



HAL
open science

Connaître et reconnaître le droit aujourd'hui

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Connaître et reconnaître le droit aujourd'hui. Université d'Aix-Marseille, 2021. hal-02174438

HAL Id: hal-02174438

<https://hal.science/hal-02174438v1>

Submitted on 27 Nov 2019

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

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

Boris Barraud

Connaître et reconnaître le droit

2019

*Dans le divorce du fait et du droit,
c'est le droit qui a tort.*

Jean Carbonnier

(Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 1969)

Sommaire

Volume I

Introduction générale

Livre I. Les théories pragmatiques du droit

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

Titre 1. Les enjeux des définitions pragmatiques du droit

Titre 2. Le contenu des définitions pragmatiques du droit

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

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

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

Livre II. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité

Première partie. La théorie syncrétique du droit
(une recherche des propriétés du droit)

Titre 1. Les intentions de la théorie syncrétique :
la méta-théorie scientifique du droit

Titre 2. Les conclusions de la théorie syncrétique :
la définition lexicographique du droit

Seconde partie. L'échelle de juridicité
(une recherche des dimensions du droit)

Titre 1. Les applications de l'échelle de juridicité :
la mesure de la force juridique des normes

Titre 2. Les implications de l'échelle de juridicité :
la conception graduelle du droit

Volume II

Livre III. La philosophie pragmatiste et la recherche juridique

Chapitre préliminaire. Le pragmatisme juridique : une nouvelle
philosophie du droit ou une non-philosophie du droit ?

Première partie. Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception
du phénomène juridique ?

Chapitre 1. L'effectivité du droit

Chapitre 2. La « maxime du pragmatisme » et le droit

Chapitre 3. Les faits juridiques et le droit en action

Chapitre 4. L'utilité du droit

Chapitre 5. De l'État pragmatique au droit pragmatique

Chapitre 6. Le droit, source de croyances stables et d'habitudes d'action

Seconde partie. Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception
de la science juridique ?

Chapitre 1. L'empirisme

Chapitre 2. L'expérimentalisme

Chapitre 3. Le libéralisme

Chapitre 4. Le darwinisme

Livre IV. La prospective juridique

Première partie. Objet de la prospective juridique

Titre 1. Les branches de la prospective juridique

Titre 2. Les objectifs de la prospective juridique

Seconde partie. Méthode de la prospective juridique

Titre 1. Les étapes de la prospective juridique

Titre 2. Les principes de la prospective juridique

Conclusion générale

Introduction générale

*Les conditions qui favorisent l'intuition scientifique sont
le profond désir de savoir, le stock de connaissances
en mémoire reliées au problème, le sentiment de liberté,
l'aptitude à briser la routine, la discussion du problème avec
d'autres chercheurs, la lecture d'articles pertinents et la sérendipité.*

Walter B. Cannon, *The Way of an Investigator –
A Scientist's Experiences in Medical Research*, 1945

L'habilitation à diriger des recherches, exercice conférant le plus haut grade de l'université française, peut laisser le candidat hésitant, se demandant s'il n'est pas trop tôt ou même s'il possède les qualités et le « profil » requis afin d'obtenir un tel diplôme. C'est pourquoi j'ai longtemps hésité : je suis enseignant-chercheur à l'université depuis désormais neuf ans, mais je n'ai jamais encadré de thèses de doctorat ni participé à des jurys de thèses. En revanche, j'ai mené durant ces neuf années et je continue de mener des travaux me permettant d'acquérir, si ce n'est une certaine expertise, du moins une certaine expérience en matière de recherche juridique. Surtout, une partie importante de ces travaux relèvent de l'épistémologie juridique, interrogeant les objets et les méthodes des chercheurs en droit. C'est pour cette raison avant tout, parce que l'épistémologie juridique est peut-être la branche de la recherche juridique la plus essentielle afin d'encadrer ou diriger des recherches universitaires, que j'ai souhaité candidater à l'habilitation à diriger des recherches.

