



HAL
open science

Le pragmatisme juridique

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Le pragmatisme juridique. L'Harmattan, 2017, Bibliothèque du droit, Jean-Paul Céré, 978-2-343-13206-8. hal-01585675v2

HAL Id: hal-01585675

<https://hal.science/hal-01585675v2>

Submitted on 13 Jun 2018

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.

Boris Barraud

Le pragmatisme juridique

Manuscrit à l'attention des éditions
L'Harmattan

Du même auteur

Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017

La jurisprudence et la doctrine, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017

Théories du droit et pluralisme juridique – Tome II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Inter-normes, 2016

Théories du droit et pluralisme juridique – Tome I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Inter-normes, 2016

La recherche juridique – Sciences et pensées du droit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016

L'État – Entre fait et droit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015

Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012

Avec l'entrée dans l'ère de la modernité juridique, le juspositivisme a succédé au jusnaturalisme. Avec l'entrée dans l'ère de la postmodernité juridique, le juspragmatisme succédera-t-il au juspositivisme ?

L'objet de ce livre sera de mettre en relation le droit et le pragmatisme, courant de pensée venu des États-Unis réduisant (pour le résumer caricaturalement) les êtres et les choses à leurs actions, leurs effets, leurs conséquences, leur utilité. Le pragmatisme juridique, tel qu'ici envisagé, désigne à la fois des *objets d'étude* particuliers et des *méthodes d'étude* particulières modifiant sensiblement le travail des juristes. Ces objets et ces méthodes auraient en commun de s'opposer au dogmatisme qui, sous certains aspects, empreindrait le droit moderne tel qu'il s'est imposé durant le XX^e s.

Deux études distinctes constitueront ce livre. La première, *descriptive*, visera à présenter le pragmatisme des chercheurs en droit tel qu'on peut l'observer aujourd'hui, cela en se concentrant sur les théories du droit — plus ou moins élaborées et plus ou moins conscientes — sur lesquelles ils s'appuient. La seconde, *prospective*, approfondira différentes pistes que la recherche juridique pourrait suivre à l'avenir, si elle décidait de prendre un tour résolument pragmatiste.

Le plan de ce livre, correspondant à l'articulation de ces deux études, sera donc le suivant :

I. Observations sur l'actualité du pragmatisme juridique (première étude, intitulée « Les théories pragmatiques du droit »)

II. Propositions pour construire le pragmatisme juridique (seconde étude, intitulée « Pensée pragmatiste et recherche juridique »)

L'hypothèse motivant ces recherches est que les facultés de droit éprouveraient un besoin croissant de pragmatisme à l'heure où le droit moderne semble de moins en moins bien permettre de comprendre et d'expliquer les nouveaux modes de régulation. En effet, ceux-ci se développent autour d'objets normatifs ou semi-normatifs originaux (chartes, conditions générales d'utilisation, contrats-types, normes comptables, normes managériales, normes techniques, labels, standards, meilleures pratiques, statistiques, sondages, indicateurs, classements etc.) qu'une approche pragmatique permettrait mieux qu'une approche classique de saisir.

La première étude exposera les réponses que certains juristes tentent d'apporter à ce besoin de pragmatisme juridique. La seconde étude proposera quelques nouvelles orientations, considérant que le pragmatisme pourrait être au droit postmoderne ce que le dogmatisme est au droit moderne ; et considérant que l'effectivité des normes pourrait être au droit postmoderne ce que la validité des normes est au droit moderne. Avec le juspragmatisme, le droit changerait de physionomie, tandis que l'office des juristes évoluerait grandement.

Ainsi cet ouvrage essayera-t-il d'identifier les nouveaux champs d'étude, les nouvelles habitudes de travail et les nouveaux positionnements épistémologiques attachés au pragmatisme juridique. Ceux-ci sont peut-être l'avenir de la recherche juridique.

Sommaire

| | |
|---|----|
| Première étude | |
| Les théories pragmatiques du droit <i>(quelques observations)</i> | 13 |
| Introduction | 15 |
| Première partie. Les objets d'étude assignés par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit | 31 |
| Chapitre 1. Les enjeux des définitions pragmatiques du droit | 33 |
| Chapitre 2. Le contenu des définitions pragmatiques du droit | 39 |
| Section 1. <i>L'approche panjuridique</i> | 40 |
| Section 2. <i>L'approche réaliste du droit</i> | 48 |
| Section 3. <i>L'approche sociologique du droit</i> | 59 |
| Section 4. <i>L'approche économique du droit</i> | 67 |
| Section 5. <i>L'approche syncrétique du droit</i> | 74 |

| | | |
|----|---|-----|
| 10 | <i>Le pragmatisme juridique</i> | |
| | Seconde partie. Les moyens d'étude prescrits par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit | 85 |
| | Chapitre 1. Les enjeux des méthodes pragmatiques d'étude du droit | 87 |
| | Chapitre 2. Le contenu des méthodes pragmatiques d'étude du droit | 93 |
| | Section 1. <i>Droit vivant, droit en situation, droit en action</i> | 94 |
| | Section 2. <i>Expérimentations, enquêtes, études de cas</i> | 97 |
| | Section 3. <i>Liberté, critique, éclectisme</i> | 100 |
| | Section 4. <i>Interdisciplinarité, droit en contexte, sociologie du droit</i> | 102 |
| | Conclusion | 109 |
| | Seconde étude | |
| | Pensée pragmatiste et recherche juridique <i>(quelques propositions)</i> | 115 |
| | Introduction | 117 |
| | Chapitre préliminaire. Le pragmatisme juridique : une nouvelle philosophie du droit ou une non-philosophie du droit ? | 139 |
| | Première partie. Le juspragmatisme : vers une nouvelle conception du phénomène juridique ? | 145 |
| | Chapitre 1. L'effectivité du droit | 155 |
| | Chapitre 2. La « maxime du pragmatisme » et le droit | 165 |
| | Chapitre 3. Les faits juridiques | 171 |

| | | |
|--|-----------------|-----|
| | <i>Sommaire</i> | 11 |
| Chapitre 4. Le droit en action | | 181 |
| Chapitre 5. L'utilité du droit | | 187 |
| Chapitre 6. De l'État pragmatique au droit pragmatique | | 193 |
| Chapitre 7. Le droit, source de croyances stables et d'habitudes d'action | | 209 |
| Seconde partie. Le juspragmatisme : vers une nouvelle conception de la science juridique ? | | 219 |
| Chapitre 1. Les enquêtes de terrain juridique | | 223 |
| Chapitre 2. L'empirisme juridique | | 229 |
| Chapitre 3. La science juridique comme science pratique | | 237 |
| Chapitre 4. La science juridique comme science expérimentale | | 241 |
| Chapitre 5. L'indépendance d'esprit du chercheur en droit | | 249 |
| Chapitre 6. La liberté intellectuelle du chercheur en droit | | 255 |
| Chapitre 7. Le darwinisme juridique | | 269 |
| Conclusion | | 279 |
| Orientations et illustrations bibliographiques | | 293 |
| Section 1. <i>Droit</i> | | 295 |
| Section 2. <i>Pragmatisme</i> | | 323 |

Première étude

Les théories pragmatiques du droit

(quelques observations)

Introduction

Le pragmatisme juridique serait l'attitude intellectuelle des juristes qui se consacrent au droit en action, aux résultats et aux conséquences du droit, qui se focalisent sur les faits juridiques plutôt que sur les fictions, les abstractions ou les idéaux juridiques, qui privilégient les pratiques juridiques aux textes juridiques, qui considèrent que *le droit est ce qu'il fait*, qui donc *se concentrent sur les effets du droit*¹. La devise du pragmatisme juridique réside peut-être dans cet aphorisme emprunté à Jean Carbonnier : « Dans le divorce du fait et du droit, c'est le droit qui a tort »². Ainsi faudrait-il toujours chercher à faire coller le droit au fait, loin de vouloir faire coller le fait au droit.

Dans le cadre de cette première étude, à visée descriptive et non prospective — au contraire de la seconde étude à venir —, seul le pragmatisme des scientifiques du droit sera

¹ Dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande, est pragmatique ce qui est « réel, efficace, susceptible d'applications utiles, par opposition à ce qui est oiseux ou même purement verbal » (V° « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 803). Avec le pragmatisme, « la connaissance est un instrument au service de l'activité » (V° « Pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 805). Et on observe que le terme « pragmatisme » a toujours présenté un « double sens fondamental : il est pris tantôt pour viser une connaissance utile, ou un point de vue utilitaire ; tantôt pour viser une connaissance réelle » (R. BERTHELOT, « Observations sur pragmatique et pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1171).

² J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 36.

interrogé¹. Le scientifique du droit pragmatique serait celui qui choisit le fait contre la norme, ou bien *la norme effective contre la norme valide*. Selon que le chercheur sera pragmatique ou bien attaché à quelque approche dogmatique du droit, ses méthodes, ses observations et, surtout, ses conclusions et ses propositions pourront différer radicalement. C'est pourquoi il faudrait préciser et développer la distinction du pragmatisme juridique et du dogmatisme juridique, laquelle ne saurait aller sans distinction des théories pragmatiques du droit et des théories dogmatiques du droit.

¹ Le pragmatisme des praticiens du droit, notamment des juges (dont le pragmatisme avec lequel ils appliquent les normes et/ou tranchent les litiges est un grand sujet) ou des législateurs (qui se montrent de plus en plus sensibles aux évaluations, aux études d'impact et à la réflexivité en général), pourrait donner lieu à d'autres travaux. Ainsi, le juge Benjamin Cardozo a promu une méthode très pragmatique : celle de l'utilité sociale devant amener à juger en fonction des conséquences (sociales, économiques, politiques, morales) des décisions et non en fonction du droit positif. De même, John Dewey incitait les juges, dans un premier temps, à trancher en opportunité les cas qui leur sont soumis en fonction de leurs conséquences pour les parties mais aussi de leurs conséquences pour l'ordre social, de leurs conséquences économiques, de leurs conséquences symboliques etc. Puis, dans un second temps, il leur appartiendrait de rechercher quelques moyens de droit positif afin de justifier juridiquement leurs décisions (J. DEWEY, « Justice Holmes and the Liberal Mind », *New Republic* 1927, vol. 53, p. 211 s.). Ensuite, et par exemple, il n'est que possible de se réjouir lorsqu'une cour d'appel refuse d'appliquer à un utilisateur du « réseau social » Facebook une clause des conditions d'utilisation du site alors que la clause en question était noyée dans le texte et qu'il suffisait d'un simple et unique clic pour que le consentement soit considéré comme acquis (CA Pau, 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*). De même, il faut voir le fruit d'un heureux pragmatisme dans le choix de la Cour de cassation de faire du besoin d'ouvrir plusieurs fenêtres sur un site web pour pouvoir être informé de son caractère publicitaire une infraction à l'article 20 de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* qui prévoit que toute publicité électronique doit pouvoir être clairement identifiée en tant que telle (Cass. com., 29 nov. 2011, *Kelkoo*). Et juger que la gratuité du service Google Maps est un prix anormalement bas enfreignant le droit de la concurrence et constituant un abus de position dominante sur le marché de la cartographie en ligne (T. com. Paris, 15^e ch., 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France et Google Inc.*) est une autre illustration du pragmatisme concret dont peuvent faire montre les tribunaux.

La théorie du droit

Dans l'expression « théorie du droit » telle qu'ici utilisée, « droit » renvoie moins à un ensemble de règles et d'institutions positives qu'à la discipline scientifique qui les étudie¹. Or toute activité scientifique reposerait sur une théorie sous-jacente, même si celle-ci peut ne pas être explicitée ou même ne pas être consciente. Si une théorie *lato sensu* peut se comprendre comme une explication rationnelle et générale d'un phénomène, comme une construction intellectuelle hypothétique, synthétique et systématique², la théorie *stricto sensu* telle qu'envisagée en ces lignes assigne un objet d'étude et prescrit une méthode d'étude de cet objet à une science³, si bien qu'il n'existerait nulle science sans soubassement théorique. Une théorie serait donc le cadre dans lequel évoluerait une science. Il serait impossible de faire œuvre scientifique sans qu'une théorie indique où creuser et avec quels outils creuser⁴.

¹ En effet, on peut distinguer deux théories du droit : la théorie de la science du droit et la théorie du droit positif. Il existe deux types de théories du droit en raison de la double signification du mot « droit » : théorie de l'étude du droit, qui dit comment elle doit être et ce qu'elle doit observer ; théorie du droit positif, énonçant les principes et lois permettant de comprendre et d'expliquer la structure et le contenu du droit positif.

² Pour André Lalande, une théorie désigne ce qui, « par opposition à la connaissance vulgaire, est l'objet d'une conception méthodique, systématiquement organisée » (V° « Théorie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1128).

³ En ce sens, Michel Troper enseigne que « l'affirmation de l'existence d'une règle juridique présuppose une définition générale du droit, de sa structure, des concepts juridiques, mais aussi une conception de la science qui permette de parvenir à la connaissance de cette règle ou de la validité des raisonnements qu'on lui applique » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 6).

⁴ Selon une formule que Gaston Jèze aimait répéter à ses étudiants, « faire fi de la théorie, c'est avoir l'outrecuidance de soutenir qu'il serait inutile de savoir ce que l'on dit quand on parle, de savoir ce que l'on fait quand on agit » (cité par O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11, p. 20).

Partant, si une étude pragmatique recherche ce que font les choses et non ce que sont les choses, elle ne peut néanmoins accomplir sa tâche sans savoir au préalable ce que sont les choses. La théorie du droit, comprise comme « *Code de la science du droit* », indiquerait donc aux scientifiques du droit ce qu'est ce droit qu'ils doivent examiner — où est la limite entre droit et non-droit —, comment ils doivent l'examiner et quelles fins ils doivent poursuivre. Elle regrouperait ainsi l'ensemble des principes qui confèrent à cette matière scientifique son particularisme, du point de vue de son objet et du point de vue de ses méthodes, et dont dépend très directement l'état des connaissances.

La théorie telle qu'on la conçoit *lato sensu* intervient *a posteriori*, après l'expérience vécue, puisqu'elle consiste en une explication globale d'une réalité déterminée. *Stricto sensu*, elle posséderait un rôle *pré-expérimental* : il lui reviendrait d'arrêter l'objet d'étude et les principes méthodologiques de « sa » science. Une fois les faits recueillis, la science cherche à les analyser pour les expliquer, tandis que la théorie jouerait son rôle avant que le scientifique ne procède à ses expériences. Quant à ce qu'on désigne souvent par « théorie du droit », à savoir la systématisation du droit positif et l'explication de la structure et des tendances générales du droit, il s'agit peut-être davantage de *science macrojuridique* — par opposition à la science microjuridique¹. Suivant le sens strict ici retenu, ce serait à la science et non à la théorie qu'il reviendrait de comprendre et d'expliquer les faits. La théorie se contenterait — mais c'est là la tâche la plus décisive de toutes — de dire à cette science quels sont ces faits qu'elle doit étudier et comment elle doit les étudier.

¹ La ligne de démarcation entre recherche macro-juridique et recherche micro-juridique se situerait au niveau de la *branche du droit* : les travaux touchant à une branche du droit ou, plus finement, à un régime juridique ou à une ou plusieurs norme(s) ou institution(s) spécifiques et concrètes relèveraient de la recherche micro-juridique ; les travaux portant sur des questions plus générales et plus transversales, dépassant le cadre d'une branche du droit donnée, intéressant le droit privé, le droit public, l'histoire du droit ou même le droit dans son ensemble, appartiendraient à la recherche macro-juridique.

Dès lors, si les activités de certains scientifiques du droit apparaissent pragmatiques, ce ne peut qu'être parce qu'ils sont influencés par des prémisses théoriques pragmatistes. L'objet de cette étude sera d'examiner les travaux des juristes pragmatistes afin d'identifier et mettre en lumière les théories pragmatiques du droit sur lesquelles ils s'appuient.

De plus en plus de publications scientifiques contemporaines tendent à se détacher du dogmatisme juridique qui a marqué le XX^e s. et semblent s'inscrire, par opposition à ce dogmatisme juridique, dans le domaine du pragmatisme juridique. Néanmoins, cela n'est que rarement explicité et expliqué car une des premières règles du pragmatisme semble être de ne jamais revendiquer son pragmatisme et même de ne guère réfléchir au caractère pragmatique de ses activités. Il est ainsi rare que des pragmatistes affichent leur pragmatisme — celui-ci étant d'ailleurs souvent inconscient. Et les recherches sur les théories pragmatiques du droit soutenant ces travaux pragmatiques demeurent quasi-inexistantes. Pourtant, peut-être serait-il pertinent d'*ériger la distinction des théories dogmatiques et des théories pragmatiques en nouvelle summa divisio des théories du droit*.

Par ailleurs, il importe d'expliquer brièvement pourquoi une ou des « philosophie(s) pragmatiques du droit » ne sont pas évoquées ici. Comme la théorie du droit, la philosophie du droit chercherait à définir le droit. Mais, telle qu'on peut la concevoir¹, elle le ferait à des fins et dans des cadres abstraits qui ne paraissent pas pouvoir se concilier avec quelque intention pragmatiste². En effet, indissociable du

¹ Les sens des expressions « philosophie du droit » et « théorie du droit » sont ô combien mal fixés, à tel point que des professeurs comme Michel Troper peuvent préférer les considérer tels des synonymes (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015).

² B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 19 (« la théorie générale du droit, à partir des enseignements des sciences juridiques particulières, vise à donner une définition des concepts communs à des ordres juridiques différents, à les lier entre eux selon telle ou telle typologie et à bâtir un système, alors que la philosophie du droit se place au-dessus des droits positifs et recherche quelle doit être l'orientation du droit par rapport à telle ou telle échelle de valeurs ») ; A. JEAMMAUD, « Une typologie des activités

jusnaturalisme, elle serait subjective, idéaliste et spéculative, elle s'intéresserait à l'essence du droit, à ses permanences¹, à ses finalités en termes de justice ou d'épanouissement des libertés², autant d'objets qui n'existeraient pas aux yeux d'un pragmatiste³. « Philosophie » signifie étymologiquement

savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'homme et société* 1999, p. 10 (« parmi les activités à distance du droit positif, la philosophie du droit est une réflexion critique sur le concept même de droit, l'ontologie du droit, les rapports entre le droit et les valeurs (justice, sécurité etc.). Plus feutrées devraient être les oppositions dans la sphère d'une théorie du droit comprise comme activité d'analyse de la structure ou de l'outillage d'ordres juridiques concrets. Sa vocation est de produire une connaissance des normes juridiques en tant que telles et de leur variété » (cité par J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 185)).

¹ Pour Dewey, une philosophie se caractérise par sa « recherche de l'immuable et de l'ultime — ce qui est — indépendamment du temps et de l'espace » (J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie* (1920), Gallimard, 2014, p. 30).

² En ce sens, Michel Troper retient que « l'expression "théorie générale du droit" est apparue à la fin du XIX^e siècle, sous l'influence du positivisme et de l'empirisme et en réaction contre la philosophie du droit qui se pratiquait jusqu'alors. Les tenants de la théorie générale du droit critiquèrent la philosophie du droit classique pour son caractère purement spéculatif. Les questions classiques dont elle traitait : "Qu'est-ce que le droit ?" ou "Existe-t-il des critères du juste ?", leur paraissaient donner lieu à des considérations purement métaphysiques, alors qu'ils entendaient fonder une science. Tandis que la philosophie du droit portait sur un droit idéal, la théorie générale du droit ne voulait traiter que du droit tel qu'il est, le droit positif. Il existait donc des liens entre la philosophie du droit et les doctrines jusnaturalistes, d'une part, la théorie générale du droit et le positivisme juridique, d'autre part » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 9).

³ Par exemple, Michel Villey pouvait expliquer que « les problèmes philosophiques sont d'essence spéculative. Et ce sur quoi précisément spéculait la philosophie, c'est ce qui se trouve par excellence de stable dans la réalité : l'universel – la structure permanente des choses » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 30). Or le pragmatisme, tout au contraire, permet de mettre en exergue les dynamiques et non les permanences des choses. Quant à la description de la philosophie proposée par André Lalande, elle est tout à fait significative : « La philosophie est nettement distincte des sciences : celles-ci sont progressives, elles admettent des solutions certaines et universellement reconnues pour vraies ; elles s'accroissent par l'extension de leur domaine ; la philosophie, au contraire, est enfermée dans un cercle de problèmes, qui sous des formes diverses restent au fond toujours les mêmes, et qui ont pour caractère commun de ne pouvoir être soumis au contrôle de

« amour de la sagesse » ; la philosophie du droit, dont les visées seraient axiologiques et prescriptives, serait donc l'amour du droit sage, c'est-à-dire du droit juste, du droit bon, du droit droit¹. Il y aurait ainsi communauté de fins mais divergence de moyens entre philosophie et théorie du droit et le pragmatisme ne semble pouvoir constituer une fin ou un moyen que de la théorie du droit².

Par conséquent, s'il ne s'agit pas de nier que la philosophie du droit puisse être stimulante et même utile à bien des points de vue³, nulle philosophie pragmatique du droit ne

l'expérience ; son rôle consiste à les maintenir en discussion, et son progrès à en approfondir les termes ; elle n'est susceptible que d'opinions individuelles, et par là se rapproche de l'art » (V^o « Philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 775). Et d'ajouter que la philosophie est l'« étude de l'esprit en tant qu'il est caractérisé par des jugements de valeur » (*ibid.*, p. 776).

¹ En ce sens, on explique que « l'horizon et le pari de la philosophie du droit » résideraient dans la question suivante : « Les hommes peuvent-ils déterminer et établir, sous la conduite de la raison, les modalités d'une société juste qui permette et garantisse la coexistence pacifique de ses membres ? » (B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 1). Et ces auteurs d'ajouter qu'« essayer de "piloter" le changement de façon à lui donner une forme juridique plus ou moins conforme aux idéaux humanistes » serait l'ambition des philosophes du droit (*ibid.*, p. 125).

² La différence entre théorie et philosophie du droit serait donc qu'il s'agirait de deux formes incomparables de définition en même temps que de méthode de recherche de la définition : d'une part, la théorie du droit rechercherait la définition objective et raisonnable du droit, ce qui ne l'empêcherait pas de devoir retenir l'une ou l'autre option épistémologique, parmi lesquelles celle du pragmatisme ; d'autre part, la philosophie quêterait l'essence universelle et éternelle du phénomène juridique, en recourant largement à la spéculation et aux jugements de valeur, en misant sur la raison et non sur l'expérience.

³ Grand défenseur et grand promoteur de la philosophie du droit en France, Michel Villey écrivait : « La philosophie est un effort de connaissance. Dès l'origine, chez les Anciens, le contraire de la philosophie était le *negotium*, l'action, la pratique. Quitte à retourner la phrase de Marx : le rôle de la philosophie n'est pas de transformer le monde, mais de viser à le comprendre. Notre monde préfère la *praxis*, et l'on dirait qu'il faut aller jusque dans des pays sous-alimentés — aux Indes, au Tibet — pour trouver des gens soucieux d'autre chose que de gagner de l'argent et de la nourriture. La vie spéculative nous semble condamnée, antinaturelle, *primum vivere, deinde philosophari*,

sera envisagée en ces pages et l'expression « philosophie pragmatique » renverra toujours au courant de pensée venu des États-Unis et qu'on désigne communément sous ce nom.

Le pragmatisme

« Pragmatisme » vient du latin « *pragma* » signifiant « action ». On peut dès lors opposer le pragmatisme au dogmatisme (du latin « *dogma* » se traduisant par « croyance »). Le pragmatisme serait ainsi la qualité ou simplement la caractéristique de celui qui *s'oriente vers les actions et non vers les idées, vers les faits et non vers les pensées, vers le concret et non vers l'intellect*, et qui laisse de côté les intuitions et les spéculations, les réflexions et interprétations métaphysiques ou autrement stipulatives, ainsi que les arguments d'autorité.

Le pragmatisme en cause n'est pas celui qu'on retrouve dans le langage commun (synonyme d'opportunisme), notamment dans le champ politico-médiatique, mais celui qui renvoie à un *courant de pensée prenant pour critère de vérité le fait de fonctionner réellement, de réussir pratiquement*, et qu'on appelle classiquement « philosophie pragmatique »¹. Le

surtout actuellement dans le monde des intellectuels. Aujourd'hui, la philosophie est ce qui manque le plus. Nos intellectuels se contentent d'informations particulières, utiles aux besoins de la vie pratique, celles que leur procurent les sciences. Les sciences modernes sont les auxiliaires de la technique, tandis que la philosophie est essentiellement inutile. Sauf qu'elle nous oriente vers le bien, le vrai ou le juste. Il est forcé que la science du droit soit très répandue, et rare la philosophie. Cela n'empêche pas qu'elle soit nécessaire » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 21)

¹ Le pragmatisme a été fondé et promu à la fin du XIX^e s. et au début du XX^e s. essentiellement par trois auteurs : Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) et John Dewey (1859-1952). Toutefois, chacun a suivi sa propre voie, tandis que d'autres sont ensuite venues s'y ajouter, si bien qu'il faudrait certainement parler de « pragmatismes » (au pluriel : il y a le « pragmatisme » de Peirce, l'« empirisme radical » de James, l'« instrumentalisme » de Dewey, l'« humanisme » de Ferdinand Schiller etc.). Cela présente l'avantage de laisser une importante marge de manœuvre

pragmatisme est cependant peut-être davantage une attitude intellectuelle, un état d'esprit, une épistémologie, donc une *réflexion critique sur les moyens d'accéder à la connaissance*, qu'une philosophie véritable¹. Il s'agit principalement d'une méthode de clarification de la signification des mots-concepts difficiles en les rapportant aux effets pratiques qu'ils

intellectuelle à celui qui décide de suivre la voie intellectuelle du pragmatisme mais aussi l'inconvénient de placer celui qui se propose d'étudier ce pragmatisme face à un certain flou tant méthodologique que téléologique, les positions des uns et des autres étant parfois parfaitement inconciliables. Par suite, si les philosophes pragmatiques se sont penchés sur de multiples questions, de celle de la démocratie à celle du capitalisme en passant par celles de l'immigration ou du racisme, il ne s'agit ici que de s'intéresser à leurs réflexions épistémologiques et méthodologiques, d'une part, et juridiques — lorsqu'elles existent —, d'autre part. Après avoir exercé une influence majeure aux États-Unis au début du XX^e s., étant même le courant philosophique dominant avant la Seconde Guerre mondiale, puis avoir connu une longue éclipse, le pragmatisme est revenu progressivement au premier plan de la philosophie américaine à partir des années 1980, notamment grâce aux pensées des néo-pragmatistes Richard Rorty (1931-2007) et Hilary Putnam (1926-2016). En Europe continentale, le pragmatisme a été « découvert » — il était plus méconnu que rejeté — récemment ; et il est de plus en plus et de mieux en mieux connu, que ce soit dans le champ philosophique ou parmi certaines sciences humaines et sociales (au cours des années 1990 et 2000, les principales œuvres des philosophes pragmatiques américains ont été traduites, éditées et commentées en français ; et une revue *ad hoc* (*l'European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, revue semestrielle internationale de langue anglaise) est publiée depuis 2009 par la Cultural Society Pragma). Le pragmatisme a fait son entrée sur la scène intellectuelle française dans les années 1980 et a pris de l'importance en même temps que se sont développées la thématique de l'action et de l'acteur et les analyses dites « en contexte » ou « en situation ». Néanmoins, si la sociologie semble tout particulièrement conquise, la recherche juridique, au contraire, demeure pour l'instant en retrait, loin d'avoir pris à son tour le « tournant pragmatique ». La proximité entre la sociologie et le pragmatisme et l'éloignement du droit et du pragmatisme sont d'ailleurs assez aisés à expliquer eu égard aux objets traditionnels de l'une et de l'autre disciplines, si bien que les théories pragmatiques du droit semblent nécessairement impliquer un rapprochement du droit et de la sociologie et, plus largement, une ouverture véritable à l'interdisciplinarité.

¹ Ainsi Richard Rorty s'est-il demandé si « cette attitude ne conduit pas à une non-philosophie, au bout de laquelle se profilerait, à brève échéance, la mort de la philosophie » (cité par S. GILBERT, « Présentation », in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 20).

engendrent dans l'expérience sensible, importante surtout sous l'angle des moyens d'enquête et de production des connaissances.

Ce courant de pensée semble ainsi en mesure de s'exporter, plus ou moins heureusement sans doute, dans toutes les formes de science et notamment parmi les sciences du droit. Il pourrait être porteur de *réfléchir aux visages que pourrait prendre le pragmatisme juridique en s'inspirant des propositions des philosophes pragmatiques* relatives à la double question « quel est l'objet de la connaissance juridique et comment l'atteindre ? ». Les scientifiques du droit ont peut-être beaucoup à apprendre de la philosophie pragmatique de la connaissance, de la science et du savoir, dont la rationalité substitue au doute de type cartésien les questions concrètes du savant et qui fonde par là une *conception expérimentale de la signification*.

En particulier, peut-être la « maxime du pragmatisme » pourrait-elle s'appliquer avec profit au droit et à la recherche en droit¹. Selon cette maxime, il faut se borner à « considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet »². Ainsi, *une chose serait*

¹ C'est la voie suivie par le professeur Joël Moret-Bailly, dans un article paru en 2013 dans la revue *Droits* et intitulé « Esquisse de théorie pragmatiste du droit » (*Droits* 2013, n° 55, p. 177 s.). Le professeur y propose également d'étudier les normes en les rapprochant de l'idée selon laquelle les croyances ne seraient rien d'autre que des « habitudes d'action ». Ainsi fait-il des normes des « orientations d'habitudes d'action ». Surtout, il souligne combien une « théorie pragmatiste du droit » implique une extension du domaine de l'analyse juridique à d'autres formes de normativité que la normativité étatique (*ibid.*, p. 198).

² Peirce est souvent considéré comme le fondateur du pragmatisme, *a fortiori* dans sa dimension épistémologique — même s'il semble que le premier à avoir imprimé le mot ait été James, à l'occasion de son ouvrage *Philosophical Conceptions and Practical Results* paru en 1898. En janvier 1879, Peirce publia en français, dans la *Revue philosophique*, un article intitulé « Comment rendre nos idées claires ». Il y énonce ce qui est aujourd'hui reconnu comme la « maxime du pragmatisme ». Et on relève que l'emploi le plus ancien, en anglais, de « pragmatism » se trouverait en réalité chez Georges Eliot qui, dans *Middlemarch* (1872, L. VII, chap. 71), écrit : « Mrs Dollop avait souvent

ce qu'elle fait ou est susceptible de faire ; elle se réduirait à ses effets ou, du moins, ne se comprendrait qu'à travers ses effets. La « maxime du pragmatisme » implique de toujours procéder à des tests scientifiques dès lors qu'une hypothèse émerge. Et, si cette hypothèse ne peut être ni confirmée ni infirmée, qu'elle est donc une hypothèse métaphysique, mieux vaudrait la rejeter au profit d'hypothèses plus concrètes. En somme, les concepts qui découlent du pragmatisme doivent être faits pour la pratique ou pour l'action et doivent s'adapter aux évolutions de celles-ci.

Le pragmatisme est ainsi foncièrement *évolutionniste*, à tel point qu'on fait de Charles Darwin l'un de ses principaux inspirateurs. Et le pragmatisme est *pluraliste* : les choses à étudier se présentent sous des jours divers et les moyens de les étudier, pour aboutir à des résultats complets et pertinents, doivent être pluriels. Enfin, le pragmatisme entretient des liens étroits avec le rationalisme, l'utilitarisme ou encore le conséquentialisme.

Néanmoins, les scientifiques du droit sont logiquement peu avertis en matière de philosophie pragmatique et il faut gager que le pragmatisme juridique trace souvent son chemin indépendamment de la philosophie pragmatique. *Certains scientifiques du droit contemporains forgent un pragmatisme juridique qui suit son propre genre*. Il n'en demeure pas moins qu'il pourrait être intéressant de rechercher dans quelle mesure la philosophie pragmatique pourrait être exploitée afin de comprendre le droit. Toutefois, en cette première étude, seul le pragmatisme juridique déjà existant sera interrogé. Il reviendra à la seconde étude de ce livre d'envisager les rapports entre droit et pragmatisme sous un angle plus prospectif et de réfléchir à de nouveaux modes de compréhension du droit inspirés du pragmatisme. Pour l'heure, il convient donc de rechercher ce que sont les théories pragmatiques du droit et non

à résister au pragmatisme superficiel de clients disposés à penser que leurs renseignements sur le monde extérieur avaient la même valeur que ce qui était venu à l'esprit » (cité par R. BERTHELOT, « Observations sur pragmatique et pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1171).

ce que pourrait être une théorie du droit rénovée sur la base du pragmatisme.

La théorie du droit et le pragmatisme

Lorsque, durant quelques mois dans les années 1872 et 1873, Charles Sanders Peirce et William James se sont réunis à Cambridge au sein d'un « Club » ironiquement baptisé « métaphysique », dans lequel se trouvaient des scientifiques mais guère de philosophes et duquel allaient jaillir les thèses fondatrices du pragmatisme, ils y étaient accompagnés par trois juristes¹. De plus, le mot latin « *pragma* » désignerait au sens strict non toute action mais plus précisément l'action en justice². Il est dès lors tentant d'imaginer que le droit entretiendrait des affinités avec ce courant de pensée plus qu'avec tout autre et on en vient à retenir que le pragmatisme serait pour les juristes un « retour aux sources »³.

