



HAL
open science

La question de l'utilité et de la nécessité, pour les juristes, de se munir d'une définition du droit pour l'étudier

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. La question de l'utilité et de la nécessité, pour les juristes, de se munir d'une définition du droit pour l'étudier. Les Cahiers Portalis, 2021, 8, pp.93-103. hal-03594443

HAL Id: hal-03594443

<https://amu.hal.science/hal-03594443>

Submitted on 2 Mar 2022

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.

La question de l'utilité et de la nécessité, pour les juristes, de se munir d'une définition du droit pour l'étudier

Xavier Magnon
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Et si le débat sur l'utile et la nécessaire *définition du droit* n'était qu'une question de désaccord sur *ce qu'est une définition* ? Autrement dit, entre ceux qui croyaient qu'il faut définir le droit et ceux qui n'y croyaient pas, il existerait un désaccord, plus ou moins explicite, conscient et formalisé, entre différentes manières de concevoir ce qu'est une définition. Pour reprendre une formulation, devenue aujourd'hui conventionnelle, la question de la nécessité d'une définition du droit renverrait à une *méta-méta-question*. Faire du droit présuppose de savoir ce qu'est le droit, c'est une *méta-question* ; la controverse sur la définition du droit renvoie à la question de ce qu'est définir, il s'agit là d'une *méta-méta-question*.

Cette proposition de lecture semble devoir d'autant plus s'imposer qu'il apparaît pour le moins absurde de refuser de définir son objet d'étude, et ce, à plusieurs égards.

D'abord, comment pourrions-nous expliquer que les juristes, au sein des sciences sociales¹, soient les seuls à ne pas parvenir ou à refuser de définir leur objet d'étude² ? Cette spécificité du droit³, indéfinissable ou qu'il ne faudrait pas définir, est défendue sous différents angles, sans qu'aucun d'entre eux ne soit convaincant.

Peut-être que le *discours* sur le droit ne relèverait-il pas de la *science* mais plutôt de l'*art*, un art mineur convenons-en, et, surtout, d'un art par opposition à la science ? Encore faut-il supposer que l'art et, plus exactement, la manière de faire de l'art échappe au respect de règles et qu'elle n'impose pas une réflexion sur son objet même, ce qui est, pour le moins discutable.

¹ Si l'on accepte de ranger la science juridique parmi les sciences sociales, ce qui ne semble pas poser de grande difficulté si l'on considère que les juristes ont pour objet d'étude une construction sociale, à savoir le droit.

² Pour mesurer de manière empirique l'importance des définitions dans les sciences sociales, une recherche par mots-clés sur Persée permet de mesurer l'ampleur de la question. Avec une recherche « qu'est-ce que définir ? », 253765 résultats sont proposés qui renvoient à des définitions de différents objets (le 10 juin 2021, <https://www.persee.fr/search?ta=article&q=%22qu%27est-ce+que+définir%22>).

³ Il semble d'ailleurs, même si le constat relève plus de l'intuition que de l'observation empirique, que cette réticence à la définition soit relativement partagée chez les juristes (et ce n'est évidemment pas un hasard si les *Cahiers Portalis* posent la question de la nécessité d'une définition du droit). Cette réticence peut expliquer le faible nombre de constructions conceptuelles originales, c'est-à-dire en dehors de la mobilisation des concepts utilisés par le langage objet lui-même, à savoir le droit, proposées par la science juridique. À son tour, cette faible construction conceptuelle pourrait éclairer, sous un angle particulier, la faible visibilité des juristes au sein des sciences sociales. Sans concept autonome pour décrire le droit en général, les juristes n'auraient que peu de place au sein de la communauté des sciences sociales dont la production scientifique se concrétise, de manière décisive, par la production de concepts d'analyse.

Sous l'angle de l'*objet* à observer, la spécificité du droit renverrait au fait que celui-ci est une *construction sociale*. En tant que telle, le droit ne serait pas une réalité immédiatement et évidemment saisissable ou, pour le moins, car tous les objets d'étude sont saisissables, en tant qu'objet de connaissance, par le langage, elle peut être saisie de différentes manières. Les objets susceptibles d'être identifiés comme étant du droit seraient ainsi variables.

