

Autour de la distinction entre règles et concepts

Frédéric Rouvière

▶ **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Autour de la distinction entre règles et concepts. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2014, La pensée de Paul Amselek, 26 (2013-5), p.2017-2028. halshs-01141831

HAL Id: halshs-01141831
https://shs.hal.science/halshs-01141831

Submitted on 15 Apr 2015

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.

AUTOUR DE LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET CONCEPTS

Par

Frédéric ROUVIÈRE

Aix-Marseille Université, LTD EA 892, 13628, Aix-en-Provence, France

1. Surface et profondeur de la distinction – Il peut sembler curieux de s'arrêter sur la distinction entre les règles et les concepts dans l'ouvrage si riche de Paul Amselek[1] alors que cette distinction est exposée en moins d'une dizaine de pages[2] et paraît au fond être un point de détail tout à fait mineur dans la démonstration d'ensemble que mène l'auteur. Pourtant, ce sont souvent certains détails qui sont significatifs pour saisir une construction d'ensemble plus vaste de la même façon que le raffinement d'un ensemble architectural est souvent rehaussé par des éléments apparemment de moindre importance. Ce sont souvent les détails qui font la différence.

D'ailleurs, le problème de la distinction entre les règles et les concepts réapparaît sous une autre forme dans la dernière partie de l'ouvrage lorsqu'il s'agit de distinguer entre interpréter et qualifier[3]. Dès lors, l'enjeu qui s'attache à la distinction apparaît plus aisément : alors que les règles sont interprétées, les concepts permettent, eux, de qualifier. L'analogie est alors la suivante : l'interprétation est à la règle ce que la qualification est au concept. Mais il reste à élucider la raison de ce rapport qui postule une différence entre interpréter et qualifier découlant elle-même de la distinction entre règles et concepts.

Ainsi, l'articulation entre règles – concepts – interprétation – qualification est bien plus complexe qu'elle ne paraît à première vue et témoigne en réalité de prises de positions relativement fortes sur l'ontologie et l'épistémologie du droit. En effet, définir le droit comme un ensemble de règles conduit à considérer que la connaissance du droit va forcément avoir pour objet ces mêmes règles et va tendre à définir leur sens. Dans cette voie, l'interprétation constituerait le noyau épistémologique de l'activité cognitive des juristes : quelle place reste-t-il alors pour la qualification ?

On sait que la qualification est le rattachement de certains faits à des catégories qui permettent d'appliquer le régime juridique adéquat[4]. Intuitivement, on

---

[1] P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, Le temps des idées, 2012, 647 pages. Abrévié par la suite en « *Chem. Ph.* ».
[2] *Chem. Ph*., p. 127-134.
[3] *Chem. Ph*., p. 441-447.
[4] *Chem. Ph.,* p. 130.

a tendance à considérer qu'il faut d'abord connaître les règles puis, une fois ce sens connu, opérer la qualification des faits. C'est bien la position que défend Paul Amselek[5] en distinguant d'ailleurs soigneusement la qualification et l'interprétation. En effet, selon lui, le rattachement de données d'observation à des concepts n'est pas de l'interprétation. Si les schèmes conceptuels servent effectivement à la qualification des choses[6], il y aurait cependant erreur à ramener le droit à un ensemble d'instruments de qualification car cela conduirait en définitive à confondre purement et simplement les normes et les concepts[7]. Ranger un fait sous une catégorie (« subsumer ») relève de la qualification, opération qui ne saurait être assimilée à de l'interprétation[8].

2. Une distinction symptomatique des rapports entre ontologie et épistémologie – Ainsi, ce que l'opposition entre règles et concepts révèle n'est pas anodin. C'est une prise de position en faveur d'une épistémologie du droit forcément modelée sur une ontologie. C'est bien parce que le droit est entendu comme un ensemble de règles que sa connaissance ne pourra porter que sur ces règles. Mais ce lien est-il nécessaire ? Autrement dit, peut-on penser une épistémologie du droit détachée et indépendante de toute ontologie ? Ontologie et épistémologie peuvent-elles être abordées séparément ?

