

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit de l'École de Bruxelles

BENOIT FRYDMAN ET GREGORY LEWKOWICZ

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Conclusion : l'art et la manière de faire du droit de l'École de Bruxelles », in *Le droit selon l'École de Bruxelles*, B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), éd. de l'ULB, 2022, p. 363-380.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2022-conclusion-l-art-et-la-maniere-de-faire-du-droit-de-l-ecole>

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

Si l'École de Bruxelles a produit une philosophie du droit, elle se conçoit elle-même, dans l'esprit de ceux qui l'ont fait vivre, bien plutôt comme une pratique. Pour elle, le droit n'est pas une science « *a priori* »¹, « abstraite »² ou « systématique »³, mais une discipline « appliquée »⁴, « un art » qui nécessite une « approche clinique »⁵.

Pierre Van Ommeslaghe a, à plusieurs reprises, exprimé l'opinion que le droit est plutôt un « art » qu'une « science ». « En règle générale, écrit-il, l'objectif de l'enseignement du droit civil, selon l'École de Bruxelles, est plutôt de communiquer un "art", de préférence à une véritable science abstraite et systématique – au sens où l'on entend par exemple "l'art de guérir" par rapport aux sciences dans le domaine de l'enseignement de la médecine. »⁶ Le grand civiliste prend ainsi position dans l'antique controverse qui opposait déjà les philosophes, adeptes de la science abstraite (*episteme*), aux sophistes, qui privilégient les savoirs artisanaux et techniques (*technai*)⁷.

Le droit relève ainsi plus d'une pratique que d'une théorie ou d'une science. Les membres de l'École de Bruxelles manifestent en effet une allergie congénitale aux conceptions du droit qui, oubliant des réalités et des nécessités de la pratique, cherchent surtout à bâtir des systèmes abstraits du droit, séparés de la vie sociale et de ses contingences. Aussi, est-ce avec une impressionnante constance qu'ils critiquent ceux que Louis Wodon appelle les « abstrakteurs de quintessence »⁸, qui font du droit « un prétexte pour aligner des syllo-

1. P. Foriers, « La recherche, mais quelle recherche ? », 2 mai 1978, in *Dialogues multiples – Hommage à Paul Foriers*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1981.

2. R. Marcq, « Les nécessités présentes de l'enseignement du droit. Discours prononcé à la Séance solennelle de rentrée, le 17 octobre 1921 », *Revue de l'Université de Bruxelles*, XXVII^e année, 1921-1922, p. 1-29.

3. Voir infra les développements sur ce point.

4. R. Marcq, op. cit., écrit ainsi : « La science du droit est, elle aussi, une science appliquée, elle l'est même, en quelque sorte, par essence. »

5. Ibid. René Marcq, qui évoque explicitement la comparaison avec les ingénieurs et les médecins pour justifier la création de travaux pratiques et la nomination d'assistants en droit. Le terme sera repris par P. Foriers dans la relation qu'il consacre aux travaux collectifs de l'École de Bruxelles.

6. « L'École de Bruxelles en droit civil depuis Henri De Page », dans ce volume. Voir aussi du même auteur, « Droit des obligations : perspectives et avenir », Conférence Perelman du 26 novembre 2010, <https://www.philodroit.be/IMG/mp3/ConferencePerelmanPVO.mp3>.

7. Pour une analyse de cette question, au départ de l'*Antigone* de Sophocle où le droit est rangé au nombre des *technai*, voir B. Frydman, « La rhétorique judiciaire dans l'*Antigone* de Sophocle », in L. Couloubaritsis et F. Ost (dir.), *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles, Ousia, 2004, p. 161-183.

8. L. Wodon, « Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge », *Académie royale de Belgique, Classe des lettres, Mémoires*, t. XLIII, 1942, p. 37.

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

gismes et développer des raisonnements dans l'abstrait »⁹, ou ceux qu'Henri De Page qualifiera plus tard de « purs jurisconsultes », qui raisonnent et construisent, mais n'observent jamais »¹⁰. De ce point de vue, Chaïm Perelman s'inscrit dans une longue tradition lorsqu'il décrit ceux qui se contentent de « la satisfaction assez puérile de montrer qu'il y a moyen de ramener au même schéma syllogistique tous les arguments quels qu'ils soient »¹¹ ou encore ceux qui, comme Kelsen, aboutissent, par l'application d'une méthodologie, à déformer leur objet « sous prétexte de l'étudier d'une façon scientifique »¹². Cornil ne s'était pas montré plus tendre dans le compte-rendu qu'il avait donné de la première édition allemande de la *Théorie pure du droit*, publiée en 1934 : « 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. »¹³

Si les combats, les opinions et les philosophies ont (heureusement) évolué au cours d'un siècle de réflexions et de réalisations, et diffèrent selon les équipes et les individus, on peut néanmoins dégager quelques traits communs assez permanents qui caractérisent la manière de faire du droit, qui constitue le vrai patrimoine de l'École, qui se transmet de génération en génération.

L'étude empirique du droit

Pour l'École de Bruxelles, l'étude du droit, en ce compris la théorie et la philosophie du droit, doit nécessairement s'effectuer au départ d'observations empiriques. Comme l'indique Guillaume De Greef, « l'explication philosophique du droit ne doit pas être recherchée sur les plus hauts sommets, elle doit être le résultat laborieux de fouilles opérées à partir de la base »¹⁴. De même, Foriers, lorsqu'il présente

9. L. Wodon, « Des formes politiques en général et du vieux droit public belge », *Académie royale de Belgique, Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 5^e série, t. XXVII, 1941, p. 27.

10. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 905, p. 898.

11. Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 3.

12. Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 490.

13. 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.

14. G. De Greef, *Introduction à la sociologie. Première partie*, Bruxelles/Paris, Mayolez/Alcan, 1886, p. 361. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que seul Bentham trouve grâce aux yeux de De Greef parmi les philosophes du droit. Il estime que « la philosophie du droit

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

le travail de la section juridique du CNRL, indique que « tous [les membres] furent d'accord pour rejeter un quelconque *a priorisme* et décidèrent de s'attacher dans une stricte perspective empirique à l'analyse du raisonnement du juriste, tel que ce raisonnement se manifestait, en fait dans la vie juridique et plus particulièrement dans l'activité du juge, estimant que ce ne serait qu'à la suite d'une longue série d'observations que les logiciens pourraient progressivement entreprendre une tentative de systématisation »¹⁵.

Le droit ne peut en effet être saisi dans son essence, mais uniquement dans ses manifestations. Il doit être étudié en action dans la vie sociale, par ses applications, avant de l'être par ses concepts, parce qu'il est une discipline de la vie pratique, parce qu'il n'y a, comme l'écrit Maurice Vauthier, « qu'une espèce de droit et c'est celui de la vie »¹⁶. Cette conviction se retrouve sous toutes les plumes avec plus ou moins d'emphase. Ainsi, pour Edmond Picard, « la véritable école du Droit, c'est la société, la rue, la vie humaine bien plus que les Universités ou les Académies. On le trouve moins dans les livres qu'en regardant, par la fenêtre, l'immense et beau spectacle des mœurs et de l'agitation sociale »¹⁷. René Marcq retrouve quasiment les mêmes mots lorsqu'il propose de réformer les études de droit afin de permettre aux professeurs « "d'ouvrir la fenêtre" pour regarder avec leurs élèves le droit dans la vie »¹⁸. Moins poétique, Vander Eycken estimera que « la pratique fournit la substance de toute règle juridique »¹⁹ alors que, pour Foriers encore, « le droit n'est [...] point une discipline qui puisse se libérer des faits et des phénomènes réels et ceux-ci seuls constituent, dans cette discipline, la base fondamentale du raisonnement »²⁰.

n'a jusqu'ici produit qu'un seul généralisateur qui ne soit pas exclusivement métaphysicien, c'est Bentham » (G. De Greef, *Ibid.*, p. 301, n. 1.). De manière plus générale, Dupréel critiquera, quant à lui, l'attitude de parade des philosophes qui inversent l'ordre de l'inspiration entre exploration empirique et présentation philosophique : « la prétention du philosophe proprement dit d'ouvrir la marche, n'a jamais été qu'une attitude de parade, venue au second temps et faussant l'ordre réel de l'inspiration. En réalité, les Philosophes du passé ne sont jamais parvenus à rien de fécond qu'en faisant d'abord œuvre de science proprement dite, ou en réfléchissant sur quelque nouveauté scientifique » (E. Dupréel, *Traité de morale*, Bruxelles, Presses de l'Université de Bruxelles, 1967, t. II, p. 682).

