

Les pièges des définitions en droit

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de Théorie du Droit

Paru dans *Les définitions. Les artifices du droit. II*, (dir.) A-B. Caire ; C. Dounot,
Centre Michel de l'Hospital (P.U. Clermont) LGDJ, 2019, p.113-130

1. Pour un usage pertinent des définitions - Le but de cette étude est de montrer que les définitions sont utiles pour la pratique du droit à condition qu'elles soient correctement construites¹. Autrement dit, il faut éviter certains pièges dans l'élaboration des définitions.

Pourtant, la littérature juridique ne parle quasiment jamais de ces pièges. Au contraire, le débat sur les définitions est enfermé dans des alternatives radicales: la technique des définitions doit être acceptée ou refusée², les définitions sont fixes³ (jamais révisables) ou relatives⁴ (toujours révisables), les définitions sont réelles ou terminologiques⁵. Ces alternatives reposent sur une critique générale des définitions et elles escamotent selon nous le vrai problème : quels obstacles peuvent retirer aux définitions leur caractère opérationnel pour la pratique du droit ? En tant que technique législative, les définitions encadrent le pouvoir du juge⁶. En tant que technique d'argumentation⁷, les définitions permettent de justifier la solution d'un litige. La qualification juridique s'opère le plus souvent par la voie d'une définition⁸ c'est-à-dire grâce aux éléments constitutifs d'une catégorie. Le fait à qualifier doit correspondre aux conditions d'application de la catégorie. La définition a ainsi en droit un rôle de justification de la solution retenue : le régime appliqué dépend de la qualification retenue.

2. Les sept péchés capitaux dans la définition – Manifestement, la définition est une pièce maîtresse du raisonnement juridique. Le piège n'est donc pas dans l'outil mais dans la façon de l'utiliser. Il ne faut pas que les mauvaises définitions chassent les bonnes. La difficulté à définir ou l'impossibilité de définitions absolument vraies ne sont pas en droit des critiques dérangeantes. En effet, le droit n'est pas

¹ Pour une même ligne de démonstration en matière de classifications doctrinales, voyez l'incontournable étude de Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Ch. Leben, Editions Panthéon-Assas, 2002, p.289-305.

² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.VI, p.42 et s., t IX, p.4 et s., t XII, p.261 et s.

³ V. *infra* n°18

⁴ C'est l'idée que toute définition est périlleuse car elle peut toujours être renversée : *Digeste*, 50, 17, 202 qui connaît une grande fortune dans les écrits contemporains qui pointent la rigidité des définitions : J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant-Sirey, 1935, p.143 ; R. Gassin, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *RRJ* 1986-4, p.1019 et s., J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2^{ème} éd., 2016, n°206, p.337.

⁵ G. Cornu, « Les définitions dans la loi », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF 1998, p.263 et s.

⁶ A. Denis-Fâtomé, « La définition légale », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso, 2008, p.284.

⁷ S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, Connaissance du droit, 3^{ème} éd, 2017, p.32-37.

⁸ G. Cornu, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires. Rapport de synthèse », *RRJ* 1987-4, p.1180 : elle forme un « couple inséparable avec la qualification ». Dans le même sens : F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n°3 ; S. Ballian, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse Paris II, 1986, n°224 ; L.-M. Schmitt, *Les définitions en droit privé*, Thèse Toulouse, 2015, n°148.

dans l'ordre de la vérité mais dans celui de la justesse⁹. Les définitions sont des outils pour trancher des litiges, elles sont donc utiles si elles permettent au juge ou à l'avocat de résoudre le problème juridique posé¹⁰. Pour cela, elles doivent être construites selon certaines exigences, faute de quoi elles ne sont pas opérationnelles. Cela signifie que les définitions doivent permettre de mener à bien l'opération de qualification. Dans cet esprit, nous proposons de recenser les pièges qui empêchent les définitions d'être opérationnelles. La plupart de ces pièges ont déjà été dénoncés en philosophie¹¹. Cependant, ils acquièrent en droit une signification radicalement différente en raison de l'objectif pratique des définitions juridiques, à savoir résoudre des litiges et justifier les solutions proposées. Il existe ainsi une série de sept péchés capitaux dans la définition que nous exposerons les uns à la suite des autres. En conclusion, nous proposerons une théorie remaniée de la définition juridique qui repose sur une antithèse des pièges recensés.

I. Le piège de la circularité

3. Le cercle dans la définition - La circularité est une critique très classique à l'égard des définitions¹². Le refus de la circularité signifie que le terme à définir ne doit pas déjà contenir l'élément à définir. Autrement ce serait une pétition de principe, faute qui consiste à supposer vrai ce qu'il s'agit de démontrer. En bref, le lapin ne doit pas déjà avoir été introduit en cachette dans le chapeau.

En droit, le refus de la circularité s'illustre dans l'impossibilité de définir une qualification par son effet. La raison tient au fait que la qualification doit précisément justifier l'effet retenu et ne peut donc le contenir. Prenons par exemple la violence en tant que vice du consentement. On ne saurait la définir comme le fait qu'elle annule le contrat car c'est seulement s'il y a violence que le contrat doit être annulé. Une visée lexicographique peut inclure l'idée de nullité dans la définition du terme car elle décrit un usage en vigueur qui inclut des éléments de contexte¹³. Cependant, le critère de la nullité ne permet pas de qualifier les faits de « violence ». D'un point de vue argumentatif, nous ne pouvons pas postuler l'effet dans la définition sans postuler en même temps la solution du litige. Dans cet exemple, le vice est aisé à repérer. Toutefois, il existe des définitions très célèbres en droit qui présentent un tel vice sans que cela soit dénoncé comme tel.

