manuel

Pascale Deumier

INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT

7e édition

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

manuel

Pascale Deumier
Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3
(Équipe Louis Josserand)

INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT

7e édition

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275130866
ISSN : 0990-3909
Collection : Manuels

Sommaire

Bibliographie générale 9
Introduction 11

PREMIÈRE PARTIE – LA DÉFINITION DU DROIT

TITRE 1. Le droit, une règle ? 21

Chapitre 1. La définition de la règle de droit 23
Section 1. Une « règle » 23
§ 1. Les caractères de la règle 24
§ 2. La spécificité de la règle 25
Section 2. Une règle « de droit » 30
§ 1. Une contrainte caractéristique ? 31
§ 2. Une finalité spécifique ? 39

Chapitre 2. L'origine de la règle de droit 49
Section 1. Le fondement de l'autorité du droit 50
§ 1. Le droit, fondé sur une autorité supérieure ? 50
§ 2. Le droit, fondé sur l'homme ? 54
Section 2. La source de la création de la règle de droit 62
§ 1. Les sources productrices du droit 63
§ 2. Les forces créatrices de la règle de droit 68

TITRE 2. Le droit, un juge ? 75

Chapitre 1. Trancher les litiges 77
Section 1. Le juge 78
§ 1. L'institution du juge 78
§ 2. Le droit, « ce que fait le juge » ? 83
Section 2. Le procès 85
§ 1. Le droit du procès 86
§ 2. Le procès, fondement de la décision juste 94

Chapitre 2. Dire le droit 97
Section 1. De la règle à la décision 98
§ 1. Le pouvoir d'application de la règle 98
§ 2. Les rapports du juge et de la loi 105
Section 2. De l'interprétation à la règle 108
§ 1. Le pouvoir d'interprétation 109
§ 2. Comment interpréter 114

TITRE 3. Le droit, un système ? 125

Chapitre 1. La présentation du droit en systèmes 127

Section 1. La notion d'ordre juridique 128
§ 1. Définition 129
§ 2. Identification des ordres juridiques 130

Section 2. L'organisation des systèmes 142
§ 1. L'organisation des normes à l'intérieur d'un système 143
§ 2. Les rapports entre systèmes 146

Chapitre 2. La relativité des systèmes juridiques 151

Section 1. La relativité du droit français dans le temps 152
§ 1. Le droit romain 153
§ 2. L'Ancien droit 155
§ 3. Le droit moderne 160
§ 4. Le droit moderne depuis la Seconde Guerre mondiale 164

Section 2. La relativité des systèmes juridiques dans le monde 168
§ 1. La famille de droit civil 169
§ 2. La famille de *Common law* 171
§ 3. La famille de droit musulman 174
§ 4. La famille de droits traditionnels 175

DEUXIÈME PARTIE – LE DROIT DES NORMES

TITRE 1. Le droit de l'édiction des textes 185

Chapitre 1. Les catégories de textes 187

Section 1. Les textes d'origine interne 188
§ 1. La Constitution 188
§ 2. La loi 195
§ 3. Les règlements 203

Section 2. Les textes d'origine supranationale 208
§ 1. Les conventions internationales 208
§ 2. Le droit européen des droits de l'homme 213
§ 3. Le droit de l'Union européenne 218

Chapitre 2. L'identification du texte en vigueur 223

Section 1. La connaissance des textes 224
§ 1. L'accès au texte 224
§ 2. Le droit de la connaissance du droit 230

Section 2. La vigueur des textes 236
§ 1. Entrée en vigueur 236
§ 2. Sortie de vigueur 240

TITRE 2. Le droit des conflits de normes 247

Chapitre 1. Les conflits entre normes d'un même ordre juridique 251

Section 1. Les conflits entre normes de même valeur 251
§ 1. Les conflits de lois dans le temps 252
§ 2. Les conflits de lois générales et spéciales 268
§ 3. Les conflits internes de lois 270

Section 2. Les conflits entre normes hiérarchisées 273
§ 1. La hiérarchie des normes du droit étatique 273
§ 2. La hiérarchie des normes du droit de l'Union européenne 285
§ 3. L'ordre international, un ordre sans hiérarchie ? 286

