

Le rôle des définitions en droit

« A travers une définition, un locuteur influence la réaction des destinataires à des énoncés linguistiques spécifiques. Une définition peut ainsi être considérée comme une prescription ou comme un précepte quant à la manière dont le destinataire devrait réagir à la fonction sémantico-représentationnelle d'un énoncé linguistique. » (Enrico Pattaro, 1995, p. 106 et s.)

Une des particularités du droit est la place très variable qu'y occupent les définitions et la grande diversité de statut des définitions. Les définitions peuvent apparaître dans des textes de valeur constitutionnelle, dans des lois, dans des textes réglementaires ou dans la jurisprudence, les définitions d'origine jurisprudentielle n'étant pas les moins importantes.

Cela pose évidemment un problème du point de vue de la hiérarchie des actes juridiques dans la mesure où la portée de l'application d'une loi peut dépendre de définitions jurisprudentielles. (ex. : définition de travail public, de délégation de service public, d'acte individuel, d'opération complexe, etc.)

L'activité de définition est tout à fait fondamentale en droit. Elle l'est de même en science. Pour Aristote la science ne pouvait être seulement démonstrative et à côté de la connaissance scientifique démonstrative il existe « un principe de science qui nous rend capable de connaître les définitions » (Seconds Analytiques, I, 3, 72 b, 20). Ces deux activités s'opposent. : « il ne peut y avoir démonstration de tout ce dont il y a définition, ni définition de tout ce dont il y a démonstration » (Seconds analytiques, II, 3, 91 a, 5).

La définition est donc irréductible à toute démonstration, et par la même à la logique hypothético-déductive.

Toutefois, en psychologie cognitive, la définition paraît se rattacher à une activité psychique plus globale que l'on désigne par abstraction. Si l'on se réfère à l'analyse de l'Encyclopédie Universalis, celle-ci recouvre au moins quatre modes opératoires distincts.

En un premier sens, l'abstraction est l'attitude opératoire qui devrait permettre à l'esprit scientifique de déterminer expérimentalement un ensemble de rapports constants entre des faits pour en abstraire inductivement une loi. Il s'agit de l'*abstraction par simplification*, opération préalable et nécessaire à toute *idéation*.

Dans un deuxième sens, l'abstraction permet de dégager d'une collection d'objets des propriétés communes. C'est l'*abstraction par généralisation*. Elle est un préalable au déploiement de la *logique des classes*.

Dans un troisième sens, l'abstraction désigne le processus mental qui consiste, en partant d'un donné quelconque, à isoler un trait spécifique quelconque, une détermination considérée en elle-même indépendamment de toute globalité. Il s'agit de l'*abstraction par sélection*. L'esprit ne cherche pas ici la ressemblance, mais la spécificité, non le rapprochement, mais la distinction. Cette opération est nécessaire et propédeutique à toute *classification*. Elle exprime une démarche analytique.

Enfin, dans un quatrième sens, l'abstraction désigne le processus mental de *schématisation* qui permet une *modélisation* d'un donné et sa formalisation. Cette

opération est la contrepartie constructiviste de la précédente. Elle permet de recomposer l'unité ou l'intégrité d'un système complexe.

A ces quatre opérations mentales bien distinctes : simplification, généralisation, sélection, schématisation, correspondent quatre processus cognitifs : idéation, conceptualisation, classification, modélisation.

Notre recherche ne portant pas sur la psychologie cognitive, nous nous intéresserons plus au résultat en droit de l'activité cognitive qui produit les définitions qu'aux processus eux-mêmes.

Nous n'avons nullement ici l'intention de traiter cette question de façon approfondie, et nous renvoyons notamment *aux Cahiers de méthodologie juridique* publiés par la revue *Droit Prospectif* (1986-4) et consacrés aux *définitions dans la loi et les textes réglementaires* ainsi qu'à l'ensemble du chapitre II de la *Logique du sens* de Robert Martin (1983).

Nous voudrions seulement synthétiser la problématique générale et poser les bases des principales distinctions.

Au sein de l'ensemble complexe des définitions, il convient de distinguer les définitions en fonction de leur objet, de leur contenu, du procédé utilisé, et de leur complétude.

Il convient de parcourir rapidement ces quatre aspects, puis de s'arrêter sur quatre situations particulières qui permettent de poser le problème de la modélisation des définitions : le cas d'absence de définition formelle, le cas des définitions partielles, le cas de la coexistence de définitions multiples, sans qu'une source ne neutralise les autres, le cas de définitions qui évoluent dans le temps, que l'on pourrait désigner sous le terme de définition incrémentale.

Notre thèse sera que la définition incrémentale constitue le modèle de base de la définition. La définition en droit doit être considérée comme le résultat d'un processus et non comme un élément fixe, et qu'une définition modélisée est liée mais distincte des définitions particulières qui n'en sont que des manifestations.

L'objet des définitions

Les définitions concernent une grande variété d'objets juridiques. Mais l'objet le plus fréquemment défini de manière explicite sont des « catégories ou sous-catégories juridiques » pour reprendre la terminologie de Jean-Louis Bergel (1986), ou plus simplement des « notions », terme souvent préféré à celui de « concept », alors que ce dernier en toute rigueur paraît plus approprié. Ainsi en est-il des notions de « servitudes urbaines et rurales » (art. 687 CC), « servitudes continues ou discontinues » (art. 688 CC), « servitudes apparentes ou non apparentes » (art. 689 CC), « quasi-contrats » (art. 1371 CC), « prêt à usage et prêt de consommation » (art. 1874 CC), « nantissement » (art. 2073 CC), « gage » (art. 2085 CC), etc.

Nous serons portés à considérer les droits et obligations non comme une catégorie juridique spécifique, mais comme une sous-catégorie de notion. Ainsi, le « droit de propriété » implique la notion de propriété et la notion de droit. C'est donc une notion complexe. Le « droit d'accession » est un aspect du droit de propriété. Jean-Louis Bergel

place les notions d'«usufruit» et de «servitudes» dans la catégorie «droits et obligations» alors qu'à ce stade il ne s'agit que de notions.

Les définitions peuvent également porter sur des «choses et des biens matériels»: «meubles et immeubles», «immeubles par destination», (art. 517 et s., et 527 et s. CC), mais aussi la notion d'«aire collective de jeux» est définie par l'article 1 du décret du 18 décembre 1996, tandis que les «équipements d'aires collectives de jeux» sont définis par le décret du 10 août 1994. Ne sommes nous pas en présence de notions juridiquement qualifiées qui se distinguent du cas précédent par le caractère matériel ou immatériel de leur contenu.