4. Premier exemple de circularité : le délai préfix - Le cas du délai préfix est exemplaire du problème de la circularité dans la définition. Le dictionnaire du *Vocabulaire juridique* le caractérise comme un délai ne pouvant être ni interrompu ni suspendu ce qui le différencie de la prescription¹⁴. Pourtant, cette définition par l'effet n'est absolument pas opérationnelle. L'enjeu de la qualification de délai préfix est précisément de savoir s'il peut être interrompu ou suspendu. La loi prend souvent la peine de préciser si le délai est une forclusion ce qui appelle un relevé de forclusion si le délai est dépassé¹⁵.

⁹ Comp. en matière de casuistique morale : S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral ?* Vrin, 2013, p.21. Sur la nature casuistique du raisonnement juridique : F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p.118-123.

¹⁰ La résolution de problèmes est l'une des fonctions de toute définition : Aristote, *Topiques*, VIII, 3, 158b, 15.

¹¹ S. Goltzberg, *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation*, thèse, Université Libre de Bruxelles, 2011, p.94-102.

¹² La définition doit exclure toute pétition de principe : Aristote, *Topiques*, VI, 4, 142a

¹³ *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, 11^{ème} éd., 2016, préface, p.XI

¹⁴ *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, 11^{ème} éd., 2016, V^o Délai.

¹⁵ Par ex. pour le délai d'appel d'un jugement : art. 540 al. 1 CPC : « Si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire, le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration du délai si le

En dehors d'une telle hypothèse, bien des délais ne sont pas qualifiés par la loi. Ainsi, le délai pour agir en rescision pour lésion est qualifié de préfix par la jurisprudence¹⁶ : la loi est muette à ce sujet. Plus difficile encore, le délai décennal pour mettre en œuvre la responsabilité des constructeurs a un point de départ fixe (la réception de l'ouvrage) mais il peut être interrompu par la reconnaissance de responsabilité du débiteur¹⁷ ce qui montre qu'il n'est pas soumis au régime du délai préfix.

La définition du délai préfix étant pour l'heure totalement circulaire elle est donc inopérante pour résoudre la question pratique de la qualification du délai. Il est contradictoire d'utiliser le critère de l'absence de suspension pour qualifier un délai dont on se demande s'il doit être suspendu. Ceci explique les multiples débats et controverses autour de la distinction entre forclusion, prescription et délai préfix¹⁸. Une définition correcte devrait fournir un critère qui est distinct du régime du délai pour justifier son application et non la postuler. En effet, c'est bien parce que le délai préfix et la forclusion se distinguent de la prescription par le régime qu'ils doivent aussi forcément se distinguer par leur nature¹⁹.

5. Deuxième exemple de circularité : la propriété - La critique de circularité touche un concept aussi fondamental que celui de propriété. Le célèbre article 544 définit la propriété par son régime à savoir « *le droit de jouir des choses de la façon la plus absolue* » ce qui est une allusion à l'*usus*, au *fructus* et à l'*abusus*. Seulement l'article ne dit pas dans quel cas l'on est propriétaire, c'est-à-dire ce qui justifie l'attribution des prérogatives d'user, de retirer les fruits ou de détruire l'objet de la propriété. Dès lors, il n'est pas étonnant que la nature juridique de la propriété fasse l'objet d'une intense controverse²⁰ puisque la définition légale est circulaire et donc inopérante. On ne sait pas par exemple si l'on peut être propriétaire d'une créance. Cette construction théorique est largement condamnée par la doctrine française mais non par la Cour européenne des droits de l'homme²¹.

Cependant, la critique de la circularité n'est pas théorique mais bien pratique. Il ne s'agit pas de savoir si, dans l'idéal, une argumentation ne devrait pas être circulaire ou bien s'il existe un cercle dans toute interprétation. La circularité a ici une conséquence visible et directe dans la pratique : les critères de définition du concept ne permettent pas de l'appliquer pour résoudre le litige. Or, le minimum qu'on puisse attendre d'une définition en droit est qu'elle permette justement sa mise en œuvre. Il y a donc lieu de prendre très au sérieux le piège de la circularité car il neutralise l'application correcte du droit.

II. Le piège de l'inutilité

6. La définition sans conséquence - Le piège de l'inutilité est beaucoup plus inattendu. Toute définition paraît en soi utile car elle donne une description d'une chose ou renseigne sur sa configuration

défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir ».

¹⁶ Cass req. 3 mai 1927, DH 1927, p. 302 ; Cass civ. 29 mars 1950, D. 1950, p. 396.

¹⁷ Cass 3e civ., 4 avril 1978, Bull. III, n°145 ; CE 11 juillet 1986, Mon. Trav. Pub. 1er sept. 1986, p.59.

¹⁸ F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *Petites affiches* 31 juillet 2009, n°52, p.7-11

¹⁹ F. Rouvière, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p.427-460

²⁰ Pour une vue d'ensemble : F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon III, 1981.

