



CENTRE PERELMAN  
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

## La définition comme procédé stratégique

Stefan Goltzberg



Working Paper no. 2015/6

[www.philodroit.be](http://www.philodroit.be)

# La définition comme procédé stratégique<sup>1</sup>

Stefan Goltzberg

*Chargé de Recherches au Fonds National de la Recherche Scientifique,  
Centre Perelman de philosophie du droit, Université Libre de Bruxelles*

Publié initialement dans Lefebvre (dir.), *DICODEX. Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*,  
Ceprisca, Coll. « Colloques », pp. 141-155.

Imaginez quelqu'un qui est poursuivi pour s'être produit nu dans l'espace public. Il invoquerait pour sa défense la définition légale de la nudité : « Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public. » À présent, admettons que l'auteur des faits dise que comme il était nu, totalement nu, son état ne tombe pas sous la définition de la nudité, puisque est nu « quiconque est *vêtu* de façon à offenser la décence ou l'ordre public ». Plusieurs réactions sont envisageables face à une telle argumentation. Premièrement, vous pourriez vous dire que ce cas est une pure fiction – à tort, puisque ce cas est directement inspiré d'un cas réel, l'arrêt R. contre Verrette, sur lequel Mathieu Devinat a attiré notre attention. Ensuite, vous pourriez considérer que déduire une absence de nudité du fait que l'on n'est pas nu *au regard de la loi*, relève d'une argumentation inadmissible, immorale. Nous nous garderons bien de juger ainsi cette utilisation de la définition légale : au contraire, nous allons montrer combien ce cas – tout effarant qu'il paraisse – illustre en réalité particulièrement bien un des aspects de l'argumentation juridique, le rapport *stratégique* au texte. Nous reviendrons plus bas à cet exemple. Il importe de souligner que les définitions *abondent* en droit – comme le montre à l'envi le projet DICODEX, qui a identifié plus de 6 000 définitions dans les codes français.

---

<sup>1</sup> Je tiens à remercier Jennifer Nigri d'avoir relu ce texte.

D'une part les sources législatives contiennent de nombreuses définitions de termes aussi variés que « tracteur agricole<sup>2</sup> », « animal mordeur<sup>3</sup> », ou « nuit<sup>4</sup> ». D'autre part, des définitions proviennent d'autres sources, que ce soit la jurisprudence ou la doctrine. À ces deux types de définitions juridiques s'ajoutent les définitions du dictionnaire, auxquelles recourent parfois les tribunaux.

Outre le nombre impressionnant des définitions, on peut relever le fait que ces définitions ne sont pas toujours utilisées avec vraisemblance ; elles sont exploitées parfois au détriment du bon sens ou du moins de ce que l'on aurait pu raisonnablement prévoir. Il faut se rendre à l'évidence : produire des définitions, qui plus est au sein de la loi, c'est faire le *pari* que les définitions engendreront les effets souhaités. C'est toujours également courir le risque de voir ces définitions détournées de leur finalité : définir, pour le législateur, c'est confier à la définition une *mission*, qui consiste notamment à assurer une prévisibilité juridique, tout en sachant que le producteur de la définition ne peut jamais tout prévoir de la vie et du parcours de cette définition. D'une manière générale, ce qui est vrai des définitions l'est des règles juridiques : elles captent de nombreux cas, mais comme le législateur ne saurait tout prévoir, on sait à l'avance qu'il y aura des « ratés », des situations qui tomberont dans la définition alors que manifestement le législateur, s'il était présent, les en aurait exclues. Inversement, les définitions ne capturent pas toutes les réalités que le législateur, s'il était présent, aurait incluses dans la définition (Schauer 1991 : 131-132).

Nous aborderons la question de la définition en droit en deux temps. Premièrement, il sera question du *déclin* supposé du modèle antique de la définition, celui d'Aristote. Ce déclin sera décrit d'un point de vue général, puis plus particulièrement dans le monde du droit. Deuxièmement, nous nous risquerons à une *réhabilitation* de la définition, y compris de son modèle aristotélicien modifié. À cette fin, nous scruterons la nature du discours juridique et son incidence sur la nature et le fonctionnement de la définition en droit, puis nous poserons des limites aux limites de la définition.

---

<sup>2</sup> Tracteur agricole : « véhicule [agricole] à moteur, à roues ou à chenilles, ayant au moins deux essieux et une vitesse maximale par construction égale ou supérieure à 6 km/h, dont la fonction réside essentiellement dans sa puissance de traction et qui est spécialement conçu pour tirer, pousser, porter ou actionner certains équipements interchangeables destinés à des usages agricoles ou tracter des véhicules remorqués agricoles », **art. R. 311-1 du code de la route.**

<sup>3</sup> Animal mordeur : « tout animal sensible à la rage qui :

- (a) En quelque lieu que ce soit, a mordu [...] une personne ;
- (b) Ou dans un département officiellement déclaré infecté de rage, a mordu [...] soit un animal domestique, soit un animal sauvage apprivoisé ou tenu en captivité ;
- (c) Ou dans un département indemne de rage, a mordu [...] soit un animal domestique, soit un animal apprivoisé ou tenu en captivité, et provient depuis une période dont la durée est définie par un arrêté du ministre chargé de l'agriculture, d'un département officiellement déclaré infecté de rage, ou d'un pays atteint d'enzootie rabique », **art. R. 223-25 du code rural et de la pêche maritime.**

<sup>4</sup> Nuit : « temps qui commence une heure après le coucher du soleil et finit une heure avant son lever », art. L. 429-19 du code de l'environnement.