Toutefois, s'il n'est pas rare de trouver des références au « pragmatisme juridique » (« *legal pragmatism* » en anglais) et si les observateurs et commentateurs du droit recourent régulièrement à l'adjectif « pragmatique » afin de qualifier certaines réformes ou décisions de justice, on constate que l'expression « théorie pragmatique [ou pragmatiste] du droit » est quasiment inconnue tant dans la littérature francophone que dans la littérature anglophone (« *pragmatic [pragmatist] theory of law* »).

Les théories pragmatiques du droit sont le plus souvent cachées, ce qui rend leur étude délicate. Comme le

¹ Joseph Bangs Warner, Nicholas St John Green, professeur à la Harvard Law School, et, surtout, Oliver Wendel Holmes, futur juge à la Cour suprême des États-Unis passé à la postérité en tant qu'illustre théoricien du droit.

² C. LAVERGNE, Th. MONDÉMÉ, « Pragmatismes : vers une politique de l'action située », *Tracés* 2008, n° 15, p. 8.

³ J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 212. Et l'auteur d'observer combien « la culture juridique a eu une grande influence tant sur la formation que sur la formulation de la philosophie pragmatiste » (*ibid.*, p. 188).

pragmatisme, par principe, conduit à délaissier les questionnements théoriques réflexifs, les théories pragmatiques du droit n'ont, semble-t-il, jamais été explicitées bien qu'elles imprègnent substantiellement les travaux d'un nombre croissant de juristes. Par conséquent, là où la théorie normativiste, par exemple, s'appuie sur quelques ouvrages précisément identifiés¹, il n'existe guère de travaux de théoriciens du droit expressément consacrés à ces théories pragmatiques. Pour autant, il faut gager qu'elles sont une réalité et que, si elles sont pour beaucoup spontanées et implicites, leur influence se fait de plus en plus importante. Même lorsqu'un auteur ne précise en aucune page de ses ouvrages quelles sont les prémisses théoriques sur lesquelles il s'appuie, celles-ci existent nécessairement et on peut essayer de les identifier.

Quelques prémices de conceptions pragmatiques du droit ou, du moins, de réflexions sur le pragmatisme juridique peuvent cependant être trouvées dans les œuvres des illustres professeurs de droit de la première moitié du XX^e s. que furent François Gény et Léon Duguit². À l'ère contemporaine, le

¹ *Théorie pure du droit* d'Hans Kelsen ou *Le concept de droit* d'Herbert Hart, notamment.

² Durant l'automne 1923, Léon Duguit a assuré, en Espagne et au Portugal, un cycle de conférences au cours duquel il a en particulier cherché à interroger les doctrines juridiques de son époque sous l'angle du pragmatisme (le thème annoncé était « Exposition critique des divers concepts du droit et de l'État » et « Le pragmatisme juridique » n'était le titre que de la première conférence donnée à Madrid). Ces conférences ont récemment été traduites et publiées : L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, trad. S. Gilbert, La Mémoire du droit, 2008. Toutefois, dans son discours, Duguit se montre peu au fait de la philosophie pragmatique, ce que son hôte, le professeur Quintiliano Saldaña — qui, pour sa part, a davantage approfondi la question du pragmatisme juridique à l'occasion de divers travaux touchant au droit pénal —, lui a reproché en des termes assez forts : « Jamais on ne perçoit de maîtrise, de possession, de familiarité avec le pragmatisme et avec sa technique. Il [Duguit] a l'air d'un pragmatiste d'occasion, d'opportunité, par recours tactique » (Q. SALDAÑA, « Étude préliminaire – Le pragmatisme juridique de M. Duguit » [1924], in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 152). Et d'ajouter que Duguit a donné au pragmatisme « un contenu qu'il n'a pas » (*ibid.*, p. 125), qu'il s'est montré « prudemment approximatif à l'égard du pragmatisme juridique » (*ibid.*, p. 152). Il faut donc se montrer prudent à l'égard des réflexions sur le pragmatisme juridique de

professeur Joël Moret-Bailly a proposé, dans un article paru en 2013 dans la revue *Droits*, une « Esquisse de théorie pragmatiste du droit »¹. Mais on trouve davantage d'approches pouvant s'analyser telles des théories pragmatiques du droit du côté des penseurs du droit anglo-saxons², si bien qu'il pourrait être bienvenu de faire connaître dans la culture juridique francophone ces visions du droit et des sciences du droit anglo-saxonnes. Par ailleurs, les philosophes pragmatistes ont pu s'intéresser au droit³ — quoique rarement, aucun n'ayant travaillé sur le droit de façon systématique. Ils en sont ainsi venus, par exemple, à réfléchir à l'idée selon laquelle le droit ne serait pas une fin mais un moyen.

Ensuite, afin d'identifier les théories pragmatiques du droit, il convient de s'attacher en priorité aux études portant sur les *nouveaux objets normatifs* tels que, par exemple, les labels ou les standards. Il faut également se concentrer sur les travaux relatifs au *droit global*, sur les recherches dans des domaines

Léon Duguit. En revanche, l'approche du droit sociologique et expérimentale propre au « réalisme » du maître bordelais conduit peut-être à classer sa conception du droit parmi les théories pragmatiques.

¹ *Droits* 2013, n° 55, p. 177 s. Le professeur entend appliquer en théorie du droit la maxime de Peirce précédemment citée. Il souhaite également étudier les normes en les rapprochant de l'idée selon laquelle les croyances ne seraient rien d'autre que des « habitudes d'action ». Ainsi fait-il des normes des « orientations d'habitudes d'action ». Surtout, il souligne combien une « théorie pragmatiste du droit » implique une extension du domaine de l'analyse juridique à d'autres formes de normativité que la normativité étatique (*ibid.*, p. 198).

² Voir la bibliographie ci-dessous, notamment les publications de Brian Z. Tamanaha, professeur à l'Université de Washington, ou de Jules Coleman, ancien professeur à la Yale Law School.

³ Tel a déjà été le cas de Dewey qui, lors d'un congrès organisé en 1941 à l'Université Northwestern de Chicago, a interrogé la philosophie du droit américaine sous l'angle du pragmatisme (J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credo of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 73 s.). D'autres contributions de Dewey touchent spécifiquement au droit et des auteurs jugent qu'il serait porteur, spécialement pour la sociologie du droit, d'amorcer un programme de recherche sur la pensée juridique de Dewey (L. ISRAËL, J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 163).

particulièrement affectés par la mondialisation, comme la régulation de l'internet et du web, la lutte contre le réchauffement climatique, la responsabilité sociale des entreprises, le contentieux transnational des droits de l'homme, la régulation comptable et financière, les standards techniques etc. Et il faut se tourner en direction de la sociologie juridique, de l'analyse économique du droit ou encore du réalisme juridique.

Enfin, il faut tout spécialement rechercher le pragmatisme juridique du côté de l'*École de Bruxelles*. En effet, là où les facultés de droit françaises, par exemple, ne s'ouvrent que lentement au droit extra-étatique, un « réflexe conditionné par la culture positiviste classique »¹ conduisant à imaginer que l'État souverain jouirait d'un « droit au droit », une conception pragmatique du droit est portée depuis près d'un siècle par les chercheurs de l'École de Bruxelles. Ils ont toujours professé une *approche dynamique et ouverte du droit* et plus particulièrement des sources du droit, dont ils ont depuis déjà longtemps mis en lumière la diversification et la privatisation et qu'ils préfèrent envisager sous l'angle des sources réelles que sous l'angle des sources officielles². De plus, les scientifiques de l'École de Bruxelles se consacrent tout spécialement à l'étude du *droit en action ou en contexte* ; ils considèrent que la norme prend vie et sens à l'occasion de ses applications et des effets qu'elle produit.

L'intention de la présente étude est donc de présenter les nouvelles habitudes de recherche, les nouveaux positionnements épistémologiques, les nouveaux outils théoriques apparentés au pragmatisme juridique et que les

¹ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 15.

² Par exemple, B. FRYDMAN, A. VAN WAEYENBERGE, dir., *Gouverner par les standards et les indicateurs – De Hume aux rankings*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2014. La 4^e de couverture indique : « Les normes techniques (les standards) et les dispositifs de gestion, d'évaluation et de classement (les indicateurs) n'ont pas reçu jusqu'à présent toute l'attention qu'ils méritent alors qu'ils contribuent pourtant pour beaucoup à la régulation des sociétés contemporaines ».

objets normatifs et institutionnels originaux qui émergent au XXI^e s. rendraient de plus en plus indispensables. La société mondiale est certainement marquée par la « pannomie » plus que par l'« anomie »¹ ; des normes surgissent de toutes parts et il paraît nécessaire de *donner aux juristes les moyens de rendre compte de ces phénomènes normatifs inédits*. Alors qu'on en vient parfois à craindre une fossilisation des usages risquant de couper dangereusement le droit scientifique du droit pratique, le droit des facultés du droit des cabinets, de plus en plus de travaux abordent ces phénomènes normatifs inédits et, par conséquent, s'émancipent de théories du droit modernes par trop dogmatiques, imposant aux chercheurs d'incommodes « œillères conceptuelles ».

Puisqu'une théorie, suivant le sens spécifique ici retenu, assigne un objet d'étude et prescrit une méthode d'étude de cet objet à une science, il convient d'interroger successivement les *objets d'étude* que les théories pragmatiques assignent aux scientifiques du droit (*première partie*), puis les *moyens d'étude* qu'elles leur prescrivent (*seconde partie*).

¹ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17.

Première partie

Les objets d'étude assignés par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit

On explique souvent qu'il ne serait pas utile de savoir ce qu'est le droit, de disposer d'une définition du droit pour « faire du droit », que le juriste serait comme le biologiste qui ne sait pas ce qu'est la vie mais que cette méconnaissance n'empêche pas d'avancer et de réaliser chaque jour de nouvelles découvertes. Pourtant, il faut croire que, si le biologiste étudie, par exemple, des animaux plutôt que des pierres, c'est parce qu'une conception de ce qu'est la vie l'anime et lui indique où chercher¹. De même, si le scientifique du droit s'intéresse à certains objets, notamment normatifs et institutionnels, plutôt qu'à d'autres, cela implique que ses activités soient mues par une quelconque définition du droit. Et cette définition lui est fournie par une théorie du droit², laquelle peut être très élaborée

¹ Comme le disait Merleau-Ponty, « nous avons besoin de savoir ce que nous cherchons, sans quoi nous ne le chercherions pas » (M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, p. 36).

² Il faudrait donc suivre Michel Troper lorsqu'il enseigne que, « puisque la science du droit doit décrire son objet, qui est le droit, il importe de commencer par le définir. [...] On ne peut se passer d'une définition de l'objet droit, [...] et cette définition ne peut être fournie par la science du droit, mais seulement par la métascience – autrement dit, par la théorie du droit. [...] Le droit n'est pas donné, mais construit par la théorie qui en traite » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 43, 45-46 et 123). De même, Michel Villey pouvait expliquer que « nulle réponse rigoureuse ne serait possible à la question qu'est-ce qui est de droit (*quid juris* ?) si l'on ne disposait de quelque idée de ce qu'est le droit (*quid jus* ?).

comme très primaire, à tel point qu'elle peut en devenir occulte. Mais on ne saurait dans tous les cas se passer d'une définition de l'objet-droit ; et cette définition ne pourrait pas être fournie par la science du droit mais seulement par la méta-science — c'est-à-dire par la théorie du droit. Le droit n'est pas donné ; il est construit par sa théorie, y compris le droit du juspragmatiste.

Il convient à présent de rechercher les objets que les scientifiques du droit pragmatistes étudient et de discerner les soubassements théoriques sur lesquels ils reposent, donc de préciser le contenu des définitions pragmatiques du droit (*chapitre 2*), cela après avoir déterminé les enjeux qui s'attachent au fait de retenir de telles définitions plutôt que d'autres plus dogmatiques (*chapitre 1*). Si certaines théories bien connues peuvent sans doute s'analyser telles des théories pragmatiques du droit, à l'instar des théories dites « réalistes », ces théories pragmatiques sont aussi et peut-être surtout des théories qui soutiennent les travaux d'un nombre croissant de juristes mais qui ne sont guère explicitées, qui sont sous-jacentes à leurs études mais dont ils n'expliquent guère les prémisses ni les conséquences. Le pragmatisme présente ceci de particulier qu'il incite à laisser de côté les développements théoriques et épistémologiques préliminaires et à se consacrer directement à l'examen des faits. À l'heure actuelle, de plus en plus de chercheurs en droit, d'une part, se concentrent sur les normes et institutions « qui marchent », qui sont efficaces, et, d'autre part, ne s'interdisent *a priori* aucun objet d'étude *en ne posant pas la question de la définition du droit ni donc celle des limites de l'objet d'étude du juriste*. Peut-être est-ce avant tout dans les travaux de ces chercheurs, parmi lesquels nombre de sociologues et anthropologues du droit, qu'il convient de quêter le pragmatisme juridique.

Toute science du droit suppose admise une certaine conception du droit, de son objet et de ses sources ; et chaque science du droit ne vaudra que pour autant que valent ses principes » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 13).

Chapitre 1. Les enjeux des définitions pragmatiques du droit

Si une étude pragmatique s'intéresse à ce que font les choses et non à ce que sont les choses, le pragmatisme juridique semble devoir être le parfait contraire de la théorie juridique. Il est dès lors peu étonnant que les réflexions sur les théories pragmatiques du droit soient excessivement rares. Toutefois, puisqu'il est impossible de rechercher ce que font des choses sans savoir au préalable ce que sont ces choses, toute étude pragmatique ne saurait se passer d'une théorie pragmatique lui indiquant la marche à suivre. Y compris d'un point de vue pragmatique, il semble indispensable de définir le droit pour pouvoir l'étudier¹.

¹ Sur ce point, les explications de Michel Troper paraissent ô combien éclairantes : « Pourquoi faudrait-il définir le droit ? La recherche d'une définition relève, comme c'est le cas pour d'autres phénomènes, d'une spéculation sur la nature ou l'essence du droit. Mais elle est aussi indispensable au travail même des juristes. On a souvent remarqué que les physiciens ne s'attardent pas à définir la physique ni les chimistes la chimie, tandis que les juristes ne peuvent se passer d'une définition du droit. Cela tient avant tout à ce que l'on ne peut pas appliquer une règle avant de l'avoir identifiée comme règle de droit. Quelle est la différence entre l'ordre du voleur et celui du percepteur ? Tous deux nous ordonnent de leur remettre de l'argent et, dans les deux cas, un refus nous expose à des conséquences désagréables. Nous disons pourtant que nous sommes obligés et contraints d'obéir au voleur, tandis que nous avons l'obligation d'obéir au commandement du percepteur. Autrement dit, nous identifions l'obligation d'obéir au percepteur comme juridique, conformément à une définition du droit. Cette définition n'a rien de philosophique. C'est le droit lui-même qui détermine les critères de ce qui est juridique et de ce qui, comme le commandement du voleur, n'est qu'une violation du droit. Il suffit donc, pour la plupart de nos besoins pratiques, de connaître ces critères, contenus dans des règles. Cependant, une telle connaissance ne nous informe en rien sur la nature du droit. Nous ne savons ni pourquoi ces critères ont été adoptés, ni si ces règles sont réellement obligatoires et, si elles le sont, pourquoi elles le

Les théories pragmatiques définiraient le droit principalement à travers le critère de l'effectivité : seraient juridiques et donc dignes d'être analysées par les scientifiques du droit *les normes et institutions qui produisent concrètement des effets de régulation*¹, quelles que soient leurs origines et leur éventuelle validité². Ces théories pragmatiques du droit s'avèrent tout spécialement bienvenues dans le contexte du début du XXI^e s., alors que les normes et institutions qui encadrent effectivement nombre d'activités, notamment économiques mais aussi sociales ou encore culturelles, sont de moins en moins des normes et institutions étatiques et de plus en plus de nouveaux types de normes et institutions extra-juridiques à l'aune des canons modernes.

L'observation du monde des normes et des institutions contemporaines amène à constater combien l'État se trouve mis en cause en raison de sa pesanteur et de l'efficacité précaire de ses interventions ; la globalisation des activités et des échanges érode sa souveraineté en même temps que son pouvoir d'influence. Dans le même temps, se développent des

son : est-ce parce qu'elles sont justes, parce qu'elles émanent du pouvoir politique, ou parce qu'elles sont assorties de sanctions en cas d'infraction ? Comment savoir si les règles qui définissent ce qui est juridique sont bien elles-mêmes juridiques, si elles sont du droit ou autre chose ? Cette question n'est pas elle-même juridique, mais philosophique. Le juriste ne détient en effet par profession aucun élément de réponse » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 3-4).

¹ Ainsi, « pour le chercheur pragmatique, l'intérêt d'un objet, d'une norme, d'un dispositif se mesure moins à la qualité de son "*pedigree*" qu'à l'importance des effets de régulation qu'il produit » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17) ; « certains objets, non juridiques dans une approche classique du droit, qui identifie la règle de droit en fonction de son origine, deviennent justiciables d'une analyse juridique dès lors qu'ils produisent des habitudes d'action » (J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 198).

² Un sort particulier doit être réservé aux théories réalistes, lesquelles définissent le droit à travers ses effets juridictionnels, à travers les pratiques interprétatrices et créatrices des tribunaux. Elles conduisent ainsi les scientifiques du droit qui les prennent pour cadre à se concentrer sur les activités des juges et sur les résultats de ces activités.

puissances privées s'exprimant notamment au moyen de normes. Il paraît indispensable que le juriste s'autorise à traiter de ces puissances et normes privées, sans quoi les facultés de droit risqueraient de se trouver dangereusement décamponnées du *droit vivant*. Le pragmatisme juridique interdit d'imaginer que l'empire du droit pourrait aujourd'hui se résumer aux ordres juridiques étatiques et interétatiques.

En pratique, de plus en plus d'acteurs formulent des revendications et prennent des initiatives en matière de demande et d'offre de normes. Notamment, les « *global players* » produisent et/ou se soumettent à de nouveaux genres de normes, cela afin de standardiser les caractéristiques des produits et des services, assurer leur interopérabilité et donc favoriser la division du travail et la globalisation de la production et des échanges, afin de rassurer les clients, garantir les opérations et donc réduire l'incertitude et les risques, ou encore afin de diffuser et faire prévaloir certaines valeurs, certains modes de comportement. Ainsi diverses entreprises de production de normes voient-elles le jour, certaines relevant du bricolage et de l'improvisation, d'autres s'adossant à une ingénierie normative fort sophistiquée.

Or, lorsque la théorie prescrit de ne voir de droit que dans la loi et la jurisprudence, il est interdit aux scientifiques du droit de prendre en compte ces formes émergentes de normes et d'institutions, celles-ci relevant du *non-droit*. En revanche, si la théorie permet de voir dans tout objet normatif et dans tout objet institutionnel un objet juridique, ce que font au moins certaines des théories qu'il est ici proposé d'appeler « théories pragmatiques », alors la science du droit est en mesure d'*adapter son champ de recherche en fonction des nouveaux modes de régulation qui apparaissent* dans un monde où la souveraineté politique des États est de plus en plus concurrencée par d'autres formes de souveraineté (économique, technologique, culturelle etc.) qui justifieraient que le droit soit créé dans l'État mais aussi ailleurs que dans l'État. Il paraît de plus en plus difficile d'écarter de son analyse une part des *normes respectées et appliquées* au motif qu'elles ne seraient pas juridiques car guère valides dans un certain ordre juridique.

Les théories dites « panjuridiques » permettent au scientifique du droit de s'intéresser aux phénomènes de « guerre des normes »¹, de concurrence des normativités, de plurinormativité, d'internormativité, aux normes qui émergent de la pratique, à tous ces nouveaux objets normatifs que sont les codes privés, les chartes, les usages, les conditions générales d'utilisation, les contrats-types, les normes comptables, les normes managériales, les normes techniques, mais aussi les modes alternatifs de résolution des conflits, les labels, les standards, les protocoles, les meilleures pratiques, les statistiques, les sondages, les indicateurs de performance, les rankings, les algorithmes, les lois économiques des marchés, les *nudges*² etc. Le juriste qui se bornerait à n'étudier que les seules lois et jurisprudences passerait peut-être à côté des éléments les plus remarquables du droit contemporain.

Le droit positif postmoderne appellerait un droit scientifique postmoderne qui lui-même appellerait un droit théorique postmoderne empreint de pragmatisme. Ce dernier devrait *élargir l'horizon du juriste afin de lui permettre d'appréhender le champ des normativités dans son ensemble*, sans quoi son office risquerait de se voir menacé par d'autres spécialistes de la régulation, notamment en provenance des milieux économiques et du management. Si Kelsen ou Hart se sont évertués à précisément séparer, à l'intérieur des normes sociales, le droit et le non-droit, le droit n'étant qu'une forme parmi d'autres de régulation sociale présentant certaines caractéristiques rigoureusement déterminées, cette séparation ne paraît plus tenable et le pragmatisme invite, à travers le panjuridisme, à *fondre le non-droit d'hier dans le droit d'aujourd'hui*³. Les formes alternatives de normativité qui

¹ Par exemple dans le domaine des formats de vidéo (VHS contre Betamax ou, plus récemment, Blue Ray contre HD DVD). Or ce thème des « *standards wars* » demeure très peu étudié par les juristes.

² Les *nudges*, qu'on peut traduire par « coups de pouce », sont des incitations comportementales qui persuadent inconsciemment d'agir dans un certain sens plutôt que dans un autre.

³ En ce sens, les théoriciens du droit actuels peuvent en venir à considérer qu'« il nous faudra peut-être repenser à nouveaux frais la norme juridique,

complètent ou concurrencent la normativité étatique ne sauraient échapper aux juristes ; et elles n'échapperaient pas aux juristes pragmatistes.

Mais ces derniers n'envisagent pas un droit homogène aux contours précisément déterminés. *Le droit des juspragmatistes se conjugue au pluriel*. Il convient à présent de détailler les différentes conceptions pragmatiques du droit qui empreignent la recherche juridique contemporaine.

voire le droit lui-même, et probablement nous résoudre à inventer une nouvelle logique des normes » (J.-Y. CHÉROT, « Concept de droit et globalisation », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 15).

Chapitre 2. Le contenu des définitions pragmatiques du droit

De nouvelles définitions pragmatiques du droit pourraient être proposées au départ d'une application au droit de la philosophie pragmatique. Par exemple, dès lors que le pragmatisme se ramène à l'affirmation selon laquelle « la vie est supérieure à la pensée dont elle est la fin ou même la règle »¹, on pourrait en venir à considérer que la vie du droit serait supérieure à la pensée du droit dont elle serait la fin ou même la règle. Et John Dewey pourrait être suivi lorsqu'il revendique que « nous pouvons, en considérant le droit comme fait, apprécier ce qu'il est seulement en indiquant comment il opère, et quels sont ses effets dans et sur les activités humaines en cours »². Des définitions du droit focalisées sur le droit effectif et pratiqué devraient être tirées de ces propositions. Néanmoins, en ces lignes, seules les conceptions pragmatiques du droit préexistantes dans la pensée juridique seront envisagées. Ce sera l'objet de la seconde étude à venir que de proposer au droit de nouvelles voies à suivre au départ de la philosophie pragmatique.

Ensuite, si les définitions du droit sont si nombreuses et si variées, y compris dans le seul cadre du pragmatisme juridique, cela s'explique par le fait qu'il n'existe, dans le monde empirique, guère de réalité directement observable à laquelle il serait permis d'accoler le mot « droit ». Il s'y trouve uniquement des comportements humains et des objets que l'on peut comprendre tantôt d'un point de vue juridique, tantôt d'autres points de vue. Le droit ne serait ainsi pas la chose la

¹ G. CANTECOR, « Le pragmatisme », *L'année psychologique* 1907, p. 355.

² J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 77.

plus aisée à saisir sous l'angle pragmatiste. Il faut cependant gager que des théories pragmatiques du droit existent bel et bien.

Ces théories pourraient être regroupées en cinq grandes familles : le panjuridisme (*section 1*), le réalisme (*section 2*), le sociologisme (*section 3*), l'économisme (*section 4*) et le syncrétisme (*section 5*). Telles seraient les cinq branches du juspragmatisme, chacune adoptant une vision spécifique de l'objet-droit.

Section 1. L'approche panjuridique

Font partie des théories panjuridiques certaines conceptions du droit de juristes — par exemple celles qui sont qualifiées de « pluralisme juridique radical » —, mais aussi les approches du droit de beaucoup de sociologues et anthropologues du droit, dont les objets d'étude les ont généralement conduits à ne pas adhérer aux théories du droit étatiques et formalistes¹. Les chercheurs en droit pragmatistes sont souvent des chercheurs qui ne se soucient guère de connaître *a priori* les bornes et le cadre de leur objet d'étude et qui y intègrent toute donnée à la seule condition qu'elle leur semble utile, sans procéder à aucune vérification de sa juridicité. Ils se concentrent simplement sur le droit efficace, sans autre forme de procès². Le panjuridisme est ainsi souvent spontané et implicite. Par conséquent, les théories sur lesquelles il repose sont inconscientes et de ce fait fragiles.

¹ Pour ne prendre qu'un exemple, l'œuvre de Georges Gurvitch semble s'inscrire pleinement dans le panjuridisme et reposer sur une théorie pragmatique du droit (notamment, G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935).

² Ainsi Quintiliano Saldaña, qui fut peut-être le premier véritable penseur du pragmatisme juridique, pouvait-il écrire que « le pragmatisme juridique est une théorie du droit efficace » (Q. SALDAÑA, « Étude préliminaire – Le pragmatisme juridique de M. Duguit » [1924], in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, trad. S. Gilbert, La Mémoire du droit, 2008, p. 129).

Les théories panjuridiques peuvent retenir la définition du droit suivante : *le droit est ce que les juristes étudient*. Ainsi autorisent-elles les scientifiques du droit à observer tout objet normatif ou institutionnel. Aux yeux de la plupart des théories du droit, un « *patchwork* normatif » n'implique pas nécessairement quelque « *patchwork* juridique » car encore faut-il que les normes en cause soient juridiques. Avec ces théories panjuridiques, il n'est pas nécessaire au scientifique du droit de poser la question de la juridicité des normes pour savoir s'il peut les intégrer ou non dans son objet d'étude puisque le seul fait de les étudier suffira à les considérer comme juridiques. Cela implique un renversement radical de perspective : *ce n'est plus de la définition du droit que dépend l'objet d'étude concret du juriste mais de l'objet d'étude concret du juriste que dépend la définition du droit*.

Peut-être le besoin de définir — et ainsi circonscrire et borner — l'objet d'étude avant de l'étudier fait-il peu de doute. Comme le soulignent des auteurs, les tenants et les aboutissants d'une recherche sur le droit dépendent forcément de la définition du droit retenue¹. « On ne peut avoir une idée exacte des divers membres de l'homme ou rouages de la machine si l'on ne sait d'avance ce qu'est l'homme ou ce qu'est la machine »², disait Santi Romano. Aussi semble-t-il difficile de vouloir observer loin de toute considération théorique la réalité juridique, quelle qu'elle soit. Il appartient justement à la théorie de tracer les frontières du droit.

Dès lors, étudier la réalité juridique indépendamment de tout préjugé théorique apparaît impossible ou, du moins, très aventureux. Ce n'est, en effet, qu'en vertu de préjugés théoriques relatifs à l'ontologie du droit que l'on peut savoir où rechercher cette réalité juridique et où ne pas la rechercher. Autrement dit, il n'existerait pas de réalité juridique sans

¹ H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 168.

² S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 7.

préjugé théorique permettant de la cerner¹. Que « la réalité du droit mérite davantage de respect que la théorie du droit »² serait dès lors discutable puisqu'il ne saurait y avoir de réalité du droit loin de toute théorie du droit sous-jacente, loin de toute conception — éventuellement implicite ou même inconsciente — de ce qu'est et de ce que n'est pas le droit. Ensuite, il existerait des préjugés théoriques pragmatiques et des préjugés théoriques dogmatiques.

Or nombreux sont ceux, parmi les tenants du panjuridisme, qui évacuent sans autre forme de procès le problème de la juridicité, le problème des spécificités du droit parmi les différents modes de régulation sociale, qui en viennent à considérer que la question de la définition du droit serait vaine, inutile. Le caractère strictement juridique des travaux en cause se trouve peut-être compromis³ ; car il n'est, semble-t-il, pas inconsidéré de convenir que la plupart des normes ne seraient pas juridiques⁴ et qu'il serait par conséquent déterminant de savoir séparer droit et non-droit. Certes, le droit est une « notion à l'imprécision accueillante »⁵. Le danger est que, en venant à admettre toutes les normativités sous la bannière de la juridicité, l'imprécision du droit risque de servir la dissolution du droit et, finalement, la disparition du droit, le

¹ Puisqu'il appartient à la théorie du droit de déterminer et circonscrire le champ juridique, ce dernier peut difficilement s'émanciper et s'écarter de cette première. Le droit serait ce que les théoriciens du droit dominants en font ; le reste ne serait que normativités et institutions extra-juridiques.

² M. VIRALLY, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », in *Recueil de travaux publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969*, Librairie de l'Université Georg & Cie (Genève), 1969, p. 201 (cité par C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599).

³ En ce sens, on écrit que les auteurs en cause connaissent des « difficultés à préserver la juridicité de leur objet d'étude » (H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 167).

⁴ Par exemple, P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, coll. Vocation philosophe, 2006, p. 1 s.

⁵ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 441.

concept de droit ne désignant plus rien de particulier. La question du sens du nom « droit » et de son adjectif « juridique » serait donc bien la plus épineuse de toutes celles qui se posent aux penseurs et aux commentateurs du droit, y compris lorsqu'ils s'attachent au pragmatisme juridique¹.

Toujours est-il que le scientifique du droit pragmatiste est peut-être en premier lieu celui qui ne s'interdit *ab initio* aucun objet d'étude, qui ne refuse *a priori* à aucune norme ou institution d'intégrer cet objet d'étude et qui détermine l'étendue de son terrain de recherche avant tout en fonction du *critère de l'effectivité*. Par exemple, les tenants du « pluralisme juridique radical », comme les sociologues et anthropologues du droit, voient en toute norme sociale une norme juridique et en toute institution sociale une institution juridique, sans rechercher de quelconques éléments significatifs permettant de séparer le social juridique du social non juridique, ce dernier n'existant tout simplement pas². Tous estiment que les

¹ Pour ne prendre que deux exemples, Carré de Malberg soutenait que seul l'État serait investi de la puissance spécifique que serait la souveraineté et, partant, de la capacité de créer et d'appliquer le droit qui en découlerait (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, 1920), tandis que Kelsen concevait qu'État et droit seraient une seule et même chose désignée par deux noms différents (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962). Aux yeux de chacun de ces illustres professeurs, il n'y aurait d'ordres juridiques qu'étatiques et interétatiques. Le critère de la qualité juridique serait la qualité étatique. Ce faisant, les nouveaux foyers de normativité qui apparaissent devraient être écartés de l'étude *ab initio* sans égard aucun pour les « faits normatifs ».

² On fait remonter les prémices du pluralisme juridique radical à quelques écrits des années 1980, proches du mouvement *Critical Legal Studies* alors en plein essor sur le continent américain. Un auteur, en particulier, a souhaité développer un « pluralisme juridique critique » sensé dépasser les théories classiques du pluralisme juridique des juristes jugées « trop fermées » et encore trop « étato-centrées » (R. A. MACDONALD, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », in R. JANDA, A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, G. ROCHER, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant-Thémis (Bruxelles-Montréal), 1998, p. 9 s.; également, M.-M. KLEINHANS, R. A. MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism », *Revue canadienne*

« réseaux mafieux ou ecclésiastiques, jésuites ou trotskystes, des syndicats ou de la Résistance, sportifs ou intellectuels, de charité ou de profit, lignagers ou consensuels, secrets ou publics, sont autant d'exemples de ces "sociétés" [...] qui sont susceptibles de générer du droit »¹.

Logiquement, il ne serait pas contradictoire de dire que les normes sociales prennent une certaine forme et que les normes juridiques en prennent une autre, mais, au sens des théories panjuridiques, un tel propos serait antinomique puisque normes sociales et juridiques ne pourraient que présenter le même visage. Or, les normes sociales ne pouvant assurément se

droit et société 1997, n° 12, p. 25 s.). Le pluralisme juridique radical considère que le pluralisme en cause est celui des ordres juridiques ; mais, contrairement aux propositions classiques, ses défenseurs ne retiennent pas de définition de l'ordre juridique et utilisent alternativement et sans distinction « ordre juridique » et « ordre normatif », là où la théorie ordinaire du pluralisme juridique fait de l'ordre juridique une espèce d'ordres normatifs répondant à certains critères spécifiques consacrant le particularisme du droit au sein du monde social. Ainsi un professeur écrit-il, dans sa thèse de doctorat intitulée *Pour un pluralisme juridique radical*, qu'il y a un ordre juridique dans « toute forme de regroupement humain » (S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 22) et que le pluralisme juridique est « la situation où coexistent plusieurs systèmes juridiques dans un même milieu. En d'autres termes, le pluralisme juridique vise la coexistence de plusieurs ordres normatifs au sein d'une même unité d'espace et de temps » (*ibid.*). Pour les partisans du pluralisme juridique radical, la pluralité des ordres normatifs est signe de pluralisme juridique ; pour les adeptes de la théorie classique, cela ne peut être que le signe d'un pluralisme normatif ne disant rien de la réalité ou irréalité du pluralisme juridique. Et de préciser : « Nous désignerons par l'expression "système juridique" tout ensemble de normes qui s'articulent sur les fondements d'une même source, d'une même logique ou d'un certain critère unificateur. [...] Cette définition implique que tout ensemble de normes émanant d'une même communauté constitue un système juridique. C'est pourquoi nous considérons comme synonymes les expressions ordre normatif et système juridique. L'un comme l'autre désignent un ensemble de normes qui s'imbriquent, de façon plus ou moins étroite, dans un système » (*ibid.*, p. 23). La confusion entre les notions de « norme » et de « norme juridique » est totalement et explicitement assumée, si ce n'est revendiquée.

