

REVUE D'HISTOIRE DES FACULTÉS DE DROIT ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 4 :

***LE SENS DES LOIS,
HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION
ET DE LA RAISON JURIDIQUE***
(Bruylant, 3^e éd., 2011),

de BENOÎT FRYDMAN

Journée d'étude organisée le 16 mars 2018 à l'université Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 15 mars 2022.

Pour citer cet article : Jean-Yves Chérot, « Le sens du *Global Law* », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, *Lectures de... n° 4 : Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (Bruylant, 3^e éd. 2011), de Benoît Frydman, p. 1-14.

[<https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437315/lecture-de-frydman-7-le-sens-du-global-law-jy-cherot.pdf>]

LE SENS DU *GLOBAL LAW*

Jean-Yves CHÉROT
Professeur émérite de droit public,
Aix Marseille Université, Laboratoire de théorie du droit

Mon intervention cherche à restituer, à travers les travaux les plus récents de Benoît Frydman, la recherche du sens du droit global comme une entreprise qui se situe, c'est comme cela que l'on peut la regarder, dans le prolongement du livre *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Le lien est bien établi par Benoît Frydman entre les deux champs tant par de nombreuses références, dès 2010, dans sa théorie du droit global au livre *Le sens des lois* que dans la préface même à la troisième édition du *Sens des lois* de 2011 qui s'inquiète de la place et de l'insertion du phénomène des nouvelles normativités techniques, qui caractérisent pour partie la normativité dans la globalisation, dans l'histoire de la raison juridique.

Mais il nous faut revenir un moment en arrière. Car l'évidence du lien entre les deux parties de l'œuvre de Benoît Frydman n'apparaît pas dans les premiers travaux de Benoît Frydman sur les nouvelles normativités. Le programme sur le *global law* se dessine en effet très tôt, avant même la première édition en 2005 du livre sur *Le sens des lois*. On en trouve la première manifestation dès 1997 dans des recherches et des articles sur la régulation de l'internet, une régulation moins étatique que privée¹, et encore au début des années 2000 avec des travaux sur la corégulation².

¹ B. Frydman, « Quel droit pour l'internet ? », *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, éditions du jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 279-316 ; B. Frydman et I. Rorive, « Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 23, n° 1, 2002, p. 41-59.

² B. Frydman, « Coregulation : A Possible Model for Global Governance », *About Globalization. Views on the Trajectory of Mondialisation* (B. de Schutter et J. Pas dir.), Brussels University Press, 2004, p. 227-242. B. Frydman, « L'affaire Total et ses enjeux », *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Larcier, 2007, p. 301-321 ; T. Bersn, B. Frydman, *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant,

Ces recherches, faut-il le rappeler, sont (au moins au départ) de nature très différente de celles menées pour l'écriture de l'ouvrage *Le sens des lois*. Il ne s'agit pas d'un travail sur des textes de la pensée juridique, se rapportant le plus souvent au raisonnement juridique et à la science du droit, mais d'une recherche sur des données normatives émergentes demandant des méthodes d'enquête empirique, d'un type très différent de l'enquête de nature philosophique sur des textes sur laquelle était fondé *Le sens des lois*. Les premières recherches qui ont porté sur la régulation de l'internet et sur la responsabilité sociale des entreprises ont forgé une méthode qui a été, en même temps qu'elle était ainsi généralisée et validée, transposée et enrichie dans de nouveaux autres domaines où s'observe le développement de normes structurant la société transnationale, la régulation des noms de domaine sur l'internet, ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), la régulation du commerce international et européen (normes ISO et normes du comité européen de Normalisation), le contentieux transnational des droits de l'homme, la régulation financière et comptable, avec les agences de notation et les normes comptables IFRS (International Financial Reporting Standards), ou encore la régulation des dettes souveraines.

Se sont détachées dans cet ensemble certaines normes qui, sous la forme d'indicateurs et de classements, traduisent un mouvement plus général vers une normativité de type managérial. Ces travaux empiriques partent d'objets, de défis, de problèmes et de cas (par exemple au départ, l'affaire Yahoo pour la régulation de l'internet) choisis parmi ceux qui révèlent, dans la globalisation des échanges, l'émergence de normes (et de normes globales) tout à fait étrangères aux sources classiques du droit et qui structurent des pans entiers majeurs des relations humaines dans la globalisation. Ces évolutions de la normativité sont souvent appelées par les évolutions des droits étatiques et du droit international qui reconnaissent eux-mêmes des responsabilités élargies aux acteurs privés³.