## Section I – Déclin du prestige de la définition

Aristote a forgé un modèle de la définition très articulé, nuancé et prudent. Toutefois, ce modèle souvent caricaturé a été battu en brèche par des générations de penseurs. Cette érosion gagne à être étudiée en elle-même puis au regard du droit.

### § 1 : Érosion du modèle aristotélicien

Aristote a légué une théorie de la définition plutôt forte, que l'on peut résumer par les dix traits suivants, que nous expliciterons ensuite : la définition est structurée en genre prochain et différence spécifique, elle est unique, universelle, essentielle, brève, littérale, non circulaire, composée de termes antérieurs et plus clairs, elle permet la substitution *salva veritate* et contient les conditions nécessaires et suffisantes. La définition était pour lui le socle sur lequel s'élaborait toute science. Or, l'histoire des théories de la définition est constituée des notes en bas de pages à l'œuvre d'Aristote, pour paraphraser Whitehead, qui s'exprimait à propos de Platon. Chacune des dix caractéristiques attribuées à la définition par Aristote a été remise en question par la tradition philosophique. Le vingtième siècle voit même la définition devenir un objet de dérision, de mépris, car elle n'aurait pas intégré les révolutions philosophiques ayant progressivement fait éclater tout le cadre dont la notion même de définition était solidaire.

Sans se livrer à un historique exhaustif des avatars de la théorie aristotélicienne de la définition, voici quelques-uns de ses moments marquants.

Exposons dans un premier temps la théorie aristotélicienne. La définition est structurée en *genre prochain et différence spécifique*, dont l'exemple paradigmatique est *L'humain est un animal politique*. « Animal » est le genre prochain, c'est-à-dire la catégorie directement supérieure. Si l'on avait défini l'humain comme un *être* politique, « être » n'aurait pas possédé le caractère *prochain* du genre, car trop éloigné. Idéalement, la définition serait *unique*, bien qu'Aristote lui-même semble avoir donné plusieurs définitions de certains termes. La définition est *universelle*, plus précisément, elle est un universel, c'est-à-dire qu'elle se dit de plusieurs. D'autres universels sont : le genre (par exemple « l'humain est un *animal* »), le propre (« l'homme *rit* ») et l'accident (« Socrate est *assis* »). À l'inverse, « Socrate » ne se dit pas de plusieurs, puisque, en tant que nom propre, il se dit d'un seul. La définition est *essentielle*, elle ne vise pas n'importe quelle caractéristique, mais celles qui relèvent de l'essence de la chose. Ainsi, bien que « bipède sans plume » soit une description sous laquelle tombent les humains, elle ne vise que des aspects non essentiels, car ils ne disent pas la nature de la chose définie. En outre, la définition doit être *brève* : il n'est aucunement question d'appeler définition une description qui s'étendrait sur de nombreuses pages, quelles que soient sa précision et son exactitude. La définition sera *littérale* et évitera, dans la mesure du possible les descriptions métaphoriques. Il convient qu'elle soit *dépourvue de circularité*, c'est-à-dire que la définition ne contienne pas le mot à définir (« l'humain est un animal humain »), sous peine de commettre une pétition de principe. Elle sera *composée de termes antérieurs et plus clairs* : elle ne contiendra pas de termes qui ne sont définissables que par elle ni de termes inutilement obscurs.

La définition permettra la *substitution salva veritate*, c'est-à-dire que partout où le terme « humain » apparaît, il devrait être possible de le remplacer par sa définition « animal politique » sans modifier la vérité de l'énoncé (*salva veritate*). Si la vérité de l'énoncé devait s'en trouver modifiée, ce serait le signe d'une définition erronée. Enfin, la définition contiendra les *conditions nécessaires et suffisantes* ; si elle contenait des conditions nécessaires et non suffisantes, par exemple le genre prochain (animal) sans la différence spécifique (politique) ou inversement, la définition serait trop large et inclurait des éléments non voulus, comme la girafe, qui est un animal mais pas un animal politique.

Chacun de ces dix traits a fait l'objet d'une récusation, dont voici une synthèse.

1. *Genre prochain et différence spécifique.* Cette exigence est tributaire d'une cosmologie aristotélicienne qui a fait long feu et où chaque espèce (humain) ne possède qu'un genre prochain (animal). Or, pour plus d'une espèce tel n'est pas le cas. Plusieurs auteurs, dont Rickert, ont considéré que le rejet de la cosmologie d'Aristote entraînait *eo ipso* celui de sa théorie de la définition.