C'est ce problème que je souhaiterai précisément examiner en me demandant si l'ouvrage de Paul Amselek ne développe pas en réalité deux épistémologies : une relative aux règles et une autre (plus mineure) relative aux concepts. Pour le dire autrement, je voudrai essayer de savoir si cette dualité épistémologique entre qualifier et interpréter ne donne pas un avantage indu à l'interprétation sur la qualification. Dans cette optique, je prendrai à dessein le comme point de départ inverse en concentrant mon attention sur le concept afin de fixer mon regard sur la règle. Cette façon de faire permettra de saisir que ce choix n'est pas sans portée et qu'il peut révéler certains décalages dans l'appréhension des rapports entre ontologie et épistémologie. Bref, je vais essayer de plaider une certaine autonomie de l'épistémologie, une épistémologie qui pourrait éventuellement être pensée indépendamment d'une ontologie. Or ce point est loin d'être mineur car il engage l'ensemble de la réflexion qui existe dans la théorie du droit tant sur la définition que la connaissance du droit. La distinction entre règles et concepts en est le symptôme et, comme tous les symptômes, ils nous invitent à chercher des causes plus profondes.

Le problème qui servira de fil conducteur est le suivant : le primat de l'interprétation sur la qualification peut-il s'expliquer par une ontologie du droit centrée sur les règles ? J'entends ici par ontologie, une proposition qui porte sur l'être du droit lui-même, sur ce qu'il est censé être en dernière instance, lorsqu'il est dépouillé de tous ses accessoires. Faire intervenir une telle ontologie troublerait la définition de l'épistémologie du droit elle-même. Par épistémologie, j'entends la théorie de la connaissance du droit ou plus simplement encore ce qui relève de sa cognition ou de son savoir.

---

[5] *Chem. Ph*., p. 445 : « Avant de qualifier les faits au regard des concepts articulés par une réglementation juridique, il faut interpréter le texte écrit qui transporte cette règlementation».
[6] *Chem. Ph*., p. 442.
[7] *Chem. Ph*., p. 442-443.
[8] *Chem. Ph*., p. 443.

L'hypothèse est qu'une ontologie centrée sur les règles conduit forcément à devoir distinguer interprétation et qualification. Or cette distinction me paraît susciter de vrais problèmes d'articulation, une vraie difficulté à penser la jonction de l'interprétation et de la qualification. Je souhaiterai à cet égard soumettre à votre réflexion plusieurs problèmes qui me serviront en même temps d'arguments. En effet, là où est la question, là existera une raison de réunifier interprétation et qualification.

Les problèmes relatifs à l'articulation de l'interprétation et de la qualification sont principalement de trois ordres :

1. Si les règles articulent des concepts, l'interprétation des textes vise à la fois des règles et des concepts. L'interprétation conduit à dégager en même temps des règles et des concepts.
2. Si les concepts servent à qualifier, ils portent, comme les règles, sur des cas. A cet égard, règles et concepts ont en réalité un même objet.
3. Si les concepts sont du sens, ils déterminent, comme l'interprétation, le sens d'un texte. Les concepts ayant alors une fonction interprétative, il n'y a plus lieu de les distinguer de l'interprétation.

I. La règle et le concept, horizon commun de l'interprétation

3. Imbrication des règles et des concepts dans les textes – La première raison de douter de l'opposition entre règle et concept est qu'ils sont tous les deux la finalité commune de l'interprétation. Ainsi, l'interprétation ne dégage pas seulement des règles, elle dégage aussi des concepts.

Comme le précise opportunément Paul Amselek, l'interprétation ne porte pas à proprement parler sur des règles. L'interprétation porte sur des signaux (sous forme de textes) dont elle dégage le sens (sous forme de règles)[9]. La règle est le sens du texte.

Toutefois, Paul Amselek ajoute une précision : les règles « mettent en œuvre dans leur teneur même des concepts »[10]. Le concept servirait ainsi à encadrer les actes de qualification[11] . Les définitions légales seraient autant d'exemples de cette proposition. Ainsi, lorsque le législateur donne une définition explicite de ce qu'il faut entendre par « meuble par nature », il explicite une notion juridique ou concept (les termes sont tenus ici pour synonymes). Il cerne les contours d'une catégorie en précisant que sont meubles par nature tant les animaux que les choses inanimées du moment que ces entités peuvent être déplacées[12].