Dans le code des télécommunications nous trouvons de nombreuses définitions, à commencer par celle de «réseaux de télécommunications» qui recouvre «toute installation ou tout ensemble d'installations assurant soit la transmission soit la transmission et l'acheminement des signaux de télécommunications». Une telle définition d'une installation de toute évidence matérielle renvoie néanmoins à deux notions apparemment distinctes de «transmission» et d'«acheminement» des télécommunications. Ces deux dernières notions ne sont plus des biens matériels, mais des actions, des opérations ou des processus, pour ne pas parler de procédures.

La définition peut porter sur des règles et des principes tels que «partie principale» dans l'accession immobilière (art. 567 CC), «degré et ligne de parenté» pour la dévolution successorale (art. 735 et 736 CC). Nous avons ici également des notions juridiques que l'on aura du mal à distinguer d'un point de vue méta-conceptuel des notions de servitude ou d'usufruit. On pourra voir dans la formulation une définition terminologique (ainsi: «La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations; chaque génération s'appelle un *degré*»), mais toutes les définitions ne sont-elles pas des définitions terminologiques, dans la mesure où elles tendent à imposer une terminologie uniforme afin de limiter les erreurs et les approximations dans l'interprétation des textes.

Peuvent être couverts par des définitions des «outils juridiques» tels que «prescription» (art. 2219 CC), «possession» (art. 2228 CC). Encore une fois, qu'est-ce qui permet de qualifier d'«outil juridique» la «possession» et de «notion» ou «catégorie» ou «sous-catégorie» l'«usufruit»? Qualifiera-t-on d'«outil juridique» un contrat ou un marché ou une décision individuelle, qualification qui laisserait penser qu'il s'agit de pures créations de droit alors qu'il s'agit d'abord de rapports sociaux qui ont acquis un contenu juridique. Il n'existe aucune notion, aucun concept juridique, qui ne puise sa source dans un rapport social, constatation qui peut paraître une évidence, mais qui en réalité met à mal les tentatives de classification par l'objet que l'on vient d'évoquer.

Toute classification des définitions juridiques devrait s'enraciner dans la réalité des rapports sociaux qui font la substance des rapports de droit et qui en fixent les composants. Il s'agit des grandes catégories que l'on retrouve dans toute description d'un système juridique: la définition des personnes juridiques, sujets de droit, les structures et organes de ces personnes juridiques, les actes juridiques et les procédures, les modes d'action.

On peut présumer que chaque type d'objet juridique qui vient d'être mentionné a sa propre structure et que la seule application pratique de la typologie des définitions par l'objet est de permettre la définition de structures type par type d'objet.

Les définitions selon leur contenu

Une autre approche peut consister à distinguer les définitions selon leur contenu. Il s'agit de déterminer quels types d'information sont proposés dans les définitions.

Différents cas de figure peuvent se présenter qui n'aboutissent pas nécessairement à des définitions complètes, mais proposent des éléments de définition, la question de savoir si les éléments proposés sont suffisants ou non pour être constitutifs d'une définition étant traitée plus loin en terme de complétude de la définition.

Premier cas : l'information taxinomique ou classificatoire.

On définit ici une entité par différents types qui s'y rattachent en tant que type racine. La relation est hyponymique.

Ainsi l'article 516 CC nous informe sur le fait qu'un bien est soit meuble, soit immeuble. L'article 517 poursuit en précisant que les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination. Mais nulle part le code civil ne dit ce qu'est un bien. Autrement dit, la définition de la notion de « bien » se déduit de celles des hyponymes « bien mobilier » et « bien immobilier », définition qui est donnée par les articles suivants selon un mode sur lequel nous reviendrons.

De même l'article 1354 CC nous dit que l'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire. Mais nulle part le code civil ne définit l'aveu. On est donc renvoyé comme précédemment à ce que dit le code civil de l'« aveu judiciaire » et de l'« aveu non judiciaire » et dans lequel il est difficile de voir une définition. Il faut donc chercher dans le sens commun tel qu'on le trouve exprimé dans le dictionnaire la définition de l'aveu, ce qui, somme toute est réconfortant, le vocabulaire juridique puisant dans le fond commun de la langue française l'essentiel de ses définitions, sauf quand le droit leur a conféré un sens spécifique, propre au domaine du droit.

Mais plus souvent on aura une relation hyperonymique, dans la mesure où l'objet à définir est défini à partir d'un type plus général en position d'hyperonymie.

Ainsi le « droit de propriété » est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. (Art. 544 CC).

De même l'« usufruit » est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». (Art. 578 CC)

Ici, l'hyperonyme est constitué par la notion de droit que le reste de chacun des deux articles susmentionnés permet de préciser. On observera de surcroît que la notion d'usufruit est définie à partir de la notion de « droit » mais aussi de celle de « propriété », dont elle apparaît comme un démembrement. L'usufruit n'est pas une sorte de propriété, elle en est une forme incomplète, avec cependant un caractère que n'a pas de manière identique la propriété qui est l'obligation de conserver la substance du bien, alors que le propriétaire peut très bien s'en abstenir. L'obligation de conserver la substance implique notamment l'impossibilité pour l'usufruitier d'aliéner ledit bien. Mais cette obligation vient du fait que l'usufruit est un droit de jouir des choses moins absolu que ne l'est le droit de propriété.

Deuxième cas : l'information porte sur une propriété de l'objet visé.

En général, l'énoncé des propriétés d'un concept juridique vient compléter la définition. Mais il arrive assez souvent que cet énoncé tienne lieu à lui seul de définition.

Par exemple, l'article 1352 CC nous apprend que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. En fait, ce cas ne se différencie pas nettement du cas précédent si ce n'est par la syntaxe, car on comprend bien que la présomption légale appartient au taxème « présomption » auquel il y a lieu de se référer pour une définition exhaustive et que l'attribut qui lui est ajouté de « légale » a pour effet de dispenser le bénéficiaire de cette présomption d'apporter la preuve de ce qui est présumé.

Troisième cas : la définition consiste dans une liste d'exemples qui répondent à cette définition.

La définition des biens immeubles illustre de manière parfaite cette situation.

On ne trouvera dans le code civil aucune définition reposant sur une liste de traits distinctifs de la notion de biens immeubles, seulement une liste d'exemples illustrant la notion. Ainsi, le fonds de terre et les bâtiments, le moulin à vent ou à eau, les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis, les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison sont immeubles par nature. On trouvera pour la définition des biens meubles par destination usage du même procédé.

Au plan du raisonnement, on conviendra qu'il s'agit d'une forme très primitive à laquelle l'esprit humain a recours pour justifier l'emploi de tel ou tel terme.

