



HAL
open science

Rendre compte du droit dans un contexte de globalisation

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Rendre compte du droit dans un contexte de globalisation. J.-Y. Chérot et B. Frydman. La science du droit dans la globalisation, Bruylant, pp.49-62, 2012. halshs-00938344

HAL Id: halshs-00938344

<https://shs.hal.science/halshs-00938344v1>

Submitted on 29 Jan 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION

La collection « Penser le Droit »

La collection « Penser le Droit » a pour objet la publication d'ouvrages originaux de philosophie et de théorie du droit. Elle accueille également des traductions d'ouvrages étrangers.

La qualité scientifique des manuscrits soumis à publication est évaluée de manière anonyme par le comité de lecture de la collection. Les manuscrits sont envoyés au Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université Libre de Bruxelles, CP-132, 50 av. F.D. Roosevelt, B-1050 Bruxelles.

Organisation de la collection

Directeur : Prof. Benoît Frydman

Secrétaires : Prof. Gregory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge

Comité de lecture

Olivier CORTEN

*Professeur à l'Université Libre
de Bruxelles*

Mireille DELMAS-MARTY

Professeur au Collège de France

Edouard DELRUELLE

Professeur à l'Université de Liège

Alfred DUFOUR

Professeur à l'Université de Genève

Jean-Marc FERRY

*Professeur à l'Université Libre
de Bruxelles*

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Institut d'Etudes
Politiques de Paris*

Antoine GARAPON

*Secrétaire général de l'Institut
Des Hautes Etudes sur la Justice*

Serge GUTWIRTH

*Professeur à la Vrije Universiteit
Brussel*

Peter HAGGENMACHER

*Professeur à l'Institut Universitaire des
Hautes Etudes Internationales de Genève*

Jean-François KERVÉGAN

Professeur à l'Université Paris-I Sorbonne

Françoise MICHAUT

Directrice de Recherche au C.N.R.S.

François OST

*Professeur aux Facultés Universitaires
Saint-Louis*

Diego QUAGLIONI

Professeur à l'Université de Trente

Michael STOLLEIS

*Professeur à l'Université de
Francfort-sur-le-Main*

Françoise TULKENS

*Juge à la Cour Européenne
des Droits de l'homme*



LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION

**SOUS LA DIRECTION DE
JEAN-YVES CHÉROT ET BENOÎT FRYDMAN**



BRUYLANT

PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

1. *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de Emmanuelle BRIBOSIA et Ludovic HENNEBEL, 2004.
2. *La société civile et ses droits*, sous la direction de Benoît FRYDMAN, 2004.
3. *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, par George C. CHRISTIE. Traduit de l'anglais (américain) et présenté par Guy HAARSCHER, 2005.
4. *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, par Benoît FRYDMAN, 3^e édition, 2011.
5. *Philosophie de l'impôt*, sous la direction de Thomas BERNS, Jean-Claude DUPONT, Mikhaïl XIFARAS, 2006.
6. *Responsabilités des entreprises et corégulation*, par Thomas BERNS, Pierre-François DOCQUIR, Benoît FRYDMAN, Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, 2006.
7. *Dire le droit, faire justice*, par François OST, 2007.
8. *Généalogie des savoirs juridiques contemporains. Le carrefour des lumières*, sous la direction de Mikhaël XIFARAS, 2007.
9. *La vertu souveraine*, par R. DWORKIN. Traduit de l'anglais (américain) et présenté par Jean-Fabien SPITZ.
10. *Juger les droits de l'homme. Europe et Etats-Unis face à face*, par Ludovic HENNEBEL, Gregory LEWKOWICZ, Guy HAARSCHER et Julie ALLARD, 2007.
11. *La prohibition de l'engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. Généalogie d'une transmutation*, par Alain RENARD, 2008.
12. *L'Europe des cours. Loyautés et résistances*, par Emmanuelle BRIBOSIA, Laurent SCHEEK, Amaya UBEDA de TORRES, 2010.
13. *L'imaginaire en droit*, sous la direction de Mathieu DOAT et Gilles DARCY, 2011.
14. *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, par Benoît FRYDMAN, 3^e édition, 2011.

