne signifie donc pas que les concepts doivent épuiser tous les cas qui *se présentent dans le réel*. Cet objectif est bien plutôt celui qui conviendrait à une science de la nature. En droit, il suffit que le système conceptuel permette de statuer sur tous les cas qui se présenteront à lui, ce qui est bien différent. Cette dernière exigence correspond en réalité à l'interdiction du déni de justice<sup>44</sup>. Tout litige doit pouvoir trouver une solution, cette solution fût-elle le rejet de la demande. Le véritable problème réside donc non pas dans le fait que certains cas n'aient aucun statut juridique mais bien plutôt dans le fait de savoir ce que les solutions déjà admises permettent de décider pour les nouveaux cas.

Ce développement permet donc de comprendre la différence essentielle qui existe entre la réfutation d'un concept et la révision d'un concept. En droit, les concepts ne peuvent être réfutés par des arguments de fait parce que ce sont les concepts qui permettent de statuer les faits. En conséquence, à la différence de la pensée poppérienne, les concepts juridiques ne peuvent pas être dits réfutables mais seulement révisables. C'est un équivalent fonctionnel et non une application directe dans le droit des critères de Karl Popper.

**10. La révision au regard de la base des cas.** La complétude d'un système conceptuel est construite en droit à partir d'une base de cas et de solutions. Les solutions admises par les sources du droit seront regroupées de façon homogène de façon à dégager des catégories plus générales qui permettront de classer les cas résiduels non prévus par les textes. C'est la fonction même de ce qu'on nomme le droit commun.

Cette opération de conceptualisation est particulièrement connue sous le nom de « nature juridique »<sup>45</sup>. La nature juridique correspond aux catégories du droit, c'est-à-dire aux concepts comportant un degré élevé de généralité. Ces catégories, elles-mêmes regroupées en « théories générales »<sup>46</sup>, sont construites à partir d'une base de cas. Or les concepts devront cette fois être exhaustifs, c'est-

<sup>44</sup> Civ. art. 4.

<sup>45</sup> J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1983, p. 255-272.

<sup>46</sup> Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 231.

à-dire rendre compte de la totalité des cas énoncés dans la base de référence. Si les concepts élaborés ne peuvent expliquer une solution, c'est qu'ils sont incomplets et doivent donc être révisés. La révision dépend donc ici de la capacité des concepts à embrasser tous les cas prévus et institués. Cette exigence peut donner lieu à des constructions juridiques de grande ampleur et d'un raffinement extrême. Ainsi, le fait que quelques articles du code civil prévoient que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude doit réaliser des ouvrages<sup>47</sup> a conduit à créer le concept d'obligation réelle<sup>48</sup>. Certains auteurs ont même prôné l'abandon de la distinction des droits réels ou personnels et une refonte conceptuelle intégrale de la classification des droits<sup>49</sup>. L'introduction d'un nouveau cas peut donc conduire à de profondes révisions. Ainsi, la possibilité pour le créancier principal de se prévaloir du cautionnement malgré l'extinction de la créance principale conduit à ne plus pouvoir expliquer la solution en recourant au concept d'accessoire<sup>50</sup>. En effet, si l'accessoire suit le principal la nouvelle solution devient inintelligible. Elle devrait conduire à l'extinction et non au maintien du cautionnement.

La distinction entre la base des cas et la conceptualisation qui la prend pour objet évoque celle de François Gény entre le donné et le construit. François Gény est pourtant manifestement gêné lorsqu'il s'agit de décider si les concepts appartiennent au construit ou au donné. Selon lui, les concepts relèvent du donné ou du construit<sup>51</sup>. En effet, si le concept porte sur un fait, il appartient au donné. En revanche, s'il possède un degré d'abstraction qui l'éloigne du réel il relève du construit<sup>52</sup>. Pourtant, la difficulté qu'examine François Gény est en trompe l'œil. Les définitions légales et jurisprudentielles portent sur des faits mais sont en même temps l'objet des constructions doctrinales. L'embarras de François Gény vient du fait que les concepts légaux tentent déjà de rendre raison des solutions légales. Ce que l'auteur a perdu de vue est que les constructions doctrinales ne sont nullement tenues par les conceptualisations légales ou jurisprudentielles. Non pas que le but de la description du droit soit de modifier les solutions. Au contraire, le but de toute systématisation est bien plutôt de justifier et de rendre compte d'un corpus de solutions. Si les concepts inclus dans les textes ne rendent pas suffisamment raison de la cohérence des solutions, le travail doctrinal va consister à reconcep-

---

<sup>47</sup> CCiv. art. 686 et 698.

<sup>48</sup> L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891 ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux 1937 ; H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, LGDJ 1957 ; J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, 2002.

<sup>49</sup> S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.

<sup>50</sup> F. Rouvière, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011, p. 689-710.

<sup>51</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome III : Elaboration technique du droit positif*, Sirey 1921, n° 268, p. 520.

<sup>52</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1924, n° 277, p. 31.

tualiser de façon homogène les solutions attribuées à chaque cas<sup>53</sup>. Nous sommes donc ici dans une authentique hypothèse de révision.

Ainsi, tous les concepts de la dogmatique juridique (encore appelés « concepts doctrinaux ») sont bel et bien construits. Le fait contingent qu'un concept inclus dans le discours-objet soit repris à l'identique dans le métadiscours ne change pas son statut théorique : les concepts juridiques demeurent des constructions et non pas des entités naturelles.

**11. Hypothèses de révision.** Les concepts juridiques ne sont certes pas réfutables par des arguments de fait mais ils sont révisables selon plusieurs hypothèses que l'on peut tenter de classer.

*Première hypothèse* : un concept peut être révisé si la solution attribuée à un cas est modifiée. Par exemple si le paiement peut se prouver non plus seulement par écrit mais par tout moyen, il faudra en conclure qu'il n'est pas un acte juridique mais un fait juridique. C'est ordinairement ce qu'on nomme les revirements de jurisprudences ou ce qui advient lorsque d'anciennes lois sont remplacées par de nouvelles.

*Deuxième hypothèse* : un concept peut être révisé lorsqu'un nouveau cas est introduit par assimilation aux cas déjà existants et soumis à la même solution. Par exemple, le dol, défini par le Code civil comme des manœuvres, a dû être révisé comme incluant la réticence dolosive lorsque la jurisprudence a admis que le seul silence pouvait être une manœuvre. Le concept de dol a été enrichi.

*Troisième hypothèse* : un concept peut être révisé lorsqu'un nouveau cas est introduit mais tombe dans le champ d'un autre concept. C'est une révision en cascade. Par exemple, les loteries publicitaires sont admises comme des quasi-contrats<sup>54</sup>. Il faut modifier le concept de quasi-contrat qui était jusqu'alors défini comme un transfert de valeur sans contrepartie. Cela correspond à la deuxième hypothèse. Mais, à la différence de la deuxième hypothèse, c'est toute l'économie de la classification des sources des obligations qui risque d'être bouleversée. En effet, cela conduit à repenser la distinction entre contrat et quasi-contrat et donc entre l'acte juridique et le fait juridique<sup>55</sup>.

*Quatrième hypothèse* : un concept peut être révisé lorsqu'un même cas peut être classé dans des catégories incompatibles. C'est l'hypothèse du concours de qualifications qui nécessite de redéfinir les concepts de façon à lever l'incompatibilité des qualifications. L'exemple déjà pris est celui du terrain inconstructible qui peut être à la fois une erreur et un vice caché<sup>56</sup>.

**12. Révision, vérité et savoir.** Lorsque les concepts juridiques ne rendent pas compte de façon cohérente de l'ensemble des cas et des solutions, ils peuvent être dits « inadéquats » et donc en définitive « faux ». C'est en ce

<sup>53</sup> R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquête* 1999, p. 252.

<sup>54</sup> Ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22981.

<sup>55</sup> C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherché sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

<sup>56</sup> V. *supra*, n° 8.

sens que Philippe Rémy parlait de la responsabilité contractuelle comme d'un « faux concept »<sup>57</sup>. Il est faux car intrinsèquement générateur de contradictions c'est-à-dire de conflits de qualifications. En outre, il ne rend pas compte de toutes les solutions, y compris les solutions légales comme celles qui admettent une preuve unique pour obtenir des dommages et intérêts dans l'hypothèse d'une inexécution de l'obligation de ne pas faire<sup>58</sup> alors même que le concept de responsabilité contractuelle stipule qu'il faut prouver faute, lien de causalité et dommage. Si l'on veut garder une terminologie plus neutre et si l'on veut réserver les termes de vrai et faux non pas à l'adéquat ou l'inadéquat mais seulement à l'adéquation empirique alors mieux vaut dire que les concepts sont *mal construits*. Ils doivent donc être reconstruits ce qui est une autre façon de dire qu'ils doivent être révisés.

Ainsi, les concepts juridiques sont sans cesse retravaillés de façon à être adéquats à leur objet. On est ici très loin de l'idée maintes fois reçue que les théories juridiques figent la réalité. Bien au contraire, elles ne cessent de s'y adapter en réformant les justifications conceptuellement pertinentes.

Cette façon de présenter le problème de la révision des concepts souligne la différence importante qui existe entre le savoir juridique et le pouvoir. Attribuer une solution à un cas relève d'un pouvoir de décision. Dire quels sont les cas qui sont semblables ou assimilables entre eux est une œuvre de conceptualisation qui relève du savoir. Même Hans Kelsen admet une telle distinction<sup>59</sup> alors qu'il a par ailleurs soutenu que l'interprétation était un acte de volonté et non de connaissance<sup>60</sup>. Nous pensons ainsi que la révision des solutions attribuées aux cas est bel et bien une question de pouvoir. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit alors de la présentation du droit préférable (*de lege ferenda*). En revanche, la révision des concepts eux-mêmes qui rendent compte de l'identité des cas est bien une question de savoir qui vise à décrire le droit tel qu'il est (*de lege lata*). Ce dernier travail de conceptualisation relève d'une véritable recherche juridique. Pourtant, la description du droit positif est souvent présentée comme une activité purement didactique ou pédagogique. On ne saurait s'en tenir là sans occulter l'apport considérable du discours doctrinal qui révisé sans cesse les concepts juridiques de façon à repenser constamment leur adéquation à l'objet qu'ils visent.

La description adéquate du droit positif implique la mise en cohérence des qualifications. Or Karl Popper reconnaît explicitement que la cohérence est une condition à laquelle doit satisfaire tout système théorique, même non empirique<sup>61</sup>. Ainsi, les juristes disposent bien d'une instance de révision conceptuelle analogue à celle présente dans l'épistémologie de Karl Popper. Toutefois, il serait excessif de dire que les concepts sont réfutables si l'on

---

<sup>57</sup> Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

<sup>58</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010, n° 09-69928.

<sup>59</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, § 16, p. 80.

<sup>60</sup> H. Kelsen, précité, § 46, p. 339 et s.

<sup>61</sup> *LDS*, p. 90.

entend par là que des éléments tirés du réel pourraient établir que les concepts juridiques sont faux. Les cas que les concepts prennent en compte sont arrêtés par une volonté. Les concepts juridiques peuvent seulement être dits bien ou mal construits. De cette évaluation dépend alors la question de leur révision épistémologique. Cette question est bien évidemment indépendante de la révision des solutions attachées par le législateur ou le juge aux cas qui sont l'objet des concepts juridiques. La révision des concepts juridiques peut être réalisée sans porter sur eux un jugement de valeur, c'est en ce sens étroit qu'il y a un équivalent fonctionnel à la falsifiabilité de Karl Popper.

### III. Popper comme étranger : l'impossible réfutabilité

**13. L'exigence de reproductibilité.** Le critère de falsifiabilité de Karl Popper pourrait bien être inapplicable si l'on s'en tient à la formulation stricte qu'il en donne. En effet, la falsifiabilité signifie la possibilité pour un énoncé d'être réfuté. En revanche, la falsification d'une théorie ne sera atteinte qu'à la condition d'identifier un « effet reproductible qui la réfute »<sup>62</sup>. Cette exigence de la reproductibilité de l'effet est donc essentielle pour pouvoir conclure à une réfutation effective car « des événements singuliers non reproductibles n'ont pas de signification pour la science »<sup>63</sup>.

La fracture avec la connaissance juridique est ici évidente. Par hypothèse, le droit porte sur du singulier, c'est-à-dire sur des cas qui possèdent chacun en propre des caractéristiques qui ne se retrouvent pas dans un autre cas<sup>64</sup>. De façon générale, cela signifie que deux cas ne sont jamais identiques en fait même s'ils peuvent être traités comme identiques par le droit en raison des concepts utilisés pour les qualifier<sup>65</sup>. Deux vols ne sont jamais identiques, ni par l'auteur, le lieu, le temps et les circonstances mais l'analyse juridique prend le parti de les traiter malgré tout comme des faits pouvant être rangés sous un même concept de vol.

Inversement, l'objet même de la science physique paraît impliquer une certaine régularité et une certaine récurrence des phénomènes<sup>66</sup>. Si cette exigence est nécessaire à la falsification au sens de Karl Popper, il est alors possible de conclure avec certitude qu'aucun concept juridique et qu'aucune théorie juridique ne peut être rigoureusement falsifié. En prenant pour objet des singularités, c'est-à-dire des cas comportant forcément des spécificités au regard de ceux déjà traités, il devient impossible de parler d'effet reproductible.

Cette conclusion ne doit pas étonner : elle découle seulement du fait qu'il n'existe pas d'expériences de laboratoire en droit car l'objet de la connaissance juridique ne porte jamais sur les faits naturels eux-mêmes. Au mieux, il s'agit

---

<sup>62</sup> LDS, p. 85.

<sup>63</sup> LDS, p. 85.

<sup>64</sup> H. Kelsen, précité, § 35, p. 251.

<sup>65</sup> F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 99.

<sup>66</sup> LDS, p. 83, 85 et 257.

d'étudier le comportement humain et de fixer ses régularités. Mais, même dans cette hypothèse, Hans Kelsen reconnaît que la vérification ne peut avoir lieu que de façon globale<sup>67</sup> c'est-à-dire « en gros et de façon générale »<sup>68</sup>. Pour le dire autrement, même lorsque les énoncés juridiques ont un contenu empirique ils ne satisferont jamais à la reproductibilité dont parle Karl Popper. Dans tous les cas, Karl Popper est bel et bien un étranger à cet égard.

**14. L'existence de théories immuables.** Le droit produit par ailleurs des théories qui paraissent immuables. Elles ne sont susceptibles ni de révision, ni, à plus forte raison, de falsification. L'existence de telles théories paraît alors accrédiéter la thèse que si Karl Popper est traité comme un étranger c'est que la science du droit est du coup un concept qui serait étranger à Karl Popper. Pour le présenter différemment, l'impossibilité d'être soumis à la révision ou la falsification paraît clairement faire entrer les théories juridiques de plain-pied dans un espace métaphysique d'entités abstraites qui ne renvoient à rien d'observable. C'est la part du construit dont François Gény a parlé<sup>69</sup>. Certains concepts ne paraissent correspondre à aucun élément de fait. Ce sont des objets qui n'existent que dans la construction juridique<sup>70</sup> : la personnalité morale, le droit subjectif, le pouvoir d'aliéner une chose etc. Il est possible de nuancer ce sentiment d'étrangeté en faisant remarquer que les concepts abstraits sont toujours rattachables à des concepts ayant un contenu factuel et concret. Le droit subjectif à l'état pur n'existe pas plus que la personnalité juridique sans patrimoine constitué de choses bel et bien existantes et tangibles.

Néanmoins, il existe des théories bien plus ennuyeuses de ce point de vue, ce sont des théories qui tout en renvoyant à des éléments du réel n'en sont pas moins irréfutables. Par exemple, la distinction des obligations de moyens et de résultat est toujours conforme à son objet. Cette théorie absorbe tout et explique tout car la solution arrêtée par le juge sera qualifiée *a posteriori* comme étant de moyens ou de résultat<sup>71</sup>. Pourtant, à ce jour, il n'existe aucun critère véritablement opératoire qui permette de bien distinguer les deux catégories<sup>72</sup>. Cette remarque pourrait encore être étendue à tous les concepts dont l'unité se réduit à une collection de cas sans critères explicites de rattachement. Par exemple, la liste des actes de gouvernement insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir peut bien être dressée *a posteriori*. Pour avoir si un acte est un acte de gouvernement il n'existe pas de critère conceptuel. L'unité des cas est purement fonctionnelle selon une analyse restée célèbre<sup>73</sup>. Or l'unité de fonction ne peut jamais être prise en défaut car elle admet en soi une révision de principe et une

<sup>67</sup> H. Kelsen, précité, § 6, p. 54.

<sup>68</sup> H. Kelsen, précité, § 34, p. 215 et p. 220

<sup>69</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration technique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1924, n° 277, p. 31.

<sup>70</sup> R. Libchaber, précité, p. 253.

<sup>71</sup> C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n° 309, p. 183.

<sup>72</sup> C. Atias, précité.

<sup>73</sup> G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP* 1950, I, 851.



indétermination native. Tous les concepts à contenu indéterminé ne peuvent donc être soumis au test de réfutabilité de Popper car ces concepts seront toujours après coup ce qu'ils étaient censés être. Quel que soit le contenu de l'ordre public ou de la faute, il s'agira toujours du même concept alors pourtant que son contenu aura notablement évolué<sup>74</sup>.

Il existerait donc en droit des entités théoriques immuables car toujours paradoxalement adaptables. Cette remarque pointe avec force l'enjeu théorique des définitions. La rigueur dans la connaissance n'est atteinte que par la recherche de définitions formellement explicitées<sup>75</sup> et comprenant des éléments constitutifs nettement identifiables. L'exigence de sécurité juridique paraît bien passer par là. Au moins les éléments de définition sont nombreux et au moins ils sont précis ; au plus le concept paraîtra avoir déjà prévu la situation de fait à qualifier<sup>76</sup>. Mieux : les seuls effets d'une catégorie sont impropres à définir la catégorie<sup>77</sup>. La question n'est pas de savoir si le contrat est nul mais pourquoi il peut être considéré comme nul. Si les catégories permettant de conclure à la nullité du contrat n'étaient pas nettement délimitées, la solution qui consiste à annuler le contrat serait sans justification. Or si les justifications d'une solution ne sont pas révisables alors qu'on admet en même temps la révision des cas soumis à la solution, il y a une profonde incertitude sur l'état du droit. Se fonder sur des concepts, c'est rendre raison des changements opérés. Procéder autrement est verser dans l'arbitraire, c'est-à-dire dans un choix sans raison explicite ni même implicite (et qu'il serait possible d'explicitier).

Une fois encore, la possibilité de parvenir à une telle conclusion n'est pas totalement surprenant. En faisant dépendre le droit de l'exercice d'une volonté, voire en soutenant que l'interprétation elle-même est un acte de volonté, il est évident que l'idée même d'une révision des concepts (qui implique l'idée d'une révision des connaissances) devient saugrenue. Le pouvoir et le savoir ont des natures différentes. L'un ne peut empiéter sur l'autre sans créer un trouble ou une confusion. Connaître n'est pas vouloir et réciproquement. C'est dire que la soumission du pouvoir au savoir n'est alors que la forme la plus évidente et la plus visible du refus de l'arbitraire. C'est dire que si Karl Popper peut parfois nous paraître totalement étranger quant à ses exigences épistémologiques, il paraît périlleux d'en déduire trop hâtivement que le droit n'est que le pouvoir à l'état pur. L'affirmer c'est renoncer à toute connaissance et c'est réduire le discours juridique à une hypocrisie. Le droit n'est pas pris au sérieux pour paraphraser le célèbre titre d'un ouvrage de Ronald Dworkin<sup>78</sup>. Et pourtant, n'est-il pas paradoxal qu'un auteur comme Hans Kelsen (qui a voulu distinguer nettement le droit de la science du droit) parvienne à de telles conclusions ? Selon Hans Kelsen, celui qui recherche ce qu'il y a derrière le droit positif ne trouvera que « la tête de Gorgone du pouvoir plonger son regard dans le

<sup>74</sup> F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-en-Provence, 2005, p. 13-14.

<sup>75</sup> R. Brandom, *L'articulation des raisons*, Cerf, 2009, p.19.

<sup>76</sup> F. Haid, précité, p.

<sup>77</sup> J.-L. Bergel, précité, n° 10, p. 263.

<sup>78</sup> R. Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977.

---

sien »<sup>79</sup>. Cette analyse pétrifiante dans tous les sens du terme interdit évidemment de penser toute révision car tout pouvoir est égal à lui-même et demeure invariant. En définitive, s'il n'est donc pas certain que tout aille pour le mieux si Karl Popper prend le pouvoir, gageons toutefois qu'il vaut mieux qu'il soit notre invité plutôt qu'un étranger.

