

LE CONCEPT : OUTIL DE COMMUNICATION ?

Par

Eric MILLARD

*Professeur de droit public
Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074)
Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

Il n'est rien de plus naturel et nécessaire que de s'interroger sur la nature des concepts qu'emploient les juristes ; aussi bien dans le langage de la prescription valide : dans les textes normatifs et dans les décisions juridiques ; que dans les autres langages des juristes : l'activité théorique, l'activité scientifique ou doctrinale de description du droit, l'activité dogmatique de systématisation ou de proposition normative. Pour autant, les juristes procèdent rarement à cette interrogation, y compris dans le champ qui devrait y être le plus propice, le champ théorique¹. D'un autre côté, il existe dans le débat philosophique actuel un renouvellement de l'interrogation sur les concepts², mais il est peu reçu dans la réflexion de la théorie du droit qui pour l'essentiel s'en tient aux analyses classiques de la philosophie analytique, et il est sans doute peu utilisable tel quel car justement ce débat ne prend sans doute pas assez en compte la diversité des langages qu'emploient effectivement les juristes.

Deux exceptions doivent être plus précisément signalées. La première est liée au mouvement du réalisme dit scandinave (et plus précisément à la reformulation du réalisme scandinave sur des bases analytiques par le théoricien du droit danois Alf Ross, au milieu du XX^e siècle, et à l'héritage qu'assument des approches réalistes et empiristes plus modernes comme les mouvements de l'analyse critique du langage juridique : Écoles de Gênes ou de Nanterre par exemple)³ ; le second à un approfondissement de la pensée normativiste (kelsénienne si l'on préfère) à laquelle se livrent certains travaux théoriques comme la thèse proposée par Régis Ponsard : *Les catégories juridiques et le conseil constitutionnel, Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels* (en dépit de son intitulé – et de certaines

¹ Rarement ne signifie pas jamais et une littérature disponible existe pourtant. Voir notamment de manière non exhaustive : Pintore A., *La teoria analitica di concetti giuridici*, Jovene, Naples, 1990 et Troper M., « Les concepts juridiques et l'histoire », in Troper M., *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011.

² En première analyse, on pourra se référer à l'ouvrage de Murphy G., *The Big Book of Concepts*, MIT Press Paperback, 2004 ; et Longy F. et Le Du M., *Concepts et Catégories*, Cahiers philosophiques de Strasbourg n° 17, Université de Strasbourg, 2004 ; ainsi que Benoist J., *Concepts, Introduction à l'analyse*, Cerf, 2010. On trouvera une bibliographie très complète dans la thèse de Ponsard R., *Les catégories juridiques et le conseil constitutionnel, Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, thèse droit public, Université Paris 1, 2011, notamment note 134, p. 56.

³ Le texte plus classique et le plus facile d'accès est alors le célèbre *Tü-Tü*, in Ross A., *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004. Il convient de rappeler que le terme réaliste que ce mouvement emploie peut induire en erreur car il ne s'agit en rien de réalisme philosophique.

imperfections formelles – ce travail académique propose ce qui est sans doute en langue française une des meilleures réflexions actuelles sur la nature des concepts dans la langue normative valide)⁴.