²¹ CEDH 14 févr. 2006, époux Lecarpentier, n°67847/01

fondamentale. Cependant, le rôle du droit n'est pas d'informer. Les définitions en droit servent à justifier l'application de certaines solutions. Ainsi, lorsque la définition ne pointe vers aucun régime juridique précis, elle a seulement la valeur d'un ornement. Le débat doctrinal sur une définition doit avoir une portée pratique.

7. Premier exemple d'inutilité : lettre d'intention- La lettre d'intention a été codifiée en 2006²² car elle était utilisée en pratique en l'absence de tout texte. Il s'agit de "*l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation*". Le législateur a voulu par cette voie valider la jurisprudence existante en la matière qui a reconnu le caractère obligatoire de telles lettres.

Cependant, cette définition tombe dans le piège de l'inutilité. En effet, la lettre d'intention n'est assortie d'aucun régime juridique. Bref, la qualification de lettre d'intention n'est assortie d'aucune conséquence juridique précise. Bien au contraire, sa portée demeure très floue. L'obligation est de faire ou ne pas faire : en principe, il ne doit pas s'agir d'une obligation de payer mais son inexécution peut néanmoins donner lieu à indemnisation²³ ! En outre, depuis la réforme du droit des contrats en 2016 les obligations de faire ou ne pas faire ne sont plus mentionnées ce qui ajoute un surcroît de perplexité quant à l'utilité de cette définition. En définitive, le législateur s'est contenté de façon strictement symbolique de confirmer la jurisprudence tout en lui laissant une latitude telle dans la détermination des effets de la lettre d'intention que la définition légale n'a en définitive aucun enjeu précis.

8. Deuxième exemple d'inutilité : l'animal, être sensible - Une loi de 2015 a défini les animaux comme des "êtres vivants doués de sensibilité"²⁴ tout en les soumettant au régime juridique des biens. Bref, alors qu'on aurait pu s'attendre à un régime propre dans le droit civil, la définition n'a dès lors aucune portée opérationnelle. Elle ne modifie pas les infractions pénales qui pourraient être commises sur les animaux, elle ne change pas les solutions applicables en droit des biens. En réalité, cette définition est un acte politique de reconnaissance symbolique de la souffrance animale. D'un point de vue technique, la définition ne sert donc à rien. Elle est ici posée comme une première pierre pour justifier par la suite l'évolution du statut des animaux. Mais à trop multiplier le procédé on risque de voir les juges s'en emparer pour décider eux-mêmes du régime applicable et finalement se substituer au législateur. On peut donc être difficilement convaincu par la pertinence d'une définition sans régime juridique précis ou avec un régime contradictoire.

9. Troisième exemple d'inutilité : la nature des privilèges - La doctrine peut parfois être tentée de résoudre une question de définition pour elle-même. Ainsi en va-t-il de la question des privilèges qui déterminent le rang des créanciers en concours sur un même actif. Sont-ils des droits réels (ils portent sur des biens) ou sont-ils des droits personnels (ils sont une modalité de l'obligation) ? La question est très difficile à trancher mais ne débouche à l'heure actuelle sur aucune conséquence juridique précise. Autrement dit, la question de la nature juridique des privilèges est purement spéculative²⁵.

La différence entre le droit et la philosophie tient ici dans l'exigence d'une réflexion opérationnelle sur la définition d'un concept. Le seul intérêt lié à la connaissance du concept ne peut motiver la recherche d'une définition juridique dont l'objectif est de trancher une difficulté d'ordre pratique. Une théorie aussi abstraite que celle du patrimoine a justifié la transmission des dettes du défunt puis a servi de support à la

²² CCiv. Art. 2322

²³ Cass. com. 21 déc. 1987, n°85-13173

²⁴ CCiv. art. 515-14

²⁵ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8^{ème} éd., 2007, n°634, p.434 : les auteurs reconnaissent l'aspect spéculatif de la question qui pourrait toutefois avoir un enjeu sur la question de droit de suite.

théorie de la personnalité morale. Ceci ne fait que confirmer que sans conséquence pratique identifiable, le débat sur la définition à retenir est tout simplement inutile.

III. Le piège de la métaphore

10. Définition à partir d'une image - La métaphore passe souvent inaperçue dans les définitions juridiques car les images se banalisent par leur usage. Néanmoins, l'image encourt la même critique que la circularité en raison de son défaut de caractère opérationnel. Elle ne permet pas d'appliquer une qualification univoque aux faits. Une telle critique de l'image a déjà été effectuée au plan général et épistémologique par Gaston Bachelard²⁶. Cette critique peut être étendue au droit car l'image n'a aucune vertu discriminante. Or l'objectif d'une qualification juridique est de déterminer si le cas considéré tombe bien dans son champ d'application. Cette exigence découle du fait qu'en droit le litige ne peut être laissé en suspens : il doit être tranché²⁷. Cette exigence pratique implique de trouver une solution et de dénouer l'incertitude.

11. Premier exemple de métaphore : l'obligation - Le piège de la métaphore touche une notion aussi fondamentale que celle d'obligation. Elle est définie comme un lien de droit, ce terme de lien n'est rien d'autre que l'image de la chaîne autour du cou du débiteur. On connaît la rançon de cette imprécision fondamentale : il est impossible de distinguer les obligations civiles et les obligations naturelles si ce n'est par un critère circulaire qui est celui de la sanction.