2007. L'article de Benoit Frydman sur les « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » dans l'ouvrage collectif *Responsabilités des entreprises et corégulation* de 2007 est très caractéristique des méthodes, des concepts et des objets du programme du *global law* du Centre Perelman de Philosophie du Droit (CPRD).

³ Les travaux empiriques menés par le CPPD peuvent rejoindre des objets par ailleurs pris en considération par d'autres écoles de droit global (le contentieux transnational des

Le travail empirique est mené ici d'abord autour d'objets normatifs considérés, en raison de leurs effets de régulation de secteurs sensibles de la vie sociale, comme significatifs de régulations qui dépassent ou surpassent les frontières des États, concurrencent les normes étatiques et remplacent souvent des normes du droit international défaillant. Tous ces travaux pourront apparaître aujourd'hui comme étant l'expression du pragmatisme juridique bruxellois, mais au moment où ils sont décidés et produits, cela reste encore tout à fait implicite.

Mais les travaux les plus récents de Benoît Frydman situent désormais ces évolutions de la normativité dans l'histoire plus longue de la pensée juridique, pour leur donner un sens en retrouvant le chemin suivi pour écrire *Le sens des lois* en cherchant les « épistémologies horizontales » sous-jacentes⁴. Au-delà des recherches empiriques qui continuent d'être conduites en équipe, associant notamment des doctorants, les publications prennent la forme directe d'une œuvre directement philosophique, notamment par un retour sur l'histoire actuelle de la pensée juridique dans la globalisation. Les premiers pas de ce mouvement me semblent avoir été faits précisément en puisant dans *Le sens des lois*, face à des données profondément nouvelles qu'offrent les enquêtes empiriques, la marge de manœuvre pour renverser, quand ils représentent des obstacles épistémologiques, des concepts hérités de l'histoire de la philosophie du droit et y trouver d'autres concepts (état de nature, lutte pour le droit)⁵ à la mesure des « objets » du *global*

droits de l'homme, des affaires centrales comme l'affaire Kadi, les normes techniques produites par les organismes administratifs transnationaux, etc.).

⁴ « Le projet de ce livre doit beaucoup à la lecture de *Les mots et les choses*. Dans cet ouvrage, Michel Foucault exhume en archéologue les socles épistémologiques successifs de la pensée occidentale moderne. Le livre fait la démonstration magistrale de l'intérêt d'une épistémologie horizontale qui, plutôt que de s'attacher, comme les manuels classiques, à l'histoire des progrès et des découvertes d'une discipline spécifique, dévoile comment, à chaque époque, les différents domaines du savoir s'enracinent dans un sol commun, qui prédétermine ce qui peut être pensé et dit [...] », *Introduction du Sens des lois* p. 36-37.

⁵ « L'histoire des idées doit au contraire être une école de la liberté, émanciper l'esprit de l'emprise de notions désuètes pour favoriser la formulation des nouveaux outils qui permettent l'analyse et la compréhension des phénomènes du présent et contribueront à l'éclaircissement des mystères de l'avenir. Etudier les circonstances de l'apparition du concept d'ordre ou de système juridique au XVII^e siècle ou des sources du droit au XIX^e permet aussi de comprendre pourquoi on pourrait être amené à s'en dispenser à l'avenir et comment il

law. *Le sens de lois* devient une référence comme laboratoire pour lever des obstacles épistémologiques à la compréhension par les juristes du sens des nouvelles normativités. Il s'agit notamment d'insister sur deux ruptures que consacre la théorie du *global law* telle que construite par l'école de Bruxelles, deux ruptures esquissées dans « Comment penser le droit global »⁶, et reprises dans la préface au *Sens des lois* de 2011, une rupture avec la théorie des sources telles que conçue dans le mouvement philologique d'interprétation qui a dominé le XIX^e siècle⁷ et une rupture avec le concept d'ordre juridique comme ordre rationnel et complet tel qu'il apparaît dans la construction du droit aux XVII^e et XVIII^e siècles⁸. Ce qui est observé directement, c'est la raison normative dans un monde qui ressemble plus à un état de nature qu'à un Léviathan.