Ne partageant pas cependant l'ensemble des présupposés d'une théorie normativiste du droit, et notamment son nécessaire dualisme ontologique entre le monde des faits et le monde des normes, je me limiterai à la conception des concepts qui prévaut dans une approche réaliste ou empiriste du droit. Par ailleurs, je n'aborderai évidemment pas la question de manière générale ; il doit être clair de ce que j'ai dit que la multiplicité des langages qu'emploient effectivement les juristes devrait conduire à distinguer des usages théoriques, descriptifs et prescriptifs de concepts. Mais à cet égard, la posture épistémologique du positivisme, dont le réalisme constitue une des variantes possibles, amène à nier que les concepts du langage théorique et descriptif des juristes puissent avoir une spécificité par rapport aux concepts théoriques et descriptifs d'autres sciences : pour le dire autrement, ils n'ont pas une nature différente de celle des concepts de n'importe quelle science, car le positivisme nie que la science juridique ait une nature différente de celle des autres sciences ; seul son objet diffère (éventuellement), qui est construit comme objet scientifique dans une démarche identique à celle des autres sciences. Ainsi, les concepts théoriques de la théorie du droit ou de la science du droit que cette théorie prescrit peuvent être traités comme d'autres concepts classiques dans d'autres champs, et soumis au débat philosophique ordinaire. Il en va cependant différemment pour les concepts qui figureraient dans la langue prescriptive : la langue prescriptive valide du législateur au sens large, ou du juge au sens large ; la langue prescriptive de la dogmatique juridique également. Ces prétendus concepts n'ont certainement pas la même nature que les concepts traités par la philosophie de la connaissance et se pose la question de savoir si ce sont des concepts (et si éventuellement dans ce cas leur nature serait originale) ou si ce ne sont tout simplement pas des concepts, mais des mots « creux » qui ne remplissent que des fonctions de communication.

L'état de la réflexion des juristes théoriciens sur cette question peut être brièvement présentée autour de quatre propositions concernant le langage juridique (I), l'absence de référents des prétendus concepts de ce langage (II), la fonction communicationnelle de systématisation de ces prétendus concepts (III) et finalement leur fonction communicationnelle directrice lorsqu'ils sont employés (ou reçus) de manière non critique (IV).

I. Le droit comme langage prescriptif au sens large

Si tous les juristes (généralement) reconnaissent une dimension linguistique au droit, seul le réalisme ou empirisme réduit le droit à des entités linguistiques appréhendées comme des faits. Le réalisme, pour reprendre une redéfinition proposée par Riccardo Guastini⁵, soutient trois thèses. La première est une thèse méthodologique portant sur l'interprétation et professant le scepticisme : toute activité d'interprétation (juridique) d'un texte juridique est décisionnelle en ce qu'elle est toujours une activité fondée sur la volonté et non sur la connaissance. La deuxième est une thèse ontologique empiriste portant sur l'objet droit : le droit est un ensemble de faits

⁴ Ponsard R., thèse précitée.

⁵ Guastini R., « Il realismo giuridico ridefinito », in Guastini R., *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, 2013 p. 165 et s.

sociaux d'un certain type, et rien d'autre. La troisième est une thèse épistémologique prescriptive portant sur la science du droit : ce doit être une activité de description de ces faits sociaux. Comme on le voit aisément, ces trois thèses sont liées et s'articulent autour de l'idée que la réduction empiriste assimile le droit à un ensemble d'entités linguistiques de nature factuelle. Mais dire que ces entités constituent des faits (observables, descriptibles et éventuellement vérifiables) ne dit encore rien sur le type d'entités concerné.

Ces entités sont des entités linguistiques prescriptives. Cela signifie qu'elles ne nous informent pas sur l'état du monde (elles ne décrivent pas) et en conséquence elles ne peuvent pas être évaluées en terme de vérité. Elles indiquent au contraire des préférences sur ce que devrait être le monde, préférences qui parfois (mais pas toujours) sont appuyées par la force. Ces entités sont ainsi diverses à plusieurs points de vue. D'une part, elles peuvent prendre des formes diverses, et ne se limitent pas à un seul type d'objet : la législation par exemple. Elles peuvent prendre la forme d'énoncés normatifs émanant de certaines autorités comme le législateur, ou d'énoncés interprétatifs ; ces derniers peuvent être contenus dans des décisions de certaines autorités comme un juge ou un administrateur, ou dans des textes savants qui décrivent les significations possibles des énoncés normatifs, ou qui interprètent ces énoncés, ou enfin dans la pratique des juristes professionnels (et même de citoyens), qui se servent de ces énoncés ou de ces interprétations. On peut donc distinguer au sein de ces entités linguistiques qui constituent le droit des textes normatifs (des énoncés validement produits, donc produits conformément à d'autres textes⁶), des normes (des significations proposées de ces textes) et enfin des normes en vigueur (des significations employées par certaines autorités « validement » constituées, c'est à dire constituées sur le fondement d'énoncés normatifs). D'autre part, elles peuvent avoir des significations diverses : un commandement, une habilitation, une incitation, une interdiction, une autorisation, etc. Enfin, elles peuvent exprimer des valeurs diverses.

