

QUELLES LECTURES THÉORIQUES DE LA QUALIFICATION ?

Xavier BIOY

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Au cours de sa fascinante analyse théâtrale de la “vérité”, Pirandello met en scène son personnage dans un monologue qui se veut être un dialogue avec son propre reflet dans un miroir : “[...] en tête à tête, nous savons parfaitement tous les deux qui nous sommes.... Ah ! si nous étions seuls au monde, il n’y aurait aucune difficulté... Mais il y a les autres, voilà le malheur. Ils ne te voient pas, comprends-tu, de la même façon que moi....”¹. La perception que chacun se donne de soi, des choses et du monde dépend d’une intersubjectivité dont le droit est un relai essentiel, par le biais de la qualification.

Comme l’écrit V. Champeil-Desplats, “la qualification est un processus complexe par lequel les juristes décident ou non d’attribuer tel “nom” (catégorie juridique) à une chose ou à une situation (un fait), afin de leur associer des effets ou des conséquences juridiques”².

La qualification commence par mettre un nom sur un fait empirique, pour le juridiciser, ou sur un “fait juridique”, c’est-à-dire un phénomène institué par le droit, pour confirmer son appartenance à une catégorie juridique. La doctrine la plus ancienne et la mieux établie du droit considère souvent que ces catégories sont objectives et que les noms des choses s’imposent au droit. Le discours juridique, si il veut viser la justice, doit respecter cet état de fait. Au contraire, pour

¹ L. PIRANDELLO, *Chacun sa vérité*, trad. André BOUISSY, p. 85, Livre de poche n° 2602.

² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 358.

les courants réalistes qui ont suivi le tournant linguistique, inspirés du nominalisme, le droit se résume à un discours, dépendant des règles de langage, mais qui est une réalité en soi. La qualification devient alors un enjeu théorique renouvelé : si la qualification ne s'impose pas par la nature des choses, par quels autres déterminants ? L'interprétation ? La décision ? Les contraintes pratiques ? Le langage ? La réponse à ces questions est déterminante car la qualification est ce qui déclenche ou non l'application des normes.

En effet, selon Michelle Cumyn³, s'appuyant sur les écrits de N. Luhmann, les situations légales du point de vue du droit peuvent être "non valides", ou "indifférentes", c'est-à-dire que les faits allégués ne suscitent pas l'application de normes pourtant invoquées. Pour elle, ce type de justification ne découle donc pas de l'interprétation des normes mais de leur application. "C'est la ressemblance d'une situation factuelle avec un type de situation régi par le droit qui déclenche l'application des normes correspondantes. Ces remarques démontrent l'importance théorique de la qualification, qui intervient dans la décision juridique en tant que processus distinct de l'application des normes."

Le terme de qualification n'est pas dépourvu d'ambiguïtés. N'oublions pas, en effet, que le mot de qualification désigne autant une opération que son résultat, lequel guidera ensuite d'autres qualifications et d'autres interprétations.

De même certains auteurs réservent le terme de qualification à la seule opération qui consiste à affecter un objet dans une catégorie qui détermine un régime juridique et non seulement l'opération d'appréciation des faits. Pour les juges de cassation eux-mêmes, le champ de la qualification varie (distinction appréciation-qualification devant la Cour de cassation, qualification-dénaturation devant le Conseil d'Etat).

La qualification a donc quelque chose à voir avec l'interprétation et avec les catégories du droit, deux objets théoriques très classiques. Curieusement, le mécanisme de la qualification semble susciter des analyses assez convergentes entre les différents courants de théorie du droit, alors même que leurs conceptions du droit divergent. Ce consensus conduit-il à penser que la notion de qualification relève plus de la méthodologie pratique sur laquelle on peut s'entendre que du tréfonds des conceptions de ce qu'est le droit ? Rien n'est moins sûr. En réalité, si tous perçoivent bien par quel mouvement de la pensée on qualifie, les divergences apparaissent quant au rôle de la qualification, à la légitimité et à la liberté

³ "Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexion sur la systématisme du droit", *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 351-378.

de celui qui qualifie, ainsi que sur le rôle de la qualification dans l'établissement de la norme.

Il faut, à cet égard, lever un obstacle qui obscurcit les choses. En effet, quand on parle de qualification, on parle d'abord de la manière dont les juristes qui doivent appliquer le texte vont y faire entrer les faits et situations juridiques ; mais on parle aussi au fond de la façon dont, précédemment, les sources du droit qualifient le réel, le nomment et le classent. La qualification, dans un premier sens, est l'action par laquelle ces mêmes sources "nomment" et "classent" le réel en créant des catégories, c'est la classification "première" ou "principale". La qualification, dans un second sens, étroit, est l'action de celui qui utilise les catégories créées par les sources : c'est la qualification "subordonnée". Ces deux moments s'enchaînent et se complètent. La seconde anticipe l'autre dans ses nécessités, la première tente de poursuivre les fins et les structures de la première. Les deux sont intimement liées, au point que nombre d'auteurs les confondent. Il ne s'agira pas ici de leur donner raison ou tort. Trancher, c'est tuer l'intérêt de la discussion.