15. P. Foriers, « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », in *La Pensée juridique de Paul Foriers*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 99-100.

16. M. Vauthier, « À propos de l'enseignement du droit », extrait de la *Revue de l'Université* d'octobre 1903, réimprimé en brochure, Lefèvre, 1903, p. 12.

17. E. Picard, *Le Droit pur*, Paris, Flammarion, 1908, p. 356.

18. R. Marcq, « Les nécessités présentes de l'enseignement du droit. Discours prononcé à la Séance solennelle de rentrée, le 17 octobre 1921 », *op. cit.*, p. 7.

19. Propos rapportés par J. Van Ryn, « Notice sur la vie et les travaux de Paul Vander Eycken », Université libre de Bruxelles, *Rapport sur l'année académique 1947-1948*, p. 5.

20. « Actualité du droit naturel », repris dans *La Pensée juridique de Paul Foriers*, I, p. 63 et s., spéc. p. 70. Foriers se réfère à l'enseignement de De Page. On notera qu'il vise

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

Cette primauté de la pratique explique que la science du droit soit, d'abord et avant tout, une science d'observation. Le droit est ainsi, pour Picard, « une science de faits susceptibles d'observation scientifique, et non pas un ensemble de concepts cérébraux »²¹. Comme la définit Henri De Page, « la méthode expérimentale est celle qui prend pour base de toute recherche l'observation [...]. La science expérimentale n'entend pas comme l'astrobiologie, rechercher dans le monde extérieur la confirmation d'une représentation métaphysique préétablie. Elle ignore par conséquent l'Ordre du monde. Elle ne recherche pas ce qui doit être, mais ce qui est. C'est avec l'esprit vierge qu'elle aborde le spectacle du monde, dans une attitude de libre examen intégral »²².

Ce souci d'observer explique l'extraordinaire engouement des juristes de l'École de Bruxelles pour le droit comparé, qui se traduit, au tournant du XX^e siècle, par la création d'un portefeuille particulièrement fourni de cours, qui déclinent cette approche dans toutes les branches (et parfois sous-branches) du droit, souvent pris en charge par le meilleur spécialiste de la matière en question²³. Le droit comparé permet – à l'instar de l'histoire du droit parfois appelée en renfort par les membres de l'École²⁴ – d'illustrer la relativité des phénomènes juridiques, la pluralité des possibles et aussi d'y puiser des inspirations et, de manière stratégique, des arguments aux plaideurs voire aux juges pour contrecarrer le droit interne et favoriser son évolution²⁵.

ici l'étude du droit naturel en introduisant ce qui va devenir l'observation empirique du « droit naturel positif ».

21. E. Picard, op. cit., p. 356.

22. *Droit naturel et positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 33-34. La mention de « l'astrobiologie » constitue une référence directe (et d'ailleurs explicite) de De Page aux travaux de René Berthelot, qu'il considère comme son maître, et plus particulièrement à son ouvrage *La Pensée de l'Asie et l'astrobiologie*, Paris, Payot, 1938. De Page considère le jurnaturalisme comme une manifestation de la pensée astrobiologique en tant qu'elle projette dans la réalité sociale un ordre qui lui paraît régir l'univers : « la notion de droit naturel n'est qu'un des aspects, entre mille autres, de la conception astrobiologique de l'Ordre, lentement étendue, par le moyen de la spéculation rationnelle, à cette incidence particulière du monde moral qu'on nomme le droit » (ibid., p. 26). Voir cependant infra sur la valeur instrumentale du droit naturel dans la lutte pour le droit.

23. Plusieurs grandes figures de l'École se sont illustrées dans cette discipline. Georges Cornil, Henri De Page, René Dekkers, Paul Errera, Louis Wodon, etc. Le cas de Jacques Vanderlinden est à cet égard emblématique puisqu'il conjugait les trois spécialités de l'histoire du droit, du droit comparé et de l'anthropologie juridique, ce qui lui permet d'observer la variabilité et la relativité du droit sous toutes ses formes, avant de devenir le théoricien du pluralisme juridique (J. Vanderlinden, *Les Pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013).

24. Voir notamment la mobilisation de l'histoire par Dekkers dans son ouvrage, parfois exubérant, sur la dynamique historique du droit privé : R. Dekkers, *Le Droit privé des peuples. Caractères, destinées, dominantes*, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1953.

25. E. Bribosia et I. Rorive, « Anti-discrimination Law in the Global Age », *European Journal of Human Rights*, 2015, n° 1, p. 3.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

Le droit se manifeste aussi par les effets observables qu'il produit dans la vie sociale. Il ne peut dès lors être saisi d'emblée par ses concepts, mais d'abord par ses applications. Le droit nous y apparaît, de manière multiple et dispersée, variable dans l'espace et dans le temps, comme des séries de phénomènes relatifs et contingents, mais susceptibles d'observation, d'analyse et donc de connaissance.

Cette position se décline en deux règles de méthode : 1^o le droit doit être abordé par l'analyse de cas pratiques, qui constituent la matière première de toute connaissance juridique (de droit positif comme de théorie, de philosophie ou de sociologie du droit) ; 2^o tout cas pratique doit être étudié dans le contexte de son application.

La prédilection pour les cas

La première règle contribue à expliquer la prédilection affichée par l'École de Bruxelles pour l'étude de la jurisprudence, spécialement de la motivation des décisions judiciaires²⁶. Ainsi, dans toutes les disciplines juridiques, y compris le droit naturel²⁷, comme le martèle Philonenko à la suite de Georges Cornil, le droit « doit être étudié tel qu'il est appliqué par les Tribunaux, par observation et analyse des phénomènes ; c'est là que doit être recherché le droit réellement existant, le droit vivant et positif »²⁸. La décision de justice motivée dresse en effet un compte-rendu qui permet de saisir le droit à l'occasion de son application controversée dans le cas singulier d'une situation concrète donnée. Perelman affirme d'ailleurs que « la supériorité de la pensée juridique sur la pensée philosophique, c'est que, contrairement à celle-ci, qui peut se contenter de formules générales et abstraites, le droit est obligé d'envisager la solution des difficultés qui apparaissent

26. Cet intérêt préférentiel pour l'activité du juge se manifeste de manière enthousiaste dès le début de l'École, par Vander Eycken, relayé ensuite par De Page, tous deux dans le sillage de l'École de la libre recherche scientifique de Génys et plus généralement du tournant sociologique, dont il constitue un trait caractéristique dominant. Il se manifeste ensuite en pratique dans la méthode du groupe Philonenko, bientôt relayée ensuite par le groupe réuni autour de Perelman au CNRL. Il se traduit également au niveau de l'enseignement par l'importance centrale donnée à l'étude des arrêts plutôt que des textes législatifs et réglementaires et à la solution des cas pratiques dans les cours approfondis et les travaux pratiques.

27. P. Foriers, « Actualité du droit naturel », op. cit., p. 70.

28. Préface à la thèse de R. Legros, établie sous sa direction, *L'Élément moral dans les infractions*, Paris-Liège, Sirey-Desoer, 1952, p. vii. C'est un principe central de la méthode de l'École, que Philonenko déclare reprendre à Georges Cornil et qu'il martèle dans ses enseignements, notamment son cours de droit international privé, aussi bien que dans les conférences d'agrégation qui forment la génération des Foriers, Legros, Vander Elst, etc. : « Je l'ai dit dans ma leçon d'ouverture au cours de droit international privé à l'Université de Bruxelles en 1930, je le redis avec la conviction croissante nourrie par l'expérience et l'étude continuée, je le recommande avec une insistance particulière à ceux des élèves des universités belges qui fréquentent la Conférence d'agrégation ; avec Georges Cornil, mon éminent prédécesseur du cours de Pandectes, je dis et je redis, etc. »

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

quand il s'agit d'appliquer ces formules générales à la solution de problèmes particuliers »²⁹. L'École de Bruxelles prend ainsi toute sa part du mouvement qui a déplacé le centre de gravité du droit au XX^e siècle de la perspective du législateur vers celle du juge.