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : www.bruylant.be

© Groupe De Boeck s.a., 2012
Éditions Bruylant
Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2012/0023/185

ISBN : 978-2-8027-3621-9

CHAPITRE III.
RENDRE COMPTE DU DROIT
DANS UN CONTEXTE DE GLOBALISATION

PAR

ÉRIC MILLARD

*Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre
La Défense-Centre de théorie et d'analyse du droit*

Selon la problématique générale retenue pour ce travail collectif, certains présupposés du concept de droit retenu par la théorie analytique du droit devraient être discutés particulièrement face au phénomène actuel de globalisation ou mondialisation (ces deux mots seront ici considérés comme synonymes pour désigner l'apparition de processus culturels, économiques, politiques et normatifs dépassant le champ territorial des États-nations, susceptibles d'être mis en concurrence dans l'action). Les présupposés seraient notamment mais non exclusivement les suivants : l'absence de lien automatique entre la présence de normes sociales et le droit, la séparation du droit et de la morale, l'appréhension du droit comme système juridique composé d'une « union de règles primaires et secondaires », l'existence de règles secondaires de changement comme caractère déterminant de reconnaissance d'un système de normes juridiques par rapport à un système de normes morales ou religieuses, la fondation ou la clôture du système juridique par une norme fondamentale ou une règle de reconnaissance unique.

Il convient évidemment de noter que pareils présupposés ne sont pas tous admis par toutes les théories du droit se réclamant d'une démarche analytique et que ce n'est donc pas la théorie analytique en elle-même qui est discutée, pour autant qu'elle existe comme unité, mais sa capacité à rendre compte, et sous quelles conditions, du phénomène de globalisation.

Il s'agira donc maintenant de se poser la question suivante : le contexte de globalisation implique-t-il un changement radical de

perspective dans le compte-rendu du droit, aussi bien du point de vue théorique (penser le droit dans la globalisation), didactique (l'enseignement du droit dans un contexte de globalisation) que descriptif (doctrinal : dire ce qu'est le droit dans la globalisation).

Bien entendu, la première question qui devrait se poser touche à la réalité du phénomène. Si nombreux sont les discours qui font état d'une mondialisation progressive et rapide, de nature à bousculer nos habitudes de pensée du droit, les études qui la démontrent sont moins fréquentes et moins assurées. Certes, la *lex mercatoria* devient ou redevient une référence affirmée et pratiquée, et les questions de *forum shopping* sont visibles; certes les lieux de normativité non étatiques (OMC, Europe, etc.) ne sont pas des fantasmes mais à proprement parler, et jusqu'à présent tout au moins, la question est celle de la coexistence (concurrence ou complément) des normativités juridiques classiques (i.e. des États) avec ces formes de normativité non directement étatiques. Penser le droit dans la globalisation demanderait d'abord que l'on pense davantage la globalisation, puis qu'on examine en quoi cela affecte réellement le concept de droit stato-centré. Il est probable que, sans nier l'intensité et l'originalité du phénomène, on ne puisse conclure aussi rapidement à une rupture qui justifierait de devoir faire table rase de nos outils de penser le droit : que l'État ait déjà connu d'autres normes que les siennes qui le concurrencent, qui sont dotées d'une effectivité, et qui transcendent les frontières ne doit tout de même pas être négligé.

Mais ce n'est pas sur ce terrain qu'il faut s'engager, du moins pour répondre à la question que je posais. La question n'est pas de nature empirique (je serais bien incapable de la trancher) mais analytique. À supposer acquis que notre monde soit ou devienne globalisé, et que cette globalisation change radicalement la nature du système juridique étatisé tel que nous l'avons connu depuis l'époque moderne, que signifie pour la théorisation du droit cette nouvelle donne ?