Chapitre 2. Les conflits entre normes d'ordres juridiques différents 291

Section 1. Les conflits internationaux de lois 292
§ 1. La construction d'une discipline : le droit international privé 293
§ 2. Les outils des conflits internationaux de lois 294
§ 3. La spécificité des conflits de lois entre États membres de l'Union européenne 297

Section 2. Les conflits entre droit étatique et droit supranational 298
§ 1. Les conflits entre loi et droit supranational 299
§ 2. Les conflits entre Constitution et droit international 303
§ 3. Les conflits entre normes fondamentales 304

TITRE 3. Le droit des normes vivantes 313

Chapitre 1. Le droit né de l'interprétation 317

Section 1. La jurisprudence 318
§ 1. La notion de jurisprudence 319
§ 2. L'application de la jurisprudence 334

Section 2. La doctrine 345
§ 1. La définition de la doctrine 346
§ 2. L'utilisation de la doctrine 349

Chapitre 2. Le droit né de la pratique 355

Section 1. La pratique des professionnels du droit 357
§ 1. La doctrine de l'Administration 358
§ 2. La pratique notariale 363

Section 2. La pratique des destinataires 365
§ 1. La définition de la pratique 366
§ 2. L'application de la pratique 378
Index 385

Bibliographie générale

* : ouvrages cités par le seul nom d'auteur

** : ouvrages cités par leur seul titre

D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003**

P. Ancel, O. Gout et I. Maria, *Travaux dirigés d'introduction au droit et au droit civil, méthodologie juridique appliquée*, LexisNexis, 4e éd., 2017

J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Sirey Université, 18e éd., 2020*

B. Beignier, J.-R. Binet et A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Cours, 8e éd., 2022

J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique, Fondamentale et appliquée*, PUF, coll. Thémis, Droit privé, 3e éd., 2018*

R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 15e éd., 2023

L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004**

J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, 27e éd., 2002*

R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15e éd., 2001*

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, 14e éd., 2022**

G. Cornu, *Droit civil – Introduction au droit*, LGDJ, 2007*

R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 12e éd., 2016*

X. Dupré de Boulois, X. Bioy, L. Burgorgue-Larsen, P. Deumier, E. Dreyer, A. Martinon, R. Tinière, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3e éd., 2021**(*GADLF*)

R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 5e éd., 2019

M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 2e éd., 2022

L. Domingo, P. Gaïa, M. Guerrini, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, J. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 20e éd., 2022**(*GDCC*)

J. Ghestin et H. Barbier, *Traité de droit civil, Introduction générale*, tome 1, avec le concours de J.-S. Bergé, LGDJ, 5e éd., 2018*

J.-L. Halpérin, *Introduction au droit en 10 thèmes*, Dalloz, coll. Séquences, 3e éd., 2021

A. Heymann-Doat, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Systèmes, 2019

Ph. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 11e éd., 2021

Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 3e éd., 2022

X. Lagarde, *Le métier de juriste. Une introduction générale au droit*, IRJS éd., 2020

Ch. Larroumet et A. Aynès, *Traité de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Economica, 6e éd., 2013

M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Dalloz, 23e éd., 2021** (*GAJA*)

Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, LGDJ Droit civil, 9e éd., 2022*

Ph. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 22e éd., 2022*

J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, *in* Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 1. Le discours est notamment accessible sur le site Les classiques des sciences sociales**

H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, LexisNexis, 2003*

H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999**

F. Sudre, J. Andriantsimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 10e éd., 2022**(*GACEDH*)

F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 12e éd., 2020*

E. Zoller, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2e éd., 2013

Lorsque des textes ou des décisions sont cités sans référence de publication, ils sont accessibles sur les sites officiels suivants :

- pour les textes d'origine interne et les décisions inédites : Légifrance
- pour les décisions du Conseil constitutionnel et les commentaires aux Cahiers : conseil-constitutionnel.fr
- pour les textes de l'Union européenne : Eur-Lex
- pour les arrêts de la CJUE : Curia (une interrogation par nº d'affaire est recommandée)
- pour les arrêts de la CEDH : Hudoc

Introduction

1. Introduction au droit : histoire. – Selon la définition du Petit Robert, l'introduction est « ce qui prépare quelqu'un à la connaissance, à la pratique d'une chose », en l'occurrence, à celle du droit. L'introduction au droit pourrait dès lors sembler évidente : elle serait une initiation à la discipline, basée sur sa présentation générale, son intérêt, sa définition, son origine (tous éléments classiques d'une introduction), afin d'aider l'apprenti juriste à faire ses premiers pas en commençant par l'enseignement de quelques éléments simples. Si ce n'est qu'il n'y a pas, à proprement parler, de premiers éléments en droit ; il n'y a pas de base qui puisse se concevoir sans l'édifice ; il n'y a pas de donnée fondamentale qui se conjugue avec une certaine simplicité. Il existe pourtant, malgré ces obstacles, une tradition d'enseignement de l'introduction au droit.