Dans *Pensée et Langage*, Lev Vygotski évoque les phases qu'emprunte l'esprit de l'enfant pour passer des réalités concrètes à l'abstraction. Avant le passage décisif à la pensée conceptuelle, l'esprit passe par une phase de pensée par complexe qui repose sur des mécanismes assez différents et dont l'on retrouve dans le langage et la pensée de l'adulte de nombreux vestiges.

« Le complexe, tout comme le concept, est une généralisation ou une réunion d'objets concrets hétérogènes. Mais la liaison qui permet d'opérer cette généralisation peut être de type très différent. Toute liaison peut conduire à l'insertion d'un élément donné dans le complexe pourvu qu'elle ait une existence de fait, telle est la particularité la plus caractéristique de la construction par complexe. Alors que le concept a pour base des liaisons de type unique, logiquement identiques entre elles, le complexe repose sur des liaisons empiriques des plus variées, qui souvent n'ont entre elles rien de commun. Dans le concept les objets sont généralisés selon un trait distinctif unique, dans le complexe ils le sont selon des critères empiriques divers. C'est pourquoi le concept reflète la liaison et le rapport essentiels, uniformes entre les objets alors que le complexe reflète la liaison de fait, fortuite, concrète. » (Vygotski, 1997, p.217).

On pourra discuter le choix du terme complexe par opposition à celui de concept. Ce n'est pas le vrai problème. L'observation de Vygotski, qui rejoint sur ce plan complètement les analyses de Piaget, a pour notre étude pour principal intérêt de mettre en évidence des structures de raisonnement fondamentalement distinctes. Ainsi, la définition par énumération se rapproche sur le plan du raisonnement de la pensée par complexe, alors

que la définition taxinomique que nous avons évoquée en premier est typique de la pensée conceptuelle.

Dans la *définition par énumération*, le législateur donne au juge non une définition formalisée, mais une collection d'objets disparates, mais présentant suffisamment de points communs pour permettre au juge d'opérer implicitement ou explicitement une conceptualisation, mais surtout de faire rentrer dans la catégorie ainsi définie d'autres cas particuliers au moyen d'un mode de raisonnement que nous avons déjà rencontré, qui occupe une place très importante dans le raisonnement juridique, comme dans le raisonnement scientifique, qui est le raisonnement par analogie.

Mais, il faut souligner que l'on rencontre deux sortes de définition par énumération : celles qui autorisent des extensions au moyen du raisonnement par analogie ; et celles pour lesquelles l'énumération s'entend au sens strict c'est-à-dire définit très exactement les catégories d'objets ou de concepts répondant à la définition à l'exclusion de toutes autres.

On n'aurait guère de mal à trouver dans cette opposition entre la pensée conceptuelle et la pensée par complexe une analogie avec l'opposition entre la *compréhension en intension* et la *compréhension en extension*. La nuance est cependant qu'entre la compréhension en intension, qui repose sur la liste des traits distinctifs d'un type déterminé, et la compréhension en extension qui repose sur les occurrences de ce type, il existe une exacte correspondance qui permet de conclure à l'identité parfaite des deux compréhensions ou définitions, alors que l'on ne peut pas garantir l'exacte équivalence des complexes et des concepts. Mais il est logique qu'au cours de l'évolution mentale le complexe se rapproche progressivement du concept par simple affinement de la perception logique.

Au-delà de cette distinction entre définition conceptuelle et définition par énumération, on peut se poser la question du contenu cognitif de ces deux types de définition.

En effet, la définition conceptuelle ou définition en intension, peut comporter différents traits possibles nécessaires et suffisants pour identifier le concept à définir.

L'objet de la définition peut d'abord se définir en tant que partie d'un tout.

Ainsi *l'éducation permanente fait partie des missions des établissements d'enseignement* (art.1 l.89-486).

Ou bien, *le droit au conseil en orientation et à l'information sur les enseignements et les professions fait partie du droit à l'éducation* (art.8 al.1 l. 89486).

Ou encore : *Les parents d'élèves sont membres de la communauté éducative* (art.11 l. 89-486)

Ou enfin : *Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation.* (art L.200-1 code rural)

L'objet peut également être défini par les parties qui le composent :

La scolarité est organisée en cycles (art.4 l.89-486)

Dans chaque école, collège ou lycée, la communauté éducative rassemble les élèves et tous ceux qui, dans l'établissement scolaire, ou en relation avec lui, participent à la formation des élèves. (art.1 l. 89-486)

L'objet est défini par la catégorie ou le type auquel il appartient :

Les instituts universitaires de formation des maîtres sont des établissements publics d'enseignement supérieur. (Art. 17 l.89-486)

Le comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel constitue une autorité administrative indépendante.(Art. 27 l.89-486)

L'objet est défini par des traits distinctifs qui lui sont propres :

...cycles pour lesquels sont définis des objectifs et des programmes nationaux de formation comportant une progression annuelle ainsi que des critères d'évaluation (art.4 l.89-486)

Etablissements publics à caractère administratif, ils sont placés sous la tutelle du ministre de l'éducation nationale et organisés selon les règles fixées par décret en conseil d'Etat. Le contrôle financier s'exerce a posteriori. (Art. 17 l.89-486)

Dans cette définition, on commence par poser un type ou une catégorie, puis on lui affecte un ou plusieurs traits singuliers.

Il en va de même de la définition de la « décision administrative individuelle » donnée par la circulaire du 24 décembre 1997 relative à la mise en œuvre de la déconcentration des décisions administratives individuelles et qui précise que :

Doit être ainsi qualifié un acte à caractère unilatéral, pris par une autorité administrative, et qui a pour destinataire une ou plusieurs personnes nommément désignées.

De même :

On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales (Article L. 511 du code de la santé publique)

L'objet est défini par son propre objet :

Sont regardées comme représentatives les associations d'étudiants qui ont pour objet la défense des droits et intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des étudiants. (Art.13 l.89-486)

L'objet de l'objet peut être complété par un trait distinctif :

en poursuivant l'exemple précédent : et, à ce titre siègent au Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche ou au Conseil d'administration du Centre national des œuvres universitaires et scolaires. (Art.13 l.89-486)

L'objet peut être défini par ce qu'il fait, par son rôle :

La Commission nationale du débat public élabore son règlement intérieur. *Ce règlement fixe les règles de fonctionnement communes aux commissions particulières.* » (Art.3 D.96-388)

Nous avons ici une définition du règlement intérieur de la Commission Nationale du Débat Public et non de la notion de règlement intérieur, terme générique.

Celui-ci (le projet d'établissement) définit les modalités particulières de mise en œuvre des objectifs et des programmes nationaux. Il fait l'objet d'une évaluation. Il précise les activités scolaires et périscolaires prévues à cette fin. (Art.18 L.89-486)

Autrement dit, un projet d'établissement qui ne présenterait pas ces caractéristiques ne mériterait pas le qualificatif de « projet d'établissement ».

