



**HAL**  
open science

## Le droit en contexte global.

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Le droit en contexte global.. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2019, 2018-5. halshs-02335190

**HAL Id: halshs-02335190**

**<https://shs.hal.science/halshs-02335190v1>**

Submitted on 28 Oct 2019

**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.

# Cahiers de méthodologie juridique

---

N° 32

*Le raisonnement par cas*

*Le raisonnement par cas en droit*

sous la direction de  
Jean-Yves CHÉROT

RRJ 2018-5



## LE DROIT EN CONTEXTE GLOBAL

---

Compte-rendu d'ouvrage : C. Bricteux & B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2018

Jean-Yves CHÉROT

*Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France*

Voici un livre qui restitue les résultats les plus récents des travaux de l'équipe du Centre Perelman de Philosophie du Droit sur le droit global et qui restitue un programme dont le champ couvre les défis que nous lançent les questions du climat, des migrations, de la justice sociale dans la mondialisation, de la régulation de l'internet, de la régulation bancaire et des crises des dettes souveraines notamment, qui constituent des phénomènes et dont les effets et la régulation ne peuvent pas ne pas se répercuter sur des espaces mondiaux ou continentaux. Ils prolongent et complètent des publications plus anciennes ou récentes, dont des thèses remarquées, menées au sein de cette équipe<sup>1</sup>.

L'ouvrage comporte huit chapitres portant des études thématiques annoncées et présentées par Benoit Frydman et une conclusion de David Restrepo Amariles. L'ouvrage propose un modèle à promouvoir pour l'analyse du droit dans la globalisation, une théorie, parmi d'autres théories, du droit global, sous la forme d'une méthode pragmatique adaptée « aux spécificités et aux nécessités du droit et de la recherche juridique en contexte global ». L'ensemble forme un tout et peut être lu de cette façon depuis le point de vue notamment de la méthode qui y est défendue, déployée dans les études et présentée dans ce livre par Benoit Frydman et David Restrepo Amariles

---

<sup>1</sup> On trouvera l'ensemble de cette œuvre référencée à la fin de l'ouvrage. Signalons l'ouvrage de B. FRYDMAN et d'A. VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume aux rankings*, Bruylant, 2014 et l'ouvrage plus ancien sur la responsabilité des entreprises, T. BERNIS, P. F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007. Voir aussi les articles fondateurs de Benoit Frydman, notamment « Comment penser le droit global », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012; « Le droit global selon l'école de Bruxelles: l'évolution d'une idée centenaire », in K. BENYEKHLEF, *Vers un droit global*, Montréal, Thémis, 2016. On pourra se reporter aussi sur la signification du Droit Global du point de vue de la philosophie du droit pragmatique de l'école de Bruxelles à J.-Y. CHÉROT, « Le sens du *global law* », à paraître dans la *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2019.

La méthode est l'élément qui donne sa signification scientifique pour la doctrine du droit à l'objet étudié. Il ne s'agit pas ici de construire un objet juridique purifié de tout élément empirique et pratique, mais de la construction d'un objet « droit en contexte global » pour reprendre une expression de Benoit Frydman selon une méthode qui, « si elle ne prétend pas à l'originalité » (Benoit Frydman) est spécialement adoptée à cet objet. Une telle construction par la philosophie du droit d'un droit global n'est rien d'autre que la possibilité de mêler étroitement le droit global lui-même et la philosophie pratique du droit qui a cet objet. L'approche philosophique revendiquée, étant empirique, admet elle-même la vérification de ses résultats dans la confrontation avec la réalité et étant pragmatique, elle admet aussi la vérification de ses résultats du point de vue leur efficacité<sup>2</sup>. Nous commencerons par présenter pour leur force de démonstration les illustrations de la méthode par les études de cas qui rendent intelligibles des processus complexes.

## **I. Les manifestations du droit global dans les grands défis politiques, sociaux et climatiques**

Grégory Lewkowicz (« Répondre à la question sociale au XXI<sup>e</sup> siècle ») met en lumière le principal dispositif de régulation effectif des droits sociaux des travailleurs dans la mondialisation que sont les engagements pris par les entreprises multinationales de respecter et de faire respecter par leurs sous-traitants, tout au long de la chaîne de valeur qu'elles contrôlent, un certain nombre de standards internationaux, déjà posés par l'OIT, mais restés jusque-là peu effectifs. Le point est mis sur le développement, autour de ces points de départ, de « juridictions » et de « fors » auprès desquels les travailleurs, les associations et les juristes qui les représentent peuvent trouver le moyen de défendre les droits qui y sont reconnus. Cela peut être le juge national dès lors qu'il existe de très nombreux arguments tirés du droit des obligations, du droit des contrats ou même du droit de la consommation pour faire valoir ces droits reconnus dans les engagements des entreprises. Cela peut se nouer à partir d'autres *forum* identifiés et parfois créés par des cabinets d'avocats comme par certaines organisations non gouvernementales. Peuvent également jouer le poids et les effets des sanctions des mauvaises pratiques sur les marchés rendues possibles par la diffusion, sous la forme d'indicateurs, des mesures et évaluations de la performance des entreprises en matière de respect des droits des travailleurs. Grégory Lewkowicz conclut en remarquant que « les juristes ont une responsabilité à prendre » en soulignant avec d'autres, par contraste

