

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

BENOIT FRYDMAN

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « L'ordre juridique, un concept historiquement situé », in N. Laurent-Bonne et X. Prévost (eds), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne*, Paris, Lextenso, 2016, pp. 43-57.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2016-l-ordre-juridique-un-concept-historiquement-situe>

Benoit Frydman

« Personne n'ignore quel est en toutes choses l'usage de l'ordre, et que si dans les choses mêmes qui ne sont que l'objet des sens, le juste assemblage des parties qui forment un tout, est nécessaire pour les mettre en vue, l'ordre est bien plus nécessaire pour faire entrer dans l'esprit le détail infini des vérités qui composent une science »¹².

CE mot d'ordre que Jean Domat, en bon lecteur de Descartes et de Pascal, met au fronton et dans le titre même de son maître ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel* n'est pas qu'un simple ornement, mais le principe et le but de son entreprise de construction de l'ordre juridique français comme « l'édifice élevé dans la symétrie » au départ du « tas confus de matériaux »³ où s'entassaient les règles si dérangées dans les quatre sortes de livres où il faut les apprendre⁴.

Comme l'illustre, entre beaucoup d'autres témoignages, l'entreprise de Domat, l'ordre juridique n'est pas un concept ou un méta-concept parmi d'autres. Il constitue un véritable paradigme de la pensée juridique, même si le terme est souvent galvaudé, en tant qu'il détermine une certaine représentation du droit (et le droit en tant qu'ensemble symbolique est directement tributaire des représentations collectives qu'on s'en fait) ; mais aussi en tant qu'il détermine une certaine vision du droit, en orientant la direction du regard que l'on pose sur le droit, et surtout en fixant le point de vue depuis lequel ce regard est porté. L'ordre commande une perspective de survol dans laquelle la contemplation de l'ensemble précède celle des éléments, c'est-à-dire des règles juridiques particulières, lesquelles sont appréhendées en fonction de leur position dans cet ensemble.

Ce point de vue, que nous avons qualifié ailleurs de « macrojuridique »⁵, n'a rien d'anodin dès lors qu'il assigne un programme de travail précis qui vise à la construction de cet ordre juridique, comme on le voit chez Domat, mais aussi chez Leibniz, dans les systèmes du droit naturel et des gens et dans la grande entreprise de codification. Ce projet de l'ordre juridique transforme la représentation du droit

1. L'auteur tient à remercier spécialement les organisateurs de ce colloque Nicolas Laurent-Bonne et Xavier Prevost pour avoir provoqué ce dialogue trop rare et en l'occurrence si fécond entre historiens et philosophes du droit sur une question de méthode cruciale non seulement pour les travaux des uns et des autres, mais pour la formation et la pratique des juristes et l'évolution du droit lui-même.

2. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), préface.

3. *Ibid.*

4. À savoir les livres du droit romain et ceux du droit canonique, les ordonnances et les coutumes (*Traité des lois*, ch. 11, § 18).

5. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-48.

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

d'une collection de textes en un système de règles, ce qui nécessite un gigantesque travail d'organisation et de réécriture.

Le paradigme préside également aux opérations de maintien de l'ordre, toujours recommencées, par lesquelles la doctrine dépouille les sources nouvelles et en intègre les règles à leur place dans le système. Cet ordre, dont il faut absolument préserver l'intégrité et la cohérence, encadre étroitement les modalités du raisonnement juridique. Il impose le comblement des lacunes et surtout la chasse aux antinomies, c'est-à-dire aux contradictions qui menacent de contaminer le système. On le protège et le soigne par l'application de métarègles de conflit : *lex posterior*, *lex specialis* et par-dessus tout *lex superior*, qui suppose le principe de la hiérarchie des normes juridiques, à laquelle est accordée une importance fondamentale.

En outre, le modèle de l'ordre impose une abstraction de la règle, laquelle doit être extraite, comme on le voit déjà chez Domat, de la gangue du texte, du cas ou de la situation où elle est exprimée ou trouve à s'appliquer afin de pouvoir agencer cette règle ainsi épurée aux autres dans l'ensemble qu'elles doivent former. Cet ordre, qui transforme ainsi les matériaux juridiques composites en règles générales et abstraites, détermine également par là même la direction obligatoire du raisonnement juridique et judiciaire, qui devra désormais nécessairement partir du général vers le particulier, de la règle vers la solution du cas, ainsi que l'impose la forme normalisatrice du syllogisme judiciaire moderne⁶.