¹ J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002, n° 49, p. 20.

réduire aux normes étatiques, les thèses selon lesquelles l'État aurait le monopole du droit seraient profondément infondées et les tenants du panjuridisme n'hésitent pas à exprimer sans détours leur volonté de les « combattre ». Leur intention est de « remett[re] en question le positivisme pour valoriser des normativités plus matérielles, fondées en grande partie sur un savoir social »¹ et de « revaloris[er] des véhicules normatifs occultés, souvent animés par des logiques matérielles, qui s'inscrivent dans une plus grande proximité avec la réalité des relations sociales »², mais cette intention n'est jamais accompagnée de celle de rechercher si lesdits « véhicules normatifs », « normativités » et « savoir social » sont aussi des « véhicules juridiques », « normativités juridiques » et « savoirs juridiques » ou s'ils sont des données non juridiques par définition exclues de l'objet d'étude des juristes. En cela, ce panjuridisme pourrait être qualifié de « *panjuridisme brut* ».

La critique qu'on pourrait donc exprimer à l'endroit de cette forme de pensée juridique (ou « juridique » entre guillemets) est qu'elle peinerait à convenablement décrire l'objet-droit car elle effacerait sa complexité ontologique pour succomber à un simpliste rapport « social = juridique ». Les juristes en viennent ainsi à dénoncer des conceptions qui ne feraient que « pulvériser la notion de droit »³. Tel serait par exemple le cas lorsqu'est affirmé, sans autre forme de procès, que la « normativité de tous les jours » est du droit⁴ ou, plus clairement encore, que « toute normativité constitue du droit. [...] Toutes les manifestations normatives doivent par conséquent être considérées comme pertinentes pour le

¹ S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 208.

² *Ibid.*, p. 354.

³ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 79.

⁴ S. MACAULAY, « Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports », *Law and Society Review* 1987, n° 21, p. 185 s.

juriste »¹. Il semble que, même si le droit et l'État sont pleinement des constructions sociales, les uns soient inclus dans l'autre, ce qui interdirait la réciproque : tout ce qui est juridique ou étatique serait par définition social, mais cela n'impliquerait pas la possibilité de renverser le raisonnement. Dire que « toute norme est une norme juridique », ce serait comme dire que « tout fruit est une pomme », car les juristes, utilisateurs du langage *jus*-scientifique, voient dans les normes de droit une catégorie particulière au sein de l'ensemble des normes, comme les botanistes, utilisateurs eux-aussi d'un langage scientifique, considèrent que « pommes » est un terme désignant une catégorie de l'ensemble des « fruits », notion plus générique².

La méthode des tenants du « panjuridisme brut » pêcherait en ce qu'elle ne suivrait pas la consigne de Durkheim : une science devrait, avant toute chose, « indiquer à quels signes extérieurs il est possible de reconnaître les faits dont elle doit traiter, afin que le savant sache les apercevoir là où ils sont et ne les confonde pas avec d'autres »³. Avec ce panjuridisme, on n'indique pas, si ce n'est vaguement, les signes extérieurs permettant de reconnaître les règles de droit dont on doit traiter.

Gérard Cornu relevait que certaines expressions initialement propres à la procédure judiciaire sont devenues des locutions familières si banales que beaucoup ne font plus le lien avec leur origine (« s'inscrire en faux », « à tour de rôle », « mettre en cause », « sur le champ », « en tout état de cause » ou « sur la sellette »)⁴. Le drame, pour la science juridique,

¹ S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. VIII.

² Il faut dire que les partisans du « pluralisme juridique radical » se proposent ni plus ni moins que de « présent[er] le portrait d'une irrévérence et même d'une impertinence soutenue envers les canons de la théorie juridique classique. [Ils] pren[nent] plaisir à déboulonner ses principes structurants que sont l'ordre, la cohérence, l'objectivité et la certitude » (*ibid.*, p. 1).

³ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XX.

⁴ G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 954.

serait que « droit » et son adjectif « juridique » rejoignent la liste des termes déjuridicisés. Si le juriste est un scientifique qui utilise un langage scientifique, donc rigoureux et précis, cela implique, normalement, qu'il ne se réfère qu'à des « normes juridiques » et qu'il reconnaisse celles-ci au départ de critères stables et sagement retenus, spécialement afin de ne pas les confondre avec les normes sociales non juridiques ou, pire encore, avec les normes non sociales.

La prégnance du positivisme juridique moderne — et donc de l'étatisme juridique — dans la pensée juridique collective demeurant grande, il n'est guère surprenant qu'on en vienne à considérer que le pragmatisme obligerait le juriste à se « déculturer disciplinairement »¹. Toutefois, les théories selon lesquelles il se trouverait du droit hors de l'État, selon lesquelles l'étaticité ne permettrait pas seulement ou même pas du tout d'identifier la juridicité, s'avèrent désormais aussi nombreuses que diverses. Elles gagnent continuellement en « force doctrinale » — *i.e.* en popularité — et de plus en plus nombreux sont ceux qui regrettent que « le positivisme juridique constitue, depuis l'âge moderne, un obstacle à la connaissance vraie du droit »². On entend, aujourd'hui, « reconnaître une valeur juridique à des normes qui, depuis quelque temps déjà, régissent en coulisse et invisiblement des situations de plus en plus nombreuses »³. Pareille reconnaissance consiste inéluctablement — bien que peut-être inconsciemment — en un acte théorique audacieux : la révision du concept moderne de droit. Et ce n'est que dans un second temps qu'elle peut prendre la forme d'un acte empirique, soit la recherche et l'identification concrètes de ce qui, grâce à la

¹ S. BELLINA, « L'analyse plurale du droit : enjeux épistémologiques et responsabilité du jeune chercheur », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 26.

² H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 135.

³ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 203.

réformation de la notion de droit opérée, passe de l'empire du non-droit à l'empire du droit.

Après les panjuridistes, une autre branche importante dans la grande famille du juspragmatisme est constituée par les réalistes.

Section 2. L'approche réaliste du droit

Si le réalisme est la qualité de celui qui tient compte, dans son action et dans sa pensée, de la réalité, il devrait aller de soi que tout juriste serait un réaliste et, par suite, un pragmatiste. Mais le réalisme n'est pas ici considéré telle une qualité des juristes pris individuellement ; il désigne une école particulière et ce ne sont que certains des juspositivistes et des juspragmatistes qui se positionnent derrière cette bannière.

Le recours au mot « réalisme » permet, tout d'abord, de marquer une rupture avec les visions idéalistes et métaphysiques du droit. Le discours réaliste rejette toute spéculation métaphysique sur le droit et donc toute construction qui ne reposerait pas sur l'expérience et sur de strictes observations et descriptions de faits. Le réalisme se caractérise par son très haut degré de figuration, c'est-à-dire de reproduction de la réalité¹.

En théorie du droit, il s'agit d'un courant pragmatiste qui vise à n'identifier le droit que là où il se situerait réellement. Ainsi enseigne-t-on que « l'autre forme de positivisme [avec le normativisme de Kelsen], *pragmatique celle-ci*, c'est le mouvement réaliste américain, de Oliver Wendell Holmes et de Karl Llewellyn, qui recherche les facteurs sociaux créateurs du

¹ On qualifie aussi de « réalistes » les études qui entendent s'attaquer aux nombreuses fictions qui constellent le droit dans sa vision traditionnelle (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 14).

droit et les résultats de son application »¹. En particulier, les théories réalistes correspondent aux théories du droit qui se focalisent sur les décisions des juges interprétant ou créant *ab initio* les règles de droit. Les réalistes, pour le dire en un mot imagé, considèrent que le juge serait la bouche du droit et que, sans lui, ce dernier serait inaudible². Il n'existerait de droit qu'appliqué, en action, concrétisé, individualisé et interprété³.

Les théories habituellement qualifiées de « réalistes » sont les seules à avoir déjà été rapprochées du pragmatisme en ce qu'elles invitent à voir du droit seulement dans les effets juridictionnels, dans les applications et interprétations des normes que font les juges, donc dans une forme particulière de *droit en actes*⁴. Un juge de la Cour suprême des États-Unis affirmait : « On ne trouve pas le droit, on le fait »⁵ ; et on le fait à des fins utilitaristes, soit dans le but de satisfaire le maximum d'intérêts et d'en sacrifier le minimum, attitude foncièrement

¹ W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1965 (non souligné dans le texte original).

² Par exemple, l'École française de la théorie réaliste de l'interprétation, fondée et menée par Michel Troper, aurait entraîné diverses « mutations hiérarchiques », ou même opéré un « renversement de la hiérarchie des normes » (O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 782) : seules seraient des normes les applications individuelles et déterminées, les règles générales et indéterminées étant créées par et avec celles-ci. « L'existence juridique d'une norme législative, écrit Michel Troper, ne résulte pas de sa conformité à la Constitution, mais de l'interprétation faite par le juge. La validité ne provient pas de la norme supérieure, mais du processus de production de normes inférieures » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1992, p. 92).

³ Christian Atias notait ainsi que la jurisprudence est « le centre d'intérêt des juristes les plus "réalistes", de ceux qui vont au-delà du droit des livres pour atteindre le droit tel qu'il est dans la réalité, en actes, [...] [car] peu importe le sens de la loi ou la volonté du législateur si le juge en tire d'autres conséquences » (Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 211).

⁴ Notamment, W. G. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1965, p. 247.

⁵ Cité par E. ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. phil. droit* 2006, p. 281.

pragmatiste¹. Mais, si le droit ne se trouve pas, c'est-à-dire qu'il ne préexiste pas, s'il faut juger à partir de ce qui est et non à partir de ce qui doit être, il existe forcément des éléments extra-juridiques qui influencent les règles judiciairement fabriquées². Aussi, bien que le juge soit considéré comme la seule source formelle des normes juridiques, les auteurs en cause s'attachent-ils à discuter du problème des sources matérielles ou « réelles » qui influencent les décisions judiciaires, lesquelles seules constitueraient donc le droit³.

Par « réalismes », sont visés plus exactement deux courants théoriques « clairement identifiés, mais fort différents »⁴ : le réalisme dit « scandinave » et le réalisme dit « américain ». L'un et l'autre se rejoignent à travers quelques postulats et constats communs, bien que, de manière générale, ils divergent en bien des points et sont mêmes, parfois, incompatibles. Au premier rang de ces points communs, il se trouve le souhait de s'attacher à une description empirique de faits juridiques observables⁵. Ensuite, comme la théorie réaliste

¹ R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press (New Haven), 1922 (cité par F. MICHAUT, « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 663).

² Le juge Holmes convenait, en ce sens, que « les nécessités d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, [...] et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes » (O. W. HOLMES, *The Common Law* (1881), Little Brown (Boston), 1963, p. 1 (cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 131)).

³ E. A. HOEBEL, K. N. LLEWELLYN, *La voie cheyenne – Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, (1941), trad. L. Assier-Andrieu, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 1999 (cité par L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 322).

⁴ É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1297.

⁵ Par suite, il existe peut-être une hiérarchie en termes de réalisme et de pragmatisme entre l'un et l'autre courant : le courant scandinave serait plus réaliste et pragmatique que le courant américain. Alf Ross soutenait que « le droit présuppose non seulement que le juge ait un comportement régulier,

scandinave, le réalisme américain se veut empirique et descriptif¹, il estime que le droit ne serait qu'un phénomène social comme un autre entièrement intégré dans le monde des

mais aussi qu'il ait le sentiment d'être lié par les règles » (A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons (Londres), 1958, p. 34 (cité par Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 325)). En cela réside une grande différence par rapport au réalisme américain aux yeux duquel les juges seraient bien davantage animés par un sentiment de liberté. Le réalisme scandinave serait par conséquent plus pragmatique que le réalisme américain, plus conforme à la « réalité » pratique du droit que tous deux se proposent de rechercher. Carbonnier disait de l'interprétation qu'elle serait « la forme intellectuelle de la désobéissance » (J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 26^e éd., Puf, 1999, p. 304) ; en tout cas est-elle une forme de liberté. Alors que les réalistes américains confèrent aux magistrats une liberté quasi-totale de décision et d'interprétation, chez les réalistes scandinaves celle-ci prend la forme d'une liberté limitée ou encadrée ; il s'agit, en quelque sorte, d'une « liberté juridique » (M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, coll. Léviathan, 2001, p. 84) car le juge se voit inéluctablement pressé par des « contraintes juridiques » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, M. TROPER, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005). Le réalisme juridique scandinave apparaît étatiste sur le plan des sources formelles du droit, celles-ci se résumant aux cours et tribunaux étatiques, et semi-étatiste sur le plan des sources matérielles du droit, la loi et le règlement influençant autant que le contexte social, les ressentis personnels et le sentiment de la justice les décisions des juges. Le réalisme américain, pour sa part, est également tout-à-fait étatiste du point de vue des sources formelles du droit ; en revanche, il se distingue en ce qu'il ne l'est pas du tout concernant les sources matérielles : « Il faut rechercher l'origine des décisions dans les conversations du juge avec les autres membres de la juridiction, dans sa lecture des journaux et dans le souvenir de l'enseignement qui lui a été prodigué à l'université » (F. S. COHEN, *The Legal Conscience – Selected Papers*, Yale University Press (New Haven), 1960 (cité par F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 211)). Par ailleurs, le réalisme américain semble moins monolithique que ne l'est le réalisme scandinave ; les variations entre les auteurs y sont beaucoup plus nombreuses et profondes et le scepticisme ambiant refreine toute recherche de théorie générale et complète.

¹ F. MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 265 s.

faits¹ et il argue que l'interprétation serait un acte de volonté et non un acte de connaissance. Et, comme la théorie scandinave, le réalisme américain conçoit que ce n'est pas la décision qui dériverait de la règle mais la règle qui dériverait de la décision, laquelle ne préexisterait pas à l'intervention juridictionnelle, et il n'accueille pas plus la notion de validité que le syllogisme judiciaire logique, déductif et quasi-mécanique. Le droit serait toujours créé « *ex post facto* »².

Herbert Hart pouvait résumer en ces termes le point de vue réaliste : « Lorsque nous affirmons qu'un système juridique existe, nous nous référons [...] à un certain nombre de faits sociaux hétérogènes, et la vérité de cette assertion peut être établie par référence à une pratique effective qui réside dans la façon dont les tribunaux identifient ce qu'on doit considérer comme étant du droit »³. Et Alf Ross, illustre réaliste scandinave, de présenter ainsi sa conception du droit : « La question de l'existence d'une règle ou d'un système de règles est une question empirique de fait dépendant de la façon dont les tribunaux, dans la pratique, identifient ce qui doit être considéré comme étant du droit »⁴. En un mot, seuls les tribunaux auraient la possibilité de déterminer le droit ; et leurs décisions constituent un ensemble de faits empiriquement observables.

Qu'une norme soit perçue comme socialement obligatoire, et donc la croyance qu'il s'agit d'une norme juridique que les tribunaux appliqueront, serait l'élément qui

¹ En tout cas, les réalistes américains, emmenés par Llewellyn, prennent le contre-pied de la loi de Hume selon laquelle aucune conclusion prescriptive ne pourrait être inférée d'une série de prémisses purement descriptives. Pour eux, à l'inverse, les conclusions prescriptives devraient être inférées de prémisses purement descriptives.

² J. Ch. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press (New York), 1909 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 377).

³ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 109.

⁴ A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 188.

ferait naître des devoirs. Parler d'une norme juridique reviendrait, en dernière analyse, à prédire le comportement futur des juges, autorités d'application du droit. Telle était la vision du droit et du travail des juristes promue par Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis (de 1902 à 1930) et compagnon de route de Charles Sanders Peirce et de William James au moment de la fondation du pragmatisme.

Le réalisme, en tant que « théorie socio-psychologique »¹, écarte la distinction des faits et des normes, des être et des devoir-être, afin de de fondre dans un cadre parfaitement empiriste². Les normes juridiques seraient *des faits et des phénomènes sociaux comme les autres*, qui ne présenteraient guère d'ontologie ou d'originalité particulière³. Seule l'expérience devrait donc être la source de la connaissance du droit. Cela contribuerait à rapprocher la science juridique des autres sciences sociales⁴ : sa logique serait

¹ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 45. Un auteur qualifie, dans le même sens, la théorie réaliste de l'interprétation défendue par Michel Troper de « théorie factuelle » et de « théorie sociologique » (X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 147).

² Cf. F. OST, « La science du droit », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, p. 363 s. ; R. GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 249 s. Le réalisme juridique est, à l'instar de la théorie normativiste et de la plupart des théories du droit, prescriptif vis-à-vis des scientifiques du droit et de leur discours juridique, en même temps qu'il est descriptif vis-à-vis de son objet d'étude. Le juriste devrait, après avoir émis des propositions sur le droit, c'est-à-dire des prévisions relatives au comportement des juges, vérifier leur exactitude en recherchant l'application effective des normes décrites par lesdits juges.

³ Alf Ross en venait ainsi à considérer que « l'ordre juridique et l'ordre constitué par une bande de brigands sont tout aussi factuels. Du point de vue d'une science empirique, il n'y a aucune différence » (A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 122).

⁴ D'ailleurs, Michel Troper, désignant le droit positif en tant qu' « ensemble de comportements sociaux », invite les juristes à recourir aux méthodes de la sociologie, soit aux « méthodes susceptibles de décrire les comportements

axée sur la causalité et non sur l'imputabilité, elle serait factuelle et non normative, moniste et non dualiste¹. Le droit serait un ensemble de « faits sociaux »² à rechercher dans des actes humains, à savoir les discours des juges³, eux-mêmes résultant de dispositions psychologiques empiriquement saisissables.

Aussi les *théories pragmatiques du droit historiques* sont-elles peut-être les théories réalistes, celles-ci seules pouvant s'analyser telles des *héritières de la philosophie pragmatique*⁴. Ce sont autant d'approches qui tendent à réduire le droit à son application, à son interprétation et, plus largement, à sa pratique. Le droit serait, selon les réalistes, fait de « *real rules* » plutôt que de « *paper rules* »⁵ ; il impliquerait un ensemble de faits psychosociaux et comportementaux que la science juridique devrait étudier. Cette science serait donc

sociaux » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 39).

¹ E. PATTARO, « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 50.

² A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Keegan (Londres), 1968, p. 82 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 380).

³ Selon la doctrine rossienne, toute proposition scientifique doit être vérifiable et cette vérification, en l'occurrence, consiste à observer l'application par les juges de la norme décrite. Les énoncés de la science juridique sont ainsi susceptibles d'être qualifiés d'énoncés empiriques dans la mesure où ils portent sur des faits observables (É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1298). La science du droit des réalistes n'a pas pour objet des devoir-être, mais des faits qui parlent des devoir-être. Elle s'appuie sur une « conception expressive du droit » (É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 46).

⁴ Elles s'accordent notamment avec un article de Dewey intitulé « Logical Method and Law » (*The Philosophical Review* 1924, n° 33 (6), p. 560 s.) dans lequel est opéré le constat selon lequel le syllogisme judiciaire, presque mécanique, serait une idée naïve car le juge, au contraire, prendrait sa décision puis chercherait les moyens de la justifier (M. MENDELL, « Dewey and the Logic of Legal Reasoning », *Transactions of the Charles S. Peirce Society* 1994, n° 30 (3), p. 575 s.). « *We decide, then we deduce* », ainsi que l'a exprimé le juge Holmes.

⁵ K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence: the Next Step », *Columbia Law Review* 1930, n° 30.

pleinement une science empirique. Et elle s'intéresserait à ce que le philosophe du droit danois Alf Ross appelait les « facteurs pragmatiques » des décisions de justice, c'est-à-dire leurs facteurs extra-juridiques, notamment les valeurs portées par les juges ainsi que par la société dans laquelle ils s'inscrivent.

Les débuts du mouvement réaliste aux États-Unis remonteraient à l'œuvre de Joseph X. Bingham, et plus précisément à un article publié en 1912, explicitement intitulé « What is the Law? »¹. Dans cet écrit, l'auteur entendait poser les bases d'une nouvelle approche des phénomènes juridiques. Il prônait un point de vue « réaliste », soit un point de vue extérieur et empirique. Surtout, il invitait à rechercher dans la « pratique juridique réelle », c'est-à-dire dans la pratique judiciaire, l'exactitude ou inexactitude des propositions de droit formulées par les scientifiques du droit².

En 1897 déjà, Oliver Wendell Holmes, pionnier du réalisme américain, avait avancé qu'étudier le droit reviendrait à étudier « ce dont on a besoin pour comparaître devant les juges »³, c'est-à-dire, dans son esprit, les « leçons de l'expérience sociale »⁴. Cela amena le juge Holmes à exprimer une opinion dissidente dans une affaire où la Cour suprême avait déclaré inconstitutionnelle une loi car, selon lui, il fallait faire prévaloir l'« expérience sociale », c'est-à-dire les « représentations collectives dominantes », sur la lettre de la

¹ J. W. BINGHAM, « What is the Law? », *Michigan Law Review* 1912 (cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 131).

² *Ibid.* (cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 131).

³ O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897 (cité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 136) ; également O. W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, Peter Smith (New York), 1952.

⁴ Cité par Th. KIRAT, « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique », communication à la journée d'étude sur les philosophes pragmatistes et les économistes, IDHE-ENS Cachan, 11 avril 2005.

Constitution. Suivant une célèbre formule du juge Holmes, « le droit n'est pas affaire de logique mais d'expérience »¹.

Et, parmi les philosophes pragmatistes, John Dewey indiquait que la connaissance du droit impliquerait de se focaliser sur son application, car il n'y aurait pas de dichotomie entre la création du droit et son application : une règle de droit ne prendrait vie et sens que dans le cadre de sa mise en œuvre². Quant à la théorie prédictive du droit d'Oliver Wendell Holmes, aboutissant à définir le droit sous l'angle de ses conséquences³, elle n'est peut-être rien d'autre qu'une application au droit de la « maxime du pragmatisme » formulée par Peirce.

En définitive, il semble que le réalisme connaisse de nombreuses variantes — le réalisme du juge Holmes, par exemple, ne ressemble que peu à celui de Karl Llewellyn, l'un des plus illustres tenants du réalisme (mais un réalisme plus empirique et factueliste). Et il semble que certaines orientations réalistes soient plus intimes du pragmatisme que d'autres. Par exemple, il faudrait évoquer le récent mais important courant « *Critical Legal Studies* »⁴, dont on dit qu'il « pousse le réalisme juridique à l'extrême »⁵.

Reste que, eu égard aux enjeux contemporains de la recherche juridique, il faudrait peut-être se concentrer sur les

¹ O. W. HOLMES, *The Common Law*, Little Brown (Boston), 1881, p. 1 (cité par M. TOURBE, « La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson – Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges », *Jus Politicum* 2010, n° 4).

² J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 77.

³ « Les prophéties relatives aux décisions qu'en fait prendront les cours et tribunaux, et rien de plus : voilà ce que j'entends par droit » (O. W. HOLMES, *La voie du droit*, trad. L. de Sutter, Dalloz, 2014, p. 9).

⁴ D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review* 1976, vol. 89 ; F. E. OLSEN, *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 1995. Pour le résumer en une phrase, le courant *Critical Legal Studies* entend introduire ou réintroduire, loin du positivisme scientifique, les valeurs économiques, politiques et culturelles dans l'analyse, l'enseignement et la pratique du droit.

⁵ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 72.

théories panjuridiques plutôt que sur les théories réalistes, les premières étant mal connues bien que potentiellement porteuses pour l'étude du droit à l'ère du droit global quand les secondes sont bien connues en théorie du droit mais de plus en plus archaïques en ce qu'elles limitent l'aire du droit à l'aire des prétoires d'État¹. Il existerait donc bien des *théories pragmatiques du droit historiques* (ou modernes) et des *théories pragmatiques du droit nouvelles* (ou postmodernes). Et les unes et les autres s'avèrent fort dissemblables.

L'immense différence entre l'approche réaliste et les autres approches pragmatistes est que la première est un étatisme (elle réduit le droit à une certaine forme de normativité d'État) quand les autres théories pragmatiques tendent à consacrer le panjuridisme — elles sont d'ailleurs nettement moins élaborées. En faisant de la mobilisation par un juge le critère de la juridicité des normes, les théoriciens réalistes se placent du côté de l'étatisme juridique et loin du panjuridisme décrit au sein de la section précédente².

¹ En ce sens, l'économiste Gaëtan Pirou pouvait déjà écrire, durant la première moitié du XX^e s., que « l'individualisme ou l'étatisme juridiques ont pu correspondre aux aspirations, aux nécessités, de telle ou telle période du passé. Actuellement, ces systèmes ne peuvent plus suffire. [...] En montrant leur impuissance à interpréter et à régler les réalités sociales de notre temps, Duguit a travaillé utilement à l'édification d'un système juridique harmonisé à notre époque » (cité par S. GILBERT, « Présentation », in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 114).

² Les théoriciens du droit réalistes, qui situent l'acte normatif dans l'application-interprétation, ne s'intéressent guère à toutes les applications-interprétations potentielles des textes généraux et impersonnels. Par exemple, ils ne tiennent en aucun instant compte de la perception des lois propre aux citoyens, aux avocats ou aux juristes des entreprises. Seules constituent leur objet d'étude les interprétations officielles ou « authentiques » — pour reprendre, paradoxalement, une expression kelsénienne (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 460) —, c'est-à-dire celles qui proviennent des destinataires secondaires des « normes » que sont les juges, « tiers impartiaux et désintéressés » (P. CORNIU, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2005, p. 5). Partant, les réalistes sont comme le normativisme kelsénien des étatistes. Le réalisme autant que le normativisme voit dans l'État le seul foyer de juridicité et, plus encore, voit dans le juge le seul foyer de juridicité. Il est en ce sens significatif qu'Alf Ross écrivait que « la validité des normes ne peut être recherchée que

Le pragmatisme juridique se conjugue donc bien au pluriel. Comme la pensée pragmatiste, il est marqué par d'importantes divergences et même contradictions entre les divers courants qui le constituent. Le réalisme et le panjuridisme sont deux formes de juspragmatisme, bien qu'elles soient fort dissemblables autant du point de vue de leurs prémisses que du point de vue de leurs conséquences pour les sciences du droit qui s'y attachent. C'est pourquoi sont évoquées en ces lignes des « théories pragmatiques » (au pluriel), cette expression générique recouvrant des conceptions du droit et de la science du droit potentiellement très différentes.

Aussi faudrait-il peut-être retenir, loin de tout manichéisme, une *approche graduelle du pragmatisme des théories du droit* : il ne serait pas lieu de considérer que deux ensembles de théories devraient être distingués, celui des théories parfaitement pragmatiques et celui des théories entièrement dogmatiques, mais plutôt d'accepter que, sans doute, il existe toute une frange de théories qui peuvent s'analyser comme pragmatiques sous un certain angle et comme dogmatiques sous un autre angle.

Ensuite, après le panjuridisme et le réalisme, il faut évoquer le *sociologisme juridique*, autre forme d'approche pragmatiste du droit. Et celle-ci entretient bien davantage d'affinités avec le panjuridisme qu'avec le réalisme.

dans l'application judiciaire du droit et pas dans le droit qui fonctionne entre les personnes privées » (A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons (Londres), 1958, p. 34 (cité par Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 324)) et que Michel Troper souligne que la théorie en cause « ne concerne que les normes résultant de l'activité des organes capables de donner une interprétation authentique », c'est-à-dire les cours étatiques et, plus particulièrement, les cours suprêmes (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1992, p. 94).

Section 3. L'approche sociologique du droit

Certaines définitions pragmatiques du droit proviennent des tenants d'une analyse sociologique du droit, par exemple Léon Duguit¹, Maurice Hauriou, Georges Scelle ou encore Roscoe Pound (défenseur de la *sociological jurisprudence*), auteurs cherchant à identifier le droit parmi les faits sociaux et à comprendre le droit à travers les faits sociaux. Et le pragmatisme juridique se situe encore dans les travaux des penseurs du droit allemands Savigny, Ehrlich, Gierke ou Jhering. Les uns et les autres invitent à concevoir le droit à travers ses conséquences, sa réception, son fonctionnement et ses pratiques sociales plutôt qu'à travers son contenu abstrait, à s'intéresser au « *law in action* » davantage qu'au « *law in books* »².

Ils souhaitent en revenir, comme Eugen Ehrlich avec sa théorie dite du « *droit vivant* », au centre de gravité de l'évolution juridique que serait la société et non la législation, la jurisprudence, la doctrine ou la science du droit³. Pour Ehrlich,

¹ L'approche du droit préconisée par Léon Duguit est ainsi sociologique et expérimentale : « Constaté les faits, n'affirmer comme vrai que ce que l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique » (L. DUGUIT, « Préface », in *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927). Il importerait donc de se débarrasser de ce qu'il appelait la « méthode scolastique », qui raisonne au départ de purs concepts abstraits et d'une logique formelle.

² R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review* 1910, n° 44, p. 12 s. Roscoe Pound pouvait écrire, par exemple, que « le droit doit être jugé à l'aune des résultats qu'il permet et non à raison d'une beauté de ses structures internes. Le droit doit être évalué à l'aune de la mesure dans laquelle il permet d'atteindre les fins qui lui sont assignées, et non à celle de la beauté des procédures ou de la rigueur avec laquelle ses règles dérivent des dogmes sur lesquels il repose » (« Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review* 1908, p. 605).

³ E. EHRLICH, « Le droit ne se réduit pas au droit étatique » (1913), in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 372.

qui regrettait que « le droit dogmatique voile plutôt qu'il n'exprime la réalité pleine du droit »¹, les règlements abstraits formulés par l'État, « comparables à l'écume se formant sur la surface des eaux », ne s'adresseraient qu'aux tribunaux et autres organes de l'État, les groupes et les individus vivant leur vie juridique en pleine ignorance du contenu de ces règlements, ne connaissant que l'ordre juridique spontané de la société². Selon lui, « ce n'est qu'une partie infime de l'ordre juridique de la société qui peut être atteinte par la législation de l'État et la plus grande partie du droit spontané se développe en toute indépendance des propositions juridiques abstraites »³. Ces dernières, formant la couche la plus statique du droit, seraient toujours en retard par rapport au *droit spontané* de la société qui, seul, serait le véritable droit, le droit étant, ontologiquement, une construction sociale.

Le droit serait donc l'affaire des sociologues autant que celle des juristes. Cela serait parfaitement cohérent et logique puisque, comme l'expliquait Ehrlich, « le juriste risque de construire un édifice tout à fait détaché du droit réellement en vigueur, du droit effectivement efficient dans un milieu social donné, s'il ne tient pas compte du droit non écrit, du droit vivant, du droit souple et dynamique, en mouvement perpétuel, qu'il est évidemment impossible de détacher de la réalité sociale du droit »⁴. En somme, *le juriste devrait être un sociologue*.

Foncièrement pragmatiste, l'approche sociologique du droit, pour reprendre les termes de l'un de ses plus célèbres promoteurs en France, Georges Gurvitch, consiste en « l'étude de la plénitude de la réalité sociale du droit »⁵. Il s'agit de

¹ E. EHRlich, *Fondement de la sociologie du droit*, 1913 (cité par J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 28).

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 6.

⁵ G. GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », in *Traité de sociologie*, t. II, Puf, 1968, p. 191.

« décrire les fonctions sociales du droit, les causes de sa genèse et de ses transformations [...] et les différentes manifestations de la vie du droit »¹, d'étudier « la réalité sociale pleine du droit, en partant de ses expressions sensibles et extérieurement observables, dans des conduites collectives effectives »², de s'intéresser aux « racines sociales du droit »³. Selon Gurvitch, le droit s'exprimerait par une « expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice » et la rationalisation de cette expérience au moyen de lois positives ne serait qu'une forme dérivée et superficielle de droit, loin d'incarner l'essence des phénomènes juridiques⁴.

Et de regretter que « la Science du droit a tendance [à] perdre contact avec l'expérience juridique immédiate. Cela se produit chaque fois que la technique de systématisation, de construction et d'unification d'une certaine époque reste tellement en arrière de la réalité vivante du Droit [...] qu'elle devient parfaitement incapable de saisir et d'exposer le Droit effectivement en vigueur »⁵. La doctrine juridique, par conséquent, pêcherait par excès de dogmatisme et seuls les sociologues du droit, qui se concentrent sur la réalité des « faits

¹ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 16.

² G. GURVITCH, « Éléments de sociologie juridique (extraits) » (1940), *Dr. et société* 1986, p. 427 ; également L. M. FRIEDMAN, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 121. Jean Carbonnier, pour sa part, proposait la définition suivante de l'approche sociologique du droit : « Discipline qui recherche les causes sociales qui ont déterminé l'apparition des règles, qui recherche leur degré d'application effective et leurs incidences sociales. Son but premier est de connaître et d'expliquer les phénomènes juridiques, de les coordonner en lois scientifiques. [...] Elle étudie les phénomènes juridiques primaires : la règle de droit et le jugement ; et les phénomènes juridiques secondaires : diverses institutions concrètes du droit positif, contrat et responsabilité par exemple » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 5-8).

³ Réf. à *Dr. et société* 2001, n° 47, « Aux racines sociales du droit : variations autour de quelques thèmes luhmanniens ».

⁴ G. GURVITCH, *Le Temps présent et l'idée du Droit social*, Vrin, 1932.

⁵ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 86.

juridiques », s'intéresseraient au « vrai » ou « véritable » droit, tel qu'il existe en pratique et non dans les livres¹.