<sup>2</sup> Si « elle s'inscrit dans le prolongement des approches pragmatiques » du droit auxquelles de nombreuses références sont faites explicitement et implicitement par Benoit Frydman et les autres auteurs de ce livre et si elle s'inscrit « dans le prolongement en particulier des travaux des générations précédentes de l'École de Bruxelles », « il a fallu », je reprends encore les mots de Benoit Frydman, « l'adapter aux spécificités et aux nécessités du droit et de la recherche juridique en contexte global » (p. 13).

avec l'engagement des grands cabinets d'affaire dans la construction de véritables régimes de droit global dans les matières financières et commerciales,

« à quel point les questions de droit social paraissent être, du point de vue de ces cabinets, des questions locales au contraire des questions de droit financier. Ce même préjugé est largement présent dans le monde académique où le droit social et le droit du travail global ou transnational peinent à exister dans les enseignements comme dans les publications ».

Aucune raison ne paraît justifier que ce qui a été réalisé pour la finance et le commerce ne le soit pas pour le droit du travail. « Agir pour favoriser l'émergence d'un droit social global est urgent », souligne Grégory Lewkowicz.

L'examen de la construction du droit de la non-discrimination dans le droit de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet à Isabelle Rorive (« Lutter contre les discriminations ») de montrer que l'usage du droit comparé s'est enrichi d'une dimension stratégique et critique, tournée vers l'action et non plus seulement vers la description. Un tel usage stratégique du droit comparé « conduit à se familiariser avec les différents arguments qui sont invoqués », ici dans le contentieux de la non-discrimination, « à l'appui d'une thèse ainsi qu'avec les stratégies pour les mobiliser ou les contrer dans les différents espaces juridictionnels ». Cet usage stratégique du droit comparé « contribue à mettre au jour de nouveaux espaces de production et de mise en œuvre du droit qui ne sont ni nationaux ni internationaux », et notamment à créer un espace symbolique d'appartenance, un espace cosmopolite, ce qui vaut pour l'académique, le praticien, le lobbyiste ou le juge.

Ludovic Hennebel (« Penser les droits de l'homme, l'État de droit et les valeurs démocratiques à l'aune du droit global ») examine les possibilités conceptuelles, philosophiques ou pragmatiques d'une « émancipation globale des valeurs » qui sont portées par les droits de l'homme et « que l'approche étatique ne peut plus contenir ». Il conduit ainsi un examen très précieux des théories dominantes du droit global que sont les théories du constitutionalisme global, du néo-naturaliste, du droit administratif global et du contentieux transnational, en montre les forces et les faiblesses, en distingue les projets normatifs, les arrière-plans méthodologiques et ontologiques et conclut que « le droit global est un laboratoire idéal pour penser le droit et le lien entre droit et valeurs en dehors des balises conventionnelles et du confort des traditions » (p. 79). Ce faisant il permet un dialogue fructueux entre ces théories du droit global et les résultats des travaux empiriques menés dans l'ouvrage et donne ainsi au lecteur l'occasion d'observer que certains d'entre eux pourraient venir illustrent l'approche du droit global dans les théories du droit administratif global et du contentieux transnational.

Sarah Ganty et Moritz Baumgärtel (« Établir un droit juste de la migration ») démontrent qu'« une compréhension solide » du défi actuel de la migration peut être cherchée dans les données des grands textes et dans leur interprétation par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne. Tout en observant que « le défi global de la migration requiert un cadre légal international plus élaboré et plus large que la reconnaissance et la protection des réfugiés », c'est bien en partant des cas et des affaires jugées par ces juridictions internationales que l'on peut voir révéler en pleine lumière, contre les préjugés et les stéréotypes, cette compréhension solide de la migration. La jurisprudence de ces cours affaiblit les distinctions trop radicales trop souvent reçues entre différentes catégories de migrants et notamment entre les réfugiés au sens de la convention de Genève et les migrants dits économiques. Les auteurs montrent l'importance de chercher des réponses dans l'accueil des migrants dans le cadre d'une coopération entre États et plus largement entre territoires et pointent « un des paradoxes du défi global de la migration » en ce que « les États les plus hostiles aux migrants dictent leur agenda politique et bloquent les solutions réalisables à long terme ».