L'horizon s'est élargi, au point que les travaux de l'école du droit global du Centre Perelman de philosophie du droit sont présentés comme l'illustration, dans une discussion critique avec les autres écoles du droit global (I), d'une approche pragmatique du droit, dans la lignée même des approches de l'école de Bruxelles, elle-même réexaminée dans ses profondeurs historiques jusqu'aux internationalistes de l'école bruxelloise (II).

I. La philosophie du droit comme débat sur le sens du *global law*

Un mouvement décisif se dessine en effet avec la critique des écoles actuelles du droit global pour mieux marquer, dans ce contexte doctrinal très vaste, la voie proprement originale qui est celle du Centre Perelman dans l'étude et la théorie du droit global.

serait possible de penser le droit sans eux » (B. Frydman, *Préface à la troisième édition, Le sens des lois*, p. 14).

⁶ Communication au colloque d'Aix de juin 2010, publiée dans J.Y. Cherot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 16-48.

⁷ Cf. aussi Frydman et Lewkowicz, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », colloque *La théorie générale des sources revisitée*, 21 février 2013, CPPD WP 2013/01.

⁸ B. Frydman vise dans le concept d'ordre juridique le concept daté et par conséquent épistémologiquement non nécessaire en tant qu'il défend l'idée d'un ordre complet, parfaitement rationnel, rejetant en dehors du droit les controverses, les argumentations, comme les mille contradictions de la vie des normes en droit. Cf. aussi B. Frydman, « Repenser la science du droit. Penser le droit global sans ordre juridique », *Traité des rapports entre ordres juridiques* (B. Bonnet dir.), Paris, LGDJ, 2016, p. 279-282.

Le sens des lois palpite à nouveau dans l'analyse critique de ces travaux d'histoire de la pensée juridique contemporaine dans leurs propositions face aux défis de la globalisation. L'école de Bruxelles rend compte des soubassements philosophiques des différentes théories actuelles du *global law*, en montre les limites dès lors qu'elles recyclent les « prêts à porter » des grandes écoles de la philosophie du droit et fait ainsi ressortir la voie propre de l'école du Centre Perelman. Les observations qui accompagnent la description de ces différentes écoles marquent une réticence à accepter comme un modèle généralisable la doctrine du *Global Administrative Law* (GAL) qui cherche le sens du droit global dans la procéduralisation qui accompagne la création des nouvelles normativités ou encore par la critique des tentatives de nature jusnaturaliste, que l'on retrouve dans l'idée de « double normativité » défendue encore par Neil Walker et par une attention détachée à l'égard des approches de type herméneutique qui tentent dans le cadre de la distinction entre global et mondial, de mettre l'accent sur la construction possible d'un droit mondial dans le dialogue des juges et les échanges interprétatifs.

L'analyse du *global law* par Benoît Frydman peut en effet être lue très directement, comme un prolongement d'une histoire de la raison juridique dans la globalisation, dans l'analyse des grandes thèses majeures de la philosophie du droit de nos jours en tant qu'elles revendiquent d'être, dans leur diversité par ailleurs, des théories du *global law*. En témoignent directement les conférences de Benoît Frydman au Centre Michel Villey en 2015⁹ et au CERIC, à Aix, en mai 2016¹⁰ ou encore le dialogue ouvert à Bruxelles avec les différents auteurs invités à présenter et à confronter leur vision du droit à l'ère de la globalisation à celle de l'école de Bruxelles, notamment lors de la *global law week* organisées par le CPPD comme en témoigne notamment, c'est un exemple, en 2017, l'invitation de Neil Walker pour débattre de son livre *Intimations of Global Law*, à la

⁹ B. Frydman, *Le droit global*, Conférence Michel Villey 3 avril 2015, consultable en ligne à partir du Centre Michel Villey (<http://institutvilley.com/Conference-du-professeur-Frydman>).

