

Présentation de l'ouvrage¹

Pourquoi s'attaque-t-on à une question aussi redoutable que celle de la nature du droit ? La première réponse que je proposerai est très simple : par insatisfaction ! Dans la situation actuelle, nous considérons en gros que : *il faut commencer par étudier la technique juridique ; le reste viendra par surcroît, et l'on saura reconnaître la notion de droit une fois qu'on l'aura bien pratiquée !* J'ai souhaité sortir de l'impasse, en essayant de proposer une réponse à cette question essentielle, une réponse qui pourrait notamment convenir à nos étudiants. Mais je me suis bien vite trouvé dans l'incapacité de présenter un savoir acquis, solide, qui aurait figé l'essence du droit dans des formules élémentaires. Du coup, j'ai préféré affronter un certain nombre de questions qui me paraissaient cruciales, en insistant sur le cheminement qui me permettait de tendre vers des réponses utiles. L'ouvrage contient donc plus d'incertitudes et de tâtonnements que d'affirmations ; mais ce sont des hésitations constructives : à les envisager, on s'approche du cœur de la notion de droit — même si, comme toutes les notions fondamentales, elle est destinée à demeurer voilée de mystère.

Mais il y a plus, car l'insatisfaction n'a pas été mon seul moteur. Une autre motivation m'a déterminé, que j'ose à peine évoquer tant elle est intime : le plaisir de la réflexion ! Aussi vais-je m'efforcer de la justifier objectivement : il n'est pas acceptable que nous, juristes, acceptions de laisser en friche d'immenses et belles questions que nous détenons en apanage. Il faut reconnaître qu'idéalement, une telle tâche revient de plein droit à la philosophie, si on la définit comme le savoir qui pense et organise le savoir des autres. Mais voilà : sur ce point, elle s'est montrée défaillante depuis un ou deux siècles ! Jusqu'au XVIII^e siècle, les juristes étaient tous philosophes, et tous les philosophes quelque peu juristes ; depuis, les destins se sont séparés, et chacune des disciplines suit un cours propre. Peut-être la raison est-elle que la technicité du droit est devenue excessive, de sorte que la philosophie ne touche plus la matière que de loin, et toujours de façon trop vague pour alimenter nos réflexions — voire pour nous aider à fonder le droit. Compte tenu de ce que la question était abandonnée depuis quelques temps, au moins en France, j'ai décidé de me lancer dans l'entreprise. Après tout,

¹ Le texte a été repris pour la publication, mais le style oral a été maintenu.

quelle plus belle occupation que de se demander à quoi sert le droit dans une société, et donc ce qu'il est vraiment ?

En disant cela, je m'aperçois que j'avais une troisième raison d'entreprendre ce travail : il s'agissait aussi pour moi d'essayer de renouer le dialogue que les juristes peuvent nouer avec la philosophie et les sciences humaines. Ce dialogue implique un effort mutuel, dont les conditions ne sont pas actuellement réunies. Du côté des juristes, il convient de délaissé un peu la technique pour s'aviser de que le droit est aussi une science humaine, et qu'il y a des façons culturelles de l'envisager qui ne sont pas négligeables. En se réfugiant dans une technique toujours plus valorisée, en s'y complaisant même, les juristes ont implicitement accepté de renoncer à un statut intellectuel qui leur revenait de plein droit. Pourtant, ils n'admettraient nullement que l'on définisse leur savoir par la collation des règles, ce à quoi les sciences humaines le renverraient volontiers. C'est ainsi qu'un autre effort doit émaner de ce dernières : plutôt que de considérer le droit comme de la pure régulation, par ignorance sans doute, il importe qu'elles admettent qu'il ya là une splendide matière à penser, et que le droit ne se réduit pas à de pures manifestations de volonté gouvernementale. Tout intellectuel est aujourd'hui convaincu de ce que toute règle se fait ou se défait au gré des volontés politiques, de sorte qu'il n'y a là rien qui doive être pris au sérieux. En sourdine, on entend le murmure des sciences humaines : *le droit manque de densité, ce pourquoi on n'a pas à y prêter attention !*

Entre le dédain des divers savoirs qui, ne sachant pas trop ce qu'il est, le considèrent comme quantité négligeable, et le repli aristocratique des juristes, idéalement perchés sur la Montagne Sainte-Geneviève dans l'orgueilleuse solitude de ceux qui possèdent un trésor non partagé, il devrait y avoir moyen de renouer les fils d'un dialogue intellectuel, culturel. Cela a été l'une des motivations de cette entreprise, menée sur un ton volontairement non technique.

