

**DEFINIR LES DEFINITIONS JURIDIQUES
ou définir le droit ?**

Par

Christian ATIAS
*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

DEFINIR LES DEFINITIONS JURIDIQUES ou définir le droit ?

Par

Christian ATIAS (*)
*Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

1. - **La définition au coeur de la pensée juridique.** Définir, maîtriser le langage, dompter la réalité en l'enfermant dans une seule phrase qui reste en mémoire, mettre un mot docile à la place de la chose toujours quelque peu rétive, le rêve est tenace ; et les juristes s'y abandonnent volontiers ! Quitte à vouloir classer les théoriciens du droit en deux catégories, il serait possible d'opposer, aux partisans de "l'observation ordinaire", les adeptes d'une politique juridique scientifique (1) ; leur confiance dans les "définitions claires" caractériserait ces derniers (2). Il est bien vrai que, par leur façon d'interroger les mots, les juristes se distinguent : l'un y recherche des décisions et s'arrête aux oeuvres d'un pouvoir, tandis que l'autre s'inquiète des raisons. Le droit de

(*) La majeure partie des recherches dont le lecteur trouvera ici un premier compte-rendu a été poursuivie en 1986-87, alors que l'auteur avait le grand privilège de travailler, en qualité de Boulton Senior Fellow, à la Faculté de Droit de l'Université McGill. Qu'il soit permis de dire ici tout le profit retiré d'une telle expérience ! L'auteur tient à témoigner sa très profonde reconnaissance à l'Université McGill et à la Fondation Boulton, pour leur appui et pour les conditions de travail exceptionnelles dont il a bénéficié, à Monsieur le Doyen Roderick Macdonald pour son chaleureux accueil, pour son aide et pour ses conseils judicieux et éclairés, à ses collègues pour leur patience et pour leurs excellentes suggestions, ainsi qu'aux étudiants pour leur intérêt et pour leurs critiques.

(1) B.A. Ackerman, Private Property and the Constitution, New Haven, Yale University Press, 1977, p. 10 et s. et passim. Il faut relever le rattachement, habituel depuis Gény, mais évidemment condamné par Kelsen, de la politique juridique à la science du droit. Comparer, pour une autre classification des juristes, G. Fletcher, "Two Modes of Legal Thought", Yale Law Journal, vol. 90, 1981, p. 970, et notamment 974-985.

(2) B.A. Ackerman, op. cit., p. 10.

l'un ne peut être le droit de l'autre. Ainsi, les définitions sont-elles au coeur de la pensée juridique. Les difficultés dites techniques, rencontrées dans la détermination de la solution applicable à une situation donnée, portent souvent sur le sens de tel ou tel terme, sur sa signification traditionnelle ou sur celle qui paraît résulter d'une loi particulière. C'est pour obtenir une définition plus précise d'un mot déjà en usage que la pratique réclame, par exemple, une réforme législative. De même, les controverses les plus générales peuvent être des querelles de définitions ; ce sont leurs incertitudes qui occupent le centre du débat. Nul ne s'étonne d'entendre critiquer une thèse pour s'être contentée de substituer des définitions à toutes les propositions couramment avancées dans les raisonnements juridiques (3).

Deux souvenirs pèsent lourdement sur le destin des définitions juridiques. Leur influence est d'autant plus grande qu'ils appartiennent au fonds commun des connaissances transmises aux étudiants en droit dès leurs premières années d'études. Le premier vient du *Digeste*. Qui n'a entendu citer : "*Omnis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti potest*" (4). En alertant ainsi les civilistes à venir sur les dangers des définitions juridiques, Javolenus ne se complaisait pas dans les banalités faciles. Il apportait sa contribution au combat contre l'influence excessive de certaines définitions, contre les carcans qu'elles tendent à devenir. Il est notable que seule la première partie de la citation soit généralement connue et citée ; beaucoup de juristes préfèrent demeurer discrets sur l'art de subvertir le langage. Dans ces prises de position sur les définitions juridiques - celle de Javolenus et celle de ses utilisateurs d'aujourd'hui -, ce sont déjà deux conceptions du droit qui transparaissent ; Le deuxième épisode historique est lié à la préparation du Code civil de 1804. La discussion fut vive aussi bien sur l'opportunité du maintien d'un titre préliminaire qui définissait notamment le droit naturel et d'autres notions fort larges, que sur des dispositions plus particulières. Les adversaires des définitions législatives reprirent plusieurs fois la même argumentation et ne se firent pas faute d'invoquer l'autorité de Javolenus. Selon eux, il fallait éviter "l'inconvénient... de mêler ensemble la science et la législation, les définitions et les dispositions, l'instruction et la volonté" (5). C'est la nature-même

(3) A.A. Leff, "Economic Analysis of Law : Some Realisme About Nominalism", *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, p. 459 : pour un exemple entre bien d'autres.

(4) Th. Mommsen et P. Krueger, *The Digest of Justinian*, avec traduction anglaise par A. Watson, vol. IV, University of Pennsylvania Press, 1985, Philadelphie, p. 969 : Javolenus, Livre 11, L. 202.