Le paradigme de l'ordre est tellement prégnant qu'il encadre complètement la formation des juristes et le programme de la licence et de la maîtrise, tout particulièrement dans le pays de droit continental. Ce parcours consiste idéalement une visite complète de l'ordre juridique, où chaque cours représente une branche du droit, dont les subdivisions recouvrent les différentes parties de la matière.

Au final, l'emprise de l'ordre est tellement prégnante sur la représentation du droit et sur la méthode juridique que certains courants dominants de la philosophie analytique et de la théorie du droit contemporaine, en particulier le normativisme, considèrent, comme Kelsen, que le système constitue la condition de possibilité de la science du droit ou même, comme Hart, la condition d'existence du droit lui-même et sa différence spécifique avec les autres types de

6. C. Beccaria en donne une formulation nette dans son traité *Des délits et des peines* (1764), spécialement au chapitre 4, qui vaut pour le droit pénal, mais sera étendue par la Révolution à toutes les matières juridiques et même par Condorcet à la mission de l'Exécutif. Pour une analyse détaillée, v. B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, § 134-135.

Benoit Frydman

normes⁷.

Cette thèse est pourtant inexacte, comme on peut le démontrer par l'examen de l'histoire des idées en général et des idées juridiques en particulier. L'ordre juridique est un concept historiquement situé dont la naissance coïncide avec la révolution scientifique moderne et l'émergence de la raison géométrique à l'âge classique. Dans les pages qui suivent, j'examinerai comment le modèle euclidien informe le projet d'un système axiomatique du droit naturel moderne, qui sera transposé à la mise en ordre des droits positifs nationaux au moyen de la méthode historique. Je reviendrai ensuite sur l'affirmation et la contestation de la primauté exclusive du paradigme de l'ordre juridique dans la science du droit au xx^e siècle afin de nourrir la réflexion sur l'opportunité de son usage transhistorique.

I – La naissance de l'ordre juridique

Dans son magnifique ouvrage *Les mots et les choses*, Michel Foucault a illustré de manière magistrale l'importance fondamentale de la notion d'ordre au principe de la pensée et de la recomposition des savoirs à l'âge classique⁸. Si Foucault n'étudie pas spécifiquement le droit, du moins dans ce livre-là, des philosophes du droit contemporains et historiens de la pensée juridique ont fait, à la même époque ou depuis lors, le lien entre la naissance de la science moderne et celle de l'ordre juridique. La thèse, évoquée déjà de manière polémique par François Gény au début du xx^e siècle⁹, a été soutenue, sur la base de matériaux différents mais largement concordants, notamment par Michel Villey¹⁰, Chaim Perelman¹¹ et dans les remarquables travaux

7. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999 ; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, traduit en français sous le titre *Le concept de droit*, par M. Van de Kerchove, Bruxelles, Presses des Facultés Saint Louis, 1976. Hart définit le droit comme un système articulant des règles primaires et des règles secondaires, ces dernières présidant à la reconnaissance, à l'application et au changement des premières. Dans son livre sur *Les normes* (Paris, Armand Colin, 2006, notamment p. 3 et p. 74), Pierre Livet va bien plus loin encore. Il soutient, de manière tout à fait générale, qu'une norme, de quelque forme qu'elle soit, juridique ou non, ne saurait exister isolément, mais qu'elle ne prend sens et effet qu'au sein d'un ensemble ou d'un système de normes, d'un ordre normatif préexistant auquel la norme s'adosse nécessairement.

8. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

9. V. *infra*.

10. Dans son fameux *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, M. Villey a analysé le *Traité de dicalogique* (1617) d'Althusius comme le point de basculement de la « révolution copernicienne » du cas au système en matière juridique.

11. Ch. Perelman, « À propos de l'idée d'un système juridique », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 68-74 : « Quant à l'idée même d'un système de droit positif, elle a été précédée par la publication d'ouvrages théoriques, développant des systèmes de droit naturel ou rationnel, conçus, sous l'influence du rationalisme, sur le modèle des systèmes de géométrie ».

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

d'Alfred Dufour¹². J'y ai moi-même consacré plus récemment une étude approfondie dans le cadre d'un ouvrage consacré à l'histoire de l'interprétation et de la raison juridique¹³. Il n'est pas envisageable, dans les limites de cette contribution, ni véritablement nécessaire, de rouvrir ici l'ensemble de cet épais dossier, déjà abondamment instruit. Je me limiterai à en produire quelques pièces propres à alimenter nos discussions.

