

Renouveau et avancée dans la définition du droit

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Renouveau et avancée dans la définition du droit : au sujet de L'ordre juridique et le discours du droit de Rémy Libchaber », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 989-991.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2014-renouveau-et-avancee-dans-la-definition-du-droit>

Benoit Frydman

L'OUVRAGE de Rémy Libchaber représente une avancée dans le débat de théorie du droit en France. Je voudrais consacrer ces quelques lignes à expliquer en quoi consiste selon moi cette avancée.

Il faut d'abord commencer par rendre hommage à l'ambition du projet. L'auteur s'attaque, après beaucoup d'autres, à la grande question de la théorie du droit : celle de la définition du droit. Grande énigme que cette définition, qui tараude la pensée moderne, bien au-delà des juristes, depuis deux siècles. Kant écrivait déjà, comme nous le rappelle Rémy Libchaber, à propos de cette définition, que les juristes la cherchent encore ; tandis que Flaubert note dans son *Dictionnaire des idées reçues* à propos du mot « droit » : « on ne sait pas ce que c'est ».

Question énigmatique donc, mais qui n'a cessé d'occuper furieusement les théoriciens du droit, ainsi que leurs homologues discrets, les professeurs d'introduction au droit, depuis le 19^{ème} siècle. Pour comprendre les raisons de cette obsession, il peut être intéressant d'aborder le problème de la définition du point de vue de la méthode pragmatique. Contrairement au cartésien, le pragmatique se méfie des définitions. À la suite de Charles Sanders Peirce, il pense que la définition ne vient qu'à la fin, avec la clarification du concept, fondée sur l'accumulation des expériences et de leurs interprétations. Mais si le pragmatisme ne pense pas que la définition permette de saisir l'essence de la chose, il se demande par contre à quoi sert la définition, c'est-à-dire quels effets elle produit ou est susceptible de produire en pratique. Il ressemble au juriste qui, confronté aux articles 516 et suivants du Code civil, dont traite Rémy Libchaber, sait qu'il ne s'agit pas tant de capturer dans son essence ce qu'est un bien meuble ou immeuble, que de déterminer quelles règles juridiques doivent être appliquées à tel ou tel bien selon la qualification qu'on lui donne.

Si l'on considère sous ce même angle la définition du droit lui-même, on commence à comprendre pourquoi elle suscite autant d'intérêt. La réponse à cette question permet de décider ce qui entre ou doit entrer dans le champ juridique et ce qui n'y entre pas ou doit en être exclu. Or cette décision entraîne d'importantes conséquences. Par exemple, sur le plan académique, la définition du droit influe sur la formation des juristes, tant au niveau de la définition du curriculum lui-même, que du contenu, voire même de la forme des enseignements. Sur le plan de la pratique aussi, la définition du droit (*quid ius*) remplit une fonction essentielle puisqu'elle permet de faire le tri, parmi les arguments, de ceux qui sont recevables et pertinents pour répondre à une question de droit (*quid iuris*) et donc d'exclure une série d'autres arguments au motif que « ce n'est pas du droit ».

Renouveau et avancée dans la définition du droit

D'où ces débats anciens sur le statut de source du droit de la jurisprudence et de la doctrine, ou plus récemment sur ce qu'il y aurait lieu de faire de cette masse foisonnante de normes que l'on regroupe sous le terme vague et non moins étrange de « droit souple »¹. Est-ce du droit ou non ? En d'autres termes, le juriste doit-il s'en occuper et peut-il s'en servir ?

Plus fondamentalement, le projet principal de la théorie du droit, depuis le 19^{ème} siècle, s'est concentré sur l'établissement et le tracé d'un territoire spécifique au droit, distinct des autres formes de normativités. Chez Austin, il s'agit déjà de déterminer la « province » du droit², qui, chez Dworkin, deviendra un « empire »³. Il conviendra surtout de bien surveiller la frontière avec les autres normativités sociales, par le moyen d'une « règle de clôture », sur laquelle on n'hésitera pas à poser les barbelés. L'objectif consiste à raffiner le minerai normatif afin d'obtenir un droit purifié par le moyen d'une « théorie pure du droit »⁴.

