



HAL
open science

Concept de droit et globalisation

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Concept de droit et globalisation. Jean-Yves Chérot et Benoît Frydman. La science du droit dans la globalisation, Bruylant, 2012, Penser le droit, 978-2-8027-3621-9. <halshs-01185935>

HAL Id: halshs-01185935

<https://shs.hal.science/halshs-01185935v1>

Submitted on 26 Aug 2015

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.



HAL Authorization

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 I.
CONCEPT DE DROIT ET GLOBALISATION

PAR

JEAN-YVES CHÉROT

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille,
Laboratoire de théorie du droit*

L'objet de ces Rencontres n'est pas de décrire ce que l'on appelle la mondialisation ou la globalisation ni même la globalisation du droit. L'objet est de réfléchir sur la science du droit elle-même. Le point de départ reste donc la théorie du droit ou ce que Jean-Guy Belley appelle la « doctrine de la science du droit »⁽¹⁾ dans un contexte de globalisation de la société et des normes. Nous partons de l'hypothèse qu'avec la globalisation en général et la globalisation dans le domaine du droit en particulier nous rencontrons des problèmes en ce qui concerne l'adéquation de notre vocabulaire et de nos concepts pour décrire, analyser et comparer les idées et les phénomènes qui se rapportent au droit et à la science du droit.

Le concept de droit peut être naturellement un bon candidat pour commencer l'analyse et la mise en questions de la science du droit dans la mondialisation. Le caractère « stato-centré » de notre concept de droit, qui plus est son caractère centré sur les États occidentaux libéraux, est, *a priori*, un des enjeux d'une discussion sur la théorie du droit dans la globalisation⁽²⁾.

On peut se demander s'il ne convient pas de réfléchir à ce que pourrait être un affinement, par allègement et par simplification, du

⁽¹⁾ « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135.

⁽²⁾ Voy. William TWINNING : « one of the single implications of globalisation for the discipline of law is that, because the great bulk of scholarly and juristic attention has been focused on domestic law within a legal tradition, we do not yet have so developed a vocabulary and conceptual apparatus for studying and generalising about law transnationally and cross-culturally » (*General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge UP, 2009, p. 35).

contenu de notre concept de droit permettant de le rendre plus ouvert à la diversité des systèmes juridiques⁽³⁾ ou encore à l'émergence d'un droit transnational globalisé. Mais on montrera que cette voie n'est pas la plus indiquée⁽⁴⁾ si l'on prend en considération ce qui est essentiel de la signification du concept de droit : il ne renvoie pas, pour reprendre les termes de Dworkin, à «la question sociologique», c'est-à-dire à la question du critère de reconnaissance, parmi les diverses structures de gouvernance, d'un système juridique. Il permet dans la philosophie du droit d'approfondir des questions doctrinales relatives à notre compréhension et à notre pratique du droit. Aussi c'est en approfondissant ces questions doctrinales que l'on a les meilleures chances de mieux aborder la globalisation du point de vue de la science du droit.

Cela mérite bien sûr quelques mots d'explications préliminaires sur la relecture du concept de droit dans la tradition analytique (I), avant que ne soient précisées les questions vers lesquelles se tourner pour espérer avancer dans la science du droit à l'heure de la mondialisation (II).

I. – UNE RELECTURE DU CONCEPT DE DROIT DANS LA TRADITION ANALYTIQUE

La tradition analytique dans la philosophie du droit ne cherche pas une essence. Elle se demande de quoi nous parlons et ce que nous voulons comprendre quand on demande ce qu'est le droit.

Le concept de droit dans la tradition analytique travaille sur le droit tel qu'on le comprend dans les systèmes juridiques étatiques et dans les systèmes étatiques occidentaux libéraux. Selon Hart, son «but est de faire progresser la théorie du droit en fournissant une meilleure analyse de la structure spécifique d'un système juridique national»⁽⁵⁾. Raz, de son côté, dit restreindre l'enquête philosophique sur le droit au concept de droit aux sociétés modernes capi-

⁽³⁾ Voir Williams TWINNING, *Globalisation and Legal Theory*, Northwestern University Press, 2001; Brian TAMAHANA, «An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », 1995, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15, No 4, Winter, pp. 501-535.