Arnaud Van Waeyenberge (« Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés du carbone ») met l'accent sur les marchés carbone, issus d'abord du mécanisme d'échange de permis d'émission négociables du protocole de Kyoto, puis surtout développé dans le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne ou qui résultent encore des initiatives de certaines entités fédérées américaines, canadiennes ou australiennes. Il en analyse l'originalité et les échecs mais en même temps aussi, compte tenu de l'engagement diplomatique de l'Union dans la politique du climat et de son appropriation de ce dispositif normatif comme un des fers de lance de sa politique interne et externe, ce qui pourrait, en lien avec sa diplomatie volontariste sur ce point, faire de l'Union européenne un acteur majeur dans la liaison des marchés carbone et dans la supervision des mécanismes de fongibilité des quotas circulant sur ces marchés. Arnaud Van Waeyenberge montre aussi le rôle que peuvent jouer les initiatives de la société civile qui en développant des registres, indicateurs, indices de responsabilité sociale des entreprises permettent de les classer, de les évaluer et facilitent le développement des actions en responsabilité civile de ces sociétés, favorisant ce faisant le développement d'une nouvelle branche du droit global.

Caroline Lequesne-Roth (« Remédier à l'insolvabilité des États : la restructuration des dettes souveraines ») a mis l'accent sur cette « révolution marquante observée au cours des vingt dernières années » que constituent les « clauses d'action collective » que la pratique contractuelle, soutenue par les institutions, a inséré dans les contrats d'emprunt des États sur les marchés financiers internationaux pour mieux réguler en cas de crise de la dette souveraine l'accompa-

nement des États vers une sortie de crise par l'action collective des créanciers. Caroline Lequesne-Roth montre les conditions d'émergence de ces clauses, les débats entre approche contractuelle et approche institutionnelle plus structurée, les positions des différents acteurs, les limites en l'état du contenu de ces clauses et les alternatives plus institutionnelles qui sont proposées. C'est voir le rôle que jouent dans un espace plus global qu'international différents acteurs, des cabinets d'avocats au FMI, à la BCE, à l'assemblée générale des Nations unies comme encore aux instances académiques.

L'interdépendance du système bancaire et financier mondial fait émerger plus particulièrement après la sévère crise bancaire de 2009 une régulation s'appuyant sur l'utilisation revisitée des tests de résistance bancaire dont Pauline Bégasse de Dhaem montre qu'elle prend la forme d'un « enchevêtrement normatif globalisé » (« Réguler la finance globale et les banques : le cas des tests de résistance bancaire après la crise financière »). S'ils font l'objet d'une mise en œuvre nationale (États-Unis) ou régionale (Union européenne), les tests de résilience sont l'objet de lignes directrices et d'une surveillance supranationale par le comité de Bâle. S'ils sont encadrés par des législations nationales, européennes et internationales, leur normativité s'appuie en amont sur des prédictions de scénarii à prétention scientifique et en aval sur la discipline des marchés financiers globalisés, ce qui les distingue radicalement de la réglementation et de la surveillance bancaire traditionnelle.

Caroline Bricteux (« Préserver l'intégrité de l'Internet ») montre le bricolage normatif extraordinaire qui a accompagné et qui accompagne la régulation de l'Internet, ici à partir des institutions techniques que sont l'Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN) et les registraires de noms de domaine auxquels l'ICANN confie la gestion pratique du Domain Name System (DNS). Caroline Bricteux montre que derrière les missions au premier abord purement techniques du système historique de gestion et d'attribution des noms de domaine nécessaires à la neutralité de l'Internet peuvent se cacher ou se révéler dans certaines occasions des conflits et des enjeux politiques majeurs. Cela a été le cas avec la gestion du programme de l'élargissement des *Top Level Domain* (pour ajouter aux.com, .fr, etc., des noms de domaine en.wine, .amazon, etc.) de l'ICANN. Cela est le cas aussi, faute de pouvoir atteindre directement les auteurs sur l'Internet de pratiques ou de contenus illégaux, avec les pressions exercées sur les intermédiaires du réseau ici notamment sur les registraires des noms de domaines pour leur faire jouer un rôle de police des intérêts publics dans l'Internet. Un des enjeux majeurs à préserver, la neutralité de l'Internet, exige que les gestionnaires puissent faire la preuve qu'ils sont à la hauteur des responsabilités que les États et toutes les parties prenantes attendent d'eux. Mais accepter de leur voir confier des missions dont l'exercice peut menacer la liberté d'expression et les principes qui constituent le système de la « toile » implique de s'assurer qu'ils



puissent intervenir dans le respect de normes et de garanties, ce qui a produit autour de l'action de ces intermédiaires un vaste système normatif s'inspirant des principes de la *rule of law*. Où l'on voit dans l'espace global « idéal » qu'est l'Internet la construction, toujours fragile, d'un système de contrôle où agissent dans la « lutte pour le droit » les États, les organisations non gouvernementales, le gouvernement des États-Unis, chacun jouant sur des registres différents et dont la seule force en dernier ressort semble être la menace qu'ils sont en mesure de faire peser sur la neutralité et l'interopérabilité de l'Internet. Il est passionnant de voir comment la solution qui pourrait paraître au premier abord la meilleure et la plus évidente, celle d'une régulation par le droit international, sous la forme de la création d'une agence de droit international public, se révèle pour reprendre les mots de Caroline Briceux « ni souhaitable, ni réaliste ».