On a ainsi réussi, à force d'acharnement, à rejeter en dehors de la sphère du droit et donc dans celle du non-droit, d'abord le droit naturel, remis du côté de la philosophie, puis les normes sociales, abandonnées à la sociologie du droit, elle-même conçue comme l'autre de la théorie « scientifique » du droit. Et par cette forme de schizophrénie, on a couru le risque de stériliser ces trois disciplines, comme le notait Paul Foriers, l'ami et le disciple de Perelman⁵. Comble d'abnégation, la théorie positiviste du droit a fini par s'exclure elle-même du droit positif, coupant les ponts avec la pratique et finissant ainsi par s'aliéner les juristes eux-mêmes.

Or le projet de Rémy Libchaber, tel qu'il se révèle à la lecture de son livre et des explications qu'il en donne, relève d'une tout autre approche. Il ne s'agit pas d'exclure ni de séparer, mais au contraire d'inclure et de penser ensemble, en restaurant le dialogue rompu avec la philosophie et les sciences humaines. Il ne se contente pas cependant de juxtaposer les approches les unes à côté des autres, pas plus qu'il ne tombe dans une sorte de syncrétisme fourre-tout. Ce qui frappe dans ce livre, à la fois ouvert et rigoureux, c'est le mouvement constant de la pensée. Rémy Libchaber, en bon juriste, balance d'une

1. Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, La Documentation française, 2013.

2. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832.

3. R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994.

4. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. Ch. Eisenman. Voyez aussi : H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, P.U.F., 1996, trad. O. Beaud.

5. « La distinction tranchée entre « science du droit », « sociologie du droit » et « philosophie du droit » est, en effet, artificielle et stérile car elle conduit à l'impuissance de ces trois disciplines » (« Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique » in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1952, vol. 1, p. 66).

Benoit Frydman

thèse à l'autre et n'hésite pas à assumer les contradictions qui ne manquent pas de se révéler à l'occasion de ce débat élargi sur la définition du droit. D'un point de vue philosophique, on dira que le livre procède d'une démarche dialectique. Il se présente comme une succession de contradictions qui sont progressivement dépassées et redoublées pour approcher ainsi la réalité du droit vivant.

C'est ainsi que, pour le résumer beaucoup trop vite, le droit est d'abord présenté à la fois comme un discours ou un ensemble de discours (p. 14), mais aussi comme le dispositif institutionnel qui permet la production de ces discours, ce qui constitue la première définition de l'ordre juridique. Les deux concepts qui donnent leur titre à l'ouvrage sont ainsi posés d'entrée de jeu, mais ceci ne fait que lancer le mouvement.

En effet, bien qu'il traite de l'ordre, Rémy Libchaber n'hésite pas à assumer pleinement ce qu'il appelle « une réalité juridique profonde : le droit est désordre » (p. 24). Et il en va nécessairement ainsi puisque les discours juridiques multiples qui constituent le droit expriment les intérêts et les stratégies concurrentes et contradictoires des acteurs qui les portent et s'affrontent selon les règles d'une logique juridique qui est elle-même contradictoire, puisqu'il s'agit de l'argumentation (p. 29)⁶.

Du coup, l'ordre juridique ne saurait plus désormais être compris, Rémy Libchaber y insiste, comme il est généralement présenté, à savoir comme un ensemble ordonné de règles. Cet ordre est à la fois donné et construit. Il ne se réduit en aucun cas au droit posé ou positif (p. 15). Au contraire, comme l'écrit joliment l'auteur, il est « inquiété » par le droit naturel, qui le critique et le pousse en avant (p. 57).

Ce droit n'est pas davantage le produit de l'État. Il doit sans doute davantage à la société qu'à l'État (p. 3). Mais il ne se dilue pas non plus dans l'ensemble confus des forces sociales (p. 19). Rémy Libchaber s'attaque ici et surmonte la fameuse opposition entre le monisme et le pluralisme, pour lequel il avoue une certaine séduction (p. 95), à laquelle il résiste néanmoins, nous donnant au passage du pluralisme juridique la synthèse la plus claire qu'il m'ait été donnée de lire.