Surtout, le caractère métaphorique de la définition de l'obligation crée par ailleurs une incertitude sur l'application du régime général de l'obligation. L'image du lien est totalement inapte pour expliquer la circulation de l'obligation, les actions paulienne ou oblique ou même des effets plus particuliers comme la compensation pour connexité ou l'action directe²⁸. On parvient ainsi au paradoxe de l'existence d'un régime général de l'obligation qui ne découle pas d'une qualification précise. L'image a chassé le concept et introduit un flottement important dans l'articulation des notions qui composent le régime général.

12. Deuxième exemple de métaphore : le droit « en germe » - Une autre métaphore très caractéristique d'une impossibilité de qualifier est celle du droit qui existe « en germe ». Cette métaphore est évoquée par exemple pour le propriétaire qui achète sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt. L'image est soutenue par la métaphore de la naissance, comme si le droit se développait et grandissait comme un enfant. Ce droit embryonnaire (éventuel) crée des paradoxes non résolus. Comment en effet accepter que l'obligation n'existe pas totalement d'un côté tout en acceptant que le débiteur puisse être pleinement sanctionné s'il a empêché la réalisation de la condition²⁹ ? Il s'agit ici de la violation du tiers exclu : entre un état et son contraire, on ne peut concevoir de troisième terme. L'image permet d'obtenir ce qu'une définition logique refuse. Ou bien les conditions d'existence du droit sont réunies ou bien elles ne le sont pas. Seule l'image permet de dire en même temps que le droit existe mais pas totalement. Elle permet d'introduire l'idée de processus et de temps dans un concept qui devrait en être dépourvu³⁰.

²⁶ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1970, p.38

²⁷ Ch. Perelman, « De la temporalité comme caractère de l'argumentation », *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p.46-47

²⁸ En ce sens, pour une tentative de conceptualisation sans métaphore : F. Rouvière, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p.1

²⁹ CCiv. Art. 1304-3 ; 1304-5

³⁰ F. Colonna d'Istria, *Temps et concepts en droit des obligations*, Thèse, Aix-en-Provence, 2009, n°76 et s.

13. Troisième exemple de métaphore : la naissance des créances - Cette remarque pourrait être étendue à bien des notions en droit des obligations. La naissance des créances crée un problème semblable à celui de la condition suspensive³¹. La créance contractuelle naît-elle au jour du contrat, même si elle n'est exécutée que postérieurement (cas du loyer) ? La créance délictuelle naît-elle le jour du dommage alors que c'est le jugement qui octroie la réparation ? Une fois encore, le cours du temps (introduit par l'image de la naissance) crée des problèmes de qualification qui ne se résolvent que difficilement voire pas du tout.

14. Quatrième exemple de métaphore : la rétroactivité - On peut encore prendre comme exemple la rétroactivité comme une l'image de l'impossible remontée dans le temps. Nous avons déjà montré qu'elle permet des justifications contradictoires³². La rétroactivité permet autant de dire que le passé est effacé et donc que la jouissance de la chose ne doit pas être restituée ou bien, pour la même raison (le passé est effacé) que les patrimoines doivent être rééquilibrés. L'image évoque, suggère, elle fournit des indices mais elle ne tranche pas. La métaphore désigne des problèmes mais ne permet pas de les résoudre. C'est là sa limite qui déclenche sa critique.

IV. Le piège de la description

15. Définir par description factuelle - La description est souvent inscrite au cœur des définitions juridiques. Par cette voie, la définition prend un tour réaliste qui semble la fonder sur le bon sens. Pourtant, le piège de la description consiste à concevoir une définition qui sera inapte à trancher les cas limites qui se présenteront. En effet, la description enferme la définition dans un objet jugé exemplaire et illustratif mais qui ne peut à lui seul servir à établir une série logique et raisonné d'objets semblables. Trop proche des faits, la définition ne permet plus de distinguer.

16. Premier exemple de définition descriptive : meubles et immeubles - Tel est le cas de la définition des biens meubles et immeubles. Elle repose sur une donnée intuitive : les meubles se déplacent (conformément au mot) et les immeubles sont fixes (toujours conformément au mot). Mais en prenant la définition au mot, on s'aperçoit que cette distinction a conduit à un nombre d'exceptions et d'accommodements qui rendent son utilisation très relative en tant qu'outil de stabilisation du droit. C'est ainsi qu'il existe la catégorie très classique des immeubles par destination³³, une fiction rendue nécessaire pour appréhender des unités économiques telle que les exploitations agricoles. Ces immeubles, bien que mobiles, seront soumis au régime des immeubles. De même, les navires, bien que meubles, sont considérés comme immeubles du point de vue des sûretés car ils peuvent être hypothéqués³⁴. De même, les droits sur les choses sont difficiles à qualifier : sont-ils meubles ou immeubles ? Le droit de créance sera réputé meuble par la loi³⁵ mais le droit sur un immeuble sera lui-même qualifié d'immeuble, y compris l'action en revendication³⁶. Les récoltes jouissent pareillement d'un statut très variable : immeubles lorsqu'elles sont attachées à l'arbre ou au plant, elles deviennent meubles leur de leur découpe, voire

³¹ F. Colonna d'Istria, précité, n°130 et s.

³² F. Rouvière, « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *RTD civ.* 2009, p.624 et s.