L'objet peut être défini par sa finalité :

Ainsi l'« aire collective de jeux » est définie comme une « zone spécialement aménagée et équipée pour être utilisée par des enfants à des fins de jeux. (Art. 1 D. 18/12/94)

De même l'équipement d'aire collective de jeux est défini comme un matériel ou un ensemble de matériels destinés à être utilisés par des enfants de moins de 14 ans à des fins de jeux.

Si maintenant l'on s'attache au contenu cognitif des définitions qui font appel à l'énumération, ce contenu, indépendamment du contenu des références elles-mêmes, dépendra d'un certain nombre de paramètres auxquels on peut rattacher des opérateurs logiques :

- la liste est-elle indicative ? Dans ce cas, on doit considérer la liste comme contenant les éléments de base d'une conceptualisation permettant dans un second temps d'étendre la liste au moyen d'un mode de raisonnement par analogie.
- la liste est-elle exhaustive ou limitative ? dans ce cas, la liste est limitative et exclut tout élément qui n'y serait déjà contenu. Il est alors impossible de raisonner par analogie. La liste est figée, et n'a par elle-même aucune valeur illustrative ou logique. Il convient seulement de vérifier l'identité de l'élément à identifier avec les éléments de la définition. Ce type de définition ne peut en aucune manière entrer dans la catégorie des définitions conceptuelles, car elle ne sous-tend aucun concept. La définition des privilèges sur les meubles donnée aux articles 2101 et s. du code civil se rattache à cette conception. On a intrinsèquement une définition, mais celle-ci ne peut être qualifiée de conceptuelle.

Une autre illustration tout à fait typique de ce cas est constituée par la définition des installations classées par la loi du 13 juillet 1976 qui stipule en son article 2 que « les installations classées visées à l'article 1^{er} sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'Etat ».

Enfin, on peut dire que les éléments composant « le patrimoine commun de la nation » font l'objet d'une définition par énumération à caractère limitatif, même si cette définition ne résulte pas d'un texte unique, même l'on a aucune définition formelle épuisant la notion, mais des accumulations de textes qui viennent donner à ce concept sa substance.

- par structure, chaque élément de la liste est relié aux autres par un « ou » implicite, mais logiquement, on ne peut exclure un connecteur « sauf » ou la négation attachée à un élément particulier.
- on ne peut exclure non plus que l'énumération porte sur les parties de l'ensemble que l'on définit, et celles-ci se trouvent alors reliées par un connecteur « et ».
- enfin, on peut rencontrer un genre de définition par énumération qui présentent certains aspects conceptuels tout en présentant a priori un caractère limitatif relatif et non absolu. Ainsi, l'article 1779 CC donne une définition du louage d'ouvrage et d'industrie en présentant une classification qui n'exclut pas une possibilité d'extension par la jurisprudence de cette classification. Ainsi, il y a trois « espèces principales » de louage de service et d'industrie :
 - le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;
 - celui des voituriers , tant par terre que par eau, qui se charge du transport des personnes ou des marchandises ;
 - celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.

Les procédés de définition

Il n'y a pas une totale indépendance entre le contenu cognitif et le procédé de la définition. Le contenu peut déterminer le procédé, mais inversement plusieurs procédés peuvent exprimer le même contenu cognitif.

Les *définitions par énumération* emportent des conséquences sur le contenu mais sont en même temps un procédé de définition. Nous en avons traité à l'occasion du contenu des définitions, car ce procédé implique une approche différente du contenu cognitif que la grande majorité des définitions qui sont basées sur un élément conceptuel.

Les définitions sont toujours *terminologiques* dans la mesure où elles tendent à donner le sens d'un vocable particulier dans et hors contexte.

Elles consistent à dire le sens d'un mot, ou inversement à dire que telle chose porte tel nom.

Ainsi, l'article 556 CC indique très exactement ce qu'il faut entendre par « alluvions » : « les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvions*.

De même : *On entend par médicament toute substance ou composition...*

Ou encore : Article 2 de la loi dite « Littoral » : « *Sont considérées comme communes littorales, au sens de la présente loi, les communes de métropole et des départements d'outre-mer :*

« - riveraines des mers et océans, des étangs salés, des plans d'eau intérieurs d'une superficie supérieure à 1000 hectares ;

« - riveraines des estuaires et des deltas lorsqu'elles sont situées en aval de la limite de salure des eaux et participent aux équilibres économiques et écologiques littoraux. La liste de ces communes est fixée par décret en Conseil d'Etat, après consultation des conseils municipaux intéressés. »

Ces définitions terminologiques sont de type *paraphrastique*. Mais on peut aussi avoir des définitions *métalinguistiques* qui, au lieu de décrire le contenu, traitent du signe et sont introduites par des locutions du type « se dit de...qui/que/quand...», « en parlant de...

Dans les définitions paraphrastiques, on peut distinguer, à l'instar de R. Martin (1983, p. 58 et s) :

- les *définitions hyperonymiques* dans lesquelles on fait référence à une classe ou catégorie complétée d'un ou plusieurs traits singuliers ;
- les *définitions synonymiques*, pour lesquelles, la paraphrase est partiellement rendue inutile du fait de l'existence d'un quasi synonyme ;
- les *définitions par antinomie* dans lesquelles un concept n'est défini que par opposition à un autre concept. Ainsi le legs à titre particulier est le legs qui n'est pas un legs à titre universel.
- Les *définitions dérivationnelles* qui s'obtiennent à partir d'un terme générique auquel l'on fait subir des transformations lexicographiques tel que « jovialité » pour « caractère jovial », « juridictionnel » pour « relatif à une juridiction », ou encore « justification » pour « action de justifier ». On est d'ailleurs dans ces cas près de la paraphrase.
- Les *définitions par approximation* qui font usage d'indicateurs du type « sorte de... », « espèce de ... », mais en lesquelles on peut voir des définitions hyperonymiques, la spécificité de l'hyperonymie étant précisément d'être fondée sur une relation de type « sorte de... » ou « espèce de ... ».

Les définitions indirectes ou dérivées

Les *définitions indirectes ou dérivées* sont très nombreuses, en ce sens que la définition peut être incluse dans une disposition dans laquelle la définition n'est qu'incidente ou dans une autre définition par rapport à laquelle la définition dont on parle est secondaire.

On en trouvera un très bel exemple dans la définition du *cycle* comme composant de la scolarité au sens de la loi du 10 juillet 1989.