Rémy Libchaber nous livre à cette occasion une analyse qui m'a beaucoup éclairé sur la fascination française, qui ne se dément pas encore tout à fait, pour le normativisme kelsenien ou, du moins, pour une forme caricaturée de la pensée de ce grand auteur, auquel il témoigne par ailleurs beaucoup de respect. Il lie le triomphe de ce normativisme

6. Comp. Ch. Perelman : « le droit (...) ne prend forme qu'à travers des conflits et des controverses à tous les niveaux, et ne peut plus fournir l'image rassurante d'un ordre stable, garanti par un pouvoir impartial » (*Droit et éthique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 553).

Renouveau et avancée dans la définition du droit

vulgaire à l'institution de la V^{ème} République, tout en montrant bien comment le pseudo-modèle de la « pyramide des normes » dissimule, tout en la légitimant, l'action d'une administration omniprésente, qui conduit en réalité à la minoration du législateur et du juge, et finalement du droit lui-même, sinon à son mépris.

Au total, et pour conclure, *L'ordre juridique et le discours du droit* réalise une avancée car il contribue à rouvrir un domaine qui, à force de vouloir se replier sur lui-même, en était devenu étouffant. Rémy Libchaber nous permet ainsi de respirer, mais ce n'est pas tout. Il réintroduit le mouvement dans une matière qui demeurait figée. Il confère à la définition une approche dynamique, vivante. Comme l'écrivait le civiliste belge Henri De Page, « le droit n'est pas mais se fait »⁷. Rémy Libchaber nous entraîne dans son devenir, à une époque où, la société changeant beaucoup, le droit doit nécessairement évoluer avec elle, même s'il doit le faire, nous indique l'auteur, avec la pondération (*gravitas*) et cette lenteur digne qu'affectaient les sénateurs romains.

On est donc très loin ici de la théorie analytique. L'approche de Rémy Libchaber m'a semblé plus proche d'une conception pragmatique du droit, qui conjugue avec bonheur la nécessité de l'institution et le dynamisme des pratiques. À cet égard, sa théorie des discours ancrés dans l'ordre juridique n'est pas sans évoquer la philosophie des jeux de langage de Wittgenstein, à la fois ensemble de discours et pratique sociale réglée⁸.

On se trouve en tout cas à cent lieues d'une conception formaliste et pompeuse du droit, qui se complaît dans les salons dorés du Pouvoir et veut donner à voir celui-ci dans toute sa majesté. Le droit ne nous est pas non plus présenté comme un système parfait ; il n'est pas conçu comme une science abstraite, devenue creuse à mesure qu'elle s'éloigne de son objet⁹. Rémy Libchaber nous ramène à une vision plus modeste, mais aussi plus authentique, qui est celle du praticien. Le droit y est d'abord activité. Il est la maîtrise et la mise en œuvre d'une technique spécifique qui, s'emparant des situations, des problèmes et des conflits, forge (et parfois aussi bricole) des solutions, des formules et des institutions, qui sont nécessaires à la conservation et au développement de la vie sociale. Comme l'écrit très justement Rémy Libchaber, « le droit fait flèche de tout bois » (p. 129). De même que l'*Antigone* de Sophocle et le mythe du *Protagoras* de Platon, qu'il

7. H. De Page, *Droit naturel et positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 40.

8. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, suivi de *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961, trad. Klossowski.

9. Comp. Ch. Perelman : « quoi qu'il en soit des conceptions méthodiques du positivisme juridique ou des théories qui prolongent la philosophie analytique, ce que l'on peut exiger de toute science digne de ce nom est qu'elle ne déforme pas son objet, sous prétexte de l'étudier d'une façon scientifique » (*Droit et éthique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 490).

Benoit Frydman

mobilise à l'appui de ses analyses, le livre de Rémy Libchaber oppose à une conception abstraite de la science (*epistêmê*), le droit, défini comme un savoir concret, pratique, technique (*tekhnê*), un métier et un art, nourri par l'expérience et indispensable à la survie de la Cité.