Mais c'est ici que le problème théorique prend corps : le texte qui définit par exemple les meubles par nature ne comporte-t-il pas à la fois une règle et un concept ? Si l'interprétation vise à fixer le sens des textes en reconstruisant dans nos

[9] *Chem. Ph.,* p. 420.
[10] *Chem. Ph.,* p. 129.
[11] *Chem. Ph.,* p. 130.
[12] *Chem. Ph.,* p. 130.

esprits la règlementation juridique[13], comment alors considérer que le texte puisse en même temps préciser un concept ? Le juriste n'est-il pas tenu de respecter la notion légale ?

Pour résoudre la difficulté, il faudrait distinguer soigneusement les règles et les concepts comme le fait Paul Amselek. Certes, ce sont tous les deux des étalons de mesure (modèles ou archétypes), c'est-à-dire des outils servant de référence. Toutefois, les règles sont des étalons de capacité formels qui portent sur des cas pour en préciser la convenance ou l'adéquation à la règle. A l'opposé, les concepts sont des étalons concrets visant à dire l'identité à un type idéal (par exemple pourquoi telle chose est bien une chaise). Si les règles peuvent diriger la conduite, les concepts sont eux des « modèles axiologiques de conduite »[14] qui disent si l'action est bonne ou mauvaise mais sans encadrer nos choix ou notre volonté[15].

A cet égard, le concept est cognitif, la règle est prescriptive. Mais, dans cette voie, la règle ne paraît plus qu'être une forme de concept auquel on aurait ajouté une dimension prescriptive. Pour prescrire, il faut bien un contenu et dans l'exemple précité, ce contenu est un concept articulé par le législateur[16]. A moins qu'il ne faille considérer que les textes qui articulent des concepts ne comportent aucune règle ? Toutefois, le lien entre les deux ne va pas tarder à resurgir car les concepts sont nécessaires pour définir le champ d'application des règles. Par exemple, les meubles par nature sont soumis à la règle de la possession qui vaut titre. La règle « en fait de meubles possession vaut titre »[17] ne mentionne pas qu'il s'agit seulement des meubles par nature. Pourtant, les juges ne l'appliquent pas aux immeubles par destination qui sont des meubles affectés à l'exploitation d'un fonds comme les instruments agricoles par exemple[18]. Dans ce cas où est la règle et où est le concept ? La compréhension de la règle elle-même nécessite d'avoir à sa disposition certains concepts. Il va d'ailleurs de même pour la possession[19] et le titre qui est mentionné dans la loi mais n'est jamais définit en tant que tel. Ainsi, de fil en aiguille les règles apparaissent comme des agrégats de concepts et l'interprétation comme l'articulation des concepts eux-mêmes tel que le législateur ou le juge paraît les avoir pensés.

On l'aura compris : à cet égard, la distinction entre les règles et les concepts devient très délicate si les règles sont en définitive composées de concepts.

4. Convergence des règles et des concepts - Mais le raisonnement peut être mené encore plus loin. Si les règles et les concepts sont tous deux des instruments de mesure, n'est-ce pas parce qu'en définitive ce sont les concepts eux-mêmes qui sont des règles ? C'est bien ce que certains auteurs soutiennent : partout où il y a concept, il y a aussi normativité[20]. Nous sommes libres de nos concepts, mais une fois qu'ils

---

13 *Chem. Ph.,* p. 420.
14 *Chem. Ph.,* p. 128.
15 *Chem. Ph.,* p. 129.
16 *Chem. Ph.,* p. 443 : « le législateur reste un législateur et non pas un simple énonciateur de définitions théoriques : il prescrit en réalité dans ces dispositions, à l'intention de futurs interprètes, le sens qu'il faut donner à tel ou tel terme qu'il emploie par ailleurs dans d'autres dispositions ».
17 CCiv. art. 2276.
18 CCiv. art. 524.
19 CCiv. art. 2255.
20 J. Benoist, *Concepts. Introduction à l'analyse*, Cerf, 2011, p. 108.

sont créés nous sommes contraints par eux. Si le contrat est défini comme un accord de volontés, je ne peux qualifier de contrat un testament car il exprime une volonté unique, de même que l'offre ou le congé pour mettre fin à un bail.