L'une des raisons pour lesquelles l'élaboration de l'ouvrage a demandé beaucoup d'efforts tient au fait que ses conceptions centrales s'écartaient des idées aujourd'hui le plus couramment manifestées, dans l'impensé des juristes. Il était en conséquence nécessaire de mettre en lumière ces présupposés dominants, rarement explicités quoiqu'ils soient très

partagés, et donc profondément ancrés dans notre imaginaire. Ces conceptions *a priori* à l'égard desquelles je voulais prendre mes distances, elles sont au nombre de quatre.

D'abord, j'ai voulu éviter toute confusion entre le droit et l'État. A mes yeux, ce sont là des réalités hétérogènes au point qu'il est nécessaire, pour l'hygiène de la réflexion, de les séparer de façon tranchée. C'est une évidence que l'État est un producteur éminent de droit ; mais cela ne peut pas signifier que tout droit ne puisse émaner que de l'État. La rencontre du pouvoir politique et du juridique relève d'une coïncidence, et non d'une nécessité. Il se peut fort bien que depuis la montée en puissance des États-nations, la maîtrise du droit soit considérée comme un moyen de l'exercice du pouvoir ; mais derrière ce constat de pur fait, je ne vois aucune nécessité à l'œuvre. Si l'on admet que le droit est un fait social davantage qu'un arcane du pouvoir, on doit aussi admettre qu'il peut y avoir du droit dans toute collectivité, infra ou supra-étatique. La singularité de l'État tient à ce qu'il étend ses assises sur un territoire que son *imperium* sature, ce qui confère une certaine allure au droit étatique ; mais il n'y a aucune raison d'en déduire que cela exclut tous les autres systèmes juridiques concevables.

La volonté de séparation entre le droit et l'État ne procède pas d'une détestation particulière pour cette structure de pouvoir, mais du fait que la confusion emporte tout un ensemble de représentations qui me paraissent fautives. On dira ainsi, par exemple, que le droit est garanti par la sanction, et que celle-ci mobilise la force publique — son contraire ; que toute règle ne peut être juridique que si elle est reçue par l'État ; qu'il ne peut pas y avoir d'autre système juridique, relevant par exemple d'une adhésion, sans le blanc sein de l'État ... Entre autres affirmations, tout aussi critiquables à mes yeux.

J'ai encore voulu m'écarter d'une idéologie largement dominante en France, qui renvoie le droit à la seule structuration de ses règles — j'entends par là le *normativisme*, du moins dans sa version vulgaire, telle qu'elle s'est popularisée dans la France de la V^e République. La construction kelsénienne m'apparaît comme une entreprise admirable, dont la rigueur est impressionnante ; mais je ne crois pas qu'elle traite du système juridique, du moins tel que je le connais. Cette structuration oublie en effet que la matière se compose de bien d'autres choses que de règles : ce qui fait vivre un système, c'est une dialectique constante entre la

recherche de l'ordre et la tentation du désordre. En forçant le trait, je dirais volontiers qu'il n'y a d'ordre juridique que par l'effort constant par lequel les acteurs entendent échapper aux contraintes sociales, ou ruser avec elles. Or cette réduction du droit à un empilement de règles ne rend pas compte de cette vie foisonnante : la raison géométrique y domine, qui a évincé toute chair. De plus, il me semble que le droit est comme la langue ou les mœurs : c'est un produit culturel, ce que l'on feint d'oublier quand on le condamne à n'être qu'un ensemble de règles, fussent-elles structurées. Pour reprendre un titre qui a été donné récemment à des travaux de Norberto Bobbio : à côté de la structure, il y a aussi la fonction du droit — à laquelle j'ai préféré m'attacher.