On se souviendra des mises en garde de William Twining<sup>3</sup> pour qui chaque fois que nous entendons ce qu'il appelle un « mot en g » tel que global, globalisation, droit global, « nous devons faire une pause et nous demander: est-ce qu'il est utilisé avec précision ou cet emploi est-il, dans ce contexte, superficiel, exagéré, trompeur, simpliste, faux ou juste strictement sans signification? »<sup>4</sup>. Tout en revendiquant de partir d'une « perspective globale », il demande de s'assurer que l'utilisation de ces mots « puisse être justifiée dans le contexte particulier et qu'ils soient utilisés avec clarté et précision » et permettent de produire des résultats attachés à une enquête empirique.

Pour William Twining les « mots en g » sont soit trop vagues, trop approximatifs, trop larges ou au contraire risquent d'être trop restrictifs. Tout d'abord, en effet,

« à l'évidence ces mots sont ambigus et sont en général utilisés de façon approximative. On en abuse et ils sont sur utilisés de différentes manières, souvent comme élément de généralisations qui sont fausses, sur-jouées, trompeuses, dénuées de signification, superficielles, ethnocentriques ou toute autre combinaison de ces défauts ».

---

<sup>3</sup> V. En particulier, W. TWINNING, *Globalisation and Legal Theory*, Butterworth and Evanston, 2000; W. TWINNING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, coll. Law in Context, 2009, p. 13-18; W. TWINNING, *Globalisation and Legal Scholarship. Montesquieu Lecture*, 2009, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011.

<sup>4</sup> W. TWINNING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, précité, p. 18.

Ensuite, ils sont aussi trop restrictifs « parce qu'il est tentant sous le vocable de global de supposer que les différents plans de relations et de mise en ordre sont soigneusement imbriqués dans une hiérarchie de cercles concentriques », alors que

« le dessin est beaucoup plus compliquée que cela : il inclut les empires, les alliances, les coalitions, les diasporas, les réseaux, les routes commerciales, des sous-mondes, tels que le monde du *common law*, le monde arable, les mondes islamiques et la chrétienté ».

« Cette deuxième raison est plus particulièrement importante pour les juristes », écrit W. Twining : « il est spécialement important pour les juristes d'être sensibles à la signification des frontières, des limites des juridictions, aux relations gouvernées par des traités et des traditions juridiques ».

C'est bien l'objet des auteurs de ce livre de faire en sorte dans leurs démonstrations empiriques que l'emploi des « mots en g » et plus spécialement du terme de « droit global » soit justifié. Le caractère trop restrictif du terme de globalisation et de droit global ne peut pas ne pas être écarté quand il s'agit du réchauffement climatique, de l'Internet ou de la migration et encore, compte tenu des interdépendances qui se sont accrues par l'interconnexion de leur réseaux, lorsqu'il s'agit du système bancaire et de la finance. Le risque d'un suremploi de ces mots est maîtrisé par ailleurs par l'analyse approfondie du contexte dans lesquels ils sont employés et des résultats que la focalisation sur les dispositifs choisis pour rendre compte du droit global permet de mettre en évidence. Au demeurant ces études permettent aussi de saisir ce qu'est encore dans notre monde la signification des frontières et des limites des juridictions précisément lorsque ces frontières et ces limites sont testées, utilisées ou menacées par les actions stratégiques menées par les acteurs les plus variés dans certains des champs explorés dans cet ouvrage et qu'illustrent spécialement, comme le montrent dans leurs études Grégory Lewkowicz ou Caroline Lequesne-Roth, les contentieux transnationaux.

L'ouvrage reprend comme point d'ancrage ce que Benoit Frydman appelle, après William Twining, une « perspective globale pour le droit »<sup>5</sup>. S'il est question au-delà de cette seule perspective globale, de « tournant global », c'est que les auteurs voient bien là un enjeu important pour le droit et la philosophie du droit. Et il ne manque pas de justifications solides à leur emploi lorsque d'autres « mots en g » sont utilisés comme celui de « service public global » qu'un administrativiste français pourrait trouver employé de façon abusive dès lors qu'il n'y a pas d'autorité publique mondiale qui l'organise, mais qui marque parfaitement bien le rôle que joue pour l'exercice de la liberté d'expression sur l'Internet comme pour l'économie qui se développe sur le web l'activité d'attribution des noms de

<sup>5</sup> B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », p. 10.