---

<sup>79</sup> H. Kelsen, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung (Aussprache) », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 54-55 cité par R. Baumert, « Une "vision morale" de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Juspoliticum, Revue internationale de droit politique* : <http://www.juspoliticum.com/Une-vision-morale-de-la-justice.html>, consulté le 30 mars 2015.

# POUR DES « CONCEPTS JURIDIQUES *ÉPAIS* » : ENTRE UN PASSÉ SÉDIMENTÉ PAR LE FUTUR ET UN FUTUR PRÉEMPTÉ PAR LE PASSÉ

---

Alain PAPAUX

*Professeur de Méthodologie juridique à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne,  
Professeur invité au Laboratoire de Théorie du Droit de l'Université d'Aix-Marseille*

**Abstract:** *The internal, intrinsic, review of concepts means that their semantic content is constantly in evolution. This internal movement is masked by the narcotization of dissimilarities in contrast of similarities in the semantic analogic texture of the concept.*

*This blindness to the internal evolution reflects an idealistic metaphysical choice, from which primacy is attributed to the type over occurrences and to the law over the cases, making the second terms not necessary to the first. Thus legal theory can claim an application of the pure law away from all influence of cases, application without interpretation.*

*We support, in contrast, that cases retroact on the meaning of the concept, that occurrences are sedimented in a type, which obtains its semantic structure, which reciprocally offers interpreting directions for future occurrences.*

*We outline the logic at work in this dialectic of type and occurrences.*

## I. Quand l'épaisseur conceptuelle ouvre à la dynamique juridique

Par révision des concepts juridiques, nous désignerons un mouvement interne, intrinsèque même, aux concepts, habités par une historicité (que l'on peut dénommer exercice en philosophie), point toujours bien perçue, moins encore volontiers reçue, par le droit dont on attend l'instauration et le maintien d'un ordonnancement, ordre qu'une tradition moderne néoplatonicienne nous incline à entendre statique.

Si une partie de la théorie du droit – la plus littéraliste, jusqu'à comprendre *theoria* comme contemplation des Idées selon une veine idéaliste – se contente d'un discours sur les apparences – Présentation –, la pratique juridique, par définition réaliste – Effectuation –, constate un ordre dynamique, réseau de lignes interprétatives bien plus que de significations ou essences (*eidōs*, Idée ou forme dans l'obédience platonicienne) « ab-solues ». Pareil ordre s'établit selon une dialectique « type/occurrences », plus précisément une « dia-logique », se déployant du type vers « ses » occurrences, réciproquement des occurrences vers « leur » type, selon d'incessantes rétroactions, donnant de l'histoire au concept, de l'épaisseur, à l'intérieur d'une fenêtre temporelle au sein de laquelle l'occurrence exerce le type.

Schwind décrit fort bien le jeu de la Présentation et de l'Effectuation, par trop dominé par les apparences, les « formes » (Idées), masquant la révision interne des concepts, rendue de la sorte imperceptible :

« Pour le droit même comme système de règles normatives cette évolution signifie un changement profond. Les règles normatives dans leur forme extérieure sont invariables comme les termes qui les expriment. Mais ces *formes* [nous soulignons] ne sont que des capsules dont le contenu est variable sans qu'on s'en aperçoive. La capsule reste invariée jusqu'au moment où le contenu a tellement changé que la capsule éclate et on doit en trouver une autre qui s'adapte mieux à la fonction changée. Le système juridique entier, considéré par la plupart de la doctrine comme une structure presque fortifiée qu'on peut interpréter mais qu'on ne peut pas changer, est mis en cause. L'invariabilité du système est plus apparente que réelle. Les termes invariants n'indiquent point que le contenu et la fonction sont encore les mêmes qu'ils étaient au moment de la création desdits termes »<sup>1</sup>.

La notion de dignité humaine illustre la rétroaction des cas sur la catégorie juridique : elle changera sensiblement de sens selon que les magistrats admettront ou pas la gestation pour autrui, la légitimité d'une activité professionnelle consistant à être l'objet d'un lancé (de nain), les pratiques sado-masochistes confinant à des atteintes plus ou moins graves, mais « consenties », à l'intégrité corporelle, la dignité (ou pas) de l'embryon ou l'interruption de l'assistance mécanique à des comateux graves. La référence à la dignité équivaut à un véritable paradigme dans le cadre de la révision des concepts. N'est-elle pas un principe général, le plus fondamental de tous même, à suivre la doctrine des droits de l'homme aujourd'hui, nullement au sortir de la seconde guerre mondiale, reconnue certes dans les Préambules non-contraignants, mais aucunement au principe de l'ordre juridique démocratique moderne avant le XX<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup> ?

Pareille plasticité habite, en vérité, tout concept juridique, sauf à en admettre l'univocité, passant de la sorte outre et les mises en garde d'Aristote quant à la confusion des mots et des choses, les premiers moins nombreux que les secondes les condamnant à l'ambivalence – jusque dans l'œuvre du législateur –, et les constats des linguistes, relayés par les sémiologues, relevant la nécessaire médiation d'un contexte dans la construction sémantique<sup>3</sup> de l'univocité d'un terme alors compris de manière semblable (jamais identique) par les lecteurs.

<sup>1</sup> F. Schwind, « Aspects et sens du droit international privé », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Sijthoff, Leyde, 1984, IV, 9 ss, p. 125-126.

<sup>2</sup> La Constitution de la Confédération helvétique de 1848 par exemple ne contient pas le mot « dignité », lequel n'apparaît que dans la Constitution actuelle de 1999, entrée en vigueur en 2000.

<sup>3</sup> En pratique, la sémantique d'un signe ou d'un concept ne peut être isolée et de la morpho-syntaxe et de la pragmatique dans lesquelles il s'insère, mieux *au sein* desquelles il *s'exerce*, notion sur laquelle nous reviendrons.

Le juriste se souviendra ici du retournement des apparences du discours positivistes masquant la démarche effective d'interprétation, à savoir que la clarté d'un texte<sup>4</sup> ne constitue pas le point de départ de l'accord de tous ses lecteurs mais l'exact inverse : le sens d'un texte apparaît clair, univoque, parce que tous ses interprètes lui confèrent un sens semblable, analogue : « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair »<sup>5</sup>. L'absence de divergence le doit essentiellement à la considération scrupuleuse de la situation concrète, en particulier ses éléments de contexte dont la configuration permet de réduire l'ambiguïté de nature non seulement du mot ou signe mais de toute loi en tant que détermination générale et abstraite, à la manière d'« instructions permettant leur désambiguïsation contextuelle »<sup>6</sup>. La notion de « majorité accomplie » s'entend-elle du premier instant du jour de cette majorité ou du dernier de l'année concernée ? Ceux qui toujours avancent ce même exemple de texte absolument univoque ignorent la force des habitudes qui arrête la première branche de l'alternative et cèlent de surcroît l'intervention, certes discrète, en amont, du droit international privé, supposant que tel droit national a été choisi pour affirmer que cette personne y est majeure.

Peut-être Schwind envisage-t-il une hypothèse, une déportation de sens, plus audacieuse, à la manière des airs de famille à la Wittgenstein, réunissant des entités semblables, dont l'enchaînement des analogues aboutit à une entité dernière de la chaîne comprise dissemblable de l'initiale, comme une signification étrangère, et pourtant rangée comme elle sous le même concept.

Le droit est familier de ces changements internes profonds de sens opérant sous une forme immuable. Les causes de divorce étaient fort limitées dans les droits continentaux des XIX et XX<sup>es</sup> siècles, et ne comprenaient pas le motif d'un consentement mutuel. Les juges eurent pourtant à décider de cas reposant sur ce principe mais habillés sous un motif légal<sup>7</sup>. Ils consentirent à

---

<sup>4</sup> L'expression « clarté d'un texte » constitue déjà une conséquente approximation car la clarté porte sur le *sens* du *texte*, « son » sens, et non son *signifiant* moins encore sa matérialité : du papier, de l'encre, des signes d'un alphabet reconnaissable. De surcroît, « son » pose difficulté (comment un sens « appartient »-il à un signe, voir la note précédente) et *sens* s'entend aussi bien du signifié que de la référence, le « sens » jouant ou se jouant quelque part *entre* signifiant, signifié et référence, de plus au sein du cycle *infini* de la sémiologie ; et le texte n'est assurément pas la norme. À l'aune de ces flottements, l'univocité équivaut à un vain rêve.

<sup>5</sup> C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 36. Le philosophe du droit belge est animé d'un esprit pragmatique dont la lucidité lui vient d'Aristote, dont ses théories s'inspirent avec tant d'intelligence et d'humilité, lesquelles devraient conduire tout un chacun à rejeter l'idée d'univocité si évidemment démentie dans le cas de locuteurs ressortissant à une langue différente ou à une époque éloignée du « texte » à l'examen.

<sup>6</sup> U. Eco, *Dire presque la même chose*, Grasset 2006, p. 33.

<sup>7</sup> Voir par exemple, dès les années 1950, G. Simson, « L'évolution du droit moderne du divorce », in *Revue internationale de droit comparé*, 1957, vol. 9, n° 2, p. 390 : « la jurisprudence de nombreux tribunaux français tolère en définitive le divorce « par consentement mutuel » même couvert par une cause de divorce simulée. De même, dans la pratique judiciaire *grecque*, en dépit de l'inexis-

cette Présentation biaisée, par consonance aux mœurs libérales ayant cours, non sans interpeler le législateur sur l'inadaptation de la règle<sup>8</sup>. Fut ainsi introduit un nouveau motif – et d'autres abandonnés, la faute souvent – consacrant le divorce par consentement mutuel, pendant en quelque sorte du contrat de mariage, démarche que concluait logiquement le concept de « démariage ». Si l'étiquette ou capsule « divorce » demeurait identique, la signification, jusqu'à la fonction, en était modifiée – du « divorce sanction » au « divorce faillite » –, n'ébranlant pas pour autant le système juridique, capable d'assumer d'aussi amples variations, sous la même apparence. L'univocité ne semble donc aucunement nécessaire à sa survie, pas plus qu'à sa sécurité.

Le droit international privé nous l'enseigne exemplairement. Le concept d'épouse, dont l'univocité ne semble guère prêter à doute dans les pays de tradition chrétienne, et plus assurément encore avant les « mariages pour tous », a pourtant connu une déclinaison jusqu'à la consécration d'une gradualité, un « plus ou moins épouse ». En suite de l'intervention de l'effet atténué de l'ordre public, des mariages polygamiques ont été reconnus en France dans certains de leurs effets, pour les successions et filiations par exemple, non pour les fiscalité et sécurité sociale. Une épouse dont le mariage a été célébré en France est donc davantage épouse qu'une femme mariée à l'étranger, *more islamico* notamment, sans que l'étiquette de la capsule « épouse », à laquelle on réduit trop rapidement le concept, n'en soit modifiée, pas plus que la signification d'épouse telle qu'on en parlait en droit interne, alors même que des effets du mariage polygame pénétraient le droit national ; la seconde épouse par exemple entrait en succession et ses enfants en légitimité. Le concept d'épouse ainsi excédait l'univocité, se lisant dans sa pratique selon l'épaisseur d'un gradualisme. Les nuances d'un « plus ou moins » atteignirent également le concept de divorce jugé équivalent de la répudiation selon l'analogie et non l'identité, à la double dissemblance, double motif dont on exigeait correction pour reconnaissance, de l'intervention d'un juge civil (et non de la seule autorité religieuse) et du versement d'une pension correcte. D'aucuns pouvaient penser que seuls les concepts de droit international privé étaient révisés, oubliant que la question de l'extranéité surmontée, il y a lieu à application du droit interne, la situation « étrangère » déployant des effets, certes « atténués » – afin de contenir les déplacements de sens dont sont affectés les concepts de droit interne à l'intérieur des valeurs qu'il juge essentiels (effets atténués de l'« ordre public ») –, mais bien réels sur les catégories internes, leurs apparences dussent-elles demeurer inchangées.

---

tence du divorce par consentement mutuel, on aboutit fréquemment à un résultat identique par allégation commune de causes fictives ».

<sup>8</sup> J. Commaille *et al.*, *Le divorce en Europe occidentale : la loi et le nombre*, PUF, 1983, p. 17, soulignent à ce titre : « Sous ce régime ancien [avant la révision ouvrant le divorce par consentement mutuel], le divorce par consentement mutuel, à l'instar de ce qui se pratiquait en France et dans bien d'autres pays, était dans les faits possible et largement pratiqué ».

Sans doute d'autres épaisseurs conceptuelles se laissent-elles envisager : selon un centre et une périphérie (*core* et *penumbra*, comme Hart le soulignait), dessinant une sorte de topologie ou géographie sémantique, opérant selon une logique gradualiste ; ou selon des sens dit « propre » et « figuré », souvent juxtaposés à mesure que l'on s'éloigne de leur possible origine commune. Sans doute encore ces autres épaisseurs ne sont-elles pas rebelles à quelque rétroactivité des occurrences sur le type.

Nous intéresse ici, parce qu'elle se trouve au principe de tout droit écrit et qu'elle en porte la dynamique, pourtant célée, l'« opposition »<sup>9</sup> entre « général et abstrait » (le type, souvent légal) et « singulier et concret » (les occurrences)<sup>10</sup>. Les étiquettes dont la doctrine use traditionnellement pour en rendre compte au mieux en décrivent les apparences, simple Présentation, sans jamais en expliquer le ressort, l'Effectuation : *Konkretisierung*, Subsumption, syllogisme, déduction<sup>11</sup>, *claris non fit interpretatio*... notamment.

Pourquoi borner l'analyse à la surface du phénomène juridique, corrélativement négliger ou ignorer cette dynamique interne des concepts ? N'est-ce pas que l'incessante redéfinition des concepts semble remettre en cause la fonction primordiale pour laquelle les concepts juridiques ont été forgés : instaurer de l'ordre, ordonnancement cognitif (gnoséologique) comme tout concept mais encore social pour les concepts juridiques, déployant leurs effets au-delà des requisits de la communication pour maintenir du collectif, selon la force – plutôt l'autorité - instituante du droit ?

## II. Les concepts juridiques assurent-ils la sécurité du droit ?

L'exposition de la dialectique type/occurrences, savoir le mouvement naturel incessant du signifié ou type par rétroaction sémantique des cas (références), semble menacer l'ordre. N'est-ce pas plutôt notre appréhension de la sécurité juridique, quintessence de cet ordonnancement, qui s'avérerait erronée ? La sécurité juridique est traditionnellement réduite à une sécurité formelle, dans la ligne du regard positiviste qui s'arrête à la surface, à la « forme », par simplification, réduction propre à toute démarche prétendant à scientificité.

---

<sup>9</sup> Caractérisation sur laquelle nous reviendrons en montrant qu'elle ne s'impose aucunement à l'esprit mais découle d'un *choix* d'une certaine métaphysique, peu pragmatique à tout dire ; nous lui préférons celle d'*exercice* du type par les occurrences.

<sup>10</sup> La première épaisseur se situe à un méta-niveau par rapport aux autres (*core/penumbra* et *propre/figuré*), lesquelles en sont comme des modalités techniques en lesquelles se redistribuent les fruits de la dialectique « type/occurrences ».

<sup>11</sup> Jusqu'à admettre, malgré l'incohérence logique, une déduction (à partir) des faits, à l'exemple de l'art. 8 du Code civil suisse : si déduire se dit d'une inférence se conduisant *top-down* ; étant déjà au *down* avec le fait qui constitue en effet le *bottom* (comme on le voit dans l'inférence inverse, l'induction, remontant du fait ou du cas vers la loi ou le général, soit une direction *bottom-up*), on ne saurait descendre plus bas (*bottom*) en déduisant encore de là, du *bottom*, vers... on ne sait quoi.

Si les mots, voire des textes entiers, étaient pour l'essentiel clairs, pourquoi le droit use-t-il abondamment et sciemment d'*open textures* au champ sémantique par nature vague, non-univoque ? Comment concevoir un ordre rigoureux élaboré à partir de concepts de base plus flous les uns que les autres, quand ils ne donnent pas dans le sentiment<sup>12</sup> : dignité, bonne foi, équité, principe de confiance, égalité, diligence, précaution, « raisonnable », ordre public, État de droit... ? Les *open textures* étant intrinsèquement « épaisses », quasiment « informes », et le système juridique constituant bien un ordre stable, la « sécurité juridique formelle »<sup>13</sup> n'est pas apte à rendre raison de cet ordre. Elle ne regarde en vérité pas à la pratique, se contentant (la réduisant) du résultat d'un processus complexe d'entre-détermination du sens généralement reconnu au concept employé<sup>14</sup> et du contexte dans lequel il est exercé, dont on espère, non sans exagération, qu'il atteindra la situation de vie dans son idiosyncrasie même. La sécurité juridique formelle se construit sur un résultat achevé, sur les apparences du phénomène juridique, littéralement son exposition ou Présentation, et non sa démarche effective, souvent tâtonnante, hésitante (*infra*), son Effectuation.

Qu'il nous suffise de relever la conception obsolète et chimérique de la langue sur laquelle repose la sécurité juridique formelle : une langue pur vecteur de la pensée, neutre de surcroît, la transportant sans perte ni reliquat d'un émetteur vers un récepteur animé du privilège insensé de la recevoir objectivement et passivement, sans médiation de sa propre culture. On y reconnaîtra aisément des fondements de la figure moderne de la loi, forme aboutie du droit écrit, oubliant que la sagesse des juristes consacre la sécurité du droit et non la sécurité de la loi.

Le droit assure pragmatiquement la sécurité juridique en se fondant sur le relationnel, emblématiquement en recevant, sédimentant et redéployant des *social patterns*, souvent exprimés dans les *leading cases*, dont il assure l'élaboration et la diffusion par voie d'analogie, si expresse et familière aux comparatistes et internationalistes privatistes par la recherche des similitudes en vue d'apprivoiser l'extranéité. Il ne s'agit plus, dans la sécurité juridique relationnelle,

---

<sup>12</sup> Ainsi l'arbitraire est-il notamment défini tout acte contrevenant au *sentiment* de la justice tel qu'il existe à une époque donnée, dans une société donnée, à suivre le Tribunal fédéral suisse par exemple.

<sup>13</sup> A. Papaux, « Sécurité juridique formelle *v.* Sécurité juridique relationnelle », in *Revue de droit suisse*, Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 1/2012, p. 33-62.

<sup>14</sup> Ce « généralement » renvoie aux notions de citoyen standard, d'homme raisonnable, et autres analogues, elles-mêmes très ouvertes, *open textures* au dernier degré. Apparait l'extrême complexité de la construction et advenue de sens, état temporairement stabilisé dans le cycle infini de la sémosis, à partir de notions à texture ouverte mobilisant elles-mêmes d'autres notions à texture ouverte, construction (*to construct* en anglais signifie aussi interpréter) sans commune mesure avec l'image d'Epinal d'une *application* de la loi, prétendue objective (*claris non fit interpretatio*) voire géométrique (*more geometrico*).



d'appliquer une loi à un cas, de la concrétiser<sup>15</sup>, comme si les deux entités en jeu, le type et l'occurrence (pour simplifier), appartenaient à des mondes distincts, absolus l'un de l'autre, mais d'exercer la loi « à partir du cas » c'est-à-dire par et dans un certain contexte dit d'application, lequel est toujours pris dans un tissu de relations, juridiques en particulier.

Le phénomène juridique fait sens par son insertion dans ce réseau, moment résolument sémiotique de toute démarche juridique, seul à rendre raison du « bien hésiter »<sup>16</sup> du juge indiquant que plusieurs parcours au sein du réseau-Droit ont été envisagés et mis à l'épreuve et que le plus pertinent a (possiblement) triomphé. À l'aune d'une pareille conception pragmatique, opinions individuelles comme dissidentes en rien ne sapent l'autorité du droit, exhaussant, au rebours, la pertinence de la solution retenue en en montrant, en creux à tout le moins, les raisons.

Aux termes de cette esquisse du fonctionnement réticulaire dynamique du droit, la sécurité juridique se circonscrit comme la favorisation du choix d'un certain parcours sémiotique, émaillés d'indices, plus attendu que d'autres possibles en ce qu'il est désormais plus apprivoisé, correspond à des habitus jusqu'à devenir exemplaire et guider alors, à la manière d'un prototype<sup>17</sup>, l'exercice ultérieur du type à l'occasion d'une nouvelle occurrence, littéralement *leading case*. En bref, la sécurité juridique est bien plutôt une affaire de réseaux, serrés, denses, épais, de significations (à l'apprentissage long et souvent pénible sur les bancs des facultés de droit) que l'addition – mystérieuse de surcroît – de sens ponctuels objectivement déposés dans les mots<sup>18</sup>.