¹⁰ B. Frydman, *Introduction pragmatique au droit global*, conférence du 11 février 2016, Aix Marseille Université (<https://ru-clip.com/video/FP2HSgkmBPw/beno%C3%A9t-frydman-introduction-pragmatique-au-droit-global.html>).

fois un bilan de la théorie du *global law* comme nouvelle théorie du droit et une proposition de lecture ascendante du droit¹¹.

Les analyses fouillées de Benoît Frydman des différentes théories actuelles sur le droit global distinguent les différents courants actuels de la théorie du *global law*, les courants néo jusnaturalistes, le constitutionnalisme global, le *global administrative law* (Cassese et Kinsbury), le nouveau pluralisme juridique de Teubner, le pluralisme de type herméneutique¹² ou les approches critiques. Benoît Frydman y décèle notamment les prolongements des grandes traditions de la raison juridique et, au moins pour certaines d'entre elles, il s'interroge à plusieurs reprises sur leur capacité à bien pouvoir se saisir des nouvelles réalités. On peut lire aussi des linéaments d'une discussion de philosophie politique qui ne peut être qu'étroitement associée ici à la philosophie du droit, notamment dans un article sur la question de la démocratie à l'échelle globale¹³.

Benoît Frydman critique les théories du droit global ou mondial en tant qu'elles ne sont que l'application à un nouvel objet de théories existantes. Le fait, comme les théories du *global law* le font selon lui, de « plaquer un prêt à porter sur un nouvel objet » ne peut que « produire de la connaissance limitée ». Il y a bien « un nouveau paradigme, une révolution technologique majeure dans le droit que

¹¹ Le décalage, en même temps que cette tension entre le *global law* et le droit établi, et le fait que le *global law* ne puisse que proposer ou présenter des suggestions est parfaitement saisi dans la belle expression qui décide du titre du livre de Neil Walker, *Intimations of Global Law* (Cambridge, 2015). Il s'agit pour cet auteur de restituer le sens du *global law* dans des indices de quelque chose qui arrive ou qui émerge sans être toutefois encore là véritablement et dans la suggestion que quelque chose existe déjà en lisant dans certains indices des signes d'une réalité en marche. De ce caractère suggéré, le *global law* ne peut pas produire ce qui caractérise traditionnellement la structure du droit moderne. Il ne peut invoquer quoi que ce soit de la méthode des théories normativistes pour soutenir sa propre validité. Le droit global tout entier, comme forme de projection, est nécessairement fondé sur la reconnaissance d'un écart entre ce qu'est la légalité aujourd'hui et ce que la légalité doit devenir tout en étant déjà dans un processus d'advenir.

¹² « On voit se développer et déjà s'affronter [...] plusieurs visions concurrentes de la construction progressive d'un droit mondial ou global. Parmi celles-ci, on peut distinguer un courant herméneutique de la mondialisation du droit, qui met en avant l'harmonisation progressive des règles et des ordres juridiques, notamment le dialogue des cultures juridiques et des juges et la "traduction" des concepts, ou, dans une version plus politique, par un accord ou au moins un "consensus par recoupements", fondé sur des interprétations diverses, mais convergentes de la démocratie et des droits de l'homme » (préface à la 3^e éd. du *Sens des lois*, p. 15).

¹³ « Réaliser la démocratie à l'échelle globale », *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ?* (Viala dir.), Lextenso, 2014, p. 105-128.

l'on ne peut pas percevoir en lisant la vieille théorie du droit » (conférence au Centre Michel Villey, 2015).

L'œuvre de Neil Walker pourrait bien représenter une illustration, par ailleurs brillante, de ce prêt à porter plaqué sur le phénomène du droit global. Neil Walker considère que, sans une revendication d'applicabilité, le *global law* ne pourrait pas satisfaire une définition opératoire du concept de droit et que, sans ce caractère opératoire revendiqué, il ne pourrait comporter une prétention (*claim*) juridique, mais simplement une aspiration, une espèce de prédiction sur ce que le droit pourrait devenir. Mais pour lui, le droit global doit précisément exprimer cette prétention à être du droit pour son applicabilité actuelle et le faire à travers le processus qu'il appelle celui de la « double normativité ». Le *global law* impliquerait toujours la référence à des dimensions générales caractéristiques du droit, de sa nature.