(5) Andrieux, discours au Corps Législatif, in Loqué, *La législation civile commerciale et criminelle de la France*, Paris, Trauttel et Würtz, 1827, t. 1, VII, p. 424-425 ; adde, op. cit., VIII, p. 448-449, n° 9. Il est notable que la même crainte

de la loi qui fut mise en avant : "Les définitions sont inutiles, puisqu'elles ne sont pas des dispositions dans la loi" (6). La résistance des rédacteurs fût opiniâtre. Portalis, en particulier, usa de l'arme favorite des juristes ; il distingua : "Les définitions générales ne contiennent, pour la plupart, que des expressions vagues et abstraites, dont la notion est souvent plus difficile à fixer que celle de la chose même que l'on définit" (7). L'argument condamnait, par exemple, la tentative de définition légale du droit. En revanche, "s'il est des définitions dont le législateur doive se rendre l'arbitre, ce sont celles qui appartiennent à cette partie muable et positive du droit, qui est tout entière sous la dépendance du législateur même" (8). Soutenant cette thèse, Portalis ne prétendait pas à la neutralité philosophique ; c'est au nom d'une conception particulière du droit qu'il défendait le pouvoir législatif de donner des définitions. En certaines hypothèses, la loi peut et doit définir parce que "les lois sont des volontés" (9) et parce qu'elles ont une fonction pédagogique : "rien n'est plus favorable que cette sorte d'instruction légale, qui éclaire et commande tout à la fois, et qui rassure la société contre les fluctuations de la science" (10). Dès 1804, la question des définitions juridiques se trouvait ainsi posée dans ses véritables termes : elle ne peut être résolue sans prendre parti sur les rapports entre le droit et le savoir juridique.

2. - La définition au coeur de la pensée philosophique. "Si les philosophes se sont tant occupés de la théorie de la définition, c'est principalement en vue des idées dans la conception desquelles la raison fait usage de la puissance qu'elle a de généraliser, d'abstraire, d'associer, de dissocier et d'élaborer diversement les matériaux que la sensation lui fournit" (11). En présentant ainsi la question, Cournot n'exagérait pas l'importance de ce thème ; il serait possible de présenter un tableau résumé

des définitions se retrouve en *Common Law* ; voir les lettres de Pollock à Holmes in C.H.S. Fifoot, *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, Londres, Stevens and sons Ltd, 1959, p. 110.

(6) Regnaud, intervention consignée in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XII, p. 261-262 : séance du 7 pluviôse an XI. Adde, op. cit., p. 263 : les interventions de Gall et de Bérenger dans le même sens.

(7) P.-A. Fenet, op. cit., t. VI, p. 43 : séance du 3 frimaire an X (présentation du projet au Corps législatif).

(8) P.-A. Fenet, *ibidem*.

(9) P.-A. Fenet, op. cit., t. VI, p. 43 et t. XII, p. 263 : la formule fut employée, à plusieurs reprises, par Portalis.

(10) Loqué, op. cit., t. 1, p. 463, n. 10. P.-A. Fenet, op. cit., t. XII, p. 263 (interventions de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu).

(11) A.A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, 1851, nouvelle édition, Paris, Hachette, 1912, n. 222, p. 338 ; il est révélateur que cette réflexion générale précédait, chez cet auteur, la présentation d'une théorie du droit, voir op. cit., p. 400 et s.

d'histoire épistémologique centré sur le thème de la définition. Certains voudraient y voir un instrument d'une parfaite neutralité, un outil à tout faire. Le choix d'une définition, et plus encore celui d'une conception de la définition, est pourtant déterminant. Il engage dans une certaine voie ; il favorise certaines constatations et découvertes et en interdit d'autres. Il n'est certainement pas indifférent de regarder la définition comme une part minime de la recherche logique ou de la placer au coeur de tout le système de connaissance (12). Dans les deux cas, c'est l'ensemble des relations du réel et du savoir qui s'en trouveront affectées. Parce qu'elle est l'une des pièces d'un mécanisme intellectuel de grande ampleur et de grande complexité, la définition ne peut être envisagée isolément. Un dictionnaire est toujours le reflet d'une conception du savoir, du réel et du rationnel. Łukasiewicz y insistait : "aucun système déductif ne peut s'appuyer sur des définitions comme fondements ultimes. Chaque définition suppose quelques termes primitifs grâce auxquels d'autres termes peuvent être définis ; mais le sens des termes primitifs doit être expliqué par des exemples, des axiomes ou des règles, fondés sur l'expérience" (13). C'était reconnaître que la définition ne peut être extraite du corps de connaissances complexes auquel elle appartient ; il est notable que le déductivisme juridique s'accompagne d'une sacralisation de la définition et tente d'éliminer le recours aux "termes primitifs".

Adopter une définition de la définition, c'est inévitablement choisir son camp. Si elle devient un *a priori* et cesse d'être "une traduction discursive de l'intuition" (14), elle risque fort d'empêcher tout retour au réel. Le but de la définition doit être de "faire connaître la chose... par l'indication de son genre et de ses différences" (15) et de donner une "formule de l'essence" (16), ou bien elle se sépare inexorablement du réalisme traditionnel, c'est-à-dire de l'épistémologie aristotélicienne. Les philosophes modernes du langage, d'un langage devenu le but et le bout de toute connaissance humaine, ne s'y sont pas trompés : ils ont redéfini la définition pour lui donner un rôle dans ces jeux de langage qui finissent par interdire toute référence au réel

(12) A.F. Bentley et J. Dewey, "Définition", *The Journal of Philosophy*, vol. 44, 1947, p. 287.