domaines d'un Internet neutre et interopérable. On notera aussi que le terme de globalisation n'est pas ramené dans l'ouvrage à une théorie uniforme, un prêt à porter : les auteurs reconnaissent qu'il est impossible de ramener ce qu'on appelle la globalisation à des explications et des processus uniformes. Au contraire, ils explicitent, comme le souligne David Restrepo Amariles, la diversité des processus engagés<sup>6</sup>. Ce qui n'exclut pas que les mécanismes de production des solutions et des normes puisse recouper l'usage de concepts opératoires communs, comme le concept de « point de contrôle » ou de « lutte pour le droit ». Il faut aussi relever que dans cette approche du droit global, l'analyse empirique et pragmatique qui est menée restitue le rôle des États comme des acteurs majeurs, mais dont le rôle peut être de nature différente selon les problèmes analysés et leurs contextes. Leur rôle est majeur aujourd'hui devant ce phénomène pourtant intercontinental que sont les migrations, mais il est seulement celui d'un acteur parmi d'autres, un rôle d'influence, sous la menace de mesures qui pourraient mettre en cause la neutralité et l'universalité de l'internet. Pour reprendre les concepts déployés par le Centre Perelman de Philosophie du droit, dans le domaine des migrations, les États sont bien les « points de contrôle ». Cette théorie du droit global n'est pas non plus en rupture avec le droit international, tant ce dernier est pétri de tensions et peut être saisi et présenté sous des angles cosmopolites éloignés de la version interétatique classique.

## II. La méthode pragmatique

Ce que l'ouvrage défend, c'est ce que je voudrais souligner maintenant, est que la théorie du droit global telle qu'elle est envisagée ici est une méthode spécialement adaptée pour être à la hauteur de ce que la philosophie du droit exige désormais pour saisir les voies et moyens de la normativité dans la globalisation.

Car la globalisation impose plus que jamais d'étudier le « droit en contexte » et donc de reprendre, dans la tradition de la philosophie pragmatique qui a nourri déjà au début du xx<sup>e</sup> siècle la philosophie du droit comme les études juridiques, des points de vue ouverts et larges sur le droit. La méthode illustrée par les études empiriques que comporte le livre est décrite sur huit items par Benoit Frydman (la recherche de la position du problème, l'analyse empirique, l'approche multidisciplinaire, l'analyse des valeurs, des intérêts en conflits et des stratégies des acteurs, le pluralisme et le droit comparé, l'attention aux normes effectives et aux points de contrôle, l'évaluation critique et les propositions constructives et l'engagement). Une telle méthode a pour caractéristique de ne pas enfermer le chercheur *a priori* dans les seules questions que les juristes s'assignent en général et permet de voir apparaître, en élargissant le champ des questions et en rencon-

<sup>6</sup> D. RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès ? », p. 251.

trant le travail des économistes, des sociologues, des politistes, des phénomènes normatifs effectifs qui sont d'une plus grande complexité que les phénomènes normatifs auxquels le juriste borne volontiers son horizon.

Elle vaut, je crois, pour des enquêtes juridiques sur tous types de problèmes, mais elle est spécialement déterminante lorsqu'il s'agit de saisir certains défis ou problèmes comme la régulation de l'internet, la question climatique, la régulation de la finance, les migrations. Car, lorsqu'on se trouve « en dehors d'un ordre juridique clos », ce qui arrive de plus en plus souvent, et que nous avons affaire à

« des choses nettement plus compliquées dans l'environnement juridique issu de la globalisation, dès lors qu'il faut tenir compte des possibilités des parties de s'affranchir d'un ordre juridique déterminé et de mobiliser des règles et les juges d'ordres juridiques différents, de même que d'autres pouvoirs normatifs efficaces, [...] le contexte global donne ainsi à la lutte pour le droit un caractère d'autant plus complexe qu'en l'absence d'instances souveraines, il arrivera souvent que la même situation soit régie par des règles multiples et des injonctions contradictoires. Il faudra dès lors considérer la résultante des interactions stratégiques et normatives pour tenter de déterminer qu'elle sera la règle, la procédure ou le dispositif qui tendra finalement à prévaloir en pratique »<sup>7</sup>.

Revenons, sans être exhaustif, sur les points principaux de la méthode. Il s'agit de défendre, avec leurs conséquences, certains « points de vue ».

*Le point de vue d'abord de l'approche par problème.* Une telle approche partage avec la méthode des cas », bien connue du juriste, « de partir d'une situation concrète plutôt que d'un système de règles ». Mais si « elle s'inscrit dans le prolongement de l'étude de cas, à laquelle elle continue de recourir massivement », elle la « dépasse par son objectif qui est la solution d'une question générale ». « La notion de « défi » que nous utilisons, souligne encore Benoit Frydman, ne diffère pas fondamentalement de celle de « problème » sinon qu'elle « souligne davantage à la fois la difficulté de la question à résoudre et l'interpellation au juriste de mobiliser ses talents et ses ressources pour trouver des solutions » (p. 12). Il s'agit alors non de commencer par identifier une question purement juridique en partant d'une règle et de la question de son application à un cas, mais d'un