L'aspect tourné vers le futur du droit global implique pour Neil Walker à la fois une composante épistémique, une composante évaluative et une composante de plaidoyer (*advocacy*). Sur le plan épistémique, c'est une question de déploiement d'une connaissance pour savoir comment une approche juridique adaptée à partir de nos traditions disciplinaires est en mesure de se développer. Le droit global représente une catégorie qui exige d'approfondir et d'étudier notre notion ou notre liste de notions sur ce que la normativité juridique et la doctrine du droit peuvent recouvrir. Avec Neil Walker, les approches fonctionnelles du *global law* dans les champs comme ceux du changement climatique ou du droit pénal international peuvent être regardées comme l'exploration d'une tradition juridique déjà là, un point de départ pour le projet de construire une théorie plus large et englobante sur des régimes juridiques particuliers en cherchant à rendre explicite ce qui est encore implicite dans le droit international aujourd'hui.

Une plus grande proximité peut être trouvée et reconnue entre l'approche pragmatique du droit global de l'école de Bruxelles et les approches du *Global Administrative Law* (GAL), notamment dans les travaux de la New York University, ne serait-ce que dans le choix des objets étudiés de façon privilégiée dans la production de nouvelles normes techniques d'application volontaire dans la régulation des marchés par des organes, agences publiques ou privées, tels que le

comité de Bâle, l'IFRS, l'ISO, etc. Mais pour l'école de Bruxelles, l'école du GAL, qui insiste dans sa construction de la théorie du droit global sur la redécouverte par les institutions du *global law* des méthodes et des principes de la *rule of law* et du *due process of law*, reste encore trop attachée à retrouver la trace du concept de droit, ici un concept de type hartien, et à justifier les nouvelles normes techniques comme des « règles primaires » produites par des règles secondaires. Par ailleurs, ce type de focalisation pourrait détourner l'attention à l'égard des normes tout aussi importantes et non produites avec de telles règles secondaires et accorde une importance systémique au fait que certains organismes mettent en place des règles de participation inclusive et développent la transparence de leurs procédures et de leurs travaux.

Pour ne pas tout à fait conclure sur le dialogue avec les autres approches du droit dans la globalisation, on peut remarquer l'intérêt plus particulièrement marqué par Benoît Frydman aux hypothèses de Teubner, produites dans le prolongement des thèses de Luhmann, sur la disparition du droit au profit de nouvelles rationalités fonctionnelles. Reprenant à nouveaux frais la présentation de la fragmentation du droit international autour de logiques distinctes et sans communication, Teubner ne voit pour le droit que la place de permettre de réguler les conflits entre ces normes. Mais Teubner est encore sensible au fait de ne pouvoir regarder dans le droit que des règles rattachées à un ordre juridique propre, séparé, revendiquant institutionnellement une autorité, ce qui emporte encore la réticence de Benoît Frydman à accepter la thèse ainsi défendue de la limitation du droit à un mécanisme de gestion des conflits entre normes techniques, une autre face de sa mise en garde contre la référence préalable à un ordre pour saisir le droit : ce n'est pas parce qu'il n'y a pas d'ordre juridique mondial que le droit global n'existe pas.

II. Le *global law* dans l'école de Bruxelles

Ce mouvement critique des écoles actuelles de philosophie du droit à l'égard du droit global prépare à mieux voir dans les travaux du Centre Perelman le cheminement d'une autre école. Le contraste peut en effet apparaître sur ce terrain entre ces écoles du droit mondial et du droit global poursuivant l'analyse des nouveaux objets

dans un « prêt à porter » jusnaturaliste, herméneutique ou juspositiviste et l'école du droit global au CPPD qui exprime puis revendique une approche pragmatique et retrouve par là même la tradition de l'école de Bruxelles par ailleurs elle-même objet de recherches nouvelles au sein du Centre Perelman¹⁴. On désigne sous ce terme, rappelle Benoît Frydman,

le mouvement réuni autour de Chaïm Perelman, Paul Foriers et Walter Ganshof van der Meersch qui ont contribué à enrichir la théorie du droit par l'étude de l'argumentation judiciaire et la réintroduction des principes généraux, des droits fondamentaux et des valeurs au sein du droit positif. [...] Cette génération a poursuivi et renouvelé l'œuvre de ses maîtres qui, comme Eugène Dupréel, Paul Vander Eycken, Georges et Léon Cornil, Henri de Page et Jean Van Ryn entre autres, avaient embrassé les principes du pragmatisme, de l'école sociologique et du mouvement de la libre recherche scientifique pour développer une conception créative et évolutive du droit, centrée sur des nécessités de la pratique¹⁵.