(13) J. Łukasiewicz, *Aristotle Syllogistic from the Standpoint of Modern Formal Logic*, 1ère éd., 1950, 2ème éd., 1957, Oxford, Clarendon Press, p. 206. Comparer W.A. de Pater S.J.C., *Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne. La méthodologie de la définition*, Ed. Saint Paul, Fribourg, Suisse, 1965, coll. Etudes Thomistiques, vol. X, p. 182, et la référence à Aristote, *Métaphysique*, A9, 992b, 30-33. Adde de Pater, op. cit., p. 212.

(14) W.A. de Pater, op. cit., p. 232.

(15) W.A. de Pater, op. cit., p. 208 et 169.

(16) W.A. de Pater, op. cit., p. 169, 214.

(17). Qui pourrait être assuré aujourd'hui d'être indemne de toute influence de cette sorte ? Dans nos définitions qui rassemblent, en un condensé saisissant, nos convictions profondes sur les rapports entre la réalité et la raison, quelque chose de l'irréalisme contemporain se retrouve certainement.

3. - **La leçon des définitions juridiques.** Les théoriciens du droit qui réfléchissent à la nature des définitions dans leur domaine (18), s'inspirent inévitablement de ces positions philosophiques. Qu'ils s'y réfèrent explicitement ou non, ils en retiennent quelques postulats, quelques propositions, quelques tendances. Maître du choix de leurs sources, ils le sont moins de leurs souvenirs et de leurs inclinations ; lors même qu'ils croient se rallier à une philosophie, ils ne peuvent être sûrs de se libérer tout à fait des autres. Il ne suffit pas -chacun le sait- qu'une analyse soit nourrie de maintes illustrations puisées dans la technique juridique, pour qu'elle échappe à tout présupposé venu de bien plus loin, de la formation reçue et acquise, des expériences personnelles notamment. Le théoricien qui reprend des distinctions usuellement opérées dans la diversité des définitions, ne décrit pas seulement ; il a conscience d'employer un outil qui n'est pas neutre. En comparant des catégories de définitions législatives, de formules envisagées dans les termes choisis par les rédacteurs, il saisit une réalité ; il porte son attention sur des mots, sur des expressions, supposés dotés d'une force propre et d'une signification originaire supérieure à toute interprétation ultérieure ; l'observateur aurait vu autre chose sans doute s'il s'était interrogé sur l'acte de définir, sur la chaîne des définitions enchevêtrées que le législateur, le juge, l'avocat, le notaire, l'huissier, les particuliers et le professeur composent dans leur travail quotidien.

Toute théorie des définitions juridiques dépend d'une théorie de la connaissance d'une part, d'une théorie du droit, ainsi que du langage et du savoir juridiques d'autre part. En particulier, elle met en cause les rapports du pouvoir -pouvoir de construire le droit ou certaines de ses composantes, pouvoir de construire un langage- et du savoir -savoir-reflet, savoir-écran, savoir-pouvoir-. A cette théorie, il est impossible de demander seulement ce que sont les définitions juridiques ; dans sa réponse, c'est la nature du droit qui transparait. Elle apprend autant sur la

(17) R.L. Arrington, "Mechanism and Calculus" : Wittgenstein on Augustine's Theory of Ostension", in C.G. Luckhardt, *Wittgenstein. Sources and Perspectives*, Cornell University Press, Ithaca (N.-Y.), 1979, p. 328.

(18) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, coll. Méthodes du droit, n. 182 et s., p. 210 et s. et les références citées. G. Cornu, "Les définitions dans la loi", *Mélanges J. Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et s. J.-L. Souriaux, *Introduction au droit*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1987, n. 44, p. 47.

détermination des concepts et catégories juridiques que sur les pièges du rationalisme et du volontarisme. Dans une vision intemporelle où le droit est le produit immédiatement achevé d'une manifestation de volonté institutionnelle ponctuelle, d'une décision unique et irremplaçable, la définition ne peut qu'être un résultat, cette formule mise à la disposition d'exécutants disciplinés. Si le droit s'inscrit dans la durée et se constitue spontanément au gré des relations complexes qui s'établissent entre des décisions générales et particulières, des réactions individuelles et la nature humaine placée dans des circonstances sans cesse changeantes, la définition est un acte, un ensemble d'actes, un développement continu dont aucune étape ne peut être excessivement privilégiée.

I - LA DEFINITION JURIDIQUE COMME RESULTAT

4. - L'extrême diversité des définitions. La philosophie et la logique conjuguent leurs efforts depuis des siècles pour tenter d'établir une typologie des définitions. Le tableau qui en est résulté est d'une impressionnante richesse. Ainsi se rencontrent, chez les principaux auteurs, des définitions réelles et nominales, extensives et ostensives, analytiques et synthétiques, équationnelles et descriptives, opérationnelles et génétiques, des définitions en usage, des définitions dénotatives et connotatives, des définitions implicites, des définitions de co-ordination, des définitions persuasives, successives et descriptives (19). Aristote y ajoutait déjà quelques nuances supplémentaires en se référant implicitement, par exemple, à des définitions métaphysiques et par la cause (20).

Les juristes ont pu puiser à loisir dans cet ensemble. Ils ont généralement mis l'accent sur la distinction des définitions réelles et terminologiques (21); cette attitude, à soi seule, mérite réflexion. Face à la multitude des distinctions disponibles, le choix de deux catégories, seraient-elles principales, n'est pas indifférent.

(19) R. Robinson, *Définition*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 7.

(20) W.A. de Pater, op. cit., p. 227.

(21) G. Cornu, op. cit. et J.-L. Bergel, op. cit. Comparer S.J. Stoljar, "The Logical Status of a Legal Principle", *University of Chicago Law Review*, vol. 20, 1953, p. 181, 197.