⁽⁴⁾ Voir aussi DETLEF VON DANIELS, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*, Ashgate, 2010.

⁽⁵⁾ *Le concept de droit*, 2^e édition, trad. française, Presses Universitaires de Saint Louis, 2005, p. 35.

talistes et post-industrielles⁽⁶⁾. Il lie concept de droit et système juridique et restreint explicitement son analyse aux systèmes juridiques étatiques. Nous savons que les systèmes juridiques non seulement se trouvent être les plus importants systèmes institutionnalisés gouvernant les sociétés humaines, mais que c'est là une partie de leur nature. Nous regardons ainsi un système institutionnalisé comme un système juridique seulement s'il est nécessairement le plus important système institutionnalisé qui existe dans cette société.

Ce qui peut *a priori* apparaître comme un angle assez fermé, se comprend dès lors que l'on prend en considération le but de la théorie analytique du droit. Lorsque nous parlons du concept de droit, il peut sembler que nous parlons de la question de savoir quels systèmes de gouvernance, ou quels sites de gouvernance, quelles structures sociales plus ou moins institutionnalisées peuvent être qualifiés de structures ou de systèmes juridiques. Dworkin appelle cela la «question sociologique»⁽⁷⁾. Mais cette question, dit Dworkin, est finalement assez peu intéressante pour les juristes; elle n'est qu'accessoire dans les questions traitées par la théorie du droit sous l'angle de la question du concept de droit.

Cela n'est cependant pas d'une évidence telle que quelques mots d'explication soient inutiles. N'est-ce pas dans la direction sociologique que Hart semble s'être dirigé? En montrant combien un système de règles sociales assez primitif a besoin, pour pouvoir fonctionner dans une société plus étendue et plus complexe et passer du stade préjuridique au stade juridique, de répondre à trois problèmes, le problème de la reconnaissance des règles de droit, celui de l'évolution et du changement des règles et celui de la résolution des conflits dans l'application des règles, il construit ce qui est pour lui la marque et le critère d'un système juridique, ce qu'il appelle l'«Union des règles primaires et secondaires».

Mais si Hart attache tant d'importance à la théorie de l'«union des règles primaires et secondaires», c'est à la fois pour se détacher de la théorie impérativiste du droit, pour être fidèle à sa conception doctrinale (et normative) du droit comme système de règles qui guide nos conduites en nous donnant des raisons d'agir et qui en

⁽⁶⁾ *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

⁽⁷⁾ Ronald DWORKIN, «Hart and the concept of Law», *Harvard Law Review*, 2006, p. 95.

appelle ainsi à une autorité particulière qui n'est pas celle de la force, parce qu'il veut démontrer que le droit est bien un système de règles et qu'un système de règles ressemble à ce que Wittgenstein nous en a dit : une forme de vie, une activité normative qui fonctionne dans une pratique sociale partagée. Fidèle à la méthode philosophique qu'il adopte, Hart pose en effet la question de savoir ce que nous cherchons à savoir lorsque nous parlons du concept de droit. Et voici ce qu'il répond⁽⁸⁾.

«À de nombreux endroits du livre, le lecteur trouvera des discussions relatives aux cas limites à propos desquels les théoriciens du droit ont ressenti des doutes relatifs à l'application de l'expression «droit» ou «système juridique», mais l'élimination de ces doutes qui sera suggérée, et qu'il trouvera également ici n'est qu'une préoccupation secondaire de l'ouvrage. Le but de celui-ci n'est en effet pas de fournir une définition du droit, au sens d'une règle au regard de laquelle on pourrait examiner la correction de l'emploi d'un mot; il est de faire progresser la théorie du droit en fournissant une meilleure analyse de la structure spécifique d'un système juridique national et une meilleure compréhension des ressemblances et des différences qui existent entre le droit, la contrainte et la morale, considérés comme des types divers de phénomènes sociaux».