Précisons encore que nous ne considérerons ici que la conception logique de l'ordre juridique. Celle-ci figure le droit comme un système ou un ensemble structuré de règles, le plus souvent générales et abstraites, dépendant les unes des autres, formant idéalement un tout solidaire, cohérent et complet. Il est néanmoins artificiel de distinguer cette conception logique d'une conception politique de l'ordre juridique, qui met l'accent sur le système organisé de pouvoir et les institutions qui produisent, garantissent et sanctionnent cet ensemble de règles. Cette conception politique a en effet historiquement partie liée avec le modèle logique de l'ordre en tant que celui-ci a été mis au service de la refondation et de la maîtrise par les États de leurs droits nationaux. En outre, les définitions contemporaines d'un ordre juridique dynamique, dans les théories normativistes de Kelsen et Hart notamment, articulent intimement le système des règles aux institutions hiérarchisées de l'appareil d'État qui le produit et le met en œuvre, au point d'ailleurs que Kelsen considère le droit et l'État comme des termes synonymes¹⁴.

La maturation du concept d'ordre juridique, au sens logique où nous venons de le définir, est liée à la longue et violente querelle des Anciens et des Modernes au sujet de la science et de ses méthodes. Celle-ci a opposé, de manière souvent violente, les tenants du modèle scolastique de la discussion contradictoire des cas et de l'interprétation des autorités, dans le cadre universitaire, pédagogique et savant de la question disputée, aux partisans de la nouvelle philosophie, à la recherche des lois de la nature au départ de l'observation, de l'expérimentation et des mathématiques. Pour ces derniers, il était vital de « secouer le joug d'une Autorité destituée de preuve », selon

Voir aussi plus en détail *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, ainsi que les ouvrages que Perelman a consacrés à l'histoire de la philosophie morale.

12. Voir certaines des études réunies dans A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991.

13. B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., spécialement le chapitre 5.

14. Cette conception moderne logico-politique de l'ordre juridique n'a par contre rien à voir avec l'idée du droit naturel ancien d'un ordre des valeurs d'un droit inscrit dans la nature et la réalité même des choses, comme l'a bien montré Leo Strauss dans *Droit naturel et histoire* (Paris, Plon, 1954), ainsi que Michel Villey.

Benoit Frydman

l'expression de Jean Barbeyrac¹⁵, afin de ménager un espace de liberté pour les découvertes de la science moderne et le déploiement de sa méthode. Les Modernes ont qualifié eux-mêmes le nouveau mode de raisonnement démonstratif, qu'ils entendaient substituer aux interminables discussions scolastiques, de *more geometrico*, à la manière des géomètres, par référence notamment au système axiomatique des *Éléments* d'Euclide.

Les théologiens et les juristes, civilistes aussi bien que canonistes, avaient joué un rôle prépondérant dans l'élaboration du modèle scolastique de la question disputée, à tel point que certains ont pu parler à son propos d'un « raisonnement *more juridico* »¹⁶. Dans sa forme de base, ce modèle consiste en la solution d'un cas, le plus souvent un « cas d'école », par le moyen d'une discussion contradictoire *pro et contra*, appuyée nécessairement sur des autorités, complétées parfois par d'autres types d'arguments¹⁷. La discussion est tranchée par le maître qui donne la solution du cas, assortie le cas échéant d'une motivation, qui aura notamment pour objet de réconcilier les autorités mises en contradiction à l'occasion de la discussion. Ce modèle d'inspiration juridique a progressivement été étendu à toutes les disciplines universitaires médiévales, non seulement à des fins d'enseignement ou d'examen, mais également dans la littérature savante, qui adopte de la manière privilégiée la forme de collections ou de sommes de questions, jusqu'à s'imposer comme le mode normal de la vie intellectuelle.

Si ces docteurs de l'Église et de la loi ont utilisé tous les pouvoirs dont ils disposaient pour faire obstacle à la nouvelle science et faire taire par tous les moyens ses promoteurs, d'autres juristes modernes, ceux d'ailleurs dont nous avons conservé la mémoire et les œuvres, ont immédiatement embrassé les idéaux de la révolution scientifique moderne et du modèle géométrique. Loin d'être à la remorque de leurs brillants amis physiciens et astronomes, certains d'entre eux se sont au contraire portés à la pointe du combat et comptent parmi les premiers promoteurs du modèle géométrique de l'ordre et du système.