Gurvitch pouvait dès lors plaider pour une forme d'approche pragmatiste du droit, imaginant qu'elle aboutirait à « élargir considérablement la sphère de l'expérience juridique, [...] faisant ressortir toute la richesse de la vie du droit, éliminant tout préjugé dogmatique et statique, en ouvrant de larges perspectives à une conception purement dynamique, qui pourrait servir de base philosophique commune à la science technique du Droit (évitant ainsi de momifier ses concepts), et à la sociologie juridique »².

Après Gurvitch, d'autres sociologues du droit ont souhaité « opérer une distinction entre la science des règles juridiques et la science de leur réalité sociale »³, cette dernière se donnant pour objet d'étudier la « réalisation sociale du droit »⁴. Ce ne sont pas d'autres choses que la « dogmatique juridique » et la « pragmatique juridique » qui sont ainsi séparées.

L'approche sociologique-pragmatique du droit se distingue de la science juridique positiviste en ce qu'elle se demande, ainsi que l'enseignait Max Weber, « ce qu'il advient en fait du droit dans la communauté », tandis que les juristes modernes se demandent généralement « quelle est la

¹ Gurvitch séparait les règles de droit et les « faits normatifs », expliquant que les premières seraient du « droit fixé d'avance » et les seconds du « droit vivant, [...] plus dynamique et plus réel que toute règle » (*ibid.*, p. 73). Il y a « fait normatif » — qui est, au sens du sociologue du droit, un « fait juridique » — lorsqu'une pratique sociale devient du droit, par exemple en prenant la forme d'un usage. Les idées de « fait normatif » et de « droit social » — un droit autoproduit par la société — doivent permettre de souligner le lien consubstantiel reliant faits et droit, pratiques sociales et pratiques juridiques, toutes se confondant.

² G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 152.

³ J. COMMAILLE, « Sociologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1424.

⁴ P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et Société* 1986, p. 150.

signification, autrement dit le sens normatif, qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit »¹. La science juridique classique étudie le droit valide, donc les devoir-être séparés strictement des être ; l'approche sociologique du droit, foncièrement pragmatique, étudie le fait en rapport avec le droit — ou même le *fait-droit*. Elle revêt sans doute quelque utilité dès lors qu'elle permet de souligner combien le respect de la norme juridique est davantage le fait de croyances et d'une pression sociale que d'une validité théorique² ou lorsqu'elle oppose au « droit des livres » des juristes dogmatiques le « droit de la pratique »³. On en fait même une solution à privilégier face à la « crise du droit, des institutions et de la justice »⁴. Peut-être tout jurislatureur devrait-il être au moins autant sociologue du droit, attaché aux « usages sociaux du droit »⁵, que juriste et plus sociologue du droit que « politicien »⁶.

Par ailleurs, l'approche sociologique du droit conduit, à l'instar d'autres pragmatismes juridiques, au panjuridisme et, plus exactement, au « panjuridisme brut ». En témoigne la démarche de Durkheim qui l'amenait à traiter le droit tel un pur reflet de l'organisation sociale, sans autonomie ni rupture avec la vie sociale, et à ne laisser aucune place à une quelconque distinction du droit et de la société. La sociologie du droit elle-

¹ M. WEBER, *Économie et société*, t. I (1922), Plon, 1965, p. 321 (cité par Ph. RAYNAUD, « Weber Max », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 596).

² Par exemple, V. DEMERS, *Le contrôle des fumeurs – Une étude d'effectivité du droit*, Thémis (Montréal), 1996 ; Ch. KOURILSKY-AUGEVEN, *Socialisation juridique et conscience du droit – Attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, LGDJ, 1997.

³ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 86.

⁴ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Puf, coll. Sup, 1975.

⁵ CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989.

⁶ Par exemple, L. MADER, *L'évaluation législative – Pour une étude empirique des effets de la législation*, Payot (Lausanne), 1985.

même concède ses « hésitations » dès lors qu'il s'agit de définir le droit¹ ; et, le plus souvent, elle l'étudie sans l'avoir défini².

Illustre également la profonde tendance au panjuridisme des tenants de l'analyse sociologique du droit la définition du droit retenue par Henri Lévy-Bruhl, important sociologue du droit français du milieu du XX^e s. : « Le droit est l'ensemble des règles obligatoires déterminant les rapports sociaux imposés à tout moment par le groupe auquel on appartient »³. N'est-ce pas la normativité sociale plus que le droit qui devrait être l'objet de pareille définition ? Jean Carbonnier n'enseignait-il pas que « le non-droit ne vient pas se mélanger au droit, il est d'un côté, le droit de l'autre. [...] Le non-droit est l'essence, le droit l'accident »⁴ ? Les promoteurs de l'approche sociologique, loin de l'étatisme juridique des normativistes mais aussi des réalistes précédemment décrits, adhèrent à la thèse du pluralisme juridique qu'ils définissent comme « existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »⁵ et comme

¹ J. COMMAILLE, « La sociologie et les sens du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 23.

² Plus ou moins volontairement, les sociologues du droit succombent à la tentation du panjuridisme ; et il ne suffit pas de dire qu'ils étudient le « droit au sens large » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 194) pour résoudre la difficulté. Ils en viennent, ainsi, à tenir des positions telles que : « Le droit étatique n'est qu'un îlot dans un vaste océan d'ordres de droit de différents genres » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 161) ; ou : « La source des sources de la validité, c'est-à-dire de la positivité de tout droit, [réside dans] les "faits normatifs" spontanés [engendrés par] des croyances et intellections collectives » (G. GURVITCH, « Éléments de sociologie juridique (extraits) » (1940), *Dr. et société* 1986, p. 424) ; ou encore : « Toute forme de sociabilité active qui réalise une valeur positive est productrice de droit, est "fait normatif", [et] la microsociologie juridique doit distinguer autant d'espèces de droit que de formes de cette sociabilité » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 156).

³ H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, 6^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 1981, p. 2.

⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 31.

⁵ J.-G. BELLEY, « pluralisme juridique », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.

« coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée : société locale, nationale, mondiale »¹. « À l'encontre d'une conception moniste du droit, [ils] suggèr[ent] fondamentalement qu'il existe au sein d'une société une pluralité de phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par la présence de l'État »².

L'adage latin « *ubi societas, ibi jus* », signifiant qu'il n'existerait nulle société se développant sans « son » droit, se retrouve de façon récurrente dans la littérature juridique et *a fortiori* dans les œuvres des sociologues du droit. Mais il serait peut-être plus opérant d'avancer qu'il n'y aurait pas de société sans règles — « *ubi societas, ibi regula* »³ —, le droit, répondant à certaines caractéristiques précisément établies, n'apparaissant qu'à partir d'un certain niveau de développement de la société. Longtemps, les rites, les usages stabilisés et les croyances partagées auraient suffi, loin de tout droit, à réguler efficacement les sociétés. Pourtant, cette maxime n'est que rarement jugée infondée et on retient que « le droit vient de la

¹ *Ibid.*

² J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales – Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, n° 18, p. 12. Georges Gurvitch écrivait, témoignant du panjuridisme brut auquel conduit le sociologisme juridique : « Chaque groupement [...] s'affirme comme la source d'un nouveau droit objectif [...]. Que ce soit un syndicat professionnel ou une famille, un club ou une usine, une équipe de football ou une société par actions, un État ou une Société des Nations, le fait même d'une union inspirée par une valeur positive fait naître un nouveau droit doté de certains traits particuliers » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 261). Or ces paroles ne sont pas symptomatiques de certaines dérives de la sociologie du droit mais bien représentatives de ses principales tendances. Nul doute que la plupart des sociologues du droit, au XXI^e s. comme au XX^e s., voient dans lesdits syndicat professionnel, famille, usine et équipe de football des sources de droits jaillissant loin du contrôle étatique. Cf., par exemple, H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique* 1951, p. 3 s.

³ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 368.

vie en société »¹. Or, si l'homme est un être social et que, partant, tout homme vit en société, tout homme serait saisi par un ordre juridique. C'est ce que les panjuridistes, souvent, soutiennent².

Mais c'est aussi ce que les juristes peuvent contester, estimant que seules les sociétés étatisées seraient de ce fait juridicisées³. On observe, sur ce point, que « ce qui est spécifique à la société moderne, c'est que sa part juridique s'est autonomisée et ne fonctionne plus appuyée ou mélangée avec d'autres modes de régulation »⁴. Telle est la conséquence de l'activité des grands théoriciens du droit du XX^e s., conséquence que les tenants de l'approche sociologique du droit, avec beaucoup d'autres juspragmatistes, cherchent, plus ou moins volontairement, à remettre en cause.

¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 41.

² Par exemple, N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1421 (« les sociétés humaines ne se distinguent pas par l'existence ou l'inexistence du droit »).

³ Beaucoup de théoriciens du droit soutiennent que le droit se démarquerait des autres formes de régulation en ce qu'il s'associerait à une forme d'autorité publique. Scientifiquement parlant, le droit manifesterait vis-à-vis de l'extérieur une « fermeture normative », même si celle-ci s'accompagnerait d'une « ouverture cognitive » censée lui permettre de s'adapter aux caractéristiques souvent complexes de sa société (N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Arch. phil. droit* 1986, p. 173). Il serait un sous-système social « autopoïétique », c'est-à-dire se reproduisant soi-même (G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Puf, coll. Les voies du droit, 1993; également, G. TEUBNER, « Evolution of Autopoietic Law », in G. TEUBNER, dir., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter (New York), 1988, p. 217 s. ; F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Arch. phil. droit* 1986, p. 133 s.). On le qualifie également d'« autoréférentiel », ce qui signifie que « le droit produit le droit, les normes juridiques ne se fixent que sur la base de normes juridiques [...]. Il n'y a pas de droit en dehors du droit » (J.-A. GARCIA-AMADO, « Autoréférentiel (système) », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, p. 51). Ainsi, non seulement il y aurait des normes sociales non juridiques à côté des normes juridiques, mais en plus elles ne se mélangeraient pas et il n'existerait nulle norme hybride.

⁴ M. MIAILLE, « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 43.

Rejetant l'étatocrité comme critère de la juridicité, celui-ci étant, à leurs yeux, logiquement trop théorique et axiologiquement trop dogmatique, les tenants de l'analyse sociologique du droit fondent la qualité juridique sur *l'effectivité normative*. Serait juridique la norme effectivement respectée par ses destinataires, produisant d'importants effets de régulation¹. Un sociologue du droit souligne ainsi que « la théorie sociologique du droit est méfiante à l'égard de la primauté accordée à une rationalité formelle du droit et oppose l'efficacité sociale du "droit vivant" à l'artificialité de la loi étatique »². Partant, aux yeux de la sociologie du droit, ce qui compte avant tout, et surtout avant la validité formelle de la règle, est l'expérience juridique intérieure propre à chaque individu et aux individus en tant que tout social.

Outre l'analyse sociologique du droit, un courant particulier au sein de la recherche juridique qui paraît intimement lié au juspragmatisme est l'analyse économique du droit.

Section 4. L'approche économique du droit

Bien que qualifiée, pour l'heure, de « science approximative »³, l'analyse économique du droit, plus rarement appelée « économie du droit »⁴, semble devoir être rapprochée

¹ Max Weber, par exemple, estimait qu'« est valide l'ordre juridique à propos duquel on peut dire qu'il existe une chance que ceux qui y participent orientent effectivement leurs actions selon la représentation que cet ordre est légitime » (M. WEBER, *Économie et société*, t. I (1922), trad. J. Freund, Plon, 1971, p. 30).

² J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales – Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, n° 18, p. 13.

³ A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806.

⁴ Par exemple, G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique – Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2009 ; G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005 ;

du pragmatisme juridique. En effet, tous deux considèrent que le droit ne serait pas une fin mais un moyen¹, plus exactement un moyen d'« ingénierie sociale », pour reprendre une expression de Roscoe Pound².

L'analyse économique du droit est née aux États-Unis derrière le nom « *Law and Economics* », au cours des années 1960, sous l'impulsion de chercheurs de l'université de Chicago — on parle d'« École de Chicago » — et, plus particulièrement, du juriste Richard Posner³ et des économistes Ronald Coase⁴, George Stigler⁵ et Friedrich Hayek⁶. Ces derniers ont souhaité appliquer les instruments usuels de l'analyse économique à des domaines jusqu'alors inexplorés par les économistes tels que les choix constitutionnels, les droits de

Th. KIRAT, *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012 ; M. FAURE, A. OGUS, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

¹ V. VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, 2002 ; T. SACHS, *La raison économique en droit du travail – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La recherche juridique en matière économique », in Y. AGUILA et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 93 s. ; B. DEFFAINS, « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in Y. AGUILA et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 85 s.

² Cité par P. AMSELEK, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 92.

³ Notamment, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Aspen Law & Business, 1998. Cf. S. HARNAY, A. MARCIANO, *Posner – L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003 ; A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et de Posner », *Arch. phil. droit* 1992, p. 143 s.

⁴ Notamment, R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1 s. (cet article est souvent considéré comme l'élément fondateur du mouvement *Law and Economics*) ; R. COASE, *Le coût du droit*, trad. Y.-M. Morissette, Puf, 2000.

⁵ Notamment, G. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, n° 2, p. 3 s.

⁶ Notamment, F. VON HAYEK, *Droit, législation et liberté* (1973), Puf, 1995. Cf. D. DANET, « Le droit économique doit-il être hayékien ? », *RIDE* 1995, p. 407 s.

propriété, les accidents ou les activités illicites¹. Puis, l'analyse économique du droit a été progressivement découverte en Europe occidentale, à la fin du XX^e s. Cependant, dès le XVIII^e s., certains en Europe ont pu chercher non à comprendre le droit à travers l'économie mais à comprendre l'économie à travers le droit². En témoignent certains travaux d'Adam Smith ou Karl Marx au sujet des *conséquences économiques des lois*, objet foncièrement pragmatique³.

Les tenants de l'analyse économique du droit cherchent à comprendre et à expliquer la réalité du droit non par le droit lui-même ou par quelques phénomènes sociaux ou politiques mais grâce aux techniques et aux concepts de la science économique⁴. En cela, l'approche économique est avant tout une méthode⁵; et une méthode intimement liée au juspragmatisme car amenant à se concentrer sur certains effets, certains résultats, certaines conséquences des règles de droit.

Il s'agit en effet de rechercher, à l'aide des instruments issus de la microéconomie, les *conditions d'efficacité des normes juridiques*⁶. Les économistes du droit sont amenés, d'une part, à observer et expliquer le processus de « production » des règles de droit, ce qui est une attitude scientifique, et, d'autre part, à proposer l'édiction de règles de

¹ Cf. S. FERÉY, *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et économie, 2009.

² Cf. P. VER LOREN VAN THEMAAT, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE* 1989, p. 133 s.

³ Cf., notamment, J.-J. SUEUR, « La “main invisible” ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions », *RIDE* 2013, p. 491 s. ; F. ZENATI, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *Arch. phil. droit* 1992, p. 121 s.

⁴ Cf., notamment, E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste – Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, p. 43 s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 1995, p. 285 s.

⁵ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

⁶ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

droit qu'ils jugent *optimales en termes de résultats économiques*, ce qui cette fois n'est pas une démarche scientifique, mais prescriptive¹. C'est surtout cette seconde démarche qui se rapproche du pragmatisme, même si c'est bien dans son ensemble que l'approche économique se focalise sur les effets (réels ou supposés) du droit.

Le droit devient, aux yeux de l'économiste, un système d'allocation de ressources et de fixation des prix dont il importe de saisir le fonctionnement afin de déterminer les conditions

¹ En effet, d'aucuns économistes du droit peuvent considérer que « l'économie du droit semble à même de renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques et, ainsi, de permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives visant à élaborer des règles juridiques adaptées aux réalités économiques et sociales (en matière de politique de la concurrence, de résolution des litiges, de lutte contre la délinquance économique et financière, etc.). Les analyses développées sont susceptibles d'enrichir l'élaboration des politiques publiques » (Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202). Les rapports annuels « *Doing Business* » sont symptomatiques de cette approche prescriptive, quoiqu'ils n'émanent pas du milieu universitaire. Depuis 2004, la Banque mondiale a pris l'initiative de publier un rapport annuel, « *Doing Business* », à l'occasion duquel elle prétend évaluer les différents systèmes juridiques existant dans le monde à partir d'une description sommaire de l'« environnement juridique » dans lequel les entreprises exercent leurs activités, en fonction de leur aptitude à faciliter la création et le développement d'entreprises. Ces rapports reposent donc sur un étalonnage concernant les diverses réglementations économiques et les procédures et formalités qui encadrent la vie des entreprises. Dans ces classements, destinés à orienter l'action des pouvoirs publics et des investisseurs, les droits de tradition civiliste, le droit français en tête, se trouvent très gravement mis en accusation et fort mal classés. Le droit français était situé au 79^e rang par le premier rapport, en 2004. Il est aujourd'hui 34^e. Cf. B. DU MARAIS, dir., *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2006 ; Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006 ; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683 s. ; L. USUNIER, « Le rapport *Doing Business* 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012, p. 575 s.

permettant d'atteindre l'efficacité globale du système¹. L'analyse économique du droit étudie, par exemple, la manière dont les comportements individuels et collectifs réagissent aux incitations véhiculées par les règles de droit². Les outils propres à la science économique et qui peuvent servir l'analyse du droit sont, notamment, la théorie des jeux, l'économétrie, la statistique, l'analyse coût-avantage, les concepts de coûts moyens et marginaux ou encore différents théorèmes³. Autant d'éléments susceptibles d'intéresser tout juspragmatiste.

Il en va de même des *calculs d'efficacité*, l'efficacité étant l'une des notions-cadres de l'analyse économique du droit. Elle se définit à travers le critère de la « pareto-optimalité »⁴ : une règle juridique est dite « pareto-optimale » lorsqu'elle ne peut pas être changée sans mettre ne serait-ce qu'un individu dans une position moins profitable par rapport à celle antérieure au changement. Si l'efficacité venait à jouer un rôle cadre dans la recherche juridique, ce serait nécessairement que le pragmatisme juridique aurait prospéré fortement parmi les esprits juridiques⁵.

Tel est déjà le cas en Amérique du Nord, où le courant *Law and Economics* est très influent et où il n'est pas rare que des décisions de justice fassent référence à des concepts empruntés à la science économique ou citent expressément des opinions issues de ce mouvement⁶. En revanche, en Europe et

¹ B. DEFFAINS, S. FEREY, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 228.

² Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

³ On cite souvent le « théorème de Coase » selon lequel, « en l'absence de coûts de transaction, les droits tels qu'ils sont initialement attribués par le droit ne peuvent faire obstacle à une répartition efficace des ressources entre acteurs négociant librement sur le marché » (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 188).

⁴ Ce nom fait référence à l'économiste italien Vilfredo Pareto.

⁵ Cf., notamment, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, dir., *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2012.

⁶ Aux États-Unis, il existe un *Journal of Law and Economics* (« Revue d'analyse économique du droit ») et la majorité des universités proposent des

notamment en France, l'analyse économique du droit est nettement plus en retrait, comme le juspragmatisme est bien moins développé¹. Cette situation semble s'expliquer par des facteurs dogmatiques ou, pour le dire moins péjorativement, par des facteurs institutionnels : le monde universitaire est beaucoup plus concerné par les résistances à l'analyse économique du droit — qui seraient justifiées par le fait que cette discipline serait un vecteur de l'impérialisme culturel américain², un vecteur de l'américanisation du droit³ — que le

cours d'analyse économique du droit, voire des programmes doctoraux spécialisés.

¹ Pour l'heure, l'analyse économique du droit continue de ne concerner qu'une toute petite minorité de l'ensemble des scientifiques du droit. Si quelques-uns en viennent à dénoncer l'« impérialisme économique », soit la tendance des économistes à appliquer à des domaines étrangers à la sphère économique la méthode de l'économie néoclassique, le droit n'est touché que très ponctuellement par ce phénomène, bien qu'il le soit de plus en plus. La France, y compris en comparaison de la situation dans les pays européens anglophones, germanophones et néerlandophones, demeure en retrait, comptant très peu de spécialistes de ces questions, à tel point que les principaux ouvrages d'analyse économique du droit écrits en langue française sont le fait de chercheurs québécois (en premier lieu, E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008 ; E. MACKAAY, A. PARENT, *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie (Québec), 2015). Et les économistes français adeptes de l'analyse économique du droit publient des études portant sur des situations juridiques propres aux États-Unis, cela dans des revues anglo-saxonnes (cf. R. JANDA, « État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains », *Arch. phil. droit* 1992, p. 173 s.). Dès lors, Christophe Jamin peut juger que « c'est l'ignorance mutuelle qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent les juristes et les économistes français » (Ch. JAMIN, « Économie et droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 578). Et de conclure : « Ce qui empêche l'analyse économique du droit de s'imposer, c'est donc une très ancienne tradition dogmatique qui privilégie l'étude des textes, mais aussi un vieux fonds moraliste qui n'a jamais été favorable à l'économie » (*ibid.*, p. 580).

² A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806. Selon l'auteur, l'analyse économique du droit est « une science encore balbutiante mais une idéologie triomphante » (*ibid.*).

³ Cf. *Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit » ; É. ZOLLER, « États-Unis (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 653 (qui

monde des praticiens¹. Au sein de ce dernier, en effet, beaucoup peuvent convenir très pragmatiquement que « les agents réagissent à l'environnement juridique et l'étude de ces comportements est nécessaire à la compréhension des implications économiques de cet environnement. L'examen des normes juridiques par le prisme de l'analyse économique est ainsi une source d'informations pour le législateur et le juge, ce qui devrait leur permettre d'améliorer la qualité du droit »².

Tandis que, en raison de la globalisation du droit ou, du moins, des activités que le droit est supposé régir³, les systèmes juridiques et les droits nationaux entrent en concurrence sur le grand « marché du droit »⁴, où se déploient les phénomènes de

observe l' « influence de la culture juridique américaine sur la plupart des systèmes juridiques contemporains » ; É. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIEU, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

¹ Cf. G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA* 2005, n° 99, p. 23 s. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007, souligne que, dans son activité jurisprudentielle, « le juge de cassation complète la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction de l'intérêt général, ce qui s'apparente à la recherche de la solution collectivement optimale ». Également, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 505 s.

² Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

³ Par exemple, J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2^e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010 ; J.-L. HALPÉRIN, *profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008 ; É. LOQUIN, C. KESSÉDIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2000 ; M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit », in J. BAECHLER, R. KAMRANE, dir., *Aspects de la mondialisation politique*, Puf, 2003, p. 71 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 77 s.

⁴ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 131. L'auteur souligne qu' « il existe de plus en plus de situations privées qui concernent plusieurs ordres juridiques étatiques à la fois. Il est aujourd'hui très facile pour une entreprise ou une personne de se placer sous l'empire de

« *law shopping* » et de « *forum shopping* », peut-être les facultés de droit ne pourront-elles guère demeurer longtemps hostiles à l'analyse économique du droit. Cette dernière serait appelée à jouer, en pratique, un rôle croissant, permettant indirectement au pragmatisme juridique de prospérer. Dans les faits, les *raisonnements conséquentialistes*, notamment de la part des juges, sont peut-être aussi importants que les raisonnements « purement » juridiques, c'est-à-dire focalisés sur l'application rigoureuse des normes valides aux faits qu'elles visent¹.

Par ailleurs, une tout autre et dernière forme de juspragmatisme peut être trouvée dans la théorie syncrétique du droit, ainsi que dans l'échelle de juridicité qui y est associée. Celles-ci aboutissent également à consacrer le panjuridisme, mais d'une manière originale qui pourrait éventuellement permettre au pragmatisme juridique de recevoir un accueil plus chaleureux de la part des juristes modernes attachés aux spécificités ontologiques du droit.

Section 5. L'approche syncrétique du droit

La théorie syncrétique du droit, esquissée à l'occasion de précédents travaux, peut être comptée au nombre des théories pragmatiques du droit². Son principal apport consiste à établir la

l'ordre étatique de son choix, parfois même sans avoir besoin de se déplacer. Par exemple, les parties à un contrat franco-américain peuvent prévoir que leur contrat sera régi par la loi suisse » (*ibid.*).

¹ Par exemple, F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2007, p. 117 ; D. SALAS, « La part politique de l'acte de juger », *Les cahiers de la justice* 2011, n° 2, p. 113.

² B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016 ; B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Arch. phil. droit* 2013, p. 365 s. ; B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie : application) », *Arch. phil. droit* 2014, p. 503 s. René Sève,

définition lexicale du droit en observant ce que ceux qui utilisent le nom « droit » et son adjectif « juridique » désignent à travers eux. La théorie syncrétique serait ainsi le parfait opposé d'une théorie du droit idéologique ou autrement personnelle.

Non convaincu par les théories du droit existantes — en ce que soit elles réduisent par trop l'objet d'étude des juristes, soit elles diluent excessivement *l'autonomie du droit* parmi les constructions sociales (tel est le cas des « panjuridismes bruts » précédemment décrits) —, cette nouvelle théorie du droit a pu être proposée. Ces pages ne sont pas le lieu où exposer plus avant ses prémisses et ses conséquences ; mais il faut souligner le caractère foncièrement pragmatique des unes et des autres.

En résumé, la définition lexicale du droit est le fruit d'une recherche des usages concrets de cette notion puisque son principe consiste à synthétiser les différentes conceptions du droit possédant actuellement une « force doctrinale significative » dans la pensée juridique collective¹, à mille

dans la dernière édition de son ouvrage *Philosophie et théorie du droit* (Dalloz, coll. Cours, 2016, p. 184-191), consacre quelques développements à l'explication de la théorie syncrétique dans la partie relative aux nouvelles voies qui s'offrent à la théorie juridique au XXI^e s.

¹ Le « système théorique » qu'est la théorie syncrétique se scinde en trois éléments : une méta-théorie scientifique, une science des théories du droit et une définition lexicale du droit. *La méta-théorie scientifique prescrit à la science des théories du droit de constater objectivement et empiriquement la définition lexicale du droit.* C'est pourquoi il incombe au chercheur-lexicographe de recenser les conceptions de la juridicité revêtant *actuellement* une *force doctrinale significative* (i.e. jouissant d'un certain niveau de popularité, ce qui exclut les conceptions marginales rarement partagées). Autrement dit, la théorie syncrétique amène à *reconnaître ce qu'est le sens du mot « droit »* et non à vouloir proposer ou imposer, d'un point de vue subjectif, ce que devrait être le sens du mot « droit ». Le choix opéré est ainsi de miser sur ce qui serait *la* définition du droit, non en ce qu'elle revêtirait une quelconque qualité supérieure ou universelle mais en ce qu'elle formerait une construction syncrétique accueillant en son sein toutes les conceptions du droit justifiant actuellement d'un niveau non négligeable de reconnaissance et d'acceptation parmi la psyché juridique collective. La théorie syncrétique serait donc l'antithèse d'une théorie du droit partielle et partiale. C'est dans ce cadre que les différents critères de juridicité ont été identifiés, la juridicité véritable étant, aux yeux de la théorie syncrétique, le fruit de leur

lieues de toute spéculation et de toute stipulation¹. Subséquemment, l'*échelle de juridicité*, instrument de mesure de la force juridique des normes, a été élaborée et expérimentée. Avec cet outil théorico-scientifique, la qualité juridique connaît des degrés, loin de la vision manichéenne droit/non-droit (soit une norme est pleinement juridique, soit elle ne l'est pas du

combinaison. Ces critères de juridicité sont la valeur juridique, la validité juridique, les qualités nomo-juridiques, la sanction juridique, l'application juridique et l'effectivité. À ceux-ci s'ajoute un critère transversal : le développement juridique de l'ordre normatif. Et il faut croire que pareille approche peut être éventuellement utile tant des penseurs du droit comptant au nombre des plus écoutés en viennent aujourd'hui à considérer que « les théories du droit sont précieuses si elles sont envisagées non exclusivement mais dans leur complémentarité » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 318).

¹ L'intention animant la théorie syncrétique du droit peut, par exemple, être rapprochée de ces explications relatives au pragmatisme : « La fixation de la signification ou des effets de sens est fonction d'une forme d'activité coopérative au sein de groupes sociaux en vue de produire des croyances communes » (J. LENOBLE, « Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit », *Les carnets du Centre de philosophie du droit* 2006, n° 126, p. 28) ; « La contingence, associée au caractère public de nos croyances et de notre langage fait apparaître la "solidarité" comme la seule alternative que le pragmatisme puisse opposer aux visages que prennent la nécessité et la transcendance dans la tradition philosophique. La solidarité signifie que nous ne pouvons rechercher ailleurs que dans nos croyances et dans les valeurs que nous partageons avec nos semblables la signification des choses » (J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 147). Et, dans la pensée de Peirce, dont le pragmatisme vise en premier lieu à élucider les concepts difficiles — au nombre desquels figure sans aucun doute le concept de droit —, la vérité correspond aux « croyances stables » qui résultent d'un processus de débat collectif, si bien que la recherche de la vérité est forcément collective et ne peut être individuelle. On ne saurait penser pertinemment en pensant isolément, à base de certitudes et de convictions personnelles. L'activité de recherche doit donner lieu à « une définition du réel indépendante des pensées de tout individu particulier, mais pas de la pensée en général » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 107). Enfin, « le critère scientifique de la vérité correspond à l'opinion finale unanime de la communauté idéale des chercheurs : l'opinion sur laquelle fatalement tous les chercheurs se mettront finalement d'accord est ce que nous entendons par vérité » (*ibid.*).

tout)¹. Et le panjuridisme que l'échelle de juridicité consacre permet à la théorie syncrétique de compter au nombre des théories panjuridiques — même une norme revêtant une juridicité d'un niveau de 1/10 ou de 2/10 sur l'échelle est juridique, bien qu'elle le soit très faiblement².

La théorie syncrétique du droit se présente telle *une théorie pluraliste du droit*, en ce qu'elle accueille plusieurs critères de juridicité, et telle *une théorie du pluralisme du droit*, puisqu'elle invite à considérer que toute norme serait, plus ou moins parfaitement, juridique. L'un comme l'autre aspect tendent à en faire une théorie pragmatique. Allant plus loin que les auteurs qui, s'intéressant aux nouvelles sources du droit, écrivent que celles-ci obligent à « reconsidérer le seuil de juridicité des normes »³, la théorie syncrétique retient que les seules normes non juridiques seraient celles dont la juridicité est

¹ L'échelle de juridicité associée à la définition syncrétique du droit comporte huit niveaux d'intensité juridique, allant de « juridicité nulle » à « juridicité absolue ».

² Pour réussir à concilier panjuridisme et autonomie du droit, la solution consiste à considérer que, si toute norme est juridique, la juridicité n'est pas la normativité mais une qualité supplémentaire venant s'ajouter plus ou moins parfaitement à la qualité normative. C'est en consacrant *une conception graduelle de la juridicité* que la théorie syncrétique parvient à ce résultat : une norme d'essence privée est certes juridique, mais elle l'est généralement moins parfaitement qu'une norme d'essence étatique ; elle se rapproche davantage de l'« vraie juridique » que du « bon droit » (réf. à A. PELLET, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie », in *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, p. 465 s.). Cela constitue une différence essentielle par rapport aux approches selon lesquelles les règles extra-étatiques présenteraient autrement mais *pas moins bien* les caractères de règles de droit. Avec la conception graduelle de la force juridique, la « contradiction entre, d'une part, la nécessité d'élargir le champ du droit par rapport à la définition qu'en donnent les théories classiques sous peine de ne pas saisir l'ensemble du phénomène juridique et, d'autre part, le risque ainsi encouru d'en perdre de vue la spécificité » (H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 167) n'en est plus une.

³ F. LATTY, « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 51.

nulle. Mais il est très incertain que de telles normes existent. En effet, l'expérimentation de l'échelle de juridicité a permis d'observer qu'y compris une règle de grammaire¹ ou une habitude² sont, *dans une certaine mesure*, juridiques.

La règle de grammaire et l'habitude seraient toutefois nettement moins juridiques que la plupart des normes supportées par les lois et autres formes d'actes normatifs étatiques³. Par exemple, la règle issue de la Constitution de la V^e République française selon laquelle « le Président de la République est élu au suffrage universel direct »⁴ semble revêtir une juridicité absolue. Reste que, à la lumière de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, il y aurait, entre la règle de grammaire et la norme portée par la Constitution, *une différence de degré et non une différence de nature*. Or les pragmatistes tendent à remettre en cause les distinctions ; pour eux, il faudrait par réflexe rechercher entre les choses des différences de degré avant de rechercher entre les choses des différences de nature⁵.

À l'inverse, et par exemple, la théorie du « pluralisme juridique radical », aboutissant à un « panjuridisme brut », ne voit ni différence de nature ni différence de degré⁶ entre le droit

¹ B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, p. 623 (« Les participes passés des verbes conjugués avec l'auxiliaire "avoir" ne s'accordent jamais avec le sujet : ils sont invariables si aucun complément d'objet direct ne les précède » : juridicité moyenne-faible (niveau 5)).

² *Ibid.*, p. 625 (« Chaque mercredi matin, Monsieur X fait ses courses » : juridicité faible (niveau 3)).

³ *Ibid.*, p. 590 s. et 632 s.

⁴ Const. 4 oct. 1958, art. 6.

⁵ En ce sens, André Lalande enseignait que « les questions philosophiques ne sont jamais des questions de tout ou rien, mais des questions de mesure et de degré » (V^o « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 802).

⁶ Toutefois, l'adjectif « alternatif » (« droit alternatif ») est de temps à autre employé afin de désigner « toutes les normes dont la production n'est pas, de près ou de loin, associée à l'État » (S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 26).