2. *Unicité.* Alors que classiquement, l'existence de plusieurs définitions signe la présence d'une erreur, Aristote lui-même, suivi par Guillaume d'Occam, a accrédité l'idée que certaines notions sont susceptibles de plusieurs définitions. Aujourd'hui, ce point fait, semble-t-il, l'unanimité.

3. *Universalité.* La querelle des universaux (ce qui se dit de plusieurs) oppose notamment les nominalistes selon lesquels les universaux ne sont que des noms renvoyant aux individus et à nulle autre entité supra-individuelle – et les réalistes selon lesquels l'universel renvoie en outre à une réalité supra-individuelle. Aristote retient quatre universaux (genre, propre, définition et accident). Son commentateur Porphyre (234-310) modifiera cette liste, supprimant la définition. Une autre décision (le maintien de la définition dans la liste) aurait sans doute consolidé le rôle de la définition dans l'histoire des idées.

4. *Essence.* L'essence est une notion très chargée, qui suppose quelque chose de sous-jacent, de préexistant, voire d'éternel. Il n'est guère étonnant que cet aspect de la vision d'Aristote ait été remis en question par de nombreux auteurs, notamment Al-Kindi, Isidore de Séville, Occam, Bacon, Hobbes et Popper.

5. *Brièveté.* Selon Cicéron et Mill, il est légitime que la définition n'obéisse pas à une exigence de brièveté.

6. *Littéralité.* Ce n'est pas seulement la définition mais tout le langage dont plusieurs auteurs ont entendu montrer qu'il ne pouvait pas atteindre la littéralité. Celle-ci serait, selon Vico, Rousseau et Nietzsche le résultat de métaphores usées, endormies, dont le sens métaphorique aurait pâli. Il en résulterait que nous appelons littérales uniquement les expressions dont nous avons perdu la signification d'origine, nécessairement métaphorique.

7. *Non-circularité.* Le principe d'après lequel le cercle est une erreur d'argumentation est tempéré par cette idée astucieuse d'après laquelle il y aurait, au côté de la circularité vicieuse, une circularité vertueuse. Heidegger, Gadamer et d'autres théoriciens inspirés par l'œuvre de Schleiermacher affirmeront la nécessité d'un cercle herméneutique.

8. *Termes antérieurs et plus clairs.* L'impossibilité ou du moins l'extrême difficulté de s'en tenir à cette exigence de clarté et d'antériorité des termes a été mise en lumière

notamment par Bacon et Popper. Souvent en effet, les définitions utilisent des termes qui ne sont pas définis, les multiples définitions s'éclairant mutuellement. L'idéal aristotélicien d'une liste de définitions procédant du plus général au plus précis n'est pas toujours atteint ou atteignable.

9. *Substitution salva veritate*. Des philosophes contemporains, comme Goodman et Quine, ont voulu montrer qu'il n'existe pas de synonymie parfaite, permettant une substitution *salva veritate*.

10. *Conditions nécessaires et suffisantes*. L'idée même que les concepts seraient définissables en termes de conditions nécessaires et suffisantes a été battue en brèche de manière spectaculaire par Wittgenstein. Celui-ci remplaçait ces conditions par des exigences plus faibles et plus souples, celle des ressemblances de famille : il n'est pas obligatoire pour qu'une chose mérite un nom qu'elle satisfasse à une critériologie parfaite (en conditions nécessaires et suffisantes), mais il suffit qu'elle possède une majorité de traits partagés par la plupart des éléments de l'ensemble.

Le bilan de la théorie aristotélicienne est désastreux ; elle a, au fil des siècles, perdu son prestige. Pourtant, il n'est pas certain que sa théorie ne puisse pas être sauvée, au prix, certes, d'une modification. Ainsi, il ne paraît guère opportun aujourd'hui de requérir d'une définition qu'elle reflète une essence éternelle ni qu'elle soit totalement démunie de métaphores – et encore moins qu'elle soit unique. En revanche, la forme en genre prochain et différence spécifique nous semble encore productive, en dépit du caractère obsolète de la cosmologie aristotélicienne. Les conditions nécessaires et suffisantes, la clarté et la substitution *salva veritate* nous paraissent de bonnes exigences méthodologiques pour quiconque – y compris le législateur – se livre au travail définitionnel.