En droit français, l'introduction au droit est apparue tardivement (à l'échelle du droit), à la fin du XIX^e^ siècle, et sous une forme particulière, celle d'une introduction au *droit civil*[1]. À l'époque, les traités suivaient l'ordre du Code civil ; ce code débutant par un titre préliminaire de 6 articles, consacrés à la loi, l'étude de cette source du droit se retrouvait en ouverture des traités de droit civil. Au milieu du XX^e^ siècle, l'introduction au droit s'enrichira d'une autre dimension, pour assurer le lien entre la formation reçue au lycée et celle qui va être délivrée à la faculté : les aspects de philosophie et de théorie générale du droit, qui gravitent autour de la définition du droit, vont alors être valorisés[2]. Cette rapide généalogie marque encore assez fortement l'introduction au droit, qui demeure souvent à la fois une introduction au droit, dominée par la recherche de sa définition, et au droit civil, tel qu'il se révèle par ses sources et par les principales notions de la matière. L'explication du maintien de cette approche civiliste est parfois donnée : le droit civil, nous le verrons plus tard, est le socle de notre culture juridique et c'est de cette matrice que viennent toutes les notions fondamentales du droit. Le choix de la placer au cœur d'une introduction au droit n'est toutefois pas sans incidence : il aboutit très logiquement à intégrer l'enseignement de la preuve en droit civil, des classifications des droits subjectifs ou de la procédure civile[3]. L'approche civiliste de l'introduction au droit pourrait également imprégner la définition du droit enseignée. Selon certains auteurs, cette approche expliquerait l'attention prépondérante portée à la loi et à sa sanction, et ce quand

1. Sur ces éléments historiques, J. Carbonnier, n° 1. Pour leur approfondissement et, plus généralement, sur ce genre d'ouvrages, v. R. Cabrillac (dir.), *Qu'est-ce qu'une introduction au droit ?*, Dalloz, 2017 ; M. Altwegg-Boussac (dir.), *Introduire au droit,* éd. IFDJ, 2021.

2. J. Carbonnier cite à ce titre les introductions au droit de Brèthe de La Gressaye et Laborde-Lacoste (1947) ou de Julliot de la Morandière et *alii* (1951-1953), n° 1.

3. Sur l'évolution du contenu, plus orienté sur les sources et moins sur le droit civil, sans évolution de la manière de les aborder, v. P. Ancel, « Les manuels français d'introduction au droit, de Capitant à la période contemporaine », *in Histoire des manuels de droit*, A.-S. Chambost (dir.), LGDJ, 2014, p. 133 et s. ; sur l'évolution des introductions au droit et de l'intérêt qui y est porté, v. S. Pimont et V. Forray, *RTD civ.* 2019. 199.

bien même une telle définition serait moins habile à expliquer d'autres branches du droit[4].

2. Introduction « générale » au droit. – Pourtant, le système juridique comme les études de droit évoluent. Souvent (mais pas systématiquement), l'introduction au droit a été détachée du premier cours de droit civil, pour devenir un enseignement autonome. Cette séparation s'est traduite par une évolution de l'intitulé des enseignements, et des manuels, devenus « introduction générale au droit »[5], signe qu'ils n'introduisent plus au seul droit civil mais au droit en général. Dans le même temps, les thèmes non strictement civilistes de l'introduction (comme la définition du droit ou les sources du droit) sont devenus des objets de recherche à part entière, preuve en est la multiplication des thèses ou des colloques qui leur sont consacrés. Ces évolutions ne sont que la traduction universitaire des métamorphoses du droit lui-même : depuis la fin du XIX^e^ siècle, la jurisprudence a fait irruption pour concurrencer la loi, des branches du droit se sont développées puis autonomisées, des ordres européens et international sont venus en surplomb de l'ordre national, le rôle de l'État s'est transformé. Introduire au droit, c'est donc désormais essayer de donner les clés de cette nouvelle complexité et de ce phénomène d'ensemble, dont les logiques puisent toujours à la matrice du droit civil – mais pas seulement. C'est dans cette perspective que le présent ouvrage a été élaboré : offrir une introduction « *générale* » au droit[6], qui puisse constituer un cadre global, un socle, une grille de lecture, une vision d'ensemble sur lesquels les autres enseignements pourront venir se greffer.

