

CHAPITRE I

SEUIL

1. A propos du titre

ÉCRIRE ce petit livre n'a pas été une tâche difficile, parce que, en un certain sens, il s'est écrit tout seul tout au long de ma vie, à la suite de mon travail comme avocat, comme fonctionnaire public, comme magistrat occasionnel¹.

Ce qui a été cependant difficile c'était de lui trouver un titre. Il aurait pu s'appeler "tout ce que je sais sur le droit", ou "tout ce que vous ne pouvez pas ignorer sur le droit", "le droit en pratique", "suggestions pratiques pour l'avocat" ou "vérités et mensonges à propos du droit".

Mais, à la fin, un classique l'a emporté sur les autres: "Une introduction au droit". Peut-être ai-je choisi ce titre parce que mon premier livre, en 1962, s'intitulait "Introduction au droit administratif" et celui-ci, fruit de plus de quarante années de travail comme professionnel du droit, constitue son contrepoint. J'aurais pu aussi imaginer un sous-titre, tel que "Théorie et pratique" ou bien, si cela n'eut pas été si long et gênant, quelque chose du genre:

UNE INTRODUCTION AU DROIT

Pour des avocats et des non-avocats
Une version unifiée de *common law* et de droit continental
Droit public et droit privé
Droit national, supranational et international

Est-ce qu'on peut remplir de si grandes ambitions dans un tout petit livre? La réponse est un "non" retentissant, mais je voudrais quand même essayer.

¹ Peut-être injustement n'ai-je pas ajouté "comme professeur" à cette liste.

2. *Un livre pour les avocats et pour ceux qui ne le sont pas*

Pourquoi un (sous)-titre si ambitieux? A travers les années, j'ai appris certaines choses essentielles sur ce que le droit est vraiment et sur la façon dont la profession est exercée. J'ai vu que plusieurs de mes collègues, appartenant à différents systèmes légaux et ayant vécu des expériences différentes, partagent les mêmes points de vue, au moins quant aux principes ou valeurs supérieurs. Il n'y a pas de nouveautés dans ce livre, rien n'est original.

Toutefois, le problème est que lorsqu'on donne des cours post-universitaires, aussi bien en Amérique Latine qu'en Europe, on voit que ces principes communs *ne font pas* partie des connaissances communes et des expériences des juristes qui suivent les cours. Il ne s'agit que de quelques sujets fondamentaux, mais ils épatent des avocats qui n'en ont jamais entendu parler, tandis que d'autres connaissent leur existence mais n'arrivent pas à comprendre qu'ils constituent le laissez-passer à la profession du droit.

Ce problème découle du fait que les juristes, à travers le monde, croient que leur titre prouve au moins une connaissance rudimentaire du droit. Malheureusement ils tombent dans l'erreur de confondre un acte formel - celui de recevoir un diplôme - avec la connaissance des faits, des principes et des aspects fondamentaux du droit; il s'agit d'une erreur essentielle que l'avocat traînera tout au long de sa vie jusqu'à ce qu'elle soit corrigée par la pratique.

3. *Une bibliographie minimale*

Le droit est surtout une activité intellectuelle. Il exige de la réflexion, de la créativité et du débat. Pour cette raison, il y a certains livres qu'on doit lire, même si l'on n'est pas totalement ni partiellement d'accord avec ceux-ci, afin de maintenir son esprit éveillé. Bien que nous allons en mentionner plusieurs dans l'*Epilogue*, il est important de signaler dès maintenant qu'un livre universellement reconnu à ce propos est *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* de Jhering (1880)². Pour ceux qui comprennent l'espagnol, il

² Autres de ses livres sont, bien sûr, indispensables. Pour ceux qui sont intéressés à approfondir le sujet, il y en a deux qui semblent essentiels: *Der Kampf um's Recht* (1889) et *Der Zweck in Recht* (1887).

y a aussi d'autres livres intéressants³. En réalité, n'importe quel livre qui soit assez provocateur sera utile ... et je serais ravi d'apprendre un jour que ce livre-ci ait été ainsi qualifié de tel.

Comme note finale et comme c'est l'habitude dans mon pays, je renvoie à des auteurs de différentes époques et de différents systèmes de droit.