La distance semble pourtant considérable entre ces travaux sur l'interprétation judiciaire qui se développent dans le cadre institutionnel tout à fait classique du droit de l'État et les travaux du CPPD sur les nouvelles normativités émergentes dans la globalisation. Mais Benoît Frydman n'a pas de difficultés à nous convaincre de l'unité de ces perspectives. L'idée à l'œuvre chez Perelman notamment dans la saisie du droit dans l'argumentation n'est rien d'autre que le sens de la règle ne peut être déterminé que par référence au contexte de son application. « Elle dépasse ainsi largement de beaucoup la question particulière de l'interprétation judiciaire »¹⁶. « Elle affecte la conception pragmatique du droit et ses méthodes dans leur ensemble ». Elle ne fait qu'illustrer la thèse pragmatique plus générale que « la signification d'un concept ou d'une règle n'est rien d'autre que la somme des effets concrets qu'ils sont susceptibles de produire en pratique », ce qui est précisément le renversement qui conduit à s'attacher dans le contexte nouveau de la globalisation, au nom de cette approche pragmatique, à de nouveaux

¹⁴ B. Frydman, et G. Lewkowicz, (dir.), *Le droit global selon l'École de Bruxelles*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, à paraître.

¹⁵ B. Frydman, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *RIEJ*, 70, 2013, n° 1, p. 92-98, ici p. 92.

¹⁶ *Ibid.*

objets dès lors que leurs effets les recommandent à l'observation et aux nouvelles luttes pour le droit sur lesquels elles se concentrent¹⁷.

Benoît Frydman a par ailleurs retrouvé des traces plus anciennes encore de ce programme de l'école de Bruxelles, des traces d'autant plus significatives que l'on peut les chercher aussi, malgré les différences liées aux contextes, dans les recherches et le plaidoyer des « internationalistes » de l'école de Bruxelles, de Paul Otlet et d'Henri Lafontaine à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle pour un droit mondial à la hauteur des besoins de la société mondiale et trouver là des appuis précieux pour les travaux actuels du CPPD¹⁸.

On voit apparaître ainsi, au-delà de cette histoire de la pensée juridique aux prises avec le droit global, de façon de plus en plus marquée avec le temps, l'explicitation et la revendication du lien entre la théorie du *global law* entreprise et construite au sein du Centre Perelman et l'approche de cette « école de Bruxelles », elle-même illustrée comme un prolongement des écoles de libre recherche, de la *sociological jurisprudence* ou du *legal realism* aux Etats-Unis¹⁹. Dans un texte inédit, *Les théories pragmatiques du droit global*, Benoît Frydman fait le lien, malgré les distances entre les objets saisis par ces approches (le raisonnement judiciaire et la théorie de la norme juridique saisie et construite dans le raisonnement judiciaire) et la méthode de saisie du droit global au CPPD.

Prenant les choses par le haut, au-delà des différences entre ces différentes écoles, il rappelle que,

par-delà les différences parfois importantes qui séparent ces différents courants entre eux et ces auteurs à l'intérieur de ceux-ci, les tenants du mouvement réaliste, de la jurisprudence sociologique, de la libre recherche et de la nouvelle rhétorique, qui ont traversé le XX^e siècle, partagent des prémisses importantes qui caractérisent la conception pragmatique du droit²⁰.

Les voici :

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cf. notamment sur ce point, B. Frydman, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », *Vers un droit global* (Karim Benyekhlef dir.), Montréal, Thémis, 2016, p. 117-148. Cf. aussi dans ce texte « les leçons », malgré les discontinuités et les différences, que l'école actuelle de Bruxelles peut « retenir » « des travaux et entreprises de Lafontaine et Otlet ».