3. Choix. – Cependant, en gagnant en généralité, l'introduction au droit perd en délimitation du propos : droit privé, droit public, droit pénal ; droit interne, droit international, droit européen ; droit français, droit étranger ; droit d'hier et d'aujourd'hui ; droit des textes et droit vivant ; « droit », tout court : comment prétendre introduire à un tel ensemble ? À la réflexion, l'ambition est irréalisable ; elle demeurera un simple objectif et sa poursuite un travail sans cesse renouvelé. Cet objectif est un premier choix, un parti pris sur une certaine conception du droit, parmi d'autres, et non une donnée objective du droit.

Il faut ensuite articuler cette vaste masse, ce qui cette fois est définitivement illusoire. Le problème, avec le droit, et donc son introduction, est que tout est dans tout. Chaque point de départ souffrira alors de ne pas avoir été précédé des explications préalables nécessaires. Il faudra donc trancher, éliminer des questions, ordonner la présentation autour de découpages plus ou moins artificiels, accepter de faire plier la nuance ou la précision devant la

4. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, § 2. L'importance accordée à la règle est également critiquée par un privatiste, Ch. MOULY, « Crise des introductions au droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 109.

5. V. ainsi le Précis Dalloz : d'abord *Droit civil – Introduction générale*, par A. WEILL, il est devenu en 1991 *Introduction générale au droit*, par F. TERRÉ.

6. Cette introduction n'introduisant pas au droit civil, elle sera utilement complétée pour les étudiants dont le programme couvrirait la matière par *Les grandes notions du droit privé*, de J. ROCHFELD, PUF, 3^e^ éd., 2022.

pédagogie. Là encore, ce choix ne sera pas une décision plus ou moins anodine, uniquement liée à des contraintes matérielles ou des arguments objectifs : essentiellement, les choix ainsi faits sont subjectifs, ils portent une perception du droit, parmi d'autres.

Le choix ici retenu est que l'objet d'une introduction générale au droit pourrait, d'une part, être sa *définition*, passage obligé de toute « introduction à ». Or, en la matière, la difficulté est redoutable et elle l'est d'autant plus qu'elle s'adresse à des lecteurs n'ayant pas le bagage juridique permettant d'appuyer les démonstrations. Il faudra donc, à l'inverse, que la recherche de la définition du droit soit l'occasion de présenter les structures générales de notre droit, et de donner les éléments d'une culture juridique de base. D'autre part, l'objet d'une introduction au droit pourrait être l'apprentissage des outils élémentaires du droit : quelles sont les règles de droit, les normes reconnues comme telles en droit français ? Où les trouver ? Comment y accéder, les sélectionner, les articuler les unes avec les autres ? Contrairement à la définition du droit, les réponses ne se trouvent pas ici dans des pistes théoriques ou générales : il existe, dans chaque système, des règles de droit positif, qui expliquent le fonctionnement des normes. Ce *droit des normes* est commun à toutes les disciplines juridiques, qui présupposeront généralement que les réponses ont été acquises en introduction au droit. Les premiers commentateurs ne procédaient pas autrement en ouvrant leur enseignement par les 6 articles du Code civil portant sur la loi. Si ce n'est que ce droit des normes est devenu depuis 1804 assez foisonnant et d'une redoutable complexité. Son enseignement demeure pourtant indispensable aux débutants, qui seront ainsi rapidement confrontés à la technique juridique. Tels seront les deux balancements (le juriste débutant se familiarisera progressivement à la division binaire, prédilection des juristes[7]) de cette découverte du droit : définir le droit (partie 1), maîtriser le droit des normes (partie 2). Mais, avant de se lancer dans leur approfondissement, quelques avertissements préalables s'imposent.