Je possède donc un certain goût pour l'épistémologie juridique, pour la philosophie des sciences du droit, pour l'examen critique des travaux des juristes et de leurs cadres. Ainsi que j'ai tenté de la définir, l'épistémologie juridique se désintéresse du contenu du savoir juridique car ce sont ses origines, ses méthodes, ses modes d'inférence, ses logiques et ses conséquences qui la préoccupent. L'épistémologie juridique étudie donc, non directement les connaissances juridiques, mais les moyens des connaissances juridiques, les méthodes et les démarches qui permettent — ou qui ne permettent pas — de les acquérir¹. Par conséquent, l'épistémologue du droit étudie et critique les normes méthodologiques, les principes, les postulats, les concepts, les classifications, les expériences ou encore les théories qui font le droit compris comme discipline académique. Ces éléments orientent le regard de l'observateur du droit et tendent à fixer l'image qu'il en retient ; c'est à cet aspect normatif des travaux juridiques, qui fait que le juriste voit ce qu'il voit et, par conséquent, que le droit est ce qu'il est et que la pensée juridique est ce qu'elle est, que s'attache l'épistémologie juridique. Et c'est pourquoi j'interrogerai dans ce mémoire les éventuels nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit qui, peut-être, deviennent aujourd'hui nécessaires afin de bien le saisir et de bien le comprendre.

Peut-être pareil champ de recherches est-il tout spécialement bienvenu dès lors qu'on aspire à encadrer des recherches. Cela pourrait permettre de ne pas inviter les étudiants à réaliser de purs exercices de style techniques et standardisés, mais plutôt les amener à faire preuve de réflexivité et à prendre du recul quant à leurs objets et méthodes d'étude, cela

¹ *La recherche juridique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 186.

afin de les corriger, les améliorer, mais aussi les conforter autant qu'il leur apparaît nécessaire. D'ailleurs, la confection d'un mémoire d'habilitation à diriger des recherches est l'occasion d'analyser et faire l'auto-critique de ses travaux, de souligner les liens et rapports de complémentarité entre eux, de corriger certaines erreurs, imprécisions et biais éventuels, de tempérer certains excès, de compléter et préciser ses recherches et propositions ou encore de nourrir son sujet avec une bibliographie renouvelée².

Mon parcours universitaire est celui d'un juriste : j'ai obtenu un master en droit (ainsi qu'un master en science politique et en sciences de l'information et de la communication) et un doctorat en droit. De plus, tous mes contrats professionnels m'ont lié à des facultés de droit. Je me suis toutefois tourné très tôt vers l'épistémologie (appliquée aux sciences du droit). C'est ainsi que j'ai publié dès 2016, avant même de soutenir ma thèse, l'ouvrage *La Recherche juridique*. Le sentiment d'une importance cardinale de cette matière pour tout chercheur en droit associé à la rareté des réflexions dans le champ de l'épistémologie juridique m'ont convaincu d'entreprendre de tels travaux. Et ceux-ci m'ont véritablement passionné. Les juristes se consacrant à l'épistémologie sont (trop) peu nombreux, alors qu'il y a pourtant beaucoup de réflexions intéressantes à mener et de propositions inédites à soumettre, les sciences du droit n'étant pas les moins originales et les moins sujettes à controverses de toutes.

Dans *La Recherche juridique*, je me suis notamment attaché à distinguer et définir les « branches de la recherche juridique » (philosophie du droit, anthropologie du droit, droit comparé, analyse économique du droit... et jusqu'à l'épistémologie juridique elle-même). Cet inventaire m'a semblé utile dès lors qu'il peut être important, en tant que chercheur, de connaître les fins et les moyens spécifiquement attachés à la discipline scientifique dans laquelle on œuvre. J'ai également interrogé, au sein de cet ouvrage, la possibilité et les conditions de la scientificité des travaux des juristes, ainsi que la possibilité et les conditions d'une approche critique du droit, cela dans un contexte où les juristes sont parfois réputés « conservateurs », un conservatisme qui freinerait l'évolution (et le progrès) de leur savoir.

J'ai écrit par ailleurs des études sur l'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit³, la polysémie croissante des concepts des juristes⁴, l'intérêt des travaux

² L'objectif final de l'exercice, aux termes de l'arrêté du 23 novembre 1988, est « la reconnaissance du haut niveau scientifique du candidat, du caractère original de sa démarche dans un domaine de la science, de son aptitude à maîtriser une stratégie de recherche dans un domaine scientifique ou technologique suffisamment large et de sa capacité à encadrer de jeunes chercheurs ».