Il ne convient toutefois pas de limiter l'observation du droit aux seuls cas déferés aux juges, à peine de tomber dans ce que Xavier Dieux appelle une « conception pathologique du droit ». Le droit pourra donc, voire devra être observé sur le terrain dans les circonstances de son apparition dans les pratiques de la vie sociale. Tel est le cas dès les toutes premières études de l'École, notamment celles de De Greef ou celles développées au sein de l'Institut de sociologie Solvay. La tradition s'en perpétue tout au long de l'histoire de l'École, au niveau du droit social naissant, mais aussi du droit pénal et de la criminologie, ainsi qu'en droit commercial. Van Ryn se rend ainsi à la bourse pour observer ses pratiques et en induire le droit boursier. On peut en dire autant du droit comptable, du droit bancaire étudié au niveau des pratiques (virement et compte courant) et de l'étude des sûretés issues de la pratique³⁰.

L'approche du droit par les cas pratiques, que nous avons qualifiée de « microjuridique » par analogie à la terminologie utilisée dans d'autres disciplines³¹, se distingue des méthodes « macrojuridiques » préconisées par les courants dominants sur le continent tant en doctrine qu'en théorie du droit, auxquels l'École de Bruxelles s'oppose, de manière parfois polémique. Les tenants de l'École rejettent ainsi toute conception *a priori* du droit sous la forme d'un système logique de normes ou d'un ordre déterminé, qu'il s'agisse des constructions rationalistes ou dogmatiques de l'âge classique et du XIX^e siècle ou de son renouvellement par les positivismes analytiques ou encore par le normativisme kelsenien.

Au-delà des sources formelles

Dans le même esprit, les tenants de l'École rejettent généralement l'étude du droit limitée à l'inventaire des sources formelles en procédant, selon les règles de la méthode le plus souvent enseignée, du général au particulier, des sources formelles vers leurs applications.

29. Ch. Perelman, *Logique juridique*, op. cit., p. 120-121. C'est la raison pour laquelle la philosophie pratique en général (et donc la philosophie du droit en particulier) est invitée à s'inspirer de la méthode des cas des juristes, ce que Perelman ne manque jamais de faire lui-même (« Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », *Éthique et droit*, op. cit., p. 431-443).

30. *Les Sûretés issues de la pratique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983.

31. B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'Académie en poche, 2014.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

Dès 1886, De Greef considère que toute institution sociale dès lors qu'elle produit des effets de régulation est un facteur juridique³². En 1906, Vander Eycken renverse complètement l'ordre classique dans sa méthode positive d'interprétation³³. Maurice Vauthier enseigne qu'« il n'est pas exact qu'avant la solution d'un litige, le droit, par la vertu duquel le litige est vidé, existe déjà dans sa plénitude et sa perfection. Il arrive très fréquemment que le droit n'ait pas d'existence actuelle. C'est à l'occasion d'un débat judiciaire qu'il se dessine, qu'il revêt une forme arrêtée, qu'il naît »³⁴. Son ami Georges Cornil, et à sa suite Maximilien Philonenko, se réfèrent à un antique adage romain selon lequel « *non ex regula ius summatum sed ex jure quod est regula fiat* »³⁵ pour fonder cette approche casuistique qui embrasse un champ autrement plus vaste que celui des sources formelles du droit, même étendues à la jurisprudence et au droit prétorien³⁶. Cornil commente l'adage en ces termes : « plutôt que d'essayer vainement d'assujettir la réalité à une règle abstraite forgée artificiellement, suivons le sage conseil du jurisconsulte romain, et attachons-nous à dégager uniquement de la réalité concrète, les règles abstraites du droit : plions les théories aux faits et non les faits aux théories »³⁷. René Dekkers tire lui aussi du droit romain et de l'étude de son évolution l'idée que les règles, comme le régime du dépôt par exemple, ne sont au fond que des concepts qui ont été progressivement extraits, pour des raisons de commodité, des gestes et des opérations concrètes accomplies par les parties³⁸.

Il en résulte une critique assez radicale et permanente du concept même de « sources formelles » du droit auxquelles sont contestées le caractère prétendument premier ou originaire qu'implique cette

32. Il écrit que « tout organisme social, par cela même qu'il est régulateur, est un facteur juridique » (G. De Greef, op. cit., p. 310).

33. P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906. Sur l'analyse de ce renversement, voir B. Frydman, *Le Sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2007, § 233. Vander Eycken se distingue ainsi, en la radicalisant, de la méthode nouvelle de la libre recherche préconisée par Génys, mais seulement à titre subsidiaire, après l'analyse formelle des sources et le constat de leurs lacunes, ce dont l'auteur de *Méthode d'interprétation et sources*, lui reconnaît le mérite dans la seconde édition de son ouvrage : Vander Eycken a saisi « l'essence même du droit positif, en plaçant en avant les intérêts qu'il assure, pour assigner un plan secondaire aux expressions formelles de leur règlement » (vol. II, § 194, p. 284).

34. M. Vauthier, « Le débat judiciaire », paru à la *Revue de droit international et de législation comparée* en 1906, reproduit dans *Essais de philosophie sociale*, Bruxelles, Lamertin, 1912, p. 196.

35. L'adage, attribué à Paul, est tiré du Digeste (D. 50, 17, 1).

36. Dans sa préface précitée à la thèse de R. Legros sur *L'État de nécessité en droit pénal*, M. Philonenko martèle ce précepte de méthode qui apparaît au centre de l'enseignement de l'École.

37. G. Cornil, *Le Droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, Giard, 1924, p. 75.

38. R. Dekkers, « Le fait et le droit dans la procédure classique romaine », in Ch. Perelman (dir.), *Le Fait et le droit, Dialectica*, vol. 15, 1961, p. 347 et s.

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

métaphore. Vander Eycken propose ainsi de supprimer purement et simplement cette notion dans laquelle il ne veut voir que des « éléments formels d'expression du droit »³⁹. Selon Georges Cornil, « un droit s'épanouit en marge des textes, et la dénomination "droit jurisprudentiel" est trop étroite pour le désigner »⁴⁰. Cornil file la métaphore pour la renverser en montrant que les sources du droit ne sont que les émanations de la nappe phréatique qu'est le droit : « la source, c'est-à-dire le point d'irruption de l'eau hors du sol, postule l'existence d'une nappe d'eau à l'intérieur du sol : la source n'engendre pas l'eau qui l'alimente, mais elle se borne à en révéler extérieurement l'existence »⁴¹. Perelman consacre un article à ce problème qu'il conclut en indiquant que « l'analyse de la pratique du droit nous prouve que la théorie des sources du droit ne suffit pas à expliquer son fonctionnement »⁴². Enfin, pour Perelman, qui évoque ici le souvenir de la résistance, « la validité formelle rappelle les uniformes des soldats de l'armée régulière, qui peuvent néanmoins être moins efficaces au combat que des partisans sans uniforme »⁴³. La pratique est toujours en avance sur les sources et constitue un réservoir inépuisable de normes en gestation, qu'il appartient au juriste d'exhumer pour en formuler le régime. Comme le résume d'une phrase Xavier Dieux, « il est, en vérité, question de droit, toutes les fois qu'il est question de régulation »⁴⁴.

Le refus de l'abstraction

De même encore, les membres de l'École se défient d'une approche purement conceptuelle du droit, qu'elle soit analytique ou logique⁴⁵. Les concepts juridiques n'ont pas d'existence autonome, indépendante des effets qu'ils produisent ou sont susceptibles de produire dans la pra-

39. P. Vander Eycken, op. cit., notamment p. 12, 15, 17, 128 et s., 329. Pour une analyse plus approfondie : B. Frydman, *Le Sens des lois*, op. cit., § 229.

40. G. Cornil, « La complexité des sources du droit comparé », in *Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, L.G.D.J., 1938, t. 1, p. 358-369, ici p. 363.