4. Avertissements. – Il existe de nombreux écueils pour qui veut s'initier au droit – et donc pour qui veut l'enseigner. Le premier est *l'étanchéité* du découpage retenu. L'introduction au droit ne se laisse pas facilement enfermer dans des divisions et subdivisions : tout est dans tout, nous l'avons dit, aussi tout se retrouve un peu partout. Il ne faudra donc pas s'étonner de retrouver, par exemple, les rapports de la loi et du juge, la différence culturelle entre droit civil et *Common law* ou encore l'influence du droit européen à divers endroits : ils participent tant de la compréhension générale du phénomène juridique que du maniement particulier de ses règles de base. Les éléments sont donc récurrents ; seule change l'approche : la première est générale, elle tente de comprendre le phénomène juridique dans son ensemble et utilise à l'occasion le droit positif dans ses grands traits, comme illustrations ; la seconde est technique,

7. Sur ce découpage, ses qualités et ses défauts, M. Vivant, « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme art », *in Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 969.

elle présente précisément les solutions du droit positif sur le fonctionnement des normes.

Une fois cette délimitation à peu près tracée et le plan sommairement construit, l'apprenti juriste devra encore se méfier des mots. Le droit est *langage* – voilà qui aurait pu constituer le début mais aussi le terme de cette introduction[8]. Son apprentissage est d'autant plus redoutable que les juristes sont intransigeants sur le maniement précis du vocabulaire juridique[9] : gardez-vous de confondre deuxième et second, résolution et résiliation, stipulation et disposition, Conseil de l'Europe et Conseil européen car la sanction pour de telles confusions sera sévère. Face à tant de rigidité, l'apprenti juriste pourrait imaginer trouver un peu de réconfort dans la précision du vocabulaire juridique, qu'il suffira donc d'apprendre. Si ce n'est que, loin de là, nombre de notions ont une définition disputée, quand elles n'ont pas plusieurs acceptions : c'est alors le contexte dans lequel le terme est employé qui permettra d'en comprendre le sens exact. Car, et c'est la dernière mise en garde qu'il faut adresser à qui veut s'initier au droit, il faut renoncer, immédiatement, à l'idée d'un droit tranchant, manichéen, distinguant précisément le vrai du faux, le légal de l'interdit pour désigner, face à une question, la seule réponse juridiquement correcte. Loin de là, le droit est balancement, mise en situation, argumentation et, profondément, *relativité*. Si le droit positif peut donner quelques repères, bases de la discussion, la définition du droit demeure dans une dimension floue, où rien n'est jamais certain. N'attendez donc pas de cette introduction qu'elle vous dise ce qu'est le droit ou qu'elle vous livre une mécanique précise du droit des normes. Espérez, au mieux, quelques pistes, beaucoup d'interrogations et un ensemble de repères et d'outils. Le reste relèvera du long apprentissage du droit, de l'accoutumance, à mesure des enseignements et des exercices, à ses logiques, ses zones d'ombre, ses subtilités, ses contradictions plus ou moins apparentes, ses implicites, tout ce qui en fait le charme – tout ce qui ne peut vous être délivré dans cet ouvrage.

8. J.-L. Sourioux, « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTD civ.* 1999. 343 ; G. Cornu, *Linguistique juridique*, LGDJ, 3e éd., 2005 ; sur la puissance irrationnelle qui confère du verbe juridique, v. A.-B. Caire, « La magie du verbe juridique », *RTD civ.* 2017. 321.

9. Qui rend absolument indispensable de se procurer un dictionnaire. Les définitions juridiques utilisées ici puisent toutes au *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), Assoc. H. Capitant, PUF.

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉFINITION DU DROIT

5. Définir le droit ? – Qu'est-ce que le droit ? La question peut sembler facile mais il ne faut pas se fier aux apparences. Lorsque la revue *Droits* a demandé à une quarantaine d'universitaires réputés de donner, en quelques pages, leur définition du droit[1], les réponses se sont sensiblement divisées entre ceux qui avouaient ne pas savoir ce qu'est le droit et ceux qui pouvaient le définir mais qui ont chacun donné une, voire des, définitions différentes : au fil des pages, le droit apparaît comme une technique de direction des conduites, un ordre, une institution, la justice, ce qu'approuvent les juges, une manière d'être des choses, une interprétation officielle de la réalité ou encore une pyramide[2].