Il me semble cependant que la réponse est contenue dans la question et de ce fait j'avoue ne pas parfaitement comprendre le sujet (de quoi parle-t-on ?) et surtout l'insistance autour de ce sujet (pourquoi en parle-t-on, et avec tant d'acuité, d'inquiétude ou de satisfaction ?). Si la science du droit, selon la conception analytique elle-même, consiste à décrire son objet tel qu'il existe, il n'y a pas

plus de difficulté à décrire un droit dans le contexte de la mondialisation qu'un droit dans un contexte d'État-nation. Toute science construit son objet, et quand l'objet change, ou l'approche demeure scientifique ce qui signifie évidemment une reconstruction de l'objet pour rendre compte du réel qui a changé, ou l'approche ne s'adapte pas en maintenant ses vieux concepts, et elle cesse d'être scientifique en ce qu'elle ne permet plus de décrire le monde tel qu'il est (que ce renoncement tienne à une paresse intellectuelle ou à d'autres raisons, notamment aux réticences politiques, demeure évidemment une question conjoncturelle ouverte). La question n'est donc pas une question simplement de problème nécessaire de la théorie analytique pour fournir une théorisation de la globalisation, mais avant tout une question de manque conjoncturel de théorie disponible dans le champ analytique pour s'adapter à son objet. Il est vrai encore que pour décider qu'il faille changer de perspective, il faudrait de bonnes raisons, et j'ai dit mes doutes sur la réalité de la rupture dans notre monde...

Mais cette réponse sera sans doute, et à juste titre, jugée insuffisante. Il serait en effet aberrant de ne pas profiter de cette occasion pour ne pas constater que, s'il n'y a pas de raison de penser autrement le compte rendu du droit du fait de la globalisation (c'est-à-dire à partir d'un autre programme que descriptif, et axiologiquement neutre, ce qui veut également dire que pour ne pas penser autrement le compte-rendu, il faut le réaliser selon de nouvelles méthodes adaptées à la description de ce nouvel objet), celle-ci doit être l'occasion de rappeler qu'il y aurait de bonnes raisons de modifier notre enseignement et notre recherche : pas du fait de la mondialisation mais du fait de son caractère erroné. La séparation entre la science du droit et le droit, postulat analytique, a pour conséquence que le changement dans l'objet n'affecte pas la science dès lors que la science est capable de rendre compte du changement : de ce que son objet est devenu ; donc de penser ce changement avec de nouveaux concepts adaptés.

Le thème de la globalisation est alors une bonne occasion de rappeler cette exigence scientifique (1), de réfléchir sur nos concepts (2) et de revenir sur nos manières de les transmettre (3).

1. – GLOBALISATION ET SCIENCE

Il est clair que parler de science du droit dans la globalisation est particulièrement ambigu. On peut en effet comprendre plusieurs choses et notamment :

a) Que la science du droit se globalise. Mais ce n'est sans doute pas original du point de vue analytique. La théorie générale du droit, depuis Kelsen au moins, était comprise comme une théorie capable de permettre de rendre compte de tous les systèmes juridiques, sans plus de précision. Est-ce davantage vérifié désormais non pas d'un point de vue théorique mais d'un point de vue factuel : l'activité réelle de la doctrine ? On peut en discuter mais je doute que cela ait un grand intérêt ;

b) Que l'objet de la science du droit, donc ce que la science construit comme droit, change du fait d'un phénomène historique appelé globalisation. Il s'agirait donc d'un changement affectant la structure même de l'objet droit (en bref, le système juridique hiérarchisé et centralisé). Voilà une question qui oblige à repenser les concepts mêmes ;

c) Que l'objet de la science du droit, donc ce que la science construit comme droit, fait place à côté de son contenu classique à des normes réglant la globalisation, soit dans ses propres normes, soit dans l'intégration de normes externes (autres États, normes du droit international, normes de la *lex mercatoria*, etc.). Il s'agirait donc d'une modification dans la substance des normes classiques, ou dans le contenu des sources du droit classique. Mais cette question ne présente sans doute pas le même degré d'originalité dans la mesure où existent dans la théorie analytique des concepts disponibles pour penser ce phénomène qui n'affecte pas la structure de l'objet classique ;

d) Que ce phénomène historique, appelé globalisation, génère à côté de l'objet droit classiquement construit par la science du droit, un nouvel objet que l'on pourrait appeler droit globalisé sinon global. Là encore, l'originalité est limitée dans la mesure où par définition, une telle conception du droit globalisé se réduit à un problème de coexistence qui n'affecterait pas structurellement l'objet classique de la science du droit. L'ordre juridique global pourrait être abordé comme un simple système juridique, au niveau global.