Toujours au titre des présupposés, il m'a semblé essentiel de ne pas surinvestir telle ou telle branche du droit pour en faire le modèle, l'emblème d'une conception d'ensemble. On sait que c'est un travers répandu chez les privatistes, qui considèrent volontiers le droit civil comme la matrice du juridique. Cette position a pu être défendable jusqu'au milieu du siècle dernier ; je suis persuadé qu'elle ne l'est plus. Mieux, je ne suis pas bien sûr qu'il y ait encore une matière emblématique de l'ensemble, une matière qui puisse incarner le domaine juridique dans sa totalité. Et si demain le droit constitutionnel était amené à jouer un rôle séminal, au sens où l'on y trouverait la condition de possibilité des différentes branches du droit, l'attraction qui s'exprimerait ne lui donnerait pas son ton général, et ne permettrait pas de figurer une allure générale de la matière. Ainsi, je n'ai voulu survaloriser aucun caractère admis : ni l'étatisme du droit administratif, ni l'impérativité du droit pénal, ni le caractère régulateur à la mode... Du coup, l'effort n'a été que plus rude pour présenter une notion de droit sans modèle directeur.

Il m'a enfin semblé que l'on ne rendait pas justice à la complexité de la notion en se focalisant sur ses règles, et donc ses sources, prises dans l'alternative entre la règle écrite et la décision judiciaire. Dans nos sociétés, ce sont évidemment des modes majeurs de production du droit. Mais il en résulte une attraction du droit posé sur le droit effectif, à laquelle on ne peut échapper qu'en s'attachant à la réalité des pratiques. Pour le dire autrement, à la considération du droit positif, j'ai préféré celle de la *juridicité*, c'est-à-dire de l'immense domaine du droit latent, posé ou non, mais toujours susceptible de l'être. On pourrait le dire

autrement : le droit, c'est ce qui fonctionne comme tel au sein d'une société, quand bien même les individus se tromperaient sur ce qui y est vraiment obligatoire. C'est pourquoi, aux sources habituellement retenues — la loi, la jurisprudence —, il m'a semblé qu'il fallait ajouter la considération du champ inexploré des pratiques individuelles du droit — au risque d'une conception qui tende vers la sociologie.

Telle est la liste de mes esquives : j'ai désiré m'écarter de l'État, de la structure, des modèles juridiques, du positivisme. D'où une conception plus concrète de la matière, qui puisse convenir à tous ceux qui examinent la notion de droit, quel que soit leur position de départ.

Cette approche négative est insuffisante : comment exprimer en quelques mots la conception du droit qui serait la mienne ? J'admire que les économistes soient à même de ramasser le cœur de leur activité, en disant par exemple : « l'économie se consacre à l'allocation des ressources rares ». En peu de mots, particulièrement choisis, c'est une délimitation opératoire qui est proposée. Y aurait-il un équivalent pour le droit ? Je ferais volontiers la proposition suivante, soumise à toutes les discussions : « le droit, c'est le discours émanant d'une collectivité, par lequel elle exprime ses valeurs afin de garantir la cohésion sociale ». Pour justifier cette formule, je reviendrai sur les quatre éléments qui lui servent de point d'appui.

En premier lieu, le droit est un discours. Pour cerner la notion, j'ai voulu accueillir toutes ses manifestations sans en exclure aucune ; j'ai désiré retenir toutes celles où se reconnaissait une certaine juridicité, sans effectuer de tri préalable qui oriente le résultat. Il reste que, même en partant des phénomènes juridiques les plus évidents, les plus originaires, on rencontre une difficulté difficilement surmontable : ils sont toujours eux-mêmes tissés de droit, de sorte que l'on ne sait par où commencer. Nul ne peut nier qu'un tribunal ou un parlement soient des phénomènes de droit : ce sont par excellence des producteurs de règles. Mais ces producteurs ne sont pas purs, au sens où ils sont toujours déjà saisis par le droit. Ainsi, on dira d'eux que ce sont des organes de l'État ; qu'ils ne vivent qu'en vertu de règles établies, qui déterminent leurs compétences et président à leur fonctionnement. Comment faire pour trouver une

position de surplomb, qui évite de buter constamment sur ce caractère autoréférentiel ? Pour surmonter cette difficulté, il m'a semblé nécessaire d'introduire une distinction au sein des manifestations du droit, qui distingue ces deux notions essentielles que sont l'*ordre juridique* et le *discours du droit*.