Au cœur de la pratique du droit se trouve ainsi la causalité exemplaire, le cas qui fait école, « cas d'école », permettant l'apprentissage comme la pratique du droit, opérant (« actant » dans un langage pragmatique précis) par extension d'un raisonnement juridique par analogie apte à régler, à partir de cette unité cognitive, l'ensemble des cas jugés analogues.

---

<sup>15</sup> *Konkretisierung* dit-on en allemand, qu'en la même langue *Subsumtion* vient contredire en ne retenant que le *général* de la situation et non sa *spécificité*, son *type* et non ses *singularités*.

<sup>16</sup> Présence du désaccord initial entre parties pour le magistrat, choix à opérer entre diverses solutions (« montages ») juridiques possibles pour le conseil juridique ou l'avis de droit. B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, Paris, 2002, montre le tâtonnement, l'hésitation, au cœur de la démarche de la plus haute juridiction administrative française, paradigmatique d'un droit en acte, se pratiquant, s'*exercant* (notion d'*exercice* sur laquelle nous reviendrons) : un concept juridique déploie sa réalité instituante et prescriptive par et dans le cas à régler.

<sup>17</sup> À la vérité un « pro-type », à la place du type trop général et abstrait pour servir de guide pragmatique dans l'élaboration du raisonnement par analogie qui aboutira à « subsumer » l'occurrence « sous » le type.

<sup>18</sup> Ce que l'on dénomme couramment « mot » ne constitue pas, pour les linguistes, une unité pertinente.

Les *open textures* ne posent donc pas un problème de sécurité juridique formelle, au motif principal que le concept juridique ne poursuit pas la forme (*eidos*) comme telle, comme fin en soi, mais recherche une certaine préhension de la pratique, y voyant et instaurant, tout à la fois, une certaine régularité, *regula* (d'où les règles), moins illusoirement exigeante qu'une essence, plus pragmatiquement ordonnée que la contingence. En termes de logique, la démarche juridique ne s'inscrit pas plus dans l'objectivité qu'elle ne donne dans l'arbitraire, dévoilant un monde trivalent, celui de l'ars interpretandi depuis toujours, celui de l'herméneutique depuis peu : le sens est aussi dans la dépendance d'un sujet, donc subjectif, selon la culture de l'émetteur comme du récepteur, le cercle herméneutique répondant à sa manière au cycle infini de la sémiotique.

Ainsi n'est pas en jeu le concept juridique comme tel, tout concept étant par nature sémiotique, ambivalent ou plurivalent, mais d'une part les ressorts de l'évolution des concepts juridiques, prosaïquement l'influence des « faits » sur les catégories juridiques notamment (si emblématiques des concepts) – la révision interne induite par les faits juridiques –, d'autre part la manière qu'a le concept de saisir le réel, schématiquement le passage du type (signifié) à l'occurrence (référence) – l'exercice du droit par le cas (ou de l'« application » hésitante de la loi). Avant d'analyser, trop frustement sans doute, ces deux moments nodaux de la dynamique juridique, convient-il d'esquisser pourquoi la doxa positiviste ne les peut percevoir.

### III. Une dynamique juridique imperceptible, une révision inaperçue

L'unité du type rassurant plus que la diversité des occurrences comme l'Idée du droit plus que la pratique, le concept juridique se voit charger, dans un univers de droit écrit, de fixer, dans des formes très largement légales, l'avenir des relations juridiques dans la lumière apaisante de la sécurité du droit.

Pourtant, cet arrêt – comme on le dit fort justement du jugement, oubliant toutefois qu'il désigne corrélativement un mouvement, un processus, exactement un procès – fixe moins qu'on ne le pense et l'espère les réalités sociales<sup>19</sup>, du simple fait déjà que le texte n'est pas la norme, équation qu'eût dû abandonner tout esprit juridique si le droit avait réellement procédé à son

---

<sup>19</sup> Pour reprendre l'exemple du divorce par consentement mutuel, non seulement la *pratique* dessine l'*Idée* du droit : « En instaurant la possibilité du divorce sur requête commune dans le code civil, le projet formalise la réalité juridico-sociale, [...] » relève le gouvernement helvétique (Feuille Fédérale 1996 I 1, p. 85) ; mais encore l'esquisse même à l'encontre du texte « clair », et limitatif en l'occurrence, de la loi : « Le divorce à l'amiable s'est ainsi depuis longtemps répandu sur une grande partie du territoire suisse, malgré la teneur du texte légal. » (Feuille Fédérale 1996 I 1, p. 20-21). Primauté de la pratique affirmée chiffres à l'appui : « La pratique n'a toutefois pas répondu aux prévisions du législateur de 1907, qui pensait que les causes déterminées de divorce seraient appliquées en règle générale, alors que l'article 142 CC [la clause générale] ne le serait qu'à titre subsidiaire. Environ 98,6 % des divorces prononcés en 1994 sont fondés sur la clause générale de la désunion profonde. » (FF 1996 I 1, p. 20) Le *type* est décidément bien sous influence des *occurrences*, en amont comme en aval de la loi.

*linguistic turn* : «“tournant interprétatif” c’est-à-dire l’attention de premier plan portée au fait que la réglementation juridique est, dans sa substance même, du sens et aux problèmes herméneutiques qui se trouvent liés à cette nature constitutive»<sup>20</sup>.

On peut bien arrêter le texte du droit – ce qu’on dénomme habituellement « loi » – , on n’a pas pour autant fixé le droit, à l’enseigne du constat épistémologique de la béance entre la loi, générale et abstraite et le cas, singulier et concret, déjà dressé par Aristote, il y a 23 siècles, soulignant que les mots ne sont pas les choses, le limité l’infini, et que procédant avec ceux-là, on ne manipule pas pour autant celles-ci. Adoptant une approche « pragma-tique », reconnaissant précellence aux pragma-pragmata - les « existants » - sur les Idées ou essences, au motif d’une réalité ontologique plus achevée, plus complète, attestée par une caractérisation plus riche (voire infinie) des occurrences que des types, nous distinguerons l’application d’un concept – une loi notamment – de son exercice. La première est statique et encadrée, le second est dynamique et « embarqué » (*embedded*), le concept-cadre – si prisé des juristes – se révélant en pratique concept-matrice, ne se contentant pas de recevoir (l’action d’un réceptacle se réduisant à un formatage) dans un cadre mais produisant quelque avenir sous l’indication d’une direction herméneutique : l’indice de se mue en indice pour (verrons-nous encore), le futur préempte le passé en ce que les cas réalisés sont sédimentés en tel concept en vue d’un dire-le-droit (« *iuris-dictio* ») à venir, où se tient la prescriptif.

Prescrire au sein d’un cadre en écartant *ab ovo* ses possibles modifications manque la justice pour s’abîmer dans le juridisme, volontiers légaliste. Si le présent n’était gros de l’avenir, en quoi résiderait la normativité ou la prescription ? Le commandement (*potestas*), auquel se rattache la sanction, graal aussi bien que deus ex machina du positivisme classique, n’est qu’une « con-formité », plate répétition d’un même, d’une même forme précisément, monde homogène qui contrevient aux notions de *praxis* et de justice ; « le plus souvent » sera mesure, non le nécessaire, l’analogie non l’identique, la synthèse des analogues qu’est le concept ne pouvant qu’être dynamique : les ressemblances retenues (exhibant quelque *regula*) sont pénétrées des dissemblances qui font la singularité des occurrences les unes par comparaison avec les autres et qui n’ont été que momentanément narcotisées (selon la suggestive formule de Eco) et non annihilées, comme le montre les premières et dernières occurrence des chaînes élaborées dans la logique des airs de famille et qui semblent ne plus rien avoir en commun, laissant triompher les seules dissemblances entre elles alors qu’on les subsume sous la même étiquette.

Nous dirions dès lors peu en avançant que la distinction entre application et exercice du type par les occurrences infléchit sensiblement l’opération de

---

<sup>20</sup> P. Amselek, « Propos introductif », in *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, p. 7.

révision interne des concepts. À ce titre soulignerons-nous, avec Schiavone, la logique endémique en l'esprit des juristes de tous temps de l'exclusion réciproque de *nomos* et de *chronos*, de la règle et du changement (temps), exhibant le ressort de tout ordre dans une pensée d'obédience platonicienne<sup>21</sup> : arrêter le devenir, le mouvement, le changement. Aristote, lui, tentera de l'apprivoiser, sachant l'illusion de le retenir, pis de l'arrêter, raison philosophique pour laquelle sa pensée (verrons-nous) participe de la *mêtis*, de l'abduction et inspire un pan de la sémiotique contemporaine, d'un U. Eco notamment. Il siérait par conséquent de distinguer arrêter au sens de fixer, *nomos* niant *chronos*, ce qui ne tiendra qu'un temps – la capsule de Schwind – et arrêter au sens de stabiliser, *nomos* suspendant (temporairement) *chronos*, le temps d'instaurer un ordre, ouvrant une fenêtre temporelle de stabilité, une durée de constance, mais non une essence pure de changement, de devenir, ainsi que le requiert en toute rigueur de pensée le concept-cadre.

La notion de révision change par conséquent fondamentalement selon l'acception de « concept », schématiquement le concept-cadre ou le concept-matrice. Parallèlement selon que l'on conçoit le rapport entre loi et cas ou type et occurrences selon l'application ou l'exercice, soit une conception statique, dont témoignent les figures de la subsomption, du syllogisme ou de la déduction, soit une conception dynamique, indiquée par la rétroaction sémantique des occurrences sur le type et l'abduction. Ces deux dernières sont pratiquées par les juristes mais souvent dans l'ignorance de leur structure logique, conduisant à une schizophrénie cognitive, le discours officiel du droit – Présentation – étant statique et la pratique juridique – l'Effectuation – dynamique. À preuve, la jurisprudence, ou « *iuris-dictio* », qui fait (« dit » plus exactement) le sens vivant du droit, ne ressortit point de la théorie des sources formelles. N'est-ce pas que l'application de la loi y est conçue comme un accident au sens philosophique, savoir un moment qui se surajoute à une réalité – en vérité une essence – complète en elle-même, ce qu'affirme si nettement le légalisme ? Vision idéaliste, de l'eidos du droit, négligeant son mouvement, sa vie – la pratique – et son achèvement dans les cas, la justice ne s'avérant complète, parfaite, qu'in concreto.

Aussi aborderons-nous dans un premier temps (IV) le mouvement interne, intrinsèque, et en cela inévitable, des concepts, leur incessante révision, bougés<sup>22</sup> sémantiques dont nous tenterons, dans un second temps (V), d'esquisser la logique, celle de l'exercice du type par « ses » occurrences.

<sup>21</sup> A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en Occident*, Belin, Paris, 2008 (2005), p. 49, livrant en note des citations de Platon et soulignant l'influence néo-platonicienne au principe du Code de Justinien dont la fortune sur les esprits juridiques européens au travers des siècles n'a pas besoin d'être rappelée.

<sup>22</sup> Nous empruntons à Ost et van de Kerchove la notion de « bougés » (de la pyramide en l'occurrence) in F. Ost / M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

#### IV. La révision interne portée par les faits juridiques

##### A. *Le droit ne connaît pas les « faits »*

L'histoire du droit, le droit international (public mais surtout privé), l'anthropologie ou encore la sociologie juridiques portent éloquent témoignage de l'incessante révision interne des concepts : les faits, plus précisément les cas, rétroagissent sur le contenu des concepts juridiques. Derrière un constat banal *prima facie*, retentit une affirmation plus troublante, complexifiant la notion de révision : il n'y pas de fait comme tel en droit, seulement des faits juridiques. En d'autres termes, il n'y a pas de fait mais « toujours déjà » des occurrences ; disant occurrence, on désigne *ipso iure* un type car l'occurrence l'est toujours d'un type (et réciproquement verrons-nous), et d'un type juridique, lequel lui a précisément permis d'entrer dans la sphère du droit. La figure du « toujours déjà » s'éprouve paradoxale assurément et pourtant condense avec justesse la singulière position du droit avérée dans la pratique juridique : « toute tentative de définition, aussi brutale ou sophistiquée qu'elle soit, finit toujours par ajouter, en désespoir de cause, l'adjectif « juridique » pour le qualifier. Qu'on cherche à l'établir par la loi, par la règle, la sanction, l'autorité, le bien commun, le monopole de la violence, l'État, il faut à chaque fois préciser : « à condition qu'ils soient juridiquement fondés ». Autrement dit, une inévitable tautologie fait partie de la définition du droit. Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut être déjà, par un saut, installé en lui »<sup>23</sup>.

Ainsi l'atteste la preuve, porte royale d'entrée du « fait » dans le droit : le code de procédure décide quels moyens de preuve sont autorisés et si elle est dûment rapportée, ruinant l'idée d'un donné, laquelle réduirait le droit à un pur réceptacle<sup>24</sup>. Comment comprendre la coutume juridique dont même un auteur à l'esprit aussi acéré que H. Kelsen relève que le second élément constitutif – l'*opinio iuris sive necessitatis* – donne à voir qu'il y a déjà eu médiation du droit ? H. Hart aboutira à une constatation analogue quant au fondement des règles secondaires, *habitus* ou coutume là encore.

Le constat de ces trois auteurs circonscrit la topologie singulière du droit : des origines épaisses, opaques, ruinant toute prétention à l'Un nourrie par une veine néo-platonicienne, dont les modernes sont pénétrés, notamment depuis la Renaissance. L'univocité s'y inscrit, n'étant que le pendant dans l'orbe du dis-

---

<sup>23</sup> B. Latour, *La Fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 272-273. Si nous en recevons sans réserve le constat de terrain, nous ne suivons pas sa qualification de tautologie en ce qu'elle manque l'originalité profonde du droit : il est à lui-même son métalangage, il s'auto-fonde si l'on préfère, ou carrément il ressortit du sacré selon la féconde définition d'*auto-transcendance* qu'en donne Dupuy (Jean-Pierre Dupuy, *La marque du sacré*, Carnets Nord, Paris, 2008).

<sup>24</sup> Une preuve « illicite » peut asseoir parfaitement un fait en tant que preuve, savoir du point de vue du *vrai*, et n'être pas recevable en droit, point de vue du *juste*, sans la moindre contradiction ou incohérence.

cours ou de l'épistémologie de ce Un ontologique ou métaphysique. Nous nous attardons à cet Un en ce qu'il condense l'hypertrophie du logos, dont la traduction en logique (de *logos*) formelle (de *eidos*, forme, Idée), quintessence de rationalité, devait conduire aux figures – simples étiquettes en vérité - de la subsomption, du syllogisme, des méthodes d'interprétation... méconnaissant aussi bien la science contemporaine, revenue des vérités absolues, que l'*ars iuris* ou l'*ars interpretandi*. Le positivisme classique (légalisme) se contente trop manifestement des formes ou apparences, jusqu'à se tromper lui-même en prenant la morphe (la forme extérieure, la silhouette) pour l'*eidos* (la forme au sens d'essence), exposant tout l'idéalisme, littéralement le superficialisme, de la démarche positiviste, conduisant à la confusion suprême du texte et de la norme.

L'hypertrophie du *logos* devait aussi emporter une conception instrumentale de la langue, pur vecteur de la pensée du locuteur et, réciproquement, affirmer le sens déposé de manière objective dans le signifiant qu'il suffirait au récepteur de « décoder » pour obtenir le sens, sans perte ni reliquat, ce qu'évidemment aucun langage ne permet. Seul un examen de la structure sémiologique du signe, demeurât-il superficiel, donnera à comprendre son mouvement interne, son incessante révision, ruinant toute conception formaliste du signe comme du concept, condamnant toute prétention à sécurité juridique formelle.

### **B. La dynamique interne des concepts juridiques en considération de la structure sémiologique du signe**

À l'Un, plus concrètement à l'univocité, correspond en sémiologie la conception du signe-équivalence, sur le modèle « a  $\equiv$  b », à l'instar de l'alphabet morse par exemple, simple alphabet précisément et non pas langue. Le signe d'une langue, en revanche, « comprend » non seulement le signifiant mais encore le signifié et les références. Or, signifié et références se lient dans un rapport de général à particulier, rendant pratiquement impossible le signe-équivalence, comme le remarqua déjà Aristote et le répète, en ses propres termes, l'herméneutique juridique contemporaine : le texte, pas plus que « son » signifié, n'est la norme.

Sauf à trouver un général (signifié) qui soit simultanément tel singulier – telle référence – et lui seul, et tout ce singulier, le signe par nature renvoie, opère selon un modèle inférentiel ou indiciaire « si a, alors b... »<sup>25</sup>, soit un signe-renvoi. Le renvoi qui mobilise la connaissance de marques d'insertion contextuelle probable, prévisible, enregistrées dans la culture du groupe<sup>26</sup> et que

<sup>25</sup> U. Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, PUF, Paris, 1988, p. 13-14.

<sup>26</sup> Ce que Eco dénomme « encyclopédie » dans ses travaux, manière de sédimentation dynamique tentant de préempter l'avenir en fournissant quelque direction, que l'on retrouve au cœur du savoir, en le chef de toute « théorie » (scientifique en l'occurrence) comme l'a finement synthétisé H. Volken, « Mnémotique érudite. La théorie comme mémoire » in *Revue européenne des sciences*

le récepteur doit plus ou moins maîtriser afin de former les plus vraisemblables significations de l'occurrence (mot, phrase ou texte entier) et décider celle qu'il retiendra, toujours sous la forme de quelque pari, ne pouvant s'assurer de l'objectivité parfaite de l'expression qu'il interprète et aucunement décode par quelque algorithme inexistant, auquel bien des juristes souscrivent, innocemment ou légèrement, par l'usage des étiquettes « subsomption », « déduction », « syllogisme » et autre « preuve »...

Le modèle inférentiel du signe s'adosse à une logique dite « indiciaire », reposant sur des indices, savoir des « signifiants » qui sont en lien de contiguïté, en continuité existentielle, en connexion dynamique avec « leurs » probables « signifiés » et par là « leurs » possibles « références ». En termes illustratifs, l'indice apparaît sous les espèces de l'empreinte, de l'indication, de l'orientation, de la direction, ouvrant à la conjecture et permettant l'anticipation.

L'indice est d'une utilité cognitive très grande, à dire vrai irremplaçable, tant il habite nos habitudes de pensée et de comportements, triviales comme juridiques. Ainsi d'une pancarte de signalisation routière. Elle constitue aussi bien un signe-événement – une réalité du monde, en l'occurrence, un écriteau, dont on peut faire l'expérience concrète, « pragmatique » – qu'un signe-action : elle véhicule une direction à l'action (littéralement un « pro-jet »), un sens, en la double acception de direction dans l'espace et direction dans l'interprétation significativement dénommée « espace de sens » ou « champ sémantique ». L'indice oriente le passage à l'acte, littéralement la « réalisation »<sup>27</sup> de l'action. Les écritaux de signalisation routière sont d'ailleurs appelés, parfois, « indicateurs ». L'indice recèle ainsi une propriété remarquable : théorie et pratique y sont intimement liées, intriqués.

Ne retrouve-t-on pas, en droit, cette nature duale, d'une trace-de simultanément trace-pour, trace du passé et du futur, d'un passé sédimenté et condensé (trace-de, comme le concept et la théorie) propre à ouvrir sur un futur (trace-pour) esquissé, dans la notion juridique de *leading case*, un cas qui conduit, dirige, mène les interprétations à venir ? Tel « cas », *case*, devient exemplaire ou emblématique d'une certaine solution juridique, d'un « genre » ou type de raisonnement, dont il condense les traits paradigmatiques en vue de son « application » à d'autres cas jugés « ana-logues », à savoir dont le *logos*, raison, argument ou encore discours, est affirmé similaire. Ainsi, en droit anglais, le raisonnement portant sur des dommages provoqués par une fuite d'eau pourra-t-il s'« appliquer » par analogie aux dommages créés par une fuite d'électricité, à raison des similitudes, sélectionnées, de « flux » et de « dommage d'expansion » notamment. Le cas de l'eau, cette occurrence spécifique, est exhaussé au type

---

*sociales*, Librairie Droz, Genève, 2005, p. 35 ss. Si la théorie – ou le type – est sédimentation du passé en vue de quelque projection dans le futur, alors son ressort véritable et son intérêt certain tiendront en son redéploiement dans les occurrences.