Le langage juridique (le langage des entités qui forment le droit) a ainsi une double particularité.

Il a d'abord toutes les caractéristiques d'un langage prescriptif. En tant que langage prescriptif, il peut être directif, particulièrement dans ses énonciations, qui constituent des directives pratico-morales : il a pour fonction de présenter une évaluation morale relative à la classe de faits sur laquelle porte l'énonciation (ou bien il est juste de payer ces impôts, ou bien il est injuste ou mal de tuer, par exemple : faire croire) et d'inciter les destinataires de ce langage (le corps social) à adopter le comportement valorisé : faire faire. Mais en tant que langage prescriptif, il est aussi normatif en ce qu'il fournit des justifications déontiques à des actions, comportements et décisions (en termes de droits et obligations). Enfin en tant que langage prescriptif il peut avoir une fonction performative en constituant les statuts juridiques de certaines classes de fait sur lesquelles il porte (par exemple le statut du national), ou de certaines situations singulières qu'il traite (par exemple l'acte de naturalisation d'un étranger). En cela, il ne diffère pas totalement d'autres langages prescriptifs, comme peuvent l'être un ensemble de commandements religieux ou moraux. Les raisons de son efficacité sont complexes, et tiennent en grande partie à

⁶ Ce qui pose la question de l'ordre juridique et de son impossible validité absolue. La validité est un rapport intra-systémique entre entités d'un système, et non une propriété du système.

des facteurs psycho-sociologiques (éducation, morale individuelle ou collective, crainte de l'autorité ou croyance en sa légitimité, etc.).

Mais ce langage prescriptif aurait une seconde particularité, qui permettrait en partie de le distinguer d'autres ensembles d'entités linguistiques prescriptives : il se présente comme un ensemble d'entités qui fait système, c'est-à-dire qui constitue au sens kelsénien une hiérarchie entre les entités appartenant au même ensemble. L'ensemble de ces entités (le droit au sens d'un système posé) fournit un critère d'appartenance (de production si l'on préfère) : il désigne les modalités de production de textes normatifs valides, et les autorités dont les interprétations sont reconnues authentiques. Cette manière de voir est peut-être un peu trompeuse. Comme je l'ai dit, le droit ne se limite pas à des entités linguistiques valablement produites ou authentiquement interprétées. Des juristes savants ou praticiens proposent également des interprétations de textes normatifs, utilisent les textes normatifs, les manipulent pour présenter des prescriptions comme des normes valides. Il serait tentant de limiter le droit à des entités linguistiques spécifiques : les normes en vigueur (les interprétations des autorités authentiques). Mais ce serait négliger la nature idéologique de tout ensemble prescriptif. La propriété systémique n'est pas une propriété observable d'un système d'entités linguistiques : elle est une signification possible des entités qui se présentent comme système. En ce sens, elle ne précède pas la description des significations, mais est l'objet de cette description. Bien sûr, la science du droit quand elle construit son objet peut décider de s'en tenir aux normes en vigueur (les interprétations décidées par certaines autorités de manière authentique ; c'est par exemple le choix prioritaire du réalisme nanterrois), ou aux énoncés valablement produits (et aux significations que l'on peut leur attribuer selon certaines méthodes linguistiques données ; c'est là le choix prioritaire d'un certain normativisme). Mais c'est là un impératif épistémologique nécessaire à la possibilité d'une science du droit décrivant le droit positif, non un impératif théorique condamnant à exclure de l'objet droit un langage prescriptif plus vaste : l'ensemble des entités linguistiques effectivement utilisées dans une société et exprimant l'idéologie juridique ; d'ailleurs une autre science du droit possible se donne pour objet la description critique méta-dogmatique : la description des idées de droit effectivement exprimées par les juristes de manière prescriptive. Tout cela constitue les entités linguistiques prescriptives que l'on appelle droit. Et c'est dans cette idéologie vaste et diversifiée que doit être posée la question du concept.