³³ CCiv. art. 524

³⁴ Loi n° 67-5 du 3 janvier 1967, portant statut des navires et autres bâtiments de mer, art. 43 et s.,

³⁵ CCiv. Art. 529

³⁶ CCiv. Art. 526

peuvent être considérées comme telles par anticipation de leur découpe³⁷ ! C'est dire que le critère trop descriptif de la mobilité de la chose permet des changements de qualification nombreux et appelle en aussi grand nombre des exceptions.

17. Deuxième exemple de définition descriptive : obligations de moyens et de résultat -

C'est une construction doctrinale et jurisprudentielle de grande ampleur qui dévoile le mieux le piège de la description. La distinction des obligations de moyens et de résultat repose sur une description de l'objet de l'obligation : le créancier se propose-t-il d'atteindre un résultat (cas un contrat de transport) ou emploie-t-il tous ses moyens pour assurer une bonne exécution (comme dans l'art médical) ? De très nombreux auteurs³⁸ se sont essouffés à vouloir combattre cette distinction qui trouble les problèmes au lieu de les clarifier³⁹. Ainsi, il n'existe aucun critère certain pour savoir si une obligation est de moyens ou de résultat. La raison tient dans le fait que dans toute obligation, il y a un résultat à atteindre et un moyen pour y parvenir. Le transporteur a pour objectif de transporter une chose ou une personne à un endroit précis (résultat) et use d'un véhicule pour cela (moyen). Le médecin vise à soigner (résultat) et use pour cela de tout son art et des données acquises de la science (moyen).

La distinction est en réalité une façon de choisir un aspect comme devant primer sur l'autre. L'idée d'aléa a été avancée pour identifier l'obligation de moyens car le débiteur ne maîtrise pas le résultat lorsque le créancier joue un rôle dans l'exécution. En tout état de cause, l'enjeu de la qualification (exonération par la faute pour les obligations de moyens, exonération par la force majeure pour les obligations de résultat) rejaillit sans cesse sur l'orientation des solutions. Il est bien connu que la SNCF est toujours responsable même lorsque le voyageur est sans billet ou ouvre la porte en plein trajet. Même si le créancier joue un rôle actif dans un saut à l'élastique, l'obligation est qualifiée de résultat⁴⁰ mais ce n'est pas le cas lorsqu'il est à bord d'un bateau à voile⁴¹ ou en escalade sur une installation artificielle⁴². Dans ces deux derniers cas, les juges ont créé une obligation de moyens renforcée où c'est le débiteur qui doit prouver son absence de faute.

L'aspect non discriminant de la distinction apparaît dans les variations apparemment infinies de son application⁴³ : une obligation de sécurité de moyens est mise à la charge de l'organisateur d'un stage d'initiation au karting mais elle est de résultat pour l'exploitant d'un manège d'autos tamponneuses. L'association organisatrice de vols à voile est tenue d'une obligation de moyens mais l'organisateur d'un stage d'ULM d'une obligations de résultat, tout comme l'organisateur de sauts en parachute. Toutefois, l'organisateur d'un vol en parapente est tenu par une obligation de résultat. Plus subtil encore : la promenade à dos d'âne fait naître une obligation de résultat mais pas celle à cheval ou à chameau. Toujours plus fin : l'exploitant d'une piste de bob luge est soumis à une obligation de résultat et non l'exploitant de pistes de ski. On apprend encore en lisant la jurisprudence qu'il faut distinguer entre la piste de quad, le toboggan aquatique et le manège de balançoires mais encore entre l'expédition en motoneige et les voitures à pédales ! Tous ces dérapages et glissades en tous genres sont la rançon de cette distinction.

³⁷ Cass. Civ. 3^{ème} 2 juin 1993, *Bull.* III, n°77.

³⁸ V. en particulier : P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *Études Ripert*, 1950, T. II, p. 105 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2014/2015, n° 3238

³⁹ Pour une synthèse : J. Bellisent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2001.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{re} 30 nov. 2016, n°15-25249

⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, n° 99-18221

⁴² Civ. 1^{re}, 15 déc. 2011, n° 10-23528

⁴³ Sur tous les cas cités : D. Mazeaud, « La distinction obligations de moyens-obligations de résultat : le saut dans le vide ? », *D.* 2017, p.198

Aujourd'hui la seule justification du maintien de la distinction est l'habitude prise à la manier et le fait qu'elle appartiendrait à notre patrimoine juridique⁴⁴. C'est dire que la définition descriptive s'est légitimée par le seul fait de son usage mais qu'elle n'est pas satisfaisante pour la pratique – ce qui paraît être une évidence.

V. Le piège de l'essentialisme

18. Définitions immuables ? - Le piège de l'essentialisme est plus nuancé que les précédents car il dépend plus d'une certaine théorie de la définition. En effet, Aristote considère que la définition formule l'essence d'une chose⁴⁵. Autrement dit, la définition exprime l'être profond et immuable de la chose à définir. Cependant, en droit, l'essentialisme est critiquable s'il aboutit à figer les concepts et à croire que les définitions sont éternelles. Il est bien connu que le *corpus* des textes juridiques se renouvelle en permanence par de nouvelles lois ou de nouvelles décisions de justice. Il est ainsi inévitable que les concepts juridiques fassent l'objet de révisions. Penser le contraire consisterait à nier l'historicité du droit et conduirait alors à nous en tenir aux définitions initiales, celles du droit romain. Or il suffit de considérer seulement le droit pénal pour s'apercevoir que la définition des infractions évolue et que certaines circonstances aggravantes peuvent devenir des infractions autonomes comme ce fût le cas du viol au début des années 1980⁴⁶. Cet aspect aisément visible dans l'œuvre législative est parfois plus difficile à percevoir pour les solutions jurisprudentielles.