¹⁹ Cf. B. Frydman, « Comment penser le droit global », *loc. cit.*

²⁰ *Les théories pragmatiques du droit global*, conférence dans le séminaire du CPPD Les théories du droit global, inédit.

1° Les règles de droit et les normes en général ne sont pas des entités en soi, des décrets peuplant l'univers du devoir-être, mais des *instruments*, des outils qui visent à guider et à influencer sur le comportement des hommes et le cours de la société.

2° En conséquence, le sens et la portée véritable des normes se mesurent essentiellement aux *effets* qu'elles produisent. Ce sont ces effets qu'il s'agit d'observer en s'attachant davantage à l'étude de l'application concrète des règles plutôt qu'à leur origine et à leur énonciation abstraite. Ce regard porté en aval de la règle plutôt qu'en amont conduit à déplacer le centre d'intérêt de la théorie pragmatique, dans les pays de droit continentaux aussi bien que de *common law*, du législateur vers le juge et au-delà des textes vers le terrain de la vie sociale.

3° Ce primat donné à l'application s'accompagne d'une conception *non formaliste* de la règle de droit qui se refuse à réserver la qualité de « règle juridique » aux seules expressions bien formées de la norme par les instances officielles du pouvoir et de l'État, selon une théorie étroite des sources formelles du droit. Les pragmatiques mettent au contraire en évidence la pluralité et la variété des sources et des normes issues de la pratique et émanant de la vie sociale, qui sont effectivement reconnues et appliquées.

4° Pour les pragmatiques, les normes et les institutions apparaissent ainsi comme un produit des interactions sociales et l'enjeu de luttes et de stratégies mises en œuvre par les acteurs sociaux, dont l'issue est souvent présentée comme ouverte et indéterminée. Le droit leur apparaît ainsi comme une construction progressive, mouvante et instable. Ils s'opposent dès lors de manière frontale aux théories qui conçoivent le droit *a priori* comme un système de normes ordonnées de manière cohérente et complète, ce qui leur paraît une abstraction sans rapport avec la réalité des choses.

D'un point de vue pragmatique, l'existence d'un ordre juridique structuré n'est pas la condition d'existence ou de possibilité du droit, mais seulement une forme de rationalisation, d'ailleurs artificielle, de sa représentation. Pragmatiquement, la règle de droit ne trouve pas son substrat dans le système ou l'ordre dont elle relève, mais directement dans la société qu'elle est censée réguler et dont elle émane²¹.

Benoît Frydman explore alors deux pistes, celle de l'existence d'une société globale dont la postulation implique qu'elle doit avoir son droit et la piste du point de vue des acteurs qui, dans la perspective unique et propre qui est la leur, celle où chacun regarde les ordres juridiques de façon externe et joue avec eux dans l'espace global.

Ainsi, le droit global désigne non pas un corps constitué de règles ni même un amas de normes hétéroclites, mais bien d'abord un point de vue global sur le droit. [... Donc] synthétiquement, le concept pragmatique de droit global

²¹ *Ibid.* p. 6.

représente le point de vue global sur le droit d'un participant engagé stratégiquement dans un environnement social pluraliste, c'est-à-dire qui n'est pas régi par un ordre juridique unique²².

Dans ce cadre, deux points sont encore décisifs. Le premier consiste à affirmer que la théorie du droit ne doit pas constituer un obstacle à l'analyse des nouvelles normativités en ce sens que toutes les normativités qui seraient en dehors des critères épistémologiques qui permettent de détecter du droit poseraient difficulté car ce serait passer à côté de phénomènes majeurs dans l'organisation institutionnelle de notre temps. Des critères épistémologiques comme ceux d'ordre juridique ou de sources formelles du droit devraient être relativisés car ils seraient apparus ou auraient pris la place centrale que l'on leur accorde que de façon relativement récente.

Le second point consiste à rappeler aux juristes leur rôle dans la société tout en les invitant à se saisir plus avant des programmes de la philosophie des normes et du droit :

Si refuser le qualificatif "juridique" aux nouvelles normativités a pour conséquence de les rejeter sinon dans les limbes, du moins en dehors de la sphère légitime d'investigation, cette attitude est préjudiciable et doit être rejetée²³.