II. Des concepts sans référence autonome

La position réaliste sur les prétendus concepts du langage juridique au sens large peut être aisément résumée par le mot d'ordre avancé par Karl Olivecrona⁷, un autre grand théoricien du réalisme scandinave : ce sont des « hollow words » c'est-à-dire des mots à la fois creux et trompeurs. Le jugement apparaît définitif, est sans doute aux yeux de beaucoup excessif, mais je crois qu'il est fondé si l'on veut bien comprendre ce qu'analyse Olivecrona. Ils sont vides car ils ne désignent (ne saisissent pas une totalité si l'on préfère d') aucune substance réelle autonome qui existerait en dehors de la langue du droit (qui serait empirique) ; ils sont trompeurs car l'approche commune, non critique, y compris chez nombre de juristes, leur prête (ou leur prétend avoir) une substance réelle autonome.

⁷ Olivecrona K., *Law as fact*, Steven and Sons, 1971.

Deux précisions doivent être apportées. En premier lieu, une précision doit porter sur les concepts concernés. La langue juridique est prétendument une langue technique, mais chacun s'accorde à penser que son vocabulaire ne possède pas le degré de précision et d'autonomie du langage scientifique ; il est probable d'ailleurs que si tel était le cas, elle ne pourrait remplir les fonctions directives déjà soulignées, nécessaires à la prescription. Pour autant, on peut considérer que cette langue se sert de deux types de concepts : des concepts communs, qu'elle emprunte à d'autres langages, et qui peuvent avoir une référence empirique ; et des concepts proprement juridiques. Si nous imaginons qu'existe une disposition indiquant « le propriétaire d'un chien doit le faire tatouer », il est clair que le concept de chien ici présent n'est en rien un concept proprement juridique : ce concept est généralement le concept classique d'une autre langue (qui peut être une langue scientifique, telle la biologie), même si par ailleurs pareil usage n'exclut pas la question de l'interprétation (décisionnelle) des objets réels tombant sous le concept visé par l'entité linguistique juridique (l'interprétation implique qu'une définition soit au moins implicitement donnée par l'interprète, qui pourrait différer de celle qui a cours dans le langage de la biologie sans affecter la correction juridique). En revanche, le concept de propriétaire est un concept proprement juridique : il est construit par le langage juridique. C'est évidemment de ce type de concept dont on parle ici d'abord en les qualifiant de vides et trompeurs : les concepts premiers du langage juridique, tels la propriété, le contrat, la culpabilité, la constitution, la loi, la liberté d'entreprendre, la responsabilité politique, l'intérêt général, les droits et les obligations, etc., qui peuvent par ailleurs avoir une autre mobilisation que dans le langage juridique (par emprunt ou par conception différente) ; ils sont qualifiés de premiers car ils ne sont pas empruntés à une autre langue que le droit, qui en fournirait (même à simple titre informatif) la référence. Mais d'un autre côté, tous les langages des juristes s'y réfèrent, y compris le langage théorique et descriptif.