## § 2 : Érosion du positivisme juridique

Ce n'est pas qu'en philosophie que la théorie aristotélicienne de la définition est critiquée. En droit également, se multiplient sinon les attaques contre Aristote lui-même, du moins les mises en garde contre les définitions. Javolénus est un des auteurs les plus cités sur cette question, lui qui écrit dans *Le Digeste* (50.17.202) : « Toute définition est dangereuse : il est rare d'en trouver une qui ne puisse être subvertie (*omnis definitio in iure civili periculosa est : rarum est enim ut non subverti posset*). »

Plus généralement, on peut dire que la seconde moitié du vingtième siècle a connu l'efflorescence de théories topiques de l'argumentation juridique, dont les représentants les plus connus sont Viehweg et Perelman. Leur théorie est « topique » au sens où ils réhabilitent les *lieux* (*loci, topoi*) de l'argumentation, c'est-à-dire les sièges des arguments. Les principes juridiques, qui sont l'expression de ces lieux, sont multiples (leur liste n'est, du reste, pas close). Nous mentionnerons ceux qui touchent au rôle de la définition. La définition est intimement liée au statut que l'on donne au sens littéral. Si l'on visualise l'interprétation juridique comme s'articulant autour de deux pôles – le respect de la littéralité et l'éloignement de la littéralité – la définition est sans conteste à compter parmi les instruments qui plaident vers un respect de la lettre du texte.

Le principe (en tout cas un des principes) plaidant pour le respect de la lettre du texte est *Expressio unius est exclusio alterius* : un terme exprimé exclut son complément. Par exemple, si une chose est interdite, comme boire de l'alcool, cela permet de déduire que boire d'autres boissons, non alcoolisées, n'est pas interdit. Il s'agit de l'argument *a contrario*.

À l'inverse, l'éloignement du sens littéral est exprimé entre autres par le principe *Eiusdem generis*, qui suggère que le texte s'applique aux cas similaires bien que ceux-ci ne soient pas formulés explicitement. Ceci permet une extension de certaines catégories, extension qui contredit le cas échéant la littéralité du texte. Nous pensons à l'argument *a pari* ou par analogie.

La définition se situe clairement du côté du principe du respect du sens littéral du texte. Si vous plaidez pour un éloignement du sens littéral, donc pour un assouplissement dans l'interprétation des catégories, il y a de fortes chances que l'argument par définition ne vous soit pas du meilleur secours.

De quelle manière interagissent ces deux principes ? Sont-ils symétriques ou bien l'un des deux serait-il applicable par défaut ? D'une manière générale, les théoriciens topiques semblent pencher pour une symétrie des lieux de l'argumentation, y compris ces deux lieux de l'interprétation. D'après les théoriciens de la topique juridique, seul le contexte peut indiquer lequel de ces deux principes doit être appliqué. Une décision ignorante du contexte ne saurait assurer une issue acceptable.

Selon nous, il y a lieu d'opérer une distinction entre la *possibilité* d'activer chacun des deux principes et l'idée selon laquelle ils fonctionneraient de manière *symétrique*. Certes, les théoriciens de la topique juridique ont montré les limites d'un modèle syllogistique et axiomatique où la place dévolue au juge était presque inexistante. Il n'est dès lors pas question de reconduire cette idée typique de la philosophie de la codification selon laquelle le juge est censé appliquer mécaniquement la loi au cas d'espèce et éviter l'interprétation autant que faire se peut. Nous pourrions nous demander si la philosophie de la codification a véritablement été prônée dans les termes où la dépeignent ses détracteurs, les théoriciens de la topique juridique, mais tel n'est pas notre propos. Notre point est que l'existence de deux principes herméneutique, l'un plaidant pour le respect du sens littéral – et donc appuyé par l'argument par définition – l'autre plaidant pour un éloignement du sens littéral, ne conduit pas nécessairement à l'idée selon laquelle ces deux principes fonctionnent de manière symétrique. Nous pensons au contraire qu'une présomption profite au principe du respect du sens littéral – et donc de la définition. Cette présomption peut être renversée, à l'aide du second principe, mais ce renversement doit se justifier. En revanche, le respect de la littéralité ne doit pas se justifier, il est admis par défaut, d'où la force d'un argument qui s'appuierait sur une définition.

Le positivisme juridique est une théorie polymorphe reposant sur plusieurs idées. Pour les besoins de cette démonstration, nous ne parlerons que de la forme de positivisme telle qu'elle est remise en question par les théoriciens non positivistes, comme Viehweg et Perelman. Le positivisme qu'ils critiquent (et que dans une certaine mesure ils construisent) est celui de la philosophie de la codification : le juge doit appliquer la loi et non l'interpréter.

Dans sa version forte, le juge ne doit *jamais* interpréter la loi. Dans sa version faible, il doit tout faire pour *éviter* d'interpréter la loi. Dans les deux cas, la définition constitue une des pierres angulaires du jugement judiciaire, puisqu'il permet l'élaboration du syllogisme judiciaire cher à Beccaria.

Depuis les années 1950, la philosophie du droit a connu plusieurs tournants dont le tournant linguistique et le tournant herméneutique, autant de manières de dénoncer le modèle positiviste : celui-ci ne faisait pas assez place à l'interprétation du juge, pourtant bien réelle. Dans le mouvement de critique visant le positivisme juridique, le statut de la définition a connu un bouleversement : de pièce maîtresse de l'argumentation juridique, la définition est devenue une construction suspecte, dont la visée scientifique, universelle, neutre a été révoquée en doute.