5. - Distinctions des définitions par leur objet. La distinction des définitions de choses et des définitions de mots est classique. Elle continue pourtant de rivaliser avec d'autres. Les nuances ne sont pas toujours d'ordre terminologique. Plusieurs auteurs (22) mettent l'accent sur les définitions conceptuelles, sur les définitions d'idées pour les opposer aux définitions de mots; c'est déjà situer autrement la réalité, le langage et la pensée dans leurs rapports respectifs. Tous observent que la décision de définir tel mot plutôt que tel autre, telle chose de préférence à une autre, cette idée et non celle-là, est déterminante. Le législateur qui définit le droit ou la justice (23) poursuit un but différent de celui qui définit un contrat, la propriété, voire l'architecture. A dire le vrai, le jeu des définitions est interminable s'il ne s'achève pas en quelques termes primitifs consacrés par l'usage et éclairés par l'expérience. Par conséquent, une définition ne peut être étudiée seulement en elle-même et pour elle-même. Ce sont les relations entre les différentes définitions qui importent; elles composent un ensemble complexe dont aucun législateur, aucun juge, aucun théoricien ne peut se rendre maître. Lorsqu'il croit changer une définition, il déplace seulement une des pièces disponibles; il l'emprunte peut-être pour un nouvel usage, mais laisse ensuite se reconstituer l'ensemble. Les passages d'un genre de définitions à l'autre sont fréquents: "il y a des définitions qui, n'étant primitivement que des définitions de mots, ont la vertu de conduire à des définitions d'idées" (24). Ainsi cette brève expression attentivement ciselée pour tenter d'éliminer toutes les ambiguïtés reprend vite sa liberté; elle dit plus qu'elle ne détermine. Elle échappe à son auteur et emporte avec elle des présupposés apparemment étrangers à la distinction des genres et des espèces (25).

6. - Distinctions par le domaine (ou par la fonction). Les définitions les moins inquiétantes paraissent être celles dont les ambitions sont limitées. Le législateur précisant que la signification donnée à un mot vaut seulement pour l'application d'une loi, pour les besoins de sa mise en oeuvre, paraît interdire ainsi toute interprétation extensive; sa définition n'ira pas influencer des raisonnements élaborés dans d'autres domaines.

(22) A.A. Cournot, op. cit., n. 229 et s., p. 348 et s. H.H. Dubs, "Definition and Its Problems", *Philosophical Review*, vol. LII, 1943, p. 566.

(23) J.W. Miller, *The Definition of the Thing*, W.W. Norton and Co, New-York, 1980, p. 38 et s.: cet auteur insiste sur la différence entre les définitions scientifiques, soumises à la loi du tout ou rien - le principe de non-contradiction ou d'identité-, et les définitions philosophiques.

(24) A.A. Cournot, op. cit., n. 231, p. 351.

(25) S.J. Stoljar, op. cit., p. 199: pour la critique des définitions réelles qui renvoient nécessairement à la métaphysique. F. Ravaisson, *Essai sur la métaphysique d'Aristote*, t. 1, Paris, 1837, p. 518.

L'utilité des définitions conventionnelles et stipulatives est reconnue pour réduire les risques d'incertitude (26). Et pourtant, leur signification ne se borne pas à l'objectif poursuivi par leur auteur ; elles ont aussi une portée d'une autre nature. Elles incitent à tel rapprochement et dissuadent de procéder à telle ou telle analogie ; elles préparent une conclusion et en éliminent d'autres. "La dimension émotionnelle du sens n'est pas susceptible d'être redéfinie par stipulation ; c'est seulement la dimension descriptive qui l'est" (27). D'où la nécessité de distinguer le sens conceptuel et le sens émotionnel (28) ! La terminologie n'est pas un objet isolé dans un monde segmentaire ; elle est un véhicule dont les déplacements intéressent tout ce qui s'y rattache et tous les espaces traversés. La réalité désignée ou évoquée est toujours présente et rappelle à l'ordre ceux qui prétendaient jouer seulement avec des mots ou avec des idées.

7. - **Distinctions par l'origine.** Des circonstances historiques superbement décrites (29) suffiraient à expliquer l'attention toute particulière portée aux définitions législatives. Pourtant, les auteurs de définitions juridiques sont légion. Les conventions internationales, par exemple, usent volontiers des définitions (30) ; l'espoir est d'éviter les difficultés inhérentes à la traduction. Les juges également définissent et la Cour de cassation, en particulier, ne dédaignent pas ces formules promises au plus bel avenir : "la grève a pour objet de faire aboutir des revendications professionnelles que l'employeur a refusé de satisfaire" (31). La doctrine également s'adonne à ce genre littéraire périlleux, mais glorieux. Chacun a parfaitement conscience des limites de son pouvoir. Les rédacteurs de dispositions légales, de stipulations conventionnelles internationales ou non, de jugements ou d'arrêts, comme les théoriciens, savent bien que la réalité juridique est beaucoup trop complexe pour se laisser enfermer dans quelque formule générale. La définition peut faciliter la présentation des *Institutes* et soutenir la mémoire ; elle demande à être complétée par des principes et des règles, par l'exposé des difficultés, par l'argumentation sur des *quaestiones*.

Il y a plus ! Aucune définition, même si elle était dotée d'une valeur constitutionnelle, ne peut être comprise isolément.

(26) S.J. Stoljar, op. cit., p. 200 et note 75.