Mais on doit constater que ceux qui s'attachent à comprendre comment le discours juridique appréhende les faits par leur qualification révèlent un monde d'interprétations et de décisions : les juristes interprètent le monde et décident de ce qu'ils veulent y voir. Le même paysage permet ainsi de décrire le travail concret du décideur qui doit soit classer un fait dans des catégories "déjà là", soit créer ces catégories : il interprète autant qu'il décide.

La qualification peut donc généralement apparaître comme une forme, ou au moins une étape, de l'interprétation, alors même qu'une analyse plus fine y voit une pure et simple décision qui se distingue de l'opération d'interprétation. Il convient donc de distinguer, à défaut de vraiment séparer quand il s'agit de qualification, interprétation et décision.

I – LA QUALIFICATION COMME INTERPRÉTATION

La qualification est souvent décrite comme une interprétation. Cette position prend le risque d'adopter une posture contre intuitive, autant pour les praticiens qui tiennent qu'un fait empirique est un fait, que pour les théoriciens descendants de Hume qui considèrent comme étanche la frontière du fait et du droit et qui isolent le droit comme objet d'interprétation.

Mais on peut associer ici deux perspectives bien différentes : d'abord parce que la qualification "première" la création d'une catégorie est en soi une "inter-

prétation du monde empirique” par le droit, parfois réduit à un simple système général de qualifications ; ensuite parce que la qualification “subordonnée” interprète les faits empiriques ou institutionnels. La seconde voit la qualification comme interprétation des faits en droit, la première comme l’interprétation des faits par le droit.

A – La qualification et l’interprétation des faits en droit

Tous s’accordent pour dire que la qualification est “entre fait et droit”, mais la discorde naît quand il faut savoir si les faits s’interprètent...

1) La qualification, entre autonomie du discours juridique et dépendance aux discours non juridiques

Tous les courants de la pensée juridique ne sont pas nécessairement d’accord sur le fait de “qualifier” des opérations en les appelant “qualification”. Les courants naturalistes pensent ainsi que la plupart des situations de fait “méritent”, naturellement et évidemment, telle ou telle qualification qui ne poserait pas problème car le langage courant les a déjà ainsi nommé. Le problème de la qualification “proprement juridique des faits” ne se poserait que lorsqu’il ne s’agit que de termes spécifiquement juridiques. Pour d’autres, au contraire, tout acte de “nommer” et de “classer” en relèverait et aucun caractère “naturel” ne s’impose. Pour eux, le langage juridique n’aurait pas d’autonomie par rapport à d’autres. Cette ouverture, cette perméabilité, est contestée par d’autres courants pour lesquels le droit constitue un univers de langage à part, qui postule justement son enclosure et des mots qui disposent d’un sens propre.

L’existence de qualifications autres que juridiques pose question : Bien sûr nous disposons déjà de mots pour nommer les objets que les systèmes juridiques souhaitent appréhender. Il s’agit de discours ordinaires ou de discours spécialisés, de nature scientifique (par exemple le langage de l’expert judiciaire). Certains auteurs se posent la question du caractère “obligatoire” des qualifications ainsi posées. Certains peuvent soutenir que, pour des questions d’efficacité, les catégories juridiques ne peuvent s’éloigner des mots utilisés par les destinataires de la norme. Le droit serait ainsi dépendant des qualifications “déjà là”. Mais, dans l’absolu, ce souci ne serait qu’une contrainte politique et nullement une contrainte logique. Les qualifications juridiques demeurent irréductiblement autonomes. Il arrive néanmoins que le recours judiciaire à des experts conduise à une certaine dépendance dans les faits.

Cette dichotomie de principe se double d'une autre. Car il faut, en outre, pour certains, distinguer la qualification des faits "empiriques" de celle des "faits juridiques", c'est-à-dire des situations qui n'existent que du point de vue du droit. Dans le second cas, la détermination institutionnelle, conceptuelle, serait plus forte et le travail différent : "A cet égard, la qualification des faits ou des actes se distingue de la qualification du droit, qui vient de ce que le concept qualificateur peut lui-même appartenir à telle ou telle catégorie dans la hiérarchie des normes juridiques."⁴

2) Le débat sur l'interprétation des faits

Selon Nietzsche : "Il n'y a pas de faits, seulement des interprétations"⁵. Cette posture, d'obédience criticiste, prend la tradition juridique à revers. Car la distinction du fait et du droit, liée à la volonté d'isoler le travail des juges de cassation de celui des juges du fond, demeure cardinale dans la formation des juristes. Néanmoins, il convient, d'un point de vue théorique, d'interroger autrement cette affirmation.

Il s'agit là d'un lieu commun pour les juristes : ils tiennent les faits pour acquis. Tout le système de la preuve tend à s'éviter de faire porter l'interprétation sur les faits, au terme d'un travail d'établissement des faits qui ne relève pas du champ de l'interprétation. La conception même de l'office du juge de cassation, tout au moins devant la Cour de cassation, entend, même si c'est de manière incertaine et évolutive, distinguer l'appréciation des faits (qui échappe au contrôle du juge du droit) et la qualification juridique (qui en relève au contraire). La mise en œuvre du contrôle de la dénaturation des faits par le Conseil d'Etat, si elle relève d'une démarche différente dans sa technique, relève d'une même idée, tout en la dépassant. Car tout en admettant que le droit n'est pas le fait, il revient au juge de l'administration de vérifier que la qualification permet l'application du "bon" droit.