Ainsi, sans être explicitement prescriptif, le concept dit ce que *doit être* un contrat au sens juridique du terme. C'est d'ailleurs une source fréquente de malentendus entre les juristes et les profanes car la formation juridique apprend précisément à reconnaître des objets à l'aune de critères différents du sens commun : les meubles comprennent toutes les choses ce qui se déplacent et non pas seulement les meubles meublants qui comblent les pièces d'un appartement. Ainsi, le concept est bel et bien « *une norme mentale qui sert à mesurer si une chose est comme ceci ou comme cela* »[21]. La ressemblance qui nous permet de dire si deux choses sont identiques ou ne le sont pas est une ressemblance *normée* et qui est donnée par le concept lui-même[22]. Le concept est une certaine façon de mesurer le réel et de le catégoriser. En définitive, le concept est une règle ce qui expliquerait pourquoi les règles sont composées de concepts.

Pour résumer, si l'interprétation dégage le sens d'un texte, elle dégage en même temps les concepts qu'il articule. L'interprétation ne dégage pas des règles puis des concepts mais bel et bien les deux en même temps car les concepts sont des normes épistémologiques. Les concepts prescrivent comment considérer telle ou telle chose. Cette fusion de la règle et du concept s'illustre encore à travers leur objet commun.

II. Les cas, objet commun des règles et des concepts

5. La visée du fait – Selon Paul Amselek, « les objets auxquels les normes sont susceptibles d'être appliquées sont très exactement des cas (du latin cadere, tomber, arriver ; casus, évènement, venue au monde) »[23]. En revanche, les concepts ne visent pas la survenance des choses (savoir si elles ont lieu) mais visent l'être ou la constitution des choses, leur structure[24]. Pour schématiser, les concepts disent l'essence des choses et les règles la possibilité des choses.

Cette première distinction doit être éclairée par une autre : la qualification juridique n'est pas de l'interprétation[25]. La qualification vise à penser des faits, des actes, des situations sous des concepts (subsomption)[26]. Ainsi la qualification est une opération qui nécessite un concept puisqu'il s'agit de confronter un fait aux éléments constitutifs d'un concept. L'interprétation, comme cela a déjà été indiqué, permet de reconstruire dans nos esprits la règlementation juridique[27].

Mais en définitive, l'objet des concepts est le même que celui des règles. Il s'agit de certaines situations de faits. Les normes s'appliquent à des cas, des situations de fait survenant dans le monde, très souvent en utilisant des concepts. J'irai

---

[21] J. Benoist, *Concepts. Introduction à l'analyse*, Cerf, 2010, p. 133.
[22] *Ibid*., p. 139.
[23] *Chem. Ph.,* p. 127.
[24] *Ibid.*.
[25] *Chem. Ph.,* p. 442.
[26] *Chem. Ph.,* p. 445.
[27] *Chem. Ph.,* p. 420.

même jusqu'à dire que tout le raisonnement juridique n'est qu'un cheminement au sein des structures conceptuelles du droit. Autrement dit, ce n'est pas la règle qui s'applique mais les concepts.

6. Les concepts, raisonnement sur des cas – Trop souvent, le raisonnement juridique est présenté comme une déduction de la règle vers le cas selon un processus vertical rappelant le syllogisme. Pourtant, la pratique juridique révèle l'inverse : le point de départ du raisonnement est la solution et non pas la règle. Lorsque l'avocat élabore une argumentation ou lorsque le juge examine une prétention, ils partent tous les deux de l'objet de la demande c'est-à-dire du résultat final auquel le plaideur veut arriver : que telle construction soit démolie, que telle somme lui soit payée que tel bien lui soit livré etc. Ces résultats eux-mêmes vont être qualifiés : dommages-intérêts, trouble illicite, exécution forcée. Ensuite, leur justification sera recherchée dans les qualifications correspondantes : responsabilité contractuelle ou délictuelle, empiétement ou trouble possessoire, inexécution de l'obligation de délivrance. Et ce sont les qualifications elles-mêmes (en tant que concepts) qui indiquent, par le biais de leurs *conditions d'application*, les éléments de fait requis pour conclure à l'existence juridique de la qualification recherchée.