19. Premier exemple d'essentialisme : le caractère accessoire du cautionnement - Aucun texte ne prévoit que le cautionnement ait un caractère accessoire. Cette conceptualisation est issue du droit savant qui a cherché par ce critère à rendre compte de toute une série d'effets légaux attachés à la qualification de cautionnement. Le caractère accessoire du cautionnement conduit à considérer qu'il suit le sort du principal. Dès lors, la nullité ou l'extinction de l'obligation principale doit emporter celle du cautionnement. Cette réalité a été mise en mal par toute une série de décisions qui ont consacré sans le dire expressément une relative indépendance du cautionnement au regard de l'obligation principale⁴⁷ que ce soit en matière de procédures collectives, de surendettement et même en droit commun lorsque l'obligation principale est nulle pour dol. Dans tous ces cas, le cautionnement est maintenu ce qui contredit l'idée d'accessoire. Aussi, la tentation est grande de considérer que le caractère accessoire du cautionnement est de l'essence de celui-ci⁴⁸ et que la jurisprudence qui refuse de tirer les conséquences de ce caractère doit être dénoncée comme erronée.

⁴⁴ P. Jourdain, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP* 2016, 1557

⁴⁵ Aristote, *Seconds analytiques*, II, 13, 25 : les exemples d'Aristote portent sur les animaux : la définition vise ainsi à identifier leur être spécifique (leur essence).

⁴⁶ Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur (JO 24 déc.) ; P. Mayer, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *D.* 1981, Chron. 283

⁴⁷ Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2009, p.497-507 ; P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp.171-180 ; D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, n°92, 2001, p.70-71

⁴⁸ L. Aynès ; P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 10 éd., 2016, n°122, p.44 : « un cautionnement qui ne serait pas accessoire ne serait pas un cautionnement ».

Si l'on admet que les concepts juridiques ne sont pas éternels mais au contraire le fruit d'une construction sujette à évolution, ils sont forcément révisables⁴⁹ et tout essentialisme doit être banni. Cela ne veut pas dire qu'on s'interdit de rechercher l'essence d'un concept mais seulement que cette essence est contingente (et non absolue) car elle est adossée à un certain nombre de données que l'on nomme habituellement "le droit positif"⁵⁰. Bien entendu, cette critique de l'essentialisme pourrait à son tour être critiquée au nom d'une position métaphysique sur la nature des concepts juridiques. Si les concepts reflètent un monde d'entités idéales et immuables, il est effectivement absurde de pointer leur caractère révisable. Toutefois, d'un point de vue strictement pratique, l'essentialisme empêche de penser le changement inhérent au droit et à l'évolution de ses qualifications.

20. Deuxième exemple d'essentialisme : la transaction sans concessions réciproques - Avant 2016, la définition légale de la transaction ne prévoyait pas l'exigence de concessions réciproques. C'est la jurisprudence qui avait ajouté une telle condition qui a depuis été intégrée dans la loi⁵¹. Cependant, lorsque l'assureur propose à la victime d'un accident de la circulation une indemnisation⁵², elle formule une offre de transaction sans faire une concession. L'acceptation de l'indemnisation forme une transaction au sens de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation mais non au sens de la définition du concept. Ainsi, la Cour de cassation a dû refuser l'essentialisme dans la définition de la transaction pour admettre qu'il s'agissait d'une transaction sans concession réciproques⁵³.

Rattacher une situation à une catégorie alors que certaines conditions ne sont pas remplies relève d'une fiction par altération des conditions d'application du concept⁵⁴. Cette contradiction découle du fait que les juges, puis le législateur, ont décidé que les concessions réciproques faisaient partie de façon essentielle du concept de transaction. Pour sortir du conflit, il faudrait soit considérer que l'offre de l'assureur n'est pas une transaction (mais elle a les mêmes effets) soit que c'est une transaction spéciale (mais il n'y a pas de concessions réciproques) soit qu'il existe des transactions légales autonomes (mais cette catégorie n'est pas explicitement retenue) soit que la jurisprudence précitée doit être modifiée (mais cela disqualifierait tous les règlements déjà intervenus entre victimes et assureurs)

A travers cet exemple, on retrouve une critique très classique: toute définition est périlleuse⁵⁵. En effet, la définition correcte doit couvrir tous les cas qu'elle est censée comprendre en raison de ses éléments constitutifs. En considérant les concepts comme immuables, les juristes se condamnent à créer des fictions pour faire évoluer le droit. Le piège de l'essentialisme conduit ainsi à un développement artificiel des dérogations. En cela, il se rapproche du piège de la description qui postule inconsciemment un essentialisme en considérant que le concept est d'autant plus vrai qu'il décrit une réalité tangible. La définition n'est certes pas incorrecte en soi mais elle crée des problèmes au lieu de les résoudre.

VI. Le piège des fausses identités

⁴⁹ F. Rouvière (dir.), *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, RRJ. *Cahiers de Méthodologie juridique*, PUAM, 2015, *passim*.