Michel Villey (et d'autres à sa suite¹⁸) a fait gloire à Althusius dans son *Traité de dicaelologie* publié en 1617 d'avoir réalisé, dans le domaine juridique, la révolution copernicienne du cas au système. Sans entrer dans une vaine querelle d'antériorité, on peut quand même

15. « C'est l'honneur de notre siècle qui, plus que tous les siècles passés, a secoué le joug d'une Autorité destituée de preuve », S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Londres, Nours, 1740, préface du traducteur, § 10.

16. P. Feltrin et M. Rossini, *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XVII secolo*, Bergamo, 1992.

17. Sur le modèle de la question disputée, B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., chapitre 4, section II, § 88 et s.

18. Voir notamment les travaux de P. Dubouchet, Y. Cartuyvels et M. Vogliotti.

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

noter que, dès 1604, le jeune Grotius, dans son essai *De jure praedae*, mettait déjà en scène de manière théâtrale ce renversement de la raison juridique. Initiée par un florilège de citations, cette dissertation commence sur le schéma traditionnel de la question scolastique, par l'exposé d'un cas, réel celui-là, l'affaire de l'arraisonnement en 1602 du navire portugais *La Catherine* par un capitaine de la flotte des Provinces-Unies dans un contexte de conflit larvé entre les deux États. L'auteur détermine la question posée, avant de procéder, croit-on à la discussion des autorités. Mais, à ce moment précis, au motif que « rien d'écrit n'est valable entre ennemis » pas même les Écritures, il s'écarte du modèle de la question pour basculer vers rien moins que l'édification d'un système complet de droit naturel, procédant en référence directe à la méthode axiomatique des *Éléments* d'Euclide. Lisons ce que Grotius lui-même écrit à ce propos :

« De même que les mathématiciens ont l'habitude de faire précéder toute démonstration concrète par l'énoncé préliminaire de certains axiomes généraux, sur lesquels tout le monde s'accorde aisément, de sorte que puisse être assuré quelque point fixe auquel sera rapporté la preuve de ce qui suit, de même, nous indiquerons certaines règles (*regulae*) et lois (*leges*) de nature la plus générale, présentant celles-ci comme des assumptions préalables à rappeler plutôt qu'à découvrir pour la première fois, dans le but d'asseoir une fondation sur laquelle nos conclusions suivantes pourront s'appuyer avec sûreté »¹⁹.

Bien sûr, Grotius se réfère à la démonstration géométrique de manière largement métaphorique et n'hésitera pas à s'écarter du programme qu'il a tracé, mais accordons qu'il ne saurait être considéré comme un pâle suiveur dès lors que sa consultation a été publiée, bien avant les grands écrits de Galilée, près de trente ans avant la publication du célèbre *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde* (1632) et du *Discours de la méthode* de Descartes (1637), et plus de soixante ans avant que Spinoza ne démontre l'*Éthique* dans l'ordre de la géométrie (1677)²⁰. Considérons surtout que le modèle ainsi proposé par Grotius a eu une grande postérité sur les traités de droit de la nature et des gens et sur les systèmes de droit naturel qui vont fleurir chez les juristes et les philosophes jusqu'au moins la fin du XVIII^e siècle et même au-delà²¹.

19. H. Grotius, *De iure praedae commentarius : Commentary on the Law of Prize and Booty*, London, Cumberlege, 1950, p. 7 (notre traduction).

20. L'ouvrage rédigé par le philosophe durant les quinze dernières années de sa vie ne sera publié qu'à sa mort en 1677.

21. Parmi ceux-ci, le grand Leibniz évidemment, qui écrit notamment à Antoine Arnauld, le grammairien de Port-Royal, qu'il ambitionne de « rassembler dans un bref ouvrage les éléments du droit naturel, dans lesquels tout serait démontré à partir des

Benoit Frydman

Cependant, le modèle géométrique ne limite pas son emprise aux entreprises des jusnaturalistes ni au droit des gens, mais gagne bientôt le droit positif de l'État. Il préside à son organisation en même temps qu'il en indique la méthode. Même si droit naturel et droit positif mènent désormais des existences séparées, le droit naturel sert de boussole, selon le mot de Leibniz, et d'épure à l'organisation scientifique du droit positif, plutôt que de guide moral²². Il en inspire le projet et dessine l'image idéale de sa réalisation. Mais il n'en fournit ni la méthode ni les moyens. La méthode euclidienne, qui progresse au départ d'un petit nombre de définitions et d'axiomes par des démonstrations progressives vers le développement complet du système, ne convient vraiment qu'aux sciences *a priori* comme la logique ou le droit naturel. Mais si le droit naturel est le droit de la raison et déduit par elle du concept de justice, il n'en est pas de même des lois positives, qui sont arbitraires, en tant qu'elles dépendent de la volonté de l'autorité, et contingentes, dès lors qu'elles varient dans le temps et dans l'espace : « Plaisante vérité qu'une rivière borne ! », raille Pascal²³.