³ « L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises », *Revue trimestrielle de droit civil* 2015, p. 807 s.

inter/trans/pluridisciplinaires⁵, la « *summa divisio* » consistant à séparer rigoureusement — et y compris au niveau administratif — le droit privé et le droit public⁶, la question de savoir si les juristes sont davantage des tacticiens ou des techniciens⁷, ou encore la distinction entre recherches macro-juridiques et recherches micro-juridiques, sur le modèle de la macro-économie et de la micro-économie⁸.

Le pari transversal à ces travaux est que les facultés de droit pourraient gagner à encourager les recherches réflexives, à délaissier de temps à autre la technique juridique au profit d'approches plus philosophiques et critiques. En tout cas est-il peut-être bienvenu, en tant que directeur de recherches en droit, de posséder quelques connaissances et quelques convictions quant à ces enjeux. C'est pourquoi je tiens à mettre en avant, au moment de candidater à l'habilitation à diriger des recherches, mes travaux dans le domaine de la connaissance du droit et des modalités de sa construction et de son évolution.

Cela me paraît d'autant plus important au XXI^e siècle et en France. En effet, ici et maintenant, se creuse progressivement un fossé entre praticiens et universitaires, entre droit des facultés et droit du quotidien, entre droit des livres et droit en action : de plus en plus, les activités des juristes des entreprises et du secteur privé en général tendent à prendre quelques distances par rapport aux savoirs et aux enseignements parfois prodigués dans les mêmes termes depuis des décennies au sein des facultés — même si, et fort heureusement, ces dernières évoluent aussi sous différents aspects. Dans un nombre croissant de branches du droit, on délaissie le cadre de l'État et on applique des 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.), tandis que beaucoup de cours et de manuels continuent à n'avoir d'égards que pour la loi du Parlement et la jurisprudence des tribunaux, considérant que tout le reste ne serait pas du droit ou, du moins, pas du droit en bonne et due forme, donc digne des recherches et enseignements en droit. Renouveler les modes de rédaction des manuels de droit en donnant toute leur place aux objets normatifs originaux en développement pourrait par exemple obliger à délaissier les exposés détaillés de régimes juridiques issus de la loi au

⁴ « La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques – Droit en contexte* 2016, n° 76, p. 5 s.

⁵ « Du droit à l'interdisciplinarité », *Jurisprudence – Revue critique* 2014, n° 5.

⁶ « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ* 2015, p. 1101 s.

⁷ « Le “bon juriste” : bon technicien ? bon tacticien ? », *RRJ* 2019, n° 175.

⁸ « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », *RRJ* 2017, p. 503 s.

profit d'approches plus organiques, physiologiques, métaboliques, généalogiques et prospectives permettant de comprendre, plutôt que ce que contient le droit — donnée de plus en plus contingente et variable bien que très utile pour les praticiens et les acteurs —, d'où il vient, où il va, comment il fonctionne et comment il évolue. En pratique, droit rime de moins en moins avec État et il semble chaque jour un peu plus difficile de perpétuer « par habitude » les cadres et les modes formels et substantiels qui se sont imposés au XX^e siècle à l'initiative d'illustres professeurs qui, s'ils écrivaient aujourd'hui, ne produiraient peut-être pas les mêmes œuvres.

Par conséquent, peut-être la recherche juridique est-elle appelée à s'adapter, si ce n'est à se réinventer. Or, pour ce faire, les facultés de droit pourraient miser sur l'épistémologie juridique. Le droit n'est pas l'ensemble de connaissances le moins sujet aux « obstacles épistémologiques » et le moins en attente de quelques « révolutions scientifiques ». Dès lors, peut-être un directeur de recherches en droit devrait-il posséder une formation en épistémologie et en philosophie au moins autant qu'une formation principalement ou même exclusivement de technicien du droit positif. Si les facultés de droit obéissent à des codes — notamment des codes formels relatifs à la présentation formelle des recherches —, ceux-ci sont très différents des codes purement juridiques, en premier lieu parce que ce sont les universitaires qui leur confèrent leur valeur normative. Ainsi revient-il à ces universitaires d'accepter de jouer le rôle de législateur de la recherche et de l'enseignement juridiques, ce qui s'apprend peut-être patiemment au contact des étudiants et par la fréquentation des bibliothèques et la lecture des revues spécialisées, mais aussi et plus encore en se plongeant pleinement et très tôt dans ce milieu pourtant *a priori* lointain et obscur de l'épistémologie.