La dynamique des modes de régulation invite le chercheur à prêter attention à toutes les formes de normativité qui peuvent être considérées comme des équivalents fonctionnels des normes juridiques, auxquelles elles tendent à se substituer dans l'environnement nouveau ou qu'elles complètent ou concurrencent. Il s'agit moins ici de prophétiser la mort ou le déclin du droit que de s'ouvrir à toutes les formes de régulation effectives.

Jeremy Bentham a sur ce point montré la voie au pragmatisme en développant une conception extrêmement large et non formaliste, notamment à l'aide de son concept de « législation indirecte » et en étendant le champ de ses investigations à toutes les formes de normes, forgeant même pour rendre compte de cette science le terme de « déontologie ». Si celui-ci a pris un sens différent et spécifique, l'objectif visant à traiter dans un champ unifié l'ensemble des normes s'impose d'autant plus à l'âge global que cette perspective s'avère indispensable pour comprendre et mesurer comment les différentes formes de normativités (notamment politiques, économiques et

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

techniques) s'articulent et conjuguent ou contrecarrent leurs effets. Les théories pragmatiques du droit global assignent ainsi, de manière extrêmement ambitieuse, un horizon très large à la pensée juridique, qui met plus que jamais à l'ordre du jour la nécessité des approches interdisciplinaires, voire le redécoupage des frontières des disciplines classiques dans une perspective « normatologique »²⁴.

L'approche pragmatique est là pour justifier la légitimité de l'intérêt scientifique des juristes pour les nouvelles normativités et non pour déterminer des critères épistémologiques pour reconnaître ce qui est du droit dans les données du réel. Aussi bien Benoît Frydman rappelle-t-il que

le concept de droit, sa définition ou son essence, ne sont pas un donné ontologique qui détermine *a priori* le champ d'investigation de la théorie du droit, mais bien davantage la résultante de conflits entre visions, modèles et pratiques concurrents²⁵.

Il rappelle que la détermination de ces critères est très malléable dans le temps en ce qu'ils sont dépendants des épistémologies sous-jacentes aux théories du droit de chaque époque²⁶. C'est une question moins ontologique qu'épistémologique. Mais Benoît Frydman laisse ouverte la question des critères épistémologiques qui sont les déterminants pour lire dans les faits ce qui relève du droit.

Nous pouvons, non pas pour conclure, mais pour marquer ce qui est encore un angle trop fermé dans ce court exposé, revenir un instant à la préface à la troisième édition du sens des lois de 2011. Benoît Frydman relevait que les données de l'analyse empirique de la normativité pourraient fournir l'occasion d'un nouveau chapitre dans cette histoire de la raison juridique entreprise dans *Le sens des lois*. C'est « trop tôt » ajoutait-t-il²⁷. Ce qui était jugé encore trop tôt reste sans doute encore un objet de travail central qui est pourtant heureusement souligné :

²⁴ *Ibid.*, p. 11.

²⁵ « Si bien qu'il est prudent, à l'instar de Lewellyn ou plus récemment de William Twining, de différer cette question en considérant qu'elle est affaire de contexte, et de considérer d'un œil ouvert l'évolution des dispositifs normatifs, sans trop préjuger de leur nature » (préface à la 3^e éd. *Le sens des lois*, p. 16-17).

²⁶ Ainsi, par exemple, le critère de l'intention de l'auteur par exemple a été magnifié par l'approche philologique.

²⁷ *Préface, op. cit.*, p. 16.

« Il est trop tôt pour ajouter un chapitre à cette histoire de la raison juridique, qui serait consacré à ce nouveau modèle managérial ou normalisateur [...et] il est prématuré d'en mesurer le destin. [...Mais] il est certainement grand temps d'y travailler et d'ouvrir l'horizon des juristes à ces formes différentes de normativités, dont l'avènement avait été annoncé de longue date par Foucault, et aux outils qui les mettent en œuvre »²⁸.

²⁸ B. Frydman et A. Van Waeyenberge, *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2014 contribue à ce programme. Cf. notamment dans ce livre, B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », p. 5-67.