Aussi étrange que cela puisse paraître, ce sont les concepts qui formalisent les cas puisque ce sont eux qui disent quelles situations de faits entrent dans leur champ d'application et quelles autres en sont exclues. Les concepts formalisent ainsi une série de situations de faits ou de cas qui tombent dans leur champ. Comme le dit Kant, juger revient en définitive à relier les concepts entre eux[28]. C'est bien ce que fait justement un juge qui, pour attribuer des dommages-intérêts, établi que les conditions de la responsabilité sont remplies en fait, dans la réalité. Le juge recherche si la structure conceptuelle est *réalisée*, c'est-à-dire au sens propre du terme est entrée dans le monde des choses.

Mais les faits peuvent seulement être imaginés par projection mentale, de façon purement intellectuelle. C'est exactement ce que faisait les commentateurs du Code civil au XIX^e^ siècle : ils tentaient de savoir ce qu'il fallait décider en présence de telle ou telle hypothèse de fait[29]. Autrement dit, ils se livraient à une détermination du champ d'application des qualifications juridiques. C'est d'ailleurs de cette façon que la dogmatique juridique est entendue par Paul Amselek : comme une recherche des cas possibles, une casuistique[30]. Or la dogmatique construit pour cela des grilles d'analyse afin « de ramener les contenus connus de réglementation à des types idéaux en fonction de leurs éléments constitutifs distincts et des objectifs qui les sous-tendent et impliquent logiquement »[31].

Parce que les concepts sont constitués par une série d'éléments constitutifs, ils déterminent par avance et de façon virtuelle tous les cas qui tombent dans leur champ d'application. La qualification juridique porte bien sur des cas c'est-à-dire des situations de faits considérées à l'aune d'un certain concept mobilisé. Or c'est bien là l'objet de la dogmatique juridique qui systématise les cas grâce à des

---

[28] Kant, *Critique de la raison pure*, Folio, essais, Gallimard, 1980, III, 33-34, p. 71.
[29] Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse », *Droits* 1985, p. 122-123.
[30] *Chem. Ph.,* p. 424-425.
[31] *Chem. Ph.,* p. 132.

concepts qui eux-mêmes déterminent la façon de poser les problèmes juridiques et de les résoudre.

7. Problème de l'objet de la dogmatique – Est-il possible d'objecter que la dogmatique ne porte pas sur des cas mais sur des règles qui, elles, visent des cas ? Mais cette distinction serait assez étrange. En effet, les règles sont du sens. Cela voudrait donc dire que les concepts construits par la dogmatique portent sur du sens : ils seraient « le sens du sens » des textes. N'est-il pas bien plus simple de considérer que la systématisation des cas et la constitution des concepts se réalisent en même temps et que les concepts sont révisés au fur et à mesure de leurs applications ?

Bien des exemples jurisprudentiels attestent de cette façon de procéder, notamment sur le problème de la qualification des loteries publicitaires, de la distinction entre le vice caché et la non-conformité dans la vente ou encore dans l'émergence d'une différence entre le cautionnement et le porte-fort d'exécution. Dans toutes ces situations, ce sont les cas eux-mêmes qui révèlent une inadéquation des concepts et conduisent le juriste à approfondir leurs relations systématiques. Ceci traduit une idée somme toute assez simple : le droit évolue en réformant ses propres catégories, une démarche qui le rapproche en définitive des sciences dures qui devant de nouveaux faits à expliquer sont parfois conduisent à réviser en profondeur leur appareil conceptuel.

Les cas sont du fait et les concepts comme les règles portent sur du fait. Cette remarque conduit d'autant plus à relativiser l'opposition entre règles et concepts si les concepts sont eux-mêmes les outils qui permettent à la dogmatique de penser la cohérence des régimes appliqués aux différents cas. Cette difficulté particulière me paraît être le révélateur de l'ambiguïté la plus fondamentale, à savoir que les concepts ont une fonction interprétative.

III. La fonction interprétative des concepts

8. Les règles et les concepts comme sens – Nous avons déjà vu que la qualification s'opère grâce à des concepts mais qu'elle est censée se distinguer de l'interprétation car cette dernière vise seulement à dégager le sens des textes sous forme de règles. Pourtant, si les règles sont des outils mentaux purement idéels, des contenus de pensée qui n'ont aucune existence factuelle[32], c'est qu'elles sont en définitive du sens. Les règles ne sont pas des images[33]. Puisqu'elles sont le résultat de l'interprétation des textes, elles relèvent bien du sens.