étatique et le « droit » des groupes de criminels, celui du milieu carcéral, celui des organisations multinationales ou encore celui des phénomènes de justice populaire¹. Pour elle, les recherches menées sur ces objets spécifiques « ont démontré l'existence de systèmes normatifs, donc de droit »².

Certaines théories pragmatiques amènent ainsi à considérer simplement que le droit serait ce sur quoi travaillent les juristes : il s'agit des approches panjuridiques évoquées au sein de la première section. Avec elles, l'expression « théorie pragmatique » se présente bien tel un oxymore ; et, dans cet oxymore, le pragmatisme l'emporte sur la théorie puisqu'il s'agit d'autoriser le panjuridisme à travers une non-définition du droit, une non-spécification des critères conférant qualité juridique à certaines normes et à certaines institutions. Peut-être la théorie syncrétique du droit pourrait-elle constituer une théorie du droit plus forte capable de consolider le pragmatisme des scientifiques du droit, ceux-ci ne pouvant plus, grâce à elle, être dénoncés en ce qu'ils ruineraient l'autonomie du droit.

Il s'avère difficile de suivre les panjuridistes qui considèrent qu'il ne leur incomberait « ni de définir le droit ni d'étudier sa spécificité »³ et qui, par suite, au lieu d'accueillir sans la discuter la définition du droit élaborée par les théoriciens du droit dont la tâche est justement de définir le droit et d'étudier sa spécificité, n'accueillent aucune définition du droit véritable et explicite. Ils refusent de « s'enfermer dans

¹ M. GALANTER, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism* 1981, n° 19, p. 1 s.; G. WOODMAN, « The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution », *Les Cahiers de Droit* 1991, n° 32, p. 3 s.

² S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 58. Pour reprendre les mots de Carbonnier, le tenant du « radicalisme » serait trompé par la « grande illusion du pluralisme » ; « il croit avoir filmé le combat de deux grands systèmes juridiques, mais ce qu'il montre est un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre » ; « les choses ne se passent pas droit contre droit, mais droit contre sous-droit » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 361).

³ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 31-32.

l'interminable débat sur les frontières de la juridicité »¹. Censés se concentrer sur la « réalité sociale » des normes *juridiques*, ils se focalisent en réalité sur la réalité sociale des normes sociales. Certains vont jusqu'à définir sans détour la sociologie du droit comme une « sociologie des régulations sociales »². Très explicitement, ils conviennent que les « systèmes juridiques » comprennent du droit, mais aussi « du presque-droit, du comme-droit et du quasi-droit »³ ; tandis que les anthropologues du droit étudient les « normes et institutions des populations » au départ d'un « postulat d'universelle juridicité »⁴ qui les mène à affirmer sans ambages que tout système normatif serait juridique⁵ car le droit serait un « fait social total »⁶. Carbonnier pouvait regretter la « confusion durkheimienne du social juridique et du social non juridique »⁷, ce sont bien la plupart des panjuridistes qui apportent leur pierre à l'édifice de la *dissolution du juridique dans le social*.

L'enjeu, pour le pragmatisme juridique, serait de trouver les moyens d'associer ces deux propositions : d'une part, on ne

¹ J. COMMAILLE, « Sociologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1425.

² J. COMMAILLE, J.-F. PERRIN, « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », *Dr. et société* 1985, p. 95.

³ A.-J. ARNAUD, M. J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant (Bruxelles), 1998.

⁴ L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 322.

⁵ *Ibid.*, p. 325; également, G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers du droit* 1988, n° 29, p. 91 s.

⁶ M. MAUSS, « Essai sur le don – Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *L'Année sociologique* 1923-1924.

⁷ J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 171. Pour Durkheim, « la vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étende en même temps et dans le même rapport » (É. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Puf, coll. Quadrige, 1998). La thèse défendue par le grand sociologue était que « le symbole visible de la solidarité sociale [...], c'est le Droit. Nous pouvons donc être certains de trouver reflétées dans le Droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale » (*ibid.*).

peut se passer d'une définition du droit ; d'autre part, il faut retenir la définition du droit la plus ouverte et englobante afin de ne s'interdire aucun objet d'étude. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité pourraient éventuellement être ces moyens, pourraient éventuellement permettre cette conciliation. Les étranges conceptions sans définition du droit qui sont la marque des théories panjuridiques ne gagneraient-elles pas à se ranger à la définition syncrétique du droit et à la vision graduelle de la juridicité. Celles-ci permettraient de résoudre — et non de passer sous silence — les *difficultés théoriques liées aux limites du territoire juridique dans le monde de la régulation sociale*, de légitimer théoriquement le panjuridisme¹. Le chercheur pourrait alors se concentrer pleinement sur l'ambition pragmatiste de témoigner de données *jus-factuelles* et *jus-pratiques* sans devoir se poser systématiquement la question « ai-je affaire à du droit ? ».

L'échelle de juridicité cherche à satisfaire le besoin de plus en plus pressant d'*équilibre entre autonomie du droit et ouverture du droit*² : grâce aux enseignements tirés de son expérimentation, le chercheur en droit peut s'intéresser à tous les foyers de normativité tout en s'inscrivant — certes par un biais inhabituel et inattendu — dans la lignée des courants dominants de la pensée du droit moderne. La seule voie envisageable afin d'accueillir entièrement le pluralisme juridique horizontal (différents types de sources du droit) sans

¹ Le panjuridisme semble avoir jusqu'à présent toujours amené à retenir la définition du droit selon laquelle il serait tout ce que les juristes étudient. Cela implique un renversement radical de perspective puisque ce n'est plus de la définition du droit que dépend l'objet d'étude concret du juriste mais de l'objet d'étude concret du juriste que dépend la définition du droit. La théorie syncrétique, pour sa part, revient à la logique initiale en posant *ab initio* une définition du droit ; mais elle le fait de manière pragmatique et autorise elle-aussi le panjuridisme — tout en préservant, au contraire du panjuridisme ordinaire, la spécificité du droit à laquelle les illustres théoriciens du droit d'hier et d'aujourd'hui sont attachés. Aussi déboucherait-elle sur une forme de « panjuridisme éclairé et modéré ».

² Réf. à J.-Y. CHÉROT, S. CIMAMONTI, L. TRANCHANT, J. TRÉMEAU et *alii*, *Le droit entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013.

ruiner le particularisme ontologique du droit paraît résider dans le pluralisme juridique vertical (différents niveaux de force juridique). Avec le soutien de la théorie syncrétique et de la conception graduelle de la juridicité qu'elle aboutit à consacrer, les travaux contemporains relatifs aux nouveaux objets normatifs pourraient *reposer sur des fondations théoriques plus solides, donc plus porteuses*.

Il s'agirait ainsi d'une *théorie visant à conforter l'acceptabilité jus-théorique de l'idée de pluralisme des sources du droit*, laquelle paraît intimement liée aux théories pragmatiques du droit, surtout dans leur versant panjuridiste. Or cela serait loin d'être anodin tant ladite idée manque de force sémantique, aux yeux du théoricien du droit mais aussi, plus généralement, aux yeux de beaucoup de juristes modernes, lorsqu'elle est utilisée par les sociologues du droit, par les anthropologues du droit ou encore par les tenants du « pluralisme juridique radical », tous se montrant quelque peu insensibles à l'autonomie du juridique au sein du social que des générations de penseurs du droit se sont évertuées à forger¹.

¹ Il conviendrait, préalablement à toute autre forme d'investigation relativement aux normes, d'être en mesure de distinguer celles qui revêtent la qualité juridique de celles qui n'intègrent pas le domaine du droit et qui, de la sorte, sont *extérieures à l'objet d'étude du juriste*. Nul ne saurait, semble-t-il, s'intéresser pertinemment aux normes de droit sans avoir auparavant identifié le ou les critère(s) permettant de reconnaître la juridicité des normes et, par conséquent, permettant de déterminer et délimiter le champ d'investigation. En témoignent clairement ces explications tirées de l'introduction d'un ouvrage récemment consacré aux « nouvelles sources du droit » : « Étudier les nouvelles sources du droit suppose nécessairement de réfléchir sur le système juridique, son contenu, ses caractéristiques et de se positionner par rapport au modèle pyramidal kelsénien et au postulat luhmannien de l'autoréférentialité du système Droit. [...] La pyramide des normes kelsénienne s'est imposée comme l'aboutissement des efforts de rationalisation et de scientification du droit, les concepts-clé d'objectivité, de véracité-validité et d'autonomie du droit étant censés rendre possible le départ entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas. [...] Si seulement [les] hypothèses de clôture, d'autoréférentialité, de cohérence et de validité normative n'étaient pas considérées comme des conditions et caractéristiques exclusives du système juridique, cela permettrait d'envisager de nouveaux mécanismes et de nouvelles forces de production juridique, de nouvelles sources du droit qui ne peuvent plus se satisfaire de l'espace marginal qui leur a été traditionnellement concédé au-delà des

Outre un objet d'étude, une théorie juridique confère à « sa » science du droit une méthode d'étude de cet objet. C'est pourquoi il convient à présent de se pencher sur les *méthodes de travail des scientifiques du droit pragmatistes*. Le pragmatisme juridique incite à envisager les problématiques et phénomènes juridiques de manière *concrète, vivante et libre*¹. Ce pragmatisme juridique serait ainsi tout spécialement intéressant à étudier sous l'angle épistémologique et méthodologique, sous l'angle du rapport à la connaissance juridique des juspragmatistes et des moyens qu'ils mettent en œuvre afin de mieux comprendre le droit dans le contexte du XXI^e s.

frontières du système juridique » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 9-10).

¹ Il faut redire, avec un auteur du début du XX^e s., que « le pragmatisme est moins une doctrine qu'une méthode, et moins encore une méthode qu'un esprit, une certaine façon concrète, vivante et libre d'aborder et de traiter les problèmes philosophiques » (G. CANTECOR, « Le pragmatisme », *L'année psychologique* 1907, p. 355). Et Quintiliano Saldaña d'enseigner que « le concret est à la fois l'objectif et la limite du pragmatiste » (Q. SALDAÑA, « Étude préliminaire – Le pragmatisme juridique de M. Duguit » [1924], in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 131).

Seconde partie

Les moyens d'étude prescrits par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit

Actuellement, les scientifiques du droit pragmatistes semblent plus impliqués dans la réflexion méthodologique que dans la définition de l'objet-droit et, lorsqu'ils adoptent une attitude réflexive et recourent au méta-discours, celui-ci est souvent d'ordre épistémologique. En d'autres termes, ces scientifiques pragmatistes se posent plus fréquemment la question de leurs méthodes que celle de leurs objets. La matière première au sein de laquelle étudier ce pan des théories pragmatiques du droit ne manque donc pas.

Le progrès des sciences du droit passe peut-être en premier lieu par le progrès de leurs méthodes (*chapitre 1*) ; et la mise en lumière des principes méthodologiques pragmatiques en même temps que leur perfectionnement pourraient contribuer à ce progrès (*chapitre 2*). En somme, le pragmatisme serait une voie à suivre afin de prévenir la crise des facultés de droit et de la recherche juridique que d'aucuns redoutent¹, cette crise

¹ Déjà au début du XX^e s. Léon Duguit ou François Gény plaidaient pour une rénovation de la science juridique qui ne s'est jamais réalisée, en France en tout cas. Peut-être cette rénovation est-elle néanmoins en train d'advenir et prend-elle la forme du pragmatisme ; et peut-être le fait-elle insensiblement, si bien que mon projet pourrait servir à la mettre en exergue et, ainsi, à conforter son mouvement. Cf. J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François Gény – Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 132. L'auteur observe que « la réflexion et le discours des juristes français sur leur savoir, ses méthodes et ses finalités se sont considérablement

risquant de prendre la forme d'un « sommeil dogmatique »¹. Ne désigne-t-on pas souvent la science du droit moderne par l'expression ô combien significative « dogmatique juridique » ? Le pragmatisme juridique semble être une tout autre façon de concevoir la mission du scientifique du droit, plus empirique et ouverte².

appauvris. Est encore d'une grande actualité le regret de Gény qui constatait que les juristes ne s'intéressaient guère à l'épistémologie : « la plupart pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites ».

¹ Ch. JAMIN, M. XIFARAS, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 107.

² Qu'on pense à la méthode exégétique qui a longtemps prévalu dans les facultés de droit françaises ou à tout autre mode d'approche du droit, forme de raisonnement, disposition d'esprit, il est certain que l'influence de la méthode adoptée par le scientifique sur ses travaux est décisive. S'ajoutent à cela les grandes différences entre les objets d'étude des positivistes modernes et ceux des pragmatistes postmodernes, si bien que les résultats des recherches des uns et des autres ne peuvent que diverger très fortement.

Chapitre 1. Les enjeux des méthodes pragmatiques d'étude du droit

Au premier rang des idées-clés qui gouvernent les travaux et raisonnements des juspragmatistes figurent la *mise en avant de l'effectivité, des conséquences, des résultats et de l'utilité au détriment des origines, de l'essence, de l'ontologie et de la métaphysique*. Avec le pragmatisme, on juge l'arbre à ses fruits plutôt qu'à ses racines. « Est vrai ce qui réussit », pouvait soutenir William James, avant de résumer en ces termes la posture pragmatiste : « Le pragmatisme, c'est l'attitude qui consiste à se détourner des choses premières, des principes, des catégories, des nécessités supposées, pour se tourner vers les choses dernières, les fruits, les conséquences, les faits »¹. Selon la perspective pragmatiste, penser un objet reviendrait donc à identifier l'ensemble de ses implications pratiques, car seules ces dernières confèreraient un sens à l'objet pensé. Et la vérité ne saurait exister *a priori* ; elle se révélerait progressivement grâce à l'expérience. Anti-essentialiste,² anti-nominaliste et anti-intellectualiste, le pragmatisme poursuivrait ainsi la fabrication d'un savoir supposément plus sûr.

Notamment, les juristes pragmatistes sont conduits à écarter de leurs démarches cognitives les problématiques philosophiques abstraites ainsi que les dualismes traditionnels qui enferment la pensée juridique dans de faux problèmes et retardent le progrès des connaissances. Ils portent leur intérêt sur les manifestations pratiques des choses et phénomènes juridiques et ne cherchent pas à en dire plus que ce qu'il est

¹ W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2007, p. 120.

² Le nominalisme implique que les mots ne désignent pas la réalité des choses mais seulement des représentations de celles-ci.

permis de comprendre par l'observation de ces manifestations pratiques. Aussi s'opposent-ils à la rupture entre la théorie et la pratique du droit, l'ambition étant de rendre les idées et les réflexions plus concrètes. Mais ils ne disent en aucun instant qu'il faudrait supprimer les systèmes d'idées ou mêmes les idéologies ; ils estiment qu'il faut évaluer ces systèmes d'idées et idéologies uniquement à l'aune de leurs mises en œuvre concrètes. Et si, face à une controverse juridique quelconque, il s'avère que nulle des options en présence n'emporte de conséquences pratiques différentes de celles de ses rivales, alors cette controverse juridique est parfaitement vaine.

Ensuite, tandis que prolifèrent, de manière assez désordonnée, des objets juridiques non ou mal identifiés hétéroclites qui mettent à l'épreuve les connaissances que les juristes ont pu croire « acquises », le pragmatisme de certains scientifiques du droit devrait leur permettre de rendre pleinement justice de la diversité des origines, des formes et des effets de ces nouveaux objets juridiques¹. Avec le pragmatisme, il n'est, semble-t-il, pas de lieu-commun incontestable et incontesté, pas de connaissances *a priori* issues d'autre chose que de l'expérience². Conscients de la labilité et de la

¹ Comme l'explique Benoît Frydman, « nous sommes mis en demeure par l'évolution du monde, des relations et des régulations juridiques de réévaluer les principes, les concepts et les outils du droit moderne, établis depuis plusieurs siècles, solidement pensait-on, mais qui montrent chaque jour davantage les limites de leur pertinence et de leur efficacité à capturer leur objet et à le faire comprendre. Nous sommes obligés de repenser les classifications et les catégories dans lesquelles les nouveaux objets qui émergent chaque jour, sortes d'ornithorynques du bestiaire normatif, se refusent obstinément à se laisser enfermer » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17).

² Par exemple, il est permis de s'étonner que les manuels d'introduction au droit continuent quasi-unanimement à perpétuer l'enseignement selon lequel il existerait trois sources de droit : la loi, la jurisprudence et la coutume. Le pragmatisme paraît conduire, plutôt qu'à accepter sans discussion pareil héritage, à se plonger dans les faits normatifs, à enquêter parmi eux afin de savoir si la vie du droit ne connaîtrait pas d'autres formes de normativité et si la loi, la jurisprudence et la coutume y jouent effectivement un rôle — dans

contingence du monde du droit, les pragmatistes paraissent s'efforcer à résister au besoin de certitudes et de principes définitifs. Pour eux, le manque de fondements absolus (scientifiques, moraux, religieux, culturels, politiques) serait une chance en ce qu'il permettrait de constamment chercher à améliorer les pratiques et les savoirs qui les accompagnent en expérimentant de nouvelles pistes d'action et de réflexion sur l'action. Leur démarche semble être ainsi, pour reprendre les qualificatifs utilisés par Richard Posner, foncièrement « pratique, instrumentale, avant-gardiste, sceptique, anti-dogmatique et expérimentale »¹.

Tournant résolument le dos à ce que d'aucuns ont pu qualifier de « nationalisme méthodologique », ils s'efforceraient à produire des travaux frappés du sceau de l'objectivité et de l'empirisme. Le pragmatisme juridique reprendrait ainsi à son compte l'« empirisme radical » développé par William James, dont le projet général consiste à *libérer les expériences de toute forme de pensée préexistante*². Là où le penseur traditionnel essaie de faire entrer le réel dans son système, au besoin en remodelant artificiellement ce réel et en gommant les aspérités, le pragmatiste ferait de l'expérience sa religion, en accepterait la variabilité et la complexité, même si cela peut l'obliger à souvent revoir ses conclusions.

Alors que des professeurs en viennent à souligner combien la pédagogie parmi les facultés de droit serait le

beaucoup de branches du droit, la coutume semble ainsi être désormais une source asséchée.

¹ R. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 9.

² Déjà Léon Duguit se réclamait de cet empirisme radical, ce qui fait de lui un pragmatiste sous cet angle : « L'observation et le raisonnement sur les données de l'observation sont les seuls instruments d'investigation que l'homme possède pour arriver à découvrir la petite part de vérité qu'il lui est permis de connaître. Dans le domaine du droit, on ne peut arriver à des solutions à la fois pratiques et justes qu'en écartant tous les concepts *a priori* et toutes les vaines dialectiques que l'on prétend y rattacher » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. X).

« dernier refuge de la dogmatique »¹ et que « les modèles actuels de formation juridique, bien qu'en cours de réforme dans de nombreux pays, pâtissent encore de biais culturels et de conceptions du droit dépassées »², il semble que le développement des prémisses pragmatistes puisse susciter quelques évolutions non anecdotiques au sein de ces facultés.

Par exemple, il est remarquable que des professeurs de l'École de Bruxelles invitent leurs collègues à « rompre une fois pour toutes avec la chimère de l'encyclopédisme juridique qui, en multipliant le volume horaire des cours magistraux de droit positif, place les étudiants dans une course éperdue vers un mirage – la connaissance d'un droit fini, stable et objectif »³. Et d'ajouter que, « sans céder à l'opposition caricaturale entre têtes bien pleines et têtes bien faites, il est devenu évident que l'accélération du temps juridique, l'avènement d'un droit en réseau, la montée en puissance des normativités non ou para-juridiques, et la transformation corrélatrice des métiers du droit militent en faveur de nouveaux processus d'apprentissage qui font la part belle à l'interdisciplinarité, à la réflexivité (notamment par la théorie du droit) et au *learning by doing* (*moot courts*, “cliniques du droit” etc.) »⁴. Nul doute qu'apprendre le droit à travers des exemples détaillés ne produit pas les mêmes résultats qu'apprendre le droit à travers des notions générales abstraites et des exposés techniques de droit positif fermés à toute interdisciplinarité. Il faudrait trouver les

¹ Ch. JAMIN, M. XIFARAS, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 107.

² O. ROSELLI, « Formation, culture juridique, rôle du juriste et des opérateurs du droit à l'époque contemporaine de transition », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 87. En ce sens, on souligne également « les apories du paradigme cartésien, qui n'est plus guère défendu par les théoriciens du droit à l'heure actuelle mais demeure dans l'inconscient juridique collectif, comme en témoigne la forme de l'enseignement du droit continental » (J. VAN MEERBEECK, « Penser par cas... Et par principes », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 77).

³ A. BAILLEUX, F. OST, « Introduction », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 25.

⁴ *Ibid.*, p. 25-26.

moyens d'une « alchimie ascendante »¹ en matière d'étude et d'enseignement du droit, plaçant les « faits juridiques » à la base de tout — et même si cela peut générer quelques travers : par exemple, si la méthode casuelle et le *learning by doing* en vogue aux États-Unis ont joué un rôle déterminant dans la façon de penser des juristes américains, qui apprennent le droit par des exemples détaillés et non à partir de notions générales exposées sous forme de concepts théoriques, ils risquent de priver le praticien de toute aisance rédactionnelle en dehors des chemins battus, faute de points de repère généraux et transversaux².

¹ J. PERELMAN, « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 133.

² F.-X. TESTU, « Casuistique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 171. L'auteur explique ainsi : « S'il est vrai qu'on ne peut réduire le droit à une application mécanique de règles générales, le juriste a besoin d'un minimum de science. Les situations concrètes méritent certes d'être prises en compte et il est possible qu'un enseignement du droit soit fondé sur de telles bases ; mais il arrive nécessairement un moment où la réflexion doit changer de dimension, parce que les cas ne fournissent pas spontanément leurs propres conditions d'intelligibilité ; il faut alors conceptualiser et examiner les situations concrètes sous le filtre sélecteur d'une théorie (une généralisation intellectuelle) à la fois formalisatrice et simplificatrice » (*ibid.*, p. 172).

Chapitre 2. Le contenu des méthodes pragmatiques d'étude du droit

Certains principes méthodologiques gouvernant l'étude pragmatique du droit pourraient être déduits du volet épistémologique de la philosophie pragmatique. Celui-ci inciterait les scientifiques du droit à s'inscrire davantage dans une démarche de sciences sociales, concevant le droit entièrement tel un phénomène social, telle une activité humaine à vocation pratique en constante recomposition, contrastant avec l'attitude positiviste focalisée sur les textes et sur les normes valides. Le droit devrait dès lors s'analyser en tant que *pratique située* ne pouvant se comprendre sans prise en compte de son *environnement*. Cependant, puisque la présente étude n'est pas le lieu où entreprendre la transposition en droit des prémisses de la philosophie pragmatique — au contraire de la seconde étude à venir —, seuls les principes imprégnant déjà une partie de la littérature juridique seront ici exposés¹.

Ces principes juspragmatistes peuvent être regroupés en quatre ensembles : droit vivant, droit en situation et droit en action (*section 1*), expérimentations, enquêtes et études de cas (*section 2*), liberté, critique et éclectisme (*section 3*), ainsi

¹ Il n'en est pas moins remarquable, pour ne prendre qu'un exemple, que John Dewey défendait un enseignement conçu non comme transmission d'un savoir établi mais comme acquisition, par l'expérience, des connaissances. C'est sur cette conception qu'il a créé ses « écoles laboratoires ». Peut-être y a-t-il là une voie à explorer pour les facultés de droit. Dewey a commencé par être instituteur et il a alors développé un mouvement pédagogique visant à placer l'expérience au cœur des apprentissages : c'est en pratiquant concrètement les choses que l'enfant pourrait le mieux les comprendre. Aux États-Unis, Dewey est ainsi devenu la bête noire des défenseurs d'une école appliquant les programmes et transmettant des savoirs. Ce qui ferait la spécificité du pédagogue, ce serait la capacité à lier l'expérience humaine, la vie concrète et les sciences.

qu'interdisciplinarité, droit en contexte et sociologie du droit (section 4).

Section 1. Droit vivant, droit en situation, droit en action

Les juristes pragmatistes s'élèvent contre le fait que « nous avons sans relâche inculqué l'idée selon laquelle la bibliothèque doit être le lieu d'étude pour les étudiants autant que pour les professeurs, que c'est là pour nous ce qu'est le laboratoire pour les chimistes et les physiciens, le musée d'histoire naturelle pour les zoologistes, et le jardin botanique pour les botanistes »¹. En effet, ces juristes pragmatistes cherchent les moyens de pleinement rendre compte du droit qui *de facto* s'impose, du droit efficace, du « droit dans la vie » plutôt que du « droit dans les livres »². Leur regard se porte en direction du droit vivant, du droit en situation, du droit en action. Cela implique d'adopter une *approche dynamique du droit* — là où le dogmatisme appelle le statisme³.

Ensuite, les instruments des juspragmatistes doivent leur permettre de plonger au cœur des activités et des pratiques juridiques afin de comprendre *ce que fait le droit concrètement*. Dès lors, seules les problématiques factuelles et matérielles les

¹ Ch. C. LANGDELL (cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 342).

² Ch. JAMIN, M. XIFARAS, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 107.

³ Comme les philosophes pragmatiques, les tenants du pragmatisme juridique se placent dans la lignée du darwinisme et conçoivent un droit capable comme les êtres vivants de s'adapter à son environnement — ou en tout cas devant l'être. À la suite de Dewey, ils voient dans le droit un ensemble de processus continus : tout serait toujours « *in the making* », en train de se faire, mobile et évolutif. Les phénomènes cognitifs devraient se comprendre à la lumière des processus d'adaptation des organismes vivants. Ainsi Peirce a-t-il, par exemple, élaboré la notion de « doute vivant » par opposition au doute cartésien.

interpellent et ils délaissent les réflexions spéculatives, si bien qu'ils se rendent le plus souvent possible *sur le terrain* et s'éloignent du « ciel des concepts », des notions purement abstraites et posées *a priori*, redoutant ces produits universitaires qui rompent toutes leurs amarres à la pratique réelle du droit. Le monde juridique sort transformé de l'approche pragmatiste : il apparaît tel un processus factuel et pratique se récréant continuellement.

En particulier, le pragmatisme, parce qu'il attire l'attention sur l'effectivité du droit, amène à observer les *usages juridiques*. Il faudrait ainsi s'intéresser aux acteurs et aux actrices qui font le droit *in situ*, qui l'appliquent ou, du moins, l'utilisent dans leurs activités. En ce sens, des auteurs proposent des études ethno-méthodologiques et des « *legal-consciousness studies* » en partant de la thèse selon laquelle jusqu'au concept de droit ne saurait être appréhendé qu'au travers de ses usages, c'est-à-dire au travers des « pratiques » réelles et concrètes d'un droit « en train de se faire »¹. À nouveau, peut être identifiée une véritable filiation entre le pragmatisme juridique et la philosophie pragmatique, notamment telle que promue par Dewey². Et les « *cliniques juridiques* », forme remarquable d'initiation au droit apparue il y a peu, sont possiblement un excellent témoignage du fait que le pragmatisme gagnerait les facultés de droit³.

¹ B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, coll. Cursus, 2006 ; B. DUPRET, « Le code en tant qu'accomplissement pratique – Respécification ethnométhodologique et cas d'étude égyptien », *Tracés* 2014, n° 27, p. 73 s.

² G. CALAFAT, A. FOSSIER, P. THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7 s.

³ L'introduction de séances de travaux pratiques obligatoires par une loi du 30 octobre 1940 (en France) ou le développement des stages et de l'initiation ont sans doute été de premières étapes dans la marche vers un enseignement pragmatique du droit. Aujourd'hui, la création des « cliniques juridiques », consistant pour les étudiants à traiter, sous la direction de leurs professeurs et de praticiens, des cas réels et actuels, non plus seulement des cas passés ou fictifs, apparaît telle une nouvelle étape importante. Ainsi les professeurs de l'« École de Bruxelles » expliquent-ils que « ce qui distingue l'initiation aussi bien de l'apprentissage que de l'enseignement, c'est qu'elle se trouve aux prises avec le réel. Tout à coup, les apprentis juristes cessent de s'exercer à

En outre, le regard porté vers le droit en action contribue à renforcer les liens entre pragmatisme juridique et théories réalistes du droit. Ainsi, là où le courant normativiste se concentre sur la nature spécifique des normes juridiques et sur leur ordonnancement au moyen de la validité, Chaïm Perelman et ses continuateurs de l'École de Bruxelles adoptent une perspective tout autre. Ils délaissent l'étude du système juridique pour se concentrer sur les *cas particuliers tels que les juges sont amenés à les traiter*. Là seulement se trouverait le véritable droit positif compris comme droit vivant ou droit en situation. S'attachant à la manière dont le juge décide et motive ses décisions, ils invitent à focaliser l'attention non sur le législateur et sur le gouvernement mais sur les tribunaux. Le juge se trouve ainsi restauré dans la position de « point focal » du raisonnement juridique¹.

La fameuse parabole qu'Oliver Wendell Holmes propose est particulièrement instructive sous cet angle : « Si vous souhaitez connaître le droit et lui seul, vous devez vous mettre à la place du méchant qui a pour seul souci les conséquences matérielles qu'une telle connaissance lui permet de prédire, non pas à celle de l'homme bon qui trouve ses raisons d'agir, que ce soit par rapport au droit ou en dehors de lui, dans les sanctions

jouer le « jeu » du droit pour y participer vraiment. Ce passage de l'exercice au réel n'a rien d'anodin. Il est possible et souhaitable d'aller plus loin et, passant de l'observation à l'action, de proposer aux étudiants d'intégrer des « cliniques juridiques ». Ces dispositifs leur permettraient, sous la supervision d'un enseignant, de se frotter à des cas concrets, de gérer les attentes d'un « client », bref de s'initier à la pratique du droit. Nous sommes convaincus que, si elles s'accompagnent de séances où s'opère un véritable retour réflexif, de telles cliniques peuvent être de puissants vecteurs de conscientisation et, dès lors, de responsabilisation de nos étudiants. Elles constituent un excellent laboratoire pour initier les apprentis juristes à la double dimension de leur discipline — mythe et réalité du « génie juridique », plasticité et force symbolique du droit, liberté et responsabilité du juriste » (Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, « De futurs juristes libres et responsables ! Manifeste pour la formation en droit », *RIEJ* 2016, n° 76, p. 174).

¹ B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in B. FRYDMAN, M. MEYER, *Chaïm Perelman (1912-2012) – De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Puf, 2012, p. 229.

moins précises que lui inflige sa conscience. Quand cet homme mauvais [qui est très pragmatique] va voir son avocat, il ne veut pas connaître le droit de façon abstraite, mais la loi qui prévaut dans le Massachusetts ou un autre État ; il ne veut pas connaître tout le droit, mais la manière dont les juges sont susceptibles de l'interpréter »¹. Cette approche conduit donc à une analyse empirique du droit tournée en direction de ses praticiens et de leurs activités situées.

Section 2. Expérimentations, enquêtes, études de cas

Ensuite, le pragmatisme comprend une forme d'« expérimentalisme d'inspiration scientifique »² dont l'*enquête* est le pivot — par opposition à une conception des connaissances selon laquelle celles-ci découleraient seulement de l'usage de la raison. Il suppose de constantes validations et revalidations (ou ajustements) des connaissances à l'aune d'une *observation contrôlée des faits*. Pour pouvoir rendre compte le plus précisément et fidèlement possible du droit vivant, du droit en situation, du droit en action, les scientifiques pragmatistes procèdent à des expériences et mènent des enquêtes. Ainsi pourraient-ils se rapprocher au plus près du droit concret et permettre au savoir de suivre ses mouvements.

Avec le pragmatisme, les sciences du droit sont gagnées par l'esprit expérimental qui fait que nulle idée ne saurait être acceptée si elle n'est pas le fruit d'une expérience et si elle ne peut pas être révisée au cours d'expériences futures. Seules les *hypothèses expérimentables* peuvent être retenues³ ; et,

¹ O. W. HOLMES, « La passe étroite du droit – Traduction par Françoise Michaut de O. W. Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, p. 457-478 », [en ligne] *Clio@Themis* 2014, vol. 10, § 7.

² J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 18.

³ Aussi a-t-on pu écrire que « la pensée se trouve satisfaite quand elle sort de l'épreuve expérimentale plus forte, plus lumineuse et plus riche. La

lorsqu'elles le sont, elles doivent être immédiatement expérimentées. Aussi le pragmatisme est-il une *doctrine de terrain* et non une doctrine de cabinet. Il pousse le chercheur à creuser avec des outils matériels plutôt qu'avec des outils mentaux, à aller au plus près des faits et des activités pratiques. La recherche est conçue tel un procès dynamique dans lequel toute connaissance résulte d'un travail d'enquête.

Les études de cas également semblent être l'apanage des juristes pragmatistes, que les *situations particulières* intéresseraient davantage que les réflexions transversales. Pour les plus radicaux, adeptes de la « méthode casuelle intégrale », l'essentiel de la matière n'existerait pas à l'état désincarné et le droit serait abstraitement insaisissable, le seul moyen de l'approcher étant de traiter des cas particuliers¹. Partant, il faudrait apprendre, ou réapprendre, à *penser le droit à partir du cas*, qu'il soit passé (la « *case method* » du « *common law* »²), présent (les cliniques juridiques), hypothétique (la casuistique) ou fictif (le courant « droit et littérature »³)¹.

vérification, en un mot, est comme une crise de croissance de la pensée » (E. LE ROY, « Observations sur le pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 806).

¹ F.-X. TESTU, « Casuistique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 171.