<sup>27</sup> Etymologiquement de *res*, la chose, comme l'idée ou l'intention qui devient une chose en s'incarnant dans quelque comportement.

(de raisonnement), est « typifié », à savoir permet le rapport à ce type d'occurrences sans cela disparates, pour les constituer en une série précisément et faire ainsi jurisprudence ; une mise en cohérence et ordonnancement du passé à fin d'esquisser les lignes de l'avenir, un passé sédimenté par ce futur anticipé. L'occurrence spécifique y opère comme cause exemplaire condensant le passé (comme toute « théorie ») pour saisir le futur, plus exactement le préempter, par le ministère d'un modèle ou type d'actions futures. Le *Schulbeispiel*, version germanophone du *leading case*, n'est-il pas un cas d'école qui, proprement, fait école.

L'occurrence « eau » devient cas prototypique – « prototype », en toute rigueur de pensée, car elle agit à la place du type en quelque sorte – et en ce sens « modèle » pour des occurrences à venir, affirmées analogues à cette occurrence de référence (repère), jugement présupposant des démarches faites de pesée des ressemblances et des dissemblances, des hésitations, des évaluations, avec une dose certaine de contingence, tous procédés ressortissant de quelque duplicité, habileté, prudence, savoir-pratique mieux savoir-faire, autant de « ruses de l'intelligence »<sup>28</sup>.

Le *leading case*, suggérant humblement une direction dans l'interprétation, donne à voir un modèle souple, plastique, fondé sur l'analogie ou jeu de similitudes et de dissimilitudes et non d'alignement « trait pour trait ». Cette souplesse lui confère adaptabilité et dynamisme : le modèle ou cas-type (« prototype »), évolue par rétroactions des diverses occurrences qu'il a attirées à lui (attracteur), avons-nous vu. Que le cas d'école ait pu pragmatiquement opérer, attirer, ordonner, laisse voir un ressort cognitif autre que la trop rigoureuse et illusoire bijection (correspondance trait pour trait), un – plus modeste – « suffisamment bon (pour) », attracteur qui se révèle de la sorte simultanément matrice. Contraindre une femme à une fellation l'oblige à être active alors que le Code pénal suisse définit la contrainte sexuelle « faire subir... » ; l'avocat de la défense plaide l'exécution d'un acte autre, non défini par le code ; il sera débouté, motif pris qu'il s'agit du même acte, plus exactement du même type d'acte, un même selon l'analogie, les traits « passif » ou « actif » étant jugés secondaires dans la logique pénale à l'œuvre : le modèle passif « subir » est jugé suffisamment bon pour « préempter » la voie active fellation.

La pensée par modèle ou type, plutôt que par application, présente l'avantage de nous maintenir au sein de la tension entre genre et espèce, général et particulier, respectant la réalité du cas qui n'est pas la loi. Le cas exemplifie la loi en l'exerçant, non en la fixant (verrons-nous encore), nourrissant une dynamique par laquelle se trouvent reliés en un tout – concept ou théorie – le passé

---

<sup>28</sup> Selon le titre de l'ouvrage de M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2009 (1974), notion de « mètis » sur laquelle nous reviendrons.



comme expérience pragmatique (concrète) condensée dans un cas (bien que singulier mais « prototypique ») et, à partir de ce cas prototypique, un « à venir », rendu accessible, au sens modeste d'envisageable, au sens plus conjectural de prévisible, grâce aux similitudes projetées vers les occurrences futures.

Dans l'épistémologie des sciences (« dures »), sous la plume du fameux T. Kuhn, pareil cas prototypique est qualifié de « paradigmatique », dénomination troublante puisque désignant, dans les théories sémiologiques classiques, l'axe de la sémantique dans la trilogie morpho-syntaxe (*grosso modo* la traditionnelle « grammaire »), sémantique et pragmatique ; le sens d'une expression résultant de la compénétration, aux ressorts excédant nos forces intellectives, de ces trois dimensions intrinsèques à tout signe.

Où l'on voit une fois de plus théorie et pratique (sous l'espèce de la « pragmatique ») ressortir de la même réalité une, éminemment « con-fuse » parce qu'éminemment concrète, deux instances que l'on peut didactiquement distinguer mais que l'on ne saurait séparer ou opposer, unité selon l'analogie et pas selon l'univocité portée par des positions exagérément spéculatives (aux yeux d'un juriste à tout le moins, comme les métaphysiques de l'Un néoplatoniciennes) ou emportée par quelque inclination intellectuelle paresseuse. L'affirmation de Latour que « Nous n'avons jamais été modernes » se soutient de cette unité, parce que personne d'incarné ne le peut comme l'enseigne la philosophie aristotélicienne de par son fondement pragmatique, commençant ses enquêtes aux existants (*pragmata*) tels *hic et nunc*. Affirmer être moderne, comme le revendique le positivisme juridique, condamne à poser des dualismes, en particulier théorie versus pratique, type *versus* occurrence, loi *versus* cas, et, suivant la même pente, à s'abîmer dans la Présentation des phénomènes, réduire le regard aux apparences plutôt qu'à l'Effectuation. On peut alors croire en l'« application » de la loi à un cas, en l'accidentalité (philosophique) du cas par rapport à la loi, en une application sans interprétation (*claris non fit interpretatio*), en diamétrale opposition avec l'exercice.

Le cas prototypique comme cœur de la méthodologie juridique (dont la révision interne du type) ferme la porte à l'application. On ne saurait en effet appliquer un cas à un cas, fût-il prototypique. Nul doute pourtant que le cas d'école ou *leading case* fait sens puisqu'il fait école. Aussi s'avère-t-il épistémologiquement préférable d'affirmer que le cas (typique ou pas) exerce la loi, réciproquement que la loi s'exerce par le cas et non s'applique sur le cas, dernière expression laissant résonner une extériorité du type par rapport à l'occurrence, dans la pratique de surcroît. Non seulement l'occurrence cessera-t-elle d'apparaître comme extérieur au type, conséquemment de passer pour accidentelle relativement à cette Idée (essence, dont elle n'est qu'un existant), mais pourra-t-on la concevoir comme perfection de ce type, sans doute en puissance (de cas), mais plus achevé en tant qu'il y pratique sa vertu synthétisante et instituante, en des occurrences alors sauvées de la pure singularité incommensurable comme telle à la régularité ou *regula*. De surcroît, exercer un art ou un

instrument leur laisse, pour part au moins, la qualité d'agent, et par là d'authentique médiation, d'activité, alors que le strict *instrumentum*, s'il existe, n'est que transitif, laissant accroire à la possible neutralité du moyen, foi démentie par l'expérience pragmatique, à laquelle nous rattachons la formation – et la révision – du concept dans sa dimension d'indice.

La nature du lien entre l'indice et les existants auxquels il renvoie donne à comprendre la plasticité du concept en rétroaction à ses mises en œuvre par les réalités pragmatiques – les occurrences – et donne à voir la vigueur de préhension des concepts juridiques sur les faits, corrélativement le degré de liberté de l'interprète dans le « passage à l'acte » de la loi. Cette liberté existe toujours, contrairement à la *doxa* positiviste de l'univocité de principe des règles juridiques, puisque l'indice s'éprouve signe « épais » : il recèle une règle d'inférence logique « si a alors... », comme tout signe à dire vrai. Ce renvoi à une réalité (matérielle ou immatérielle) autre que lui, sur le mode exemplaire d'un « si fumée alors feu » se déploie selon une logique simplement conjecturale et non pas nécessaire, un pari cognitif reposant sur l'expérience personnelle et collective, déposée dans la culture singulièrement, manière de « sens commun » ; en termes savants une abduction ou induction (inférence *bottom-up*) sous hypothèse (déploiement *top-down*), inférence que ne conduit aucune nécessité logique. Ce signe peut encore être dit « épais » en ce qu'il opère à l'intérieur d'une fenêtre temporelle, structuration cognitive dont l'élaboration « prend » du temps : un passé appréhendé, préempté, par le futur et sédimenté à son service, tout à la fois (dans la durée d'une opération cognitive complexe) un futur devenu possible par ce même passé, un futur orienté, guidé, anticipé par cette « sédimentation dynamique ».

Théorie et pratique s'interpénètrent, non en une classique « con-fusion », deux devenant un, selon un dualisme déguisé, mais en une unité duale, telle que chacune constitue la cause de la causalité en acte de l'autre cause, co-élaboration ou une co-apparition, dans l'épaisseur d'une durée constituée de rétroactions, dans l'unité de temps d'une « fenêtre temporelle », nécessaire par exemple pour la stabilisation d'un concept juridique que traduisent les expressions de ferme jurisprudence, jurisprudence confirmée, constante, etc. La philosophie connaît pareille figure paradoxale, mariant instantanéité et durée, l'acte, animé par l'occurrence, et la sédimentation, synthétisée par le type, dit encore autrement, le contexte constitutif du sens d'une expression : la relation transcendante, au sein de laquelle se déploie dans son originalité la plus saillante l'exercice.

## V. La logique de l'exercice

### A. *Relation transcendantale type/occurrence, révision interne et exercice de la loi par le cas*

« Par relation transcendantale nous entendons une réalité qui se réfère à une autre par tout ce qui la constitue en elle-même. Pareille réalité est donc intégralement pénétrée de relativité. C'est de cette manière que nous concevons les principes constitutifs qui forment la structure de l'être particulier, tels que l'essence et l'existence, la matière et la forme, la substance et les accidents, les facultés et les actions »<sup>29</sup> ; à quoi nous ajouterions théorie et pratique dans l'acte pragmatique, type et occurrence dans l'acte de qualification. Si les références à l'« acte » indiquent une philosophie pragmatique à l'oeuvre, « transcendantal » ne peut recevoir son sens classique kantien lié aux conditions de possibilité du savoir authentique accessible à tout homme usant correctement de sa raison, en particulier les catégories a priori de l'entendement. Il sied d'entendre transcendantal en son sens véritable, du latin *transcendit*, « qui lie deux réalités entre elles en ce qu'elle pénètre, traverse de part en part (*transcendit*), imbibe (*imbibit*) l'une à l'égard de l'autre »<sup>30</sup>.

Ainsi chacune ne peut-elle exercer sa causalité propre que sous l'effet de la causalité en acte de l'autre, causes proprement réciproques, dont l'acte s'éprouve commun et un, non-multiple, les causes étant réciproques dans l'exercice même de leur causalité propre. Le *leading case* philosophique de la relation transcendantale se dénomme « unité substantielle âme-corps » : l'âme, ou *anima*, n'est telle qu'en animant un corps, lequel « alors » seulement est en acte c'est-à-dire à même d'exercer sa nature ou ses vertus de corporéité... en vue de l'âme ; simultanément – dans la fenêtre temporelle – et réciproquement, le corps permet la causalité en acte de l'âme comme animatrice... de ce corps. De ce tout, on ne peut affirmer qu'il est composé : les « parties », si mal dénommées, s'éprouvent intrinsèquement relatives l'une à l'autre au sein de ce tout, « relatives “essentiellement” » pour être exact et non secondairement ou de manière accidentelle comme une qualité se surajoutant à un sujet sans en modifier l'essence ou la définition. Cette relation transcendantale saisit le ressort fondamental de la dialectique type/occurrence. Affirmer une « occurrence » présuppose que l'on a déjà reconnu un type, qui fait de cette singularité une occurrence, l'occurrence de tel type ; réciproquement en appeler à un type présuppose des occurrences dont il résulte par comparaison-distinction après sédimentation dans un concept des actes de connaissances. Comment pourrait-il en aller autrement puisque le sujet de la connaissance, l'homme, est une créature incarnée, faite de corps et d'âme indissolublement intriqués ? L'acte de connaissance débutera nécessairement aux *pragmata*, aux existants, littérale-

<sup>29</sup> L. de Raeymaeker, *Philosophie de l'être*, Nauwelaerts, Louvain, 1970, p. 125.

<sup>30</sup> A. de Muralt, *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*, Vrin, Paris, 1995, p. 111-112.

ment ce qui tombe sous les sens, desquels la connaissance, elle, peut s'émanciper. La notion d'exercice permettra de distinguer nettement l'acte de connaissance de la connaissance et, par là, d'expliciter plus avant la relation loi/cas.

### **B. La notion d'exercice**

La modernité se caractérise par une conception duale du réel, emblématiquement l'opposition sujet/objet, qui relaye, avec ses propres accents, les couples forme/matière, *res cogitans/res extensa*, essence/existence, substance/accident, quiddité/exercice, type/occurrences<sup>31</sup>, théorie/pratique, et plus connue des juristes fait/droit. Ces couples apparaissent volontiers antagonistes suite à leur incapacité à surmonter le problème de l'incarnation du premier membre du couple dans le second, incarnation que les traditions néoplatonicienne et chrétienne interprètent souvent comme une chute, un avilissement, celui du pragmatico-pratique.

À la notion idéaliste et dépréciative d'incarnation, à peine affadie dans son corrélat, la concrétisation, nous substituons la notion réaliste et pragmatique d'exercice, liée au couple puissance/acte, qui, lui, ne s'entend pas selon une logique d'opposition. Puissance et acte en effet sont deux moments du même réel, la première devenant le second en passant à l'acte précisément : les premiers termes des dualismes mentionnés sont en puissance ce que les seconds seront en acte, au sein d'une fenêtre temporelle se parcourant en vue de la perfection des premiers par les seconds, achèvement d'une qualité, d'une vertu ou d'un être en puissance ayant entièrement réalisé, « actué », toutes ses promesses (dans l'horizon de l'entéléchie). L'élucidation, certes trop schématique encore, du couple puissance/acte – dynamis/energeia - ouvre à meilleure compréhension de la notion d'exercice.

L'interprétation dynamique de ce couple par Aristote oppose les conceptions ontologiques dites « essentialistes » à celle pragmatique en ce que

« l'aristotélisme conçoit que l'energeia n'est pas une ousia [quiddité ou essence ou substance], en distinguant ce qui est en tant que substance ou quiddité et ce qui est en tant qu'acte ou exercice, et c'est précisément cette étrangeté de la métaphysique aristotélicienne de l'être [ontologie] que la philosophie dans son évolution ultérieure n'aura de cesse qu'elle ne l'ait réduite, dans la mesure où quelque chose qui ne serait pas une chose [c'est-à-dire que l'acte soit une réalité sans être une chose] lui semble impensable, ce qui révèle évidemment une structure de pensée qui, ne distinguant plus entre quiddité et exercice, réduit nécessairement l'acte à la forme »<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Le pluriel veut souligner l'opposition entre l'Un et le multiple, très « platonicienne ».

<sup>32</sup> A. de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale*, Brill, Leiden/New York/Köln, 1993, p. 18.

De cette position philosophique résulte, dans la lecture des couples, une primauté du premier terme et une certaine dévalorisation du second : l'existence n'est qu'un accident de l'essence, elle n'y ajoute rien ; l'occurrence qu'un accident du type : elle ne déploie, de jure, aucun effet, rétroactif, sur la signification du concept.

Equivalamment, dans la sphère du droit, le sens de la loi ne requiert pas les cas pour être arrêté, en toute rigueur de pensée découvert, simplement. On perd alors l'idée d'une règle juridique induite comme régularité – *regula* – ou élaborée comme modèle « moyen » de comportement du citoyen standard – encore une régularité, sédimentée et projetée (trace-de et trace-pour). On égare aussi la médiation du contexte, pragmatiquement indispensable pour réduire l'ambiguïté intrinsèque de toute expression sémiotique (linguistique), que rien alors ne justifie de concevoir constitutif du sens de la norme prétendue complète sans lui. Que le contexte ne soit pas constitutif pourrait paraître vrai du point de vue abstrait de l'essence<sup>33</sup> (du légal) mais est assurément faux du point de vue pratique, face à une expression utilisée « en situation »<sup>34</sup>, in concreto. Le droit étant une praxis, les considérations ayant trait à l'exercice devraient l'emporter, à tout le moins guider, celles portant sur l'application (ou loi comme essence), primauté ontologique de la pratique (des *pragmata*) que la théorie des sources formelles dément parfaitement : la jurisprudence n'y est pas reçue source du droit et les principes généraux n'y figurent pas, sauf en droit international public mais trop superficiellement<sup>35</sup>.

### ***C. A l'aune de l'exercice : un droit aveugle à sa pratique***

Le droit reflète par trop ce réductionnisme de la connaissance « vraie » aux seuls premiers termes des couples de dualismes, en particulier à l'essence ou Idée (*eidos*), à la faveur du légalisme, variante épurée du positivisme juridique largement dominant encore en droit continental : le texte est la norme elle-même, un logos imposant objectivité et rationalité, en consonance avec une conception instrumentale de la langue simple vecteur de la pensée. En résulte pour le moins un double aplatissement du phénomène juridique, en déni de l'exercice de la loi par le cas et de la dialectique type/occurrence : le droit, c'est la loi et la loi c'est, le texte de loi – œuvre du législateur –, assertions qui le

---

<sup>33</sup> Le conditionnel souligne la nature pie du vœu de certains linguistes d'un système « langue » complet sans « parole », d'une sémantique autonome relativement à toute pragmatique, de type à l'abri des occurrences, promesse que même les analyses componentielles les plus poussées n'ont pu tenir.

<sup>34</sup> En écho à notre *Introduction à la philosophie du droit « en situation »*, défendant une approche inductive (et abductive) du phénomène juridique, perspective de droit *en acte*, dans son exercice même, que la si novatrice *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* de l'Université Saint Louis de Bruxelles met explicitement au cœur de ses réflexions, intitulant *Droit en contexte* son numéro spécial 2013/1.

<sup>35</sup> Sur cet oubli, voir récemment, A. Papaux et E. Wyler, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice », in *Revue belge de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2013/2, p. 525-584.

doivent bien davantage à la philosophie politique, de la séparation (toute théorique) des pouvoirs, qu'à la philosophie du droit. La recherche de la maîtrise, trop naïvement une fois encore par les formes, n'apparaît que trop évidente et illusoire, prétendue mise à l'écart de toute interprétation dans l'application de la loi, motif pris qu'œuvre d'un juge, elle ne saurait éviter une funeste subjectivité, au demeurant confondue avec l'arbitraire conformément au dualisme objectif/subjectif, le subjectif, rabattu sur l'irrationnel, ne se distinguant plus du bon plaisir de l'interprète. La pratique du droit a de tous temps démenti ce simplisme sans que la théorie positiviste n'en enregistre la prudence.

Un jugement est intrinsèquement subjectif<sup>36</sup> mais pas nécessairement arbitraire, inscrivant le droit dans un mode trivalent au moins, binaire jamais : de même que l'on confond aisément la connaissance et l'acte de connaissance, on confond volontiers le raisonnement juridique et le jugement, ce dernier recevant en effet une forme binaire, légal ou illégal, admis ou rejeté, coupable ou innocent, etc. La nature bivalente de la décision de justice ne signifie nullement que le raisonnement y aboutissant soit binaire, ou déductif. Sauf à s'abîmer dans un excès de logique, de logos, la logique du tiers-exclu ne pouvant déployer sa rigueur inférentielle qu'au sein d'ensembles finis<sup>37</sup>, dévoilant une exigence incommensurable aux réalités sociales dont le droit est en charge.

Plus profond que la grave contravention aux règles de la logique, cet excès de logos traduit un choix métaphysique, demeuré souvent implicite, depuis Platon, du logos contre la mêtis, de la raison contre les « ruses de l'intelligence », qui nous fait préférer la déduction à l'abduction, la science juridique à l'*ars iuris* :

« La mêtis est bien une forme d'intelligence et de pensée, un mode du connaître ; elle implique un ensemble complexe, mais très cohérent, d'attitudes mentales, de comportements intellectuels qui combinent le flair, la sagacité, la prévision, la souplesse d'esprit, la feinte, la débrouillardise, l'attention vigilante, le sens de l'opportunité, des habiletés diverses, une expérience longuement acquise ; elle s'applique à des réalités fugaces, mouvantes, déconcertantes et ambiguës, qui ne se prêtent ni à la mesure précise, ni au calcul exact, ni au raisonnement rigoureux. Or dans le tableau de la pensée et du savoir qu'ont dressé ces professionnels de l'intelligence que sont les philosophes, toutes les qualités d'esprit dont est faite la mêtis, ses tours de main, ses adresses, ses stratagèmes, sont le plus souvent rejetés dans l'ombre, effacés du domaine de la connaissance véritable [...] [Pour Platon] la dextérité (*euchéreia*), la sûreté du coup d'œil

<sup>36</sup> Comme le soulignait Perelman, de saine logique, l'existence même d'un différend, qui fonde le procès dans son économie même, n'aurait aucun sens dans un monde dominé par l'univocité des réalités et la déduction des solutions juridiques à partir des concepts aux définitions, bien évidemment, « claires et distinctes ». D'où l'impossibilité logique des subsomption, syllogisme et autres textes clairs ou sécurité juridique formelle... sauf effet de Présentation.