Avec la remise en question du positivisme juridique, la définition a perdu de son lustre. Le lent déclin du statut de la définition d'Aristote à nos jours touche donc l'histoire de la pensée en général, ainsi que celle de la pensée juridique.

## Section II – Réhabilitation de la définition

Ce déclin annoncé et revendiqué de la définition ne saurait convaincre le juriste de se passer de cet outil. En effet, le juriste est naturellement conduit à miser sur des définitions qu'il construit ou qui, figurant dans la loi, le contraignent. Nous montrerons combien la *nature même du discours juridique* requiert l'usage de définitions. Ensuite, nous poserons des *limites aux limites de la définition*.

### § 1 : Nature du discours juridique

Le discours juridique se caractérise au moins par trois aspects<sup>5</sup> : la formulation, l'attitude stratégique et la logique juridique.

#### A. Formulation et indépendance des normes

Les normes juridiques se distinguent des normes non juridiques (notamment éthiques) par le rôle qu'y joue la formulation. En effet, pour ce qui est des normes éthiques, exprimées au travers de proverbes, de maximes (« Quand on aime on ne compte pas »), ou d'instructions précises (« Ne reprends pas mes fautes de français en public »), la manière même dont elles sont formulées importe relativement peu. Seule semble compter la *valeur* qui sous-tend l'instruction ou la norme éthique. La demande faite par un parent à son enfant de ne pas reprendre ses fautes de grammaire devant les invités doit souvent être comprise comme plus générale : il s'agit de ne pas reprendre ce parent en public.

---

<sup>5</sup> Bien entendu, le droit ne se distingue pas des autres sphères uniquement par ces trois aspects. L'existence d'un juge à même de trancher les litiges est également un trait distinctif. Nous proposons ici de mentionner trois aspects non du *droit* mais du *discours juridique*.

Admettons que la famille en question soit elle-même invitée chez d'autres gens, il semble que l'interdit soit dans une certaine mesure encore valable – bien que ces gens ne soient plus des invités mais des hôtes. Bien entendu, il peut exister des contre-exemples, où la norme éthique devait être prise à la lettre, mais d'une manière générale, les instructions éthiques ne sont pas – et ne sont pas censées être – l'objet d'une exégèse quant à la signification de l'énoncé. Les normes juridiques voient leur formulation acquérir une sorte d'autorité en elle-même<sup>6</sup>.

La *formulation* entretient un rapport dialectique avec la *raison* implicite de la loi. Chaque loi est en effet sous-tendue par une raison, que celle-ci soit explicite ou non. Mais il arrive que la norme vaille, en vertu de sa formulation et non en vertu de cette raison implicite qui la sous-tend. C'est là que se fait sentir un aspect directement lié à la formulation : l'autorité de la loi. On mesure l'autorité associée à une loi à la manière dont les juges l'appliquent même lorsqu'ils la désapprouvent.

Bien entendu, le fait que la définition apparaisse dans la loi ou dans la doctrine (ou encore dans d'autres sources du droit) emportera des conséquences quant à l'autorité qui lui sera associée. On peut présumer qu'une définition législative l'emportera en autorité sur une définition forgée par la doctrine. Ce point ne suppose pas que la vérité – si toutefois ce concept est pertinent ici – soit du côté de la loi, que la définition légale est meilleure. Tel n'est peut-être pas le cas ; il reste que la définition apparaissant textuellement dans la loi reçoit une autorité plus grande, car elle vaut en vertu de sa source, la loi, celle-ci se caractérisant notamment par l'importance qu'y reçoit la formulation.

La question de la formulation nous conduit à opérer une distinction extrêmement utile en droit comparé, celle entre *conception* casuistique et *formulation* casuistique. La notion de culture casuistique indique par le mot même qu'il y est question de cas. La *conception* casuistique caractérise les cultures juridiques où le juge peut trancher des cas à la lumière de son expérience. Il peut le faire même si la norme n'a pas obtenu de formulation stable. Les cultures orales, ou du moins celles où le droit est transmis et appliqué de manière orale, embrassent souvent une conception casuistique. La *formulation* casuistique est tout autre chose : le corpus juridique est *exprimé* sous forme de multiples cas, qui ne suivent d'ailleurs pas toujours un ordre totalement déterminé. La culture talmudique a longtemps été perçue comme une culture qui souscrivait à une *conception* casuistique, alors que manifestement, ce n'est que la *formulation* qui est casuistique (Moscovitz 2002).

La définition se développe davantage dans les cultures juridiques qui se sont départies de la conception casuistique. Pour résumer : il y a très peu de définitions dans les cultures où la conception est casuistique, quelques-unes dans les cultures où la casuistique n'est plus que la *forme* dans laquelle s'énoncent les normes juridiques (cultures de *formulation* casuistique).