Il est néanmoins possible – c'est le génie de la raison moderne et l'une de ses grandes ruptures avec l'aristotélisme – de construire une science exacte des objets contingents. La raison moderne ne gît pas dans le monde ni dans les objets et les phénomènes qui le composent, mais seulement dans la méthode qui analyse ceux-ci et les range dans leur ordre. On peut donc traiter scientifiquement de tout, à condition de suivre correctement les règles de la méthode. Les Modernes appliquent cette méthode d'analyse et de classement à tous les « domaines d'empiricité », pour parler comme Ernst Cassirer, vers lesquelles les savants dirigeront principalement leur intérêt dans le courant du XVIII^e siècle²⁴. Ils l'appliqueront notamment aux objets de la nature, comme en témoigne, par exemple, *Le système de la nature* de Linné (1735), qui propose une méthode de classement des animaux, des végétaux et des minéraux, qui demeurent toujours en partie en usage aujourd'hui. La méthode consiste à recueillir, par le moyen d'une exploration minutieuse et exhaustive, l'intégralité des objets qui composent un domaine, de les analyser et de les classer en fonction d'un nombre fini de critères simples (en botanique par exemple, la forme de la feuille, le nombre de pétales et sépales de la fleur, etc.) afin de dresser ensuite le tableau exhaustif et synoptique de tous les éléments. Et c'est la position dans le classement qui donne son sens à

seules définitions ». « Et de là, ajoute-t-il, je déduis tous les théorèmes du droit et de l'équité » (lettre à Antoine Arnauld de novembre 1671, in G. Leibniz, *Le droit de la raison*, Paris, Vrin, 1994, p. 205-206).

22. En ce sens, à propos de Leibniz : G. Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, PUF, 1956, p. 233-235, qui souligne la primauté logique, plutôt que morale du droit naturel, qui sert de cadre et de plan au classement des règles et des cas.

23. B. Pascal, *Pensées*, fragment 94 (éd. Ph. Sellier).

24. E. Cassirer, *La philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1966, trad. de l'éd. originale de 1932.

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

chacun des éléments qui y sont représentés. Ce tableau exhaustif est l'objectif et le résultat de la science qu'on appelle à l'époque « histoire naturelle » par référence à la méthode historique, qui est le nom donné à cette méthode systématique. Le mot « histoire » n'a pas du tout à l'époque le sens qu'on lui attribue aujourd'hui, mais il ne va pas tarder à l'acquiescer à l'occasion de l'application de cette méthode aux faits du passé et surtout au traitement systématique des documents qui en recèlent les traces.

La méthode historique vaut en effet non seulement pour les objets de la nature, mais aussi pour les textes, comme les Écritures ou les livres de droit. Spinoza en codifiera la méthode en l'appliquant à la Bible dans son *Traité théologico-politique* (1670)²⁵. Vingt ans plus tard, Domat en donnera une réalisation beaucoup plus aboutie et systématique dans le domaine du droit français. Il s'agit d'abord de déterminer un corpus complet (les quatre sortes de livres chez Domat), qui délimite le champ d'investigation, pour ensuite en extraire les différents éléments, à savoir non plus des phrases mais des règles, classer celles-ci dans leur ordre naturel, c'est-à-dire dans l'ordre de la raison et non au hasard des rencontres ou des compilations, par matière et des plus générales aux plus particulières. L'ensemble ainsi reformulé devrait pouvoir être représenté dans un unique grand tableau synoptique, comme s'y essaiera Leibniz, à plusieurs reprises, au départ des matériaux du droit romain ou du droit germanique²⁶. Ce tableau ou le bel édifice symétrique dont nous parle Domat ne sont rien d'autre que l'ordre juridique comme objectif et produit de la science moderne du droit positif.

II – Penser le droit dans le désordre

Ceux qui souscrivent à ces analyses sont conduits à conclure que le concept d'ordre juridique est historiquement situé. Il est né à l'époque moderne de l'application précoce au droit du modèle géométrique de la nouvelle philosophie et plus précisément, pour le droit positif, de la mise en œuvre de la méthode historique.