---

<sup>7</sup> B. FRYDMAN, p. 11. B. Frydman ajoute qu'« à défaut de législateur ou de juge souverain effectif au niveau global, les chercheurs examineront quels effets produisent en pratique l'interaction des dispositifs normatifs concurrents ou contradictoires en place et des stratégies poursuivies par les différents » et il « arrivera que l'on puisse identifier un point de contrôle qui soit en position ou dispose des instruments lui permettant d'imposer des règles, des décisions et des procédures de règlement des conflits » (*ibid.*).

problème de société. La recherche doit donc regarder avec un grand angle et de suspendre la question du « point de départ ». Pour Benoit Frydman

« le chercheur ne se s'enfermera pas prématurément dans une définition rigide de l'objet de l'étude, qu'il s'agisse d'une définition générale ou d'une définition juridique. Il se contentera en première analyse d'une définition provisoire qui l'aidera à circonscrire un champ d'étude, notamment à sélectionner une série de cas ou de situations à investiguer »<sup>8</sup>.

C'est ainsi que les auteurs ont été amenés à partir d'une enquête très large à choisir de mettre en évidence ce qui est le plus significatif, dans les divers champs de la régulation, les « clauses d'action collective » dans les contrats d'emprunts sur le marché des dettes des États (Lequesne-Roth), la responsabilité sociale des entreprises multinationales (Grégory Lewkowicz), l'attribution et la gestion des noms de domaines par l'ICANN (Caroline Bricteux), les tests de résistance bancaires (Pauline Bégasse de Dhaem), le droit de la non-discrimination dans l'UE (Isabelle Rorive). On aboutit ainsi à une analyse d'une précision chirurgicale pour la définition d'un objet d'étude pertinent pour l'analyse du problème ou du défi dans une optique pratique tournée vers l'action.

C'est mettre en valeur *le point de vue du praticien*, de l'avocat, qui par métier défend ce que Holmes avait appelé le *bad man*, celui qui cherche son intérêt et qui adopte face au droit un comportement stratégique<sup>9</sup>, ce qui permet au chercheur se mettant à la place du praticien et, à travers lui, à la place des participants, de révéler les intérêts et les valeurs en cause et ainsi, ce qui est essentiel pour la méthode pragmatique, les stratégies et donc les arguments et les normes qui sont revendiqués dans la confrontation dans l'espace global où se révèle avec une force décuplée la « lutte pour le droit ». La recherche doit être attentive tout spécialement à toutes les normes invoquées ou susceptibles de l'être par les participants et notamment aux contrats, statuts, usages, dispositifs normatifs de toute nature (relevant souvent de ce que les juristes appellent du droit souple), voire

<sup>8</sup> B. FRYDMAN, p. 13. B. Frydman ajoute dans un décalque et en un renvoi à Perelman, que « dans la conception pragmatique, la définition vient toujours vers la fin, non comme un point de départ fixe et assuré, qui sert de point d'appui à des démonstrations et des raisonnements déductifs, mais comme un point d'aboutissement, qui synthétise les résultats de la recherche lorsque l'objet lui-même aura été construit en même temps que son régime juridique ».

<sup>9</sup> « Pour percevoir le droit tel qu'il s'applique effectivement, la méthode pragmatique préconise de considérer ses règles du point de vue d'un acteur opportuniste, soucieux avant tout de ses propres intérêts, qui cherche à éviter les contraintes que le droit lui impose et à profiter des avantages qu'il lui offre. Cette perspective se rapproche de celle de l'avocat qui a pour mission de défendre les intérêts de son client. Elle ne correspond nullement à une vue cynique, mais apparaît indispensable pour se faire une idée exacte des conséquences que produiront en pratique les règles en vigueur sur les comportements des différents acteurs » (B. FRYDMAN, p. 11).

à des « indicateurs » et à toutes les règles des différentes juridictions auxquelles le droit peut rattacher les questions mais, au-delà même des facteurs de rattachement, à toutes les règles et juridictions qui se trouvent être invoquées par les parties dans leurs stratégies. La recherche doit aussi identifier les participants, leurs valeurs et leurs intérêts et plus encore, en « adoptant la perspective des participants », elle doit scruter « les objectifs des parties et les stratégies qu'elles développent pour les atteindre, ainsi que les procédures, moyens et les arguments qu'elles mobilisent »<sup>10</sup>. Une telle démarche aura déjà permis de voir apparaître dans leur diversité, les normes et les juridictions (au sens large) telles qu'elles ont été mobilisées par les parties et ce qui fera apparaître un paysage normatif plus déroutant que celui avec lequel les écoles de droit apprennent à avoir affaire.