Or les concepts ne sont-ils pas eux-mêmes du sens ? C'est une position qui est défendue par exemple sans ambiguïté par le père de la linguistique, Ferdinand de Saussure. Les concepts sont le signifié et l'image acoustique est le signifiant : le mot est le signe qui unit les deux[34]. Les concepts ont ainsi une nature résolument sémantique c'est-à-dire qu'ils sont avant tout une signification ou un sens (ces deux expressions étant tenues ici pour synonymes).

---

[32] *Chem. Ph.*, p. 60 : « Le matériau qui constitue la substance des règles est un matériau idéel, un contenu de pensée, une représentation c'est-à-dire quelque chose qui n'est présent que dans notre esprit, qui n'a pas de réalité extérieure ».
[33] *Chem. Ph.,* p. 420.
[34] F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 2005, p. 99.

Dès lors, les règles et les concepts n'ont pas seulement une fonction commune d'étalon de mesure. Les règles et les concepts ont une même nature sémantique : tous les deux sont du sens. La conséquence pratique de cette affirmation théorique est donc que le concept a une fonction interprétative ce qui brouille considérablement la distinction entre qualification et interprétation.

9. L'interprétation *via* les concepts – En réalité, nous retrouvons dans les textes nos propres concepts. Le sens que nous voyons dans les textes est celui que nous projetons à l'aide de nos concepts. Le poids des concepts déjà admis est si lourd que les juristes n'hésitent pas à requalifier les dénominations légales pour conserver une harmonie entre les différentes solutions législatives et jurisprudentielles. Ainsi, alors que le Code civil ne mentionne ni la faute contractuelle, ni la responsabilité contractuelle, les dispositions relatives à l'inexécution du contrat sont considérées comme l'expression du concept de responsabilité contractuelle. Cette façon de rendre compte des solutions légales et jurisprudentielles a conduit à inventer de toutes pièces un principe de non-cumul afin de réserver à chaque responsabilité son propre domaine.

Si les textes étaient réellement interprétés pour eux-mêmes, il serait bien difficile d'en extraire un principe de non-cumul ou la distinction des obligations de moyens et de résultat qui ne sont mentionnés nulle part. Les concepts nous orientent déjà vers une certaine façon d'interpréter les textes et de les coordonner, qu'il s'agisse de décisions de justice ou de lois. Cette situation ne doit pas nous étonner car si les concepts sont du sens, ils participent à ce titre à la fonction interprétative qui est de fixer le sens des textes analysés.

En réalité, la prégnance et l'emprise des concepts est bien plus forte que la présentation habituelle de leur rôle ne le laisse supposer. Les concepts ne se réduisent pas à permettre la qualification des situations de faits. Ils interviennent également dans une œuvre de systématisation totale : ainsi le concept de patrimoine a pu être créé sans le mot dans la loi par Aubry et Rau et a servi de fondement pour expliquer une multitude de solutions juridiques. Ce n'est pas seulement la transmission des dettes du défunt qui s'est trouvée justifiée mais encore la nécessité de la personnalité morale des sociétés en raison de leur patrimoine distinct ou encore le gage général des créanciers. De façon moins éclatante mais tout aussi réelle, le contrat de cautionnement est considéré comme accessoire alors qu'aucun texte ne le dit de façon explicite. Il s'agit d'une systématisation doctrinale permettant d'expliquer un grand nombre de solutions éparses notamment d'unifier ses causes d'extinction et de justifier sa transmission.

A proprement parler les concepts de patrimoine et d'accessoire sont des entités purement abstraites sans contenu factuel. Ces concepts permettent certes de penser le réel mais ils n'ont pas dans le réel une contrepartie clairement identifiable. C'est ce que les philosophes appellent des concepts purs, c'est-à-dire sans mélange avec du fait. Aristote ou Kant mentionnent à ce titre les catégories, ces concepts très généraux comme la causalité, l'unité ou la totalité. Dans le domaine juridique existent également des concepts qui possèdent un haut degré de généralité comme l'accessoire, le patrimoine et même les créances et les dettes qui sont des objets qui n'existent que sur le mode de la pensée.