Si cette thèse est exacte, parler d'ordre juridique médiéval constitue un anachronisme et donc un contre-sens au plan de l'histoire des idées. Ce qui ne signifie pas pour autant que l'ordre juridique, dès lors qu'on le considère comme une découverte et une avancée de la science du droit moderne, ne puisse faire l'objet d'une utilisation transhistorique, comme Michel Troper l'a proposé dans son débat avec François

25. B. Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* (1670). Voir en particulier le chapitre 7 où il énonce les règles de la méthode historique, considérée comme l'ancêtre de la critique historique.

26. G. Leibniz, *Le droit de la raison*, op. cit.

Benoit Frydman

Furet²⁷. L'ordre est considéré dans ce cas comme un instrument dans la panoplie à la disposition de l'historien du droit, dont l'utilisation est fonction de son caractère « opératoire », pour reprendre le critère avancé par Michel Troper²⁸.

Autre chose est de considérer, comme Kelsen et nombre de ses disciples, que le recours au méta-concept du système est la condition nécessaire et anhistorique de la science du droit, de sorte que toute approche qui ne n'inscrirait pas dans cet ordre devrait être considérée comme non scientifiquement valable.

Cette position radicale a fait l'objet d'une controverse majeure de la théorie du droit au xx^e siècle, qui a opposé en particulier l'école de Vienne du positivisme juridique à l'école de Bruxelles et au mouvement de la Nouvelle rhétorique²⁹. Dans un exposé qu'il fit à la faculté de droit de Paris en 1969, Perelman critique les positions de Kelsen, mais aussi de Hart en des termes très durs :

« 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 »³⁰.

27. M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47^e année, n° 6, 1992, p. 1171-1183 et F. Furet, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *ibid.*, p. 1185-1194. Pour un examen détaillé voyez, dans le présent ouvrage, l'étude que J. Boudon consacre spécifiquement à cette controverse.

28. M. Troper, *loc. cit.*, p. 1182.

29. Georges Cornil donna, dès la publication de la 1^{re} édition de la *Théorie pure du droit*, un compte-rendu très sévère qui donne bien le ton de l'opposition dure et durable entre les deux écoles : « Je dirais volontiers avec M. Dupréel (*Morale*, p. 168) : "La logique s'impose à nos croyances, mais non pas à notre activité". Et le droit n'est tout de même qu'un mode de réglementation de notre activité. Aussi avouerai-je sans ambages qu'une construction mentale qui, pour présenter un agencement logique acceptable, sacrifie la vérité de l'ordre historique, me paraît être d'un positivisme singulièrement fragile ». (G. Cornil, « Notice bibliographique : Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig et Vienne, Dr. Deuticke, 1934 », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1935, p. 199-202, spéc. p. 201). Sur le débat entre Kelsen et Perelman, voir notamment l'article, plusieurs fois reproduit, de N. Bobbio, « Kelsen e Perelman », in G. Haarscher et L. Ingber (dir.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Ch. Perelman*, Bruxelles, Éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1986, p. 161-174, réimpr. in *Diritto e Potere, Saggi su Kelsen*, Naples, Ed. scientifica italiana, 1992, p. 161-174, traduction française : « Kelsen et Perelman », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris, LGDJ, 1998, p. 271-283 et *Droits*, t. 33, 2001, trad. A. Melcer. Sur le même sujet, P. Brunet, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in B. Frydman et M. Meyer (dir.), *Chaim Perelman : de la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 189-202.

30. Ch. Perelman, « Science du droit et jurisprudence », exposé fait à la faculté de droit de Paris le 29 avril 1969, dont le texte est repris dans *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, 1990, p. 490.

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

Perelman et ses amis bruxellois, d'accord sur ce point avec Villey, relativisent la portée de l'ordre ou du système juridique, dont ils contestent le primat absolu imposé par les Modernes, pour en revenir à des études de cas, qui mettent en évidence le caractère conflictuel et argumentatif, mais aussi ouvert et dynamique du droit, tel qu'il se révèle spécialement dans la pratique judiciaire³¹.

Cette contestation du primat de l'ordre et de la conception logique du droit est en réalité déjà centrale dans le tournant sociologique qui affecte le droit et la raison juridique à partir de la fin du XIX^e siècle. Pour le sociologue du droit allemand Ehrlich, l'ordre juridique n'est finalement qu'une des dimensions de la conception « stato-centrique », qu'il qualifie de « vulgaire », selon laquelle le droit émane tout entier de l'État et ruisselle d'un étage à l'autre du système institutionnel, un peu à la manière d'une fontaine de champagne, afin d'assouvir la soif de justice et le besoin d'ordre social³². Alors qu'il s'agit au contraire pour Ehrlich, comme pour ses amis, de montrer l'image d'un « droit vivant » qui jaillit de la société à l'occasion des coopérations et des conflits qui la traversent et la constituent. Kelsen s'en prendra d'ailleurs vivement à Ehrlich et c'est en réaction contre le tournant sociologique qu'il concevra sa *Théorie pure du droit*, épurée précisément de tout rapport aux contextes politiques, économiques et sociaux, dans lesquels les normes sont engluées.