Pour lui donc, la question de savoir à quels systèmes de gouvernance ou de structure de pouvoir on peut accoler le terme de système juridique est une question secondaire. Si le concept de droit reçoit tant de réponses controversées, c'est qu'il s'agit de répondre aux énigmes de la philosophie du droit, de s'interroger sur les rapports entre le droit et la morale, entre droit et justice, sur le type de pratique normative qu'est le droit, une pratique argumentative, ou une pratique logique ou encore une pratique politique. Joseph Raz poursuivant dans la ligne ouverte par Hart parle de l'objectif ultime de la théorie du droit comme celui de l'explication de l'auto-compréhension de notre communauté⁽⁹⁾.

Ainsi, la théorie de l'union des règles primaires et secondaires ne peut pas être un critère de ce qui est juridique ou qui ne le serait pas de telle sorte que cela ne ferait aucun sens de chercher à affaiblir ou à corriger ce critère pour disposer d'un concept de droit

⁽⁸⁾ *Le concept de droit*, précité, p. 35.

⁽⁹⁾ *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009, pp. 17-46.

adapté à la globalisation. D'ailleurs, l'union de règles primaires et secondaires peut caractériser n'importe quel système de règles, n'importe quelle institution sociale. Bien plus, on ne voit pas pourquoi une «règle de reconnaissance», comme convention sociale partagée, pourrait être spécifique à la définition du droit (alors même qu'elle est essentielle pour comprendre ce que c'est que de pratiquer le droit et d'avoir du droit).

Jean-Louis Halpérin a proposé⁽¹⁰⁾ de voir dans l'existence d'une «règle de changement» la caractéristique des systèmes juridiques, ce qui est un point de vue au premier abord extrêmement stimulant pour distinguer les règles de droit de normes comme les normes morales ou religieuses et pour distinguer dans une optique positiviste les sociétés qui ont du droit et celles qui n'en auraient pas. Mais tous les systèmes de normes connaissent une ou des règles de changement. Les normes religieuses connaissent des règles de changement peut-être plus subtiles que celles de la législation, mais par la voie de l'interprétation, ou par la voie de la tradition, ou par la voie d'un magistrè terrestre, elles connaissent aussi des «règles de changement»⁽¹¹⁾.

C'est parce que nous cherchons dans le concept de droit une meilleure compréhension de notre monde et du rôle qu'y joue le droit qu'il est alors naturel de chercher à comprendre le droit dans certaines pratiques normatives et d'abord dans les pratiques normatives que nous connaissons le mieux ou dans celles où le droit a acquis un développement tout particulier comme institution majeure de la vie sociale, c'est-à-dire dans les systèmes étatiques modernes. Si le but est de résoudre les énigmes posées par la philosophie du droit, une analyse des systèmes juridiques nationaux occidentaux peut offrir le meilleur terrain pour «faire progresser la théorie du droit en fournissant (...) une meilleure compréhension des ressemblances et des différences qui existent entre le droit, la contrainte et la morale, considérés comme des types divers de phénomènes sociaux» (Hart, précité).

⁽¹⁰⁾ Voir notamment *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

⁽¹¹⁾ Si tout système normatif connaît des «règles de changement», la question serait peut-être de savoir qu'est-ce qui caractérise la résistance du droit au changement et son mode de changement.

Il est possible, il est vrai, d'être surpris un temps par une telle démarche dans la mesure où, sous l'influence d'Austin, Hart fait souvent usage de ce qu'on a appelé la philosophie du langage ordinaire et de son apport à l'enquête philosophique⁽¹²⁾ et que, de ce point de vue, il aurait pu chercher à développer son enquête philosophique sur le droit de façon plus large. Une enquête, en effet, selon les préceptes de la philosophie du langage ordinaire consisterait à rassembler, comme source de connaissances, les plus larges échantillons de la façon de parler du droit et une enquête de cette nature devrait conduire à engranger les façons de parler du droit pas seulement en Angleterre et pas seulement en anglais, mais dans d'autres systèmes juridiques et dans d'autres contextes que celui des États.