Cette variété d'approche correspond à la variété du droit lui-même et témoigne que l'objectif de définir *tout le droit, mais rien que le droit*, est hors de portée. D'une part, une définition du droit devrait englober en son sein tout ce qui peut être reconnu comme « droit ». Or le droit se présente sous des facettes trop multiples et trop changeantes pour ne pas faire subir à chaque tentative de définition de cinglantes contre-épreuves. D'autre part, une définition du droit devrait permettre de tracer une frontière entre le droit et les phénomènes proches que sont la morale, la religion, les règles sociales, en définitive, tout ce qui prétend réguler les comportements sociaux. Or, là encore, les liens entre ces différentes sphères sont trop intriqués pour qu'une définition parvienne à les trancher. Autant, dès lors, prendre immédiatement acte du fait qu'il ne faudra pas attendre des développements qui suivent une définition du droit définitive car celle-ci n'existe pas ; en revanche, les raisons pour lesquelles le droit est rebelle à se laisser enfermer dans une formule sont aussi riches d'enseignements que les propositions de définition elles-mêmes. Il vaut mieux y voir un effort de questionnement et une présentation de quelques pistes, de leurs vertus mais aussi de leurs carences, qui permettront à chacun de nourrir sa propre réflexion.

6. Approche théorique et illustrations concrètes. – La question de la définition du droit occupe traditionnellement les réflexions de philosophie du droit[3]. Cette dimension théorique ne doit pas effrayer. Certes, il existe un nombre incalculable de propositions théoriques, souvent opposées les unes aux autres. Pour autant, elles ne s'excluent pas forcément – outre les positions extrêmes, difficilement conciliables avec les autres, en droit comme ailleurs. Il y a parfois entre deux définitions essentiellement un changement de formulation qui, peu ou prou, tente de décrire en d'autres termes le même phénomène. Il y a parfois entre deux définitions un changement d'approche, la réflexion ne prenant pas la même hypothèse de départ : ici, la règle, là, le juge, là encore, le système juridique. Loin de

1. N° 10, 1989 et n° 11, 1990. L'initiateur avait le projet de dresser une typologie des définitions mais, après s'être lancé dans l'exercice, il dut renoncer : S. Rials, « Ouverture », *Droits*, n° 11, p. 3.

2. V. dans l'ordre, P. Amselek, n° 10, p. 7 ; J. Chevallier, n° 10, p. 19 ; O. Höffe, n° 10, p. 35 et Ch. Leben, n° 11, p. 35 ; A. d'Ors, n° 10, p. 51 ; J. Combacau, n° 11, p. 11 ; Ch. Grzegorczyk, n° 11, p. 31 ; F. Terré, n° 11, p. 63.

3. « Définir le droit n'est pas la tâche du juriste mais celle du philosophe », A. Sériaux, « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit », *Droits,* n° 10, 1989, p. 85.

s'exclure radicalement, ces différentes approches éclairent toutes un élément constitutif du droit et leur somme permet de donner une vision plus complète de l'ensemble. Pour autant, il ne sera pas possible ici d'évoquer tous les apports de ces innombrables théories : un manuel n'y suffirait pas. Les pistes de définition seront donc ici ramenées à leur expression la plus simple, dépouillées de leur terminologie spécifique et de leurs nuances, en forçant parfois le trait pour mieux transmettre l'idée et en les illustrant par des éléments très concrets du fonctionnement du droit : une définition qui décrirait un droit que l'on ne parviendrait pas à retrouver dans l'expérience quotidienne de la matière serait d'ailleurs d'une utilité toute relative[4]. Nous n'aurons donc aucun scrupule à profiter de cette recherche de la définition du droit pour donner aux étudiants des éléments de base du fonctionnement du droit. Il n'est en revanche pas question dans cette partie de leur enseigner de façon complète ces institutions juridiques : leur approfondissement relève des autres cours.