² Cf. D. FENNELLY, « Penser par cas : A Common Law Perspective », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 155 s. Dès 1871, la Harvard Law School institua, parallèlement aux enseignements magistraux, sa *case method* ; le doyen Langed faisait lire une série d'arrêts à ses étudiants qui devaient ensuite discuter et répondre au feu roulant de questions posées par le maître ; la méthode, adoptée ensuite par toutes les écoles de droit, fut reçue avec enthousiasme dans les écoles de gestion et trouva son expression la plus élaborée à la Harvard Business School entre 1908 et 1920. La méthode casuelle était certainement destinée à s'affirmer dans les écoles de droit anglo-saxonnes, là où un droit peu légalisé s'alimente pour l'essentiel de la règle du précédent juridictionnel (F.-X. TESTU, « Casuistique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 171).

³ Notamment, François Ost a montré que l'approche « droit et littérature », qui pense à partir de cas fictifs, constitue une contribution essentielle à l'étude du raisonnement juridique (F. OST, « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », *RIEJ* 2014, n° 73,

Les raisonnements sont ici des raisonnements pratiques en situation, attachés aux interactions entre les *acteurs du jeu juridique*. Tandis que les juristes normativistes se consacrent surtout au système des normes juridiques et à leur production au sein de l'appareil d'État, les juristes pragmatistes analysent, en étudiant des cas spécifiques, comment les juges tranchent les litiges, comment ils motivent leurs décisions, comment les législateurs édictent les lois, comment les individus contractent, comment les multinationales créent leur droit propre etc. Partant, ils préfèrent le *point de vue microjuridique* au point de vue macrojuridique.

Pour ne prendre qu'un exemple, les scientifiques du droit de l'École de Bruxelles, dans le cadre de leurs travaux relatifs au droit global, sont souvent partis de cas singuliers : l'affaire « Yahoo! » pour l'internet, l'affaire « Nike » pour la responsabilité sociale des entreprises ou l'affaire « Total » pour le contentieux transnational des droits de l'homme². Si les

p. 99 s.). Dans le même sens, les réalistes américains n'hésitent pas à recourir à « l'analyse "littéraire" du droit [qui] recherche dans les attendus des jugements les phénomènes narratifs et interprétatifs qu'on aurait cru réservés à l'écrivain ou à l'historien » (P. LIVET, « Argumentation et rhétorique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 85).

¹ J. VAN MEERBEECK, « Penser par cas... Et par principes », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 77 s. Benoît Frydman note ainsi que « l'approche macrojuridique privilégie l'étude du droit objectif au niveau de l'ordre juridique. L'approche microjuridique détermine les droits subjectifs à l'horizon du cas. L'ordre, d'un côté, le cas, de l'autre, tels sont les deux cadres dont l'histoire nous a dotés pour penser le droit. L'ordre s'est imposé de telle manière sur le continent européen que lorsque nous étudions "le droit", nous privilégions presque toujours l'approche macrojuridique, comme s'il n'y en avait pas d'autre, du moins valide scientifiquement » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17).

² Benoît Frydman explique ainsi : « Notre approche pragmatique des phénomènes juridiques nous a conduit à étudier les conséquences de la mondialisation sur le droit, non sur la base d'une théorie générale préétablie, mais au départ d'études de cas et d'observations sur le terrain. Nous avons ouvert successivement une série de "chantiers" dans des domaines particulièrement affectés par la mondialisation, comme la régulation de l'Internet et des univers virtuels, la lutte contre le réchauffement climatique,

juristes de tradition romano-germanique se basent classiquement sur les règles pour penser le droit, règles qui ont vocation à résoudre tous les cas particuliers, cette méthode n'a en réalité rien d'évident et constitue même une rupture avec la méthode casuistique employée pendant des siècles et prévalant encore dans certains systèmes de *common law*.

La méthode pragmatiste reposerait donc en premier lieu sur des études empiriques et microjuridiques. La direction à suivre irait non de la théorie au cas de manière déductive mais *du cas à la théorie de manière inductive*. À l'heure du droit global, cette méthode a vocation à permettre d'élargir l'horizon des juristes et à amener à se concentrer sur les pratiques des acteurs originaux du droit d'aujourd'hui, lesquels ne seraient plus que de temps à autre des acteurs étatiques. Ainsi pourrait-on examiner au plus près les transformations du monde juridique¹ — mais à condition de s'en donner les moyens en termes de disposition d'esprit, c'est-à-dire sous l'angle de la liberté, de la critique et de l'éclectisme.

Section 3. Liberté, critique, éclectisme

Les éléments envisagés au sein des sections précédentes, du droit en action aux études de cas, ne sont pas indifférents à la pensée du droit. Au contraire, ils doivent la servir. En ce sens, des juristes pragmatistes se proposent d'adopter non le point de vue externe modéré classique des théoriciens du droit mais plutôt un « point de vue interne réfléchi » consistant à saisir, par la réflexion et au cœur même du droit vivant, les conflits de

mais aussi la responsabilité sociale des entreprises, le contentieux transnational des droits de l'homme, la régulation comptable et financière, les standards techniques et les indicateurs, ou encore l'Union européenne comme laboratoire du droit global » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17).

¹ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Éditions de l'Académie royale de Belgique, coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014.

valeurs qui le traversent et à définir les équilibres souhaitables afin d'en favoriser l'évolution tout en préservant sa fonction¹. Ainsi la pratique et la pensée du droit seraient-elles intimement liées d'un point de vue pragmatiste quand, ordinairement, elles semblent se développer dans des sphères étanches l'une à l'autre².

Au moment de tirer les conclusions des enquêtes qu'il a menées et de réfléchir à leurs implications et conséquences, le pragmatiste ne se détache pas des objectifs d'objectivité et d'empirisme, ce qui signifie qu'il se place dans un cadre de *liberté intellectuelle*, c'est-à-dire à l'abri de tout précepte et de toute doctrine afin de pouvoir dégager les enseignements les plus justes de ses travaux. Ensuite, il n'en est pas moins souvent critique. Ainsi fait-on du pragmatisme une « éthique » garantissant *l'ouverture, la libre discussion et la critique*³. Sous cet angle, en ce qu'elles incitent à penser par soi-même, à l'aune de ses seules constatations empiriques, et à s'émanciper du conformisme, du suivisme, du conservatisme et du « prêt à penser », les théories pragmatiques du droit présentent peut-être les traits d'une philosophie juridique⁴.

En outre, les scientifiques pragmatistes s'attachent à l'éclectisme, attitude consistant à ne se lier à aucune philosophie ou doctrine particulière afin de pouvoir retenir toute

¹ B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 9.

² « C'est précisément en tant que pratique que le droit révèle la théorie qui lui est propre », écrit Benoît Frydman (*ibid.*).

³ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 159.

⁴ Peut-être est-ce en cela que la philosophie pragmatique mérite d'être appelée « philosophie », car la vocation du philosophe n'est-elle pas de s'affranchir des autorités de son époque, de résister à la puissance de l'opinion et de penser librement ? Michel Villey remarquait combien « les précis de droit se recopient les uns sur les autres et, pour l'essentiel, s'appuient sur une doctrine reçue » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 27). Et d'ajouter : « L'étudiant français d'aujourd'hui est élevé dans la servitude de la littérature récente, et tenu soigneusement à l'abri de ce qui risquerait d'apporter dans ce concert une note discordante. Aux meilleurs il est conseillé de s'attacher à suivre le mouvement » (*ibid.*).

proposition quelle qu'elle soit à la seule condition qu'elle soit jugée pertinente, ce qui est impossible lorsqu'on est par principe attaché à un courant de pensée et opposé à tous les autres. Certaines théories pragmatiques du droit sont ainsi originales en raison de l'ouverture aux autres théories qui les caractérise, aucune n'étant considérée telle une concurrente, toutes étant des alliées potentielles dans la quête d'une meilleure compréhension du droit.

Aussi faut-il remarquer que le pragmatisme s'est déployé aux États-Unis dans un contexte où, à la fin du XIX^e s., les toutes premières universités se développaient en étant fort peu structurées, laissant une grande liberté d'enseignement et de recherche à des professeurs guère astreints à suivre quelque programme ni quelques canons méthodologiques. Peut-être un tel contexte est-il favorable au développement de la recherche véritable, si bien qu'il faudrait quêter les moyens de renouer avec l'« *esprit de Cambridge* »¹, y compris au sein des facultés de droit.

Une des conséquences de cet « esprit de Cambridge » pourrait être d'amener à plus de recherches interdisciplinaires, en contexte, et notamment de sociologie du droit.

Section 4. Interdisciplinarité, droit en contexte, sociologie du droit

L'ouverture qui va de pair avec l'éclectisme ainsi qu'avec le pragmatisme plus généralement implique une ouverture des sciences du droit à l'interdisciplinarité — ou, plus exactement, à la *pluridisciplinarité*. En effet, il paraît important d'inclure dans l'analyse les enseignements issus des autres sciences sociales dès lors que ceux-ci permettent de mieux

¹ Du nom de la ville du Massachusetts dans laquelle Oliver Wendell Holmes, William James, Charles Sanders Peirce et leurs amis ont fondé le « Club métaphysique » en janvier 1872.

comprendre le droit¹, ce pourquoi François GénY plaidait déjà il y a longtemps². Aussi, du côté de l'École de Bruxelles, a-t-on pris l'habitude de s'intéresser aux données classiquement considérées comme non pertinentes d'un point de vue juridique : commentaires dans la presse, opinion publique, stratégies des entreprises, conséquences économiques etc. L'interdisciplinarité est ainsi justifiée par la volonté d'étudier le droit « en contexte »³.

Les professeurs attachés à cette école expliquent que « la culture juridique s'enracine dans la culture générale d'une communauté plus vaste que celle des seuls juristes, de sorte que celle-là ne peut se penser ni s'enseigner dans l'ignorance de celle-ci. Cette conviction anime notre Faculté depuis longtemps, dont les programmes font la part belle aux enseignements généraux de philosophie, de sociologie, de psychologie, d'histoire et d'économie. On sait par ailleurs que ces disciplines ont développé sur le droit un regard "externe" et critique, qui dévoile les présupposés et les mythes sur lesquels repose la culture juridique — ainsi que les institutions qui la dispensent. Elles ont donc un potentiel émancipatoire évident. C'est pourquoi il faut résolument exposer nos étudiants à ces regards perçants, seuls à même de les dessiller sur la réalité du droit, de

¹ En effet, pour un pragmatiste, il est évident que « le droit est le reflet et le moteur du changement social » car « le droit détermine les changements sociaux qui déterminent le droit etc. » (J. CHEVALLIER, « Le regard de Jacques Chevallier », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 60).

² L'illustre professeur plaidait en faveur de l'ouverture des études juridiques sur le monde social et économique, en faveur d'une interdisciplinarité de nature, selon lui, à enrichir profondément les connaissances juridiques (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, LGDJ, 1954, n° 3).

³ En ce sens, il est remarquable que la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, qui est en quelque sorte l'« organe » de l'École de Bruxelles, a été en 2013 rebaptisée *Revue interdisciplinaire d'études juridiques – Droit en contexte*, cela afin de souligner davantage son attachement à l'étude du droit tel qu'il se donne à voir en pratique, donc son orientation pragmatique.

les mobiliser face aux injustices, et de leur offrir une compréhension globale du phénomène juridique »¹.

Plus exactement, l'idée de « *contextualisation* » du droit signifie qu'il faudrait étudier non les normes et institutions dans leur validité et leur caractère officiel mais dans leurs réalités et leurs effets concrets, ce qui implique de s'ouvrir à de nombreux aspects extra-juridiques. Toute nouvelle règle de droit a des conséquences sociales, économiques, morales etc. qui sont parfois celles qui étaient attendues mais aussi parfois différentes de celles attendues. Or, d'ordinaire, les juristes ont peu d'égards pour ces effets des normes dès lors qu'ils excèdent le cadre du droit *stricto sensu*. La norme influence le milieu social dans lequel elle prend place, mais ce milieu social, en retour, influence également la norme en fonction de sa réception, il infléchit son sens et sa portée, aspect que l'étude du droit « en contexte » invite à prendre en considération.

Pour des pragmatistes, « la règle juridique est quelque chose qui évolue nécessairement, non seulement sous la pression des événements que sont les transformations macro-sociales, mais aussi plus quotidiennement du fait de son inscription à l'intérieur même des pratiques sociales. Le droit est dès lors quelque chose comme une effectuation, une pratique située qui ne se comprend que dans son environnement mais qui a également des effets sur celui-ci »². L'analyse « en contexte » conduit donc à « mettre en évidence la tension dialectique entre le droit et le fait, qui est au principe de la

¹ Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, « De futurs juristes libres et responsables ! Manifeste pour la formation en droit », *RIEJ* 2016, n° 76, p. 171. Et d'ajouter : « Si l'on espère former des juristes capables de puiser à toutes les sources pour forger des solutions adaptées aux questions de demain, il faut leur indiquer la voie à suivre en leur montrant comment peuvent se répondre, par exemple, le droit, la philosophie, la littérature et la psychologie sur un objet donné. Dans cette perspective, notre faculté propose des cours de droit positif intégrant les explications et les évaluations tirées des sciences humaines qui en enrichissent l'intelligibilité » (*ibid.*).

² L. ISRAËL, J. GROSIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 167.

dynamique juridique »¹. Le fait d'intégrer les normes et institutions dans leur contexte factuel, loin du vide de l'abstraction qui n'autorise que le développement des pensées spéculatives, doit permettre de construire de nouveaux savoirs mieux adaptés aux évolutions du droit dans toutes ses dimensions concrètes.

C'est notamment Dewey qui a invité les juristes à ne pas concevoir le droit au départ de principes moraux ou politiques *a priori* ni au départ d'une épistémologie qui serait première à toute connaissance des phénomènes juridiques. Pour l'illustre philosophe pragmatiste, au contraire, il faudrait situer la source du droit et de sa connaissance dans l'expérience, les normes et institutions étant en définitive des phénomènes sociaux pris dans des processus sociaux. Le droit ne saurait par conséquent se comprendre qu'à l'aune de ses conditions sociales d'émergence et de ses effets concrets.

Le pragmatisme inviterait donc au « nomadisme disciplinaire », ainsi qu'au *surpassement des frontières académiques*. Un regard purement juridique ne saurait permettre de comprendre véritablement le droit. En particulier, le droit étant, du point de vue pragmatiste, intimement lié aux faits sociaux, étant à la fois le reflet et le moteur du changement social, et étant même fait social lui-même, les sciences du droit seraient appelées à *se tourner largement vers la sociologie*².

Or il a déjà été souligné combien les travaux de sociologie du droit seraient nombreux à être gouvernés par des théories pragmatiques, par exemple quand ils s'attachent à mesurer l'efficacité sociale du droit ou les effets sociaux du droit. *Peut-être même la sociologie du droit est-elle au cœur du pragmatisme juridique*. Le juspragmatisme pourrait en tout cas offrir la clé d'une *collaboration plus réfléchie des sciences du droit et de la sociologie*. Et la sociologie, depuis longtemps gagnée par les thématiques de l'action et de l'acteur et par les

¹ J. CHEVALLIER, « Le regard de Jacques Chevallier », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 61.

² John Dewey, notamment, plaide pour une telle ouverture du droit à la sociologie (J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 73 s.).

analyses en situation ou en contexte, pourrait être d'un grand secours afin d'aider la recherche juridique à prendre plus résolument le « tournant pragmatiste »¹.

Roscoe Pound pouvait observer qu'« une philosophie pragmatiste du droit est encore à venir. Au moment de sa dissémination, elle peut s'attendre à trouver de nombreux adeptes chez les juristes sociologues ». Il semble, en effet, que le pragmatisme juridique et la sociologie du droit partagent de nombreuses prémisses méthodologiques². En renversant les rapports hiérarchiques de la théorie et de la pratique, le pragmatisme favoriserait l'association de la sociologie et de la doctrine juridique. D'une part, les juristes pourraient s'émanciper de l'idée que la connaissance des phénomènes juridiques dépendrait de préconçus théoriques ; d'autre part, les sociologues pourraient plus légitimement s'attacher à décrire les relations intimes entre droit et société³.

Aux États-Unis, cette voie est déjà largement approfondie et des auteurs y défendent l'« analyse constitutive du droit »⁴ ou des approches plus proprement sociologiques des phénomènes juridiques⁵. Intime des courants de recherche interdisciplinaires souvent associés à la « *Law and Society Association* », ce type d'analyse met l'accent sur *les rapports*

¹ La philosophie pragmatique est souvent critiquée en ce qu'elle se bornerait à asséner des banalités. À l'identique, les principes méthodologiques qui viennent d'être listés peuvent sembler tout à fait évidents, relevant du simple bon sens. Pourtant, l'observation des sciences du droit dans leur état actuel amène à constater que ces principes sont loin de les guider majoritairement. C'est pourquoi il pourrait être intéressant de se pencher plus avant sur les méthodes d'étude du droit attachées au pragmatisme juridique.

² R. POUND, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », *Harvard Law Review* 1911, vol. XXIV, p. 591 ; R. POUND, « La place et la finalité de la théorie du droit sociologique » (1911), *Clio@Thémis* 2013, n° 6.

³ G. CALAFAT, A. FOSSIER, P. THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7 s. ; L. ISRAËL, J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 163 s.

⁴ Notamment, A. HUNT, *Explorations in Law and Society – Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge (New York), 1993.

⁵ Notamment, B. FLEURY-STEINER, L. B. NIELSEN, dir., *The New Civil Rights Research – A Constitutive Approach*, Ashgate (Aldershot-Burlington), 2006.

mutuellement constructifs que le droit et la société entretiennent, tranchant ainsi avec les conceptions selon lesquelles il s'agirait d'entités séparées ne s'influençant pas l'une l'autre.

Constitué de faits et produisant des effets, le droit est alors foncièrement pragmatique ; et le pragmatisme devient foncièrement juridique, à mesure que de plus en plus de juristes tendent à emprunter, plus ou moins volontairement et consciemment, son chemin, bien que les résistances demeurent fortes¹.

Peut-être une voie à explorer pourrait-elle consister à insérer dans les études et, plus encore, dans les enseignements juridiques une *règle des « trois tiers »* : un tiers de matières philosophiques, théoriques et non juridiques ; un tiers de droit positif technique ; un tiers d'initiation et de pratique.

¹ Ainsi, en France, les professeurs de droit peuvent-ils aujourd'hui encore observer combien « la formation actuelle des juristes est toujours refermée sur la pure technique juridique et il existe toujours des réticences considérables à l'idée selon laquelle seule l'interdisciplinarité permettrait de former de bons juristes. Les juristes ont donc toujours tendance, dans leur raisonnement, à procéder par abstraction, à interpréter les dispositions normatives de façon déconnectée des réalités sociales. [...] On constate donc une permanence des méthodes juridiques et un enfermement persistant des études juridiques sur la technique » (J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François Gény – Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 132).

Conclusion

Le terme « pratique » est, depuis le milieu du XIX^e s., utilisé pour désigner tout ce qui s'oppose à la théorie¹. Le droit pratique serait ainsi le « droit vécu » par opposition au « droit pensé », le « droit de tous » par opposition au « droit des intellectuels », la « physionomie réelle du droit » par opposition à la « physionomie imaginée du droit », le « droit tel qu'il est » par opposition au « droit tel qu'il doit être », le « droit des faits » par opposition au « droit du Droit ». Il existerait, par conséquent, un fossé irréductible entre la théorie du droit et la pratique du droit. Toutes deux pourraient se succéder, s'influencer, entrer dans un jeu dialectique, mais elles ne sauraient être mêlées autrement que ponctuellement, à moins de provoquer une inaudible cacophonie.

Les théories pragmatiques du droit essaieraient d'ouvrir une nouvelle voie capable de transcender cette coupure entre théorie et pratique². Si « l'art du jurisconsulte est de maintenir

¹ J. HILAIRE, « Pratique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1180.

² L'enjeu consistant à rapprocher, en droit, la pratique et la théorie, à lier intimement la pratique à la théorie ou, plus encore, la théorie à la pratique, ne serait pourtant pas le moindre tant il semble que « la théorie du droit a rompu toutes ses amarres avec le droit vivant, de sorte qu'elle ne peut plus guère participer de l'étude concrète de la matière » (R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 1).

une union étroite entre la théorie et la pratique »¹, les théoriciens du droit pragmatistes seraient les premiers à s'adonner à cet art.

Il faut gager qu'une théorie pragmatique du droit est *un oxymore qui fait sens*² ; et qui fait de plus en plus sens au XXI^e s. Lorsqu'on observe le paysage des sciences du droit, on constate que les conceptions du droit et des moyens de l'envisager évoluent. On se concentre de moins en moins sur la loi et la jurisprudence et de plus en plus sur des *formes normatives et institutionnelles nouvelles*, de moins en moins sur le droit de l'État et de plus en plus sur le droit des organisations privées, de moins en moins sur le droit international et de plus en plus sur le droit transnational. Or, si l'attention de certains scientifiques du droit se porte ainsi sur des objets normatifs nouveaux, cela se justifierait par le fait que ces derniers font

¹ O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 387.

² En effet, selon André Lalande, une théorie se définit de la façon suivante : « Par opposition à la pratique, dans l'ordre des faits : ce qui est l'objet d'une connaissance désintéressée, indépendante de ses applications » (V^o « Théorie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1128). Et le pragmatisme est ce « qui concerne l'action, le succès, la vie, par opposition à la connaissance théorique » (V^o « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 802). Par conséquent, une « théorie pragmatique » serait nécessairement une *contradictio in adjecto*. Néanmoins, des auteurs peuvent expliquer que « le pragmatisme n'est pas vraiment une théorie pour se libérer de la théorie. Plutôt que de nous libérer des théories, le pragmatisme est une théorie pour libérer la théorie » (L. ISRAËL, J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n^o 27, p. 172). Dewey expliquait en ce sens que, « si nos habitudes nous portaient à considérer que la connaissance était active et opérante, sur le modèle de l'expérience guidée par l'hypothèse ou de l'invention guidée par la recherche d'un possible, il n'est pas exagéré de dire que le premier effet serait de libérer la philosophie de toutes ces interrogations épistémologiques qui la désorientent. Celles-ci participent d'une conception du rapport épistémologique entre l'esprit et le monde, le sujet et l'objet, selon laquelle savoir, c'est se saisir d'un déjà là » (J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 79).

preuve d'efficacité, emportent des effets réglementaires remarquables, de telle sorte que les ignorer amènerait à *se couper dangereusement du « droit réel » et du « droit vécu »*.

L'une des qualités du pragmatisme, y compris en droit, serait sa capacité à se renouveler, à « vivre avec son temps ». Là où les théories dogmatiques poussent à mettre en exergue de belles permanences du droit, les théories pragmatiques permettraient de mettre en évidence toute la *dynamique du droit*. Peut-être s'agit-il là du grand enjeu actuel de la recherche juridique. Les profondes mutations politiques, sociales, culturelles, économiques et technologiques qui sont la marque du début du XXI^e s. interrogent ô combien profondément le droit. Il est impensable que celui-ci ne change guère ou ne change qu'à la marge par rapport à ce qu'il fut au XX^e s., lorsque l'État maîtrisait de fait l'élaboration et l'application du droit et que les commentateurs en tiraient les conséquences en lui accordant un monopole du droit.

Il semble bel et bien permis de parler de « *vie du droit* », une « vie » de plus en plus palpitante à mesure que les mouvements du monde s'accélèrent. Et, en même temps qu'il subit pour une part les changements qui affectent son environnement, le droit, pour une autre part, contribue à accélérer et à orienter ces changements¹. Les théories pragmatiques semblent permettre mieux que toutes autres de souligner combien le droit s'inscrit dans l'évolution du monde et combien il contribue à l'évolution du monde².

¹ Dans les années 1980, le philosophe du droit Michel Villey écrivait : « Si vous demandez des crédits au CNRS, ne manquez pas de préciser que vous traitez le droit en instrument de développement ou de révolution : vous serez entendu par les sociologues » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 129).

² Comme l'écrivait le médecin Claude Bernard, « une théorie, pour rester bonne, doit toujours se modifier avec les progrès de la science et demeurer constamment soumise à la vérification et à la critique des faits nouveaux qui apparaissent. Si l'on considérait une théorie comme parfaite et si l'on cessait de la vérifier par l'expérience scientifique, elle deviendrait une doctrine » (C. BERNARD, *Introduction à la médecine expérimentale*, 1865, p. 385 (cité

Ensuite, *la pluralité et la labilité qui caractérisent le pragmatisme et les connaissances qu'il permet*, y compris dans le champ juridique, doivent être rappelées. C'est ainsi que le pragmatisme éviterait de devenir une doctrine. Aucune des théories pragmatiques du droit ne semble revêtir l'ensemble des éléments présentés en ces pages. Et il n'est pas rare que certaines de ces théories s'opposent, en particulier en raison des objets variables qu'elles amènent à étudier. Peut-être la diversité qui empreint le pragmatisme juridique est-elle moins un défaut qu'une chance en ce qu'elle préviendrait toute tendance au dogmatisme et à la sclérose et en ce qu'elle pourrait s'avérer féconde¹.

Aussi l'étude qui s'achève ne visait-elle pas à délimiter rigoureusement et donc à réduire le territoire du pragmatisme juridique mais, à l'inverse, à *donner un aperçu de la multiplicité de ses réalisations et de ses potentialités*. Il est certainement loin d'avoir produit tous ses effets et de nouveaux développements sont à attendre. Il faut donc insister sur le caractère incomplet et provisoire des pistes dégagées en ces pages, lesquelles n'avaient pas d'autre ambition que de proposer un premier essai de synthèse. Par exemple, peut-être un élément important bien que non évoqué ici de la méthode pragmatiste consiste-t-il à largement orienter la science juridique vers la recherche de solutions pratiques tant, pour un juspragmatiste, les connaissances doivent servir à résoudre des problèmes concrets.

Malgré la distance qui caractérise actuellement les relations entre le pragmatisme et la recherche juridique prise dans sa globalité — distance qui s'explique en premier lieu par la méconnaissance du pragmatisme par les juristes —, ce pragmatisme pourrait empreindre demain le droit postmoderne comme le normativisme, l'étatisme et le scientisme marquent

par A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1128)).

¹ En outre, cette diversité est peut-être naturelle, consubstantielle au pragmatisme puisqu'elle se retrouve autant dans la philosophie pragmatique que dans le pragmatisme juridique. Pour les pragmatistes, il se peut que plusieurs idées ou thèses soient vraies en même temps.

aujourd'hui encore souvent le droit moderne. Dès lors, *l'effectivité serait au droit postmoderne ce que la validité est au droit moderne.*

Le pragmatisme est sulfureux car il remet en cause nombre d'habitus essentiels à beaucoup de courants de la philosophie classique. Il semble que le pragmatisme juridique apparaisse sous un même jour du point de vue de la pensée du droit, quoiqu'en Belgique moins qu'en France. Cependant, peut-être le juspragmatisme, franchissant les obstacles dogmatiques qui se dressent sur sa route, gagnera-t-il en importance et permettra-t-il à la recherche juridique d'être mieux en prise avec les enjeux contemporains.

Si le droit est en crise, il faut gager qu'en réalité *seule une certaine idée du droit est en crise* : celle qui a triomphé au XIX^e et au XX^e s. avec le positivisme étatiste. Le chemin du pragmatisme juridique est peut-être celui que, dans un futur qu'il n'est pas nécessaire d'imaginer lointain, la majorité des scientifiques du droit emprunteront. *Les sciences du droit de demain pourraient reposer principalement sur des théories pragmatiques du droit.*

Certaines constructions (juridiques, politiques, philosophiques etc.) sont opportunes parce qu'adéquates aux nécessités d'une époque ; d'autres sont périmées ou prématurées. Peut-être la révolution copernicienne de la recherche juridique est-elle en marche ; et peut-être est-elle appelée à suivre la voie du pragmatisme.

Seconde étude

Pensée pragmatiste et recherche
juridique

(quelques propositions)

Introduction

L'objet de cette seconde étude sera, au contraire de la précédente dans le cadre de laquelle il s'est agi de présenter la recherche juridique pragmatique telle qu'elle est « en train de se faire », non d'observer comment le pragmatisme empreint le droit ou certains aspects du droit, mais de proposer quelques pistes que les juristes pourraient emprunter afin de rendre leurs travaux davantage pragmatiques. Et, cette fois à l'identique de la précédente étude, il ne sera pas lieu de s'intéresser au pragmatisme de toutes les activités juridiques mais uniquement de réfléchir à la recherche juridique, donc aux activités scientifiques et doctrinales des juristes, aux activités non de ceux qui pratiquent le droit mais de ceux qui l'étudient¹.

¹ D'autres travaux pourraient être consacrés au pragmatisme des praticiens du droit, notamment à celui des juges. D'aucuns ont déjà pu souligner à quel point le pragmatisme, notamment eu égard aux conséquences économiques des décisions, joue un rôle cardinal dans le *common law*. En France, c'est certainement une forme de pragmatisme qui conduit le Conseil constitutionnel à censurer parfois des articles de loi en raison de « changements de circonstances de fait ». Ainsi la constitutionnalité ou non-constitutionnalité d'une loi peut-elle se déduire non de ses termes juridiques mais de ses conditions de mise en œuvre, de leurs conséquences concrètes. Une même norme peut donc être constitutionnelle ou non en fonction de ses effets. Au-delà, bien des productions juridictionnelles se basent sur les effets pratiques des normes. Par exemple, avec sa « théorie des obligations positives », la Cour européenne des droits de l'homme affiche le « souci de conférer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité » ; il s'agit de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, pt. 24). Mais, donc, il

Le pari pris est que *le pragmatisme pourrait permettre de renouveler assez profondément la recherche juridique*. Le pragmatisme serait en mesure de changer quelques habitudes en matière de construction des objets juridiques, de pratique des enquêtes juridiques et de fabrication des concepts juridiques. Par suite, l'hypothèse initiale de cette étude est que la communauté *jus-universitaire* serait appelée à affronter une période que l'épistémologue Thomas Kuhn appellerait de « science extraordinaire », période marquée par la crise profonde du modèle et des paradigmes modernes et par l'émergence de cadres de connaissance nouveaux. Peut-être même ce temps de « science extraordinaire » est-il déjà pour une part d'actualité, ce que la première étude a tenté de montrer en exprimant la réalité de différentes théories pragmatiques du droit. Le juspragmatisme pourrait être, plus ou moins intensément et plus ou moins consciemment, un moteur de ces changements épistémologiques.

Avant d'ainsi songer aux éventuelles relations qui pourraient se nouer entre la recherche juridique et le pragmatisme, il convient de revenir sur l'identité de ce dernier¹. Selon les dictionnaires de la langue française, est pragmatique ce qui « concerne les faits réels et l'action, par opposition à [ce qui est] théorique, spéculatif »². Et le pragmatiste est celui qui « est plus soucieux de l'action, de la réussite de l'action que de considérations théoriques ou idéologiques »³. Dans le langage commun, le pragmatisme est donc la qualité de ce qui est « réel,

n'appartiendra pas à cette étude d'envisager cette autre forme de pragmatisme juridique.

¹ En premier lieu, « le pragmatisme » doit absolument être distingué de « la pragmatique », branche de la sémiotique qui s'intéresse aux éléments du langage dont la signification ne peut être comprise qu'à l'aune du contexte de leur emploi.

² V° « Pragmatique », in *Trésor de la langue française*. De même, dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande, est pragmatique ce qui « concerne l'action, le succès, la vie, par opposition à la connaissance théorique et spéculative » (V° « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 802).

³ V° « Pragmatique », in *Trésor de la langue française*.

efficace, susceptible d'applications utiles, par opposition à ce qui est oiseux ou même purement verbal »¹.

Mais le pragmatisme ici en cause est davantage un courant épistémologique précisément situé que le pragmatisme tel qu'on le retrouve communément dans le vocable journalistique et politique, où il évoque l'opportunisme de l'homme politique ou de l'entrepreneur qui souhaite adapter ses stratégies et donc ses actes aux « réalités » du moment et mettre en œuvre les méthodes les plus efficaces. Si la conscience populaire associe souvent le pragmatisme à l'idée que l'intelligence devrait servir la capacité d'agir et non la connaissance, il existe aussi, à l'égard des sciences, une *épistémologie pragmatiste*, laquelle pourrait, à tout le moins, interroger la recherche en droit. Le pragmatisme est alors la « doctrine qui prend pour critère de vérité d'une idée ou d'une théorie sa possibilité d'action sur le réel »², qui « privilégie l'observation des faits par rapport à la théorie »³. C'est pourquoi il a été soutenu au sein de l'étude précédente qu'une « théorie pragmatique du droit » serait un « oxymore qui fait sens ».

Plus exactement, le pragmatisme dont il sera question en ces pages désigne un courant de pensée qui est né à Cambridge dans le Massachusetts au cours des années 1870 et qui, originellement, visait avant tout à rejeter les problèmes théoriques ou philosophiques relativement abstraits pour se concentrer sur les problématiques aux grandes implications pratiques⁴. Ce courant s'est ensuite à ce point développé qu'il

¹ V° « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 803.

² V° « Pragmatisme », in *Trésor de la langue française*.