C'est peut-être d'ailleurs une enquête de cette sorte dont on a besoin dans le contexte de la mondialisation, à moins de supposer que la mondialisation se caractérise par une exportation du concept de droit des systèmes étatiques occidentaux libéraux vers les autres systèmes partout dans le monde.

2. – LES QUESTIONS SUR LE CONCEPT DE DROIT AU DÉFI DE LA GLOBALISATION

Si nous avons compris le concept de droit tel que nous le pratiquons dans la philosophie analytique, il semble que nous avons des directions pour trouver une partie des solutions aux tensions que la globalisation provoque dans l'analyse du concept de droit.

La première tension peut être présentée de la façon suivante. Dans la mesure où le concept de droit a été construit en référence à l'observation de notre compréhension du droit dans les systèmes étatiques occidentaux, comment peut-il être adapté à d'autres systèmes politiques ? La question n'est pas nouvelle, mais elle prend des allures plus pratiques dans le contexte de la globalisation. Notre concept de droit a-t-il vocation à être un «transplant» du fait de la

⁽¹²⁾ «Notre réserve commune de mots contient toutes les distinctions que les humains ont jugé utiles de faire, et toutes les relations qu'ils ont jugé utiles de marquer au fil des générations – puisqu'elles ont résisté au long test de la survie du plus apte, elles sont probablement plus nombreuses et plus valables et plus subtiles que celles que nous pourrions, vous et moi, trouver, installés dans un fauteuil par une belle après-midi, ? alternative méthodologique la plus largement appréciée» (Austin).

globalisation? Y a-t-il une globalisation du concept de droit? Si non, alors, ne faut-il pas enrichir notre concept de droit de façon pratique pour s'engager juridiquement dans les échanges entre systèmes rendus nécessaires du fait de la mondialisation?

La deuxième tension est la suivante : si nous avons construit notre concept de droit en partant des systèmes étatiques, comment concevoir le droit dans un système globalisé où de nouvelles normes émergent qui semblent ne plus avoir de rattachement aux systèmes juridiques étatiques? Plus encore, si le système juridique est le système institutionnalisé le plus important qui existe dans une société, dès lors que des normes majeures, effectives et significatives tendent à échapper aux systèmes politiques nationaux, ne faut-il pas reconsidérer le terrain de notre enquête sur le droit et l'approche analytique du concept de droit?

2.1. – *Le concept de droit au défi
des autres systèmes politiques dans le monde.
Concept de droit comme transplant?*

Nous voulons savoir si le concept de droit tel que nous le comprenons a vocation à devenir un transplant dans la mondialisation au sens d'un concept destiné à être diffusé dans le monde⁽¹³⁾.

Comme cela a été suggéré dans le premier point de la contribution, il est des questions de la théorie du droit qui semblent n'avoir de réponses pertinentes que dans l'ordre du local ou dans un certain cadre culturel, comme la question des fonctions du droit. Il n'est pas sûr que la thèse selon laquelle le cas du droit étatique serait un exemple standard facilement universalisable soit exacte. La globalisation nous conduit donc à nous demander de façon plus pressante ce qui est local ou culturel dans le concept de droit tel qu'il est défendu par la théorie analytique du droit et ce qui peut avoir vocation à éclairer les autres systèmes juridiques dans l'espace total de tous les systèmes juridiques.