Il est vrai qu'il existe plusieurs réalités empiriques observables susceptibles de recevoir la qualification de droit : la Constitution, la loi, le contrat, la jurisprudence, la systématisation doctrinale du droit positif... qui contiennent des énoncés linguistiques particuliers objectivement observables, auxquels il convient d'ajouter les pratiques des acteurs et des destinataires ; or, précisément, du fait de cette diversité, il est nécessaire de poser une définition du droit pour discriminer, sélectionner parmi ces différentes réalités observables, celle ou celles qui pourront être considérées comme étant du droit. La difficulté ne porte donc pas sur l'existence ou l'inexistence d'un objet réel d'observation, mais, plutôt, sur l'importance de poser une définition qui permette de saisir, parmi ces objets du réel, ce qui est ou ce qui n'est pas du droit.

La définition demeure nécessaire à toute opération de connaissance, en droit comme dans n'importe quelle discipline des sciences sociales, même si, selon les objets de celles-ci, il n'existe pas toujours de débat sur la définition de l'objet saisi en général par la discipline. Que la sociologie s'intéresse aux comportements sociaux humains ne soulève que peu de difficultés de définition de l'objet en général, même si, compte tenu de l'étendue de cet objet, toute délimitation du champ d'une étude sociologique en particulier exigera un effort de définition et également de justification de cette dernière.

Ensuite, comment nier, et qui s'y risquerait, qu'il existe un lien entre la définition du droit et la manière de faire du droit et, qu'en conséquence, il est *nécessaire* de définir le droit avant de développer un discours sur cet objet ? Si le droit est *pratique du droit* par ses acteurs et par ses destinataires, alors le droit est un *fait* et l'étude comme l'identification des règles juridiques passent par l'observation des comportements des acteurs et des destinataires du droit à partir de méthodes empiriques (enquêtes, sondages, entretiens...) ; si le droit est un *ensemble de normes juridiques* alors l'étude de celui-ci revient à établir la signification d'énoncés prescriptifs ; si le droit est *l'interprétation de normes juridiques par des interprètes authentiques*, l'objet d'étude se porte sur des interprétations de normes et donc sur la signification des interprétation d'énoncés prescriptifs proposées par ces interprètes. Plus précisément, la définition du droit détermine à la fois l'objet observé et la manière de l'observer, c'est-à-dire la manière de développer un discours sur cet objet. Si le droit est un *fait*, il s'agira de le décrire à partir de méthodes empiriques ; si le droit renvoie aux normes, décrire le droit renverra à une question d'interprétation d'énoncés normatifs. Sous un angle scientifique, pour savoir de quoi il est question lorsque l'on développe un discours sur le droit, il est *nécessaire* de définir au préalable ce qu'est le droit.

Cette lecture est valable pour l'ensemble des sciences sociales. Pour ne prendre qu'une illustration, développer un discours scientifique en sociologie ne revient pas à la même chose si l'objet de cette discipline porte sur *les comportements humains et animaux* ou sur *les seuls comportements humains*. L'objet change et donc les méthodes pour l'observer changeront également : là où des entretiens pourront constituer une méthode empirique d'analyse des comportements humains, il est pour le moins incertain, en l'état de la science actuelle, d'utiliser cette même méthode pour les animaux.

En tout état de cause, pour en revenir au discours sur le droit, le seul fait de développer un discours sur le « droit » présuppose que l'on sache, même de manière implicite et inconsciente, ce dont on parle, ce que l'on entend par « droit ». Dès lors que l'on fait du droit, que l'on parle de droit, il existe une conception minimale de qu'est le droit. La question de la définition de l'objet est consubstantielle à la possibilité même de pouvoir décrire cet objet.

Ajoutons, encore, qu'une meilleure connaissance de son objet d'étude, ce qui renvoie à la question de la qualité des définitions de son objet d'étude, garantit un progrès dans le discours sur cet objet. Tous les progrès de la médecine, en tant que science visant à préserver la santé humaine, ont reposé sur une meilleure connaissance du corps humain et donc sur une meilleure connaissance de l'objet même de cette discipline.

Quelles que soient les disciplines scientifiques, et il est sans doute vain, sous l'angle épistémologique, de trop cloisonner et de défendre les spécificités de chacune d'entre elles, la connaissance de l'objet détermine le discours sur celui-ci, tant dans son domaine d'intervention que dans sa méthodologie, et garantit un meilleur discours sur cet objet. Mieux l'on sait ce qu'est le droit, et plus on dispose donc d'une définition précise du droit, et mieux l'on pourra décrire cet objet de manière pertinente.

Enfin, comment expliquer que les professeurs de droit s'évertuent à exiger de leurs étudiants qu'ils s'emploient à toujours définir les termes qu'ils utilisent, le droit reposant sur un langage technique spécifique, pour ne pas se l'imposer à eux-mêmes sur la définition de leur objet ?