41. Ibid., p. 364.

42. Ch. Perelman, « Ontologie juridique et sources du droit », in *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 523-535, originellement publié dans *Archives de philosophie du droit*, t. 27, Paris, Sirey, 1982, p. 23-31.

43. Ch. Perelman, « Essai de synthèse », in Ch. Perelman (éd.), *La Règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 316.

44. X. Dieux, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, chap. 1, § 11.

45. Qu'il s'agisse de l'École des concepts proprement (*Begriffsjurisprudenz*) du XIX^e siècle, critiquée par les adeptes du tournant sociologique à Bruxelles comme ailleurs par Jhering, Holmes et Gény notamment, mais aussi de l'approche conceptuelle de Hart et de l'École d'Oxford, ou encore de l'étude des concepts juridiques pratiquée par la doctrine et dans l'enseignement des facultés en France (telle qu'elle est présentée par exemple, dans une charge polémique, par C. Jamin et M. Xifaras dans « De la vocation des facultés de droit de notre temps pour la science et l'enseignement », *R.I.E.J.*, 2014, p. 107).

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

tique. De manière générale, comme l'exprime très clairement Dupréel « la connaissance est [...] une valeur d'action. Une notion, tout ce que désigne un mot ou une phrase, cela n'est pas élaboré par un souci de correspondance avec un objet, c'est un instrument dont on se sert et dont la valeur se mesure d'abord à son rendement »⁴⁶.

Cette maxime pragmatique connaît un cas d'application remarquable avec la solution de la question longuement disputée de la nature réelle ou fictive des personnes morales, véritable pont aux ânes de la métaphysique juridique. Renvoyant dos à dos les thèses réaliste et nominaliste en conflit, Van Ommeslaghe défendait en 1958⁴⁷ à la suite de Van Ryn et en accord avec Simont la thèse de la « construction technique » au terme de laquelle la personnalité morale n'est rien d'autre que le résumé commode des règles spécifiques qui s'appliquent aux groupements auxquels elle est attribuée ou reconnue. Cette thèse, qui découle de celle de la « réalité technique » défendue en France par Michoud⁴⁸, a mis un terme, semble-t-il définitif, à la controverse en Belgique, ce qui n'est apparemment pas le cas en France à en croire l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation. De Page estimait déjà dans la deuxième édition du *Traité* que la controverse était périmée⁴⁹. Perelman exprime le même avis en conclusion du volume collectif consacré aux présomptions et fictions en droit⁵⁰.

Il en résulte, sur le plan de la méthode, que, d'une part, les distinctions conceptuelles qui ne correspondent pas à des différences sur le plan pratique doivent être abandonnées comme inutiles. D'autre part et à l'inverse, la pertinence et l'utilité d'un concept doivent être mises en cause lorsque celui-ci recouvre des réalités sociales ou économiques différentes, justiciables de régimes distincts⁵¹. Cette méfiance s'étend aux concepts de la théorie du droit, comme les sources, ainsi

46. E. Dupréel, *Essais pluralistes*, Paris, PUF, 1949, p. 332. Le propos se retrouve également dans la sociologie générale de Dupréel : « la connaissance est avant tout valeur d'action » (E. Dupréel, *Sociologie générale*, Paris, PUF, 1948, p. 390).

47. P. Van Ommeslaghe, « Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales », *R.C.J.B.*, n° 3, 1958, p. 290.

48. L. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, L.G.D.J., 1906.

49. *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, 2^e éd., p. 547.

50. Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *Présomptions et fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974. Perelman s'étonne que Silance et Van Compernelle aient choisi d'y consacrer leurs contributions.

51. On trouve une illustration récente remarquable de ce principe, toujours sur la question de la personnalité morale, sous la plume de Xavier Dieux qui critique le maintien par le législateur du concept de société pour désigner, sous une notion unique, les deux réalités économiques fondamentalement différentes de la société de personnes et de la société de capitaux, qui appellent des règles de fonctionnement et des régimes de protection tout à fait différents, d'ailleurs consacrés par le droit positif (X. Dieux, « Les structures élémentaires de la société : "la trahison des images" » (2010), repris dans *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181 et s.).

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

qu'on l'a vu, et le système ou l'ordre juridique, qui ne doivent pas être pris pour des réalités en soi, mais seulement comme des instruments plus ou moins commodes pour appréhender les phénomènes juridiques⁵².

L'importance primordiale des faits

Le second précepte qui découle de l'approche empirique du droit commande que tous les cas soient étudiés dans le contexte de leur application. C'est là un leitmotiv depuis la création de l'École, qui se retrouve encore sous la plume de Perelman lorsqu'il écrit que « le droit [...] ne peut jamais être isolé du contexte social dans lequel il est censé agir »⁵³. Il faut cependant approfondir ce qui se trouve compris dans cette notion de « contexte social » pour en saisir plus précisément les implications spécifiques en termes de méthode.

Le contexte dans lequel le droit doit toujours être étudié est d'abord et avant tout constitué par les faits. Pour De Page, que « le droit [soit] avant tout une science sociale » signifie que « ses bases, ses directives initiales, sa vie se trouvent dans la matérialité brute des faits »⁵⁴. L'étude du droit part donc de l'étude des faits et comme il s'effectue au départ d'un cas concret, il faut, écrit Van Ommeslaghe, « examiner d'abord les circonstances particulières propres à ce cas concret et notamment les éléments de fait dans lesquels celui-ci se situe »⁵⁵. Par leur examen scrupuleux, le juriste se gardera de toute généralisation précipitée ou abusive qui risquerait de le faire sombrer dans l'erreur⁵⁶. Pour Jean Salmon, les faits constituent « une donnée aussi fondamentale que le droit pour résoudre le cas en litige »⁵⁷.

52. Voir B. Frydman, *Le Sens des lois*, op. cit., qui opère une généalogie de ses concepts notamment d'« ordre juridique » et de « sources du droit ».

53. « À propos de l'idée d'un système en droit », *Éthique et droit*, p. 505. Comparer avec les développements du pragmatiste J. Dewey à ce sujet : « Le droit ne peut être posé comme s'il était une entité à part, mais doit être commenté uniquement par rapport aux conditions sociales où il naît et à ce qu'il réalise concrètement dans ce domaine » (*My Philosophy of Law*, Boston Law Book, 1941).

54. *De l'interprétation des Lois, contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence*, Paris, Payot, 1925.

55. P. Van Ommeslaghe, « Le droit civil selon l'École de Bruxelles depuis Henri De Page », dans ce volume.

56. M. Philonenko en donne de très nombreux exemples, y compris imputés à d'éminents auteurs de doctrine français dans sa préface à la thèse de R. Legros sur *L'Élément moral des infractions*.

57. J. Salmon, « L'école critique de droit international de Bruxelles » dans ce volume. La question est en réalité si fondamentale que Jean Salmon lui a consacré un cours en particulier à l'Académie de droit international (« Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982, t. 175).

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

Cependant, ces faits ne sont pas donnés, mais toujours construits⁵⁸ et notamment dans la procédure judiciaire, où les éléments de fait sont « produits », comme le langage juridique le dit si bien, à l’initiative des parties et aussi à l’intervention ou à l’appréciation du juge⁵⁹, par le moyen de ces arguments particuliers que l’on appelle des preuves.

La recherche interdisciplinaire et collective

Cependant, le contexte s’étend plus largement aux « faits sociaux » et à « la réalité sociale », qui sont de véritables poncifs nés du modèle sociologique. L’étude du cas devra envisager potentiellement toutes les dimensions de la réalité dans laquelle il s’inscrit, l’état de la société, la situation économique, aussi bien que l’environnement technique⁶⁰ et le contexte politique, dans la mesure où elles apportent des éléments utiles à la découverte et à la justification de la solution. Ces éléments ne se limitent donc pas aux données purement factuelles, mais s’intéressent tout particulièrement aux intérêts et aux valeurs qui s’affrontent dans la cause⁶¹.