Néanmoins, on peut aussi penser que cette opposition ne s'impose pas à la logique. Ce ne serait pas la rationalité de la distinction qui l'imposerait mais ce serait plutôt le droit positif qui interdirait, de longue date, d'interpréter les faits comme on interprète les signes du droit. Ce serait un choix politique qui fonde le mur de séparation entre juge et faits. Un interdit, pas une impossibilité. Car, en réalité, les faits s'interprètent, même si certains parlent plutôt "d'appréciation"⁶.

⁴ Répertoire Dalloz, Fascicule relatif au recours en cassation.

⁵ *Par-delà le bien et le mal*, in *Œuvres*, Bouquins, Robert Laffont.

⁶ O. CAYLA, "Ouverture : La qualification ou la vérité du droit", *Droits*, 18, 1993, p. 6.

Certains auteurs pensent que les faits s'interprètent, mais c'est souvent pour des raisons différentes. Pour les uns, interpréter ce serait établir des faits en les déduisant des circonstances. Il s'agit de les révéler. Pour d'autres, il s'agirait plutôt de les évaluer, d'en apprécier le poids au sein de différents éléments, notamment dans les chaînes de causalité. Théodore Ivainer⁷, par exemple, entend ainsi, quand il dit que les faits s'interprètent, découvrir des faits inconnus à partir de faits connus. Certes, on a l'impression que la qualification de certains faits dépend de données déduites d'un comportement (par exemple pour déduire qu'il y a fraude fiscale on établit l'existence de manœuvres, pour déduire la diffamation on va rechercher la mauvaise foi), mais l'établissement scientifique de faits n'est pas une interprétation de ceux-ci, car cette déduction n'a rien à voir avec de l'interprétation : il ne s'agit pas de donner une signification à des signes. Les indices ne sont pas des "signes" à interpréter mais des faits qui entreront dans un raisonnement scientifique déductif. De même, lorsque le psychiatre tente de donner du "sens" au geste criminel de tel ou tel, il s'agit de rechercher des causes ou des faits relevant de la motivation de l'auteur de l'infraction, et non de la recherche d'un signifié, sauf à considérer, comme Dilthey⁸, que tout chez l'homme est un signifiant à "comprendre".

Du point de vue le plus classique en droit, la qualification pourrait relever d'une interprétation véritable des faits⁹. Comme le rappelle Philippe Jestaz : "La qualification est au fond un exercice de traduction. Pour passer du fait au droit, mais à l'intérieur de ce processus linguistique que constitue le procès, il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique."¹⁰ Les faits s'interprètent, en raison même de leur forme linguistique : "Tout le monde admet qu'un objet du monde sensible ne peut être dit : on ne dit pas une chaise ou une automobile ; on peut seulement en parler, on peut dire – montrer par la parole – de la pensée sur des objets matériels"¹¹. D'ailleurs, toute qualification ordinaire serait, par extension, une "action juridique" en ce qu'elle prétend imposer une "nature" à un fait. La dimension performative de

⁷ TH. IVAINER, *L'Interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, LGDJ, Préf. Carbonnier, 1988.

⁸ *Théorie des conceptions du monde* ["Weltanschauungslehre"] (trad. L. SAUZIN), Paris, Aubier, 1946.

⁹ J-J SUEUR, *Interpréter et traduire*, Bruylant, 2007.

¹⁰ In *Droits*, p. 46.

¹¹ in P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, A. COLIN, le temps des idées, 2012, p. 326.

tout langage serait “juridique”, tel le pense Oswald Ducrot¹². Cette thèse a pour elle encore l’héritage linguistique puisqu’en réalité jamais les faits ne se présentent bruts au droit, sous forme de nos perceptions visuelles, sonores ou tactiles, mais toujours sous formes de récits qui donnent déjà un nom aux choses que l’on présente à l’opération de qualification juridique. En ce sens, la qualification est une opération sur un discours, un texte, et comme toute lecture il est une réécriture qui s’analyse comme un acte orienté d’interprétation.

On bascule alors, à un second degré, dans l’idée que le droit est un vaste système qualificatif qui interprète le monde empirique.

B – La qualification et l’interprétation par le droit

Si on admet que la qualification est une opération juridique et, comme telle, linguistique, deux camps s’opposent quant à savoir si il s’agit ou non de l’interprétation. L’enjeu ici est donc plutôt la notion d’interprétation.

La qualification est une opération qui s’analyse comme une interprétation.

Pour certains, a minima, la qualification “subordonnée” conduit à interpréter tous les signifiants juridiques du syllogisme ; on peut les regrouper sous la bannière de la théorie réaliste de l’interprétation. Pour cette théorie, l’interprétation peut aussi porter sur des faits et cela dans deux cas différents, exposés par M. Troper¹³ : l’établissement matériel des faits, leur qualification.

Si la loi ordonne un comportement dans l’hypothèse où un fait se produirait, on doit nécessairement, avant d’adopter le comportement prescrit, déterminer si le fait s’est produit : par exemple la détermination d’une peine qui suppose qu’un crime ait été commis. Or, cette détermination n’est pas la simple constatation d’un fait empirique, mais une véritable décision ; comme dans le cas où un acte d’euthanasie n’est pas retenu comme crime. Dès lors que cette décision ne peut être légalement contestée, c’est elle qui produit des effets juridiques, quelle que soit la réalité empirique.