³ *Ibid.*

⁴ Cf., notamment, L. MENAND, *The Metaphysical Club – A Story of Ideas in America*, Strauss and Giroux, 2001. Toutefois, une forme de proto-pragmatisme a existé en France, au début du XIX^e s., avec Pierre Maine de Biran qui a proposé une philosophie de l'effort et de l'habitude (P. MAINE DE BIRAN, *Nouveaux essais d'anthropologie*, 1820). Le philosophe disait ainsi : « J'agis, je veux ou je pense l'action, donc je me sais cause, donc je suis ou j'existe réellement à titre de cause ou de force ». Puis, son élève Félix Ravaisson et sa philosophie de l'habitude ont perpétué cette orientation proto-pragmatiste (F. RAVAISSON, *De l'habitude*, Fournier, 1838). Et on a aussi

est devenu, au début du XX^e s., la première grande philosophie des États-Unis¹, le « cadeau fait par l'Amérique à la philosophie »² — mais, en Europe, il est très longtemps resté majoritairement rejeté et même ignoré³. Trois « pères fondateurs » principaux ont forgé le pragmatisme : le philosophe, logicien et mathématicien Charles Sanders Peirce (1839-1914), le psychologue et philosophe William James (1842-1910) et le pédagogue, psychologue et philosophe John Dewey (1859-1952). Aussi sera-ce principalement dans les prémisses méthodologiques retenues par ces trois auteurs, qui

appelé « pragmatisme » la doctrine exposée par Maurice Blondel dans *L'Action* (1893) — le philosophe proposait de désigner par le substantif « pragmatique » la « science de l'action ». Par ailleurs, on note aussi que, à la fin du XVIII^e s. et au début du XIX^e s., « Pragmatisch » et « Pragmatismus » étaient très employés en Allemagne dans un sens se rapprochant de « positif » dans son acception la plus usuelle (V^o « Pragmatique et pragmatisme, origine et histoire de ces mots », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1169). Hamilton, dans son article de 1832 « Johnson's Translation of Tennemann's Manual of the History of Philosophy », souligne qu'« il n'y a pas de mot qui revienne plus fréquemment dans les publications historiques et philosophiques d'Allemagne et de Hollande que pragmatisch ou pragmaticus et pragmatisme. Loin d'équivaloir à "dépendant des circonstances" et de s'opposer à "scientifique", ce mot pragmatique s'emploie particulièrement pour désigner cette forme d'histoire qui, négligeant le détail des circonstances, s'occupe de l'évolution scientifique des causes et des effets » (cité par V^o « Pragmatique et pragmatisme, origine et histoire de ces mots », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1171). Le mot et l'orientation pragmatique auraient donc bien existé très avant que Peirce, James et Dewey s'en saisissent.

¹ Cf., notamment, A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n^o 124, p. 3 s.

² S. GALETIC, « Présentation », in W. JAMES, *La volonté de croire*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2005.

³ Quelques philosophes et écrivains européens se rallièrent néanmoins avec force et conviction au pragmatisme : l'anglais Ferdinand Schiller, les italiens Giovanni Papini et Giuseppe Prezzolini et les français Henri Bergson et Gilles Deleuze, notamment. On souligne que, depuis la fin du XX^e s., les européens semblent redécouvrir une philosophie pragmatique longtemps demeurée à l'arrière-plan (S. MADELRIEUX, « Présentation », in H. BERGSON, *Sur le pragmatisme de William James*, Puf, coll. Quadrige grands textes, 2011). Il existerait même actuellement une « mode du pragmatisme » en philosophie dont le nombre de publications qui lui sont consacrées témoignerait.

ont souhaité *réinventer la relation entre la pensée et la réalité*¹, que quelques moyens pragmatistes de renouveler la pensée juridique seront recherchés². Ainsi serait-il peut-être possible de *réinventer la relation entre la pensée juridique et la réalité juridique*.

Il s'agirait de revenir, comme ces « pères fondateurs » l'ont fait, sur l'aristotélisme et sur le cartésianisme selon lesquels l'intuition permettrait mieux que l'expérience de construire les axiomes à partir desquels fonder les raisonnements déductifs³. Au contraire, nulle vérité ne saurait être établie *a priori* ; la vérité pourrait seulement se révéler progressivement à mesure des expériences menées ou vécues, loin de tout intellectualisme⁴. Pour Dewey, le pragmatisme serait avant tout un « expérimentalisme »⁵. Si « la route se construit à mesure qu'on avance »⁶, si tout est continuellement « *in the making* », en train de se faire, de telle sorte qu'il faudrait toujours penser loin des dogmes et des idées préconçues, n'est-ce pas là un cadre dans lequel tout penseur pourrait être tenté de se fondre, y compris le penseur du droit du XXI^e s. ?

¹ Cf. M. OLIVIER, *Peirce : la pensée et le réel*, Hermann, 2013.

² Mais, alors que le pragmatisme s'était peu à peu endormi au cours du XX^e s. — la philosophie analytique et l'empirisme logique ayant régné de manière presque incontestée dans les départements de philosophie des universités américaines des années 1930 aux années 1970 —, quelques auteurs et notamment Richard Rorty et Hilary Putnam l'ont remis sur le devant de la scène philosophique. Les ouvrages de ces auteurs sont ainsi d'autres contributions majeures à la philosophie pragmatiste qui ont permis son renouveau et sa redécouverte dans les années 1980 et 1990.

³ Peirce s'opposait à « toutes les métaphysiques du fondement qui, d'Aristote à Descartes, en passant par Locke ou Hume, croient pouvoir fonder la philosophie sur des intuitions, des données sensorielles ou des premiers ultimes » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 9).

⁴ Mais le pragmatisme n'est pas le contraire de la raison ; il s'agit plutôt de l'usage d'une « raison expérimentale » (A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 6).

⁵ J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie*, Gallimard, 2014.

⁶ J. DEWEY, *Expérience et nature*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2012.

Néanmoins, les auteurs précités n'ont guère formulé une doctrine claire et unitaire. Ils ont souvent emprunté des chemins divergents et le pragmatisme ne se présente pas telle une philosophie ou doctrine précisément établie¹, à tel point que Peirce a tenté d'imposer le terme « *pragmaticism* » afin de se démarquer du pragmatisme de James² et plus généralement de la lecture selon lui trop matérialiste, utilitariste et moralisatrice de ses sectateurs³. Aujourd'hui, le pragmatisme a connu tant de développements épars qu'il faudrait peut-être évoquer « les pragmatismes » plutôt que « le pragmatisme », cela afin de traduire la variété des approches se revendiquant du pragmatisme⁴. Dans le langage courant mais aussi et plus

¹ On observe en ce sens que « la quantité presque innombrable de positions souvent parfaitement incompatibles fait qu'il est presque impossible de définir le pragmatisme » (B. GAULTIER, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Vrin, coll. Chemins philosophiques, 2016, p. 1).

² Ce dernier a popularisé le mot « pragmatisme » à travers un ouvrage paru en 1907 et simplement intitulé « Pragmatisme ». Ce mot a alors été abondamment repris par les journaux et dans le langage courant, ce qui a gêné Peirce, jugeant qu'il se trouvait dévoyé (J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 60).

³ Autre exemple, Maurice Blondel, tenant de « la pragmatique » comme « science de l'action », disait « proteste[r] énergiquement contre le pragmatisme des Anglo-Saxons », ajoutant « je n'admets aucunement leur anti-intellectualisme et leur empirisme immanentiste » (M. BLONDEL, « Observations sur le pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 803). Quant au pragmatisme d'Henri Bergson (*Matière et mémoire*, Félix Alcan, 1896), il n'a guère été influencé par la philosophie américaine, bien que le philosophe ait été très ami avec William James. On note ainsi que « le pragmatisme semble être à la fois un mouvement et de tous les mouvements » (A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 5). « Galaxie », « nébuleuse » ou « famille » sont des termes régulièrement employés afin de qualifier les travaux des pragmatistes.

⁴ On va jusqu'à estimer qu'« il y a autant de pragmatismes que de pragmatistes » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 6). Et un auteur a proposé une classification des différentes versions du pragmatisme en fonction de leurs origines et de leurs objets respectifs (R. BRANDOM, « Pragmatics and Pragmatisms », in J. CONANT, U. M. ZEGLIN, dir., *Hilary Putnam: Pragmatism and Realism*, Routledge (Londres-New York), 2002, p. 40 s.).

fortement dans le langage philosophique, le terme « pragmatisme » a été très tôt marqué par la polysémie ; et il en va encore ainsi aujourd'hui¹. Nul courant plus que le pragmatisme n'est marqué par une forte variabilité, par un contenu hétérogène et assez désordonné, parfois même par des contradictions².

Aussi le pragmatisme dont il est ici question est-il peut-être davantage un *état d'esprit* à travers lequel les pragmatistes se rejoignent malgré leurs désaccords ; et cet état d'esprit amène à toujours privilégier l'empirisme, l'attention à l'expérience, aux effets, aux conséquences et aux données factuelles, au détriment des réflexions spéculatives ou métaphysiques³ — en somme, le pragmatisme serait un corps assez difforme mais avec une colonne vertébrale, une étiquette passe-partout cachant des projets très différents mais qui se retrouvent à travers quelques lignes directrices. C'est avant tout de cet état d'esprit, de cette colonne vertébrale et de ces lignes directrices que les juristes pourraient s'inspirer. Il leur reviendrait dès lors de faire leur cette tournure générale de l'intelligence amenant à *se concentrer sur les faits et les effets*, à comprendre chaque conception et chaque théorie en fonction

¹ On remarque que, dès les premiers emplois sporadiques du terme « pragmatisme », un double sens fondamental lui a été associé : il a été pris tantôt pour viser une connaissance utile, ou un point de vue utilitaire, tantôt pour viser une connaissance réelle (R. BERTHELOT, « Observations sur pragmatique et pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1171). Et, déjà à son époque, Léon Duguit pouvait observer combien « le pragmatisme n'est pas une doctrine, c'est un ensemble d'idées qui n'ont ni coordination ni harmonie. Ces idées manquent d'harmonie et d'enchaînement » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 159). Actuellement, la situation du pragmatisme demeure peu ou prou celle-là.

² Cf. R. SHUSTERMAN, « What Pragmatism Means to Me: Ten Principles », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 59 s.

³ Depuis presque aussi longtemps que le pragmatisme existe, ses spécialistes considèrent qu'il « est moins une doctrine qu'une méthode, et moins encore une méthode qu'un "esprit", une certaine façon concrète, vivante et libre d'aborder et de traiter les problèmes philosophiques » (G. CANTECOR, « Le pragmatisme », *L'année psychologique* 1907, p. 355).

de ses résultats pratiques, se libérant des discussions verbales et des problèmes inutiles parce que sans implications concrètes.

Pour le reste, si les pragmatistes ont proposé des analyses diverses et variées sur de multiples questions, de la démocratie à l'éducation en passant par l'art¹, il ne s'agira pas ici de s'aventurer plus avant dans la « foulditude pragmatiste ». Il conviendra essentiellement de s'inspirer du pragmatisme lorsqu'il se présente telle *une conception générale de la connaissance*, lorsqu'il se conçoit en tant que méthode d'élucidation réactualisant et même « achevant »² l'empirisme anglo-saxon dans la lignée de Locke, de Berkeley, de Hume et de Reid. Notamment, il pourrait être porteur d'adapter au droit l'« empirisme radical » promu par James et visant à *libérer les expériences de toute forme de pensée préexistante*³, ou bien de tenter de saisir le droit à travers la « maxime pragmatiste » posée par Peirce et selon laquelle il faudrait « considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits

¹ Par exemple, John Dewey, « penseur-fleuve », a consacré des travaux au droit mais aussi à la démocratie, aux méthodes d'éducation, aux sciences, à la vie quotidienne, à l'égalité des sexes, à la place des valeurs, au rôle des arts, à la reconstruction de la philosophie etc. Pour ce qui est de la question démocratique, Dewey a développé une vision expérimentale de la politique et une vision radicale de la démocratie, critique à l'égard des tendances oligarchiques du capitalisme, dans un ouvrage intitulé *Le public et ses problèmes* (1927). Quant à l'approche pragmatiste de l'art, l'important est alors ce qui fait qu'une œuvre fonctionne comme œuvre ; l'art se comprend comme art en action et ce qui importe est son activation. Le pragmatisme est donc une philosophie qui déborde très largement la seule épistémologie.

² On considère en effet que « le pragmatisme peut être appréhendé sous deux aspects. On y peut voir une réaction contre le rationalisme kantien et l'idéalisme qui en est issu. On y peut voir aussi un développement ou un achèvement de l'empirisme, réalisant enfin toutes ses virtualités. C'est d'ailleurs en réagissant contre l'idéalisme que l'empirisme a été amené à reconnaître sa vraie nature et à s'affranchir de ses derniers scrupules » (G. CANTECOR, « Le pragmatisme », *L'année psychologique* 1907, p. 355).

³ Cf. D. LAPOUJADE, *William James – Empirisme et pragmatisme*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2007.

par l'objet de notre conception [car] la conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet »¹.

Toutefois, la mise en relation des pensées pragmatiste et juridique pourrait sembler artificielle ou inconséquente — par exemple parce que l'une des conséquences les mieux connues du pragmatisme est de relativiser l'étanchéité des distinctions quand le droit repose justement sur d'innombrables séparations binaires et manichéennes². Ces pensées pragmatiste et juridique entretiennent néanmoins depuis longtemps des liens importants³. On observe en ce sens combien « la culture

¹ Cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 29.

² Selon Richard Rorty, les dualismes traditionnels enfermeraient la pensée dans de faux problèmes ; ils devraient donc être dépassés (R. RORTY, *Conséquences du pragmatisme*, Le Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1999).

³ Ainsi des juristes ont-ils influencé la philosophie pragmatiste dès ses débuts. Notamment, les pensées de Peirce et James ont été largement influencées par les propositions des juristes Joseph Bangs Warner, Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis et inspirateur du réalisme juridique, et Nicholas St. John Green, professeur de droit à la Harvard Law School (J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 187). Tous faisaient partie du « Club métaphysique » dans le cadre duquel les premières propositions pragmatistes ont jailli à partir de 1872. En outre, alors que Dewey a travaillé à plusieurs reprises sur le cas particulier du droit, les pragmatistes ont régulièrement recouru à un vocabulaire originellement juridique : « enquête », « contexte public de discussion » qui n'est pas autre chose qu'une téléportation du principe du contradictoire, « procédures », « jugements » ou encore « règles » (*ibid.*, p. 188). Par exemple, Dewey explique qu'on peut identifier le jugement avec la conclusion satisfaisante de l'enquête. [...] La vérité et la fausseté sont des propriétés de [...] l'achèvement de l'enquête par le moyen de laquelle il est atteint. La distinction entre les conclusions vraies et fausses est déterminée par le caractère des procédures opérationnelles par lesquelles les propositions concernant les éléments d'inférence (significations, idées, hypothèses), sont instituées » (cité par J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 87). Pareille approche ressemble fort à la conception de la preuve de nombreux juristes : l'administration de la preuve ne viserait pas à établir la vérité mais plutôt une vraisemblance indispensable pour rendre le jugement tolérable. Enfin, le pragmatisme puiserait aussi dans le droit de l'Ancien régime. En effet, on appelait autrefois « pragmatique sanction » la décision fondamentale arrêtée une fois pour toutes et réglant certaines affaires politiques. Ce nom a été donné à plusieurs décrets impériaux ou royaux : par exemple, la pragmatique sanction de Bourges par laquelle Charles VII régla

juridique a eu une grande influence tant sur la formation que sur la formulation de la philosophie pragmatiste »¹. Le pragmatisme découlerait du droit ; il serait même pour les juristes « un retour aux sources »². Et on va jusqu'à soutenir que le pragmatisme se retrouverait largement dans « la manière de faire, de penser, voire d'envisager le monde des juristes »³.

Seulement cela se vérifie-t-il bien davantage à l'égard des praticiens-juristes, notamment des magistrats mais aussi des avocats et autres juristes d'entreprise, qu'à l'égard des universitaires-juristes. C'est pourquoi l'objet de cette étude sera d'inviter ces derniers à se rapprocher du juspragmatisme dont les praticiens font preuve.

Dans l'histoire de la pensée juridique, cette dernière a rencontré à plusieurs reprises le pragmatisme, parfois de façon fortuite. Par exemple, l'école de la libre recherche scientifique, promue par François Gény au début du XX^e s.⁴, semble sensiblement empreinte — bien qu'inconsciemment — de pragmatisme, notamment de conséquentialisme. D'ailleurs, il est remarquable que cette conception de l'office du juge, lequel devrait s'attacher aux effets de ses décisions plutôt qu'à une application rigoureusement syllogistique des normes aux faits⁵,

les affaires religieuses en France, la Pragmatique sanction de Charles VI destinée à régler la succession d'Autriche etc. Kant, dans une note à la « *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* », dit qu'on appelle pragmatiques sanctions « celles qui ne découlent pas proprement du droit des États comme lois nécessaires, mais de la précaution prise pour le bien-être général ». V° « Pragmatique et pragmatisme, origine et histoire de ces mots », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1169.

¹ J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 188.

² *Ibid.*, p. 211. Selon cet auteur, le pragmatisme « ne constitue, en grande partie, qu'un dérivé d'une pensée imprégnée d'une culture, voire d'une logique juridique » (*ibid.*, p. 212).

³ *Ibid.*, p. 212.

⁴ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), LGDJ, 1954.

⁵ Pour déterminer les droits de chacun, le juge devrait recourir non à une interprétation littérale de la loi mais à l'observation de la réalité sociale et à la pondération des intérêts en présence. « [II] ne découvrira, écrit Gény, la

a influencé de nombreux juristes dans toute l'Europe¹ mais aussi le mouvement réaliste américain et la « *sociological jurisprudence* ». Or, ainsi qu'expliqué au sein de la première étude, ces derniers sont intimement liés au pragmatisme, en particulier à travers l'œuvre et l'influence d'Oliver Wendell Holmes.

Le pragmatisme juridique en tant que tel n'a cependant été envisagé qu'à de rares occasions ; et il a encore moins souvent été étudié ou approfondi au moyen de travaux *ad hoc*².

mesure, juste et vraie, des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient » (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. II, 1919, p. 173). La méthode du juge reviendrait donc « à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable » (*ibid.*, t. I, p. 167). Ainsi les magistrats jugeraient-ils très pragmatiquement, loin de tout dogmatisme.

¹ Notamment, P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk (Bruxelles), 1906 ; H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges – L'équité en face du droit*, Bruylant (Bruxelles), 1931.

² En Europe, le pragmatisme juridique a été envisagé, en Espagne, dans les années 1920 par Quintiliano Saldaña (Q. SALDAÑA, *Teoría del derecho eficaz (pragmatismo jurídico)*, Universidad de Madrid, 1924 ; Q. SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España – Teoría pragmática del derecho penal*, 2^e éd., Calpe, 1923). Celui-ci définissait le pragmatisme juridique comme étant « une théorie du droit efficace » (Q. SALDAÑA, « Étude préliminaire – Le pragmatisme juridique de M. Duguit » [1924], in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 129), ajoutant que « le pragmatiste est un contrôleur. Le concret est à la fois son objectif et sa limite » (*ibid.*, p. 131). En France, François Gény a réalisé des travaux qui peuvent sans doute être affiliés au pragmatisme, bien qu'il ne connaissait guère ce courant de pensée. Quant à Léon Duguit, il a donné en 1923 un ensemble de conférences en Espagne et au Portugal sur le pragmatisme juridique, cela à l'invitation du professeur Saldaña (L. DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Francisco Beltran, 1924 ; L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, trad. S. Gilbert, La mémoire du droit, 2008). Ainsi l'illustre professeur bordelais, qui souhaitait critiquer les excès des abstractions juridiques et notamment des idées de « sujet de droit » et de « droit subjectif », pouvait-il expliquer, par exemple, que « tout concept est contingent à la réalité en cela qu'il y a une efficacité sociale et morale dans ce concept » (*ibid.*, p. 235). Toutefois, dans ses conférences, Duguit, d'une part,

C'est principalement du côté de l'École de Bruxelles, qui se revendique depuis plusieurs décennies d'une approche pragmatiste du droit, qu'il faut rechercher les travaux universitaires explicitement menés dans un cadre juspragmatiste. Au-delà de l'Europe, le pragmatisme juridique peut être situé dans les approches des « réalistes » américains tels que Karl Llewellyn ou Jerome Frank, lesquels se sont élevés contre la tentation de fonder le *common law* sur la métaphysique allemande héritée de Kant ou Hegel.

Mais, avant tout, c'est John Dewey, eu égard à sa qualité de « père fondateur » du pragmatisme et parce qu'il a plus que Peirce ou James porté son attention sur des questions juridiques¹, qui a donné au juspragmatisme une impulsion décisive². Une place à part peut aussi être réservée à Oliver

se montre critique à l'égard du pragmatisme et, d'autre part, fait preuve de connaissances superficielles à son égard. Il se contente d'en évoquer les grandes lignes, ce que son hôte lui reproche en soulignant qu'il le connaît mal et que ses critiques sont non fondées, évoquant le « pragmatisme dilettante » de Duguit (Q. SALDAÑA, « Étude préliminaire – Le pragmatisme juridique de M. Duguit » [1924], in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 153). Ainsi Saldaña commente-t-il : « Pour M. Duguit, le pragmatisme n'est pas une méthode, c'est une arme qu'il emploie contre le subjectivisme juridique. [...] Jamais on ne perçoit de maîtrise, de possession, de familiarité avec le pragmatisme et avec sa technique. Il a l'air d'un pragmatiste d'occasion, d'opportunité, par recours tactique » (*ibid.*, p. 144 et 152). Également, W. Y. ELLIOTT, « The Metaphysics of Duguit's Pragmatic Conception of Law », *Political Science Quarterly* 1922, vol. 37, n° 4, p. 639 s. Beaucoup plus récemment, le professeur Joël Moret-Bailly a proposé l'« Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit » consistant notamment à transposer en droit la « maxime pragmatiste » de Peirce (*Droits* 2013, n° 55, p. 177 s.).

¹ Peirce et James ont seulement, à l'occasion, recouru à des exemples tirés du droit ou à des métaphores juridiques. Par exemple, dans *La volonté de croire* (1896), James défend l'idée qu'il serait toujours préférable de prendre des décisions concrètes, par exemple en droit, même lorsqu'on ne dispose pas de données ou de preuves concluantes.

² Dewey a régulièrement écrit sur le droit. Il a notamment soutenu une conception instrumentaliste du droit : celui-ci serait un outil utilisé et à utiliser afin de réaliser certaines finalités sociales. Dans un article de 1924 intitulé « Logical Method and Law », il soutient que le syllogisme judiciaire, presque mécanique, serait une idée naïve car le juge, au contraire, prendrait sa décision puis chercherait les moyens de la justifier, ce qui est très exactement la

Wendell Holmes, à sa conception de l'office du juge et à sa théorie prédictive du droit¹. Enfin, des traces importantes de pragmatisme juridique peuvent être trouvées dans les recherches sociologiques ou économiques sur le droit — par exemple dans les ouvrages du juge américain Richard Posner, tenant de l'analyse économique du droit, ou parmi les travaux de Brian Z. Tamanaha² ou de Roscoe Pound, tenant de la « *sociological jurisprudence* »³. Et Jules Coleman et son

position de certains réalistes et notamment d'Oliver Wendell Holmes. Dewey disait observer des juges qui, dans un premier temps, trancheraient en opportunité les cas soumis à eux en fonction de leurs conséquences pour les parties mais aussi de leurs conséquences pour l'ordre social, de leurs conséquences économiques, de leurs conséquences symboliques etc. Puis, dans un second temps, ils rechercheraient dans le corpus juridique positif quelques moyens de motiver juridiquement leurs décisions. Le droit, au moins dans son pan judiciaire, serait donc empreint de conséquentialisme. Par ailleurs, dans son livre *Logic: The Theory of Inquiry* (1938), Dewey s'est concentré sur le jugement en droit, y trouvant un modèle pour les jugements en général, des individus dans leur quotidien. J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in Julius Rosenthal Law Foundation, *My Philosophy of Law – Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 73 s. ; J. DEWEY, « Justice Holmes and the Liberal Mind », *New Republic* 1927, vol. 53, p. 211 s. ; J. DEWEY, « Logical Method and Law », *The Philosophical Review* 1924, vol. 33, n° 6, p. 560 s. ; J. DEWEY, « Austin's Theory of Sovereignty », *Political Science Quarterly* 1894, vol. 9, p. 31 s. ; J. DEWEY, *Characters and Events – Popular Essays in Social and Political Philosophy*, vol. 2, Holt and Company, 1929. Cf. aussi J. FRANK, « A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism », *Rutgers Law Review* 1954, p. 425 s. ; J. FRANK, « Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey and Co. v. Aristotle (I) », *Notre Dame Lawyer* 1950, p. 207 s. ; J. FRANK, « Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey and Co. v. Aristotle (II) », *Notre Dame Lawyer* 1950, p. 460 s.

¹ Notamment, O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897, vol. X, p. 457 s.

² Notamment, B. Z. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory – Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press (Oxford), 2000.

³ Comme le juge Holmes, Roscoe Pound se montrait très critique à l'égard de la « jurisprudence mécanique », donc à l'égard du syllogisme judiciaire, préférant que les juges rendent leurs décisions à l'aune de leurs conséquences concrètes (R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review* 1908, p. 605 s.). Peuvent également être rapprochés de ce pragmatisme juridique le juge Benjamin Cardozo et sa méthode dite « de l'utilité sociale » : il faudrait juger en fonction des effets (sociaux, économiques, politiques, moraux) et non à l'aune du droit positif, si bien qu'un précédent auparavant

pragmatisme conceptuel¹ ou Brian Leiter et sa « jurisprudence naturalisée »² peuvent aussi être comptabilisés parmi les juspragmatistes, l'un et l'autre amenant à se concentrer sur les conséquences des applications des notions juridiques.

Seulement était-ce l'objet de l'étude précédente que de présenter ces conceptions pragmatistes du droit et de la science du droit déjà existantes parmi la pensée juridique contemporaine. En ces pages, il s'agira non de rechercher ce que sont actuellement les travaux pragmatiques des juristes mais, d'un point de vue prospectif et en partie prescriptif, d'imaginer ce que pourrait être le juspragmatisme à partir des propositions épistémologiques issues de la pensée pragmatiste.

La « galaxie pragmatiste » semble, depuis les années 1990, s'immiscer sur le devant de la scène intellectuelle européenne et notamment sur le devant de la scène intellectuelle française³, cela non sans aviver quelques passions⁴. Les « anciens paradigmes » (structuralisme, fonctionnalisme etc.) perdraient beaucoup de leur force de conviction et de nombreuses sciences humaines et sociales s'ouvriraient aux thématiques de l'action et des acteurs⁵. L'action juridique et les acteurs juridiques pourraient-ils bientôt préoccuper davantage

pertinent mais produisant à présent de mauvaises conséquences devrait être abandonné (B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921).

¹ J. COLEMAN, *The Practice of Principle – In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003.

² B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, 2007.

³ En témoignent, en philosophie, les nombreuses publications au cours des dernières années de traductions et de commentaires des œuvres des « pères fondateurs » Peirce, James et Dewey, ainsi que des pragmatistes modernes Rorty et Putnam.

⁴ Par exemple, D. DEBAISE, B. LATOUR, I. STENGERS, J. ZASK, *Vie et expérimentation – Peirce, James, Dewey, Vrin*, coll. Annales de philosophie de l'Université Libre de Bruxelles, 2008.

⁵ Le monde de la recherche en sciences humaines et sociales aurait pris, à la fin des années 1980, un tournant qui l'aurait progressivement libéré des grandes conceptions passées. Se serait dès lors engagée une mutation épistémologique impliquant en premier lieu l'ouverture aux philosophies pragmatistes américaines du début du XX^e s. (F. DOSSE, *L'empire du sens – L'humanisation des sciences humaines*, La découverte, 1997).

les juristes-chercheurs qu'à l'ère du droit moderne, quand l'État et ses textes officiels focalisaient toute l'attention ? Le courant pragmatiste qui paraît s'affirmer au sein des sciences humaines et sociales et en particulier en sociologie touchera-t-il jusqu'au droit, qui aime classiquement se tenir à part et affirmer haut et fort son « particularisme ontologique » ?

Si tel venait à être le cas, si le pragmatisme juridique gagnait demain les facultés de droit, celles-ci se détourneraient alors des conceptions abstraites du droit, appréhendé tel un ordre normatif dans lequel les règles se déduiraient logiquement les unes des autres ou tel un corpus nomo-textuel qui se suffirait à lui-même. L'originalité du pragmatisme juridique résiderait dans sa tendance à situer le caractère opératoire d'un concept non dans sa complétude analytique et idéaliste mais dans *son usage et ses effets pratiques*. Avec la pensée analytique et idéaliste kantienne, il existerait des conditions fixes et nécessaires préalables à la saisie de toute réalité donnée par l'expérience, les axiomes directeurs et les schèmes explicatifs de toute science devraient toujours être fournis *a priori* et il reviendrait aux savants de plier coûte que coûte les faits à des formules acquises par avance. Dans l'espace du pragmatisme juridique, ce n'est plus l'expérience juridique qui dérive des connaissances juridiques mais *les connaissances juridiques qui découlent de l'expérience juridique*. Le pragmatisme juridique placerait donc l'expérience juridique au commencement de tout.

Par suite, le juspragmatisme serait foncièrement un jusréalisme. Pour les juspragmatistes, une règle de droit ne prendrait vie et sens qu'à l'occasion de ses applications — notamment juridictionnelles mais aussi contractuelles et autres — et à travers les effets qu'elle produit¹. Le pragmatisme serait donc pour les juristes un chemin épistémologique permettant de prendre ses distances avec le dogmatisme du droit moderne et d'être mieux en prise avec la réalité des « faits juridiques ».

¹ F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2000, p. 10.

L'objet des prochaines pages sera donc de réfléchir aux visages que la recherche juridique pourrait adopter si elle en venait à prendre résolument le « tournant pragmatiste » et à s'appuyer sur les prémisses de l'épistémologie pragmatiste. Cela pourrait en particulier s'appliquer à la définition du droit, donc à la définition de l'objet d'étude des juristes. La conception moderne de la recherche juridique selon laquelle son objet, le droit, se résumerait aux normes juridiques, lesquelles s'organiseraient sous la forme d'ordres de contrainte qui seraient nécessairement des États, si bien que la seule condition de la juridicité serait la validité étatique, n'est pas acceptée unanimement et ne l'a jamais été. Si, au cours du XX^e s., elle a rencontré un succès croissant, il ne semble plus en aller ainsi. Comme cela a été observé au cours de la première étude, un nombre grandissant de chercheurs en droit s'engagent sur des chemins théoriques et épistémologiques nouveaux, dont un certain nombre paraissent relever d'une forme de juspragmatisme, dépassant l'acception positiviste-normativiste du droit. Dès lors, si Kelsen a été « le plus grand juriste du XX^e s. »¹, que réserve le XXI^e s. ?

Le positivisme-normativisme moderne, « désespérément froid »² car par trop rigide, caricatural et indifférent à la « vie du droit »³ aux yeux de nombre d'auteurs contemporains, n'est évidemment pas, comme toute théorie quels que soient ses mérites, irréfutable⁴. Principalement, on regrette son

¹ O. CAYLA, « Kelsen Hans », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 320.

² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 9.

³ Réf. à J. HILAIRE, *La vie du droit – Coutumes et droit écrit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994.

⁴ Cf. P. WACHSMANN, « Le kelsénisme est-il en crise ? », *Droits* 1986, n° 4, p. 56 s. ; P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 561 s. ; P. AMSELEK, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit* 1983, p. 271 s. ; L. HABIB, « L'impur objet de la science du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 92 s. ; M. VIRALLY, « Le juriste et la science du droit », *RDP* 1964, p. 609 s. ; J.-F. NIORT, « Formes et limites du positivisme juridique », *RRJ* 1993, p. 157 s. ; É. MILLARD, « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », [en ligne] <ufr-dsp.u-paris10.fr>, 2005 ; Ch. LEBEN, « Troper et

formalisme, son logicisme et son systématisme exacerbés, conduisant à ne pas s'intéresser au contenu ni à la pratique du droit¹. Réduire le phénomène juridique à un ordre juridique abstrait, désincarné, impersonnel et simpliste, dans lequel les normes accèdent à la juridicité d'une manière purement mécanique, ne serait pas une conception juste, que ce soit aux yeux d'un jusnaturaliste ou bien aux yeux d'un juspragmatiste.

Alors que les juristes parlent de plus en plus de « droit souple », de « droit mou », de « régulation » ou de « gouvernance », et alors que les non-juristes parlent de plus en plus du droit, la vision selon laquelle « au fondement du droit il y a l'État et c'est tout »² apparaît de moins en moins correcte. Le « parfum d'aporie [...] de ces pures pétitions de principe »³ est ressenti désormais par beaucoup d'observateurs et de penseurs des phénomènes juridiques. Alain Supiot, par exemple, regrette les « impasses kelséniennes d'une théorie rendue aveugle aux valeurs qui animent le droit et aux faits qu'il régit »⁴, quand François Ost et Michel van de Kerchove déplorent cette pensée qui, « procédant par disjonction de ce qui est lié et enchevêtré, par réduction du disparate et du

Kelsen », *Droits* 2003, n° 37, p. 18 s.; également O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique – Pour un débat sur l'interprétation », *RFD const.* 2002, p. 279 s.; M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFD const.* 2002, p. 335 s.

¹ Ainsi Michel Villey pouvait-il écrire : « Quant à Kelsen, nous admirerons la netteté de son raisonnement, la précision de son langage, l'esthétique beauté du système. Mais nous lui saurons gré d'avoir démontré par l'absurde, en le menant avec rigueur à ses conséquences dernières, la fausseté du positivisme » (M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p. 293).

² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 229.

³ P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 564.

⁴ A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012 ; également, A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard, coll. Leçons inaugurales du Collège de France, 2013.

contradictoire, et abstraction du singulier et du concret, ramène la diversité mouvante du réel à des entités élémentaires »¹.