Faut-il reprendre l'enquête à partir de la philosophie du langage ordinaire en étendant l'enquête philosophique à d'autres systèmes? Un retour vers la théorie des grands systèmes de droit est-il envisageable et à quelles conditions? Malgré le caractère nécessairement

⁽¹³⁾ Voir HALPÉRIN, «The concept of Law: A Western Transplant?», *Theoretical Inquiries in Law*, 10, July 2009, Berkeley Electronic Press.

local du concept de droit, est-ce que l'enquête analytique sur les systèmes étatiques occidentaux nous offre des choses suffisamment générales sur le droit qu'elles puissent comporter une vocation à une théorie générale du droit au sens propre et qui auraient vocation à être utile pour les autres et au moins une grammaire, qui aurait de l'intérêt pour tous les systèmes juridiques ?

Ce n'est plus seulement dans l'espace globalisé qui est le nôtre une simple question de comparaison de type philosophique ou sociologique des systèmes politiques et juridiques, c'est une question pratique, dès lors que dans le cadre des échanges transfrontières de biens, de services, de personnes qui deviennent intenses, les systèmes doivent apprendre à se connaître pour échanger, se reconnaître et s'assurer un respect mutuel. Nous devons dans la pratique du droit connaître non seulement notre façon de comprendre le droit, mais aussi la façon dont les autres le comprennent et si, même, ils attachent au droit la même importance que celle que nous lui attachons.

Il semble que nous avons déjà des éléments de réponse à cet ensemble de questions. L'objet de notre recherche n'est pas, comme le propose Brian Tamahana⁽¹⁴⁾, dans une perspective plus sociologique que doctrinale, de chercher à amoindrir la densité du concept de droit pour le rendre apte à rendre compte du droit dans tous les systèmes politiques. Car le problème n'est pas de chercher le critère qui fait d'un système institutionnalisé de normes un système juridique. Il est de répondre à des questions telles que celles des rapports entre droit et morale, droit et justice, l'autorité du droit, la forme de l'argument juridique, etc. De ce point de vue, il est encore utile d'approfondir, au contraire, dans le contexte même de la globalisation, notre concept analytique et, au lieu d'en amoindrir la densité, de chercher à en compléter la signification et notre auto-compréhension. Ce dont nous pouvons avoir besoin n'est ainsi pas d'une remise en question du concept de droit tel que nous le connaissons, c'est plus de comparer notre concept de droit avec d'autres concepts de droit que nous pourrions observer dans la même démarche analytique à partir de l'analyse de la compréhension qu'il pourrait avoir dans d'autres systèmes politiques.

⁽¹⁴⁾ « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », 1995, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15, No 4, Winter, pp. 501-535.

2.2. – *Le concept de droit au défi de l'affaiblissement de l'État*

Notre concept de droit est construit à partir de l'idée qu'il ne peut y avoir de reconnaissance d'une règle de droit que dans le cadre d'un système institutionnalisé et que c'est le système institutionnalisé le plus important dans une société qui est reconnu comme système juridique.

Or la globalisation semble modifier l'observation selon laquelle ce sont les systèmes étatiques qui forment désormais les systèmes institutionnalisés décisifs. Non seulement on observe l'apparition, sous des formes différentes, de règles internationales, transnationales ou encore globales qui échappent au contrôle des États et qui gouvernent la vie des relations juridiques transnationales, mais encore le fait que ces normes ou certaines d'entre elles s'imposent aux États dans le champ même des relations et des situations purement nationales. Les juridictions étatiques sont parfois même utilisées – si elles le veulent bien – comme des juridictions d'un ordre global qui ne possèdent pas – pas encore ? – son appareil d'application et de mise en œuvre des règles globales.

Des acteurs privés « globaux » mobilisent des stratégies complexes devant les juridictions nationales, des conduites dans leur rapport au droit qui sont loin d'être idéales observées du point de vue interne. Je veux parler ici des dimensions stratégiques des rapports que ces acteurs entretiennent avec le droit. On ne veut pas seulement faire état des comportements stratégiques des grandes firmes transnationales qui cherchent par le choix du for ou du recours à l'arbitrage, en comptant sur le faible contrôle de la part des cours nationales, à « désactiver » les règles étatiques impératives⁽¹⁵⁾, mais aussi bien des stratégies des ONG dans la mobilisation du droit international des droits de l'Homme devant les cours nationales au nom de la compétence universelle⁽¹⁶⁾, ou encore des victimes de pratiques déloyales de la part des entreprises pour saisir sur la base des

⁽¹⁵⁾ VOY. HORATIA MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *RIDE*, 2010, n° 1, p. 9.