*C'est enfin le point de vue du citoyen* qui est mobilisé dès lors que l'enquête pragmatique ne peut être autre chose d'une enquête pratique, relevant de la philosophie de l'action<sup>11</sup>. Elle est en effet orientée, dès le choix même du problème ou du défi étudié, vers l'action et la résolution d'un problème et elle peut inviter en effet les chercheurs à s'impliquer directement, y compris comme praticien, dans les dossiers<sup>12</sup>. L'enquête scientifique « n'exclut donc certainement pas l'engagement du chercheur au service d'une cause », écrit Benoit Frydman (p. 16). Une telle affirmation ouvrira sur une controverse dès lors que l'on invoquera la « neutralité axiologique » du chercheur. Cette controverse risquera, une fois de plus, d'aggraver les confusions que l'on connaît lorsqu'il s'agit de la méthode en science sociale et en droit<sup>13</sup>. Une

« telle position, rappelle Benoit Frydman, qui favorise l'utilité sociale de la recherche, n'est en rien contraire aux règles de la déontologie scientifique, dès lors que l'objectif est clairement indiqué et que les éléments présentés à l'appui de la thèse ne sont pas biaisés ».

L'engagement du chercheur, on doit le souligner, ne porte par ailleurs pas nécessairement sur la défense d'un régime juridique ou institutionnel idéal. Le chercheur doit être attentif compte tenu des objectifs, à la prise en considérations des opportunités et des contraintes, ce qui « implique », écrit encore Benoit

<sup>10</sup> B. FRYDMAN.

<sup>11</sup> C'est Dewey qui est alors mobilisé.

<sup>12</sup> « Les chercheurs, indique Benoit Frydman, veilleront à acquérir une forme de connaissance directe et concrète de leur objet, en partant à sa rencontre, en descendant sur le terrain, en discutant avec les parties prenantes, voire en s'impliquant directement comme praticiens dans les dossiers » (précité, p. 13-14).

<sup>13</sup> Il faudrait d'ailleurs, encore une fois, ne pas retenir les versions radicales et fausses que l'on prête souvent à Max Weber. Ce ne peut être ici l'occasion d'y revenir. On doit se contenter de renvoyer sur ce point à l'excellent article de Luc Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Frydman, « le développement d'un raisonnement stratégique et prudentiel, qui mobilisera toutes les ressources de l'intelligence juridique » (p. 16).

On retrouve de nombreuses illustrations dans l'ouvrage de ces prises de positions opérationnelles des auteurs. Ainsi, pour Arnaud van Waeyenberge,

« le but n'est pas de repenser la lutte contre le réchauffement climatique à partir d'une approche idéaliste et utopique, mais d'identifier les débuts de solutions existantes et prometteuses afin de corriger les systèmes internationaux et européens existants en les rendant plus efficaces » (p. 143).

« Une approche réaliste s'impose : la solution unique, rapide et facile afin de contrer les effets du réchauffement climatique n'existe pas [...] En termes de solutions disponibles, nous pensons qu'il serait illusoire de sortir tout à coup de la logique de marché dans laquelle la Communauté internationale s'est lancée depuis une dizaine d'année. Aussi critiquable qu'il soit, ce système a le mérite d'exister et constitue une première réalisation. Ce sentiment se trouve renforcé par le constat selon lequel les acteurs aspirent à un système clair et s'inscrivant dans la durée afin d'être en mesure d'accorder leur confiance et investir leur énergie dans ces marchés carbonés. C'est donc plus en termes d'amélioration du système existant que se situe, à notre avis, la clef de la réussite de cette politique publique mondiale » (p. 145).

Pour G. Lewkowicz,

« si nous sommes convaincus que les juristes ont un rôle à jouer dans sa résolution (de la question sociale) – comme ils en ont d'ailleurs eu un, éminent, au XIX<sup>e</sup> comme au XX<sup>e</sup> siècle – le réalisme impose de reconnaître que le droit seul ne peut guère réformer la société dans le sens d'une plus grande justice sociale. [...] L'approche pragmatique que nous préconisons invite à identifier en contexte des moyens d'action mobilisables *hic et nunc* pour agir, influencer sur le cours des événements et réformer ou construire des institutions. Cette approche est par nature rétive à l'élaboration d'un projet de réforme du droit et des institutions par le haut. Une approche pragmatique permet de mieux comprendre et appréhender les évolutions du droit et les nouvelles opportunités disponibles pour agir utilement » (p. 33-34).

Pour Caroline Bricteux, le combat pour préserver certaines valeurs sur l'internet « aussi légitime qu'il soit, doit être mené avec des outils proportionnés et ne doit pas justifier des dérives qui mettraient en péril l'Internet global et interopérable » (p. 208).

Pauline Bégasse de Dhaem se montre très critique à l'égard des tests de résistance bancaire tels qu'ils sont construits. Se fondant sur une épistémologie de type hayékien, elle souligne que « l'incertitude et la complexité du social pourrait rendre ces tests non seulement inefficaces mais aussi dangereux. L'outil pourrait en effet s'avérer dangereux dès lors qu'il tend à déresponsabiliser les banques » (p. 204).