4. Sauter des pages et des chapitres

Il est important de ne pas lire ce livre - ou d'ailleurs n'importe quel autre livre - d'une manière systématique. L'ordre n'aide pas à maintenir l'attention et à se concentrer, on est plus attentif lorsque on lit d'une façon non linéaire. Ceci parce que l'on peut lire davantage, avec de meilleurs résultats et pendant plus longtemps si on a l'esprit occupé. Quand on cherche à nourrir son esprit systématiquement, d'une façon très ordonnée et planifiée, on s'endort plus facilement⁴.

L'objectif est celui de diriger son attention sur chaque idée qui semble être nouvelle, bizarre ou simplement fausse, parce que ce n'est pas l'acte de lire en soi qui enrichit, mais plutôt le développement de la pensée à propos de la lecture. Ayant cette idée dans ma tête, j'ai délibérément répété certaines choses dans ce livre, tandis que d'autres semblent être répétées mais ne le sont pas. Ces dernières sont semblables mais pas identiques; les premières je les considère assez importantes et précieuses pour les rappeler. Des choses qui sont simplement pareilles sont utilisées pour souligner chez le lecteur certaines nuances, certains détails⁵.

³ NIETO ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelone, Ariel, 2000; El dorso meta-legal de las resoluciones judiciales dans la collection faite en hommage de Jesús Gonzáles Pérez, *La protección jurídica del ciudadano*, Madrid, Civitas, 1993, vol. I; *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Universidad Complutense, Madrid, 2001. NIETO ALEJANDRO / FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, *El Derecho y el revés*, Barcelone, Ariel, 1998.

⁴ La nature peut ou ne peut pas avoir un système parfait, mais ces qualités ne sont certainement pas à la portée de notre perception. Il est mieux d'acquiescer, comme le dit Leibniz, la conscience intelligente de nos propres limitations.

⁵ Comme ce livre est petit, on ne court pas le risque de "se perdre". Essayez avec le Chapitre X et puis avec le II; sautez les Chapitres III et IV, qui sont ennuyeux (mais lisez-les un jour). N'oubliez pas le Chapitre V, *lisez-le maintenant*. L'*Epilogue* pourra vous intéresser si vous voulez savoir comment et pourquoi j'ai écrit ce livre. Sinon, sautez-le aussi.

5. Philosophie et méthodologie

J'ai passé ma vie entière à croire qu'il devait exister une seule et unique philosophie dans le droit, mais jusqu'à aujourd'hui j'ai à peine été capable de préciser une certaine méthodologie⁶. Le long du chemin, cependant, j'ai été surpris par l'harmonie inattendue entre la méthode et la substance de certaines théories du droit qu'on suppose antagonistes. Même si je n'ai pas adhéré à une philosophie du droit⁷, je peux déjà affirmer avec conviction que le droit consiste en trois éléments: *réalité (faits), valeurs et normes*.

Parmi ces trois composants, il existe une hiérarchie. La réalité joue le rôle primaire, puisque sans elle le reste de nos perceptions et de nos analyses serait inutile. Puis, entre les valeurs et les normes, ce sont les valeurs qui possèdent le statut supérieur. Les normes, lois ou règles en général, ne peuvent pas contredire des valeurs telles que les principes juridiques et judiciaires et les conceptions générales du droit.

En suivant ce schéma, si l'application d'une norme mène à un résultat injuste⁸, ce n'est pas le droit qui aura échoué mais bien celui qui l'aura appliqué, que ce soit un juge, un juriste, un professionnel, un fonctionnaire public.

6. Le droit et les meubles de la maison

Un vieux philosophe m'a dit un jour que le droit c'est comme les meubles d'une maison: vous pouvez toujours les arranger de manière différente, mais vous aurez toujours les mêmes meubles et la même maison. Tenant compte de cette limitation, veuillez considérer ce livre *Une introduction au droit* comme ma manière à moi d'aménager notre foyer commun.

⁶ Voy. mon livre: *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 3ème réimpr. 2001. Et aussi www.gordillo.com

⁷ J'ai quand même suggéré quelque chose au Chapitre X, § 10, "Vers une synthèse des conflits philosophiques".

⁸ Impraticable, inadéquat, inutile, dangereux, utilisez le qualificatif de votre choix: un mauvais résultat.