On le voit donc, c'est principalement la signification retenue en b) qui poserait question. Les autres significations ne sont évidemment pas sans effet mais relèveraient davantage d'un phénomène de complexification que de rupture. En revanche, affirmer que sous l'effet de la globalisation, le droit change dans sa structure emporte des effets importants. C'est cette conception qui sera désormais retenue comme hypothèse. En quoi cette hypothèse affecte la science du droit? Tout dépend évidemment de la conception que l'on a de la science du droit, y compris dans le champ limité de la théorie analytique.

1.1. – *Plusieurs conceptions de la théorie analytique
telle qu'elle est pratiquée*

La théorie analytique ne renvoie pas à une conception unifiée des implications d'une conception analytique de la science du droit. Certes, en apparence, un certain nombre de points devrait être accepté : l'idée de science d'abord, liée à l'idée de description du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être; l'acceptation des principes de la philosophie analytique, par opposition à la philosophie spéculative ou métaphysique ensuite. Mais cela est insuffisant à générer un objet et des méthodes communs. Sans doute d'ailleurs l'évolution de la philosophie analytique y est pour quelque chose, et de Russell et Wittgenstein à Quine ou Putnan, il y a parfois plus qu'un monde. De grandes questions restent disputées. Celle de l'objet : des faits ou des objets idéaux, entre conception hyléthique ou expressive des normes. Celle de l'externalité du regard scientifique. Celle de la vérification, entre science empirique vérifiable et science non empiriquement vérifiable. Voire même celle de la démarche, entre description du produit d'une volonté humaine et recherche de justification (les bonnes raisons, les bonnes lois).

Bien sûr, chaque théorie fournit sa propre élaboration épistémologique, et toutes prétendent disqualifier au regard de cette élaboration les regards dissidents, quand bien même ils se prétendraient analytiques. Comme chacun, je considère avoir de bonnes raisons de considérer que mon bagage théorique remplit mieux le programme analytique que d'autres bagages. Mais les faits sont là et mon propos n'est pas ici de me demander quelle est la meilleure ou la vraie approche analytique, mais simplement en quoi chacune de ces approches est affectée par l'hypothèse de globalisation retenue.

1.2. – *Globalisation*
et sciences justificatives-normatives du droit

J'entends ici par science justificative-normative du droit les démarches philosophiques de la théorie analytique qui s'interrogent sur la possibilité de déterminer par le raisonnement analytique moral la justifiabilité des normes. Le néoconstitutionnalisme en un sens, les théories des raisons publiques, ou d'autres encore pourraient relever de ce courant.

À vrai dire, pour ce type de théories qu'en soi je trouve difficilement compatibles avec une approche scientifique, mais qui sont analytiques dans la mesure où l'argumentation se prétend analytique en recherchant des justifications sur la base de présupposés moraux supposés vrais, la globalisation peut constituer un problème et une chance : un problème parce que la justification des normes (notamment par les raisons publiques) fait appel à des processus pensés dans le cadre d'un État démocratique, qui ne se retrouvent pas dans les phénomènes d'édition visés par ce qu'on nommerait globalisation ; mais aussi une chance dans la mesure où la globalisation d'une part conduirait à déplacer le lieu des décisions normatives en dehors du champ strictement étatique et démocratique (donc en un lieu où il faudrait fournir d'autres justifications que celle de la procédure démocratique, du moins où la justification par la procédure démocratique – par définition vue comme insuffisante – ne constituerait pas une justification concurrente), d'autre part permettrait d'imposer à l'État, démocratique ou non, un autre processus d'édition des normes du droit. Le risque est évidemment de réduire l'analyse à des jugements de valeur et à des conflits de jugements de valeur. Mais cela paraît de manière indépassable lié à l'approche elle-même, et la globalisation n'y serait pour rien.