⁽¹⁶⁾ VOY. BENOIT FRYDMAN et LUDOVIC HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'Homme : une analyse stratégique », *Revue Trimestrielle des droits de l'Homme*, 2009, 77, p. 73.

arguments de droit global les juridictions qui leur paraissent les mieux placées pour leur offrir une indemnisation⁽¹⁷⁾.

Ce qui compte dans notre concept de droit, c'est le lien avec un système et dans le système, alors que la globalisation nous demande :

- de regarder les rapports entre systèmes;
- la naissance de nouveaux systèmes institutionnalisés de normes, divers et fragmentés;
- des règles problématiques de rattachement à un système;
- la déstabilisation des systèmes par les stratégies des acteurs.

Nous sommes ainsi conscients que nous vivons des défis considérables.

Trois approches semblent pouvoir être observées pour faire face à ces défis.

La première approche consiste à considérer que puisqu'il existe des règles ou des normes qui apparaissent dans la globalisation, elles se comprennent nécessairement comme pratiques normatives partagées par référence à des normes sociales et que malgré l'éclatement ou la fragmentation de ces normes sociales de référence dans lesquelles elles peuvent être comprises (à l'image de ce que l'on observe aussi dans le champ du droit international public), elles constituent un objet juridique nouveau.

Il est vrai qu'il n'y pas d'action humaine et sociale qui ne puisse pas se comprendre sans faire référence à une norme partagée, une forme de vie, qui lui donne son sens et qui tout simplement la permet. On sait que toute pratique sociale est une pratique qui n'a de signification pour les acteurs engagés dans cette pratique que par les règles qui donnent sens au langage de cette pratique. Toute pratique sociale est en ce sens normative. Mais une telle approche risque de faire perdre la signification plus spécifique de ce que sont les normes juridiques.

Comme l'écrit Pierre Livet⁽¹⁸⁾, «les conflits, puisqu'il s'en présente sans cesse dans une société, ne sont pas d'avance réglés par les pré-

⁽¹⁷⁾ Voy. sur le cas emblématique de l'affaire *U.S. Supreme court, Empagran SA v. Hoffman-La-Roche Ltd*, 542 U.S. 155 (2004), Hannah L. BUXBAUM, «Transnational Regulatory Litigation», *Virginia Journal of International Law*, 46, 2005-2006, p. 251.

⁽¹⁸⁾ *Les normes. Analyse de la notion, étude de textes : Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristote*, Armand Colin, 2006.

supposés normatifs que la société serait censée recéler en son sein. Il n'est donc pas suffisant pour penser les normes de simplement renvoyer à la normativité toujours présumée de la société dans laquelle nous baignons». Comme le propose encore Pierre Livet, on peut dire que les normes juridiques se distinguent de n'importe quelles règles en ce qu'elles sont chargées de trancher des conflits entre règles et pratiques normatives.

Une norme juridique n'est pas simplement chargée de régler, guider ou inspirer un usage ou une conduite. Elle est chargée de régler le conflit entre des usages possibles et avérés.