(27) R. Robinson, op. cit., p. 77.

(28) C.L. Stevenson, "Persuasive Definitions", *Mind*, vol. 47, 1938 (Nouvelle série), p. 331.

(29) G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les Cours de Droit, Cours de D.E.S., 1970-71, p. 173.

(30) Voir, pour un exemple récent, D. n. 87-248 du 3 avril 1987 portant publication du Code européen de sécurité sociale, *D.S.* 1987, L., p. 181, art. 1er.

(31) Cass. soc. 6 novembre 1985, *D.S.* 1986, inf. rap., p. 388, obs. J. Goineau.

Le pouvoir de définir ne peut être attribué à une unique autorité qui l'épuiserait d'un coup en l'exerçant. Toute mise en oeuvre d'une définition est, en quelque sorte, une nouvelle définition corrélatrice, incidente, mais aussi indépendante. Le juge qui se réfère à une définition législative pour appliquer une solution donnée à une espèce particulière, ne peut se contenter d'appliquer cette définition ; il lui faut, dans chaque cas, la réinventer, la redécouvrir, la repenser et lui conférer une nouvelle signification. Et les juges qui lui succéderont et s'inspireront de son raisonnement, auront déjà une autre définition sous les yeux. Ce même travail est effectué par le théoricien qui s'efforce d'expliquer une définition légale ; il la charge nécessairement de ses préoccupations, de ses expériences propres. Son étudiant, devenu juge par exemple, n'aura pas seulement en tête les quelques mots contenus dans la disposition légale ; il s'inspirera aussi des multiples "termes primitifs", des exemples, des remarques, utilisés dans cette leçon qui lui avait paru si simple parce qu'elle commentait seulement une définition légale ! Ainsi la définition livrée par le législateur est seulement un maillon dans la chaîne des formulations dégagées par la tradition, reprises par les auteurs et enrichies par tous ceux qui ont à exposer et à appliquer le droit.

8. - **Distinctions par le caractère.** C'est un lieu commun : les règles de droit sont plus ou moins précises, plus ou moins rigides (32). Les définitions qu'elles comportent ou impliquent leur empruntent ce caractère. Quel que soit l'objet défini, il y a maintes façons de le cerner, de le préciser. Il faut opposer, par exemple, la définition de l'immeuble en copropriété (33) à celle du consommateur (34). Deux présentations de cette distinction des définitions juridiques en fonction de leur portée peuvent être proposées. La première consiste à déterminer deux catégories nettement délimitées, celle des définitions souples et celle des définitions rigides. Refermer ainsi chacun des deux types sur lui-même donne le moyen de sauver le pouvoir législatif. S'il y a des définitions qui laissent aux interprètes la plus large liberté d'appréciation, c'est que le législateur le veut bien. Il lui appartient d'adopter un genre ou l'autre ; et seul compte son choix initial. Seul le détenteur du pouvoir institutionnel peut ménager, au sein de son oeuvre, des lacunes (35). La deuxième présentation insiste sur la variété des degrés de précision et de

(32) J.-L. Bergel, op. cit., n. 185, p. 213.

(33) Voir article 1er, alinéa 1er de la loi n. 85-557 du 10 juillet 1985.

(34) G. Paisant, "De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986)", *D.S.* 1986, Chr. L., p. 299, n. 6 et note 22.

(35) G. Cornu, *L'apport des réformes récentes...*, précité, p. 187 et s.

rigidité des règles ; elles ne peuvent être classées en deux catégories, mais sont à ranger en une gradation insensible. C'est ce qui explique que le législateur ne puisse maîtriser les définitions formulées ou supposées dans la loi ; son choix est voué à de constantes révisions. Un mot qui paraissait précis - la vente "est parfaite entre les parties", dispose l'article 1583 du Code civil- peut être chargé des scories de maintes discussions anciennes, propres au droit ou non ; sa signification peut être influencée par les conceptions les plus diverses. Entendons qu'il peut devenir plus rigide ou plus souple, indépendamment de la décision initiale du titulaire du pouvoir normatif (36). La définition juridique ne peut être envisagée comme un résultat définitivement atteint au sortir de la décision institutionnelle, comme un produit fini que sa mise en oeuvre respecterait dans sa pureté originelle.

9. - **Présupposés d'une typologie binaire.** Le risque inhérent à une classification des définitions juridiques en deux catégories seulement est important. Investir le législateur de la mission et du pouvoir d'adopter l'un des deux types disponibles conduit à confondre loi et droit (37). Pour qu'il suffise de distinguer les définitions réelles et les définitions terminologiques, il faut que la position adoptée par le législateur quant à la solution préférable soit, en elle-même, l'expression du droit. La formule légale prend tout son poids si un pouvoir incomparable, d'une essence sans pareille, peut être attribué à une autorité déterminée et si cette attribution est exclusive de tout concours. Alors les mots employés par le législateur peuvent être dotés d'une réalité propre, d'une puissance éminente et la phase législative apparaît, dans la genèse du droit, comme l'unique étape fondatrice.

Plus précisément, la définition juridique devient une entité distincte, susceptible d'une classification tranchée en deux catégories seulement, à condition de privilégier doublement le pouvoir législatif. En premier lieu, la typologie binaire, en mettant l'accent sur la netteté des choix opérés par le législateur, contribue à présenter les dispositions légales comme les produits tout à fait particuliers d'une décision définitive ; à ce titre, elles seraient pourvues d'un sens originaire auquel toute interprétation légitime devrait revenir, d'un sens pur, d'un sens vrai. Toute application de la loi supposerait un mouvement régressif vers

(36) Voir *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, Coll. Droit fondamental, n. 71, p. 130.