---

<sup>6</sup> L'école du réalisme américain, de Jerome Frank et Karl Llewellyn, revoit à la baisse la différence entre la prise de décision en droit et la prise de décision ailleurs. Selon eux, les décisions judiciaires sont surtout dictées par le fait que les juges sont avant tout des humains et non pas parce qu'ils sont des professionnels du droit (Schauer 2009 : 3-4).

Les définitions abondent dans les cultures qui ont procédé à une codification – que les lois codifiées soient le fruit d’une élaboration nouvelle ou que cette codification ne contente de consacrer les lois qui précédaient la codification.

## B. Attitude stratégique

Ce n’est pas seulement que la formulation *importe*, elle permet même une analyse *indépendante* de ce que pourrait vouloir dire le texte. Le droit autorise en effet voire invite une *attitude stratégique* par rapport aux normes. Il n’est pas facile de définir ce qu’est une attitude stratégique, parce que le mot de stratégie est très chargé et renvoie à de nombreuses choses. Mon propos ici consiste simplement à me faire l’écho de certains auteurs qui ont introduit en droit des notions issues de la pragmatique (entendue comme discipline de la linguistique qui étudie les énoncés en contexte). Le but est de rendre compte d’un trait particulier du discours juridique. Ce trait a partie liée avec l’attitude du lecteur de la loi, une fois qu’elle est comparée à l’attitude du lecteur d’un autre texte. John Searle a montré qu’il existe un nombre indéfini d’interprétations littérales d’un énoncé (Searle 1979). Il suffit – sans même proposer de lecture métaphorique – de faire varier ce qu’il appelle l’arrière-plan (*background*). Ces variations d’arrière-plan peuvent être illustrées par l’exemple suivant : « Jean a sorti la clé de sa poche et a ouvert la porte. » Le lecteur comprend le plus souvent que Jean a non seulement sorti la clé, mais qu’il l’a utilisée pour ouvrir la porte. En effet, si tel n’était pas le cas, on ne comprend plus pourquoi le narrateur aurait précisé qu’il a sorti sa clé de sa poche. Or, la lecture selon laquelle Jean a sorti la clé de sa poche et a ouvert sa porte en y donnant un coup de pied n’est pas métaphorique mais bien littérale. Ce qui est curieux n’est pas un *écart* par rapport au sens littéral ou à la formulation – qui sont respectés – mais un écart par rapport à autre chose, que l’on peut appeler la *coopération*. Le lecteur qui coopère « remplit » pour ainsi dire les non-dits : Jean a sorti la clé *pour* ouvrir la porte (non en frappant dessus ou en l’utilisant comme un bélier, mais en tournant la clé dans la serrure).

La lecture stratégique suspend par moments ce que Grice appelle le principe de coopération (Grice 1989, Marmor 2014). Ce point appelle trois remarques.

Premièrement, la suspension du principe de coopération ne signifie nullement que le juriste qui propose une interprétation d’une disposition légale ne coopère plus. Il ne fait que *suspendre momentanément* une pleine et entière coopération – du moins, ce qui serait *perçu* comme une coopération par un observateur extérieur.

Deuxièmement, tout lecteur qui invoque une interprétation contre-intuitive de la loi, mais qui en respecte la formulation, ne perd pas pour autant sa capacité de coopérer le reste du temps. La lecture stratégique indique seulement que le principe de coopération peut être momentanément suspendu. En outre, le seuil de tolérance de lecture stratégique ne dépend pas tant de chaque juriste que de la culture juridique.

Troisièmement, la suspension du principe de coopération n’est pas le propre du discours juridique, puisque de nombreux locuteurs agissent de la sorte ailleurs.

Certes, mais un tel comportement est socialement mal vu, alors que lors d'un débat juridique, il est mutuellement manifeste qu'une suspension du principe de coopération est dans une certaine mesure admissible.

La définition est l'objet d'une attention particulière en droit, puisque son autorité est très forte, surtout pour ce qui concerne les définitions au sein de la législation. Les définitions se prêtent facilement à la lecture stratégique pour plusieurs raisons. La première est que les définitions étant censées être – par définition – exhaustives, l'argument *a contrario* y est forcément étroitement lié. La seconde raison est que la définition étant censée valoir indépendamment du contexte, elle offre des possibilités de lecture et de compréhension qui ne sont pas celles du sens commun.

### C. Logique juridique

Les notions de formulation et de lecture stratégique propre à chaque culture nous conduisent aux notions d'ontologie juridique et de logique juridique (Perelman 1976). Chaque ontologie juridique se caractérise par la manière dont les sources du droit sont articulées. Parmi un grand nombre d'ontologies juridiques, on peut retenir notamment l'ontologie du droit continental, de tradition romano-germanique, où la loi occupe une des places les plus importantes, par opposition au droit de *common law*, où la jurisprudence joue un rôle prédominant. L'ontologie juridique est donc directement déterminée par les sources qui sont *désignées* comme premières et ainsi que par celles qui ne sont que subsidiaires. Les sources peuvent encore être dites contraignantes ou persuasives. Une source contraignante est une source dont l'autorité doit être suivie, à la manière dont on *suit une règle*. Une source persuasive peut au mieux constituer un argument à titre subsidiaire : on s'en inspire plus qu'on ne la suit.