7. Définition traditionnelle et tendances contemporaines. – Pendant longtemps, une sorte de consensus semblait exister sur la définition du droit, au moins dans sa présentation pédagogique *traditionnelle*[5] : le droit se définirait comme un ensemble de règles de conduite assorties d'une sanction contraignante, dont l'incarnation la plus évidente se trouve dans la loi. La conception était alors relativement claire et très cohérente, autour d'une assimilation forte entre règle de droit, loi et État. Certes, les faiblesses de cette définition sont connues depuis longtemps mais, faute de mieux, elles n'ont jamais fait renoncer à une présentation du droit très appuyée sur le triptyque règle de droit, loi et État. Aujourd'hui, cette conception demeure centrale pour la compréhension de ce qu'est le droit. Cependant, elle est de plus en plus concurrencée par des théories voulant prendre en considération, aux côtés de l'approche traditionnelle, des mutations, tant de l'État que du droit, autour de trois axes principaux : *souplesse, réalisme, complexité*[6]. La souplesse va voir l'État qui imposait unilatéralement se transformer en État qui incite, consulte et négocie. Le réalisme va s'attaquer aux nombreuses fictions sur lesquelles repose la vision traditionnelle (celle de la loi pouvant tout prévoir à l'avance ou celle du juge cantonné à lire la loi), pour défendre des définitions plus proches du droit tel que l'expérience le révèle. La complexité, enfin, va privilégier la richesse des situations, des forces et des interactions, et leur agencement dans la grande mécanique présidant à la production et à l'application du droit[7]. La règle de droit contraignante devient

4. Les questions les plus philosophiques gagnent toutes à être présentées sous l'angle de leur éclairage pratique : voir pour cet exercice la *Philosophie du droit* de B. Oppetit, qui se divise entre théorie et pratique (Précis Dalloz, 1999).

5. Pour une présentation du droit très appuyée sur la définition traditionnelle, v. G. Cornu.

6. Sur cette complexité du droit, X. Lagarde, « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le Débat*, n° 127, 2003/5, p. 132.

7. Sur cette transformation, v. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PUSL, 2002 ; v. également l'ouvrage limpide de J. Chevallier, *L'État postmoderne,* LGDJ, 2e éd., 2004 ; pour une étude riche, à la lueur de la mondialisation, K. Benyekhlef, *Une possible histoire de*

alors un phénomène juridique parmi d'autres, qui ne prend de sens véritable que dans son utilisation par le juge ou son immersion dans la mécanique plus générale du fonctionnement du système juridique. Cette mutation ne doit pas être ignorée : elle révèle la richesse du droit, son ingéniosité, sa capacité à activer les ressorts les plus différents pour remplir ses fonctions de direction des conduites humaines et de gestion des conflits. Cette mutation ne doit pas non plus être surévaluée et bombardée nouvelle physionomie du droit, sauf à noyer le lecteur sous un tombereau de nuances et d'incertitudes : elle est venue ajouter une dimension au droit traditionnel, unilatéral et contraignant, plus qu'elle n'est venue le remplacer.

La règle de droit reste donc au cœur de la matière juridique et en donne une définition à peu près satisfaisante, et surtout relativement didactique, ce qui est déjà beaucoup[8] et en fait un détour indispensable (titre 1). C'est par ailleurs de la réflexion sur ses insuffisances que vont naître les propositions alternatives. En effet, la règle de droit laisse irrésolues ou mal résolues de nombreuses questions : trop raide pour décrire l'ensemble des manifestations normatives, elle est trop mal déterminée pour constituer une spécificité claire du droit. Il faut donc élargir la perspective à l'autre élément caractéristique du droit : le juge. Longtemps éclipsé par l'attention portée à la règle de droit dont il n'était que le gardien, la seconde moitié du XX^e^ siècle a largement consommé son émancipation et mis en lumière son rôle primordial, et pourquoi pas premier, dans le droit (titre 2). Cependant, encore une fois, la présentation ainsi faite du droit est loin de résoudre toutes les questions de la définition du droit, tout comme elle ne parvient pas à rendre compte de la richesse du phénomène juridique. Même émancipé, le juge ne tire-t-il pas ses pouvoirs de la loi ? N'est-il pas contraint, pour ses décisions, par des règles et procédures ? Peut-être alors est-ce la démarche qui pèche, en cherchant à définir le droit par l'un de ses éléments, considéré comme caractéristique, alors que l'essence même du droit serait tout au contraire dans le fonctionnement global de l'ensemble de ces éléments, dans le tout qu'ils constituent sous forme de système (titre 3).

la norme, éd. Thémis, 2008. Reprenant la tâche de la recherche d'une définition du droit dans cet environnement complexe, R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013 ; par le prisme de sa fonction, notamment au regard des autres normativités sociales, F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016 ; J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Folio essais, 2015.

8. Nombre de définitions contemporaines, plus précises pour la désignation du phénomène juridique, sont peu abordables pour un étudiant découvrant le droit.