<sup>37</sup> Voir en particulier G.-G. Granger, *La science et les sciences*, PUF, Paris, 1993, p. 68.

(*eustochia*), la pénétration d'esprit (*agchinoia*), à l'œuvre dans les entreprises où la mêtis s'efforce, en tâtonnant et par conjecture, d'atteindre le but visé, relèvent d'un mode de connaissance extérieur à l'episteme, au savoir, étranger à la vérité. Par contre chez Aristote, la "prudence" au moins retient, dans son orientation et ses démarches, bien des traits de la mêtis »<sup>38</sup>.

Saurait-on mieux expliciter la formule philosophique ramassée de de Muralt soulignant la préférence pour l'essence, en regard de l'existence, de la quiddité en regard de l'exercice, de l'être en regard du devenir pour reprendre le vocabulaire des deux auteurs :

« L'univers intellectuel du philosophe grec [comme catégorie de sujet connaissant] [...] suppose une dichotomie radicale entre l'être et le devenir, l'intelligible et le sensible [...] Groupées en couples, ces notions contrastées s'ajustent les unes aux autres pour former un système complet d'antinomies qui définissent deux plans de réalité, s'excluant mutuellement : d'un côté, le domaine de l'être, de l'un, de l'immuable, du limité, du savoir droit et fixe ; de l'autre, le domaine du devenir, du multiple, de l'instable, de l'illimité, de l'opinion biaisée et flottante. Dans ce cadre, la mêtis ne peut plus avoir de place : ce qui la caractérise c'est précisément d'opérer par un continuuel jeu de bascule, d'aller et retour entre pôles opposés »<sup>39</sup>

Une manière de balance ? Perpétuelle ? Equilibrée l'espace d'un instant ? La dialectique type/occurrence n'apparaît-elle pas comme un jeu, d'allers et retours, entre des pôles, opposés, mieux des attracteurs ? Cette dialectique, et son corrélat la révision interne des concepts qu'elle nourrit, relèveraient-ils de la mêtis ?

#### ***D. La révision interne des concepts : la mêtis contre le logos***

« Pourquoi la mêtis apparaît-elle ainsi multiple (*pantoie*), bigarrée (*poikile*), ondoyante (*aiolè*) ? Parce qu'elle a pour champ d'application le monde du mouvant, du multiple, de l'ambigu. Elle porte sur des réalités fluides, qui ne cessent jamais de se modifier et qui réunissent en elles, à chaque moment, des aspects contraires, des forces opposées »<sup>40</sup>.

Sans la mêtis, comment envisager une révision intrinsèque des concepts ? Le modèle du logos postule des concepts (ou des réalités ?) univoques, dont on

<sup>38</sup> M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2009 (1974), p. 10.

<sup>39</sup> M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, op. cit., p. 11.

<sup>40</sup> M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, op. cit., p. 27-28.

déduit des conséquences (logiques ? réelles ? sémiologiques ?<sup>41</sup>), notamment des solutions aux cas pour ce qui a trait à la loi. Ainsi campé, et les juristes positivistes le comprennent volontiers tel, il ne saisit que des propriétés analytiques et se contente de la seule concaténation des éléments dits, précisément, constitutifs, laissant dans l'ombre les ressorts (leur esquisse tout du moins) de leur « addition ».

Mieux que tout autre, l'adage *claris non fit interpretatio* dit cet excès de logos : croyance qu'un texte ou un type clair s'applique au cas (ou à l'occurrence), sans interprétation aucune, passage soi-disant déductif, qualifié de subsomption (ou syllogisme juridique), dont on se garde bien d'analyser les ressorts. Mais, si le concept est un cadre et qu'il n'y a plus d'interprétation (à l'exception de textes ambigus, aussitôt déclarés rares), comment admettre une quelconque révision interne ? N'est-ce pas que le cas ne rétroagit pas sur la loi, que le type demeure à l'abri de ses « incarnations » dans les occurrences ? Où l'on voit que la dialectique type/occurrence est liée à l'exercice, tous deux procédant d'une appréhension dynamique du phénomène juridique, passant d'une situation à une autre, revenant des situations au type, redescendant selon la direction qu'il aura indiqué, portée par une occurrence prototypique servant d'attracteur cognitif, s'infléchissant par retours d'expérience, de cas, repartant du général pour atteindre au singulier sans le moindre algorithme. Tout savoir-faire, expérience, habileté, flair ou « ruse » que la majesté hiératique du logos empêche de considérer, décourage d'imiter et de pratiquer.

On se gardera toutefois d'opposer diamétralement *mêtis* à logos ; on ne trouvera pas de logos sans *mêtis* car la Raison, quintessence du logos, est forcément auto-fondée, requiert un « déjà dedans » analogue au « déjà... installé en lui » que relevait un Latour fort pragmatique à propos du droit, que démontre Russel pour la logique<sup>42</sup> doublement logos. Les linguistes, spécialistes du logos-discours, parole, verbe, reconnaissent que la langue est à elle-même son propre méta-langage : discourant sur la langue, ils le font nécessairement dans une langue, position paradoxale, ubiquité même qu'enfourche sans coup férir ni vergogne la *mêtis* alors que la Raison s'y trouve tout empruntée.

Dispose-t-on au reste d'une définition univoque de la Raison ? Ne devrait-on pas plutôt en admettre les origines opaques, plus qu'obscurées,

---

<sup>41</sup> Les points d'interrogation veulent souligner à quel point le discours juridique classique, qui refuse de plonger dans les réalités sémiologiques, se condamne par là à des raccourcis préjudiciaires à une compréhension dynamique du phénomène juridique.

<sup>42</sup> G.-G. Granger, *La science et les sciences*, PUF, Paris, 1993, p. 123 expose lumineusement le *paradoxe de Russel* : « si l'on imagine un ensemble comme un catalogue mentionnant ses éléments. Certains catalogues se mentionneront eux-mêmes, d'autres non. Mais le catalogue de tous les catalogues qui ne se mentionnent pas eux-mêmes [...] est un concept contradictoire : car ce *super* catalogue ne peut pas, de par sa définition, se mentionner lui-même ; mais alors c'est qu'il devrait pourtant se mentionner lui-même... » En bref, s'il ne se mentionne pas, alors il doit y figurer ; et s'il y figure, il ne doit pas se mentionner.



qu'autrefois le mythe interrogeait, dont il tentait de rendre raisons, démarche elle aussi rationnelle mais que la modernité condamna, au même titre que la mêtis, pour défaut de rationalité, sans voir que la Raison s'était, elle-même, auto-fondée. Pareille auto-transcendance devait constituer pour elle un drame cognitif, proche de l'infamie, pour qui suit la relecture qu'en donne Dupuy : auto-transcendance, auto-fondation, « dedans/dehors simultanés » (« déjà installé en lui ») sont pour l'épistémologue français autant de marques du sacré<sup>43</sup>.

La mêtis au rebours s'y trouve à l'aise, rationalité souple, contorsionnée, tâtonnante, ductile, enroulée, réticulaire, s'entendant si bien à ces auto-fondations, auto-transcendances, rétroactions, abductions et autres « para-doxes », littéralement liés à la doxa. Méprisée, la doxa subirait la même condamnation que la mêtis<sup>44</sup>, que les juristes, à leur tour, prononceraient en écartant des sources formelles du droit la doctrine, l'avis des doctes, leurs opinions, soit encore la doxa. La doctrine juridique, exemplairement l'avis de droit, est-elle irrationnelle ? Affaire d'opinion pourtant. Où l'on voit que le logos n'est pas à un « para-doxe » près, que ses prétentions excèdent de beaucoup ses possibilités, morgue moderne que Les Lumières, en leur pluriel, surent éviter, demandant des raisons bien davantage que La Raison. Toujours les épigones effrayés par la nuance, l'hésitation, le fluide, le « flottant », durcissent le ton et s'abîment dans l'Un, l'univocité, la théorie « ab-solue » de la pratique, l'Idée du droit plutôt que son exercice concret, humble, presque « médiocre » au sens gèneine de mediocritas.

Les Grecs osèrent affirmer, mieux, magnifier, le mettant en scène grandiose, dans l'instauration de l'ordre primitif, qu'au principe du logos, en lui, se love la mêtis : Zeus n'avalait-il pas son épouse Mêtis pour que l'ordre olympien, chèrement acquis, fut maintenu ?<sup>45</sup>

## CONCLUSION

Si l'expression relation transcendantale peut intimider, la réalité à laquelle elle renvoie ne nous est pas moins familière, notre lot quotidien à dire vrai, l'être (ens) concret, l'existant, le pragma-pragmata, dit ens concretum et par là *confusum*, être confus précisément parce que s'y trouvent compénétrées jusqu'à l'intimité indissociable forme et matière, âme et corps. De cette confusion (concrétion), positive, nous ne pouvons en conséquence nous abstraire complètement, comme le requiert l'objectivité, nous « contentant » de distinguer, au sein

<sup>43</sup> J.-P. Dupuy, *La marque du sacré*, Carnets Nord, Paris, 2008.

<sup>44</sup> A. Cauquelin, *L'art du lieu commun. Du bon usage de la doxa*, Paris, Seuil, 1999, p. 15, à propos de la *doxa* participant de quelque ruse ou *mêtis*, souligne « l'exil officiel où on la tient depuis l'Antiquité »

<sup>45</sup> Voir par exemple, A. Papaux, « Aux sources du droit : l'autorité et la ruse » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 2013.70, p. 207-224.

de l'être concret c'est-à-dire en demeurant dans le tout (systémique ajouterait volontiers le juriste), une dimension formelle (de *eidos*) et une dimension matérielle, un moment « âme » et un moment « corps » au sein d'une réalité une, comme le montre si bien le paradigme de l'unité substantielle, unité « épaisse » que tel être concret exerce tout en s'y exerçant. Les expressions se contenter, concrétiser, incarner, ou appliquer pour le juriste, sont malheureuses en ce qu'elles présupposent une entité complète en elle-même, au sens strict de « parfaite », avant que de descendre aux existants, aux réalités bassement concrètes, secondes au sens le plus dépréciatif du terme : l'idéalisme platonicien imbibe notre langage le plus usuel.

Son contraire, la position pragmatique<sup>46</sup>, ne conduit pas pour autant au mépris de toutes les interprétations possibles de la loi au profit de la seule application retenue par le juge. Ce serait rabattre la connaissance sur l'acte de connaissance, alors que cet acte se déploie à partir de la connaissance, sédimentée en culture. Ainsi avons-nous vu de l'abduction, dont le savoir conjectural est lié à la culture du domaine en question, dont procède son pari. En d'autres termes, dans l'acte de connaissance, ici dire le droit, « *juris-dictio* » littéralement « juridiction », prévaut certes la signification arrêtée par le juge mais dans la connaissance du droit, par la doctrine notamment (et ses commentaires de loi), résonnent toutes les interprétations possiblement pertinentes selon des limites, épaisses sans doute, de l'interprétation<sup>47</sup>. Connaissance et acte de connaissance demeurent néanmoins distincts puisque le juge peut toujours arrêter une signification non « pré-vue », confirmant la primauté du cas, des *pragmata*.

Cette primauté s'observe dans l'analogie, plus particulièrement dans le raisonnement par analogie, plus explicitement encore dans les systèmes juridiques de *case law* : une fois l'analogie dressée – expression fort juste, qui en dit la construction, l'élaboration –, l'esprit « narcotise » les différences entre les cas comparés pour ne retenir, en apparence tout du moins, que les ressemblances, comme si les dissemblances avaient perdu toute pertinence, plus naïvement encore n'avaient plus d'existence, comme si l'on pouvait séparer les ressemblances des dissemblances, comme si les unes et les autres pouvaient exister hors leur contraste, constitutif pourtant de leur statut de « même et autre », « unité » complexe en quoi consiste précisément l'analogie.

La révision interne des concepts subit la même narcotisation du devenir, du changement, du déplacement de sens, génériquement de l'altérité, pertinence des dissemblances, des « bougés » si bien masquée que les concepts finissent par nous apparaître comme des capsules, aux contours fermes, dont la propension à l'explosion croît toutefois au fil des occurrences, sans que nous nous en

---

<sup>46</sup> Au sens de la primauté reconnue - parce que constatée du *fait* de notre propre « incarnation » – aux *pragma-pragmata*.

<sup>47</sup> Voir en particulier les travaux de U. Eco, singulièrement *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, Paris, 1994.

---

apercevoir toutefois. Les concepts sont animés d'un mouvement naturel, de par leur insertion dans le cycle infini de la sémiotique déjà, de par leur texture même surtout : l'analogie, mode de pensée bâtard aux yeux du logos, mode même de la pensée ordinaire, courante aux yeux de la mètis, toujours affaire de jeu, en tous ses paradoxes<sup>48</sup>, entre ressemblances et dissemblances uniment, dans l'épaisseur du concept.

Dans cette épaisseur se love le prescriptif du concept, traditionnellement blotti dans le passé à partir duquel il « attire » les cas futurs ; projeté dans l'avenir pour dire demain le juste en l'insérant de quelque manière dans le passé, dans l'ensemble que constitue tout ordre juridique. Combien de ruse, d'habileté, siéra-t-il de déployer pour dire le droit sur tous ces temps à la fois, pour exercer le droit dans tous ses états ?

Affirmer que le concept juridique en son déploiement se prend dans l'épaisseur de la mètis n'est pas perdre le droit, seulement l'Idée du droit, l'Illusion d'une science juridique et le Légalisme ; recouvrer ainsi la précellence de la pratique, la justice accomplie *in concreto*, la loi achevée dans le cas, le droit pleinement lui-même, parfait « en situation » ; *brevitatis causa*, l'épaisseur de la vie... dont résonne le droit.

---

<sup>48</sup> Nous pensons évidemment à l'ouvrage de M. van de Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, relevant maintes figures de l'analogie et de l'auto-transcendance.



## SIGNIFICATION ET RÉVISION DES CONCEPTS EN DROIT

---

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur, Aix Marseille Université, Laboratoire de théorie du droit, EA 892*

**Abstract :** *Semantics of legal statement and concepts does not overcome the nowadays pluralism of legal epistemology. But the philosophy of language offers the opportunity of a reformulation of the theoretical issues about meaning in law and about the use and the revision of concepts in law.*

**1. Sur une proposition théorique et épistémologique.** La proposition théorique et épistémologique sur la révision des concepts en droit à partir de laquelle nous construirons notre discussion demande de tourner le dos à une théorie sémantique selon laquelle le sens de nos mots détermine leur contenu ou leur extension et où le sens donc est déterminé par nos usages. Les théories sémantiques ne commandent pas la théorie du droit, mais elles peuvent permettre de reformuler la façon dont se pose la question de la signification en droit et du fonctionnement des concepts juridiques.

C'est par référence à la sémantique de Putnam exprimée dans son célèbre article de 1975<sup>1</sup> que de nombreux théoriciens du droit ont proposé de revoir des aspects importants de la théorie des concepts juridiques qui dépendent malencontreusement selon eux des thèses sémantiques traditionnelles.

Suivant l'approche des théories sémantiques traditionnelles, au-delà de leur divergence, la signification des termes généraux qui figurent dans le langage des règles de droit et qui commande leur application est considérée être déterminée par des conditions de vérité qui tiennent à nos usages partagés, qu'il s'agisse de termes communs au droit et au langage ordinaire ou qu'il s'agisse de termes appartenant au seul langage juridique. Lorsque les cas qui sont soumis au juge rentrent dans le champ de ces significations partagées, tout va bien, et l'application de la règle peut être faite presque automatiquement car nous sommes d'accord sur la qualification qu'il convient de donner aux faits qui sont soumis à l'examen. Lorsque l'on se trouve en dehors de ces usages, alors, il y aurait une indétermination de telle sorte que le juge, qui doit statuer, doit faire un certain usage de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne disons plus qu'il choisit la décision correcte ou exacte, mais une décision adaptée ou acceptable.

---

<sup>1</sup> H. Putnam, « The Meaning of Meaning », *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge U.P., 1978, 215-271.

David Brink<sup>2</sup> a exprimé de façon claire les liens entre cette approche traditionnelle de la signification<sup>3</sup> et de nombreux points importants de la théorie du droit :

« les critères associés aux termes ou aux mots utilisés par le droit qui sont conventionnellement admis permettent de déterminer les cas (ceux où ces critères sont clairs) qui sont déterminés. Un cas facile est un cas qui satisfait les descriptions qui sont conventionnellement associées aux termes de la loi ; les personnes raisonnables sont d'accord pour l'application du terme à ce cas. Mais dans les cas difficiles les gens sont en désaccord pour savoir si un terme doit trouver telle ou telle application car les caractères de ces cas ne sont pas associés conventionnellement avec un quelconque critère du droit ou des concepts employés par le droit et le langage juridique n'a pas de signification déterminée dans de tels cas (...) ainsi selon la théorie en cause ces cas n'ont pas de détermination en droit »<sup>4</sup>.

Il existerait aussi, comme conséquence logique, un lien entre cette conception de la signification et une impossibilité de rendre compte de façon satisfaisante, selon lui, de ce que serait le désaccord sur le contenu d'un terme juridique. Dans cette sémantique traditionnelle, tout désaccord sur les critères serait regardé soit comme la preuve de la mauvaise compréhension des critères d'application des concepts par certains des locuteurs, soit comme dépourvu de signification car dans l'hypothèse où les situations tomberaient en dehors des critères et des propriétés partagées, il n'y aurait plus de signification, et il n'y plus lieu même de parler de désaccord sur le droit, puisqu'il n'aurait pas de critère ni sur ce qu'est le droit ni sur ce que sont les concepts dans les cas indéterminés. Il n'y aurait donc aucun moyen dans l'adoption de cette approche sémantique, sauf à évoquer l'erreur de ceux qui ne sont pas d'accord avec nous parce qu'ils ne connaîtraient pas les critères communs ou les appliqueraient mal<sup>5</sup>, à rendre compte de façon rationnelle des désaccords.

---

<sup>2</sup> D. Brink, « Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review », *Philosophy and Public Affairs*, 17, n° 2, 1988, p. 105-148.

<sup>3</sup> Il l'assimile à la sémantique hartienne, mais ce n'est pas la question ici.

<sup>4</sup> Art. cité, p. 113-114. Il n'est pas nécessaire ici de souligner la reformulation par Brink de la critique adressée par Dworkin dans *Law's Empire* en 1986 à ce que Dworkin appelle les théories sémantiques du droit.

<sup>5</sup> Sur ce point, voir l'explication de Joseph Raz, « Two Views of the Nature of the Theory of Law : A Partial Comparison », *Legal Theory*, 4, 1998, p. 249-282, réédité in *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Coleman ed. , Oxford U. P., 2001, p. 1-38.

Or, d'une part, les désaccords sont au centre de la vie du droit et, d'autre part, les controverses et les désaccords sur le sens des mots ne signifient pas que nous parlons de choses différentes. Ce n'est pas parce que les juristes ont différentes croyances sur ce qui est un *due process* ou une « peine cruelle » que cela signifie qu'ils parlent de choses différentes. Nous voulons donc, écrit David Brink,

« être capables d'expliquer comment il peut y avoir des désaccords authentiques et comment les gens qui ont différentes croyances sur une chose peuvent néanmoins être considérés comme parlant de la même chose ; la théorie sémantique traditionnelle ne nous permet pas d'expliquer un tel désaccord et c'est une raison pour la rejeter » (article précité, p. 116).

Dans ce contexte théorique, il n'existe pas de critères explicatifs pour l'idée ou le concept de révision des concepts dans ces cas indéterminés, mais il reste seulement à observer l'exercice d'une discrétion dans la décision judiciaire ou d'une discrétion dans le travail doctrinal, une discrétion pouvant exprimer des choix politiques ou philosophiques, des intérêts ou une sagesse juridique mais insaisissable et étrangère à n'importe quel point de vue scientifique.