Comme le souligne dans ses conclusions David Restrepo Amariles (« Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique »), les études rassemblées dans cet ouvrage, avec la méthode qu'elles illustrent, proposent un concept de droit comme « une discipline de conception, une ingénierie ». Surtout,

« cet ouvrage fournit des exemples particulièrement riches qui montrent que l'étendue de cette ingénierie ne se limite pas à l'agencement des règles de droit positif, mais aussi à la production de dispositifs originaux et à l'adaptation des dispositifs en provenance d'autres domaines tels que le management, la finance, l'informatique, la comptabilité, etc. ».

Les auteurs « montrent également le degré d'innovation juridique qui est souvent nécessaire pour s'attaquer à la régulation des questions dépassant la sphère purement nationale » (p. 255). Ce qui est encore plus important, me semble-t-il, c'est de considérer, avec David Restrepo Amariles, comme avec Benoit Frydman et avec les auteurs de ce livre, que cette ingénierie juridique a vocation à être entre les mains de juristes. Car c'est une autre image du juriste que montre l'ouvrage sur *Les défis du droit global*, ce que David Restrepo Amariles appelle « le juriste comme acteur du changement social ». « Le juriste a la maîtrise du droit mais il a tendance à concevoir sa profession comme détachée de ses effets socio-économiques et donc à limiter son engagement à la lutte dans le droit ». Partant du « rôle fondamental que les avocats ont joué dans la construction du droit des dettes souveraines » que révèle la contribution de Caroline Lequesne-Roth, David Restrepo Amariles souligne que « pour faire face aux défis du droit global, nous avons besoin de juristes ingénieurs, qui se saisissent des problématiques globales ». Cela invite à tirer quelques conséquences sur la formation des juristes, notamment dans les facultés de droit. Et montre encore que la meilleure philosophie du droit peut avoir des conséquences concrètes.

On ne pourra pas conclure sans évoquer, mais c'est une question pour une autre étude, les évocations dans l'ouvrage de ce qu'Isabelle Rorive a appelé « la dialectique entre particularisme et universalisme » (p. 59). Le mot est spécialement bien choisi pour éviter de tomber, sous le prétexte de la globalisation, dans un réductionnisme assimilant le global à l'universel. William Twining avait encore souligné que, compte tenu de la façon dont le droit a été institutionnalisé en occident,



« une perspective globale peut encourager les tendances réductionnistes, une recherche pour l'universel, la construction de grandes théories unificatrices (*overarching theories*) et une tendance à souligner la ressemblance plutôt que la différence »<sup>14</sup>.

Isabelle Rorive a évoqué utilement cette « dialectique, à l'ère de la globalisation, entre particularisme et universalisme » en tant qu'elle traverse le champ du droit comparé. À la vision universaliste qui a accompagné la naissance du droit comparé dans la recherche d'un droit universel que pourrait ainsi révéler la science du droit comparé prétendant à une vocation descriptive de ce qu'est le droit, il faudrait substituer non pas nécessairement une vision sceptique, ou nihiliste des valeurs, mais réfléchir à la tension entre universalisme et particularisme dans le contexte du renouvellement des missions d'un droit comparé tourné vers l'action. Ludovic Hennebel, tout en soulignant les critiques qui s'adressent aux théories du droit global qui seraient les vecteurs de la domination de certaines nations sur d'autres ou de certains groupes sociaux sur d'autres autour de la promotion de valeurs prétendues universelles, voit dans ces théories une chance pour « penser le droit et le lien entre droit et valeurs en dehors des balises conventionnelles et du confort des traditions » (p. 79). C'est encore à un dépassement de la dichotomie entre universalisme et particularisme que renvoie Benoit Frydman lorsqu'il s'agit dans la poursuite d'objectifs d'ordre éthique de « considérer les moyens de les atteindre en fonction des contraintes et des opportunités du contexte et de l'état des rapports de force ». Les auteurs mettent en tout état de cause l'accent sur la recherche des « normes effectives ». Il est vrai que la philosophie attache trop facilement « universalisme » avec un test de la vérité des valeurs et « particularisme » avec le relativisme, voire le scepticisme. Ces liens pourraient être affaiblis<sup>15</sup>. L'approche pragmatique du droit global ne rompt pas avec les normes positives.

« Pour le pragmatisme, la vérité du droit est dans sa pratique. La règle de droit se révèle dans sa mise en œuvre et les effets que celle-ci produit. Le droit positif désigne non pas l'ensemble des règles posées par les autorités, mais l'état effectif du droit tel qu'il peut être observé au départ des applications qu'il reçoit » (Benoit Frydman, p. 10).

<sup>14</sup> W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, précité, p. 17. Il avait ajouté : « je ne suis pas un particulariste extrême, mais les problèmes qui résultent de la généralisation à propos des phénomènes juridiques – conceptuellement, normativement, empiriquement, et juridiquement – sont une des préoccupations centrale de ce livre » (*ibid.*, p. 18).

<sup>15</sup> V. sur ce point, N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 2017.