Chaque ontologie juridique voit émerger des solutions qui, quoique découlant manifestement du fonctionnement normal de l'articulation des sources, présentent un caractère inacceptable : la décision de justice revêt alors un aspect injuste, absurde ou arbitraire.

C'est à cette fin que chaque ontologie juridique possède une *logique juridique*, c'est-à-dire un ensemble de procédés permettant d'assouplir l'ontologie juridique, afin de surmonter *certain*s résultats sous-optimaux. Parmi ces procédés, citons la fiction, la lecture téléologique, la définition. D'une manière générale, on peut dire que la logique juridique est constituée de toutes les ressources de l'attitude stratégique : prendre des termes à la lettre ou à l'inverse s'éloigner complètement de la lettre, l'appel à la cohérence ou au contraire l'invocation d'un cas exceptionnel requérant un traitement exceptionnel.

Ces trois aspects du discours juridiques sont liés. Ainsi, le caractère central de la formulation des normes juridiques autorise une approche stratégique, qui peut le cas échéant faire primer une interprétation reposant sur la forme seule au détriment du fond. Par exemple, le principe de l'effet utile prétend justifier la présence de termes, énoncés, paragraphes, qui autrement seraient superfétatoires. Ce n'est pas uniquement la présence ou l'absence d'un terme qui est présenté comme pertinent, mais également le *choix* des mots. Ainsi, le législateur hésite parfois entre deux formulations *x* et *y* parfaitement interchangeables mais entre lesquelles il doit bien se décider.

Il n'est pas du tout inconcevable qu'une interprétation stratégique, même consciente du caractère interchangeable des deux formulations, s'appuiera sur le fait que le texte dispose *x* plutôt que *y*.

Parmi les différentes classifications des cultures juridiques, rien n'interdirait de les comparer en fonction du niveau de lecture stratégique autorisé. Ainsi, l'usage de la définition pourrait constituer un indicateur assez puissant : le nombre de définitions législatives indiquerait le niveau de codification et donc d'abstraction. Par ailleurs, le *jeu* sur les définitions, c'est-à-dire la recevabilité de lectures *forcées* mais compatibles avec la formulation des définitions serait un indicateur du degré de lecture stratégique autorisé dans chaque culture juridique.

Cette triple nature du discours juridique justifie la présence de la définition comme procédé faisant valoir l'importance de la formulation, prêtant main-forte à la lecture stratégique et constituant l'un des outils privilégiés de la logique juridique. Si l'on abandonne l'idée que la définition doit être parfaite, infaillible, on perçoit mieux le rôle qui est le sien en argumentation juridique, un rôle qu'aucune mode philosophique ne saurait démentir.

## § 2 : Limites des limites de la définition

Les limites que l'on assigne à la définition participent au moins en partie d'une mécompréhension de la nature du discours juridique. En effet, si le discours juridique possède bel et bien les caractéristiques que nous avons décrites – le rôle de la formulation, de l'attitude stratégique et la logique juridique – le statut de la définition doit être révisé : la remise en question du rôle de la définition par les théoriciens topiques doit elle-même être amendée.

La notion de définition reflète une exigence d'abstraction qui n'est pas présente dans toutes les cultures juridiques. Il arrive en effet que certains droits exploitent le *critère* plus encore que la *définition*. Un critère est un trait, une caractéristique, qui permet de savoir si un objet tombe ou non sous une catégorie. Que l'on renonce à un objet perdu peut être considéré comme un critère permettant d'y voir une *res nullius*, ce n'est pas en tant que telle une définition. Le critère se distingue de la définition par le fait que, d'une part, il ne s'élève pas nécessairement à un haut degré d'abstraction et que, d'autre part, le critère présuppose une série de conditions déjà réunies. Par exemple, un objet ne devient *res nullius* que si son propriétaire y a renoncé *et qu'il se trouve dans le domaine public*. Cette seconde condition est implicite. La définition idéale ne présuppose rien, puisqu'elle vise à rendre explicite aussi succinctement que possible tous les traits définitoires de la catégorie définie. En ce sens, le critère est moins précis que la définition dans la mesure où il est, toutes choses égales par ailleurs, plus aisé d'en détourner la signification, pour peu qu'on modifie les présupposés. En revanche, la définition présente une faiblesse, qui tient, paradoxalement, à sa force : dans la mesure où la définition se présente comme une description *complète*, il devient possible de la sortir de son contexte d'application, précisément en raison de son autonomie, une indépendance que la notion de critère ne revendique pas.

Notre position est double : non seulement la définition et le critère ont droit de cité en argumentation juridique et procurent des outils incomparables d'argumentation, mais en outre cela ne signifie pas que la définition ou le critère soient nécessaires à tous égards.