Ces difficultés disparaîtraient et on gagnerait une meilleure illustration de la pratique du droit si l'on retenait, à la place de cette sémantique traditionnelle et partagée largement au-delà des différences entre les philosophes, une sémantique selon laquelle le contenu des concepts est procuré, non par les critères conventionnels d'utilisation d'un mot et par nos seules croyances, mais par les meilleures théories qui sont données par la nature des choses elles-mêmes, c'est-à-dire à la théorie dite de « la référence directe », défendue par Putnam pour les termes généraux relatifs aux choses naturelles du monde (sémantique des *natural kind terms*) (et par Kripke pour la sémantique des noms propres) et que David Brink et d'autres auteurs<sup>6</sup> demandent d'étendre aux énoncés évaluatifs, éthiques et aux énoncés juridiques.

Putnam<sup>7</sup> a, en effet, soumis à un examen critique les théories pour lesquelles l'extension d'un terme général est déterminé par les croyances des auteurs de l'énoncé ; il défend une approche de la référence, au contraire, qui fait correspondre la référence d'un terme ou son extension à nos meilleures théories de la catégorie à laquelle le terme renvoie et non à la détermination par les critères et les propriétés contenus dans l'intension ou dans les définitions usuelles et partagées par les locuteurs. La référence d'un terme est déterminée par la façon dont le monde est et non par ce qui est dans notre esprit. C'est la référence ou l'extension qui détermine la signification et non la signification qui détermine la référence ou l'extension d'une notion.

---

<sup>6</sup> V. notamment pour un des meilleurs représentants de cette approche, N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, OUP, 1996.

<sup>7</sup> Dans le célèbre article précité de 1975.

Reprenant de près la thèse et les énoncés de Putnam,

« nous devons laisser de côté, écrit David Brink, l'idée que la signification détermine la référence. Nous pouvons accepter la thèse selon laquelle la signification d'un terme est l'ensemble des propriétés ou des descriptions associées avec lui. Mais nous devons rejeter l'affirmation que c'est la signification qui détermine la référence. Nous devons rejeter l'idée que la croyance d'un locuteur ou d'une communauté de locuteur détermine les choses auxquelles ce terme fait référence. Au contraire, nous devons affirmer que la référence de nos mots est déterminée par la façon dont le monde est et non par nos croyances sur le monde » (art. précité)<sup>8</sup>.

Ce sont, selon Brink,

« les meilleures théories disponibles qui nous procurent notre meilleure accès à la nature réelle à laquelle nos concepts et nos mots nous renvoient et le sens et la référence de nos mots n'est pas déterminé par les croyances de quiconque ».

Cette nouvelle approche invite à confronter nos usages à une discussion rationnelle sur les concepts, par référence à nos théories sur le monde. Dans ce cadre, le désaccord n'est ni nécessairement la trace d'une erreur, ni nécessairement absurde ; il invite à une discussion rationnelle et il serait ainsi possible de construire une épistémologie de la découverte et de la modification de nos concepts.

**2. Des illustrations de la proposition théorique.** Pour mesurer comment une telle approche peut fonctionner en ce qui concerne la révision des concepts en droit, il est intéressant est de suivre les illustrations qui en sont faites, notamment par John Perry et Marcin Matczak.

a) Ce qui compte pour John Perry ce sont bien nos conceptions du monde, des conceptions qui peuvent être rationnellement discutées et susceptibles de révision par un phénomène d'apprentissage<sup>9</sup>.

Si nous le comprenons bien, John Perry explique que nos critères utilisés pour comprendre nos termes évaluatifs (« cruel ») ne sont pas définis par leur

<sup>8</sup> David Brink ajoute que ce qui explique le fait que notre usage des termes (comme notre usage du terme « eau ») renvoie à cette substance est qu'il y a un chemin causal qui se développe historiquement qui connecte nos usages de ce terme à travers divers intermédiaires avec la substance elle-même. Cela implique que nous pouvons utiliser un mot pour faire cette référence même si pour une part importante nous ne connaissons pas grand-chose sur ce référent. Mais si nous devons décrire ce qu'est le référent d'un de nos mots ou au moins dire quelque chose de plus à son propos, cela doit nous engager dans une sorte de théorisation pertinente. Nos croyances seules ne déterminent pas cette référence : nos théories peuvent être erronées sur les référents réels de nos termes (comme le montre l'histoire des sciences).

<sup>9</sup> « *A second approach is to focus on the extended significance of language, on its connection with the described world rather than the describing mind. Sentences are classified not by the ideas they express, but how they describe things to be* » (Barwise et Perry, *Situations and Attitudes*, MIT Press, 1983, p. 4.



extension dans le monde. Ces critères ne déterminent donc pas une référence au sens d'un contenu ou d'une proposition sémantique. Ce n'est pas comme cela que fonctionnent ces termes et ce n'est comme cela que l'on les définit dans le dictionnaire. Pour Perry, il faut distinguer la signification de concepts évaluatifs et la détermination de leur extension aux situations ou aux événements du monde. Les significations peuvent être stables, mais la détermination de leur étendue peut être l'objet de découverte ou de changement. On peut donc distinguer nos concepts (évaluatifs), d'un côté et nos conceptions du monde, de l'autre.

Il faut donc écarter, explique John Perry<sup>10</sup>, la façon dont Scalia lit le texte du 8<sup>e</sup> amendement de la Constitution de États-Unis<sup>11</sup>. Pour Scalia, l'énoncé « peines cruelles » renvoie à un ensemble de peines bien définies que l'on considérait à l'époque comme devant être interdites (compte tenu de l'expérience historique) et il faudrait tenir compte de ce que, parmi cet ensemble, ne figurait pas la peine de mort. Mais, fait observer John Perry, ce n'est pas comme cela que l'on définit les mots comme « cruel ». Les adjectifs descriptifs ne fonctionnent pas de cette façon. Et le mot « cruel » ne fait pas exception. Si on prend un dictionnaire anglais de 1755, un dictionnaire américain de la langue anglaise du XIX<sup>e</sup> siècle et le dictionnaire fourni pour les ordinateurs d'Apple, nous constatons qu'il n'y a pas eu de modifications dans la définition de ce qui est « cruel » et qu'aucun de ces dictionnaires ne définit le mot cruel en donnant une énumération de son extension. Le dictionnaire Johnson de 1755 définit cruel comme « *pleased with hurting others, inhuman, hardhearted, void of pity* » et le dictionnaire Apple comme « *having or showing a sadistic disregard for the pain or suffering of others* ». Dans tous les cas, on note que le fait d'un acte soit cruel renvoie à la cruauté de la personne qui commet un acte.

Ce qui est cause dans la controverse sur la constitutionnalité de la peine de mort aux États-Unis, c'est donc moins la question du maintien ou de la révision de notre concept de « cruel » ou même de « peine cruelle »<sup>12</sup> que la révision de nos conceptions sur la peine de mort et donc la révision de nos droits. Peuvent être en œuvre, ajoute John Perry, dans nos révisions de la conception de la peine de mort deux modèles de reconnaissance de droits. Soit un « modèle de découverte » : la peine de mort a toujours été cruelle, mais nous

<sup>10</sup> « Textualism and the Discovery of Rights », in Marmor and Soames, eds, *Philosophical Foundations of Language in the Law*, OUP, 2011. Je suis reconnaissant à Stefan Goltzberg d'avoir attiré l'attention sur cet article. Nous renvoyons aussi à son analyse de cet important article dans ce cahier.

<sup>11</sup> Le 8<sup>e</sup> amendement dispose que : « *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ».

<sup>12</sup> Il est probable que si les concepts de « cruel » et de « peine » peuvent être saisis et compris séparément, il n'y a rien qui puisse correspondre directement dans le monde à une « peine cruelle ». Nous pourrions faire référence ici à une observation de Russell : quand je crois qu'Aristote est intelligent, il n'existe aucune entité qui serait la chose que l'on croit, c'est-à-dire la proposition que Aristote est intelligent, mais plutôt (en gros) que je suis relié à Aristote lui-même et à la propriété d'être intelligent.

avons appris quelque chose de plus sur la peine de mort depuis 1789 et nous découvrons ainsi qu'elle est cruelle. Soit un « modèle de changement » : la peine de mort n'était pas cruelle en 1789, mais compte tenu de différentes circonstances qui ont été modifiées (les couloirs de la mort), elle l'est devenue. Ce qui est en cause ici lorsqu'il s'agit de faire application de cette interdiction de prévoir des peines cruelles à telle ou telle forme d'exécution de la peine capitale ou à la peine de mort elle-même (et ce que refusent de voir ceux qui se réclament de l'originalisme), est que de nombreuses circonstances nouvelles doivent être prises en considération, des circonstances extérieures au sens du terme cruel lui-même.

L'analyse de John Perry peut rencontrer deux obstacles, mais ils peuvent être écartés. Le premier, le plus sérieux, consiste à dire qu'on ne peut dissocier le sens du mot cruel, son concept, avec l'étendue de nos conceptions sur ce qui est effectivement cruel, car des termes comme « cruel » sont des termes moraux ou évaluatifs qui ne renvoient à rien dans le monde, une chose physique et observable par des moyens empiriques par rapport à laquelle nous pourrions juger objectivement de ce qui est cruel. Le débat est connu ; la réponse de Perry et nous y adhérons aussi (avec une précision que l'on apportera aux points suivants) consiste à dire que le langage ne décrit pas l'état de notre esprit mais l'état du monde dans lequel nous vivons, que « le monde est la maison naturelle de la signification »<sup>13</sup> et que le monde extérieur n'est pas fait seulement d'objets naturels relevant du champ des sciences naturelles, de la physique ou de la chimie.

Il devient ainsi tout à fait possible, et c'est répondre à la deuxième objection, plus locale, que l'on peut adresser à John Perry, de dire que la peine de mort est bien une « peine cruelle » et comme telle interdite par la Constitution des États-Unis, alors même que le 5<sup>e</sup> amendement à la même Constitution prévoit que l'on doit respecter le *due process* en cas de « privation de la vie des personnes »<sup>14</sup>. John Perry reprend et approuve la façon dont Dworkin avait répondu à Scalia sur ce point de l'interprétation du 8<sup>e</sup> amendement : le fait que quelque chose a été autorisé (par le cinquième amendement) ne veut pas dire que si on découvre plus tard que cela est contraire à une interdiction (dans le 8<sup>e</sup> amendement), il ne faille pas faire prévaloir l'interdiction. Dworkin faisait référence, dans le contexte de ce que John Perry appelle le modèle de changement, à cette analogie entre l'emploi du terme « cruel » avec l'emploi de termes du monde naturel : si une loi fait interdiction de chasser les espèces menacées, une telle interdiction couvre la chasse de certains animaux dont on découvrirait après coup qu'ils sont eux aussi devenus menacés de disparition, même si la loi avait expressément prévu pour eux un permis de chasse.

---

<sup>13</sup> « Meaning's natural home is the world », Barwise, Perry, *Situations and attitudes*, 1983, cité par Marcin Matczak.

<sup>14</sup> La 5<sup>e</sup> amendement prévoit notamment que : « No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ».

b) Marcin Matczak, a, de la même façon, avec un modèle différent, mais s'inspirant de la même idée que la référence de nos concepts ne dépend pas de l'usage conventionnel de nos termes, affronté les thèses originalistes de Scalia et notamment son interprétation de la notion de « fiches cruelles »<sup>15</sup>. Une théorie sémantique adéquate permet de montrer que l'opposition dans les théories de l'interprétation constitutionnelle entre la perspective textuelle et la perspective évolutive est une fausse dichotomie car la perspective textuelle, en fait, contient la perspective évolutive. Il existe une théorie linguistique convaincante qui explique comment la signification du langage évolue avec le temps et comment cette évolution est entièrement indépendante des utilisateurs individuels du langage. Cette évolution est un processus traçable, relativement transparent et vérifiable, de telle sorte que la crainte que le fait de tenir compte de ces évolutions conduise à laisser le sens des textes à l'arbitraire de l'interprète est réduite.

On voit bien l'erreur selon lui qui est faite par les partisans de l'interprétation statique (originalisme), selon lesquels le sens des textes du droit est fixé au moment de l'édition du texte et ne change pas par la suite et pour lesquels la seule façon de modifier leur sens est de modifier les textes, mais on voit aussi l'erreur des partisans des théories dynamiques, comme le montre bien Marcin Matczak, qui opposent<sup>16</sup> la perspective purement textuelle ou la perspective historique (prendre en considération les attentes du législateur historique), d'une part, et une perspective évolutive, d'autre part, et qui proposent pour tenir compte des évolutions sociales depuis l'édition du texte et de remplacer la perspective textuelle par la perspective évolutive. On peut comprendre ces erreurs en ayant recours à une théorie sémantique autre que celle qui vient au soutien de la thèse de la fixation du sens. La thèse de *l'original public meaning* se fonde sur la convention du langage public au moment de l'édition d'un texte. Cette théorie manque un élément majeur de la sémantique externaliste : la convention historique ne fixe pas le sens du texte, car elle manque de montrer que cette convention évolue. Marcin Matczak fait référence à la formulation de la théorie externaliste chez Peirce qui fait état d'un processus d'accroissement de la connaissance. Les mots sont des signes du réel mais ils fonctionnent comme des indices en attente d'une meilleure compréhension grâce à l'interaction entre ces indices et le monde menée par des enquêtes liées à nos actions sur le monde grâce à des indices que sont les mots. Il y a un processus de croissance des signes et une approfondissement de la connaissance. Selon Peirce, les signes fonctionnent non comme une entité composée de deux

---

<sup>15</sup> « A Theory that Beats the Theory? Lineages, the Growth of Signs, and Dynamic Legal Interpretation », paper\_2015. [https://www.academia.edu/11983456/A\\_Theory\\_That\\_Beats\\_the\\_Theory\\_Lineages\\_the\\_Growth\\_of\\_Signs\\_and\\_Dynamic\\_Legal\\_Interpretation](https://www.academia.edu/11983456/A_Theory_That_Beats_the_Theory_Lineages_the_Growth_of_Signs_and_Dynamic_Legal_Interpretation).

<sup>16</sup> V. Eskridge, « Dynamic Statutory Interpretation », *University of Pennsylvania Law Review*, 135, 1987, p. 1479.

éléments (un signe et un objet), mais d'une une entité de trois éléments, le troisième élément étant un « interprétant »<sup>17</sup>.

Marcin Matczak demande ainsi pourquoi il faudrait que l'on s'arrête aux conceptions sur la peine de mort qui étaient majoritairement celles des constituants et du peuple en 1789, alors que ces conceptions n'étaient elles-mêmes que l'expression, à ce moment là, de nos conceptions morales et politiques, que ces conceptions ont changé, que le monde a changé et que l'enquête morale et juridique se poursuit et quelle doit être prise en compte pour comprendre la constitution de nos jours.

**3. Un retour sur la théorie de la référence directe et la sémantique des concepts.** Disons le tout de suite. Nous ne contestons pas en elle-même la théorie de la référence directe, une théorie d'ailleurs plus élaborée que celle présentée succinctement plus haut. Sur de nombreux points, elle peut d'ailleurs être articulée avec les approches traditionnelles de la signification pour lesquelles nos concepts dépendent des usages et de notre travail conceptuel sur ces usages (et de nos intuitions).

Putnam ne touche pas l'idée que la signification puisse être comprise comme l'expression de nos usages. Le renversement opéré (et non sans lien avec le renversement opéré par Quine remettant en cause la dichotomie analytique/synthétique) par Putnam consiste à dire que ce n'est pas la signification qui « dénote » ou qui détermine la référence de nos concepts dans le monde. Ainsi, d'ailleurs, la théorie offre une meilleure explication des paradoxes de la

---

<sup>17</sup> L'interprétant est la façon dont la relation entre le signe et l'objet est reconnu par l'interprète. Il y a au moins deux types d'interprétants – un interprétant dynamique et l'interprétant final. L'interprétant dynamique est la façon dont la relation entre le signe et l'objet est perçue à un moment particulier dans le temps. L'enquête à laquelle se réfère est un processus de « semeiosis », un long effort de la communauté linguistique pour définir et comprendre la vraie signification des signes dont cette communauté fait usage. Ce processus inclut la définition des signes par d'autres signes, pour les rendre plus clairs et mieux compris, comme l'application des signes à la réalité, c'est-à-dire comme utilisation des signes pour l'action. Ce processus est possible grâce à la nature permanente et incessante de la pratique linguistique. À la fois la traduction des signes en d'autres signes et la traduction des signes en action se produit dans des situations particulières. Le processus de traduction des signes en d'autres signes doit s'achever à un certain point. Ce point est appelé l'interprétant final. En d'autres termes, la traduction de signes en d'autres signes et la traduction de signes en action augmentent la connaissance sociale sur la réelle signification des signes. Comme Peirce le met en avant, les signes croissent. Cette croissance est une forme d'évolution qui modifie la signification de ces signes. En note, Marcin Matczak cite l'interprétation donnée par Short au travail de Peirce : « cela présuppose que la référence d'un terme peut être fixée indépendamment, ou jusqu'à un certain degré indépendamment, de sa signification, qui est présumé être conceptuelle. Cela renverse la vue familière que la référence d'un terme est déterminée par sa signification, c'est-à-dire ce à quoi le terme se réfère et ce qui fait ce à quoi un concept est vrai. L'analyse suppose que la signification d'un terme peut changer ou peut être modifiée avec la croissance de notre connaissance du monde. Et cela affaiblit les définitions de la philosophie comme analyse conceptuelle, c'est-à-dire, comme employée dans l'explication des significations qui sont reçues. La question n'est pas de comprendre nos significations, mais de les changer ».

théorie traditionnelle comme l'existence de deux significations différentes qui ont la même référence dans le monde<sup>18</sup>. La recherche sur « la signification de la signification » de Putnam lève aussi des obscurités de la théorie traditionnelle en conduisant à distinguer non deux termes, la signification (l'intension) et la référence (l'extension, ou pour reprendre un vocabulaire plus ancien, « ce qui est supposé », la *suppositio*), mais trois, la référence, l'intension et la signification proprement dite. Il réserve ainsi le mot (le concept) d'« intension » pour une signification particulière, celle qui fournit les critères d'identification opérationnelle du référent, pour la distinguer d'une autre approche de la signification par l'usage de simples stéréotypes qui suffisent en général dans le fonctionnement du langage (et dont la théorie est nécessaire pour comprendre le fonctionnement de notre langage ordinaire, comme dans doute aussi de notre langage juridique<sup>19</sup>). Putnam, enfin, introduit un élément nouveau qui intéresse directement la révision des concepts, puisque si ce n'est pas la signification ni l'intension qui déterminent et dénotent la référence, il y a un lien entre nos théories les meilleures sur les objets du monde et la révision de nos définitions destinées à en rendre compte. Ce lien, qui existe aussi pour les stéréotypes<sup>20</sup>, serait de nature causale et n'est cependant pas bien déterminé<sup>21</sup>.

Dans son article fondateur *The Meaning of Meaning*, Putnam voulait surtout prendre parti dans le débat philosophique entre internalisme et externalisme et défendre la thèse philosophique non sceptique sur la réalité du monde, une réalité extérieure à nos expériences et à nos pensées.

Mais bien évidemment, il n'est pas question en reconnaissant un intérêt aux clarifications apportées par ailleurs, chemin faisant, par Putnam à la théorie du langage et à la sémantique, de retenir encore une thèse externaliste et une ontologie métaphysique en ce qui concerne les énoncés normatifs et évaluatifs<sup>22</sup>. Putnam lui-même, qui avait d'ailleurs illustré la théorie externaliste de la référence directe dans le cas des *natural kind terms* ne défend pas (plus ?), dans le champ des énoncés de l'éthique et plus généralement des énoncés normatifs, un

---

<sup>18</sup> L'étoile du matin et l'étoile du soir qui ont deux significations, mais la même référence.

<sup>19</sup> Un article reste à écrire à ma connaissance pour appliquer la théorie des stéréotypes de Putnam à l'analyse du langage juridique. On en trouve des illustrations cependant dans les travaux remarquables de Marie-Laure Mathieu et en dernier lieu dans son ouvrage *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS éditions, coll « Les voies du droit », 2014 dont on ne saurait cesser de recommander la lecture.

<sup>20</sup> v. théorie de la « cérémonie du baptême » des mots.

<sup>21</sup> Sur tous ces points, les explications lumineuses de Jean-Claude Anscombe, « Dénomination, sens et référence dans une théorie des stéréotypes nominaux », *Cahiers de praxématique*, 36, 2001, p. 1 s.