Une approche plus pragmatique pourrait potentiellement permettre de réconcilier le droit et les faits, le droit et le réel, le droit et le concret. La pensée du droit devrait intégrer les dimensions sociale, humaine, psychique, politique, idéologique ou encore économique de celui-ci et ne plus le considérer tel un système parfaitement clôturé et indépendant de son environnement. Car, en définitive, l'excès de purisme reconduirait en direction des égarements métaphysiques que Kelsen lui-même dénonçait, mais sous d'autres formes, par exemple celles de l'« isolationnisme » et du « délire autoréférentiel »².

Si la « théorie pure du droit » et les théories du droit modernes en général sont chaque jour un peu plus malmenées par la « réalité juridique »³, par leur confrontation au droit positif « véritable »⁴ et à la conception du droit des citoyens-profanes qui ne le réduisent nullement à la validité, se concentrant surtout sur sa valeur subjective et effective, alors l'heure des théories pragmatiques du droit précédemment présentées pourrait venir. Mais ce sont aussi de nouveaux axes et modes de recherche et de compréhension du droit inspirés par la pensée pragmatiste qui pourraient éventuellement revêtir quelque intérêt à l'heure des nouveaux objets normatifs que sont les codes privés, les chartes, les usages, les conditions générales d'utilisation, les contrats-types, les normes comptables, les normes managériales, les normes techniques,

¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 127.

² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 266.

³ P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 562.

⁴ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, *passim*.

mais aussi les modes alternatifs de résolution des conflits, les labels, les standards, les protocoles, les meilleures pratiques, les statistiques, les sondages, les indicateurs de performance, les rankings, les algorithmes, les lois économiques des marchés, les *nudges* etc.

En particulier, l'acception la plus pragmatique du droit pourrait être l'acception panjuridique : toute norme serait une norme juridique, quels que soient les moyens théoriques permettant d'aboutir à pareil présupposé ou l'absence de tels moyens. D'un point de vue juspragmatiste, il serait peu conséquent d'écarter de l'analyse une part des normes applicables et, surtout, des *normes appliquées* car cela risquerait d'amener à des résultats non conformes à la réalité du « *droit vécu* », laquelle devrait primer sur la réalité du « *droit pensé* »¹. Ainsi, concernant par exemple un travail de recherche touchant au droit de l'environnement, il serait peu porteur d'ignorer une part des normes applicables et appliquées aux activités en lien avec la protection de l'environnement au motif que celles-ci ne seraient guère juridiques et de se concentrer sur quelques normes valides dans l'ordre juridique mais dans les faits ineffectives, *a fortiori* dès lors que ce travail serait destiné à un public de praticiens.

En toute étude juridique, il faudrait convenir, *ab initio* et sans autre forme de procès — éventuellement à l'aide de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité —, qu'une norme quelle qu'elle soit est nécessairement juridique et

¹ Il faudrait donc s'accorder avec qui regrette que, trop souvent, le vide législatif soit assimilé au vide juridique¹. Le vide juridique est une chose impossible ; même l'entière liberté est déjà un régime juridique. En réalité, qui dénonce le vide juridique dénonce l'absence de droit étatique, comme qui envisage des « trous » dans le droit » ou l'« imperfection du droit » (M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L'alibi du vide juridique », *Économie et Humanisme* 1991, n° 318, p. 24) — lorsque des comportements ne sont pas encadrés par des règles de droit — envisage des « trous » dans le droit étatique ou l'imperfection du droit étatique, et comme qui décrit des lacunes du droit décrit des lacunes du droit étatique. « La loi peut avoir des lacunes, pas le droit », disait en ce sens Charles Beudant à la fin du XIX^e s. (Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Rousseau et Cie, 1896 (cité par J.-P. GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 1994, p. 12)).

donc susceptible d'intégrer l'objet d'étude. Ainsi compris, le pragmatiste-panjuridiste s'opposerait au dogmatique, au théoricien et, plus fortement encore, au philosophe, soit à tous ceux qui font œuvre spéculative, idéologique ou stipulative, loin des activités et enjeux les plus concrets auxquels sont confrontés les praticiens-juristes au quotidien. Ce pragmatiste-panjuridiste n'aurait pas d'autre ambition que de *témoigner de façon brute de données factuelles*, même si l'acceptabilité théorique de ses travaux pourrait être contestée. Reste que le pragmatiste-panjuridiste se concentrerait forcément sur le droit pratique, le droit pratiqué, le droit praticable, soit le droit des juristes qui ne se soucient guère de connaître les bornes et le cadre de leur objet et qui intègrent dans le monde juridique toute donnée à la seule condition qu'elle leur paraisse utile, sans procéder à aucune vérification de sa juridicité.

D'aucuns juspragmatistes considéreront que, en somme, les théories du droit appartiendraient davantage à l'« art de rêver, d'investir en rêverie, d'exciter son imaginaire, d'orienter, de contrôler, de diriger ses rêveries »¹. Une recherche orientée vers la pratique juridique, elle, se devrait de rechercher constamment le pragmatisme, ce qui conduirait, notamment, à laisser au bord du chemin la question de la juridicité et de l'autonomie du droit dans le social, car ceux qui y répondent avec le plus grand « sens pratique »² sont peut-être ceux qui n'y répondent pas et qui, de la sorte, y apportent *des solutions très praticables*, bien qu'implicites.

Au-delà de ce point particulier qu'est la question de la définition de l'objet-droit, l'intention de faire œuvre pragmatiste en droit n'est ni transparente ni aisément saisissable³. Il semble délicat de percevoir sans hésitations ce

¹ G. THUILLIER, « Probabilisme et art de juger », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1361.

² Réf. à P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Minuit, 1980.

³ Par exemple, aux yeux de Jacques Chevallier, la science du droit, par définition, devrait refuser le pragmatisme, lequel ne pourrait exister que dans l'ordre de l'action et non dans l'ordre de l'observation (J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société* 2002, p. 110).

qu'une étude pragmatiste du droit et/ou en droit pourrait être exactement. En ces pages, il s'agira donc de dégager quelques voies à explorer au départ de l'épistémologie pragmatiste, c'est-à-dire d'essayer de transporter au sein de la recherche juridique les prémisses pragmatistes.

Celles-ci incitent notamment à n'être ni arcbuté sur quelque système de certitudes ni sceptique par principe, donc à rechercher toujours le meilleur équilibre tant en termes de point de vue qu'en termes de solution ou de proposition. En ce sens, peut-être le pragmatisme invite-t-il avant tout les juristes à se souvenir en permanence de l'éloge de la mesure par lequel Camus conclut *L'homme révolté*¹, à se souvenir en permanence du goût de Montaigne, bon cavalier, pour le trot plutôt que pour le pas ou le galop, à se souvenir en permanence des aphorismes de Pascal sur les rapports entre le juste milieu et la maïeutique².

Alors qu'on a pu, il y a peu, soutenir que la pensée juridique connaîtrait un « tournant pragmatiste »³, l'enjeu, à travers cette étude, sera d'essayer de contribuer à ce tournant qui ne saurait aller sans tournant pragmatiste de la recherche juridique dans son ensemble. Dans le cadre juspragmatiste, s'affirme une nouvelle science du droit qui pourrait présenter un visage fort original à l'aune des canons modernes du droit. Elle implique à la fois de profonds changements dans la conception du droit (*première partie*) et de profonds changements dans la conception de l'office du juriste (*seconde partie*).

Si le pragmatisme s'est développé originellement en tant qu'épistémologie posant la question de l'objet de la connaissance puis celle des moyens de l'atteindre, il conviendra ici de s'intéresser à l'objet de la connaissance juspragmatiste puis aux moyens de l'atteindre. La recherche juridique mais aussi l'enseignement juridique pourraient en sortir fort enrichis.

¹ A. CAMUS, *L'homme révolté*, Gallimard, coll. Nrf, 1953.

² B. PASCAL, *Pensées*, 1669 (notamment : « Trop et trop peu de vin. Ne lui en donnez pas : il ne peut trouver la vérité. Donnez-lui en trop : de même »).

³ J. LENOBLE, « Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit », *Les carnets du Centre de philosophie du droit* 2006, n° 126, p. 4.

Avant d'entamer ces discussions, il convient, au sein d'un chapitre préliminaire, d'interroger la relation ambiguë entre pragmatisme juridique et philosophie du droit. En effet, le pragmatisme juridique pourrait *servir le progrès de la pensée juridique tout en s'élevant contre la philosophie du droit*.

Conclusion

Au sein de l'étude qui s'achève et, plus généralement, dans ce livre, il s'est agi de confronter non le pragmatisme et le droit des praticiens mais le pragmatisme et le droit des universitaires¹. Le pari pris est que les facultés de droit pourraient tirer profit d'un éventuel « tournant pragmatiste ». C'est pourquoi l'objet des précédents chapitres a été de présenter quelques voies pragmatistes que les chercheurs en droit pourraient emprunter à l'avenir, subrogeant progressivement le pragmatisme juridique postmoderne au positivisme juridique moderne².

¹ Il s'en faut de beaucoup, d'une part, que le droit des praticiens soit exactement le même que le droit des universitaires et, d'autre part, que les activités des universitaires-juristes soient aussi pragmatiques que les activités des praticiens-juristes. Le pragmatisme permet d'interroger sous un angle original la technique juridique, les pratiques juridiques ou encore la légistique. Seulement ce pragmatisme semble-t-il déjà imprégner considérablement la technique juridique, les pratiques juridiques et la légistique. Cela se vérifie en particulier en matière d'activités juridictionnelles, dans les pays de *common law* mais aussi dans les pays de tradition civiliste.

² La liste de ces voies pragmatistes ne saurait être exhaustive : il faut rappeler combien le pluralisme et l'hétérogénéité comptent au nombre des premières caractéristiques du pragmatisme, à tel point qu'il n'est pas rare que des pragmatistes s'opposent ou se contredisent. Dès son origine, le pragmatisme s'est développé autour d'incompréhensions entre ses fondateurs James et Peirce — ce dernier préférant parler, à propos de ses idées, de « pragmaticisme ». Quant au néo-pragmatisme de Richard Rorty ou Hillary Putnam, il diverge en de nombreux points des pensées des « pères fondateurs », à tel point que Rorty a pu qualifier ses thèses de « second pragmatisme » afin de marquer la rupture avec le « premier pragmatisme » du

En guise de conclusion, il convient d'insister sur certaines potentialités, conséquences et limites attachées au pragmatisme juridique — compris donc en tant que pragmatisme *jus-universitaire* et en tant qu'épistémologie juridique, en tant que *conception de la connaissance juridique, de son objet et des moyens de la forger*. Si, aux États-Unis, on en vient aujourd'hui à considérer qu'« une approche pragmatique du droit est largement banale »¹, il faut gager que, en Europe et notamment en France — où la pensée pragmatiste demeure encore assez peu et mal connue en dehors du cercle des philosophes —, des enseignements importants peuvent potentiellement être tirés de la mise en relation du pragmatisme et du droit.

À la fin du XIX^e s. et au début du XX^e s., le classicisme des études du droit et des études en droit est apparu de plus en plus archaïque à mesure que, *de facto*, les phénomènes juridiques évoluaient, les codes de l'époque napoléonienne ne pouvant plus être appliqués comme ils l'étaient avant la révolution industrielle et les sociétés et les cultures ayant de nouvelles attentes à l'égard du droit. Non sans peine, certains professeurs sont parvenus à susciter d'importantes révisions des

début du XX^e s. Beaucoup soulignent combien le pragmatisme ne présente guère un visage homogène et présente même souvent un visage contradictoire. L'historien des idées Arthur Lovejoy a pu recenser jusqu'à treize types particuliers de pragmatisme (cité par A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 3). Le pragmatisme serait donc, plutôt qu'une philosophie claire et précise, un ensemble d'idées dans lequel chacun pourrait puiser quelques orientations. C'est en ce sens que William James a comparé le pragmatisme au « corridor de l'hôtel-philosophie » : « Chaque chambre est occupée par un philosophe avec sa doctrine propre, mais tous doivent emprunter le corridor comme voie d'accès ou de sortie. Il n'importe donc pas d'être athée ou théiste, idéaliste ou réaliste, moniste ou pluraliste, pour être pragmatiste — le pragmatisme est, au moins en première instance, un simple moyen pour rendre clairs les concepts de ces différentes doctrines, que chacun a donc intérêt à utiliser pour le profit de sa pensée » (W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2007).

¹ Th. C. GREY, « Holmes and Legal Pragmatism », *Stanford Law Review* 1989, p. 814.

habitudes *jus-universitaires*¹. Ne vit-on pas, à l'aube du XXI^e s., un moment similaire à celui que les facultés de droit ont connu au commencement du XX^e s. ? Est-il possible de comprendre et d'expliquer le droit global et le droit transnational dans le cadre du droit moderne, construit à base de validité et de légicentrisme ? Et, si de nouveaux cadres épistémologiques doivent être élaborés afin de mieux saisir ce droit global et ce droit transnational, le pragmatisme juridique ne pourrait-il pas jouer un rôle clé ?

Dans les années 1900, John Dewey observait à quel point chaque aspect et chaque phase de la vie humaine avaient été radicalement transformés, directement ou indirectement, pour le meilleur ou pour le pire, par des révolutions industrielles et technologiques². Le philosophe pragmatiste n'opérerait-il pas un même constat à la vue des conséquences de la mondialisation actuelle ? Or le droit — ainsi que l'étude et l'enseignement du droit — ne sauraient demeurer à la marge de ces mouvements.

Le pragmatisme pourrait être au droit postmoderne ce que le dogmatisme dit « positiviste »³ est au droit moderne⁴. Et l'effectivité des normes pourrait être au droit postmoderne ce que la validité des normes est au droit moderne. Richard Rorty fait du pragmatisme l'attitude épistémologique la mieux adaptée à la culture que les mutations actuelles du monde et des sociétés réclameraient⁵. Peut-être le pragmatisme juridique est-il l'attitude *jus-épistémologique* la mieux adaptée à la culture

¹ Cf. N. HAKIM, F. MELLERAY, dir., *Le renouveau de la doctrine française – Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009.

² J. DEWEY, *Expérience et nature*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2012.

³ Le pragmatisme juridique semble plus proche du positivisme tel que conçu par Auguste Comte que le « positivisme juridique ».

⁴ On observe d'ailleurs, au-delà du cas du droit, une grande intimité en le pragmatisme et les courants de pensée relevant du postmodernisme (A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 6).

⁵ R. RORTY, *Conséquences du pragmatisme*, Le Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1999.

juridique que les mutations actuelles du monde du droit réclameraient.

Cependant, ces propositions viennent dans un contexte où « la rénovation de la science juridique n'a pas été réalisée, et la réflexion des juristes sur leur savoir, ses méthodes et ses finalités, s'est considérablement appauvrie »¹. Il semble que les regrets formulés il y a longtemps par François GénY à propos du peu d'intérêt des juristes pour l'épistémologie juridique restent d'une grande actualité : « La plupart pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes et étroites »². Le pragmatisme juridique, intéressé avant tout par les connaissances juridiques et par les moyens de les constituer et de les réviser, permettrait de *rénover l'épistémologie juridique* mais aussi de la replacer sur le devant de la scène doctrinale quand, pour l'heure, elle s'avère très en retrait, si ce n'est complètement délaissée par les juristes. Et, permettant de rénover l'épistémologie juridique, le pragmatisme juridique aboutirait à réviser les prémisses de toutes les branches de la recherche juridique, de la théorie du droit à la science du droit — qu'il ne serait alors plus lieu de qualifier de « dogmatique juridique ».

Mais encore faudrait-il arrêter les contours, les dimensions et la signification de ce pragmatisme juridique — l'objet de la seconde étude de ce livre était justement de proposer quelques premières orientations. En premier lieu, le juspragmatisme conduirait les chercheurs en droit à s'évader des carcans modernes qui risquent souvent de limiter leurs ouvrages scientifiques, soit en leur interdisant certains objets d'étude, soit en leur interdisant certaines méthodes d'étude. Avec le juspragmatisme, l'état et la fabrique des connaissances

¹ J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François GénY – Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 132.

² F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. I, 1919, p. 9 (cité par J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François GénY – Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 132).

ne devraient plus dépendre de préjugés quels qu'ils soient. Ils résulteraient avant tout de l'expérience, de l'enquête, de la mise à l'épreuve des faits juridiques et de l'attention portée aux effets du droit. Par conséquent, si le pragmatisme juridique venait à prospérer dans la psyché juridique collective, il faudrait s'attendre à de profondes évolutions et même ruptures au sein de la culture, de la pensée et de la science juridiques. Celles-ci deviendraient plus conséquentialistes, plus instrumentalistes, plus empiristes, plus expérimentalistes, plus factualistes, plus sociologistes.

Les nouveaux objets normatifs ou semi-normatifs qui prospèrent actuellement (codes privés, chartes, usages, conditions générales d'utilisation, contrats-types, normes comptables, normes managériales, normes techniques, labels, standards, protocoles, meilleures pratiques, statistiques, sondages, indicateurs de performance, rankings etc.) interrogent quant à *leur appartenance au droit ou au non-droit*. Le principal apport du pragmatisme juridique aux modes de connaissance du droit serait peut-être d'amener à inclure sans exception ces objets normatifs ou semi-normatifs originaux dans le monde juridique, permettant aux juristes de s'y intéresser — cela éventuellement afin de les comparer aux objets normatifs modernes que sont la loi et la jurisprudence. Nul doute que d'importants travaux pourraient porter sur ces formes de « nouveau droit », tandis que les recherches menées parmi les lois et les jurisprudences à l'exclusion de tout autre type d'actes juridiques ne semblent plus pouvoir être très porteuses à l'ère du droit transnational. Les chercheurs en droit seraient désormais pressés d'*ouvrir leur champ de vision* ; et le pragmatisme juridique, à travers le *panjuridisme* qu'il consacrerait, les y aiderait grandement. Il permettrait de ne plus devoir se questionner quant à la compétence des juristes de traiter les formes nouvelles de normativité, bien que celles-ci soient très iconoclastes à l'aune des canons *jus-théoriques* modernes.

Le droit moderne a été conçu, par les normativistes tels que Hans Kelsen ou Herbert Hart, comme une forme particulière de régulation sociale répondant à des critères précis

(par exemple, l'appartenance à un ordre juridique articulant des normes primaires et des normes secondaires). Ainsi ce droit moderne a-t-il été rigoureusement séparé des autres formes de normativité. Continuer à comprendre de la sorte la juridicité des normes risquerait de couper excessivement les étudiants et les professeurs de droit de la réalité concrète des pratiques normatives, des normes effectives et des faits normatifs. Il serait dès lors préférable de repenser le droit et, par suite, de repenser l'étude et l'enseignement du droit afin de pouvoir se consacrer aux normes « qui marchent », peu important que celles-ci soient portées par des lois, par des décisions de justice ou par toute autre forme d'actes normatifs¹.

Aux yeux du juriste pragmatiste, mais aussi aux yeux du simple curieux, il ne peut qu'être regrettable de refuser de s'intéresser à des modes de régulation sociale très performants dans les faits au seul motif que ceux-ci ne reçoivent aucune validation étatique. Le risque attaché au droit moderne, et que le pragmatisme juridique aurait vocation à prévenir, serait donc d'en venir à fournir une présentation universitaire du droit qui ne serait plus guère en adéquation avec les pratiques juridiques

¹ Par exemple, W. TWINNING, « Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective », *Duke Journal of Comparative & International Law* 2010, p. 473 s. C'est ainsi que Benoît Frydman invite à « nous passer purement et simplement du concept d'ordre juridique pour envisager immédiatement les normes et les interactions juridiques entre les acteurs en tant que telles, indépendamment du ou des ordres dans lesquels elles s'inscrivent ou non. Pourquoi dès lors privilégier cette option radicale ? Pour une raison simple et dirimante aux yeux d'un pragmatique : parce que les phénomènes et les objets que nous observons dans la pratique nous l'imposent. Le plus souvent, les cas, les instruments, les dispositifs, que nous étudions sur nos différents chantiers globaux, soit traversent allègrement les frontières des ordres juridiques établis, soit se situent en dehors de ceux-ci, soit encore empruntent leurs instruments à des ordres juridiques multiples. [...] En d'autres termes, le concept autrefois si nécessaire d'ordre juridique, tel qu'il a été créé au 17^{ème} siècle, nous a paru constituer davantage un obstacle, un écran, qu'un secours ou un outil pour appréhender et comprendre l'émergence de normativités globales et il nous est dès lors apparu opportun et urgent de nous en détacher » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17).

effectives telles que les juristes de terrain les conçoivent. Aussi le critère de juridicité essentiel devrait-il devenir l'effectivité : il reviendrait aux juristes de se consacrer avant tout aux dispositifs normatifs (ou même quasi-normatifs tels que les sondages ou les « *nudges* ») qui répondent à *la seule condition de produire d'importants effets de régulation*.

Aujourd'hui, à la faveur de la mondialisation, les formes de régulation indépendantes des États ont acquis une importance considérable, spécialement en matière économique et à l'échelle supra- et trans-nationale. Pourtant, la doctrine majoritaire, semblant obéir à « un réflexe conditionné par la culture positiviste classique »¹, persiste à enseigner que l'État souverain serait seul capable de qualifier juridiquement des normes. Toute règle de droit devrait donc être validée, plus ou moins directement et expressément, par la Constitution ou par la loi. Et les actes normatifs qui ne se prêtent pas à pareille vassalisation devraient être rejetés loin des facultés de droit.

En Europe, et plus encore en France, les juspragmatistes (qu'ils soient conscients ou non de leur juspragmatisme) sont aujourd'hui minoritaires. On pourrait espérer quelques évolutions des mentalités juridiques tant le juspositivisme moderne semble « condamne[r] le juriste à manquer un pan entier de la réalité des régulations contemporaines »². Comment, avec le statolatisme, répondre de manière éclairée et pertinente au « besoin pressant d'inventer de “nouvelles recettes” pour permettre au droit de continuer à remplir son office »³ ? D'un point de vue juspragmatiste, « la question de savoir s'il faut qualifier ou non de “juridique” les formes alternatives de normativité présente un caractère formaliste et

¹ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 15.

² B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 16.

³ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014. Le professeur explique que, « à leur école, [les juristes] pourraient tester les normativités émergentes, en faire connaître le potentiel et — rivalisant d'inventivité — travailler à les rendre disponibles » (*ibid.*).

presque scolastique, sans grand intérêt pour la pratique »¹. Le chercheur devrait dès lors considérer comme le praticien que le droit ne serait constitué que de normes « qui marchent » mais de toute les normes « qui marchent ». Ainsi se dessine la voie du panjuridisme aux côtés de celle du pragmatisme juridique².

En ce sens, Benoît Frydman enseigne :

*Ces dispositifs normatifs multiples et hétéroclites, qui prolifèrent, de manière souvent anarchique, dans les domaines les plus mondialisés, 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. Ils constituent cependant l'horizon obligé du philosophe et du théoricien du droit du 21^{ème} siècle. Notre époque nous contraint, et ce n'est pas la première fois dans l'histoire, à repenser le droit à l'horizon du monde. Nous sommes mis en demeure par l'évolution des relations et des régulations juridiques de réévaluer les principes, les concepts et les outils du droit moderne, établis depuis plusieurs siècles, solidement pensait-on, mais qui montrent chaque jour davantage les limites de leur pertinence et de leur efficacité à capturer leur objet et à le faire comprendre. Nous sommes obligés de repenser les classifications et les catégories dans lesquelles les nouveaux objets qui émergent chaque jour, sortes d'ornithorynques du bestiaire normatif, se refusent obstinément à se laisser enfermer.*³

¹ B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 16.

² Par exemple, semble ne pouvoir qu'être panjuridiste qui estime qu'« il est question de droit toutes les fois qu'il est question de régulation » (X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 15).

³ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17.

Il deviendrait donc ô combien nécessaire d'élargir et d'approfondir l'horizon des juristes. Un grand apport du pragmatisme juridique serait de favoriser cet élargissement et cet approfondissement en autorisant une sorte de « *panjuridisme décomplexé* ». Car il est vrai que le panjuridisme — amenant à voir du droit partout où il y a des normes effectives — pourrait être dénoncé vigoureusement en raison du fait qu'il aboutit à nier toute autonomie au droit. Il provoque une dissolution du concept de droit risquant de le priver d'objet, donc d'utilité. D'aucuns verront sans doute dans le pragmatisme juridique un nihilisme juridique dès lors qu'il *confond juridicité et normativité* — ainsi qu'un relativisme juridique dès lors qu'il ne se préoccupe guère des fins du droit.

Normalement, le droit n'est pas donné mais *construit par la théorie qui en traite*¹. Or une théorie pragmatique du droit, consacrant le panjuridisme, ne semble pouvoir être qu'une étrange théorie du droit, qu'une théorie du droit au sens faible. Comme l'indique Michel Troper, « si l'on réduit le droit à des faits sociaux, on perd la spécificité de la science du droit, qui se réduit à une branche de la sociologie et se trouve dans l'incapacité de comprendre les particularités de son objet »². John Dewey lui-même invitait ses lecteurs à ne pas adopter une vision trop générale et inclusive du droit, jugeant « dangereux » l'usage non réfléchi de ce mot³. N'y a-t-il aucune différence de nature entre l'ordre du percepteur des impôts et celui du

¹ M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 123.

² *Ibid.*, p. 63.

³ J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in Julius Rosenthal Law Foundation, *My Philosophy of Law – Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 78. Et Michel Villey pouvait écrire qu'« il serait utile de savoir définir notre champ d'études. Ne serait-ce que pour élaborer un programme scolaire cohérent. [...] Peut-être le manque de réflexion sur l'objet spécifique du droit conduira-t-il à faire tomber le mot même de droit en désuétude. Peut-être qu'il n'existe plus de droit. Ce ne me paraît pas un progrès. [...] Que les uns et les autres nous trouvions dans le noir absolu sur l'objet du droit (si nous supposons qu'il existe un art juridique), cette lacune porte à conséquences » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 8).

bandit ? L'ordre du bandit est souvent aussi efficace que celui du percepteur des impôts, si bien que, pour le tenant du panjuridisme poussé dans ses extrémités, il existera peut-être, entre l'un et l'autre, une différence de degré permettant à l'ordre du percepteur des impôts d'apparaître plus véritablement juridique, mais non une différence de nature.

Reste que, si le juriste entend conserver une position cardinale en matière d'étude scientifique des régulations sociales, il lui revient d'étendre d'une manière ou d'une autre ses compétences afin de pouvoir se consacrer aux formes alternatives de normativité qui complètent et concurrencent désormais les interventions étatiques et interétatiques. Et cette prise de conscience devrait susciter d'importantes évolutions en amont des formations juridiques ainsi qu'au sein des formations juridiques. Notamment, il importerait de transcender les frontières académiques entre sciences sociales et d'associer fortement le droit et la sociologie — les sociologues n'ont jamais réduit le droit à la normativité d'État¹. Le panjuridisme apparaîtrait alors moins irrecevable d'un point de vue juridique, celui-ci n'étant plus radicalement différent du point de vue sociologique.

Ce mouvement de détachement par rapport aux canons modernes du droit semble déjà en cours et on observe que, « par conviction technicienne ou par pragmatisme désabusé, par paresse intellectuelle ou par souci de réalisme, l'envie de systématiser quitte progressivement les facultés et les lieux où l'on prétendait "penser le droit" »². L'émancipation du pragmatisme juridique entraînerait *un profond renouvellement du régime de la connaissance du droit*.

Et ce renouvellement pourrait aller dans le sens d'une « américanisation ». Parmi tous les courants de pensée qui ont vu le jour aux États-Unis, le pragmatisme semble être le plus profondément enraciné dans la culture américaine. Partant, une

¹ G. CALAFAT, A. FOSSIER, P. THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7.

² S. DESMOULIN-CANSELIER, « Du droit comme discours et comme dispositif », *Tracés* 2014, n° 27, p. 151.

« *américanisation de la pensée juridique* » accompagnerait peut-être le déploiement du juspragmatisme. Cela n'aurait pas été du goût de Michel Villey, qui regrettait dans les années 1980 que « le monde juridique français, assez faiblement cultivé, a mal résisté à la vague scientiste, hostile à toute "métaphysique", et s'est jeté dans une sorte de technicisme à l'américaine »¹. Villey décrivait : « On veut être actif, efficient, servir les "affaires". On reproche à la philosophie d'être une discipline inutile »². C'est bien ainsi qu'agiraient des juristes pragmatistes, concentrés sur le droit « performant » et ignorant tout droit idéal.

Toujours est-il que, si le pragmatisme rencontre aujourd'hui encore des réticences en Europe et en particulier en France, c'est notamment en raison de son caractère « américain ». Or la science du droit est peut-être, de toutes les sciences humaines et sociales, celle qui est la plus marquée par le « nationalisme méthodologique ». C'est pourquoi le pragmatisme juridique pourrait ne progresser que lentement et ponctuellement dans la psyché juridique collective, les obstacles dogmatiques étant nombreux sur sa route. La pensée française, pétrie de cartésianisme et éprise d'unité et d'ordre, ne pourrait que se montrer récalcitrante à l'égard d'un pragmatisme pluriel et qui n'hésite pas à présenter des aspects contradictoires.

À moins que le pragmatisme parvienne à jouer envers le droit le même rôle que celui joué par Hume envers Kant : le réveiller du « sommeil dogmatique » dans lequel il semble souvent plonger³. Sous cet angle, c'est encore la lecture des écrits de Michel Villey qui pourrait favoriser une prise de conscience. Regrettant l'absence, dans les facultés de droit, de travaux réflexifs, d'épistémologie juridique, le philosophe du droit décrivait la situation suivante :

¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 4.

² *Ibid.*

³ Kant a en effet expliqué que s'il a fondé une philosophie critique, c'était grâce à Hume qui l'aurait réveillé de son « sommeil dogmatique ».

Comme un ouvrier manœuvre une machine et ne se préoccupe pas de savoir comment elle a été construite, on enseigne selon les routines du positivisme juridique, sans se donner le mal de vérifier ce que valent ces routines. C'est pourquoi nos énormes traités de « dogmatique juridique », nos cours magistraux, nos systèmes, sont des colosses aux pieds d'argile, de belles constructions dont rien ne garantit qu'elles ne soient bâties sur le sable...¹

Aujourd'hui, en des temps autrement complexes et incertains, notamment pour le droit, que ne l'étaient les années au cours desquelles Michel Villey a écrit ces lignes, il serait utile de s'assurer de la pertinence renouvelée de ce qu'on peut prendre pour acquis mais qui mériterait peut-être d'être révisé, si ce n'est abandonné. Le juspragmatisme serait alors le premier des chemins à défricher, car il garantirait mieux que tout autre cadre de pensée et de recherche la mise en adéquation des connaissances et des réalités, des théories et des pratiques, des études et des professions, des besoins et des propositions.

En s'ouvrant au pragmatisme juridique, les juristes européens s'ouvriraient à l'efficacité supérieure du *common law* par rapport au droit écrit de tradition civiliste ; ils s'ouvriraient au « *doing business* »² et à la « *corporate governance* » ; ils s'ouvriraient à la contractualisation (jusqu'en matière pénale ?) ; ils s'ouvriraient au droit négocié horizontal, loin du droit moderne vertical ; ils s'ouvriraient à la « *good governance* » ; ils s'ouvriraient à la flexibilité et à l'adaptabilité, donc au « *soft law* » ; ils s'ouvriraient à la justice correctrice et à l'équité, au détriment du simple syllogisme judiciaire ; ils s'ouvriraient, encore, au « *benchmarking* juridique », engageant divers travaux afin d'identifier les méthodes normatives (ou quasi-normatives) capables de produire les meilleurs effets de régulation et de répondre aux enjeux et besoins actuels ; ils s'ouvriraient, enfin et sous un angle plus théorique, au

¹ *Ibid.*, p. 10.

² Les rapports de la Banque Mondiale « *Doing Business* » classent régulièrement les systèmes juridiques européens continentaux parmi les moins performants du monde en matière de droit des affaires.

pluralisme juridique, délaissant le monisme et la culture juridique stato-centrée.

Ainsi le pragmatisme juridique risquerait-il de favoriser l'hégémonie juridique américaine. En droit positif français, l'influence du modèle américain a déjà conduit à réformer en profondeur le droit économique, à introduire en matière pénale le système du « plaider-coupable », à insérer dans la procédure pénale des éléments relevant de la logique accusatoire ou à instaurer la possibilité d'actions de groupe. La recherche juridique suivra-t-elle ce mouvement ?

Rien ne l'assure. Elle pourrait très bien dériver vers d'autres continents ; ou bien se fossiliser, perpétuant sans relâche la conception étatiste et hiérarchisée du droit « que l'on fait réciter religieusement depuis des générations d'étudiants »¹. L'enjeu, en « pragmatissant » le droit des universités, serait d'y réintroduire le droit des praticiens afin d'éviter qu'elles ne se coupent du droit « comme il va ». Les novatrices « cliniques juridiques », créées par certaines facultés de droit, sont de ce point de vue ô combien remarquables.

Cependant, un monde juridique entièrement abandonné au primat de la *praxis* serait-il raisonnable ? Le droit peut-il avancer sans être guidé par quelques idéaux et notamment par un idéal de justice ? S'il faut se méfier du « labyrinthe des mots »², ne convient-il pas de prendre également garde à l'« opium des résultats »³ ? Le pragmatiste juge l'arbre à ses fruits ; mais n'importe-t-il pas de le juger aussi à ses racines ?

Pour être pragmatiste jusqu'au bout, il faudrait dire que *le pragmatisme juridique ne se proclame pas ; il se pratique*. On ne pourrait en parler qu'après en avoir fait l'expérience — et à condition que Céline se soit fourvoyé lorsqu'il a écrit que « l'expérience est une lanterne qui n'éclaire que celui qui la porte ».

¹ M. MONIN, « Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990, p. 27.

² C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 9.

³ S. GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, 2007, p. 101.