En outre, dans le mouvement impulsé par son précurseur Rudolph von Jhering, les partisans du tournant sociologique, suivis par les tenants de l'analyse critique du droit, n'ont pas manqué de dénoncer la fonction idéologique de l'ordre juridique. L'idée rassurante d'un système logique et cohérent de règles légitime l'État et son droit en occultant ses contradictions et surtout la lutte permanente qui oppose les groupes d'intérêts opposés, comme les bourgeois et les prolétaires, pour voir reconnaître et protéger leurs intérêts par le droit³³.

Ce débat n'est d'ailleurs en rien spécifique à la théorie et la sociologie du droit allemandes. Il s'est imposé au même moment aux États-Unis, en Belgique et en France notamment³⁴. Ainsi, l'école de libre recherche scientifique, et Gény en particulier, critiquent moins, lorsqu'on y regarde de près, la méthode d'interprétation de l'école de l'exégèse, que le modèle logico-rationaliste du système juridique cohérent et complet, lorsqu'il ne s'en prend pas à ce qu'il appelle

31. Ch. Perelman, *Logique juridique*, op. cit.

32. E. Ehrlich, *Fondation de la sociologie du droit* (1913). La comparaison avec la fontaine ne doit pas être imputée au brillant sociologue du droit.

33. R. Von Jhering, *La lutte pour le droit* (1870), trad. O. De Meulenaere, Paris, Maresq Aîné, 1890.

34. B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., § 205 et s.

Benoit Frydman

« la méthode traditionnelle »³⁵. Il vise ainsi à donner aux magistrats une plus grande latitude pour arbitrer, de manière « scientifique » là aussi, les conflits d'intérêts et de valeurs qui divisent et opposent les individus et les groupes sociaux par le moyen de la méthode de la mise en balance des intérêts.

On sait quelle a été l'issue de ce débat en France et là où les conceptions normativistes ont durablement triomphé. L'approche sociologique y a été marginalisée ou du moins tenue en lisière comme une discipline à part, extérieure à la science du droit et à sa méthode. Aux États-Unis, au contraire, où l'approche pragmatique du droit dans ses contextes sociologique, économique et politique s'est imposée, le système juridique est devenu, déjà pour John Dewey, un simple instrument de travail, dont l'utilisation est subordonnée à la recherche économique et efficace de la solution des cas particuliers³⁶.

Il en résulte jusqu'à aujourd'hui des manières complètement différentes d'aborder ou de ne pas aborder certaines évolutions contemporaines comme les conséquences de la mondialisation sur le droit. Pour ceux qui continuent à s'inscrire dans le paradigme de l'ordre, on ne peut traiter « scientifiquement » du droit mondial, à défaut d'ordre juridique global, de sorte qu'il faut se limiter soit à l'étude classique de l'ordre juridique international, c'est-à-dire interétatique, soit aux relations qu'entretiennent entre eux les différents ordres juridiques de même niveau ou de niveaux différents qui coexistent sur la planète, soit attendre le triomphe de l'État mondial, qui imposera son propre ordre juridique. Dans le cadre d'un ouvrage collectif consacré spécifiquement à *La science du droit dans la mondialisation*, j'ai contesté ces différentes positions et proposé pour l'étude des normes juridiques au niveau global d'abandonner purement et simplement le concept d'ordre juridique, totalement inadapté pour appréhender le désordre pléthorique qui caractérise en ce moment la lutte globale pour le droit³⁷. De manière peu surprenante, cette position a été sévèrement

35. F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. Paris, LGDJ, 1919, t. I, § 62, p. 130 et § 96, p. 256-257 ; B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., § 223 et s.