(37) Voir, sur ce thème, le Vème Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, mai 1985, *Droit et loi, La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Des publications du Centre de Philosophie du Droit. Comparer G. Cornu, op. cit., p. 186.

l'intention initiale du législateur (38). La *ratio legis* serait la seule expression pertinente de la *ratio juris*. En second lieu, elle en serait l'expression isolée, se suffisant à elle-même. Une définition juridique pourrait être étudiée en elle-même indépendamment des multiples règles dont elle permet l'application, qu'elle complète et auxquelles elle donne sens. Parce que la disposition contenant la définition a fait l'objet d'un vote distinct, d'une décision particulière, elle revêt une signification propre ; elle peut être comprise et interprétée comme un élément autonome. Le résultat d'une telle présentation est, à l'évidence, d'accroître encore la liberté du législateur qui semble retrouver, à chacune de ses interventions, un pouvoir neuf ; il aurait à créer du droit dans le vide absolu, sans qu'aucune tradition, sans qu'aucune décision antérieure, sans qu'aucune réalité ne vienne lui imposer quelque contrainte que ce soit.

II - LA DEFINITION JURIDIQUE COMME ACTE

10 - **Nature des définitions juridiques et du droit.** Pour qui admet que le droit est avant tout justification généralisable, raisonnement toujours interrompu et toujours à reprendre sur des arguments en nombre indéfini, la place du pouvoir législatif ne peut qu'être réduite. Il lui incombe de fournir des arguments à ceux qui recherchent le juste, de les guider à l'aide de repères dont la généralité et l'abstraction sont, par nature, exclusives de toute précision. Dans une telle conception, la part du raisonnement dans le droit ne saurait dépendre du bon vouloir du législateur. Il n'est pas en mesure de choisir des modes d'expression qui l'évitent ; il n'est pas à même de décider sur quoi les juristes chargés de l'application de la règle raisonneront et sur quoi ils se contenteront de le suivre à la lettre (39).

Les raisons qui expliquent pourquoi, à certains moments, les définitions législatives deviennent plus nombreuses, sont alors claires. Une telle mode est liée au double recul de l'idée du droit commun et de la préoccupation normative. Il y a une idéologie du droit commun ; elle fut celle des rédacteurs du Code civil de 1804. Sa caractéristique majeure est d'être liée à la prudence du législateur ; il ne cherche pas à construire le droit, mais à le déclarer. En 1804, il hésita sur ce qu'il y avait lieu de déclarer et, le temps passant, l'incertitude ne fit que croître sur ce point. Selon les époques, il s'efforce de décrire la nature humaine placée dans certaines circonstances déterminées ou bien les usages de la

(38) Fr. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987, p. 100 et 355 et s. et infra note 45.

(39) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", précité, n. 34, p. 91.

majorité de la population ou bien les usages d'une partie de cette population, considérée par lui et par bien d'autres comme un modèle à suivre, ou bien encore les règles précédemment dégagées par les tribunaux. Durant la préparation du Code civil, la référence au droit commun fut fréquente et l'article 1393 en porte encore la trace dans son deuxième alinéa. La déclaration du droit n'invite guère à la définition ; au moins, la déclaration du droit commun exclut-elle la prolifération de définitions portant sur des notions étroites ! Ce recours généralisé aux définitions légales révèle aussi, en certains cas, une confusion des genres qui estompe les contours de la norme proprement dite. Le législateur qui définit tend à mêler progressivement la recherche du juste à laquelle il a mission de contribuer activement et l'organisation toute provisoire de la cité, de la société, de la famille, de l'économie et des loisirs. Il se préoccupe moins de préparer des jugements, de guider ceux qui ont à les porter, que de décider, de donner une existence juridique, de poser et de disposer. Le législateur qui définit croit en son pouvoir souverain de déterminer le degré de certitude à atteindre (40). Il n'est plus loin de croire en la toute-puissance d'un langage qui se substituerait à la réalité, en qui toute réalité s'épuiserait et qui seul, finalement, importerait. Il a la conviction profonde d'être maître du droit et de pouvoir assigner aux juges et aux juristes des missions qu'il déterminerait librement et précisément.

L'expérience a pourtant montré l'inanité de ces rêves volontaristes. La réalité n'attend pas le bon vouloir du législateur pour exister ; elle est *la "limite à son pouvoir"* (41), celle avec laquelle il ne peut jouer impunément, celle qui toujours s'impose à lui et l'emporte sur ses éventuelles erreurs. Si les auteurs des lois ont le choix des mots, ils n'ont pas celui des armes, car les peuples ont toujours su se faire justice des mauvaises lois ; Portalis le disait déjà ! Quelle que soit la formulation du droit adoptée, elle comporte nécessairement une possibilité d'interprétation et d'appréciation ; prétendrait-elle l'éliminer que les juristes auraient les moyens de se ménager quelque ouverture, quelque échappatoire, quelque liberté. Les définitions juridiques ne présentent guère d'originalité à cet égard.

Une définition juridique n'est pas exactement une règle de droit ; c'est l'expression imparfaite, en méta-langage juridique, d'un aspect de la réalité. Sa vertu propre est d'être une réserve particulièrement riche et complexe de points de vue sur le droit, d'arguments et de justifications. Le positivisme légaliste affectionne les définitions législatives parce qu'il imagine les concepts juridiques comme des formes malléables que la baguette

(40) G. Cornu, *ibidem*.