Pour appréhender ces aspects multiples de la réalité économique et sociale, de leur évolution, des conflits d’intérêts et de valeurs qui la traverse, l’École de Bruxelles préconise avant l’heure une approche interdisciplinaire, qui se pratique de manière systématique au sein de l’Institut de sociologie Solvay et se poursuit, de manière plus limitée, après la Seconde Guerre mondiale. Paul Foriers invite ainsi à rejeter « la distinction tranchée entre “science du droit”, “sociologie du droit” et “philosophie du droit” [qui] est, en effet artificielle et stérile car elle conduit à l’impuissance de ces trois disciplines »⁶². Plus

58. J. Salmon, « La construction juridique du fait en droit international », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, *Le droit international*, Paris, Sirey, 1987. Du moins cette idée apparaît-elle avec Dupréel et elle s’impose avec Perelman. C’est là une différence nette entre le positivisme, pour lequel les faits sont « réels » et le pragmatisme (voir le développement consacré à cette question in B. Frydman, « L’œuvre collective de l’École de Bruxelles en argumentation juridique », dans ce volume).

59. Comme l’indique Jean Salmon, « Le rôle moteur des parties et créateur du juge sont ici très perceptibles » (in « L’École critique de droit international de Bruxelles », dans ce volume).

60. Perelman évoque notamment « les changements d’ordre technique et culturel », mais aussi les autres normes comme « l’incidence d’un droit étranger ou religieux » (« À propos de l’idée d’un système de droit », repris dans *Éthique et droit*, op. cit., p. 502 et s., spéc. p. 505-506). Il ajoute plus loin et conclut que « des préoccupations idéologiques, d’ordre moral, religieux ou politique, ne peuvent pas être étrangères au droit car elles exercent une grande influence sur l’effectivité du système et sur la manière dont les règles de droit sont interprétées et appliquées » (p. 510).

61. Sur la dimension éclectique et plurielle de la « réalité sociale » dans le modèle sociologique, voir B. Frydman, *Le Sens des lois*, op. cit., §§ 209-210.

62. « Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique », in *La Pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1952, vol. 1, p. 66. O. Corten préconise au contraire dans plusieurs articles et son ouvrage *Méthodologie du droit international*

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

récemment, Xavier Dieux préconise lui aussi de dépasser « les conflits de frontières entre sciences sociales »⁶³.

Cette approche transdisciplinaire a pour conséquence l'un des traits marquants de l'École de Bruxelles, le caractère réellement collectif des recherches et des travaux réalisés. Les exemples de l'Institut de sociologie et de la section juridique du CNRL l'illustrent pleinement. Comme le dit Perelman, qui fait mine de s'interroger mais a déjà trouvé sa réponse : « Je me demande si des efforts s'étendant à tout le champ des sciences humaines ne devraient pas être l'objet de travaux d'équipes, d'équipes de gens qui se donnent la main, qui s'aident, qui s'épaulent, qui se critiquent ; je ne crois pas que cela puisse être mené par un seul homme. »⁶⁴

Par cette perspective, l'École de Bruxelles s'oppose radicalement et doublement à la théorie pure du droit de Kelsen qui impose à la fois une stricte séparation entre le droit et les autres sciences sociales et entre les faits et les valeurs, excluant ces dernières de la « science du droit ». Mais « en se refusant le recours aux jugements de valeur, souligne Perelman, Kelsen est incapable de rien dire quant au contenu des décisions tant législatives que judiciaires »⁶⁵. Ceci réduit considérablement l'intérêt de cette science du droit ainsi sévèrement amputée. D'autant que la prétendue distinction entre les jugements de réalité et les jugements de valeur se révèle intenable. Dupréel et Perelman se sont en effet employés à montrer que tout jugement de réalité, de même que toute catégorisation du réel qui permet de produire des faits repose et se fonde ultimement sur un jugement de valeur⁶⁶. Ceci apparaît notamment dans l'étude juridique des cas, où faits, droits et valeurs se constituent les uns les autres dans un mouvement dialectique⁶⁷. Si bien que refuser les jugements de valeur impliquerait de renoncer à toute forme de connaissance et de rationalité, non

public (Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009) une stricte séparation méthodologique des approches de droit positif, théorie du droit, philosophie du droit et sociologie du droit.

63. X. Dieux, *Droit, morale et marché*, op. cit., p. 2.

64. Extrait de l'exposé fait par Perelman le 23 avril 1960 à la Société française de philosophie, resté fameux puisque le philosophe de l'École de Bruxelles y dialogue avec A. Koyré, J. Wahl, P. Ricoeur et J. Lacan notamment, publié initialement dans le *Bulletin de la société*, 1961, p. 1-50, reproduit dans *Éthique et droit*, op. cit., p. 118-177, spéc. p. 156-157. Pour une analyse approfondie de cette séance, voir G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001, p. 1 et s. et dans la suite de l'ouvrage.

65. « À propos de l'idée d'un système de droit », repris dans *Éthique et droit*, op. cit., p. 502 et s., spéc. p. 508. C'est pourquoi il estime, en accord avec Viehweg, que cette théorie doit être complétée par une théorie rhétorique du droit (ibid.).

66. M. Dominicy, « Perelman et l'École de Bruxelles », site du Centre Perelman, https://www.philodroit.be/IMG/pdf/Marc_Dominicy_Article_Perelman.pdf.

67. Comme le rappelle Jean Salmon dans sa contribution au présent ouvrage sur « L'école critique de droit international de Bruxelles ».

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

seulement en droit mais dans tous les domaines du savoir, y compris les sciences naturelles⁶⁸.

La lutte pour le droit

L'étude des cas pratiques dans leur contexte social permet d'observer comment le droit est réellement produit. Le cas met en scène le conflit des intérêts concurrents et des forces antagonistes qui s'affrontent dans une lutte dont le droit fournit l'enjeu. Ce thème de la « lutte pour le droit », emprunté à Jhering⁶⁹, sera développé pour occuper une place tout à fait centrale dans la manière de faire du droit de l'École de Bruxelles.

Vander Eycken définit le droit comme « un phénomène social provoqué par le conflit des intérêts »⁷⁰. C'est même, selon De Page, l'enseignement essentiel de l'observation empirique du droit : « dans le monde social, tout comme dans le monde physique ou biologique, la réalité expérimentalement vérifiable ne nous révèle que des forces, des conflits de forces et des équilibres de forces. L'origine de l'État lui-même ne s'analyse, on le reconnaît unanimement aujourd'hui, qu'en un phénomène de forces »⁷¹. Il apparaît ainsi, ajoute Foriers, que « les droits, les biens et les intérêts sont en perpétuel conflit sur les plans tant matériel qu'éthique et moral »⁷². Or, le droit naît de « cette collision des droits, des biens et des intérêts »⁷³. « Le droit [...], conclut Perelman, 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. »⁷⁴ Cette lutte, que le cadre judiciaire du procès met en scène de manière spectaculaire⁷⁵, s'étend en réalité à toutes les scènes sans exception où le droit s'élabore, dans le processus législatif, dans la vie sociale et la

68. Voir à cet égard les travaux d'autres Bruxellois, notamment Isabelle Stengers, y compris dans ses travaux avec Ilia Prigogine et surtout sur cette question, la thèse remarquable de Serge Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Bruxelles, VUB Press, 1993.

69. R. von Jhering, *La Lutte pour le droit*, trad. par O. de Meulenaere, Paris, Dalloz, 2006, avec une présentation d'O. Jouanjan.

70. *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 8.

71. *Droit naturel et positivisme juridique*, op. cit., p. 37.

72. P. Foriers, « La relativité de la loi pénale et l'état de nécessité », repris dans *La Pensée juridique de Paul Foriers*, t. I, p. 44 A et s., spéc. 44 C.

73. Ibid. Foriers vise ici spécifiquement la loi pénale, dont il indique qu'elle est « relative » en tant que produit de cette collision, c'est-à-dire contingente.

74. Ch. Perelman, *Éthique et droit*, op. cit., p. 553.

75. Terrain privilégié d'observation pour De Page, Philonenko et bien sûr pour le groupe Perelman.

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

pratique, dans la doctrine⁷⁶ et dans la philosophie du droit⁷⁷.