Pour ma part, j'ai fait ce choix de l'épistémologie juridique dès mes premières expériences de jeune chercheur, cela par goût de la philosophie des sciences, par étonnement face à certaines pratiques et habitudes, mais aussi par conviction que cette branche de la recherche juridique me serait tout spécialement utile dans le cadre de la carrière universitaire que je souhaitais embrasser.

En droit positif-technique, mes recherches et enseignements touchent au droit public (droit administratif et droit constitutionnel), ainsi qu'au droit du numérique, au droit de la communication et au droit des nouvelles technologies. Mes travaux comprennent cependant souvent une dimension théorique ou philosophique, au-delà de l'exposé, de la réexplication et de l'interprétation du contenu des régimes juridiques positifs. D'ailleurs, ma thèse de doctorat, soutenue en 2016 et publiée sous le titre *Le renouvellement des*

*sources du droit – Illustrations en droit de la communication par internet*⁹, associait la théorie du droit et le droit positif. Or ma conviction est que ce qui différencie peut-être les recherches académiques, des universitaires, par rapport aux publications des praticiens est, parmi d'autres éléments, leur prise de recul critique et l'angle plus philosophique et théorique qu'ils peuvent adopter relativement aux objets observés. Ce mémoire d'habilitation à diriger des recherches tentera ainsi de justifier et préciser ce que pourraient être de nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit afin de ne plus considérer qu'un chercheur en droit devrait se borner « uniquement et exclusivement [à] connaître son objet, c'est-à-dire établir ce qu'est le droit et comment il est, [...] connaître le droit du dehors et, sur la base de cette connaissance, le décrire »¹⁰. Une pensée de la pensée du droit renouvelée permettrait d'abandonner « la théorie pure [qui] assigne à l'interprétation scientifique l'unique tâche de révéler les significations possibles d'une norme concrète »¹¹.

Si l'habilitation à diriger des recherches est un exercice qui consiste à détailler et expliquer ses travaux au sein d'un mémoire ainsi qu'à l'occasion d'une soutenance publique, j'ai donc décidé de me concentrer sur certains de mes écrits théoriques, philosophiques et épistémologiques, considérant qu'ils seraient les plus formateurs afin, plus tard peut-être, d'encadrer et orienter les travaux de jeunes chercheurs dans des branches de la recherche juridique et des branches du droit pouvant ne m'être que peu familières.

L'habilitation à diriger des recherches peut intimider le candidat, mais celui-ci peut aussi la concevoir comme une opportunité heureuse de parachever des années d'investigations et de réflexions autour d'une thématique plus ou moins large. Dans mon cas, il est tout particulièrement vrai que le doctorat n'a été qu'une étape d'un cheminement débuté plus tôt (avec mon texte *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*¹²) et qui s'est poursuivi et enrichi jusqu'à aujourd'hui. En effet, ma thèse de doctorat a porté sur les sources du droit de la communication par internet et, plus particulièrement, sur les sources privées concurrentes des sources étatiques, européennes et internationales. Or la difficulté, purement théorique, à laquelle j'ai été confronté tient au fait que, les juristes étudiant, par définition, des objets juridiques, il fallait convenir, accepter et, dans l'idéal, démontrer que les normes privées en question étaient des normes juridiques. Dans le cadre de ma thèse, je me suis cependant contenté

⁹ PUAM, coll. Inter-normes, 2018.

¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

¹¹ H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 560.