⁵⁰ J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, n°5, p.11

⁵¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 10 : CCiv. art. 2044

⁵² C. assur. Art. L211-9

⁵³ Cass. Civ. 2^{ème} 16 nov. 2006, n°05-18631 : « la loi du 5 juillet 1985 instituant un régime d'indemnisation en faveur des victimes d'accident de la circulation, d'ordre public, dérogeant au droit commun, qualifie de transaction la convention qui se forme lors de l'acceptation par la victime de l'offre de l'assureur et que cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques »

⁵⁴ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.253, p.11-12.

⁵⁵ *Digeste*, 50, 17, 202

21. Qui s'assemble ne se ressemble pas forcément - Le piège des fausses identités consiste à considérer que le fait de partager un ou plusieurs points communs justifie que les concepts sont traités pour traits identiques. En occultant les différences, il se réalise une transposition induite d'un régime juridique vers un autre domaine. Or l'existence de points communs dans le régime juridique ne signifie pas que tout le régime est commun.

22. Premier exemple de fausse identité : prescription et forclusion - La difficulté à distinguer prescription et forclusion a pu conduire un auteur à affirmer qu'il s'agit en réalité d'une différence de degré⁵⁶. La forclusion serait un délai plus strict. Ce raisonnement est étayé par le fait que la prescription et la forclusion ont d'indéniables points communs : l'interruption du délai par la demande en justice, la mesure conservatoire ou l'exécution forcée. Cependant, la forclusion présente aussi des différences : elle ne peut être suspendue et la reconnaissance de responsabilité du débiteur ne l'interrompt pas. Ainsi, il est possible de dire que prescription et forclusion ont un genre commun qui explique leur régime commun. Mais la différence de régime qui subsiste conduit à voir dans les concepts une nécessaire différence de nature au sein de la catégorie commune à laquelle ils appartiennent⁵⁷.

Cette forme de définition par genre commun et différence spécifique est typique de la pensée d'Aristote⁵⁸. Elle permet ici de ne pas confondre en droit les effets communs avec les effets spécifiques. Seul un travail de définition adéquat permet de « rendre à chacun le sien » pour reprendre la formule bien connue qui caractérise l'antique idée de justice.

23. Deuxième exemple de fausse identité : la responsabilité contractuelle - Une des grandes controverses de la fin du 20^{ème} siècle fût de savoir si le concept de responsabilité contractuelle était pertinent. C'est exactement le même problème que celui examiné précédemment : existe-t-il deux formes de responsabilité dont la structure est identique (fait / dommage / lien de causalité)⁵⁹ ou bien s'agit-il de deux modes d'indemnisation proches mais différents⁶⁰ ?

L'argument majeur pour définir l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité est de pointer l'identité d'effet. Dans les deux cas il s'agit d'indemniser un dommage. Il n'y a donc plus qu'un pas à franchir pour dire qu'il s'agit d'un cas de responsabilité et ainsi exiger que le demandeur établisse une faute et un lien de causalité avec le dommage.

Toutefois, le seul point commun des dommages-intérêts paraît grandement insuffisant à plusieurs égards. D'abord parce que l'inexécution du contrat ne se limite pas à des dommages intérêts mais fait

⁵⁶ N. Balat, « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, p.751 et s.

⁵⁷ F. Rouvière « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.* 2017, p.527 et s.

⁵⁸ Aristote, *Seconds analytiques*, II, 13, 25

⁵⁹ G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p.921 et s. ; C. Larroumet « Pour la responsabilité contractuelle », *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.543 et s. ; P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, Sixièmes journées René Savatier, 1998, p.65 et s. ; E. Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999, p.1 et s. ; P. Ancel, « La responsabilité contractuelle », *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris Dalloz, 2003, p.243 et s.

⁶⁰ Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323 et s. ; P. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n°31, 1996/1, p.31 et s. ; M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Poitiers, LGDJ, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003. D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p.429 et s. ; L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p.839 et s.

intervenir des remèdes très variés tels que l'exécution forcée, la résolution ou la réfaction du prix. Ensuite, le concept de responsabilité contractuelle est totalement inapte à rendre de compte de situation où la seule preuve de l'inexécution suffit à octroyer des dommages-intérêts par exemple en cas de violation d'une obligation de non-concurrence⁶¹. Enfin, la responsabilité contractuelle crée un dualisme nécessitant l'intervention d'une règle de non-cumul des deux responsabilités, une construction théorique complexe ignorée de la loi.

Le piège latent de la définition de la responsabilité contractuelle est que son identité avec la responsabilité délictuelle est trop vite postulée, notamment à partir du seul point commun de l'octroi de dommages-intérêts. Cette identité véritable conduit à inférer une fausse identité et ainsi à créer des difficultés dans l'articulation des concepts et solutions du droit positif.

VII. Le piège des identités masquées

24. Différences de mots, non de choses - Le piège des identités masquées est le pendant symétrique des fausses identités. Alors que les termes ou les mots soient différents, le concept désigné est en réalité le même ou du moins présente un point commun caché. La différence de termes, qui semble induire une différence de définitions aboutit en définitive à distinguer trop radicalement ce qui ne devrait pas l'être. Bref, le genre commun est occulté.

25. Premier exemple d'identité masquée : erreur et vices cachés - La loi donne deux définitions distinctes des concepts d'erreur et de vices cachés. En outre, les régimes juridiques sont distincts car l'erreur conduit à l'annulation du contrat et les vices cachés à sa résolution ou réfaction. Dans un cas c'est un problème de formation, dans l'autre c'est une question d'exécution⁶².