Au regard de toutes ces évidences, si la question de la nécessité de définir se pose encore, c'est, et ce ne peut être que, parce qu'il existe un désaccord sur ce qu'est « définir ». La question n'est donc pas celle de l'utilité et de la nécessité d'une définition du droit, mais celle de ce que l'on fait en posant une définition du droit.

Il semble possible d'identifier trois types généraux de définition, ce que nous qualifierons, de *définition thèse*, de *définition hypothèse* et de *définitions synthèses*⁴.

⁴ Nous nous permettons ici de stipuler différentes catégories de définitions qui ne sont pas, en général, qualifiées comme telles quand il est question de définitions et, sous cet angle, l'on sera plus familier des définitions nominalistes ou réelle, ou

Une *définition thèse* entend mettre en évidence la nature même de l'objet décrit, ce qui suppose en l'occurrence qu'il en existe une. Elle est essentialiste et vise à déterminer la réalité de cet objet. Un tel type de définition semble renvoyer à une approche philosophique du droit, pour ce qui nous intéresse, et donc à une approche prescriptive de celui-ci. Il s'agit moins de décrire ce qu'est le droit que de dire ce qu'il doit être au nom de son essence même.

Une *définition hypothèse* est une définition de type stipulative, qui pose, de manière conventionnelle, ce qu'il faut entendre par droit. Elle relève d'un choix de celui qui la pose d'entendre le droit comme signifiant quelque chose de déterminé. Elle permet d'identifier l'objet d'étude de celui qui décrit cet objet.

Les *définitions synthèses* renvoient à des définitions déjà produites par le discours scientifique existant. Les définitions sont synthétiques, soit en ce qu'il s'agit de faire état des différentes définitions existantes de l'objet, soit en ce qu'elles entendent proposer une synthèse de ces différentes définitions dans les discours développés sur cet objet. Les définitions synthèses peuvent porter distinctement ou de manière simultanée sur deux objets : le droit lui-même⁵, à supposer que celui-ci éclaire sur sa propre définition, ou sur les discours sur le droit, quelle qu'en soit l'origine, doctrine de droit positif, théorie du droit, interprète authentique du droit..., qui se proposent de le définir.

La définition thèse *révèle* une définition, la définition hypothèse la *pose* et les définitions synthétiques *font état* des définitions existantes. Il va de soi, qu'après un travail de définition synthèse, l'on choisisse l'une de ces définitions comme une définition hypothèse, voire comme une définition thèse.

La finalité de ces trois catégories de définition est différente : la définition thèse entend révéler ce qu'est l'objet décrit, la définition hypothèse arrête de manière conventionnelle ce qu'il faudra entendre par cet objet, quand les définitions synthèses permettent de connaître les différentes significations existantes d'un objet déterminé.

Ces trois catégories de définition n'ont pas le même statut et, plus exactement, n'ont pas le même statut de vérité et l'on touche ici au cœur du problème de la définition du droit. Si les définitions synthèses peuvent être vraies ou fausses, tel n'est pas le cas de la définition hypothèse ou de la définition thèse. Les définitions synthèses sont vraies ou fausses en fonction du référent auxquelles elles renvoient. L'État signifiera x dans la doctrine de droit public si, effectivement, la doctrine de droit public entend l'État comme signifiant x. La définition hypothèse n'est quant à elle absolument pas vérifiable de manière empirique comme étant vraie ou fausse puisqu'elle est

encore des définition stipulatives, descriptives et explicatives. Voir, par exemple, sur ces différentes définitions : *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/definitions/>.

⁵ Nous entendons ici le droit positif tel qu'il résulte des normes juridiques en vigueur... mais ceci présuppose une définition du droit. Nous supposons que la distinction posée droit/discours sur le droit n'en demeure pas moins valable quelle que soit la conception du droit retenue.

précisément une hypothèse, elle est stipulative. De la même manière, la définition thèse, même si elle entend identifier la réalité d'un objet déterminé, n'en est pas, pour autant, vérifiable de manière empirique, notamment parce qu'elle est prescriptive. Parce qu'elle détermine comment *doit-être* le droit et non pas comment il *est*, aucune réalité empirique observable ne saurait permettre de vérifier ce que doit être le droit⁶.

Le débat sur la définition du droit se concentre précisément sur ces définitions hypothèse et thèse, sur la confusion entre ces deux définitions et sur ce que ces définitions sont censées, à tort ou à raison, révéler.

Comme nous venons de le préciser, la définition hypothèse ne saurait révéler le « vrai », la « véritable » définition du droit ; cette question relève de la philosophie en ce qu'elle est une question d'essence. Telle est, en revanche, l'ambition de la définition thèse qui entend mettre en évidence ce qu'est le droit « véritable », ce qu'est le droit. Parce que la définition révèle l'essence même de ce qui est décrit, tout ce qui n'entrerait pas sous la définition, ne saurait *être* du droit.