(41) G. Cornu, *op. cit.*, n. 12, p. 82 : *contra*.

magique du législateur viendrait remplir, fixer, figer et clore définitivement ; il prend les définitions légales pour des opinions incontestables. Elles ne sont que des arguments condensés, des raisonnements implicites repliés dans une formule brève et qu'il faut redéployer dans chaque espèce pour leur redonner vie, pour les éprouver à nouveau et pour y puiser un peu de justice. La définition contenue dans une loi n'est pas une règle, ni même l'expression d'une partie du présupposé de la règle ; elle est un réseau, un noeud de règles, c'est-à-dire de raisons. Sous la *ratio legis* informulée, il importe de retrouver la *ratio juris* qui seule doit être décisive.

Les définitions législatives qui ont été conçues comme des règles autonomes et qui ne sont pas fondées sur une tradition véritable, sont inefficaces et trompeuses. Elles ne peuvent rendre compte de la signification que prennent les mots dans l'esprit de qui les utilise. Elles risquent de dissimuler certaines étapes du raisonnement juridique, ce qui ne serait pas grave en soi ; elles tendent, de façon beaucoup plus pernicieuse, à soustraire ces lemmes au contrôle de la critique juridique. L'abus des définitions donne à croire que le droit est l'art d'appliquer des techniques et des qualifications, de se soumettre à des "désignateurs rigides" (42). N'est-il pas en réalité l'art de rechercher le juste à l'aide de repères institutionnels, mais aussi d'un savoir traditionnel, d'une culture plus ou moins spécialisée et d'expériences condensées en quelques règles constamment réinterprétées ? Dans cet ensemble complexe, les définitions sont seulement un guide parmi d'autres et leurs limites résultent, à la fois, de leur irrémédiable incomplétude et de leur indétermination permanente.

11. - **L'irrémédiable incomplétude des définitions juridiques.** Il est banal qu'un juriste reproche à un autre, voire au législateur, d'avoir omis une définition (43). Dans le vocabulaire d'une question de droit, il y a toujours de l'indéfini, de l'insuffisamment défini. C'est un vieux rêve que celui d'une connaissance complète et parfaitement cohérente où tout se déduirait, progressivement, mais sûrement, d'un principe premier (44). Les juristes n'y ont pas échappé. Leur expérience ancestrale était pourtant là pour les en dissuader. Que leur montre-t-elle ? En premier lieu, il n'est ni possible, ni souhaitable de tout définir et toute définition juridique ne vaut que par les "termes primitifs"

(42) *Théorie contre arbitraire, Eléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F. 1987, coll. Les voies du droit, n. 48, p. 195 et la citation de S. Kripke.

(43) R. Martin, "Le juge devant la prétention", *D.S.*, 1987, Chr. VIII, p. 35, n. 3, p. 35 : pour un exemple récent.

(44) G.H.R. Parkinson, *Spinoza's Theory of Knowledge*, Oxford, Clarendon Press, 1964, p. 57.

qu'elle emprunte, par les règles dont elle permet la mise en oeuvre. En second lieu, parce qu'elle est générale, toute définition juridique prend son sens, prend ses sens dans l'application, en chacune de ses applications successives. Le retour au sens originaire est un mythe (45). L'interprétation la plus fidèle est toujours quelque peu une reconstruction. "Le discernement du sens d'un texte juridique et son application à un cas concret ne sont pas deux actes séparés, mais un processus unitaire" (46) et "pour avoir une décision qui découle logiquement de ses prémisses, il faut créer ce qu'il n'est pas possible de découvrir, c'est-à-dire la prémisse qui relie le droit au fait" (47), le présupposé de la règle à la situation pendante. Le cheminement qui conduit du général au particulier n'est jamais de l'ordre de la déduction servile et c'est pourquoi aucune définition juridique ne peut être traitée comme une entité achevée, comme un concept fermé sur lui-même et se suffisant à lui-même

12. - **L'indétermination permanente des définitions juridiques.** Le contenu d'une définition dépasse largement la somme des significations techniques des termes qu'elle associe. C'est pourquoi, ses conséquences sur l'évolution du droit sont largement imprévisibles pour qui court le risque de la formuler ; Javolenus l'avait parfaitement compris. Toute définition juridique est d'abord prise dans un mouvement de spécification progressive (48) et interminable. A chaque étape du processus général de formation des concepts, le sujet dont l'attention s'arrête sur des aspects différents du donné, peut tenter de forger des définitions (49). L'important est que, ce faisant, il ne croit pas s'être doté de points d'appui définitivement assurés ; "tout objet ou concept acquiert constamment de nouvelles relations et *c'est la condition* de son existence séparée et de sa distinction" (50). Toute définition juridique est ensuite prise dans un ensemble conceptuel dont elle ne peut être isolée sans perdre toute signification, toute raison d'être. Elle est liée à une multitude de règles et à une multitude d'autres définitions. Que serait la propriété sans le bien, la personne, le contrat et tous les autres droits auxquels elle s'oppose ou dont elle se distingue ? La définition est également

(45) M.S. Moore, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, p. 173, 196, 246 et s. et la référence à McCallum, "Legislative Intent", *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, p. 151.

(46) H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 1ère éd. Tübingen, Mohr, 1960, Paris, Seuil, 1976, traduction Et. Sacre, Coll. L'ordre philosophique, n. 293, p. 151.