Les concepts sont ainsi les fragments d'une totalité et il est bien difficile de les mettre de côté lorsqu'un texte est interprété. Le juriste percevra toujours les textes à travers ses propres catégories. Dès la première année de droit, il devient impossible d'avoir à nouveau un regard naïf sur les objets juridiques. La connaissance du droit commence et finit dans les concepts.

10. Relativité des concepts - Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il faille faire des concepts des absolus indépassables. Le législateur n'est pas tenu de les respecter puisqu'ils sont construits sur le terreau de la loi. Comme le rappelle Paul Amselek, la législation ne doit pas forcément se mouler dans les types idéaux construits[35]. Les concepts expliquent l'œuvre législative et jurisprudentielle mais ne la dirigent pas. A strictement parler, les concepts disent le droit qui *est*, ce qui est désigné habituellement par le vocable de « droit positif ». Les concepts seuls ne sont pas censés dire le droit qui *doit être*. D'ailleurs, bien des travaux de recherche ont montré que le droit positif n'existe pas : il est largement créé par nos propres catégories[36]. Les concepts ont un rôle constitutif de la réalité juridique.

11. Quelle utilité épistémologique pour l'idée de règle ? - Arrivé à ce stade de la réflexion, l'idée de règle est-elle encore nécessaire ? L'interprétation porte sur des textes et les concepts ont une fonction interprétative. L'épistémologie a-t-elle encore besoin d'une ontologie sous forme de règles ? Rien n'est moins sûr : présenter les sources du droit comme un ensemble de textes rend tout aussi bien compte de la pratique épistémologique des juristes que de les présenter comme un ensemble de règles. La distinction entre interprétation et qualification résulte d'une opposition entre les règles et les concepts et elle oblige l'épistémologie à se dédoubler.

Pourtant, je ne crois pas que l'épistémologie du droit puisse se dédoubler. Dire qu'il y a d'un côté une connaissance des textes sous forme de règles et de l'autre une même connaissance sous forme de concepts revient à dire la même chose puisque les deux sont du sens. Ce qui se dévoile ici c'est l'immense emprise de l'ontologie du droit. Dire que le droit est un ensemble de règles conduit forcément à présenter son épistémologie comme connaissance de ces règles par l'interprétation. C'est bien ce qu'a fait Kelsen dans la deuxième édition de la théorie pure du droit : il a ajouté un dernier titre sur l'interprétation expliquant qu'elle doit « interpréter le sens des normes »[37]. Mais si les normes sont déjà du sens, l'interprétation a pour curieuse mission de dire « le sens du sens » ce qui relève d'une démarche métaphysique. Kelsen le dit bien dans les premières pages de sa théorie pure du droit : la norme est un schéma d'interprétation[38]. Si c'est donc la norme qui permet d'interpréter pourquoi devrait-elle à son tour être interprétée ? Le problème est ici identique : si l'interprétation fournit le sens des textes sous forme de règles à quoi bon s'embarrasser des concepts ? L'ontologie du droit comme ensemble de règles satellise inévitablement les concepts.

---

[35] *Chem. Ph.,* p. 133.
[36] V. spéc. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.264, 1997.
[37] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, n° 45, p. 335.
[38] H. Kelsen, précité, n° 4, p. 12.

12. Un droit sans ontologie est-il possible ? - Ainsi, le problème profond que pose la distinction des règles et des concepts est bien de savoir s'il est opportun de partir d'une ontologie du droit pour en déduire une épistémologie ? N'est-il pas possible de prendre directement pour point de départ non pas ce qu'est le droit mais ce que font les juristes ? Devons-nous commencer par une théorie *du* droit ou une théorie de la connaissance *en* droit ? J'aurai tendance à penser que nous pouvons nous passer de l'idée de règle ou de norme pour élaborer une épistémologie convaincante. Commencer à étudier une chose en exprimant son essence ultime me paraît relever d'une démarche métaphysique. Celle-ci n'est certainement pas incompatible avec la mise en place d'une épistémologie mais elle fait alors dépendre la configuration de l'épistémologie d'une prise de position préalable sur l'ontologie du droit. C'est cette raison précise qui me paraît aujourd'hui expliquer l'hypertrophie des théories de l'interprétation et la rareté manifeste des travaux portant sur les concepts. En reconnaissant la fonction interprétative des concepts est-il encore besoin de parler de normes et de règles ? Certainement s'il faut dessiner une ontologie du droit mais c'est bien plus douteux si l'on s'en tient à une épistémologie du droit. Bref, si je crois à la possibilité d'un droit sans ontologie *préalable*, je ne crois pas en revanche à un droit sans épistémologie. Sans connaissance, il n'y aurait tout simplement pas de droit.