En second lieu, il faut insister sur un point : dire qu'ils ne désignent aucune substance réelle autonome, qu'en ce sens ils n'ont pas de référence dans le monde réel, ne signifie pas qu'ils n'ont absolument aucune référence. C'est dire simplement qu'ils ne se réfèrent à rien qui existerait en dehors des entités juridiques qui les emploient. Ce que dénotent par abstraction de tels concepts de la langue du droit ne sont pas des objets empiriques extérieurs, mais des règles. C'est ce qu'Alf Ross s'est employé de montrer à propos des concepts de propriété et de droits pris comme exemples⁸. Ces concepts ne servent qu'à désigner de manière synthétique une liaison entre deux catégories de règles : des règles qui établissent des faits-conditions, et des règles qui établissent des conséquences ; ou si l'on préfère tous les liens juridiques entre une pluralité disjonctive de faits et une pluralité conjonctive de conséquences. D'un côté, nous avons une série de règles qui établissent quand un individu doit être considéré juridiquement comme propriétaire, par exemple d'un chien : il l'a recueilli abandonné, ou bien il l'a recueilli dans un refuge, ou bien il l'a acheté chez un éleveur ou dans une animalerie, ou bien il l'a reçu en cadeau pour son anniversaire, ou bien il l'a reçu en héritage au moment d'une succession, ou bien il était déjà propriétaire des parents de ce chien, ou bien sans doute encore quelques autres situations qu'il serait long, inutile et fastidieux d'énumérer. De l'autre côté, nous avons toute une série de règles qui établissent (cumulativement) les conséquences

⁸ Ross A., *Tû-Tû*, *op. cit.*

juridiques de l'une quelconque de ces situations : devoir tatouer l'animal, et devoir le vacciner, et ne pas lui faire subir de mauvais traitements, et pouvoir le faire stériliser, et pouvoir le faire se reproduire, et pouvoir le présenter dans des concours de beauté, et pouvoir s'en servir pour une activité de travail, et devoir répondre des dommages qu'il causerait à autrui, etc., etc. ; là encore il serait vain de prétendre établir une liste exhaustive, d'autant qu'évidemment pour ces deux ensembles de règles, leur signification dépend de l'état du droit positif étudié. Eh bien, à chacune des situations visées par l'une quelconque des règles du premier type correspond l'ensemble des conséquences visées par toutes les règles du second type. Le concept de propriétaire ne désigne rien d'autre que cela, mais il désigne tout cela.

Pourquoi alors ce concept ne désignerait rien d'autonome ? Tout simplement parce que les règles concernées (donc les significations des entités linguistiques pertinentes) peuvent être extrêmement variables selon les systèmes, et extrêmement variables successivement dans un même système. Si l'on prend un exemple bien connu (et longuement discuté par les juristes et les citoyens), l'exemple du mariage, il est clair que dans certains systèmes figurent des règles qui conditionnent les conséquences du mariage à une différence de sexe, alors que dans d'autres cette règle ne figure pas et qu'au contraire une autre règle autorise les personnes de même sexe à se marier, c'est-à-dire à bénéficier de toutes les conséquences des règles que ce système attribue aux personnes mariées. Comme il est clair que même dans ces derniers systèmes, les règles conditions ont changé et que jusqu'à récemment y figuraient une règle différente. Le concept (juridique premier) de mariage ne désigne donc aucune substance réelle autonome, sinon la liaison entre les règles conditions pertinentes et les règles conséquences pertinentes selon un système donné. Le concept juridique ne dénote qu'un usage donné dans des règles juridiques. L'argument est alors parfaitement réversible en ce qu'il peut permettre de dire qu'il s'agit réellement de concepts (qui dénotent cet usage) ou qu'il ne s'agit en rien de concepts (car ils ne dénotent que cet usage et aucun objet empirique autonome) ; mais il n'y a pas de place pour des concepts juridiques ayant une nature originale.