1.3. – *Globalisation et science descriptive-normative*

J'entends ici par science descriptive-normative du droit les approches théoriques du droit qui prétendent permettre une description du droit compris comme un objet idéal : les normes non réduites à des faits. Le modèle kelsénien du normativisme dans sa version classique, la Théorie pure du droit, en constitue la formulation la plus rigoureuse.

Parmi les arguments importants de la théorie pure du droit figurent les arguments suivants : a) un argument méta-théorique : la théorie pure du droit prescrit/ permet une approche scientifique du droit visant à décrire le droit tel qu'il est, à partir d'une conception unifiée de la science (le modèle des sciences de la nature) bien que l'objet de cette science ne soit pas un objet factuel, interdisant aux propositions de cette science le test de vérificabilité empirique; et b) un argument théorique : bien qu'il n'existe aucune conception aprioristique du droit, et que la science du droit construit son objet (le recours à la norme fondamentale étant une condition de possibilité de cette construction), le droit doit être conçu dans la démarche scientifique comme un système de normes (donc de significations de certains énoncés) structurellement ordonné selon un principe dynamique, dit hiérarchique, portant sur les modalités de production de ces normes conformément à d'autres normes du même système.

Le second argument porte sur une des grandes questions que peut soulever l'hypothèse de la globalisation. Comme le notent tous les auteurs qui envisagent cette hypothèse, c'est la notion même de système structurel qui est au cœur de la question de la globalisation, en ce que si la globalisation affecte le modèle classique (stato-centré) de penser le droit, c'est en rendant inopérant l'équation entre l'État et le droit, et l'identification des normes juridiques par le seul moyen de leur production officielle.

Pour autant, cet argument n'est pas au même niveau que le premier. Dans la démarche kelsénienne, point d'ontologie. L'argument théorique n'est proposé que comme stratégie scientifique, donc comme moyen de réaliser, dans une situation donnée, le programme prescrit par l'argument méta-théorique. Le droit n'est pas *en soi* l'État, un système de normes centralisé et hiérarchisé : mais quand il y a un système de normes hiérarchisé et centralisé, alors il est scientifiquement utile de tenir ce système pour droit, et de le différencier d'autres normes, réunies ou non en systèmes.

Si la globalisation, selon l'hypothèse retenue, affecte l'existence ou la structure de ce système, l'argument théorique est éventuellement atteint; mais l'argument méta-théorique n'est pas nécessairement réfuté.

L'argument théorique est atteint si effectivement il ne devient plus utile de décrire un système centralisé et hiérarchisé de normes, soit parce que l'objet n'existerait plus sous l'effet de la globalisa-

tion, soit parce que cet objet ne serait plus spécifique : en gros parce que sous l'effet de la mondialisation le système tel qu'il était conçu ne serait plus efficace, de manière générale. On revient sur une question de faits que l'on ne tranchera pas : les faits impliqués par la globalisation. Mais si l'hypothèse est vérifiée, c'est la seule valeur heuristique de la théorie qui est en cause, non sa cohérence : à quoi servirait de décrire un système qui n'existe plus, ou qui n'est plus efficace ? Ce qui théoriquement emporte l'interrogation sur la restriction du concept de droit à ce système. Bien entendu, s'il est possible de montrer que les catégories de normes visées par l'idée théorique de globalisation peuvent être intégrées (« que leur validité peut être produite ») au système, cette question heuristique n'est même plus en jeu, mais ce point, que j'aurais tendance à considérer comme possible et méritant exploration, est exclu de l'hypothèse de globalisation retenue.