Nous pouvons présenter l'argument sous la forme suivante :

- «Il n'est pas suffisant pour penser les normes de simplement renvoyer à la normativité toujours présumée de la société dans laquelle nous baignons» (Pierre Livet).
- Pour qu'il y ait norme il faut qu'il y ait sanction ou menace de sanction, ce qui n'est certainement pas le cas pour toutes les règles que l'on pourrait être tenté d'étudier sous le vocable de normes transnationales. Et s'il y a menace de sanctions, c'est que la norme précisément est là pour faire le tri entre différentes règles suivies dans la pratique sociale.
- Le point de vue pratique nous conduit ainsi à adopter le monisme de type kelsenien, c'est-à-dire méthodologique. Parce que s'il existait deux systèmes de normes différents et contradictoires c'est-à-dire imposant des normes qui invitent à des comportements qui ne peuvent être suivis en même temps, alors chacun de ces systèmes nierait la validité des normes de l'autre système et ce serait alors le système qui dans les faits serait effectif qui serait le seul système juridique valide.
- Nous ne pouvons donc pas, sous couvert de «pluralisme juridique», élargir notre concept de droit à toutes sortes de normativités sociales.

Selon une deuxième approche, on peut se demander s'il est utile ou nécessaire de tant se préoccuper du «rattachement» d'une règle de droit à un système. Mais il est impossible encore de suivre une telle tentation. Une partie importante de l'effort de la théorie analytique au 20^e siècle a été de tenter de restituer le sens objectif des normes pour les acteurs et de distinguer l'obligation juridique ou l'obligation morale des simples ordres ou désirs en cherchant à

découvrir, pour reprendre les termes de Kelsen, la «signification objective» des normes derrière les «actes de volonté» qui les posent.

Les théoriciens du droit partent d'une façon ou d'une autre de la distinction entre l'ordre du voleur ou du bandit et l'ordre du percepteur ou du juge et, pour reprendre les mots de Hart, de la différence entre «être obligé» et «avoir une obligation». Pour rendre compte de cela dans une perspective pragmatique on dira que les normes ont une objectivité, mais dans un certain sens. L'existence d'une norme tient non pas à son effectivité (même si l'effectivité d'un système de norme jusqu'à un certain point peut être naturellement une condition de son existence), mais à sa validité. Et cette validité est elle-même une question normative. Une norme est valide si l'acte de volonté qui l'édicte est lui-même adopté dans le respect d'une autre norme qui lui donne son sens dans une pratique. Pour Kelsen, les normes ont une «signification objective» par le fait que la norme édictée est elle-même l'expression d'une autre norme et ainsi de suite jusqu'à la présupposition nécessaire pour le juge ou le juriste d'une «norme fondamentale». Pour Hart, les normes ont la signification d'une règle de droit que si elles se rapportent à une convention sociale, la règle de reconnaissance, qui est partagée au moins parmi les officiels, notamment ceux qui sont chargés de l'application du droit.

Donc, autant nous pouvons considérer que la question de savoir si un système normatif est un système juridique ou non est finalement assez secondaire, autant la question de savoir si une norme appartient ou non à un système et à quel système est essentielle sur le plan pratique.

C'est ainsi qu'apparaît une dernière approche. Parce que dans le concept de droit, il y a un lien nécessaire entre le droit et un système dans la mesure où une norme n'est juridique que si elle appartient à un système dans lequel elle est reconnue comme telle, l'idée est alors de voir dans le droit transnational en train de se construire un système de rattachement pour les normes qui n'appartiennent pas à des systèmes étatiques ou au système du droit international public. En réalité, le concept le plus intensif de droit transnational revient nécessairement à valider à nouveau, dans un contexte différent, l'idée du pluralisme. Faut-il accepter, contre les leçons les plus utiles sur le plan pratique de ce qui nous aide à comprendre notre concept de «droit», d'appeler droit l'émergence d'ordres trans-

nationaux divers, sans liens entre eux, fragmentés, rassemblant des règles de nature, de forme et de portée les plus diverses, au point d'affaiblir jusqu'à l'idée d'autorité du droit⁽¹⁹⁾, la distinction utile entre ce qui est le droit et les mœurs, droit et morale, validant sous le terme de droit l'effet de processus entre les mains de corporations, d'experts, de groupes de pressions, d'élites financières internationales ou de juristes d'affaires et méconnaissant tout rapport entre droit et justice⁽²⁰⁾? Ne serait-il pas plus simple, comme l'a fait Pierre Mayer⁽²¹⁾ pour décrire les normes arbitrales dans le contexte du droit du commerce international, d'utiliser notre distinction entre droit et morale et de traiter de ces normes dans le registre de la morale ou de la moralité?