Par ailleurs, toujours pour M. Troper, la qualification juridique constitue une interprétation du fait et présente une grande similitude avec l’interprétation de

¹² *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, “Savoir”, 1985, p. 77 et s.

¹³ “Les contraintes de l’argumentation juridique dans la production des normes”, in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35-48 ; article, “Interprétation”, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. De D. ALLAND, PUF, 2005.

l'énoncé. L'interprète a toujours le choix de procéder sur la base d'une définition ou de qualifier sans donner une telle définition. Le procédé du standard, tel que le bon père de famille ou les bonnes mœurs, permet aussi de qualifier sans définir, donc d'interpréter un fait selon une conception qui renvoie à l'idée de normalité.

Dans sa version maximum, pour toute qualification, le droit est interprétation du monde. Dès lors, chaque opération de qualification mobilise une certaine vision du monde par le droit et soulève la question de savoir si la qualification-classification n'est pas une interprétation du monde par le droit.

C'est la thèse que défend tout le courant herméneutique ; lequel connaît différents degrés. Au sens classique du terme, on pense à l'art d'interpréter les textes, à des méthodes pour chercher la vérité des textes théologiques ou historiques, puis (avec Friedrich Schleiermacher (1768-1834) et surtout Wilhelm Dilthey (1833-1911)) au fondement méthodologique de toutes les sciences humaines prétendant à la "vérité" (les lettres, l'histoire, la théologie, la philosophie, et ce que l'on appelle aujourd'hui les "sciences sociales"). L'herméneutique devient alors une réflexion méthodologique sur la prétention de vérité. Avec Heidegger, l'herméneutique a fait de l'interprétation une "caractéristique essentielle de notre présence au monde" en raison de la nature historique et linguistique de notre expérience du monde. Nous vivons dans un monde interprété. Dans cette conception, toute perception est une interprétation de chacun et le droit ne fait que recréer à son tour un monde parallèle de représentations. Comme l'écrit Umberto Eco : "Interpréter signifie réagir au texte du monde ou au monde d'un texte en produisant d'autres textes"¹⁴.

D'où, en droit une certaine conception de la qualification. Certains auteurs comme Jean-Louis Gardiès¹⁵, considèrent que le droit n'est qu'un vaste système de qualification des choses, à commencer par les définitions que le législateur donne lui-même. De même de René Sève qui ne voit dans le droit qu'un ensemble d'étiquettes¹⁶. Au point qu'il nomme "auto-interprétation", l'opération par laquelle un sujet de droit nomme son propre acte (donation, vente, etc...). Pour Christophe Gregorczyk¹⁷, "ce que nous appelons la "qualification" juridique est une opération d'attribution du sens ou de la valeur à un objet quelconque. (...)

¹⁴ Cité in P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit*, préc. p. 430.

¹⁵ "La structure logique de la loi", *APD* 1980, n° 25, p. 111.

¹⁶ "L'institution juridique : imposition et interprétation", *Revue de métaphysique et de morale*, 1990, p. 311.

¹⁷ "Le droit comme interprétation officielle de la réalité", *Droits* 1990, n° 11, p. 31.

or, l'attribution du sens ou de la valeur est une opération bien connue, appelée *interprétation*. (...) Prescrire un comportement ne signifie rien d'autre que de le qualifier comme ayant telle ou telle conséquence qui lui est attachée par le droit (...). Le droit est une herméneutique officielle du monde”.

Même chez Kelsen on trouve l'idée que les normes juridiques sont une sorte de “schéma” d'interprétation des faits bruts. Il s'agit alors de la qualification “principale” . Ce qui fait l'acte de droit est la signification que les faits doivent revêtir pour le droit : “Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les faits les reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles. Ces normes remplissent la fonction de schéma d'interprétation”¹⁸.

2) La qualification se distingue de l'interprétation

Pour les herméneutes, la qualification, qu'elle soit juridique ou plus généralement un acte de nomination, est donc une modalité par laquelle le droit est interprétation du monde. Néanmoins, la plupart des auteurs refusent d'y voir un élément de l'interprétation, réservant à ce terme un sens plus étroit et strictement interne au droit.

Pour ces derniers, la qualification ne relève pas de l'interprétation. Pour Paul Amselek, en particulier, cette façon de voir est erronée et confond le concept avec la norme. Pour lui, relier les données par l'observation au concept que le droit consacre ce n'est pas interpréter.

Pour P. Amselek¹⁹, qualifier consiste à subsumer des faits sous un concept utilisé par le droit (il n'y a pas de concept proprement juridique). Mais cette opération n'est pas une interprétation. Si pour qualifier un énoncé (par ex. de diffamation ou d'injure) il faut préalablement l'interpréter, cela ne relève pas de l'opération de choix de la catégorie qui décide sans interpréter, sans donner du sens. La qualification est exactement l'inverse, il ne s'agit pas de reconstituer un sens à une pensée mais de “projeter une pensée rationalisatrice sur les choses du monde”²⁰.