Néanmoins, une interprétation très attentive de la lettre de la loi révèle qu'en dépit de ces différences, les deux notions partagent un point commun caché qui rend leur distinction très difficile. En effet, le vice étant caché, il suppose que l'une des parties s'est engagée en ignorant que la chose était atteinte d'un défaut. Or c'est exactement la même hypothèse dans l'erreur : insuffisamment informée, la partie donne son consentement sur la base d'une représentation inexacte de la réalité. Ainsi, dans un cas comme l'inconstructibilité d'un terrain, on peut tout aussi bien dire qu'il s'agit d'une erreur que d'un vice caché⁶³. La qualification à retenir est donc indéterminable tant que les concepts ne sont pas révisés par l'ajout de nouveaux critères de distinction au sein du genre commun auxquels ils appartiennent.

Le piège des définitions réside ici dans le fait que leur articulation n'a pas été pensée correctement ou n'a pas été pensée du tout. Ce qui est remarquable est que le problème de qualification ne tient pas dans le cas considéré (à savoir l'inconstructibilité) mais dans les catégories qui lui sont appliquées : elles sont structurellement insuffisantes et ne peuvent aboutir à une distinction satisfaisante en pratique.

⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère} 31 mai 2007, n°05-19978

⁶² Y.-M. Serinet, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.797, n°17.

⁶³ F. Rouvière « L'inconstructibilité, entre non-conformité, erreur et vice caché », *RDI* 2010, p.253 et s.

26. Deuxième exemple d'identité masquée : dommage et préjudice - La doctrine se demande régulièrement si le dommage ne doit pas être distingué du préjudice⁶⁴, ce dernier étant la conséquence du premier. Par exemple, dans un préjudice corporel, le dommage est l'atteinte au corps, le préjudice est dans la perte des revenus, la perte des agréments de la vie, la souffrance etc. T

outefois, la seule différence de termes n'induit pas nécessairement une différence de concepts⁶⁵. Pour conforter ce point, il faut encore songer au piège des définitions inutiles. Définir est pertinent en droit pour justifier l'application d'une solution différente. Or, dans l'hypothèse envisagée, le dommage est indemnisé de la même façon que le préjudice. En l'absence d'intérêt à dissocier les définitions des termes, il ne faudrait pas le faire. Parce que les deux termes renvoient au même effet, il est fortement probable qu'ils renvoient à un même concept qu'il n'y a pas lieu de diviser. Il serait d'ailleurs étrange que l'existence de la distinction terminologique commande une nouvelle solution de fond qui modifierait l'indemnisation. Pour résumer, la seule différence de termes ne peut faire présumer à elle seule une différence de définition.

27. Conclusion : qu'est-ce qu'une bonne définition en droit ?

Eviter tous les pièges de la définition reviendrait à définir correctement un concept juridique. Aussi, en faisant la synthèse des points évoqués, il est possible de dessiner une théorie de la définition juridique. La majorité des pièges évoqués découlent de la méconnaissance du couple « nature - régime »⁶⁶ ou « conditions – effets ». De même, il est apparu que l'un des intérêts majeurs des définitions juridiques est de justifier l'application d'une certaine solution, c'est-à-dire d'un certain effet ou régime juridique. L'examen des pièges conduit alors à énoncer de façon positive que la définition juridique doit être opérationnelle, discriminante et cohérente.

La définition juridique doit d'abord être *opérationnelle*, c'est-à-dire ne pas comporter de défauts structurels. Le régime doit être justifié par la nature juridique. Or la circularité consiste à définir la nature par le régime. De même, l'inutilité d'une définition résulte de l'absence de régime correspondant. Ces deux pièges violent la distinction et le rapport d'inférence entre la nature et le régime. Dès lors, la définition devient sans portée.

La définition doit également être suffisamment *discriminante* pour répondre au problème de l'application du régime. Sa précision est nécessaire pour trancher le litige et opérer la qualification. Or les pièges de la métaphore et de la description empêchent les définitions d'être applicables. La définition par l'image est trop peu consistante pour identifier les faits pertinents et les définitions trop descriptives engendrent un nombre important de cas difficiles qui peuvent conduire à l'usage de fictions ou d'exceptions en grand nombre.

La définition obéit enfin à une exigence de *cohérence*. L'essentialisme empêche de penser la correspondance entre la définition et les données à expliquer et fige les concepts. La définition n'est plus explicative mais critique. Les fausses identités et les identités masquées donnent pareillement une représentation inexacte des champs d'application respectifs des catégories. En définitive, elles ruinent la systématisme des définitions.

⁶⁴ R. Ollard, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. Sc. Crim.* 2010, p.561 et s. ; F. Leduc, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *Resp. civ. et assurances* 2010, dossier n°3 ; S. Rouxel, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse Grenoble, 1994

⁶⁵ C'était cependant le cas en droit romain : L. Cadet, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 288 s. ; n° 323 s.

⁶⁶ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255-272

Opérationnelle, précise et cohérente au regard de l'ensemble du droit, la définition devrait pouvoir remplir pleinement sa fonction pratique, à savoir justifier l'application d'un régime juridique compris comme une série d'effets déterminés. Bien définir en droit revient à bien justifier la solution retenue. La qualité de la définition juridique est inséparable de la qualité de l'argumentation. C'est dire que les pièges des définitions doivent être pris au sérieux.