¹² L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

de postuler implicitement la juridicité de ces normes pourtant non-valides, extérieures à toute « pyramide » kelsénienne, et difficiles à accepter d'un point de vue jusnaturaliste puisqu'émanant souvent de puissances privées poursuivant des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général et parfois de certains droits et libertés fondamentaux. Je n'ai donc en aucun instant posé les questions « qu'est-ce que le droit ? » et « cette norme "n" est-elle juridique ? ».

C'est dans le cadre de travaux que j'ai menés durant mon doctorat mais en parallèle de ma thèse que je me suis attelé à concevoir quelques moyens de rendre justifiable et, par suite, acceptable théoriquement la qualité juridique de ces normes et institutions para- ou extra-étatiques. Ces moyens ont finalement pris la forme de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, que j'ai développées tout d'abord à l'occasion d'articles publiés par les *Archives de philosophie du droit*¹³, puis dans deux textes plus substantiels parus aux Presses universitaires d'Aix-Marseille¹⁴.

Une fois mon doctorat achevé, toujours intrigué par le délicat et incertain encadrement théorique et épistémologique des recherches menées par des juristes autour des objets normatifs et réglementaires originaux qui se développent au XXI^e s., j'en suis venu à entreprendre un nouveau programme de recherches : *Le pragmatisme et le droit*. Celui-ci a abouti à l'écriture de deux études¹⁵. Dans la première, je réfléchis, sous un angle épistémologique, à la possibilité, à l'opportunité et aux conséquences de la compréhension du droit sous l'angle de la philosophie pragmatiste américaine. J'approfondis ainsi différentes pistes que la recherche juridique pourrait suivre afin de prendre un virage résolument pragmatiste, ce qui modifierait fortement son visage tant en termes d'objets qu'en termes de méthodes. Dans la seconde étude, j'observe que des théories pragmatiques du droit sont déjà en train de remplacer progressivement les théories positivistes du droit, 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. Ce second travail, plus descriptif et moins prospectif que le premier, vise à présenter le pragmatisme des chercheurs en droit tel qu'on peut l'observer aujourd'hui, cela en se

¹³ « 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. ; « 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.

¹⁴ *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016 ; *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016.

¹⁵ Réunies dans *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2018.

concentrant sur les théories du droit — plus ou moins élaborées et plus ou moins conscientes — sur lesquelles ils s'appuient. Avec le juspragmatisme, le droit changerait de physionomie, tandis que l'office des juristes évoluerait grandement.

Le pragmatisme est avant tout une attitude intellectuelle, un état d'esprit, une approche critique du contenu et des modes de production des connaissances. Il invite à se concentrer sur les actions, sur l'utilité, sur les conséquences. Dans le monde des sciences du droit, il amène à ériger l'effectivité des normes en grande condition de leur juridicité, à la place de la validité. Cela a pour effet, par exemple, d'inciter à étudier les sources réelles plutôt que les sources officielles du droit. J'ai donc observé combien un nombre croissant de juristes tendent à se focaliser sur le droit vivant, le droit en action ou le droit en situation, ainsi qu'à procéder à des expérimentations, des enquêtes et des études de cas. Toutefois, cela concerne pour l'heure les chercheurs en droit français moins que les autres ; et c'est pourquoi il m'a paru opportun de réfléchir aux potentialités de ce cadre original de recherche que serait le pragmatisme juridique et de proposer quelques réflexions plus personnelles quant à l'application des thèses de Charles Sanders Peirce, William James ou John Dewey (les principaux philosophes pragmatistes) à la recherche juridique.

L'hypothèse motivant de telles 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 normativiste-positiviste, foncièrement stato-centrée et même légi-centrée, de saisir. Déjà des auteurs jugent que « le pluralisme des sources du droit est l'objet d'un consensus »¹⁶, que lesdites sources se remarquent à leur « irréductible pluralité »¹⁷ et à leur irréductible complexité¹⁸, que cette pluralité et cette complexité sont « la constante de la problématique des sources du droit »¹⁹ ou encore qu'il est impossible de parler de « source du droit » au singulier²⁰. Il n'est, semble-t-il, que permis d'abonder

¹⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 56.

¹⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Théorie des sources du droit », [en ligne].

¹⁸ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 142.

¹⁹ P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriges-dicos poche, 2003, p. 1432.