<sup>22</sup> David Brink a levé aussi, en réponse aux critiques qui lui avait été adressées par D. Patterson, toutes ambiguïtés. David O. Brink, « Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts) », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n° 2, 1989, p. 181-191. Voir aussi D.M. Patterson, « Realist Semantics and Legal Theory », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n° 2, 1989, p. 175 s.

réalisme métaphysique<sup>23</sup>, ni même, dans ce qui peut être regardé comme une explicitation de sa pensée, la nécessité de faire référence à une quelconque ontologie, l'objectivité de l'éthique dépendant selon lui d'une épistémologie qui lui est propre<sup>24</sup> : la discussion rationnelle sur les valeurs ne dépend pas de la référence à des domaines d'objets auxquels ces jugements devraient ontologiquement correspondre. Les jugements éthiques doivent être pensés comme des solutions à des problèmes pratiques et qui résultent de raisonnements pratiques possédant eux-mêmes leurs propres critères de vérité et de validité. Putnam fait remarquer le paradoxe que constituerait « l'essai de fournir des raisons qui ne font pas partie de l'éthique en faveur de la vérité des jugements éthiques »<sup>25</sup>.

Aussi, si nous ne contestons pas le présupposé à l'arrière plan de l'extension de la théorie de Putnam par David Brink (comme par Nicos Stavropoulos) sur la signification et la référence des termes généraux représentant des choses naturelles (*natural kind terms*), aux termes évaluatifs et de dimension de philosophie politique et morale<sup>26</sup>, une précision d'une très grande importance doit être cependant faite, qui fait, comme on va le voir, toute la différence et selon laquelle la réalité du droit ne peut pas être extérieure à nos propres constructions.

Par ailleurs, enfin, la théorie sémantique de la référence directe rompt beaucoup moins avec la théorie sémantique traditionnelle que ces présentations le laissent entendre. Comme Franck Jackson l'a montré<sup>27</sup>, les critères associés par nos intuitions à un mot (et que l'analyse conceptuelle a pour mission de révéler, d'explorer en mettant en évidence les cas exemplaires et les traits les plus caractéristiques sur le plan théorique de la référence) ont bien pour objet de décrire le monde. Le travail sur ces critères n'est qu'une première étape pour tester ces théories en la confrontant à la réalité<sup>28</sup>. L'approche traditionnelle de la signification n'enferme pas l'approche conceptuelle dans un monde clos et fermé sur lui-même. Ce qui peut expliquer que l'analyse conceptuelle du point

---

<sup>23</sup> Putnam, *Realism with a Human Face*, HUP, 1990, traduction française, *Le réalisme à visage humain*, Gallimard, 2011.

<sup>24</sup> *Ethics without ontology*, Harvard U. P., 2005 ; traduction française, *L'éthique sans l'ontologie*, Cerf, 2013.

<sup>25</sup> *L'éthique sans l'ontologie*, précité, p. 24.

<sup>26</sup> voir plus haut, à propos de John Perry.

<sup>27</sup> F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, 1998, notamment aux p. 37-41.

<sup>28</sup> Comme l'écrit Franck Jackson (ouvrage précité), il ne peut pas être vrai pour le sens large de « référence » tel que nous l'avons à l'esprit « dans la théorie sémantique traditionnelle que leur description n'ait rien à voir avec les caractères des choses elles-mêmes. Parce que nous utilisons les mots pour dire comment sont les choses (*what things are like*) (où sont les tigres et la meilleure bière, quel est le chemin le plus court pour aller à la maison et ainsi de suite) et dire ce que les choses sont ou à quoi elles ressemblent consiste à leur attribuer des propriétés. Peut-être pour certains mots, y compris les noms propres, leur référence n'a rien à voir avec les ensembles de propriétés qui leur sont associées. Mais il vaut mieux que cela ne soit pas vrai pour tous les mots pour toutes les notions de référence regardées comme une relation entre les mots et les choses, autrement nous ne pourrions pas dire comment les choses sont avec des mots. Et nous pouvons le faire et nous le faisons » (p. 40, note 16).

de vue de la sémantique traditionnelle reste au centre de l'analyse philosophique. D'autre part, pour une large part, la référence directe dont parle Putnam, est en lien avec le découpage du monde qui provient de notre langage et de nos intuitions. Nous sommes bien prêts à réviser notre jugement sur ce qui est de l'eau si l'on nous démontre que l'eau est du point de vue biologique H<sub>2</sub>O et à admettre que le liquide que l'on a qualifié ainsi et qui se trouve ne pas avoir cette propriété n'est pas de l'eau ; mais nous parlons de l'eau bien avant de connaître cette caractéristique et nous en parlons même pour désigner un liquide qui n'est pas de l'eau pure lorsque c'est utile dans le fonctionnement de notre langage.

**4. La théorie de la sous-indétermination du droit n'est pas nécessairement liée à la théorie sémantique traditionnelle.** On observera que le problème de l'indétermination des règles et des concepts que David Brink souhaite pouvoir traiter en affaiblissant la théorie sémantique classique de la signification n'est pas lié à la théorie traditionnelle de la signification. David Brink en est d'ailleurs conscient. Il observe que ce n'est pas parce que nous ferions usage d'une meilleure théorie sémantique que nous ferions disparaître la question de l'indétermination du droit, car l'analyse sémantique du contenu d'une disposition du droit n'est pas une méthode exhaustive d'interprétation. David Brink considère ainsi que pour partie la théorie de la texture ouverte dès lors qu'elle vise les cas intermédiaires dans l'application des notions vagues ne peut pas être directement liée à la sémantique traditionnelle<sup>29</sup>.

La théorie de la signification qui fait de la signification une chose dépendante de nos usages du langage et déterminant la référence n'est pas plus responsable de l'indétermination de la solution en droit lorsque nous nous trouvons dans un cas classique où la règle est parfaitement claire (par l'application des critères habituels et des conventions de notre langage) et trouve donc à s'appliquer sans que personne ne conteste le raisonnement qui conduit de la règle à la conclusion qui s'en déduit compte tenu des faits, mais où, pour autant, il y aura désaccord sur l'acceptation et l'adoption d'une telle solution parce que cette solution paraît absurde, inacceptable, injuste. Dans une telle situation, ce n'est pas la théorie traditionnelle de la signification qui pose problème. Le cas n'est pas dans la zone d'ombre des termes généraux, mais dans la discussion sur la nécessité d'écarter la règle, et comme on le dit maintenant dans le vocabulaire de la théorie du droit, par référence à la notion de « défaisabilité »<sup>30 31</sup>. On n'écarter pas l'idée que dans ce cas, l'argumentation puisse conduire à créer une zone d'ombre sur les termes généraux, mais cela risque de ne pas être la

<sup>29</sup> V. son explication sur ce point, D. O. Brink, « Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts) », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n° 2, 1989, p. 181-191.

<sup>30</sup> Pour une traduction approximative du mot anglais de *defeasibility*.

<sup>31</sup> Sur la distinction entre la texture ouverte des mots et de la règle et la défaisabilité, voir Bix, « Defeasibility and Open Texture », in Ferrer and Ratti, eds., *The Logic of Legal Requirements : Essays on Defeasibility*, OUP, 2013 ; voir aussi M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire de Varennes, 2014.

meilleure stratégie d'argumentation. La meilleure solution est d'invoquer un principe et/ou l'intention contrefactuelle du législateur actuel (comme dans l'affaire emblématique *Riggs vs Palmer*<sup>32</sup>).

On observera que l'indétermination du droit et l'existence rationnelle d'une discussion sur le sens des énoncés juridiques n'est en rien quelque chose de critiquable, qu'il faudrait éradiquer. La référence à nos meilleures conceptions du monde n'est pas en elle-même une référence inutile ; mais encore faut-il comprendre que le « monde » lorsqu'il s'agit de parler de droit peut-être bien compris de multiples façons.

**5. L'utilité relative du renvoi à nos meilleures théories de ce qu'est le monde pour la sémantique du langage juridique.** Le fait que la théorie traditionnelle ne soit pas la cause des situations d'indétermination, n'exclut pas que l'on puisse, pour entamer une discussion rationnelle sur ces situations susceptibles d'engendrer des controverses et des désaccords, avoir recours à nos meilleurs théories sur les objets que dénotent nos significations, nos définitions ou nos stéréotypes. Comme nous l'avons rappelé plus haut, avec Franck Jackson, l'analyse conceptuelle de ces signes, peut être aussi regardée comme une première étape dans une confrontation avec la réalité. En tout état de cause l'idée de recourir dans certains cas, selon l'expression de David Brink, à « nos meilleures théories » sur les objets ou les référents de nos termes généraux n'est pas exclue.

Mais le recours à ce concept de « nos meilleures théories sur les objets ou les références auxquelles renvoient nos significations » risque d'être un slogan non opérationnel, compte tenu des profondes divergences sur les critères de validité de notre argumentation juridique. Notre temps est caractérisé par le plus grand pluralisme des méthodes, des conceptions et des doctrines en ce qui concerne des modes de validation de nos connaissances et de preuve sur le droit (épistémologies axiomatique et formaliste, herméneutique, fonctionnaliste, axiologique), au moins depuis la défaite théorique historique de ce qu'on a appelé la jurisprudence des concepts illustrée au plus point par la doctrine du droit de Kant, par la doctrine juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle et aussi par une partie de l'école de l'exégèse en France d'ailleurs influencée sur ce point par la doctrine allemande de son temps, une doctrine faisant de la définition scientifique et doctrinale des concepts centraux du droit et de leurs grandes divisions la clef de la science du droit, un « paradis des concepts » immuables, existants comme des idéaux<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889). Sur des analyses différentes de cette affaire, voir Dworkin, *Law's Empire*, Harvard, 1986, p. 15 et K. L. Scheppele, « Facing Facts in Legal Interpretation », *Representations*, n° 30, 1990, p. 42-77.

<sup>33</sup> La jurisprudence des concepts s'est effondrée au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle sur les coups de Jhering (« le droit est un moyen en vue d'une fin »), de la *sociological jurisprudence*, puis des réalismes juridiques aux États-Unis et des philosophies pragmatiques du droit. V. O. Jouanjan,



Car si on peut être assez facilement d'accord sur l'idée que ce sont « les meilleures théories disponibles qui nous procurent notre meilleur accès au réel à laquelle nos concepts nous renvoient et que la référence de nos mots n'est pas déterminée par les croyances de quiconque », comme le pense David Brink, la question est bien celle de la nature de cette référence en ce qui concerne le concept de droit et en ce qui concerne les concepts du droit.

La théorie sémantique de Putnam a été construite dans le contexte de la défense de la thèse externaliste. Mais encore ne faut-il pas laisser penser que la théorie de la référence directe implique avec elle l'idée que la réalité du droit serait extérieure à nos pensées et à nos conceptions. Ce n'est en tout cas plus, en supposant que cela ait jamais été sa doctrine, la position de Putnam lui-même en ce qui concerne les énoncés éthiques, évaluatifs ou normatifs (voir plus haut). Dworkin, qui a, un temps, présenté sa doctrine du droit, reprenant ainsi la conception non métaphysique du réalisme éthique telle que défendue par Putnam, comme un « réalisme interne » (*internal realism*) ne défend pas l'idée que nos meilleures théories et conceptions des doctrines du droit se trouvent dans un monde extérieur à nos conceptions elles-mêmes.

Mais ce « réalisme interne » que suppose au moins (à défaut de supposer une thèse « externaliste » et métaphysique) la théorie de la référence directe peut être entendu de différentes façons, ce qui renvoie, encore à la diversité de nos épistémologies du droit.

**6. Epistémologie axiologique ou empiriciste ?** Pour concrétiser encore l'analyse, et sans être exhaustif, nous voyons bien par exemple combien ce « réalisme interne » peut être différemment compris chez Dworkin et dans le courant du positivisme méthodologique.

Je suis très sensible à l'argument général de Dworkin sur la morale et l'éthique : nous n'avons pas le choix, nous ne pouvons pas nous placer en dehors de la morale pour juger la morale<sup>34</sup>. Dworkin l'a encore écrit dans son *Justice for Hedgehogs*<sup>35</sup>. Les renards ont beaucoup de petites idées, alors que les hérissons ont une seule et grande idée. La grande idée de Dworkin, c'est que l'on ne peut pas juger de la morale, de l'éthique ou du droit en se plaçant au dessus de la morale, de l'éthique ou du droit (refus de ce Dworkin appelle le « scepticisme externe »).

Je suis sensible à cet argument dans l'argumentation morale ou de philosophie politique ou morale. Nous n'avons, souligne Dworkin, pas le choix de faire autrement et le scepticisme, du moins le scepticisme qu'il appelle le

---

« De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, XLI-128, 2003, p. 129-144.

<sup>34</sup> Dworkin, « Interprétation et objectivité », in, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, p. 210 s. ; Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 84-95 ; lire surtout : Dworkin, « Objectivity and truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996, p. 87.

<sup>35</sup> HUP, 2013.

« scepticisme externe » qui n'examine même pas les arguments substantiels du débat éthique n'a pas de sens. Mais les choses ne sont-elles pas différentes du point de vue du juge constitutionnel ? Les juges constitutionnels ont le choix de pratiquer une certaine réserve par rapport au législateur. Il est donc légitime de se demander si une lecture morale et axiologique commande l'interprétation de la Constitution<sup>36</sup>. À la différence de ce qui se passe dans la vie morale où nous ne pouvons pas échapper à la responsabilité de nos choix, les juges ont le choix par un *judicial restraint* de laisser la question sinon de l'interprétation du moins de la détermination du contenu des dispositions abstraites sur les droits des constitutions, au moins dans certains cas, entre les mains du législateur<sup>37</sup> ou s'il s'agit d'un juge international des droits de l'homme, entre celles des autorités nationales, à l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait jouer dans certaines situations ce qu'elle appelle la marge nationale d'appréciation. Encore faut-il alors affronter l'argument de Dworkin que l'on a pour autant pas le choix d'échapper ce faisant à une controverse de philosophie morale parce que le choix du *judicial restraint* ou de ce qu'il appelle le « passivisme » ne peut être encore justifié que par une théorie morale et politique explicite ou implicite, elle-même controversée, s'appuyant sur une théorie de la démocratie (la démocratie comme pouvoir de la majorité élue) qui n'en est qu'une des conceptions possible du concept de démocratie en discussion.

En tout état de cause, on ne peut pas traiter cette question par référence à une compréhension partagée du droit. Sur la pertinence d'une lecture morale du droit, comme l'écrit Dworkin, « le désaccord est féroce ». Il n'y pas de critères (une règle de reconnaissance) qui détermine la méthodologie de ce que ce que sont les bons critères de la recherche de la solution en droit<sup>38</sup>.

« Hart, rappelle Dworkin, a dit que la morale devient pertinente pour identifier le droit quand une source sociale admise et acceptée a décrété que la moralité devrait avoir un tel rôle, et il a donné comme exemple les clauses abstraites de la Constitution américaine. Mais il a méconnu l'état du droit constitutionnel des États-Unis. Il n'existe aucun consensus ni en faveur ni contre la lecture morale de la Constitution. Cela est au contraire une question de féroce désaccord. J'ai, parmi d'autres, défendu la lecture morale que Hart a apparemment à l'esprit. Mais d'autres, comme Justice Scalia et un autre célèbre juge, Robert Bork, ont dénoncé la lecture morale comme profondément erronée. Il n'y a aucune convention pour ou contre cette thèse, aucune règle de reconnaissance depuis laquelle un

---

<sup>36</sup> Dworkin, *Freedom's Law. The American Reading of the American Constitution*, HUP, 1996.

<sup>37</sup> Rappelons à propos de la question du mariage ouvert aux couples homosexuels, un cas aussi emblématique dans cette discussion, que notre Conseil constitutionnel a choisi la voie du *judicial restraint*, considérant qu'il n'avait à prendre parti sur la constitutionnalité ni du mariage traditionnel, ni du mariage ouvert aux couples homosexuels.

<sup>38</sup> Dworkin, « Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy », in *Justices in Robes*, 2006, p. 140 s., réédition de « Hart's Postscript and Character of Political Philosophy », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004 ; V. aussi *Justices for Hedgehogs*, 2011

des partis pourrait espérer trouver un soutien pour la proposition de droit constitutionnel proclamée vraie néanmoins » (p. 168).

Au demeurant, pour Dworkin, ceux qui argumentent en faveur la lecture morale de la Constitution « sont en contradiction franche avec la thèse des sources sociales du droit, dès lors qu'aucune source sociale n'a indiqué que le 8<sup>e</sup> amendement doit être lu pour incorporer la morale ». Et dès lors qu'aucune source sociale n'a décidé que la moralité n'était pas pertinente, ceux qui argumentent contre la lecture morale du texte constitutionnel « contredisent aussi la thèse des sources sociales »<sup>39</sup>.

Le réalisme interne, relevant d'une objectivité épistémologique, peut être entendu d'une façon différente encore que dans la doctrine de Dworkin et, loin de fonder une lecture morale et une validation axiologique de ce qu'est le droit, renvoyer aux thèses empiriques, c'est-à-dire à la réalité observable des décisions des autorités du droit. Répondant à l'analyse de David Brink, et prenant en considération le fait que selon David Brink « la signification et la référence de nos termes est donnée par la façon dont est le monde », Giovanni Tuzet observe qu'il souscrirait à cette analyse, mais seulement à deux conditions, d'une part à condition (i) d'entendre les mots « la façon dont est le monde » comme incluant notre réalité sociale, et, d'autre part, à la condition (ii) de remplacer « découvert » par « déterminée de façon autoritaire »<sup>40</sup>.

Pour résumer, écrit-il, je maintiens que l'on doit rejeter le réalisme qui prétendrait permettre de décrire le contenu du droit (*content-realism*), mais j'accepte le réalisme des entités (*entity-realism*). Les propositions sur le droit peuvent avoir une valeur de vérité, bien que les concepts auxquels elles font référence n'aient pas de référence indépendante dans le monde ».

« Le réalisme est souvent considéré comme équivalent à l'externalisme, mais je considère que c'est une erreur. Ce sont deux thèses indépendantes. On peut être un réaliste robuste sur la question de savoir qu'est-ce que le droit, mais être réservé sur l'externalisme ou sur le réalisme sur le contenu du droit »<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> À cette occasion, Dworkin relève encore que si l'analyse conceptuelle chez Hart n'est peut-être pas purement sémantique, et si elle prétend pouvoir, ne serait-ce que dans un second temps, décrire la réalité, elle ne la décrit pas pour autant. Dworkin a fini par placer sur ce terrain son débat avec Hart. Il retire l'argument du dard sémantique. Si, argumente-t-il alors, on voulait comprendre la thèse de Hart comme une thèse de sociologie descriptive fondée sur une observation des pratiques du droit (et non une thèse purement sémantique), il faudrait pour la valider un travail rassemblant des masses considérables de données. Mais non seulement Hart et ses disciples ne l'ont pas fait, mais encore il suffit de quelques exemples pour montrer que sa théorie est erronée.

<sup>40</sup> G. Tuzet, « The social Reality of law », *Analisi e Diritto*, 2007, p. 179 s., ici p. 191-192 (« I would subscribe to this view only on condition of (i) intending "the way the world is" as including our social reality and (ii) replacing "discover" with "authoritatively determine" »).

<sup>41</sup> Giovanni Tuzet poursuit : « So, I do not accept semantic realism if it implies that legal concepts have a reference independent of our normative attitudes. But, once again, I contend that a proposition about the law can

**7. Conclusions.** Pour conclure, on pourrait encore formuler les choses, comme J.E. Penner, en disant qu'appliquer un concept dans le sens de la recherche de sa référence ou dans le sens de la recherche de son usage et de son intension est une chose, appliquer un concept à l'occasion de l'application d'une règle de droit à un événement, une situation, un acte, est autre chose<sup>42</sup>. La détermination de la signification sémantique d'une disposition légale ne peut pas rendre compte de la tâche de l'interpréter et de l'appliquer dans une situation juridique concrète. En principe le sens du texte résultant de l'analyse sémantique est écarté s'il est manifestement contraire à ce qu'a voulu le législateur ou à ce qu'il aurait voulu, ou si ce sens est absurde ou impraticable<sup>43</sup>. David Brink redit aussi qu'« il y a place pour douter que la sémantique « rende compte de façon exhaustive de l'interprétation »<sup>44</sup>. Nicos Stavropoulos reconnaît qu'une théorie complète de l'interprétation doit pouvoir avoir besoin de beaucoup plus qu'une théorie sémantique, y compris une théorie qui tient compte du rôle des précédents et des prises en considération spécifique de l'interprétation des lois et des constitutions<sup>45</sup>.