Entre une théorie naïvement positiviste prêtant foi par principe à la définition et un rejet de toute définition, une troisième voie est envisageable : celle où la définition joue un rôle central mais qui n'est ni infaillible ni toujours nécessaire. Que la définition ne soit pas parfaite, cela s'explique par l'idée que le principe du respect de la littéralité du texte, quoique présumé, est toujours susceptible d'être contrebalancé par le principe de l'éloignement de la littéralité du texte en cas de nécessité. Il reste à expliquer en quoi la définition n'est pas toujours nécessaire ni même toujours souhaitable. Certains termes de la loi ne sont pas définis – et à juste titre. Prenons l'exemple de l'abandon d'enfant. Il est interdit d'abandonner un enfant, mais la loi ne précise pas l'âge auquel une absence de deux minutes constituerait un abandon. La loi ne précise en fait ni l'âge, ni la durée de l'absence ni les circonstances. Or, si la définition vise à lutter contre l'arbitraire, ne serait-il pas opportun que les termes mêmes des actions condamnées soient définis ? Si je ne connais pas la définition de l'abandon, comment puis-je m'assurer de ne pas en commettre un ? Endicott s'est penché sur cette question et affirme qu'il serait *plus* arbitraire de définir précisément en quoi consiste l'abandon, tellement les enfants et les circonstances diffèrent. En réalité, ce qui constitue un abandon est laissé à l'appréciation des parents et du juge. Certes, ceux-ci peuvent diverger quant à leur appréciation, mais tout bien considéré, il semble moins arbitraire, plus économique et plus raisonnable de *ne pas* définir ce qu'est l'abandon.

## Conclusion

Nous avons suivi le lent déclin du statut de la définition depuis Aristote jusqu'à nos jours, dans l'histoire des idées et en théorie du droit. La définition s'est vue dénier toutes les caractéristiques qu'Aristote lui attribuait, notamment sa littéralité, sa structure en genre prochain et différence spécifique ou en conditions nécessaires et suffisantes. En droit, une méfiance toujours plus grande entoure l'usage de la définition. Le positivisme juridique promouvait l'usage de la définition, et la remise en question du modèle n'a pas épargné la définition, accusée de vouloir jouer un rôle autoritaire, une forme d'argument d'autorité qui ne dit pas son nom.

La seconde partie se livrait à une réhabilitation de la définition qui passait par une mise au point sur la triple nature du discours juridique : formulation, lecture stratégique et logique juridique – autant d'aspects qui ménagent une place de choix à la définition. Enfin, les limites de la définition, rappelées à l'envi par les théoriciens topiques, se voient à leur tour assigner des limites : que la définition ne soit pas infaillible ne signifie pas que l'on doive s'en passer. Par ailleurs, qu'elle soit utile ne signifie pas qu'elle soit toujours nécessaire.

Il est temps de revenir au cas par lequel s'ouvrirait cette contribution, celui d'une définition légale de la nudité : « Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public. » Nous sommes ici aux prises avec une tension entre un terme ordinaire (on sait à peu près ce que signifie la nudité) et une définition technique (vêtu de manière à offenser la décence ou l'ordre public). La question qui s'est posée est celle de savoir si la définition légale rend caduc le sens ordinaire du terme « nudité ». D'une manière générale, on peut s'attendre à ce que les mots doivent recevoir leur sens ordinaire *sauf si* la loi produit une définition.

D'un côté, une présomption privilégie le sens ordinaire – en l'absence d'une définition légale – et d'un autre côté on présume que le sens technique, défini explicitement par la loi, *remplacerait* le sens ordinaire. Ces considérations générales conduisent cependant à une situation pour le moins étrange : il serait interdit d'être nu au sens technique (vêtu de manière à offenser la décence ou l'ordre public) et autorisé d'être nu au sens ordinaire (tout nu).

Cet exemple met à nu, si l'on peut dire, la critique de l'usage des définitions : c'est précisément parce que la définition est susceptible de plusieurs usages (dont certains sont abusifs) qu'il est nécessaire de la compter dans la panoplie du juriste et du philosophe. La définition fait partie de ces entités auxquelles on n'échappe pas : ce n'est pas parce que je prétends ne pas définir un terme que je ne dispose pas d'une définition. Un auteur plus avisé sera certainement en mesure de constituer la définition que j'ai de quoi que ce soit. Raison de plus pour anticiper ce travail et assumer le fait que nous sommes condamnés à manier la définition en droit. Comme les contraintes dans de nombreux arts, la définition ne limite pas mais libère, puisqu'elle nous donne l'occasion de décider comment la chose doit être définie.

T. Endicott, *The Value of Vagueness*, in Andrei Marmor et Scott Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 14-30.

P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Harvard, 1989.

A. Marmor, *What Does the Law Implicate ?*, in *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014.

L. Moscovitz, *Talmudic Reasoning*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, [1976], 1979.

F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, « Clarendon Law Series », 1991

F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009

J. Searle, *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, New York, 1979.

T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, [1953], 1974.