Pour d'autres, au contraire, la qualification peut parfois dépendre d'une interprétation. Bien sûr, il faut sans doute mettre à part la qualification qui convoque

¹⁸ *Théorie pure du droit*, seconde éd., p. 5.

¹⁹ *Cheminements philosophiques dans le monde du droit, préc.*, p. 441 et s.

²⁰ P. 446.

une définition donnée par le législateur, comme c'est le cas dans le monde du droit pénal²¹, souvent perçue comme une collection de définitions-qualifications. Les définitions données par la loi doivent être comprises comme des normes, des prescriptions et non comme des descriptions théoriques. Elles prescrivent la signification d'un terme plus qu'elles n'imposent une qualification des faits, car il restera toujours à nommer le phénomène. Certes, la définition contraint la qualification mais elle ne s'y substitue pas : il faut encore dégager la signification normative du texte comme définitoire et le contenu de la définition lui-même, puis décider qu'en effet les faits à qualifier en dépendent. Même les définitions sont des catégories modales (mesure du possible et de l'impossible) qui permettent d'apprécier si il est possible ou non de qualifier tel ou tel objet selon la définition donnée.

Pour résumer ce premier temps, on voit que la conception hyperbolique de ce qu'est l'interprétation inclut potentiellement la qualification. Tous ne la partagent pas. Mais même si on ne garde que l'interprétation dans son sens familier aux juristes, dans l'hypothèse des "cas difficiles", beaucoup admettent que la qualification n'est guère "automatique" ou "évidente" et relève plus ou moins d'une "décision".

II – LA QUALIFICATION COMME DÉCISION

Que l'on envisage la qualification "surbordonnée", celle de l'autorité d'application, ou la qualification "première", celle du législateur, on verra s'imposer l'idée de "décision" car la qualification affecte, avec plus ou moins de contraintes logiques ou pragmatiques, un élément à une catégorie incluse dans une classification. Or, classer dans une catégorie ou classifier en créant ces catégories, consiste en une décision, le résultat de l'interprétation éventuelle.

A – Qualifier c'est classifier

La qualification présuppose l'existence d'une classification. Mais parfois la qualification a pour effet de créer ou révéler de nouvelles classifications. Classifier c'est nommer et inversement : tel est l'apport radical des théories linguistiques du droit. On ne peut classifier sans nommer, d'autant plus que nommer revient nécessairement à classifier.

²¹ "... tant le procès pénal donne parfois l'apparence d'être le procès d'une simple qualification pénale", E. GALLARDO, "La qualification pénale des faits", *RSC* 2013, p. 986.

1) Classifier c'est nommer

Les classes ainsi créées s'emboîtent les unes dans les autres, du général au particulier en fonction des qualités qui ne sont pas partagées, du genre à l'espèce. Les classifications créent en principe des classes exclusives l'une de l'autre, qui utilisent donc des critères de classification de même niveau et de même objet, selon des caractères permanents. Ces exigences ne sont pas toujours respectées, en dépit du mythe de la rationalité du législateur. La doctrine elle-même ne fait pas toujours mieux. On pense ici aux critiques radicales et justifiées que Michel Troper a apporté à la classification des régimes politiques qui utilisent, pour définir ces catégories, des critères asymétriques. Cela également sans compter avec les décalages courants entre le régime effectivement appliqué et les qualifications pourtant préalables.

Etant une pure opération intellectuelle, la classification peut reposer sur des classes purement imaginaires, ne correspondant à aucun objet "réel". Les systèmes juridiques ne se privent pas de ce genre d'opération. Comme le relève V. Champeil-Desplats²², les classifications peuvent partir d'une base empirique (réalisme ontologique) ou être pensées a priori (constructivisme)²³. Les premières partent de comparaisons qui s'imposeraient à l'évidence de l'observation et permettraient de ramener la diversité à l'unité. Ce réalisme conduit aussi à préférer les classifications qui paraissent "naturelles", au plus près de la vie sociale. Les secondes tiennent pour erreur de penser que le droit positif fournit des classes incontournables. Il reviendrait à la seule théorie de les déterminer²⁴. Les classes relèvent de concepts a priori de la pensée, selon les "seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique"²⁵. Il faut donc rappeler que les "faits" à classer, ne relèvent pas "naturellement" ou en "réalité" de telle ou telle catégorie. Cette illusion serait le fait d'une projection de la pensée, bien connue depuis Kant : la pensée est classificatoire. La pensée présentant une préstructure que Kant attribue aux idées et concepts (rapprocher ce qui se ressemble selon des traits communs qui sont inventés) et que le structuralisme attribuera plus tard au langage lui-même.

²² *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 329 et s.

²³ M. TROPER, "Les classifications en droit constitutionnel", *RDP* 1989, p. 952.

²⁴ Ch. EISENMANN, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" *APD* 1966, p. 25.

²⁵ *Idem*.