L'appréhension des définitions comme étant une opération visant à mettre en évidence le vrai conduit à rejeter le pluralisme des définitions et, dans le prolongement, pour ce qui concerne le droit, à renoncer à la définir soit parce qu'il en existerait plusieurs, soit parce qu'il n'y aurait pas d'unanimité sur la définition à retenir, soit encore parce qu'il existe toujours des discussions sur chacune des définitions proposées.

Il reste que si la définition n'est qu'une hypothèse, et donc une convention de langage à partir de laquelle il s'agira de décrire un objet déterminé, peu importe la multiplicité des définitions. La multiplicité des définitions ne pose problème que si l'on considère que chaque objet du réel n'est susceptible que d'une seule définition, comme si le réel n'imposait qu'une seule perception de celui-ci, qu'une seule description linguistique possible, que l'observation du réel ne ferait que révéler. La prétention à une seule définition possible ne renvoie qu'à la définition thèse et non pas à la définition hypothèse.

Pour autant, *une définition hypothèse ne saurait être déconnectée du réel*, mais dans un rapport autre que celui de l'essence (ou de la substance), qui caractérise la définition thèse. La question du rapport de la définition hypothèse avec le réel se déploie sur deux angles principaux : la construction et la pertinence de la définition⁷.

La construction d'une définition, même hypothétique, ne saurait s'affranchir de l'observation de la réalité qu'elle est censée décrire. Il n'est possible d'identifier le droit qu'en observant, dans un premier temps, les discours, les pratiques et les énoncés qui se qualifient, se revendiquent ou

⁶ Ce qui renvoie ici à la loi de Hume en vertu de laquelle il est impossible de déduire de conséquences prescriptives à partir de données d'observation simplement descriptive, de l'*être* ne saurait se déduire un *devoir être* (D. Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorzcyk, F. Michaut et M. Troper, LGDJ, La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

⁷ Il est également vrai qu'une définition thèse est susceptible d'être appréciée sous ces deux mêmes angles.

parlent de droit. Cette observation de la réalité permet, dans un second temps, de mettre en évidence des éléments distinctifs et, plus précisément, des singularités à même de poser une définition pertinente pour identifier le droit.

La pertinence d'une définition se mesure à l'aune du réel qu'elle a pour objet de décrire. Elle renvoie à la question de la vérité dans des termes qu'il convient d'explicitier. Il faut rappeler ici deux conceptions de la vérité, la *vérité correspondance* et la *vérité cohérence* : une dimension empirique fait face à une dimension analytique.

La *vérité correspondance* soulève des difficultés quelque peu insurmontables pour le droit. Non pas qu'il n'existe pas une réalité empirique observable, à savoir des textes prescriptifs, comme ceux appelés « lois de la République » en France, mais que cette réalité soit multiple, pensons aux jugements pour « dire droit », à une plaidoirie d'un avocat ou à un article doctrinal qui entendrait défendre ce qu'est le droit. Cette multitude d'éléments empiriques sont autant d'éléments à partir desquels il est possible d'éprouver une définition du droit au point que, sous l'angle de la vérité correspondance, n'importe quelle définition hypothèse, pour peu qu'elle ne soit pas totalement absurde, pourra être considérée comme vraie sous l'angle de la correspondance.

La *vérité cohérence* semble plus adaptée pour apprécier la pertinence de la définition hypothèse dans la mesure où c'est le caractère *logique* et *cohérent* de la définition qui permet d'en apprécier la pertinence et donc, dans une certaine mesure, sa *capacité descriptive* à identifier l'objet décrit, tout comme sa capacité à être mobilisée à l'appui de l'analyse de son objet pour en expliquer toutes les dimensions pratiques.

La *logique* s'entend, *a minima*, de la formulation de propositions d'analyse non contradictoires et la *cohérence* comme la capacité globale de la définition à décrire son objet, la pertinence générale de la définition proposée reposant sur la qualité des arguments proposés à son appui. La cohérence est une exigence forte dans la mesure où, face à plusieurs définitions hypothèses plausibles, il n'est pas certain qu'elles soient toutes cohérentes et qu'elles proposent un système général d'analyse logique. Aussi s'agit-il d'un critère décisif dans l'appréciation critique des définitions.