Le conflit des normes, des intérêts et des valeurs représente, pour l'École de Bruxelles, l'horizon indépassable de la raison juridique. Le désaccord fondamental n'est le fruit ni d'une erreur à rectifier ni d'un malentendu à dissiper. Le droit ne peut pas résoudre le conflit des valeurs et des normes, mais la lutte permanente qui s'ensuit est le moteur du droit. Le droit ne se construit pas en dépit mais bien grâce à ces controverses permanentes.

Cette conception de la lutte permanente pour le droit dans un contexte pluraliste emporte des conséquences très importantes. Celles-ci concernent la manière de contribuer à la construction et à l'interprétation du droit, les instruments pour ce faire, mais aussi la position des juristes et des professeurs par rapport à cette lutte.

L'engagement⁷⁸

Que le droit soit le produit de la lutte signifie, comme nous l'avons déjà vu, que la solution des cas n'est pas déterminée par un ordre préétabli ni écrite par avance dans les sources, d'où il suffirait de la déduire. Cet état de choses n'est pas une fatalité ni une calamité à déplorer, mais au contraire une opportunité, dont on doit se féliciter et qu'il faut saisir. Les grandes figures de l'École de Bruxelles ne cessent de faire l'éloge de la lutte et d'appeler à s'y engager. Comme l'écrit Jean Salmon, « le droit est un champ de bataille où il faut choisir son camp »⁷⁹. L'École de Bruxelles développe une philosophie de l'action, qui prône, de manière constante et à tous les niveaux, une morale de l'engagement. Cet engagement est évidemment celui de l'avocat engagé au côté d'une partie dans une cause, mais aussi du juge qui doit, à l'issue des débats, prendre une décision et enfin celui de la doctrine qui rend compte, commente et critique cette décision. L'engagement peut également s'opérer au sein de la société elle-même et bien sûr se prolonger dans le combat politique, notamment dans le processus législatif. Dans des circonstances extrêmes, mais directement éprouvées à l'époque de la Résistance par de grandes figures de l'École et qui ont marqué son

76. Dieux démontre que cette tension est présente en droit des obligations à la fois au niveau de la législation, de la doctrine, de la jurisprudence et jusque dans la pluralité des ordres juridiques (en l'espèce interne et communautaire) (« Tendances générales du droit contemporain des obligations. Réformes et contre-réformes », repris dans *Droit, morale et marché*, op. cit., p. 779 et s. et spéc. la conclusion p. 817, citée ci-dessous).

77. Comme on peut le voir dans les luttes que l'École de Bruxelles mène successivement contre la méthode exégétique et le positivisme analytique.

78. Voir dans ce volume l'étude spécialement consacrée à ce thème de Caroline Lequesne-Roth, « Le droit selon l'École de Bruxelles : une philosophie de l'engagement ».

79. « L'école critique de droit international de Bruxelles », dans le présent volume.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

histoire et sa doctrine, la lutte peut prendre un caractère violent et armé.

De cette conception du droit et du principe moral qui en découle, l'École de Bruxelles fait une règle de méthode que Henri De Page résume en une formule selon laquelle : « le droit n'est pas, mais se fait, et [...] tous, gouvernés comme gouvernants, nous avons dans cette lutte une place que nul ne peut désertier, si nous voulons faire triompher nos intérêts et notre idéal »⁸⁰. Rien n'est donc plus étranger à l'École de Bruxelles que le principe de « neutralité axiologique ». D'abord parce que cette position de neutralité est impossible à tenir, sinon dans une pure attitude de parade. Le droit ne peut être abordé et compris que dans la perspective d'un participant, non dans un illusoire point de vue externe de survol. Ensuite et surtout parce que cette position est inutile. Le juriste ne peut contribuer à construire le droit en assistant à la lutte en simple spectateur dans la tribune. Puisque le droit n'est pas, mais se fait, il ne peut « faire du droit » qu'en plongeant lui-même dans l'arène.

L'École de Bruxelles se démarque ici très clairement d'une certaine approche sociologique qui se cantonne délibérément dans une position d'extériorité par rapport au droit. Mais elle se démarque aussi d'une approche purement critique du droit qui voit en celui-ci un simple vernis idéologique qu'il convient de faire craquer pour révéler la supercherie au grand jour et exhiber les rapports de forces, de domination, d'exploitation, dans leur brutalité et leur violence premières⁸¹. L'École de Bruxelles ne peut se satisfaire de cette attitude de dénonciation. Non pas qu'elle méconnaisse l'existence et l'importance des rapports de force, dont elle fait au contraire la matière brute du droit et un objet de l'observation empirique. Mais si l'analyse de ces rapports est nécessaire, elle ne la considère pas comme suffisante. Le pur critique, en tant qu'il se borne à révéler ou à dénoncer, demeure finalement un observateur passif sur le bord du chemin. Le rapport des forces et le conflit des valeurs et des intérêts sont un donné, mais il ne faut pas pour autant s'en satisfaire ni s'y résigner. Une fois ceux-ci analysés et compris, l'essentiel du travail reste à faire. Le travail du juriste commence véritablement. Le droit n'est pas la résultante aveugle d'un rapport de force prédéterminé. L'École de Bruxelles nous enseigne que le droit n'est pas l'exécuteur des basses œuvres de la politique, mais l'un des terrains éminents où la lutte politique bat son plein. « Le droit est l'arme des faibles », disait Henri Rolin⁸². Il appartient au juriste d'user de toutes les ressources de sa maîtrise

80. *Droit naturel et positivisme juridique*, op. cit., p. 40. Rappelons qu'il s'agit d'une leçon d'introduction aux études supérieures donnée à tous les étudiants de l'Université libre de Bruxelles pendant la « drôle de guerre ».

81. Voir cependant Salmon et sa conception critique du droit international qui se démarque ouvertement sur ce point comme il s'en explique dans sa contribution.

82. Cité par J. Salmon, « L'École critique de Bruxelles en droit international », p. 16.

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

et de son talent en vue de faire prévaloir, dans la contradiction et les controverses, des solutions acceptables qui, en contribuant à faire évoluer le droit, contribueront également et par là même à faire évoluer le rapport des forces et à en déterminer un nouvel équilibre. Comme le résume Xavier Dieux, le droit n'est pas la justice, mais il peut contribuer à sa réalisation⁸³.

Le droit comme instrument

L'École de Bruxelles développe une conception instrumentaliste du droit tant dans la recherche que dans l'enseignement. Le droit n'est pas une fin en soi, mais un moyen en vue d'une fin⁸⁴. Un ensemble de moyens en réalité, qui composent la panoplie du juriste mobilisable dans la lutte pour le droit. Comme l'écrit Van Ommeslaghe au sujet de l'enseignement, « il s'agit plutôt, en ordre principal, de former les juristes à l'utilisation des instruments nécessaires à la solution des problèmes qu'ils doivent résoudre dans leur pratique professionnelle »⁸⁵.

Il en va de même des notions du droit, que l'on traitera « comme des outils, adaptables aux situations les plus variées »⁸⁶ et de la logique juridique, c'est-à-dire des arguments, qui servent à produire et à justifier des solutions : ainsi les présomptions et plus généralement les preuves, les fictions, les notions à contenu variable, etc.⁸⁷ La même analyse prévaut pour les méthodes d'interprétation entre lesquelles le juge choisit pour parvenir à la solution adéquate du cas⁸⁸.

Même le droit naturel n'échappe pas à cette approche purement instrumentale. Prenant le contrepied de la conception louvaniste, Henri De Page explique que le droit naturel, tout comme la notion de justice

83. X. Dieux, *Le Marché bien tempéré*, Bruxelles, Éditions de l'Académie, coll. « L'Académie en poche », 2013.

84. *Law as a Means to an End*, selon le titre américain de la traduction américaine de *La lutte pour le droit* de Jhering publié par Boston Book Cie en 1913.

85. Dans ce volume, « Le droit civil selon l'École de Bruxelles depuis Henri De Page ».

86. « En traitant les notions comme des outils, adaptables aux situations les plus variées, il n'est plus question de rechercher, à la manière de Socrate, le vrai sens des mots, comme s'il y avait une réalité extérieure, un monde des idées, auxquelles ces notions doivent correspondre » (Ch. Perelman, *Logique juridique*, op. cit., § 60, p. 120-121).