Si la pensée est classificatoire c'est sans doute à cause du langage lui-même qui présente des tropes structurantes des classes de l'entendement : qualifier c'est nommer. Au-delà de l'apport du nominalisme selon lequel les choses n'existent pour nous que par le nom qu'on leur donne, les grands systèmes de classification sont basés sur des "tropes", des figures rhétoriques : la métaphore (similitude) et la métonymie (inclusion généalogique, connexe). On le sait, la métaphore permet de représenter une idée par allégorie ou de comparer à une idée (ex. la jeunesse et le printemps). La métonymie englobe, quant à elle, le sens dans un autre (boire un verre, boire un Bordeaux) ; il s'agit alors de verticalité et non plus de collatéralité, de généalogie ou d'inclusion spatiale. Pour Saussure²⁶, la langue est structurée ainsi en syntagmes, selon une logique linéaire et englobante alors que les unités de sens s'enchaînent selon une logique métaphorique. Pour Patrick Tort, la pensée classificatoire²⁷ se fonde sur les métaphores et les métonymies, comparaison ou inclusion. Selon une triple inspiration linguistique, logique et psychologique, les figures de rhétorique seraient à la racine de la "nomination", donc de toute classification. Tout acte de classification s'établit sur cette opposition mais il y a de la métaphore dans la métonymie et vice versa. Une classification qui repose sur la ressemblance-dissimilitude utilise toujours des éléments de généalogie, et inversement. Cela conduirait à la répétition dans l'histoire des mêmes affrontements doctrinaux entre les partisans d'une logique synchronique contre les argumentaires à dominante diachronique (ex. formalisme contre historicisme, fixisme contre évolutionnisme).

Cette analyse conduit à admettre que le langage est la voie d'accès aux faits et implique l'abandon du "mythe du donné", c'est-à-dire la fin de l'illusion positiviste d'une saisie directe et immédiate des faits comme données neutres et objectives, s'offrant sans voile à l'investigation scientifique. La compréhension, donc la qualification, n'est pas un phénomène psychique mais un comportement aurait dit Wittgenstein. D'où l'idée que la qualification comme façon de construire le monde (façon de lui appartenir) est une sorte d'acte souverain (façon de se l'approprier). L'interrogation centrale ne porte plus sur la faculté de représentation de l'objet par un sujet, mais sur la propriété du langage à refléter ce dont il traite, c'est-à-dire sur une théorie de la signification émancipée de la psychologie. Comme l'a montré plus largement Hilary Putnam²⁸ : les objets n'existent

²⁶ Cours de linguistique générale, Payot.

²⁷ P. TORT, *La Raison classificatoire. Quinze études*, Paris Aubier, 1985.

²⁸ *Words and Life*, ed. by James CONANT, Cambridge, (E.U.), Harvard University Press, 1994.

pas indépendamment des cadres conceptuels ; avec le langage nous découpons la réalité et créons les objets qu'elle contient.

2) Les catégories juridiques : nommer c'est classifier

La catégorie juridique se présente comme une interface entre fait et droit²⁹. C'est pour toutes ces raisons que les courants de pensée postérieurs au tournant linguistiques peuvent réserver aux seuls juristes théoriciens le soin de dresser les classes. Ce sont les valeurs logique (clarté, cohérence, unité du critère de distinction) et scientifique (utilité pour la connaissance) qui déterminent l'intérêt des classifications. En réalité, c'est donc le problème intellectuel à régler ("pourquoi classer" ?) qui détermine seul la façon de classer. Les classifications ne seraient pas des données mais elles se construisent pour les besoins de la rationalisation juridique, donc en fonction des classes que propose le droit positif, qui peuvent être à leur tour objets de classes théoriques.

Tout d'abord, pour la phénoménologie juridique, qualifier c'est conceptualiser. C'est sans doute que, pour le courant phénoménologique, les concepts sont des étalons de mesure auxquels peuvent être rattachés des faits ou des notions, des "étalons concrets", explique P. Amselek³⁰ : "les concepts sont des outils mentaux de référence dont nous nous servons pour identifier nos données de conscience, pour ramener à des cadres (à des "types" préétablis par notre *logos* et mis en usage dans nos relations sociales (...)) A l'aune de mon concept de "chaise", je peux reconnaître –juger que telle chose-là, pas ses attributs ou propriétés constitutives, "est" une chaise ou "n'est pas" une chaise, c'est-à-dire est conforme ou non conforme à mon modèle ou schème conceptuel, a ou non, la qualité ou valeur de "chaise" (...). Ces jugements, généralement tenus pour des "jugements de réalité", ne se distinguent guère, dans leur principe même, des jugements de valeur." En ce sens, la qualification est un acte d'évaluation³¹, de jugement, préalable à une autre acte qui va consister à confronter l'objet évalué à une autre catégorie d'étalons de mesure que sont les normes juridiques, étalons de capacité. Les concepts ne permettent pas d'évaluer la survenance des choses ou des comportements mais leur consistance ou leur constitution. Il reste que ces concepts sont liés aux normes par des classifications.

²⁹ P. NEHROT, "Le fait du droit", *APD* 1986, 31, 261.

³⁰ P. 127.

³¹ C'est aussi le terme utilisé par O. CAYLA : "toute qualification se ramène à un fondamental acte d'évaluation", art. préc., p. 9.