36. J. Dewey, « Logical Method and Law », 10 *Cornell Law Quarterly* (1924), p. 17-27, spéc. p. 19.

37. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », loc. cit., p. 23-24 : « Notre option méthodologique [...] ne consiste pas à remplacer le monisme par le pluralisme, l'ordre juridique unique par la pluralité des ordres, mais bien à nous passer purement et simplement du concept d'ordre juridique pour envisager immédiatement les normes et les interactions juridiques entre les acteurs en tant que telles, indépendamment du ou des ordres dans lesquels elles s'inscrivent ou non. J'entends bien que ce choix suscitera des objections fondamentales sur le plan de la théorie du droit et qu'il sera regardé par beaucoup comme absurde. Il est, en effet, généralement enseigné qu'une norme ne peut exister isolément, mais qu'elle ne prend sens et effet qu'au sein d'un ensemble ou d'un système de normes, d'un ordre normatif préexistant auquel la norme s'adosse nécessairement. En outre, beaucoup estiment qu'une interaction entre des agents ne peut avoir un caractère normatif, a fortiori juridique qu'en référence à un ordre juridique préétabli déterminé. [...] Pourquoi dès lors privilégier cette option radicale ? Pour une raison simple et dirimante aux yeux d'un pragmatique : parce que les phénomènes

L'ordre juridique: un concept historiquement situé

critiquée par mon ami Otto Pfersmann, prolongeant ainsi, dans un nouvel épisode, la longue querelle entre les « Bruxellois » pragmatiques et les analytiques « Viennois ». Il ne fait aucun doute qu'Otto Pfersmann considère ma proposition comme une forme extrême du « juriglobisme incohérent » qu'il stigmatise dans sa contribution. Il y fixe quant à lui les conditions dans lesquelles le droit mondial pourrait être pensé de manière scientifiquement correcte dans le cadre d'un système moniste revisité³⁸.

En conclusion, l'ordre juridique n'a pas toujours existé et il est probable qu'il n'existera pas toujours, du moins avec le statut dominant sinon exclusif que lui a conféré la raison juridique moderne. C'est aujourd'hui un paradigme en crise, au sens de Thomas Kuhn³⁹, dans la mesure où il n'offre plus aux praticiens du droit ni même à une partie croissante de la doctrine et des chercheurs, une représentation du droit conforme à la perception qu'ils en ont, ni un outil fiable pour résoudre les problèmes qu'ils ont pour métier de résoudre ou de traiter.

En définitive, le paradigme de l'ordre juridique n'est, au sens littéral, qu'une vue de l'esprit. Le point de vue macroscopique et systématique qu'il propose peut rendre d'incomparables services lorsqu'il s'agit d'appréhender, d'apprendre ou d'ordonner un ensemble proliférant et compliqué de règles juridiques ou de déterminer quelle règle s'applique à un moment et en un lieu donné à telle situation. Mais toute perspective a ses points aveugles et la grille de lecture sélective de l'ordre juridique occulte inévitablement d'autres dimensions non moins importantes à la compréhension et à la pratique du droit comme les conflits et les tensions qui traversent le droit ou les facteurs qui influencent son évolution et ses transformations sur la durée. Autant de dimensions qui intéressent également au premier chef l'historien du droit.

L'ordre juridique est un outil parmi d'autres dans la panoplie du juriste. La décision d'y recourir ou non dépend essentiellement de l'objet de la recherche et de l'intérêt de connaissance poursuivi. Il ne

et les objets que nous observons dans la pratique nous l'imposent. Le plus souvent, les cas, les instruments, les dispositifs, que nous étudions sur nos différents chantiers globaux, soit traversent allègrement les frontières des ordres juridiques établis, soit se situent en dehors de ceux-ci, soit encore empruntent leurs instruments à des ordres juridiques multiples. Si bien qu'un rasoir d'Occam normalement aiguisé conduit à ne pas supposer de l'ordre là où, de l'aveu de tous, il ne s'en trouve point. En d'autres termes, le concept autrefois si nécessaire d'ordre juridique, tel qu'il a été créé au XVIII^e siècle, nous a paru constitué davantage un obstacle, un écran, qu'un secours ou un outil pour appréhender et comprendre l'émergence de normativités globales et il nous est dès lors apparu opportun et urgent de nous en détacher ».

38. O. Pfersmann, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in *La science du droit dans la mondialisation*, op. cit., p. 62-87.

39. T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (trad. de la 2^e éd.).

Benoit Frydman

aurait suffire à lui seul à toutes les tâches et il faudra souvent recourir à d'autres outils d'analyse plus ajustés aux tâches que l'on s'est proposées. Quant à nous, nous n'hésiterons pas à prendre le marteau de la philosophie pour briser l'idole de l'ordre juridique, chaque fois que cela s'avérera nécessaire à la science du droit pour apercevoir ce dont la stature imposante de l'ordre lui masquait la vue et lui permettre de s'en saisir pleinement.