²⁰ J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz (Genève), 1979, p. 103.

dans le sens de Léon Duguit lorsqu'il enseignait que, « malgré le large développement qu'a pris l'activité du législateur positif, il n'y a point coïncidence complète entre la norme juridique et la loi, entre le droit objectif et le droit législatif. [...] Qu'on ait toujours présent à l'esprit que la loi peut ne pas être le droit et que, à coup sûr, elle n'est jamais tout le droit »²¹. En tout cas devient-il indispensable de reconnaître la centralité croissante de la société civile et de certaines multinationales dans le grand marché juridique mondial²². Il faut « rem[ettre] en cause nos évidences juridiques »²³ s'il est vrai que l'heure est au « self-service normatif »²⁴, au « chaos dans la production du droit »²⁵ et au « désordre de l'ordre juridique »²⁶. Mais quel chemin suivre pour repenser la pensée du droit, pour réapprendre à connaître et reconnaître le droit ?

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 —, j'en suis donc venu à proposer une nouvelle théorie pragmatique du droit à partir de prémisses inédites : la théorie syncrétique du droit²⁷. Celle-ci, déjà esquissée au cours de mon doctorat, aboutit à consacrer le panjuridisme (toute norme serait une règle de droit) d'une manière originale, car scientifique et graduelle, qui pourrait éventuellement lui permettre de recevoir un accueil plus chaleureux de la part des juristes modernes attachés aux spécificités ontologiques du droit²⁸. Le principal apport de cette théorie consiste à établir la 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.

²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3e éd., De Boccard, 1927, p. 183.

²² Par exemple, Y. DEZALAY, *Marchands de droit – La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 ; G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2016.

²³ C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 160 (« les normes de droit souple ont au moins un effet obligatoire : elles nous obligent à une remise en cause de nos évidences juridiques »).

²⁴ Réf. à A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541 s.

²⁵ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

²⁶ A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 147 ; également, R. LIBCHABER, « Réflexions sur le désordre juridique français », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s. ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Puf, coll. Les voies du droit, 1988.

²⁷ *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2018.

²⁸ René Sève, 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.

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 collective, à mille lieues de toute spéculation et de toute stipulation. 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 tout)²⁹. 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 sur l'échelle est juridique, bien qu'elle le soit très faiblement³⁰.

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 et l'autre aspects tendent à en faire une théorie pragmatique³¹. Allant plus loin que les auteurs qui, s'intéressant aux nouvelles sources du droit, écrivent que celles-ci

²⁹ L'échelle de juridicité associée à la définition syncrétique du droit comporte huit niveaux d'intensité juridique, allant de « juridicité nulle » à « juridicité absolue ».

³⁰ 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. 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.

³¹ 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.*).

obligent à « reconsidérer le seuil de juridicité des normes »³², la théorie syncrétique retient que les seules normes non juridiques seraient celles dont la juridicité est 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 grammaire³³ ou une habitude³⁴ 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 étatiques³⁵. 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 »³⁶ 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 nature³⁷.

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 degré³⁸ entre le droit étatique et le « droit » des groupes de criminels, celui du milieu carcéral, celui des organisations multinationales ou encore celui des phénomènes de justice populaire³⁹. Pour elle, les recherches menées sur ces objets spécifiques « ont démontré l'existence de systèmes normatifs, donc de droit »⁴⁰.

Certaines conceptions pragmatiques amènent ainsi à considérer très (ou trop) simplement que le droit serait ce sur quoi travaillent les juristes. Avec elles, l'expression « théorie

³² 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.

³³ *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, 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)).

³⁴ *Ibid.*, p. 625 (« Chaque mercredi matin, Monsieur X fait ses courses » : juridicité faible (niveau 3)).

³⁵ *Ibid.*, p. 590 s. et 632 s.

³⁶ Const. 4 oct. 1958, art. 6.

³⁷ 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).

³⁸ 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).

³⁹ M. GALANTER, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism* 1981, n^o 19, p. 1 s.; G. WOODMAN, « The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution », *Les Cahiers de Droit* 1991, n^o 32, p. 3 s.