En droit, qui comprend les normes et les propositions de norme, le droit et la science du droit, les catégories intellectuelles mobilisées peuvent être celles que les “sources” du droit mobilisent elles-mêmes (on les appellera “notions” : meubles, immeubles ; personnes publiques/personnes privées) ou bien celles que la doctrine, au sens large, dogmatique et théorique, a proposé pour organiser et décrire les notions (on les appellera concepts : *summa divisio* public/privé, systèmes de *common Law*, lacunes,...). Si les notions juridiques sont strictement propres au droit (même si elles portent des noms semblables à des catégories d’autres discours), les catégories conceptuelles peuvent être communes à d’autres savoirs.

La détermination des catégories juridiques, ensuite, recourt aussi à certains canons. La tradition juridique affectionne particulièrement les classifications dichotomiques qui prétendent saturer tous les possibles. Elles correspondent souvent à une pensée a priori qui a inspiré le droit positif, lequel peut, avec le temps, susciter l’envie de créer une troisième ou une quatrième catégorie pour y intégrer un élément qui n’entre que difficilement, par son régime, dans les classes existantes. Or, la doctrine semble souvent rétive à cela. Prenons à ce titre l’exemple de la distinction des personnes et des choses, historiquement ancrée, qui peine à évoluer pour faire une place à la notion d’être humain, sans personnalité et pourtant extérieure à la notion de chose dans le cas du fœtus. De tels conservatismes, qui conduisent à travestir le droit positif, impliquent de nombreux faux débats sur la “vraie” qualification que le droit positif aurait ignorée.

La qualification présuppose l’existence d’une classification. Du moins, est-ce ce que la logique enseigne. En réalité, on peut estimer aussi que la qualification peut remettre en cause une classification existante, voire la créer. En nommant un acte ou un fait selon un vocable qui n’appartient pas à une classification existante on est conduit à lui en substituer une autre ou à lui ajouter une catégorie, la qualification impose sa logique et peut conduire la doctrine à réévaluer la pertinence de ces classifications, quitte à emprunter la voie du “*sui generis*” . Les publicistes se souviendront de l’exemple de la classification des personnes publiques qui ne parvient pas à intégrer la Banque de France dans une des catégories existantes. Cela d’autant plus que la jurisprudence peut créer à l’infini de nouvelles catégories, notamment pour accueillir des objets venus d’autres systèmes, comme c’est le cas du droit français vis-à-vis des droits européens. Ainsi quand le Conseil constitutionnel évoque nouvellement un “motif d’intérêt général impérieux” et non plus un “motif d’intérêt général suffisant” afin de satisfaire les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de validations législatives.

Si la qualification suppose une classification qui nomme les choses, qualifier revient aussi à classer.

B – Qualifier c’est classer

On peut enfin percevoir la qualification comme une pure décision et un acte performatif, orienté par la finalité politique que le jurislatureur ou l’interprète lui affectent. Il ne faut pas perdre de vue que la qualification crée juridiquement l’objet dont elle parle ; elle est un phénomène performatif. Dès lors, tous s’accordent sur la force déterminante de la finalité pragmatique sur l’opération de qualification.

1) Qualifier c’est affirmer, c’est “performer” : l’apport de la théorie des actes de langage

On parle toujours “pour”. La signification se comprend par le contexte perlocutoire. Dans ce contexte, qualifier revient à affirmer que quelque chose est ceci ou cela. C’est un acte illocutoire au sens d’Austin³². C’est d’ailleurs un aspect général du langage et la fonction du droit en particulier³³. Les actes à proprement parler juridiques sont prononcés dans un cadre institutionnel spécifique.

Dans le cadre d’une approche pragmatique et non sémantique, tout acte de langage est performatif et repose sur l’autorité du locuteur, sur la confiance placée en lui. L’interprète détermine la force de ce discours, son autorité, autant que son sens. Il n’y a pas de différence entre donner un ordre ou un conseil et décrire quelque chose. C’est toujours la crédibilité de celui qui parle qui fait la signification. Les actes illocutoires sont conventionnels. Dans cette perspective, au-delà de l’acte de nommer, la qualification confère une appartenance, à un fait brut ou à un fait institutionnel, ou encore à un signe (textuel ou non), à une catégorie de droit. Elle ne se contente pas de révéler quelque chose qui serait “déjà là”, elle opère le classement. On doit ici s’attacher à la dimension performative de la qualification. Elle est un pari sur le fait que l’auteur de la qualification sera suivi par d’autres dans son choix de nommer ainsi et non autrement. C’est ainsi souvent sur la finalité de la qualification, l’application d’un régime souhaitable ou pertinent, que le pari se gagne.

³² J.- L. AUSTIN, *How to do Things with Words* (1962).

³³ J. SEARLE, *Speech act*, 1969, Cambridge University Press, traduction française en 1972 (Ed. Hermann, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*) : parler c’est accomplir des actes selon des règles, c’est déjà du droit.

2) L'unanimité concernant le raisonnement finaliste

D'une manière générale, quand il s'agit de décrire ce qui se fait, presque du point de vue de la psychologie du juge, les différents courants admettent facilement l'idée que la mise en relation des choses à qualifier et des catégories s'opère en un seul mouvement de la pensée qui tente de déterminer la catégorie la plus pertinente pour l'application d'un régime qui semble le plus adapté au traitement recherché de la situation au terme d'un "équilibre entre la considération de fait et celle du but à promouvoir en droit", comme l'écrit Ch. Atias³⁴.