La notion de *cycle* fait son entrée dans la législation sur l'éducation à l'article 4 de la loi du 4 juillet 1989 de manière parfaitement incidente et à propos de la notion de scolarité : « La scolarité est organisée en *cycles* pour lesquels sont définis des objectifs et des programmes nationaux de formation comportant une progression annuelle ainsi que des critères d'évaluation. » (art.4 l.89-486)

On pourrait considérer cet article comme constituant une définition de la notion de scolarité, ce qui impliquerait qu'une scolarité qui ne comporterait pas de cycles bien identifiés ne pourrait être considérée au regard de la loi comme une scolarité, ce qui peut sembler assez excessif et contraire au sens commun. On doit en revanche voir dans cet article une prescription selon laquelle toute scolarité doit être structurée en deux ou plusieurs cycles tels que définis par la suite de l'article. Celui-ci ne donne pas

formellement une définition du cycle, mais précise ce qu'un cycle doit obligatoirement comporter pour être constitutif d'un cycle au sens de la présente loi. Nous avons donc une définition indirecte manifeste, en vertu de laquelle un cycle possède des objectifs, des programmes nationaux, une progression annuelle, ce qui implique qu'un cycle se répartisse sur au moins deux années, et enfin des critères d'évaluation.

La difficulté au niveau du traitement vient de toute évidence qu'il n'existe dans ce type de définition aucun marqueur clairement identifiable permettant de différencier ce qui est dit de la *scolarité* et qui est à la fois prescriptif et descriptif mais non définitoire et la définition du *cycle* qui a toutes les apparences de la description prescriptive et qui cependant a valeur définitoire.

Les définitions incidentes

On peut parfois trouver un texte comportant un élément de définition isolé de tout contexte définitionnel. On en trouvera un exemple typique dans l'article L. 200-1 du code rural qui dispose que « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. ». Il serait sans doute excessif de considérer comme élément de définition des espaces naturels ou de la diversité biologique leur appartenance au patrimoine commun de la nation. Par contre, il s'agit d'une spécification juridique de nature à déterminer les conditions d'application de la responsabilité civile en matière d'atteinte à l'environnement. A l'inverse, il est clair que ces espaces naturels et cette diversité biologique, qui nécessiteraient eux-mêmes d'être définis précisément, sont des éléments de définition de la notion de *patrimoine commun de la nation*, définition qui peut difficilement être autre que du type de définition par énumération à caractère limitatif.

Les définitions partielles ou incomplètes

De nombreuses définitions, qui n'en ont pas généralement la forme canonique, sont partielles ou incomplètes.

Outre l'exemple précédent, on peut en apporter plusieurs autres.

Ainsi la loi du 10 juillet 1989 indique que « *L'éducation permanente* fait partie des missions des établissements d'enseignement ; elle offre à chacun la possibilité d'élever son niveau de formation, de s'adapter aux changements économiques et sociaux et de valider les connaissances acquises. » (art.1 1.89-486). On peut considérer cet alinéa de l'article 1 comme donnant des éléments de définition. Il y manque cependant un élément essentiel qui est que l'éducation permanente s'adresse en principe aux personnes en activité professionnelle et non aux jeunes en formation initiale, ce qui dans le contexte de la loi du 10 juillet 1989 paraît aller de soi, mais qui mérite d'être cependant précisé. En réalité, il sera possible d'affiner le concept de formation permanente à la lumière de la définition qui est donnée de la *formation continue* dans la loi du 10 juillet 1971.

La loi « Littoral » du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral offre aussi un exemple d'un article qui est formellement définitoire sans fournir tous les éléments d'une définition : Son article 1^{er} précise en effet que « le littoral est une entité géographique qui appelle une politique spécifique d'aménagement, de protection, et de mise en valeur. » Le seul élément authentiquement définitoire est le fait que le littoral est « une entité géographique », élément insuffisant toutefois pour distinguer le littoral de la montagne. A moins de recourir à la définition du dictionnaire, ce qui ne

serait peut-être pas juridiquement judicieux, les éléments manquants de la définition se trouvent en réalité dans l'article 2 cité plus haut à propos de la notion de *commune littorale*, dont l'on peut déduire la signification du mot *littoral* dans le contexte de la loi.

L'absence de définition formelle et les définitions jurisprudentielles

Une des difficultés majeures des définitions en droit vient du fait qu'elles ne sont pas systématiquement données par les textes législatifs ou réglementaires. Soit la définition juridique correspond au sens commun, soit le législateur s'en est délibérément ou implicitement remis au juge du soin de donner un sens aux concepts et notions qu'il a employés dans la rédaction des textes normatifs. Dans ce travail fondamental qui incombe par la force des choses au juge, la définition est un exercice loin d'être anodin, qui définit la portée réelle du texte normatif. Le juge jouit à cet égard d'une liberté plus ou moins grande dont les limites dépendront de ce que la juridiction supérieure, selon le cas le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation, jugera comme constituant ou non une dénaturation de la volonté du législateur.

On dispose ainsi de nombreux exemples de concepts définis par la jurisprudence avec d'ailleurs plus ou moins de bonheur.

Ainsi, la loi dite loi « Littoral » ne précise pas ce qu'il faut entendre par « espace proche du rivage », pourtant visé par l'article L. 146-4-II du code de l'urbanisme qui prévoit que « l'extension limitée de l'urbanisation des espaces proches du rivage...doit être justifiée et motivée, dans le POS, selon des critères liés à la configuration des lieux ou à l'accueil d'activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau... »

Des circulaires du 10 octobre 1989 et du 22 octobre 1991 ont tenté d'apporter des commencements de définition aux différents termes employés aux articles L.146-1 à L.146-9 du code de l'urbanisme, sans cependant empêcher une élaboration jurisprudentielle.

Ainsi, dans l'affaire Commune de Gassin (CE 12 février 1993), le Conseil d'Etat a jugé que le terrain concerné était situé pour l'essentiel à une distance de 500 à 1000 m du rivage, et que, bien qu'il soit séparé du rivage par une ligne de crête et par une zone urbanisée, il constituait un « espace proche du rivage ».

Dans d'autres espèces, le juge administratif a considéré comme espace proche du rivage « un secteur géographique situé à deux kilomètres du rivage méditerranéen ». Il a inversement jugé qu'une parcelle située à 700 m du littoral, dans un bocage, ne pouvait être regardée comme située dans un espace proche du rivage de la mer, cette qualification ne pouvant s'attacher qu'à un espace offrant les composantes d'un paysage marin ».