D'un autre côté, l'argument méta-théorique demeure de décrire sur un certain modèle certaines entités idéales (les normes) et la globalisation ne semble pas nécessairement conduire à réfuter l'idée que ce qui est produit soit des normes : ce sont leurs modes de productions, ou le lieu de leur production, qui poseraient problème, tout autant que leur systématisation (l'unité ordonnée). Une démarche d'identification et de description s'impose toujours, même si évidemment les moyens de cette identification et description devraient être recherchés en dehors des concepts classiques de système. La globalisation imposerait donc au modèle kelsénien un renouvellement de la conceptualisation pour construire l'objet de la science, mais non un renouvellement de la conception kelsénienne de la science.

1.4. – *Globalisation et science descriptive-empirique*

J'entends ici par science descriptive-empirique du droit les approches théoriques du droit qui prétendent permettre une description du droit compris comme fait : les normes telles qu'elles sont exprimées réellement par des autorités, c'est-à-dire des normes effectives. Les différents modèles réalistes soutiennent cette idée.

Je crois que les problèmes que la globalisation pose à une science descriptive-empirique sont du même ordre que ceux posés à une science descriptive-normative, chacune pour ce qui les concerne. Les théories réalistes, du moins dans leurs versions épistémolo-

giques, soutiennent également notamment les arguments suivants : a) un argument méta-théorique : la théorie empirique du droit prescrit/ permet une approche scientifique du droit visant à décrire le droit tel qu'il est, à partir d'une conception unifiée de la science (le modèle des sciences de la nature) et pour cette raison l'objet de cette science doit être un objet factuel, permettant aux propositions de cette science le test de vérificabilité empirique; et b) un argument théorique : bien qu'il n'existe aucune conception aprioristique du droit, et que la science du droit construit son objet, le droit doit être conçu dans la démarche scientifique comme un ensemble, structuré ou non, de normes produisant effectivement des effets.

L'argument théorique dans les conceptions réalistes est très discuté : il faut s'entendre sur les types d'effets (la contrainte, la fonction idéologique, l'utilisation par une autorité publique, etc.) et sur le type d'acteurs notamment. Il demeure que comme pour la théorie kelsénienne, cet argument est un argument au service de l'argument méta-théorique : une manière de réaliser le programme de la science recherchée. Mais peut-être davantage que pour la conception descriptive-normative de la science, la conception descriptive-empirique ne peut éviter d'interroger cet argument à la lumière de l'hypothèse de la globalisation. L'acceptation du critère de vérificabilité, et la caractérisation du droit par l'effectivité obligent à penser l'objet tel qu'il est dans les faits. La possibilité de maintenir un objet de science ne répondant pas au critère heuristique est atteinte : ce serait la cohérence même de la démarche qui serait en cause, si l'objet décrit n'était pas effectif. L'hypothèse de la globalisation commande en elle-même, mais bien sûr seulement si elle est vérifiée, une reformulation.

D'un autre côté, ce critère est suffisant : les concepts de la science du droit descriptive-empirique sont moins bien précisés que ceux d'une science descriptive-normative, et notamment l'idée de système, avec ses implications de structuration, y est moins importante, laissant place au départ entre les actes d'expression normatives et la construction de leur justification par les autorités qui les expriment par exemple sous la forme d'une hiérarchie normative. La reformulation n'impose pas, comme pour la théorie kelsénienne, une éventuelle mobilisation de nouveaux concepts, mais une adap-

tation de ceux existants. Ce qui n'est que la conséquence et la poursuite du point observé : l'argument théorique est discuté.

2. – QUELS CONCEPTS POUR RENDRE COMPTE DU GLOBAL ?

Il est évidemment impossible de traiter ici tout ce que cet intitulé implique ; il faudrait pour le faire proposer une théorie aussi complète que possible. Je veux ici m'en tenir à deux idées. La première, négative, vise à réfuter la mobilisation d'un argument théorique renouvelé par la globalisation : le pluralisme juridique. La seconde plus positive veut souligner que des apports significatifs sont proposés, et notamment dans cet ouvrage, par l'approche pragmatique de Benoît Frydman et de son équipe de recherche.