III. Une fonction communicationnelle de systématisation.

Wilhelm Lundstedt, le troisième grand théoricien du réalisme scandinave, partageait avec Ross et Olivecrona l'idée que les concepts étaient des mots vides et creux, pour les raisons que je viens d'indiquer.⁹ Il en tirait comme conséquence extrême qu'il fallait en bannir l'usage, ou tout au moins cantonner ce dernier à la langue prescriptive, et la refuser dans la langue descriptive ou théorique (bref : il considérait que ce n'étaient pas des concepts). Ross a présenté de manière amusante la position de Lundstedt dans son article *Tû-Tû*, en la réfutant : c'est la posture du missionnaire qui en face d'une superstition n'en comprend pas la fonction et croit qu'une clarification du langage est suffisante à éradiquer l'usage de la superstition¹⁰.

Une fois que la démarche théorique a critiqué la prétention des concepts de la langue juridique à être des concepts forts, des abstractions saisissant une totalité d'objets empiriques autonomes, il convient de s'interroger pourtant sur ces fonctions. Comme cela doit apparaître clairement de ce qui précède, il est fort possible de se passer du concept de propriétaire ou de mariage. Mais nous risquerions de

⁹ Lundstedt W., *Legal Thinking Revised (My Views on Law)*, Almqvist & Wiksell, 1956

¹⁰ Ross A., *Tû-Tû*, *op. cit.*

nous trouver dans la même situation que celle de ces savants dont parle Swift dans le voyage de Gulliver à Laputa, qui voulaient supprimer la possibilité de la langue : ne plus disposer de moyens de communiquer abstraitement sans devoir chaque fois montrer les objets dont nous parlons. Pour exprimer en effet la liaison entre une pluralité disjonctive de règles-conditions et une pluralité conjonctive de règles-conséquences (qu'exprime le concept de propriétaire), il nous faudrait désigner à chaque fois l'ensemble des règles constituant les deux pluralités concernées : une tâche dont on a vu qu'elle est très fastidieuse. Ross considère donc, à juste titre, que l'intérêt pragmatique de recourir au concept juridique, une fois sa critique faite, demeure : c'est un instrument de systématisation indispensable à la communication. Mieux, il considère que cette utilité pragmatique, inévitable dans le langage objet (le langage prescriptif) se recommande aussi dans le méta-langage, descriptif, si son usage tient compte de la critique théorique des concepts : ils ne sont rien d'autres que des outils de communication systématisant des règles : ils permettent alors de clarifier et ordonner un ensemble complexe de règles juridiques.

IV. Un risque de tromperie

Il est évident qu'une telle approche des concepts du droit suppose un travail théorique critique préalable à leur usage. D'un autre côté, les tenants de cette approche ont conscience que l'efficacité du droit (son existence comme système prescriptif efficace) présuppose que les concepts se présentent de manière trompeuse, comme se référant à des substances réelles autonomes : c'est la condition du faire-croire et du faire-faire de toute langue prescriptive. Il serait ainsi illusoire de prétendre pouvoir substituer à ces concepts des concepts d'une autre nature.

Ce qui doit alors poser question est l'usage de ces concepts dans la langue théorique ou descriptive. Deux écueils doivent être évités. Le premier concerne la démarche comparative (entre systèmes ou au sein du même système dans une perspective historique) : le piège existe de s'en tenir aux occurrences en imaginant que le même terme désigne les mêmes références, parce que cette référence serait une substance réelle autonome. On sait l'usage politique qui a pu en résulter, par exemple autour du mot de démocratie. Une comparaison ne peut reposer sur le repérage des occurrences de concepts, et le présupposé que ces occurrences renvoient à une substance extérieure commune ; elle ne peut faire l'économie de l'analyse des règles que systématisent chaque fois le concept, qui sont des règles propres à chaque système, et à chaque état du système.

Le second concerne la démarche réificatrice. Il est tentant de rechercher derrière les règles ou d'attribuer au-delà des règles au concept une réalité, qui désignerait ou constituerait une substance extérieure. C'est là le piège naturaliste ou cognitiviste auquel succombent trop souvent les juristes, qui se croient alors en mesure de parler du vrai concept de contrat, de propriété ou de mariage, alors qu'ils n'expriment au mieux que leurs préférences idéologiques et morales, au pire un non sens.