D'un côté, de façon objectiviste, presque phénoménologique, il faut insister sur le lieu où se déploie la notion de droit, ce lieu qu'est l'*ordre juridique*. Sans précision, on pourrait d'ailleurs définir le droit comme tout ce qui circule à l'intérieur de cet ordre. Il reste à rendre compte de cette réalité, que l'on peut caractériser par un quadrilatère qui associe : des individus, qui acceptent de se soumettre à une règle commune à travers une charte constitutive, en se donnant à la fois des instances de commandement et des instances de régulation. D'un autre côté, de façon plus subjectiviste, individualiste, tout intervenant à l'ordre peut considérer que le droit s'adresse à lui, et lui tient en quelque sorte un discours. Le *discours du droit*, c'est l'ensemble des normes de comportement qui s'adressent à tel ou tel intervenant social. Ce qui implique d'ailleurs que ce discours ne soit pas seulement un fait de langue : il associe aussi des organes, des institutions, des professionnels...

Le second élément déterminant est que ce discours émane d'une collectivité : il n'est pas tenu par une seule bouche, mais procède d'intervenants sociaux divers. Compte tenu des orientations évoquées, il est assez clair que pour moi, le droit ne peut pas être exprimé par l'État, seul. Toutes les parties prenantes à l'ordre juridique mêlent leur voix dans ce discours, qui est en conséquence polyphonique en même temps que cacophonique, souvent. Ce qui oblige à un travail d'homogénéisation pour en rendre compte, qui procède de ces experts qui entreprennent de réaliser la fusion du discours dans une synthèse raisonnée : les juristes. Ce ne sont ni des prêtres qui participent d'un savoir occulte, ni des compilateurs de règles qui n'auraient à charge que d'en conserver la mémoire. Plus fondamentalement, ils assument la tâche de faire fusionner le désordre des voix juridiques, pour en proposer une organisation rationnelle, ordonnée autant qu'elle puisse l'être. Une organisation telle qu'à livre ouvert, on puisse y lire un discours de la société sur elle-même.

Il importe d'aller plus au fond : on voit comment ce discours est produit ; mais de quoi est-il véritablement fait ? À cela, on peut répondre simplement qu'il exprime les valeurs de la

collectivité : dans cet ensemble, elle se décrit telle qu'elle se croit être, ou telle qu'elle aimerait se voir. Autrement dit, le discours énonce les éléments, réels ou supposés, qui structurent la collectivité — ce que l'on peut nommer ses valeurs essentielles, celles qui lui permettent de faire société. Il convient d'ailleurs de ne pas y surestimer la part du droit. Car dans toute collectivité, les choix sociaux essentiels relèvent de la politique, définie comme l'activité organisationnelle par laquelle la société s'ordonne. Mais la traduction de ces choix en une expression socialement utile est l'œuvre du droit, par l'intermédiaire des juristes qui formalisent des choix dont la détermination leur échappe. Dire que la société se décrit telle qu'elle se voit, c'est aussi suggérer que ces traits soient rares : les règles et les institutions ne forment pas de *continuum* ; elles interviennent quand la société veut insister sur tel ou tel trait qui lui paraît décisif. Il en résulte que le droit peut demeurer muet sur d'immenses champs, que ce soit parce qu'il y a une pleine liberté d'action, ou plus fondamentalement parce que la discipline sociale y semble contingente, et non pas nécessaire.

Dernier point : à quoi sert ce discours, qui justifie qu'il soit tenu et synthétisé ? Sa fonction est de garantir la cohésion sociale, en posant des limites. En poussant le paradoxe, on dirait volontiers que les règles ne sont pas établies pour qu'on les respecte à la lettre : ce ne sont pas des guides de comportement, qui obligent positivement. Il s'agit avant tout d'éviter qu'on ne les viole, et c'est là qu'apparaît cette idée décisive de limite. Ce que craint toute collectivité, c'est le désordre et son cortège de violence et de dérèglement ; et précisément, le droit est là pour parer à toute dérive. Ce qui n'empêche pas ce discours de remplir un certain nombre de fonctions autres. Aux violents qui voudraient s'approprier tous les honneurs, toutes les richesses, tous les pouvoirs, il rappelle qu'il existe des distributions sociales avec lesquelles on ne peut pas transiger. Mais il dépasse cet objectif, en ce qu'il permet par exemple aux nouveaux venus de s'insérer harmonieusement dans la collectivité, en percevant aussitôt ses orientations principales : le discours dit ce que la société attend de chacun, ce qui n'empêche personne d'être libre, de suivre les règles ou non. L'obéissance est une affaire individuelle, qui n'est pas forcément tenue pour cruciale par l'ordre dont elles émanent. Il lui importe d'assurer la paix sociale, et non de prescrire des comportements conformes, contrôlés en tant que tels — ce qui est d'ailleurs loin d'être toujours le cas. Ces règles ont encore une autre