(47) M.S. Moore, op. cit., p. 292.

(48) J.W. Miller, op. cit., p. 46.

(49) Van Steenberghen, *Epistemology*, Publications Universitaires de Louvain, traduction L. Moonan, New-York, Wagner, 1970, 141.

(50) J.W. Miller, op. cit., p. 43.

liée à la réalité qu'elle prétend recouvrir et à toutes valeurs sans lesquelles cette réalité ne peut être comprise. Est-il indifférent d'inclure, ou non, la différence de sexes dans la définition du mariage ou du concubinage (51) ? C'est dire que le pouvoir législatif rencontre ici ses limites. Non seulement, il ne peut se contredire sans dommage, pour son autorité principalement, mais encore il n'est jamais assuré de parvenir à changer une définition (52). La tradition inscrite dans le savoir des juristes, l'ampleur des conséquences de son initiative, les exigences de l'opportunité et de la justice, tels sont les facteurs d'une résistance dont la puissance ne peut être sous-estimée. Même le recours à des conventions de langage expressément présentées comme telles ne peut empêcher que le régime juridique institué ne soit complété par des emprunts à d'autres lois, voire au droit commun. Qui croyait se choisir un langage propre embarque, dans le vaisseau législatif, des siècles de discussions, de réflexions et de nuances. Quant aux définitions réelles, elles ne seront reçues et respectées que si leurs conséquences sont en harmonie avec la synthèse qu'elles supposent et leur portée sera inévitablement affectée par des analogies ou par de simples comparaisons. Il est clair que le législateur est seulement libre d'appeler une maison une maison. S'il peut appeler immeuble un pigeon, c'est parce qu'il ne définit plus, mais se contente de choisir un régime juridique adéquat.

Le sens donné aux définitions juridiques dépend d'autant moins d'une décision institutionnelle, qu'il est de deux ordres très différents l'un de l'autre. La première signification est celle qui apparaît d'emblée ; elle est technique. C'est à elle que songe le juriste en quête de la solution juste ; c'est elle qui semble le dispenser parfois de raisonner, comme si le passage du concept au cas pouvait être direct. La deuxième signification est d'ordre émotif ou idéologique. Elle exerce souvent plus d'influence que la première à laquelle il est toujours assez aisé d'échapper. Chacun des mots employés dans une définition est chargé d'histoire ; il a été emprunté pour combattre telle ou telle thèse, pour désigner telle ou telle vilenie. Il évoque des épisodes multiples de l'histoire juridique. C'est pourquoi, en même temps qu'elle semble déterminer, la définition provoque l'imagination ; en même temps qu'elle prétend imposer des bornes fixes à la raison du juriste, elle se prête à des comparaisons implicites, voire inconscientes. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'histoire mouvementée de termes tels que personne, propriété - réunis dans la discussion sur l'esclavage, sur les servitudes aussi-, contrat, substance, Etat,

(51) Rennes, 8ème ch., 27 novembre 1985 et Paris, 1ère ch. D, Urgences, 11 octobre 1985, *D.S.* 1986, p. 380, note D. Denis.

(52) M.-Th. Calais-Auloy, "Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L.", *D.S.* 1986, Chr. XL, p. 249, notamment n. 4.

service public, police. Le phénomène de sédimentation qui surdétermine le langage juridique est particulièrement à l'oeuvre dans la formulation condensée des définitions ; c'est lui qui, le cas échéant, met à mal les ambitions législatives les plus contraires aux traditions juridiques éprouvées (53). Un exemple peut suffire à le montrer. Voici un législateur qui, dans l'élaboration d'une loi spéciale, définit le consommateur ! Il prend la peine de préciser que ce concept est déterminé "pour les besoins de la présente loi" ; des ambitions aussi modestes devraient pouvoir être satisfaites. Et pourtant, rien n'est moins sûr. L'interprète appliquant cette loi pourra bien lire et relire la définition du consommateur comme "cocontractant profane d'un professionnel". Son intelligence de ces quelques mots sera directement influencée par l'ensemble des dispositions légales et par les relations qu'il ne peut manquer de percevoir entre elles et le droit commun. Pour lui, le consommateur deviendra par exemple celui qui mérite protection, celui que les solutions ordinaires ont trop longtemps abandonné à la rapacité des professionnels, celui dont la mauvaise foi est indifférente,... En d'autres termes, tous les efforts déployés pour déterminer un sens clair et précis, tous les efforts accomplis pour s'en tenir à ce sens auréolé du prestige de l'autorité, ne peuvent empêcher que d'autres significations interfèrent inévitablement avec lui. Chassez les sens cachés dans les profondeurs de la mémoire collective et de la culture juridique ; ils ne tarderont pas à venir submerger la prétendue signification technique qui n'a pas les mêmes moyens qu'eux de se faire obéir.

Pour donner une idée aussi exacte que possible des définitions juridiques, il faudrait paraphraser certaine expression anglaise et dire : le droit, c'est ce qui arrive pendant que vous définissez autre chose (54).

(53) Théorie contre arbitraire, précité, n. 40, p. 130 et la note 22. Sur le sens émotif, voir C.L. Stevenson, op. cit., Mind, vol. 47, 188 (nouvelle série), p. 331 et s., 337. R. Robinson, op. cit., p. 73 et s., notamment p. 77.

(54) R. Rosaldo, "While making other plans", Southern California Law Review, vol. 58, 1985, p. 19 : "Life is what happens to you while you're making other plans".