La distance par rapport au rivage n'a donc qu'une valeur indicative pour déterminer la qualification d'espace proche du rivage. Il faut y ajouter d'autres critères dont l'application n'est pas nécessairement simple ni automatique, notamment la visibilité, la topographie, ce dernier critère qualitatif tendant à définir la notion d'espace proche du rivage « comme la zone naturelle constituant un écosystème littoral quelle que soit sa profondeur vers l'intérieur des terres ». (Bernard Lamorlette - Les Petites Affiches - 10 mai 1993 - N°56)

On pourrait trouver facilement de nombreux exemples de tâtonnements de la jurisprudence, voire de la doctrine, dans les tentatives de définition de concepts aux conséquences juridiques parfois très considérables.

La notion de maître d'ouvrage public est de ceux-là.

Ainsi, la définition qui figure à l'article 2-1 du CCAG Travaux approuvé par décret du 21 janvier 1976 est la suivante : "Le maître de l'ouvrage est la personne morale pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés. »

La définition qui figure à l'article 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985 est moins précise : "Le maître d'ouvrage est la personne, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre. »

La jurisprudence complétera cette définition en précisant qu'il doit s'agir d'une opération de construction et que l'ouvrage réalisé pour le compte de la collectivité publique est destiné à devenir sa propriété entièrement et rapidement et pour la satisfaction de ses besoins propres, c'est-à-dire des besoins de service public. (CE, 8 février 1991, région Midi-Pyrénées c/Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne ; CE, 25 février 1994, SA Sofap Marignan Immobilier)

A la différence du texte normatif, la définition n'apparaît pas en tant que telle dans l'énoncé d'un jugement mais toujours être déduite de cet énoncé. Il s'agit toujours, selon la distinction que nous avons introduite précédemment, de définitions indirectes ou dérivées d'énoncé dont l'objet premier n'est pas de poser une définition, mais de répondre à une question.

Les définitions incrémentales

On voit bien, aux quelques exemples qui viennent d'être évoqués, que les cas des définitions explicites, homogènes et uniques dans les textes normatifs, sont l'exception. Les définitions juridiques sont la plupart du temps le fruit d'une élaboration complexe, progressive et que nous qualifierions volontiers d'incrémentale pour signifier qu'il s'agit avant tout d'une construction qui se fait rarement en une fois. La définition juridique subit la même règle que celle qui a été longuement exposée à propos des règles juridiques et de leur interprétation. La définition n'échappe pas à cette règle générale et l'on peut dire qu'une définition n'est vraiment stabilisée qu'après qu'elle a été consacrée par une jurisprudence durable.

Evidemment, on doit toujours envisager l'hypothèse des revirements de jurisprudence qui peuvent introduire une rupture dans l'évolution du contenu définitionnelle d'un concept juridique. Un exemple récent en est donné par la jurisprudence de la Cour de Cassation qui en considérant dans un arrêt du 2 juillet 1998 que la « seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide » et a infléchi le cours de l'affaire du sang contaminé et modifiant la définition du crime d'empoisonnement ou de complicité d'empoisonnement.

Nous avons également un exemple semblable en ce qui concerne la définition du délit d'abus de biens sociaux.

De même, relèvent de cette analyse les définitions incidentes telles que celles qui constituent au travers d'articles de lois divers la notion de « patrimoine commun de la nation ». Ainsi, l'article L200-1 du code rural, qui dispose que « la diversité et les équilibres biologiques font partie du patrimoine commun de la nation », apporte à la fois un élément de définition du régime juridique de la « diversité et des équilibres biologiques » et un élément de définition de caractère énumératif limitatif de la notion de « patrimoine commun de la nation ».

Sur la base de cette approche incrémentale, on doit admettre la possibilité d'évolutions inachevées et de divergences transitoires ou durables dans les définitions données par divers ordres réglementaires ou juridictionnels. Tant que l'on est dans un même ordre juridique ou juridictionnel, on dispose de moyens relativement simples de résoudre les conflits de réglementation ou d'interprétation, dès que l'on se situe dans des ordres différents, on est bien obligé de prévoir la possibilité d'une coexistence durable de définitions multiples.

Définition et qualification juridique

Conceptuellement, il convient d'évoquer l'analogie entre deux démarches qui se recourent sans se confondre qui sont celles de la définition et de la qualification juridique.

Au départ, il s'agit de démarches intellectuelles totalement distinctes, à commencer par leur objet. On définit un concept ou une notion abstraite, alors que l'on qualifie juridique un fait ou une situation concrète.

Il y a par ailleurs entre définition et qualification, une succession logique. On ne peut en effet qualifier juridiquement un fait ou une situation que sur la base d'un concept ou d'une notion préalablement et précisément défini. Qualifier ne signifie ni plus ni moins qu'appliquer à un fait ou une situation un concept ou une notion juridique, ce qui permet ensuite d'appliquer la règle applicable dans ce cas particulier.

Dans la pratique cette distinction peut perdre de sa netteté, et il n'est pas rare de voir l'expérience empirique de la qualification juridique rétroagir sur la définition. Cette situation ressort clairement de l'exemple sur les notions d'espaces proches du rivage ou d'ouvrage public. Faute d'une définition suffisante préalablement donnée, on déduit de la qualification juridique une définition ou du moins des éléments de définition qui n'apparaissent pas auparavant.

Toutefois, il est clair que toute qualification juridique n'entraîne pas une évolution de la définition. Bien que l'on puisse dire que la règle est réinterprétée chaque fois que l'on en fait application, pour autant la définition n'en est pas nécessairement affectée. Il en sera ainsi notamment chaque fois que la définition, qu'elle soit de nature abstraite ou conceptuelle ou énumérative, est suffisamment précise. On ajoute dans ce cas, un cas d'application supplémentaire. Même lorsque la définition est une définition énumérative non fermée, le nouveau cas d'application, même s'il n'est pas prévu dans la liste indicative, ne modifie pas la définition dès lors que le nouveau cas d'application ne comporte aucun trait définitionnel nouveau par rapport à la liste.

Cette observation renvoie à la question fondamentale de savoir ce qui distingue les traits définitionnels des traits qui ne le sont pas.

Cette question peut être formulée différemment et de façon plus formelle. Existe-t-il un critère permettant de dire qu'une définition est logiquement bien formée ?

La définition bien formée ou la définition de la définition

Nous avons vu que, quels que soient les efforts du législateur ou des autorités réglementaires pour définir au mieux les notions ou concepts juridiques, les définitions sont généralement le résultat d'un processus d'interaction entre le texte législatif ou réglementaire initial et la jurisprudence développée à l'occasion de cas juridiques concrets. Dans ce cas, l'exercice auquel le juge se livre de qualification juridique des faits à la lumière de la réglementation aboutit à interpréter cette dernière et à préciser la signification exacte des termes utilisés c'est-à-dire leur définition. Autrement dit, la qualification juridique aboutit à ajouter à la définition initiale des traits définitionnels nouveaux ou à mettre en évidence en tant que traits définitionnels des traits qui pouvaient n'apparaître que comme des traits en puissance dans la définition.