Un travail considérable est devant nous. Car je ne voudrais pas terminer sur des notes purement critiques. Sur le chemin de la construction, il faut certainement :

a) admettre l'extension dans le concept de droit de normes non étatiques, à condition d'approfondir, en revenant d'ailleurs aux meilleures sources doctrinales, les liens entre droit et sanction, droit et autorité, droit et justice. Lorsque Benoit Frydman (voir dans cet ouvrage, «Comment penser le droit global?») propose que, d'un point de vue pragmatique, «le juriste peut et même doit s'intéresser» aux normes émergentes du droit global, «en tant que celles-ci produisent ou tentent de produire les effets de régulation tels qu'ils concurrencent, voire tendent à se substituer aux normes

⁽¹⁹⁾ Benoit FRYDMAN (dans cet ouvrage, voir «Comment penser le droit global?») rappelle utilement, avec Wittgenstein, que «suivre une règle, c'est suivre la même règle» et que le plan pratique si chacun suit sa propre règle, cela revient au même que s'il n'y avait pas de règle du tout. Nous ajouterons qu'il faut pour reconnaître du droit une norme de règlement de conflit entre règles opposées.

⁽²⁰⁾ Je suis particulièrement sensible à ce qui peut être présenté comme la dimension critique du pluralisme comme doctrine tendant à devenir dominante de la science du droit par un auteur comme Jean-Guy Belley, un des meilleurs et des plus fins promoteurs d'un nouveau pluralisme juridique et qui se demande s'il ne fait pas «lutter contre cette nouvelle doctrine de la science du droit dès lors qu'elle peut se comprendre aussi comme l'expansion marchande et savante d'une juridicité qui se présente aujourd'hui comme une poutine cybernétique conviviale mais indigeste» («Le pluralisme comme doctrine de la science du droit», *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 165). Jean-Guy Belley écrit encore (article précité) que «bien que ce ne soit pas facile pour un militant de longue date, je crains que l'idée de pluralisme juridique ne soit devenue une de ces bonnes intentions qui veulent faire le bien des gens malgré eux (...). Si l'idée de pluralisme juridique s'avérait être désormais un obstacle au respect des personnes réelles et de leur dignité, nous changerons d'allégeance et deviendrons partisans du monisme juridique, mais d'un monisme humaniste».

⁽²¹⁾ Notamment, Pierre MAYER, «La règle morale dans l'arbitrage international», in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

juridiques classiques», il donne là un critère – un critère que l'on peut qualifier de pragmatique – permettant de filtrer dans le champ très large de la normativité sociale les normes auxquelles étendre le champ de l'enquête de la philosophie du droit⁽²²⁾;

b) admettre que la globalisation fait naître entre les systèmes juridiques des rapports de systèmes complexes et intégrer dans la doctrine de la science du droit l'acceptation et la reconnaissance d'un plurijuridisme⁽²³⁾, compatible avec le monisme, ce qui pourrait passer par l'élargissement du champ des formes des rapports et des relations juridiques, notamment en travaillant sur le sens que pourraient avoir les notions de «respect mutuel» et de «reconnaissance mutuelle» ou encore pour reprendre les concepts proposés par Jean-Guy Belley, ceux d'«implication mutuelle» et de «réciprocité de perspectives».

⁽²²⁾ Benoit Frydman observe aussi, et on peut le suivre volontiers sur ce terrain, que certaines des normes transnationales opèrent potentiellement comme des équivalents fonctionnels des normes juridiques.

⁽²³⁾ Voir, sous la direction de Jean-Louis BERGEL, *Le plurijuridisme*, Actes du VIII^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.