2.1. – *Faire du neuf avec de l'ancien*

Quelles que soient les formulations qu'on lui donne (pluralisme juridique, pluralisme ordonné, pluri-juridisme, etc.), le pluralisme juridique est tout sauf neuf. Hauriou, Santi Romano notamment en ont fourni dans des perspectives différentes une théorie au siècle dernier.

Il est possible que les théories pluralistes aient un intérêt pour rendre compte de certaines des expressions possibles de la globalisation juridique (notamment l'expression signalée au paragraphe précédent en c), éventuellement en d)). Toutefois, d'une part cela mériterait d'être vu à la lumière des critiques adressées au pluralisme juridique par les théories analytiques, notamment sur la question des rapports de systèmes, d'autre part ce n'est pas l'hypothèse de globalisation ici retenue : l'hypothèse est que l'objet même droit est affecté dans sa structure, non que les sources du droit se complexifient dans un système, ou que coexistent plusieurs systèmes juridiques, nationaux et globaux.

Dans cette hypothèse, c'est la notion même de système qui est en jeu. Le concept nécessaire pour rendre compte d'un tel phénomène ne peut passer par une reconstruction d'un système (s'il existe, la théorie kelsénienne, et d'autres, peuvent en rendre compte, et leurs critiques à l'encontre des théories pluralistes demeurent d'actualité), que ce système soit global, ou qu'il entre en concurrence avec

d'autres systèmes. Le concept nécessaire est celui qui permettrait de penser le droit hors toute référence à un système (uniquement ou à côté des systèmes).

2.2. – *Une approche pragmatique*

J'entends ici par approche pragmatique non pas nécessairement une déclinaison de la philosophie pragmatiste, encore que ce soit envisageable, mais bien plus modestement la nécessité que le renouvellement des concepts, et au besoin de la méthode, en cohérence avec une conception donnée de la science, doit se faire de manière pragmatique : sans *a priori* autre que ceux imposés par cette conception de la science.

Telle me semble être la démarche ici proposée par Benoît Frydman, même (et surtout) parce que celle-ci en est à ses balbutiements.

Cette démarche entend, en tenant pour vraie l'hypothèse de la globalisation, tirer les conséquences qui sont la condition de sa description/explication. Une posture méta-théorique qui devrait être acceptable par la plupart des théories analytiques.

Il est vrai que l'hypothèse de la globalisation retenue pourrait ne pas être celle que j'ai ici retenue moi-même : B. Frydman parle d'un droit global. Mais je ne crois pas que ce qu'il vise soit autre chose que ce que j'ai moi-même retenu plus haut sous l'hypothèse b). Notamment Benoît Frydman caractérise ce droit global comme constitué de «dispositifs multiples et hétéroclites, qui prolifèrent, de manière souvent anarchique, dans les domaines les plus mondialisés, [et qui] mettent au défi l'entendement du juriste, de par l'extraordinaire diversité de leurs origines, de leurs formes ou de leurs effets et l'apparent arbitraire de leur agencement et de leurs combinaisons»; et ce qu'il suppose pour vrai est que ce phénomène ne peut être pensé au niveau global comme un ensemble de normes sur le modèle classique de penser le droit des théoriciens du droit et juristes et mais c'est peut-être ma seule interprétation non fondée de sa position, que le droit global ainsi conçu produit comme effet en retour, de par son effectivité, une interrogation sur la pertinence de maintenir le concept de droit classique (y compris au rang des États).

L'hypothèse elle-même conduit nécessairement à prendre ses distances par rapport au concept inadapté d'ordre juridique, et à relativiser l'importance de la notion de source du droit. Mais c'est davantage alors le concept de source formelle qui est en jeu que le concept réaliste de multiplicité des sources, formelles, conformelles ou informelles. L'objectif, clairement assumé et je crois partageable au moins par les réalistes, est de rechercher non pas le pouvoir officiel du droit, mais la réalité des pouvoirs normatifs, c'est-à-dire, dans cette conception, effectifs.