Si nous prenons appui sur la distinction entre la définition en intension et la définition en extension, nous pouvons dire que chaque cas juridiquement qualifié constitue une actualisation ou une occurrence du concept ou de la notion juridiquement définie. Dès lors, on doit considérer que la définition en intension est logiquement bien formée dès que toute nouvelle occurrence ne suscite aucun nouveau trait définitionnel devant être ajouté à la définition.

Nous faisons référence ici à une conception de Carnap (1966), reprise par Michel Galmiche (1991, p.51-52), conception dont l'origine remonte de la *Logique de Port Royal*, qui définit l'*intension* comme étant une fonction chargée de déterminer, pour chaque « état de choses » l'*extension* d'une expression donnée.

Cette définition est très générale et s'applique aussi bien à la phrase qu'au concept.

Pour une phrase, on peut dire que l'« intension de la phrase parcourt tous les indices et permet de déterminer ceux pour lesquels elle est vraie », et comprendre une phrase c'est « savoir à quoi le monde doit ressembler pour qu'elle soit vraie », la notion de vérité devant être prise ici au sens de vérité analytique (Cf. R. Martin, 1983, p. 24), c'est-à-dire vrai en vertu de son sens (nous renvoyons à la troisième partie la discussion sur la validité relative de l'approche vériconditionnelle).

Pour les termes individuels, ceux-ci ont pour intension les concepts individuels et pour extension des individus appartenant à la classe qui répondent, ont répondu, répondront, pourraient répondre ou auraient pu répondre à la définition du concept.

On peut reformuler cette définition en disant qu'une définition logiquement bien formée est une définition telle qu'il n'existe aucune incertitude quant à la qualification d'un cas quelconque répondant à cette définition.

Quel que soit le cas considéré, on pourra toujours dire si ce cas répond ou non à la définition.

Les objets ou concepts à définitions multiples

Cette approche renvoie néanmoins aux questions initiales ? Est-on toujours en mesure de dire si tel trait est définitionnel ou non. Tout concept ou notion peut-il être défini de telle manière qu'aucune ambiguïté sur la qualification ne demeure au regard de cette définition.

La réponse est évidemment négative. Et nous pouvons définir de ce fait les concepts flous comme étant ceux pour lesquels une telle définition est impossible.

Robert Martin a considéré qu'il n'y avait pas de réponse à ces questions.

Pour reprendre la terminologie employée, un énoncé est dit analytique s'il est vrai par définition, s'il est vrai en vertu de son sens. Ainsi, « les chimpanzés sont des singes », « la chaise est un siège », sont des énoncés analytiques. Les traits définitoires se confondent dans ces exemples avec les *sèmes*. Ainsi, dans l'exemple canonique de la chaise de Bernard Pottier, le trait /avec dossier/ est un sème parce qu'il permet d'opposer les deux vocables *chaise* et *tabouret* ; et /avec bras/ est le sème qui permet de distinguer le *fauteuil* de la *chaise*. Toutefois, selon R. Martin (1992, p. 58), nous avons affaire là à des cas particuliers. Dans la réalité, « la définition, par la *diversité de ses formes* et la *variabilité de ses contenus*, confère à l'analyticité un caractère imprécis, cela revient à dire que les conditions de vérité constituent des sous-ensembles flous, que les signes linguistiques sont le lieu de propriétés inégalement pertinentes, qu'il s'y attache des phénomènes de *stéréotypie* que l'on s'appliquera à décrire. »

Il convient de distinguer deux notions bien différentes : d'une part la diversité des formes et des contenus définitionnels, réalité observée empiriquement, et d'autre part les concepts flous, intrinsèquement flous parce que logiquement insusceptibles de recevoir une définition telle que la qualification par rapport à ce concept soit sans incertitude.

Ce dont traite R. Martin, c'est de la première situation, celle dans laquelle on constate pour un même objet ou un même concept, une multiplicité de formes et/ou de contenus définitionnels.

Ainsi, la définition du tournevis selon le Dictionnaire du français contemporain et selon le Petit Robert (opus cit., p. 67)¹, diffèrent non pas parce qu'il s'agit d'un objet flou, mais parce qu'il existe plusieurs façons de l'identifier.

Autrement dit, si tous les traits repris dans les dictionnaires devaient être considérés comme des traits définitionnels, nous aurions donc des définitions, acceptables comme telles, ne comportant qu'une partie des traits définitionnels. L'ensemble des traits définitionnels serait ainsi plus étendu que les traits définitionnels strictement nécessaires pour qu'une définition soit valide, c'est-à-dire comportant des traits qui, pris ensemble, sont suffisants, pour que l'identification de l'objet ou du concept soit certaine.

On voit donc à la lumière de ces quelques considérations que l'ensemble des traits définitionnels est un ensemble plus vaste que les ensembles de traits constitutifs des définitions particulières bien formées.

Nous arrivons ainsi à un résultat théorique qui nous paraît important à trois titres.

D'abord, on a bien, sauf exception, une pluralité de définitions pour un même objet ou concept.

Je peux tout aussi bien définir le triangle équilatéral comme un triangle dont les trois côtés sont égaux que comme un triangle dont les trois angles sont égaux. Et si la définition de

¹ Selon le DFC: "Outil serré desserré les vis. Selon le PR: "Outil pour tourner les vis fait d'un métal acier ou d'une extrémité plate d'autre afin de pénétrer dans une tête de vis".

base du triangle équilatéral est celle de l'égalité des trois côtés, on dira que c'est par pure convention. En corsant les choses et en nous éloignant de l'intuition, on peut encore définir le triangle équilatéral à partir de l'égalité de deux côtés et de l'existence d'un angle de 60 degrés.

En second lieu, on définira un trait définitionnel comme un trait qui est soit indissolublement lié à un autre trait définitionnel, telle que l'égalité des angles par rapport à l'égalité des côtés, soit un trait tel qu'il permette d'identifier un objet ou un concept, alors que les traits jusqu'à présent disponibles ne permettraient pas de le faire avec une certitude absolue.

Enfin, l'usage courant peut conduire à utiliser des définitions incomplètes mais permettant d'atteindre une probabilité d'identification suffisante pour que la définition soit valide.

Ainsi, la définition du tournevis selon le DFC, dans laquelle R. Martin voit une définition minimale, peut paraître incomplète dans la mesure où elle permet de désigner aussi bien le tournevis que la visseuse-dévisseuse électrique qui remplit la fonction du tournevis sans en avoir la forme matérielle à l'exception de l'embout.