13. Retour sur les règles – Si l'idée de règle n'est pas nécessaire pour commencer à constituer une connaissance en droit et que l'idée de texte suffit, il demeure toujours possible d'exprimer les relations conceptuelles sous la *forme* de règles, plus précisément en articulant les concepts par la proposition « si…alors… ». En effet, la règle (ou norme) est une prescription c'est-à-dire une direction à suivre. L'aspect normatif du droit apparaît non pas dans les concepts eux-mêmes mais dans la façon dont les concepts sont reliés entre eux. Prenons à cet égard un exemple. Si le consentement est vicié alors le juge *doit* annuler le contrat. Il n'a pas le choix et s'il arrivait que le juge constate une erreur, un dol ou une violence et qu'il n'annule pas le contrat, la Cour de cassation dirait qu'il n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations. Autrement dit, il n'aurait pas respecté le lien nécessaire qui unit le concept de vice de consentement à celui de nullité. Ce n'est ni le vice du consentement qui est normatif (il pourrait être autrement qu'il est, voire ne pas être) ni même la nullité (pour les mêmes raisons). La normativité apparaît dans la proposition qui fait de la nullité la conséquence du vice du consentement. La norme ou la règle est donc avant tout une relation entre les concepts. Cette façon de décrire les liaisons conceptuelles se révèle adéquate pour de nombreuses situations : la liaison de l'indemnisation ou de la peine au concept de responsabilité, la compétence des tribunaux à la qualification d'immeuble, de contrat ou d'action réelle etc. En réalité, c'est la relation construite entre la nature et le régime[39] qui est normative (prescriptive).

Si l'on accepte cette façon de raisonner ce ne seraient pas les règles qui contiendraient des concepts mais bien plutôt les concepts qui permettraient d'exprimer des règles. « Rien ne pourrait être prescrit si rien n'était préalablement décrit »[40]. Cette idée au fond assez triviale prend ici une autre coloration. Elle exprime le primat de la connaissance sur la prescription, autrement dit le primat du concept sur

[39] J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255-272.
[40] O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit. Ouverture », *Droits*, n° 19, 1989, p. 3

la règle. Se concentrer sur les règles et uniquement sur les règles c'est accorder une importance peut-être démesurée à la source de la prescription en ne voyant dans la règle ou dans la norme qu'un commandement issu d'un acte de volonté. Mettre la règle au second plan pour en faire une propriété dérivée permet de mieux mettre en valeur la technique propre aux juristes qui est d'abord connaissance avant d'être prescription. Inversement, soutenir que le matériau premier des juristes est la norme ou la règle conduit à occulter l'effort propre de conceptualisation qui précède forcément toute expression normative. Bref, toute l'analyse menée consiste à méditer sur un renversement : ce sont les concepts qui permettent de formuler des règles et non les règles qui contiendraient des concepts. Cette inversion apparemment purement verbale permet en réalité de penser une épistémologie du droit qui ne serait pas dérivée prioritairement d'une ontologie du droit, plus précisément encore d'une ontologie du droit sous forme de règles.

En définitive, la relation entre les règles et les concepts est bien plus trouble qu'elle n'y paraît. Si la règle et le concept sont l'horizon commun de l'interprétation, si les cas sont l'objet commun des règles et des concepts et si les règles et les concepts se donnent tous deux comme du sens c'est qu'en définitive il n'y a pas de différence profonde entre règles et concepts. Il s'agit d'un même objet vu sous deux angles différents. Toutefois, ce que le plan de l'ouvrage de Paul Amselek révèle et rappelle c'est que le droit a tendance à être pensé prioritairement sous la forme de règles. Cette distinction entre règles et concepts témoigne d'une prise de position sur des problèmes fondamentaux et notamment sur la question de l'ontologie du droit. Toutes les subtilités d'une pensée n'étant jamais révélées lors d'une première lecture, cela ne peut qu'inciter à y revenir pour approfondir davantage et surtout pour mieux aiguiser ses propres questions.