---

*have a truth value, even though the legal concept applied in it does not have an independent reference. Entity-realism is not Content-realism. Consider a term like “marriage”. Does the “real” meaning of this term consist in reference to same-sex unions? Apparently, even if the status of sexual orientations is a disputed question, the meaning of “marriage” is a social, not natural, affair. Nevertheless, positive law about marriage is not a fiction, but a real, institutional phenomenon. This kind of entity-realism does not commit one to content-realism ».*

<sup>42</sup> Voir sur ces points J. E. Penner, « Review of Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law*, 1996 », in *The Modern Law Review*, 1997, p. 747 s, pour qui il faut distinguer lorsque l'on parle de l'application d'un concept, entre l'application d'un concept au sens de l'application du concept dans le cadre de l'application d'une règle et l'application d'un concept dans le processus de détermination sémantique du contenu d'un concept.

<sup>43</sup> Sur ce point, V. notamment Brian Bix, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal determinacy ? », *Ratio Juris*, 16, n° 3, 2003, p. 281-295.

<sup>44</sup> V. David Brink, précité.

<sup>45</sup> *Objectivity in Law*, précité, p. 4.

*TABLES GÉNÉRALES  
DE L'ANNÉE 2014*



## TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

---

### RRJ 2014-1

Alain SÉRIAUX, <b>Droit naturel et Droit civil</b> .....	15
Daniel VERGELY, <b>La définition juridique des morales scolaires</b> <i>La normopathie « éducative »</i> .....	25
Sophie PRAYER, <b>Le discours et la lutte contre l'inflation normative</b> .....	49
Arnaud DEFLOU, <b>Le TA de Nantes a donné les 3 coups, le Conseil d'État a fait tomber le rideau sur « le Mur » de Dieudonné : quand le juge administratif met en scène l'ordre public (national) !</b> .....	75
Mustapha AFROUKH, <b>La dignité humaine comme instrument de résolution des conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme</b> .....	99
Élodie BALLOT, <b>La sanction-réparation : Regard civiliste sur une peine réparatrice</b> .....	113
Di Gore SIMMALA, <b>« Mesures d'ordre intérieur » : « heurs » et « malheurs » en milieu pénitentiaire</b> .....	135
Aurélia FAUTRÉ-ROBIN, <b>Le droit légal de rétractation : contribution à l'identification d'un concept autonome</b> .....	157
Lucas FREISSES, <b>L'accès aux mesures d'instruction <i>in futurum</i> de l'article 145 du Code de procédure civile : la recherche de l'efficacité probatoire à tout prix ?</b> .....	199
Thomas M'SAÏDIÉ, <b>La communication préalable du sens des conclusions du rapporteur public et ses effets</b> .....	217
Hervé ARBOUSSET, <b>Préjudice(s) causé(s) par des baignades et juge administratif</b> .....	251
Laurent TERESI, <b>La Commission d'accès aux documents administratifs et la réutilisation de l'information publique</b> .....	271
Hakim DAÏMALLAH, <b>Les autorités administratives indépendantes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : l'exemple du Défenseur des droits</b> .....	307
Chrystelle LECOEUR, <b>Le secret des affaires à l'ère de la transparence</b> <i>Réflexions suscitées par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi</i> .....	325
Renan LE MESTRE, <b>« From the Netherworld to a realm of normal constitutional law » : la transformation jurisprudentielle du droit garanti par le deuxième amendement à la constitution des États-Unis de détenir et de porter une arme</b> .....	359

T. DELANLSSAYS et F. WILINSKI, <b>Le juge administratif face aux conflits entre normes internationales, de l'Union européenne et internes</b> <i>Conseil d'État, 1<sup>re</sup> et 6<sup>e</sup> sous-sections réunies, 6 décembre 2012, Société Air Algérie, n° 347870</i> .....	390
André ORAISON, <b>Plaidoyer pour le retour des Chagossiens sur leurs terres natales</b> <i>Un objectif réaliste à la veille du renouvellement du bail consenti par la Grande-Bretagne aux États-Unis à Diego Garcia</i> .....	408
Pr Abdulrahman ALRADWAN, <b>Frustration and Supervening Events</b> ....	420
Arnaud COUTANT, <b>Les XVIII<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> Amendements, la dimension constitutionnelle de la prohibition américaine</b> .....	454
Dr. Ibrahim NDAM, <b>Du bail commercial au bail à usage professionnel</b>	482
Dr. Abdulsalam ALANZI, <b>La nouvelle Loi Égyptienne et la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés dans les conventions internationales</b> .....	524

#### RRJ 2014-2

Régis LANNEAU, <b>L'interdisciplinarité comme questionnement</b> <i>Penser et dépasser (?) les limites des approches juridiques traditionnelles</i> .....	557
Jeremy ANTIPPAS, <b>L'utilisation du droit administratif en droit civil</b> .....	573
Marc DUPRÉ, <b>Le système juridique face à la violation volontaire de la règle</b> .....	619
Anne-Blandine CAIRE, <b>L'Homme augmenté et le droit</b> <i>L'éthique juridique entre charis et hubris</i> .....	655
Julien SAUSSE, <b>La justice seigneuriale de Charroux à la fin de l'Ancien régime (1770-1790)</b> .....	677
Julien BROCH, <b>Les faux-monnayeurs devant la Cour des monnaies de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle</b> .....	693
Olivier SALATI, <b>La réforme de la procédure d'appel</b> <i>Le point de vue de l'Université</i> .....	735
Habib NOUISSER, <b>« Mariage pour tous » ? Pas pour tout le monde</b> <i>Retour sur l'exclusion de 11 nationalités par la circulaire du 29 mai 2013</i> .....	745
Janick ROCHE DAHAN, <b>Vers la fin de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe : mais que reste-t-il du mariage ? (Cass. 1<sup>re</sup>, 4 déc 2013)</b> .....	769
Christelle ASSIMOPOULOS, <b>Le rédacteur d'actes, entre définition et sources de responsabilité (in)certaines</b> .....	785
Geoffroy HILGER, <b>La fonction renouvelée de l'interprétation conforme en droit pénal</b> .....	819
Eva FISCHER-ACHOURA, <b>L'action de groupe à la française</b> .....	851
Damien VIGUIER, <b>Aux sources de la réification des créances et des dettes : capitalisme et comptabilité en partie-double</b> .....	865



Ramsès AKONO ADAM, <b>Les clairs-obscur du régime de faveur des créances postérieures en droit OHADA des procédures collectives</b> <i>Réflexions à la lumière du droit français des entreprises en difficulté</i> .....	879
Hervé ARBOUSSET, <b>De la complexité du droit : l'exemple du service public géré par Pôle Emploi (TC, 9 décembre 2013, n° C3924)</b> .....	927
Arnaud LAMI, <b>La compétence du Conseil d'État pour connaître des demandes indemnitaires liées au recrutement d'un professeur d'Université</b> <i>CE Section, 21 juin 2013, Mme X., n° 354299</i> .....	943
Anne-Charlène BEZZINA, <b>Le domaine public : Essai sur les droits publics subjectifs collectifs</b> .....	953
Dr Abdulrahman ALRADWAN, <b>Comparative Analysis of Non-Pecuniary Losses</b> .....	975
Vanessa BARBÉ, <b>La définition juridique de l'intégration</b> <i>Étude de droit comparé</i> .....	1001
Ali BENCHENEB, <b>La promotion de la médiation judiciaire en Algérie</b> .....	1025

### RRJ 2014-3

Jacqueline POUSSON-PETIT, <b>L'évolution des techniques de régulation juridique et la simplification du droit et en droit en Europe</b> <i>Étude comparative des différents droits européens dans trois branches juridiques : la biomédecine, la famille, les affaires</i> .....	1057
Boris BARRAUD, <b>Droit public-droit privé : de la <i>summa divisio</i> à la <i>ratio divisio</i> ?</b> .....	1101
David GANTSCHNIG, <b>L'application prétorienne de la règle de droit par analogie</b> .....	1133
Véronique COQ, <b>Le positivisme juridique de Marcel Waline (1900-1982)</b> .....	1155
Christiane DEROBERT-RATEL, <b>Le vieux cimetière juif d'Aix-en-Provence, reflet de l'histoire d'une communauté</b> .....	1183
Nicolas OOSTERLYNCK, <b>La réforme de la procédure d'appel</b> .....	1263
Marcel FOULON et Yves STRICKLER, <b>Le référé-différend</b> .....	1277
Lucas OUEGOUM, <b>La future introduction du principe de l'exception d'inexécution par anticipation dans le Code civil</b> .....	1317
Alexis POSEZ, <b>L'élaboration prétorienne du régime de l'exception de nullité, ou l'éviction progressive des droits de la défense</b> .....	1333
Sarah TORRICELLI-CHRIFI, <b>Le devoir de conseil du rédacteur d'actes : convergence et singularité</b> .....	1355
Ali ZARROUK, <b>La participation judiciaire à l'élaboration du contenu du contrat : l'implicite et la clause réputée non écrite</b> <i>Étude de comparaison</i> .....	1369

<b>Maïté GUILLEMAIN, Le régime jurisprudentiel des chaînes de contrats de droit d’auteur</b>	
<i>Commentaire d’un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 mai 2013 sur le thème des chaînes de contrats en droit d’auteur.....</i>	1391
<b>Thomas M’SAÏDIÉ, L’interprétation par le Conseil d’État du droit d’établissement : le cas de la Polynésie française .....</b>	1405
<b>Renan LE MESTRE, Du Capitole à la Maison Blanche via Pennsylvania Avenue ou la transformation, depuis 1787, de la vice-présidence des États-Unis .....</b>	1417
<b>Bernard CHÉRIOUX, Le gouvernement du compromis et la dilution du pouvoir politique en Nouvelle-Calédonie .....</b>	1443
<b>Harold Kobina GABA, La protection collective des consommateurs en droit européen : nécessité d’une action de groupe ou de recours collectifs et raisons politico-économiques et juridiques.....</b>	1473
<b>Mamadou Falilou DIOP, Les difficultés de mise en œuvre du mécanisme onusien de la responsabilité de protéger : les exemples libyen et syrien .....</b>	1491
<b>André ORAISON, Diego Garcia : une base militaire américaine permanente au cœur de l’océan Indien.....</b>	1529
<b>Jérôme GERMAIN, La transposition du TSCG en Allemagne : un élève trop brillant pour être réellement discipliné ? .....</b>	1545
<b>Adel ALMANE, La protection pénale des croyances religieuses en droit positif des pays du Golfe .....</b>	1557
<b>Dr. Mordhi ALAYASH ALENEZI, La Compatibilité des lois arabes avec les conventions internationales en vigueur à propos de la traduction des Œuvres .....</b>	1573
<b>Moussa REZIG, Le droit de l’adoption ; réalité et aspirations Étude comparative.....</b>	1589

#### RRJ 2014-4

<b>Robert GARRON, Un exemple d’erreur de méthode : la loi sur le « mariage pour tous » .....</b>	1625
<b>María Isabel GARRIDO GÓMEZ, Contextualisation des droits Sociaux autour des valeurs juridiques et de l’État.....</b>	1633
<b>Marc GUERRINI, L’office du juge et le rôle de la loi face à la mort De quelques réflexions consécutives à l’affaire Vincent Lambert.....</b>	1653
<b>Moussa THIOYE, L’utilisation des standards juridiques par le juge.....</b>	1669
<b>Jean-Philippe BOREL, La mobilisation du sol dans la pensée Saint Simonienne : l’oeuvre d’Alphonse Decourdemanche .....</b>	1687
<b>Alexandra PAULS, Le projet de réforme du droit des obligations à l’aune de la clause de révision pour imprévision .....</b>	1711
<b>Jean-Jacques LAVENUE, Sur un Pont aux Anes : le Dossier Médical Personnel et la protection des données de santé.....</b>	1735

Julien LAGOUTTE, <b>À propos de la responsabilité environnementale</b> <i>Des quelques déséquilibres de la réforme à venir</i> .....	1757
Thierry TAURAN, <b>Vers le déclin de l'immunité de juridiction pénale ?</b> <i>À propos de la recevabilité de plaintes avec constitution de partie civile</i> .....	1781
Yves HAMULI KABUMBA, <b>La « commission multiple d'actes » et l'« attaque généralisée » en matière de crime contre l'humanité</b> <i>État des lieux de la jurisprudence de la Cour pénale internationale</i> .....	1793
Marcel SOUSSE, <b>Qualité des soins et responsabilité médicale</b> .....	1817
Henri BOUILLON, <b>Les recommandations de bonne pratique médicale : technique médicale et responsabilité juridique</b> .....	1849
Fabienne LABELLE-PICHEVIN, <b>L'obligation d'information environnementale dans la vente d'immeuble</b> <i>Regard critique et prospectif</i> .....	1879
Aurore CATHERINE, <b>Vers la consécration du droit au logement opposable comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ?</b> .....	1907
Jean-Pierre FERRAND, <b>« Drive » et urbanisme commercial, entre fantasmes et illusions</b> <i>Commentaire de l'article 129 (VI) de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR)</i> .....	1941
André ORAISON, <b>Analyse du traité franco-mauricien signé à Port Louis le 7 juin 2010 et relatif à la gestion commune de l'île Tromelin</b> .....	1979
Guillaume BRICKER, <b>L'identification des normes impératives du droit international général (<i>jus cogens</i>)</b> .....	1991
Renan LE MESTRE, <b>« The real effective instrument to control and adjust the movements of the machinery, when out of order, or in danger of self-destruction » : l'article V de la constitution des États-Unis</b> .....	2051
Angelo Kangni EKOUÉ, <b>La complémentarité inversée</b> <i>Éléments pour une critique rationnelle de l'action de la Cour pénale internationale en Afrique</i> .....	2077
Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, <b>De la pertinence relative de la dichotomie droit civil/common law dans la réflexion sur les rapports entre le droit comparé, le droit du développement et le droit vivant</b> <i>Quelques observations à partir du cas de l'Afrique</i> .....	2095

---

**RRJ 2014-5**

Massimo LA TORRE, <b>Concetti giuridici e tortura</b> <b>Usi ed abusi teorici</b> .....	2163
Massimo LA TORRE, <b>Concepts juridiques et torture</b> <b>Usages et abus théoriques</b> .....	2175
Stefan GOLTZBERG, <b>Dans quelle mesure faut-il réviser la notion</b> <b>de cruauté ?</b> .....	2187
Olivier THOLOZAN, <b>Le contrat de travail</b> <i>Révision du louage de service en droit français</i> .....	2199
Frédéric ROUVIÈRE, <b>Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier</b> <b>un concept juridique ?</b> .....	2213
Alain PAPAUX, <b>Pour des « concepts juridiques épais » :</b> <b>entre un passé sédimenté par le futur et un futur préempté</b> <b>par le passé</b> .....	2231
Jean-Yves CHÉROT, <b>Signification et révision des concepts en droit</b> .....	2257

## TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

---

- Action de groupe à la française, 851, 1473  
Ancien régime, 677  
Autorités administratives indépendantes, 307
- Bail
- commercial, 482
  - à usage professionnel, 482
- Biomédecine, 1057
- Chaînes de contrats, 1391  
Clause de révision pour imprévision, 1711  
*Common law*, 2095  
Comptabilité en partie-double, 865  
Concepts juridiques, 2163, 2175, 2213, 2231, 2258  
Conflit de normes, 390  
Contrat de travail, 2199  
Conseil constitutionnel, 307  
Conseil d'État, 943  
Cour européenne des droits de l'homme, 99  
Cour pénale internationale, 1793, 2077  
Crime contre l'humanité, 1793  
Cruauté, 2187
- Défenseur des droits, 307  
Dignité humaine, 99  
Domaine public, 953  
Dossier Médical Personnel, 1735
- Droit
- administratif, 573
  - au logement, 1907
  - civil, 15, 573, 2095
  - de la défense, 1333
  - de l'adoption, 1589
  - européen, 1473
  - international général, 1991
  - légal de rétractation, 157
  - naturel, 15
  - public, 1101
  - privé, 1101
  - sociaux, 1633

---

Éthique juridique, 655  
Exception d'inexécution par anticipation, 1317

Immunité de juridiction pénale, 1781  
Inflation normative, 49  
Information publique, 271  
Interdisciplinarité, 557

Juge administratif, 75, 390  
*Jus cogens*, 1991

Loi ALUR, 1941

Mariage, 745, 769, 1625  
Morales scolaires (définition juridique), 25

Nouvelle-Calédonie, 1443

OHADA, 879  
Ordre public, 75

Partie civile, 1781  
Pôle Emploi, 927  
Port d'arme, 359  
Positivisme juridique, 1155  
Prohibition américaine, 454  
Protection des données de santé, 1735

*Ratio divisio*, 1101  
Référé-différend, 1277  
Réforme de la procédure d'appel, 735, 1263  
Réforme du droit des obligations, 1711  
Régime de l'exception de nullité, 1333  
Responsabilité  
- environnementale, 1757  
- juridique, 1849  
- médicale, 1817

Sanction-réparation, 113  
Service public, 927  
Standards juridiques, 1669  
*Summa divisio*, 1101

Torture, 2163, 2175

Urbanisme commercial, 1941

Vice-présidence des États-Unis, 1417

## TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

---

AFROUKH Mustapha, 99  
AKONO ADAM Ramsès, 879  
ALANZI Dr. Abdulsalam, 524  
ALAYASH ALENEZI Dr. Mordhi,  
ALMANE Adel,  
ALRADWAN Pr Abdulrahman, 1573  
ARBOUSSET Hervé, 251  
ASSIMOPOULOS Christelle, 785  
ANTIPPAS Jeremy, 573  
ARBOUSSET Hervé, 251, 927

BALLOT Élodie, 113  
BARBÉ Vanessa, 1001  
BARRAUD Boris, 1101  
BENCHENEB Ali, 1025  
BEZZINA Anne-Charlène, 953  
BOREL Jean-Philippe, 1687  
BOUILLON Henri, 1849  
BRICKER Guillaume, 1991  
BROCH Julien, 693

CAIRE Anne-Blandine, 655  
CATHERINE Aurore, 1907  
CHÉRIOUX Bernard, 1443  
CHÉROT Jean-Yves, 2257  
COUTANT Arnaud, 454  
COQ Véronique, 1155

DAÏMALLAH Hakim, 307  
DEFLOU Arnaud, 75  
DELANLSSAYS T. et WILINSKI F., 390  
DEROBERT-RATEL Christiane, 1183  
DIOP Mamadou Falilou, 1491  
DUPRÉ Marc, 619

EKOUE Angelo Kangni, 2077

FAUTRÉ-ROBIN Aurélia, 157

---

FERRAND Jean-Pierre, 1941  
FISCHER-ACHOURA Eva, 851  
FOULON Marcel et STRICKLER Yves, 1277  
FREISSES Lucas, 199

GABA Harold Kobina, 1473  
GANTSCHNIG David, 1133  
GARRIDO GÓMEZ María Isabel, 1633  
GARRON Robert, 1625  
GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François, 2095  
GERMAIN Jérôme, 1545  
GOLTZBERG Stefan, 2187  
GUERRINI Marc, 1653  
GUILLEMAIN Maité, 1391

HAMULI KABUMBA Yves, 1793  
HILGER Geoffroy, 819

LA TORRE Massimo, 2163, 2175  
LABELLE-PICHEVIN Fabienne, 1879  
LAGOUTTE Julien, 1757  
LAMI Arnaud, 943  
LANNEAU Régis, 557  
LAVENUE Jean-Jacques, 1735  
LE MESTRE Renan, 359, 1417, 2051  
LECOEUR Chrystelle, 325

MPSAÏDIÉ Thomas, 217, 1405

NDAM Dr. Ibrahim, 482  
NOUISSER Habib, 745

OOSTERLYNCK Nicolas, 1263  
ORAISON André, 408, 1529, 1979  
OUEGOUM Lucas, 1317

PAPAUX Alain, 2231  
PAULS Alexandra, 1711  
PRAYER Sophie, 49  
POSEZ Alexis, 1333  
POUSSON-PETIT Jacqueline, 1057

REZIG Moussa, 1589  
ROCHE DAHAN Janick, 769  
ROUVIÈRE Frédéric, 2213



SALATI Olivier, 735

SAUSSE Julien, 677

SÉRIAUX Alain, 15

SIMMALA Di Gore, 135

SOUSSE Marcel, 1817

TAURAN Thierry, 1781

TERESI Laurent, 271

THIOYE Moussa, 1669

THOLOZAN Olivier, 2199

TORRICELLI-CHRIFI Sarah, 1355

VERGELY Daniel, 25

VIGUIER Damien, 865

ZARROUK Ali, 1369

Composition et mise en page :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Caroline PY

Conception et réalisation de la couverture :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Sylvia ROGER & Cédric HAMEL

Impression :  
SERVICE IMPRIMERIE  
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

---

DÉPÔT LÉGAL – 3<sup>e</sup> Trimestre 2015