Ce droit global, dont Benoît Frydman qualifie les normes d'«équivalents fonctionnels des normes juridiques», ne peut effectivement «être délaissé uniquement aux autres sciences sociales» dès lors que son effectivité serait démontrée.

La raison qui poussait à ce délaissement tenait à la nécessité de distinguer un ensemble structuré de normes en gros efficaces et prévoyant leurs processus de modification des autres ensembles normatifs. Si une interrogation (ce que suggère l'idée de globalisation) conduisait à considérer que cette distinction n'est plus fondée, alors il faudrait effectivement considérer que le délaissement n'est plus un impératif de la science du droit. Même si on n'en est pas là, les faits visés par Benoît Frydman permettent le doute : phénomènes de transplants et de capture; d'hybridations (et notamment juridiques-techniques avec les normes ISO), qui dessinent « un environnement complexe et fragmenté, risqué et incertain, au sein duquel différents acteurs qui poursuivent leurs propres objectifs cherchent à établir des normes qui soient favorables à leurs intérêts afin de consolider ou de faire progresser leurs positions» et où « il n'existe pas d'ordre juridique proprement dit, c'est-à-dire qu'il n'y a ni monopole du pouvoir d'énoncer des normes et de les imposer aux autres, ni règle ou procédure d'arbitrage entre les normes concurrentes».

Certes, le phénomène de réception dans des ordres juridiques nationaux, politiquement, économiquement contraints sans doute, demeure la règle formelle (ce qui suffirait à invalider l'hypothèse du changement pour une approche formelle, structurelle). Mais Benoît Frydman montre bien aussi que hors de ceci, le droit global passe aussi (et chronologiquement peut-être même avant le pouvoir de normer) par l'institution de nouveaux juges et gendarmes. Les deux exemples (régulation de l'internet, responsabilité sociale des entre-

prises) sont révélateurs de ces phénomènes et fournissent de bonnes raisons de se demander ce qu'en rendre compte impliquerait dans nos méthodes et nos manières de conceptualiser. Même si ces implications dépendent de la vérification, à fournir, de l'hypothèse.

3. – UNE NÉCESSITÉ : PRÉPARER LES JURISTES À PENSER LE GLOBAL

La plausibilité que l'hypothèse de globalisation telle que formulée se vérifie, ou qu'elle soit déjà vérifiée, constitue de toute façon un argument supplémentaire (mais non exclusif d'autres, plus présents) d'une réflexion sur la formation des juristes. Le monde se globalise, lieu commun; les réformes s'accélèrent, autre lieu commun. Quels outils donnons-nous aux juristes pour agir dans ce monde ?

Une autre hypothèse, celle-là vérifiée, de la globalisation est la globalisation marchande du droit. L'activité de juriste ne peut plus se limiter (si elle l'a pu, c'était pour de mauvaises raisons) à une connaissance d'un système. Le rôle des firmes d'avocats internationales, la place prise par l'argument tiré du droit comparé, les effets de la construction européenne, la compétition universitaire internationale, les modalités d'accès au droit sont patents et supposent chez les juristes la maîtrise critique de méthodes de penser le droit davantage qu'un savoir technique magistralement, dogmatiquement délivré.

On l'a dit dès le départ : la globalisation est moins un problème de théorie qu'un problème de manque de théorie. Le credo analytique par excellence : la connaissance de ce qui est, demeure le seul moyen de doter les juristes non d'un savoir encyclopédique et de savoirs-faire immédiatement utiles, mais des instruments théoriques leur permettant de penser le droit qu'ils rencontrent, qu'ils rencontreront et avec lequel ils devront agir. Loin de se contenter de démontrer les insuffisances qu'elle assume, l'approche analytique contraint à comprendre que seule cette théorisation critique permet de penser ce monde global, quoi que signifie la globalisation pour le droit. Connaître, c'est connaître des méthodes de connaissance, étant entendu que la connaissance est une activité nécessaire à toute activité juridique, même non cognitive.

Dire que les universités françaises sont loin de permettre ce résultat est hélas banal. Qu'elles ne soient pas les seules ne devrait pas nous rassurer.