Comme le note V. Champeil-Desplats : "la détermination de cette catégorie, pas plus que les faits, ne s'impose d'elle-même. Elle doit être identifiée comme la plus pertinente à défaut de toute autre, pour tirer les conséquences juridiques et ainsi résoudre le cas"³⁵. C'est pourquoi certains courants de pensée, qui promeuvent l'idée d'une interprétation finaliste, comme les courants sociologiques ou de la "libre pensée scientifique" (Duguit, Holmes, Gény ...), voient dans la qualification le moment où les intérêts sociaux sont pris en compte par l'interprète. L'opération de qualification serait ainsi dépourvue de méthode imposée pour laisser libre cours à une décision dictée par le choix préalable de la solution juridique. Ainsi pensent les réalistes de toutes obédiences³⁶.

On retrouve alors les différentes analyses retenues pour l'interprétation. La conception exégétique de la qualification revient à faire peser sur celui qui qualifie l'intention de l'auteur du texte dont l'application nécessite la qualification. C'est la norme, préalablement établie, qui fixerait les catégories s'imposant elles-mêmes. Est-ce le fait qui détermine sa norme ou est-ce la norme qui choisit son fait ? On ne sait en pratique pas toujours qui détermine l'autre : le régime ou la qualification. Prenons l'exemple du cadavre. Alors que de nombreux textes le placent sous la protection du principe de dignité de la personne humaine et lui accordent le même régime que les personnes vivantes (au point de refuser l'exhumation même quand cela serait nécessaire à l'établissement d'un état civil), on ne voit pourtant pas comment ne pas le qualifier de "chose", au sein de la dicho-

³⁴ *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, p. 129.

³⁵ *In Méthodologie du droit*, préc.

³⁶ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat* ; A. ROSS, *On Law and Justice*.

tomie “personnes-choses”. Le cadavre est un chose traitée “comme” la personne humaine, avec dignité et respect³⁷.

Sans doute peut-on avancer l’hypothèse que c’est le sens de l’institution, “l’idée d’œuvre”, qui guide la qualification. Voilà qui échappe à une stricte analyse des normes. “L’Ecole normativiste a conçu les institutions juridiques comme des ensembles de normes ; il est plus exact de les définir comme des concepts de régimes juridiques, correspondant chacun à des traits typiques et qui permettent d’identifier et d’étiqueter des éléments de réglementation juridique”³⁸. Il y a dans l’acte de qualification une dimension de gouvernance qui permet d’évoquer les faits afin de les traiter. La qualification est le premier moment qui permet de préparer le phénomène à sa juridicisation. On peut ainsi rappeler la définition que donne O. Cayla : “est une qualification juridique tout dégagement constructif et sélectif par l’autorité “authentique” des qualités d’un fait ou d’une chose, afin de mettre en relief les motifs positifs ou négatifs qui peuvent conduire à statuer sur la conformité ou non de son être à son devoir-être, autrement dit *gouverner* son existence”³⁹. A l’évidence, le contrôle de la qualification, donne au contrôleur, en cassation par exemple, le pouvoir de remettre les acteurs sur le “droit chemin” ou sur le chemin du droit. En particulier, le contrôle de la qualification des situations relevant de l’opportunité (la “nécessité” d’une nationalisation, le caractère proportionné d’une décision, la nécessité d’une validation législative etc...). Il revient au contrôleur de “disqualifier”, acte d’autorité. La qualification serait affaire de décisionnisme. La vérité y importe peu, seule compte l’efficacité des qualifications.

Enfin, la doctrine juridique aborde la qualification comme un phénomène relevant de la connaissance alors même qu’une approche en termes de volonté l’éclaire différemment. La qualification est fortement liée au rapport que le droit entretient avec la vérité. Il faudrait sans doute passer par l’idée que la réalité est multiple, tout comme la qualification elle-même, selon trois approches de la vérité. Selon une première dimension, la vérité serait une question de correspondance entre le “dit” et “ce qui est dit”. Est vrai ce qui correspond aux faits (cela suppose une thèse ontologique : la vérité tient à son adéquation à son objet). Selon cette posture, souvent adoptée par la doctrine, il pourrait y avoir une

³⁷ X. BIOY et D. FALLON, “Le statut du cadavre – Point de vue du publiciste”, in *Traité des nouveaux droits de la mort*, sous dir. M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT & J.-F. BOUDET, Ed. L’Epitoge-Lextenso, 2014, pp. 233-247.

³⁸ P. AMSELEK, *préc.*, p. 131-132.

³⁹ *Préc.*, p. 9.

“vraie” qualification. Différemment, selon une seconde approche de ce qu’est le “vrai”, la “vérité cohérence”, est vrai ce qui appartient à un ensemble cohérent de croyances. En ce cas, la vérité est affaire de relation entre des croyances et la qualification est plus libre à condition de respecter la logique des exclusions entre catégories. Enfin, on pourra se rallier à l’idée que la vérité est “pragmatique” : qu’est vrai ce qu’il est utile de croire car cela n’entre pas en conflit avec l’expérience. En ce cas, la qualification acquiert une dimension décisionnelle forte qui dépend de l’objectif poursuivi par le dispositif de la régulation juridique, limitée par une vraisemblance qui décide de son efficacité.