87. Voir en détail sur ce point l'article de B. Frydman, dans ce volume, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique ».

88. P. Foriers, « Réflexions sur l'interprétation de la loi et ses méthodes », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1957, p. 333-343. Du même auteur, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », reproduit dans *La Pensée juridique de Paul Foriers*, op. cit., vol. 2, p. 709-719. Pour une analyse approfondie de cette question, voir B. Frydman, *Le Sens des lois*, op. cit., spéc. ch. 9, consacré au modèle pragmatique d'interprétation.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

ne serait qu'une idée creuse et un mythe, s'il n'était pas une arme qui remplit la « fonction sociale » utile d'un « levier d'action » en vue de la transformation de l'ordre établi⁸⁹ : « pour ceux qui agissent, c'est un moyen de combat dans la bataille sociale pour un droit meilleur »⁹⁰, un outil dans la lutte pour le droit qui permet la critique du droit positif et sa transformation. Cette conception se prolongera dans la notion de « droit naturel positif », introduite par Philonenko et développée par Foriers, qui rend compte du combat mené par les juristes de l'après-guerre pour faire entrer dans le droit positif et ainsi rendre effectif certains principes et valeurs, notamment (mais pas uniquement) par la « découverte » et la reconnaissance des principes généraux du droit comme règles obligatoires⁹¹.

Comme le droit n'est pas prédéterminé par le système ou le catalogue des sources, mais au contraire produit par la lutte au moyen des techniques juridiques, l'École de Bruxelles développe une conception dynamique du droit, où celui-ci, bien qu'il ait pour fonction de garantir la sécurité en assurant le respect des attentes légitimes, apparaît en permanente évolution. L'accent est mis sur les innovations, auxquelles les membres de l'École prennent d'ailleurs une part très active, et sur les ressources de l'ingénierie juridique. Celle-ci a pour vocation de concevoir et de développer des constructions juridiques, souvent au départ de matériaux simples tirés du droit commun, pour apporter des solutions nouvelles adaptées aux questions et problèmes nouveaux soulevés par l'évolution de la société et de ses valeurs.

La ligne claire

Cet art du droit selon l'École de Bruxelles a d'ailleurs son style, qu'il partage pour le coup avec l'autre école du même nom qui s'est illustrée dans le Neuvième Art : la ligne claire. Qu'il s'agisse d'exposer une matière ou une controverse⁹², une question juridique dans le cadre de l'enseignement⁹³, d'un article ou d'un traité⁹⁴, d'un jugement ou même

89. H. De Page, *L'idée de droit naturel*, Bruxelles, Bruylant, 1936, p. 48 et s., spéc. note 25 p. 51 sur la justice comme notion fonctionnelle.

90. Ibid., p. 54. « C'est même le seul dont on dispose », ajoute-t-il.

91. Voir dans ce volume B. Frydman, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique ».

92. « Les controverses, explique Van Ommeslaghe, sont exposées en général de manière synthétique avec l'indication des solutions proposées par les auteurs ». L'auteur est d'ailleurs célèbre pour son traitement tranchant à nul autre pareil des controverses, tel qu'on peut le vérifier à la lecture de son traité sur *Les Obligations*.

93. Ses élèves racontent ainsi que Henri De Page exposait n'importe quelle question en une heure de cours, quelle que soit sa difficulté.

94. Voir notamment la rigueur et la clarté des *Principes de droit commercial* de Van Ryn et Heenen, soulignées par Van Ommeslaghe et Dieux dans ce volume.

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

d'une plaidoirie⁹⁵, les auteurs de l'École de Bruxelles cultivent un style simple, concis, direct, sans ornements ni fioritures, qui va droit au but, sans détours ni complications inutiles. Selon Pierre Van Ommeslaghe, le style de l'École « est précis, plutôt incisif. Il est marqué par la brièveté et une sérieuse rigueur dans la construction des phrases »⁹⁶. Il marche dans les pas de son maître Henri De Page qui insiste dans l'avant-propos de son fameux traité sur l'importance de la formulation : « Le classique ne réside pas dans le fond des idées humaines, mais dans leur forme. Une idée neuve, judicieusement conçue et clairement exprimée, est d'emblée une idée classique. »⁹⁷ Le même style se retrouve d'ailleurs sous la plume des philosophes du droit de l'École, qui y accordent également une importance particulière⁹⁸.

L'esthétique de la ligne claire ne concerne pas seulement le style littéraire, mais également les constructions de l'ingénierie juridique, dont l'École de Bruxelles recommande de tracer l'épure au moyen des lignes sobres et dépouillées des principes du droit commun⁹⁹. Xavier Dieux prône ainsi le retour aux principes du droit commun de préférence au style « technocratique » importé notamment des directives européennes¹⁰⁰, à la logorrhée des contrats « à l'américaine »¹⁰¹ ou aux « constructions artificielles » d'une certaine doctrine¹⁰². Pour le juriste pragmatique, qui cherche à construire et à introduire dans le droit positif des solutions innovantes, adaptées et équilibrées, il n'y a pas de matériau plus utile, tout à la fois plus souple et plus résistant, plus polyvalent que les principes du droit commun. Enfin, les principes forment la base privilégiée sur laquelle peut s'édifier la reconstruction d'une matière au départ des cas, de préférence à une approche exégétique ou compilatrice des sources.

95. Plusieurs témoignages insistent sur la sobre efficacité des plaideurs de l'École, ainsi de Georges Smets dans l'affaire Moulin, ou de René Marcq. Ce style dépouillé et sobre qui est aussi une forme de rhétorique.

96. P. Van Ommeslaghe (« L'École de Bruxelles en droit civil », op. cit., § 36) insiste aussi sur la clarté et la mise en évidence des structures qui articulent le texte.

97. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1933, avant-propos.

98. Non seulement De Page et Foriers, qui écrivent aussi en doctrine, mais également chez Perelman, dont le style et le mode d'exposition tranchent par leur sobriété et leur articulation avec le genre généralement plus littéraire de la philosophie en langue française.

99. Xavier Dieux prône ainsi le retour au droit commun des obligations dans *Droit, morale et marché*, op. cit. : voir le ch. 29 intitulé « Pour un retour au droit commun » en matière de cessions d'actions, mais aussi le ch. 21, « Droit financier et droit commun », ainsi que la préface de B. Frydman sur ce point.

100. Ibid., ch. 23, à propos des directives en droit financier.

101. Ibid., ch. 29, intitulé de manière transparente « Pour un retour au droit commun », à propos des contrats de cession d'actions.

102. Ibid., ch. 28, critiquant la doctrine française en matière de groupes de contrats.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

Un pragmatisme juridique

« Si le XIX^e siècle a été, en droit, le siècle du formalisme, allant de pair avec une conception étatique et légaliste du droit et des règles de droit, le XX^e siècle, sous l'influence de considérations sociologiques et méthodologiques, conduit au réalisme, au pluralisme juridique, à l'acceptation du rôle croissant des principes généraux du droit, à une conception plus topique que formaliste du raisonnement juridique. Ce qui entraîne la reconnaissance du rôle croissant du juge dans l'élaboration du droit [et] la prééminence de l'efficacité de la règle de droit sur sa validité formelle. »¹⁰³

Cette synthèse remarquable dressée par Perelman pointe certains traits constitutifs de la conception du droit de l'École de Bruxelles. Si les concepts et les méthodes varient – heureusement – au fil d'un siècle d'histoire et en fonction des objets traités et des objectifs visés, cette adaptation même, qui épouse les contours spécifiques de l'objet à saisir et répond aux nécessités pratiques et aux besoins à combler, est conforme au pragmatisme foncier caractéristique de l'École, pour laquelle le concept et la méthode ne sont eux-mêmes que des instruments, des outils ajustables et perfectibles.

L'École de Bruxelles n'a pas de maître à penser, ce qui serait d'ailleurs contraire au libre examen qu'elle cultive et qui réclame « le rejet en toute matière de l'argument d'autorité »¹⁰⁴. Si certains auteurs sont présentés tour à tour comme ses « chefs de file » (Waxweiler, Dupréel, Perelman), cela reflète davantage leur rôle d'animateur ou de meneur de projets ou le fait que ceux-ci se sont plus particulièrement attachés à en formuler la méthode ou la philosophie, avec un certain succès.