fonction : en cas de réalisation d'un trouble social, elles deviendront une arme entre les mains du juge. Pour résorber le trouble de la façon la plus harmonieuse, il prendra appui sur la règle pour soustraire sa décision à tout soupçon de partialité. Mais il ne faut pas s'y tromper : le juge n'est pas un organe administratif garant du respect scrupuleux des normes ; il n'est pas institué pour les faire respecter de vive force. Par essence, il est un pacificateur chargé de proposer des médiations collectives pour éviter le cycle infernal de la vengeance, effet et facteur de violence. En cas de trouble, il lui appartient d'apaiser la société : par sa parole, il répartit les torts — ce que l'on rend par cette belle expression : *dire le droit* —, en mobilisant les règles les mieux adaptées de sorte à le faire en toute impartialité.

J'aimerais m'expliquer sur un dernier point, qui tient à une absence remarquable dans cette définition. Dans la proposition élémentaire que je sou mets, il n'est pas question de sanction, parce que celle-ci ne joue à mes yeux aucun rôle identificateur particulier. Ce n'est pas là méconnaître son existence, ni même l'importance que la "peur du gendarme" peut revêtir. Mais il me semble artificiel, et même inexact, d'en faire le caractère du juridique : parce que la sanction étatique va bien au-delà de la sanction, en général ; parce que cela conduit à délégitimer des droits à normativité faible, sans justification convaincante ; et finalement, pour me placer à l'abri du sourire de Jean Carbonnier, parce que cela revient à donner à la formule exécutoire, apposée par un greffier ou un notaire, un rôle capital où nul ne reconnaîtrait l'essence du droit.

Voilà en tout cas à quelles conditions je crois pouvoir dire que « le droit, c'est le discours émanant d'une collectivité, par lequel elle exprime ses valeurs afin de garantir la cohésion sociale ».

Cette conception du droit, je l'ai expressément considérée comme modeste. En effet, elle nous oblige à admettre que le droit n'occupe pas la première place dans l'organisation de la société, qui revient à la politique. Admettons cette blessure infligée à notre narcissisme : l'intervention du droit est par nature seconde, et concerne des sociétés très élaborées dans lesquelles la décision politique ne peut pas se ramener à un ordre simple, où elle exige une mise en forme précautionneuse. J'ai encore été modeste pour le droit en ce que je pense qu'il

n'est porteur d'aucune conception propre, c'est-à-dire qu'il n'y a jamais d'idéologie intrinsèque au droit. Il arrive couramment aux juristes de dire que *le droit permet ou interdit telle ou telle évolution*. Il n'en est rien, et c'est là un abus de langage qui me paraît tout à fait regrettable : les choix sociaux échappent au droit, qui n'en est que le mode d'expression. Pour autant, ils n'échappent pas aux juristes, formés au droit, qui peuvent les critiquer au regard de valeurs telles que l'efficacité ou la cohésion. Faut-il, pour parodier Heidegger qui applique la formule à la science, dire que *le droit ne pense pas* ? Une réponse mesurée s'impose : sans doute, le droit ne décide pas les grandes orientations sociales, qui lui échappent ; mais il est chargé de leur mode d'expression, qui est si délicat qu'il doit être élaboré avec une extrême minutie — au risque de fausser le fonctionnement social. Et cette pensée seconde, sensible à l'efficacité, n'est pas moins approfondie que l'exercice d'un choix. D'avantage peut-être : par opposition au politique qui se meut dans l'idéal, le juriste est l'homme qui sait que « le diable est dans les détails », et que la minutie dans l'expression est la condition même de l'efficacité des grandes orientations.

Pour ainsi dire, le droit est une activité de l'ombre, mais qui s'occupe d'une activité de premier plan dont il ne recueille pas le rayonnement. Selon son tempérament, on considérera que c'est peu ou beaucoup, voire regrettable. Tout de même : le droit ne dicte pas l'évolution de la société, mais il la protège contre des forces centrifuges qui la menacent à tout moment, à tous les niveaux de son architecture. C'est à mes yeux suffisant pour considérer que le droit occupe par là une fonction éminente, qui justifie en tout cas quelques années de travail passées à essayer d'en cerner la nature, à présent soumise à la discussion.

R. LIBCHABER