En conclusion de ce paragraphe, on confirmera que l'économie de la langue permet d'identifier un objet ou un concept sans utiliser la totalité des traits définitionnels, et donc qu'il y a plusieurs combinaisons définitionnelles possibles qui ne sont nullement aléatoires au demeurant. La limitation du nombre de combinaisons est étroitement liée à la structuration du concept.

La structure interne de chaque combinaison peut être plus ou moins complexe. Le nombre de traits n'est qu'une variable parmi d'autres. Un trait ne prend une valeur définitionnelle qu'en combinaison avec d'autres traits bien définis. Un trait est rarement suffisant à lui seul. Il peut être nécessaire dans la mesure où il correspond à une propriété de toute occurrence de l'objet ou du concept considéré sans être suffisant. Il peut être suffisant en association avec d'autres traits alors même qu'il n'est pas nécessaire, c'est à dire commun à la totalité des occurrences de l'objet ou du concept considéré. C'est cet ensemble de phénomènes que R. Martin désigne par le terme de *stéréotypie*.

Nous aurons donc un certain nombre de configurations définitionnelles à l'intérieur d'un ensemble que l'on peut appeler le *champ définitionnel*, lequel est constitué de l'ensemble non pas des traits définitionnels, mais des configurations définitionnelles disponibles. Les définitions minimales et stéréotypiques selon R. Martin sont en réalité des éléments du champ définitionnel.

Du concept ou objet à définitions multiples au concept ou objet flou ou à contenu variable

Il y a comme nous l'avons vu une opposition entre les concepts ou objets à définitions multiples qui peuvent être provisoirement flous parce qu'ils sont en attente de définition et les notions floues par nature.

Nous touchons ici à ce qui fait la vie intrinsèque du droit et qui est un des problèmes majeurs de la modélisation. Le droit est toujours en construction et comporte de nombreux concepts en devenir.

La notion de « délégation de service public » en est peut-être une des meilleures illustrations présentes. Le législateur crée cette notion nouvelle sans la définir car il veut

introduire plus de transparence dans une multiplicité de contrats qui ne relèvent pas du code des marchés publics. Son problème n'est pas de créer un nouveau concept juridique mais de modifier des procédures. Ce faisant, il pose néanmoins un problème redoutable au juge. C'est celui de définir le champ d'application de la nouvelle réglementation. D'où de nombreux colloques et de nombreux tâtonnements. Le flou s'installe dans la délimitation entre marchés publics et délégations de service public. Il est aussi entre délégation de service public et de nombreuses conventions de participation au service public jusqu'à présent non qualifiées et qui ne relèvent ni du code des marchés publics ni de la notion de délégation de service public et qui plongent les services opérationnels et les services juridiques dans la plus grande perplexité pour ne pas dire la confusion.

Or, la délégation de service public n'est pas un concept flou par nature, mais un concept en construction.

Donc, et c'est une constatation fondamentale, toute tentative de modélisation du droit doit tenir compte des concepts en transition, des concepts provisoires c'est à dire dont la définition est encore incomplète ou dont les traits définitoires ne sont pas décisifs individuellement et rentrent dans un faisceau d'indices lui-même soumis à un certain degré d'approximation.

Nous ne pouvons pas ici résister à la tentation de mettre en parallèle l'évolution du droit, tiraillé entre deux pôles opposés, l'esprit de système et l'empirisme, et le processus scientifique qui peut se fourvoyer, selon Gaston Bachelard (1932, p. 60-61) en suivant « deux tendances contraires : l'attrait du singulier et l'attrait de l'universel. Au niveau de la conceptualisation, nous définirons, nous dit Bachelard, ces deux tendances comme caractéristiques d'une connaissance en compréhension et d'une connaissance en extension. » Et Bachelard de poursuivre : « Mais si la compréhension et l'extension d'un concept sont, l'un et l'autre, des occasions d'arrêt épistémologique, où se trouvent les sources du mouvement spirituel, par quel redressement la pensée scientifique peut-elle trouver une issue ?

« Il faudrait ici créer un mot nouveau, entre compréhension et extension, pour désigner cette activité de la pensée empirique inventive. Il faudrait que ce mot pût recevoir une acception dynamique particulière. En effet, d'après nous, la richesse d'un concept scientifique se mesure à sa puissance de déformation. Cette richesse ne peut s'attacher à un phénomène isolé qui serait reconnu de plus en plus riche en caractères, de plus en plus riche en compréhension. Cette richesse ne peut s'attacher davantage à une collection qui réunirait des phénomènes les plus hétéroclites, qui s'étendrait, de *manière contingente*, à des cas nouveaux. La nuance intermédiaire sera réalisée si l'enrichissement en extension devient *nécessaire*, aussi coordonné que la richesse en compréhension. Pour englober des preuves expérimentales nouvelles, il faudra alors *déformer* les concepts primitifs, étudier les conditions d'application de ces concepts et surtout incorporer *les conditions d'application d'un concept dans le sens même du concept*. C'est dans cette dernière nécessité que réside, d'après nous, le caractère dominant du nouveau rationalisme, correspondant à une forte union de l'expérience et de la raison. La division classique qui séparait la théorie de son application ignorait cette nécessité d'incorporer les conditions d'application dans l'essence même de la théorie.

« Comme l'application est soumise à des approximations successives, on peut dire que le concept scientifique correspondant à un phénomène particulier est le *groupement* des approximations successives bien ordonnées. La conceptualisation scientifique a besoin

d'une série de concepts en voie de perfectionnement pour recevoir le dynamisme qui nous vivons, pour former un axe de pensées inventives. »

Les notions à contenu variable

Les notions à contenu variable peuvent parfaitement être définies, mais leur définition ne permet de les identifier d'une manière absolument certaine.

Sans reprendre une analyse qui a déjà été faite (Chaïm Perelman et Raymond Vanderelst, 1984), il est clair que des notions telles que « les exigences de la conscience publique et les lois de l'humanité », ou la notion d'« ordre public », ou encore les « limites raisonnables » qui s'imposent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, de même que des expressions comme « dans la mesure du possible », « dans des conditions normales de fonctionnement », « dans un délai raisonnable », ne se laissent pas enfermer dans des définitions permettant d'en déterminer avec certitude le contenu. A la limite, on pourrait dire qu'il s'agit de notions qui ne se définissent pas autrement que par tautologie, et qui se constatent avant tout. L'appréciation de la correspondance entre une situation ou un objet et sa dénomination relève non d'une logique de définition mais d'un exercice statistique et probabiliste dont le résultat ne dépend pas d'éléments fixes et constants mais de facteurs variables et en grande partie imprévisibles, tels que l'esprit du temps à un moment donné ou l'état de l'opinion publique locale.