La vérité cohérence renvoie encore à la *capacité descriptive* de la définition à proposer une lecture cohérente de toutes les questions susceptibles de se poser en pratique. Il est vrai que, pour qu'il en soit ainsi, au-delà d'un concept premier de « droit », des concepts d'analyse seconds doivent être développés pour décrire et proposer une lecture globale du droit. Une théorie du droit exige une définition du droit, concept premier, et une description de la manière dont il fonctionne en général, ce qui exige de mobiliser des concepts seconds. Il reste que les concepts seconds se doivent d'être cohérents avec le concept premier pour que la proposition de description d'ensemble soit elle aussi cohérente. L'articulation entre ces deux niveaux de concepts doit permettre de décrire et de résoudre n'importe quelle question susceptible de se poser en pratique dans la vie du droit. Par exemple, la question pratique de savoir quelle norme appliquer en présence de deux normes contradictoires, potentiellement applicables à la même situation, ne

saurait être, *a priori*, directement résolue sans mobiliser des concepts seconds de « conflits de normes » et de « critères de résolution des conflits de normes », qui présupposent, par ailleurs, l'usage d'un concept premier de « norme ».

Il faut encore apprécier une définition à sa *capacité de mobilisation* pour identifier l'objet qu'elle décrit. Pour le droit, si, par exemple, il est nécessaire d'observer la pratique des destinataires des normes pour l'identifier, le travail d'avocat ne saurait plus être celui d'un lecteur des textes que certains qualifient de droit positif, mais celui d'un sociologue recherchant dans les études conduites dans cette discipline la systématisation des comportements sociaux. Une telle approche, en plus d'être difficilement mobilisable, en pratique, pour résoudre une question de droit, apparaît pour le moins contre intuitive. À cet égard, l'on peut convenir de manière assez intuitive que la plupart des destinataires des normes ont conscience de ce qu'est ou de ce qui n'est pas du droit, même s'il ne s'agit que d'une conscience minimale pouvant donner lieu, en conséquence, à des erreurs sur ce qui est du droit ou ce qui n'en est pas, sans avoir aucune connaissance des pratiques du droit ou, pour le moins, sans avoir systématisé ce qu'elles étaient. En pratique, la connaissance du code de la route ne passe pas par l'observation du comportement de ceux qui sont sur la route – et l'on ne peut que s'en féliciter –, mais par un apprentissage des règles qui y sont formalisées afin de pouvoir disposer d'une autorisation de conduire un véhicule à moteur sur la voie publique.

Est-il nécessaire de définir le droit ? Tout dépend de ce que l'on entend par définition du droit. La seule définition qui s'impose est une définition hypothèse qui, sous l'angle scientifique, permet d'établir l'objet d'étude du juriste ; elle permet de s'entendre, de manière conventionnelle, sur l'objet étudié en permettant ainsi, dans le prolongement, d'apprécier la pertinence des propositions d'analyse produites sur cet objet. L'on peut se dispenser, en revanche, aussi bien de définitions synthétiques que d'une définition thèse, même si celles-ci peuvent s'avérer utiles dans la construction d'une définition hypothèse. En tout état de cause, les définitions thèse et hypothèse sont discutables alors que les définitions synthétiques, parce qu'elles renvoient à d'autres définitions, ne le sont pas. Il reste que le fait que les définitions soient discutables n'enlèvent en rien à leur utilité ou à leur pertinence, qu'elle résulte d'une exigence scientifique d'explicitation de son objet d'étude ou d'une recherche de la nature intrinsèque du droit.

À tous ceux qui pensent qu'il n'est pas nécessaire de définir le droit, la contribution de François Colonna d'Istria témoigne de manière, semble-t-il, involontaire, et donc tout à fait magistrale, qu'il n'en est rien. Tout en défendant comme hypothèse première qu'il n'est pas nécessaire de définir le droit, sa contribution explicite ce qu'il faut entendre par « droit » à savoir un « phénomène juridique » et, plus précisément, en tant que « réalité empirique directement observable », « le travail quotidien des juristes en leur diversité professionnelle et en la variété des objectifs qu'ils poursuivent »⁸. Jugeant inutile de définir, cette contribution s'emploie,

⁸

Encore faudrait-il identifier en quoi un phénomène est « juridique » en ce qu'il renvoie à l'activité des « juristes ». Si le droit est l'activité de ceux qui font du droit, il n'est pas certain que l'on en sache davantage sur ce qu'est le droit.

précisément, à définir pour mieux saisir l'objet qu'il conviendrait d'entendre par « droit ». La définition du droit proposée n'est d'ailleurs ni vraie ni fausse, elle est une hypothèse qu'il nous appartiendra, peut-être, de discuter à l'occasion d'un autre dossier des *Cahiers Portalis*.