HAL
open science

Signification et révision des concepts en droit

Jean-Yves Cherot

To cite this version:

Jean-Yves Cherot. Signification et révision des concepts en droit. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2015, Cahiers de méthodologie juridique, 28, pp.2257-2272. hal-01307089

HAL Id: hal-01307089

https://amu.hal.science/hal-01307089

Submitted on 26 Apr 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cahiers de méthodologie juridique

N° 28

L'évolution et la révision des concepts juridiques

sous la direction de
Frédéric ROUVIÈRE

RRJ 2014-5

Presses Universitaires d'Aix-Marseille puam

CONCEPTS JURIDIQUES contrat de travail théories sémantiques changement de signification RÉVISION interprétation réfutation contrat de travail sédimentation torture cruauté falsification Karl Popper concept épais ÉVOLUTION

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[1] 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 du 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 presqu'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.

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

David Brink[2] a exprimé de façon claire les liens entre cette approche traditionnelle de la signification[3] 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 »[4].

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[5], à rendre compte de façon rationnelle des désaccords.

---

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

[3] Il l'assimile à la sémantique hartienne, mais ce n'est pas la question ici.

[4] 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.

[5] 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 Postcript. Essays on the Postcript 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 disparaitraient 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 [6] demandent d'étendre aux énoncés évaluatifs, éthiques et aux énoncés juridiques.

Putnam [7] 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.

---

[6] V. notamment pour un des meilleurs représentants de cette approche, N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, OUP, 1996.
[7] 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)[8].

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[9].

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

---

[8] 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).

[9] « *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 évènements 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[10], la façon dont Scalia lit le texte du 8e amendement de la Constitution de États-Unis[11]. Pour Scalia, l'énoncé « peines cruelles » renvoie à un ensemble de peines bien définies que l'on considéraient 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 XIXe 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 »[12] 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

---

[10] « 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.

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

[12] 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 »[13] 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 a 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 5e amendement à la même Constitution prévoit que l'on doit respecter le *due process* en cas de « privation de la vie des personnes »[14]. John Perry reprend et approuve la façon dont Dworkin avait répondu à Scalia sur ce point de l'interprétation du 8e 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 8e 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.

---

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

[14] La 5e 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 »[15]. 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'édiction 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 Matzcak, qui opposent[16] 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'édiction 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'édiction 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 Matzcak 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

[15] « 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.

[16] 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 »[17].

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

[17] 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[18]. 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[19]). 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[20], serait de nature causale et n'est cependant pas bien déterminé[21].

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[22]. 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

[18] L'étoile du matin et l'étoile du soir qui ont deux significations, mais la même référence.

[19] 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.

[20] v. théorie de la « cérémonie du baptême » des mots.

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

[22] 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 Toughts) », *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[23], 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[24] : 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. Putman 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 »[25].

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[26], 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[27], 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[28]. 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

---

23 Putnam, *Realim with a Human Face*, HUP, 1990, traduction française, *Le réalisme à visage humain,* Gallimard, 2011.

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

25 *L'éthique sans l'ontologie*, précité, p. 24.

26 voir plus haut, à propos de John Perry.

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

28 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 thinks 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, note16).

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_2O 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 parlions 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[29].

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 »[30][31]. On n'écarte 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

[29] V. son explication sur ce point, D. O. Brink, « Semantics and Legal Interpretation (Further Toughts) », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, n° 2, 1989, p. 181-191.
[30] Pour une traduction approximative du mot anglais de *defeasibility*.
[31] 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*[32]).

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 XIXe 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[33].

---

[32] *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.

[33] La jurisprudence des concepts s'est effondrée au tournant des XIXe et XXe 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 meilleure 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[34]. Dworkin l'a encore écrit dans son Justice for Hedgehogs[35]. 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.

[34] 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, s« Objectivity and truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996, p. 87.

[35] 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[36]. 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[37] 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 quelle 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[38].

> « 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

[36] Dworkin, *Freedom's Law. The American Reading of the American Constitution*, HUP, 1996.

[37] 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.

[38] Dworkin, « Hart's Postcript and the Point of Political Philosophy », in *Justices in Robes,* 2006, p. 140 s., réédition de « Hart's Postcript 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 8e 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 »[39].

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 », Giovani 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 »[40].

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 »[41].

---

[39] 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 finit 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.

[40] 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"* »).

[41] Giovani 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[42]. 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[43]. David Brink redit aussi qu'« il y a place pour douter que la sémantique « rende compte de façon exhaustive de l'interprétation »[44]. 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[45].

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* ».

[42] 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.

[43] 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.

[44] V. David Brink, précité.

[45] *Objectivity in Law*, précité, p. 4.