Cette philosophie de l'École de Bruxelles s'inscrit clairement dans la famille du pragmatisme juridique, mais elle en développe une forme spécifique, à certains égards originale. Le pragmatisme ressort des traits saillants que nous avons passés en revue¹⁰⁵ : l'antiformalisme et le rejet de tout système *a priori*, le souci primordial de la pratique et de l'effectivité, le pluralisme et le constructivisme (« le droit n'est pas mais se fait »), la théorie de l'interprétation, etc. Ces traits sont typiques du pragmatisme juridique, appelé souvent « réalisme », dont les analystes rapprochent d'ailleurs l'École¹⁰⁶.

103. Ch. Perelman, *Éthique et droit*, op. cit., p. 740.

104. Article 1^{er} des statuts de l'ULB. Voir sur ce point la contribution dans ce volume de Jacques Vanderlinden, « Sur les marches de l'École de Bruxelles ».

105. Sur le pragmatisme juridique, on peut lire de B. Frydman, « Le droit comme savoir et instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *Revue de la recherche juridique*, 2017, p. 1805-1820.

106. De manière convaincante sur cette question, au sujet de Perelman, voir G. Vannier, *Argumentation et droit*, Paris, PUF, 2001. La question est traitée à plusieurs reprises,

Conclusion : l'art et la manière de faire du droit d...

Ces liens de famille avec le pragmatisme sont en outre confirmés par l'histoire des idées. La philosophie pragmatique a été introduite à Bruxelles de manière approfondie et critiquée par René Berthelot à partir de 1897, puis intégrée dans un dialogue toujours critique, mais productif notamment par Vauthier¹⁰⁷ et surtout par Dupréel¹⁰⁸, a contribué à la reformulation du principe du libre examen¹⁰⁹, avant d'être assimilée par Perelman¹¹⁰, assumée par De Page¹¹¹ et Van Ommeslaghe¹¹² et expressément revendiquée¹¹³.

Ce pragmatisme présente cependant des caractères particuliers, constitutifs d'une identité propre. Cette spécificité tient probablement à la position relativement isolée de l'École de Bruxelles sur le continent européen, où les approches systématiques et notamment normativistes ont largement dominé la scène. Les autres courants proches du pragmatisme, qui se sont esquissés au début du XX^e siècle,

notamment § 19, « Quel pragmatisme ? », p. 62-68, qui conclut que « [l]a position de Perelman qui vient d'être définie peut bel et bien être comprise à partir d'un certain pragmatisme » en soulignant la proximité et l'admiration de Perelman par rapport à Peirce. Voir aussi § 39, « Le pragmatisme et le droit », p. 126-129, selon lequel « le pragmatisme est en réalité le principe dominant » (p. 127) et Vannier ajoute : « Ce que Perelman appelle ici pragmatisme est très proche du réalisme dans la théorie du droit inspirée par O. W. Holmes » (ibid.). Voir également la conférence du professeur Susan Haack où elle qualifie l'École de Bruxelles d'« europragmatisme » : « Legal pragmatisms – A defense of the Classical Tradition, a Critique of Recent Vulgarizations and Some Questions about Eurojurisprudence », conférence donnée à Bruxelles le 12 mars 2013, disponible en ligne sur <https://www.philodroit.be/Legal-Pragmatisms-Conference-Susan?lang=fr>.

107. Voir not. M. Vauthier, « Le devoir social de l'étudiant », *Revue de l'Université de Bruxelles*, n° 2, déc. 1925-jan. 1926, 1926, spécialement p. 6 et s.

108. Dupréel discute beaucoup avec le pragmatisme, dont il intègre la plus grande partie de la perspective, tout en refusant catégoriquement l'utilitarisme qui lui est assimilé.

109. Cette reformulation du principe du libre examen a d'abord été opérée à la faveur du grand discours de Raymond Poincaré (considéré comme une forme de pragmatisme notamment par Berthelot qui lui a consacré un chapitre spécifique dans son ouvrage, mais aussi par William James), à l'occasion du 75^e anniversaire de l'Université en 1909, qui formule le modèle de la méthode expérimentale. Elle est ensuite complétée par l'œuvre de Dupréel qui y ajoute la dimension spécifique du pluralisme axiologique.

110. Voir la note supra sur l'analyse du pragmatisme de Perelman par Vannier.

111. Il faut lire l'importante note 13 de *Droit naturel et positivisme juridique*, op. cit., p. 38, qui est trop longue pour être intégralement citée ou analysée ici. De Page y rend compte des critiques habituelles contre les sophistes et de leur rattachement « à cette tendance fondamentalement pragmatique ». Il critique ensuite l'opinion commune qui lui paraît « une appréciation bien sommaire ». « Ce furent des penseurs profonds, et somme toute – ce fut visiblement leur crime – les premiers relativistes. [...] Comme relativistes, les sophistes devaient, d'autre part, devenir les ennemis implacables des spiritualistes ; ils devaient être la bête noire du philosophe traditionnel, tout comme le positiviste est, de nos jours, la bête noire du théologien. »

112. P. Van Ommeslaghe, *Les Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, t. I^{er}, début.

113. Notamment dans nos propres travaux, voir une présentation d'ensemble dans G. Lewkowicz et A. Van Waeyenberge, « L'école de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », in G. Azzaria (éd.), *Les Nouveaux Chantiers de la doctrine juridique*, Montréal, Yvon Blais, 2017, p. 355-375 ainsi que C. Briceux et B. Frydman (éds), *Les Défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

Benoit Frydman et Gregory Lewkowicz

ont été discrédités et condamnés. Ils ont rapidement périclité et sont demeurés sans véritable postérité. L'École de Bruxelles est l'une des rares à avoir continué à occuper cette position, ce qui contribue à expliquer pourquoi elle a été identifiée comme l'opposé de l'École de Vienne et son principal adversaire.

L'École de Bruxelles a suivi son propre cheminement, indépendamment des vicissitudes du mouvement pragmatique et réaliste américain. Ce chemin passait par la difficile réhabilitation des sophistes (dans lesquels Berthelot identifiait les ancêtres du pragmatisme). Après deux mille ans d'opprobre et de caricature, Dupréel entreprenait de renverser l'opinion commune dans deux ouvrages importants et contestés où il montre la valeur des thèses des sophistes¹¹⁴, dont il approfondit les enseignements dans sa propre philosophie et sa sociologie. De Page prend lui aussi le parti des sophistes, auxquels il identifie les juristes de l'École dans leur combat contre les philosophies métaphysiques du droit et les « théologiens ». Perelman prolongera l'entreprise en créant la « Nouvelle Rhétorique » et en faisant renaître, avec ses amis juristes, l'étude de l'argumentation en droit, en philosophie et dans les sciences humaines. Ainsi la mutation du tournant sociologique contemporain en un tournant argumentatif est-elle propre à l'École de Bruxelles et constitutive de son identité et de son originalité.

Enfin, il ne faut pas méconnaître l'importance, probablement centrale, qu'ont joué dans les conceptions et les œuvres de l'École de Bruxelles, certains traits caractéristiques prêtés à l'identité sociale et culturelle locale. Ainsi, une préférence affichée pour le concret et une certaine défiance par rapport aux discours abstraits, aux théories et aux purs concepts, telle que la moque Sorel et que Waxweiler la revendique ; ce légendaire esprit de compromis, plus attaché aux solutions concrètes qu'aux principes et aux dogmes ; cette mentalité d'ingénieurs, qui furent avec les juristes et les médecins, les fondateurs de l'École, intéressés autant aux innovations qu'à leur développement pratique et leur mise en œuvre effective sur le terrain. Tout ceci dessine une sorte de « réalisme à la belge », tantôt moqué, tantôt vanté, qui se qualifie d'abord et avant tout de « pragmatique », fût-ce parfois au sens vulgaire du terme.

114. *La Légende socratique et les sources de Platon*, R. Sand, 1922 et *Les Sophistes*, Éditions du Griffon, 1948.