⁴⁰ 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).

pragmatique » se présente 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 toute 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 »⁴¹ 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 l'interminable débat sur les frontières de la juridicité »⁴². 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 »⁴³. Très explicitement, ils conviennent que les « systèmes juridiques » comprennent du droit, mais aussi « du presque-droit, du comme-droit et du quasi-droit »⁴⁴ ; tandis que les anthropologues du droit étudient les « normes et institutions des populations » au départ d'un « postulat d'universelle juridicité »⁴⁵ qui les amène à affirmer sans ambages que tout système normatif serait juridique⁴⁶ car le droit serait un « fait social total »⁴⁷. Jean Carbonnier pouvait dès lors regretter la « confusion durkheimienne du social juridique et du social non juridique »⁴⁸. Ce sont bien la plupart des panjuridistes qui apportent leur pierre à l'édifice de la dissolution du juridique dans le social.

⁴¹ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 31-32.

⁴² J. COMMAILLE, « Sociologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1425.

⁴³ J. COMMAILLE, J.-F. PERRIN, « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », *Dr. et société* 1985, p. 95.

⁴⁴ A.-J. ARNAUD, M. J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, 1998.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 325; également, G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers du droit* 1988, n° 29, p. 91 s.

⁴⁷ M. MAUSS, « Essai sur le don – Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *L'Année sociologique* 1923-1924.

⁴⁸ 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.*).

Face à cette situation douloureuse pour la connaissance et la reconnaissance du droit contemporain — celui-ci tendant à disparaître, à ne plus exister théoriquement à mesure qu'on se montre insensible à l'autonomie du juridique au sein du social que des générations de penseurs du droit se sont évertuées à forger —, l'enjeu, pour le pragmatisme juridique, serait de parvenir à associer ces deux propositions : d'une part, on ne 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 aboutir à ce résultat, 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 panjuridisme⁴⁹. 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 « ce que j'étudie est-il bel et bien du droit ? ».

Mes travaux ont donc visé à satisfaire le besoin de plus en plus pressant d'équilibre entre autonomie du droit et ouverture du droit⁵⁰ : grâce aux enseignements tirés de l'expérimentation de l'échelle de juridicité, 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 et de la pensée du droit actuelle. La seule voie envisageable afin d'accueillir entièrement le pluralisme juridique horizontal (différents types de sources du droit) sans ruiner le particularisme ontologique du droit résiderait 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.

⁴⁹ 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 ».

⁵⁰ 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, coll. Penser le droit, 2013.

Enfin, le dernier élément de mon mémoire d'habilitation à diriger des recherches est le fruit d'un autre programme de recherches débuté peu de temps après la fin de ma thèse et consacré à la prospective juridique, considérant qu'il s'agirait d'une possible nouvelle branche de la recherche juridique découlant directement du pragmatisme juridique et donc intimement liée à lui. Il s'agit de rapprocher la recherche en droit et cette science originale, parce que consacrée à l'étude des futurs, qu'est la prospective. Après une introduction visant à rappeler les origines et le contenu pluriels de la prospective, puis la mettant en rapport avec la recherche juridique et insistant sur les enjeux et potentialités d'une telle association, mon texte comprend deux parties consacrées à l'objet et aux méthodes de la prospective juridique.

« Il n'est pas de vent favorable pour celui qui ne sait où il va », disait Sénèque. La prospective est une anticipation scientifique et critique visant à éclairer l'action présente à la lumière des futurs possibles et du futur souhaitable. En connaissant mieux le futur, on pourrait mieux agir aujourd'hui. Est-il possible d'adopter une telle approche en droit ou, du moins, à l'égard du droit ? L'objet de cette recherche est de réfléchir à la possibilité et à l'opportunité d'importer les fins et les moyens de la prospective au sein de la recherche juridique. Comme l'a écrit Paul Valéry, « nous entrons dans l'avenir à reculons ». Or, dans un monde qui change chaque jour un peu plus vite et plus profondément, une telle attitude, repli sur le passé plutôt qu'ouverture au futur, n'est peut-être pas la mieux appropriée. En droit, quelques leçons intéressantes pour les juristes et les jurislatoeurs pourraient être tirées de la prospective, cela afin de mieux comprendre, analyser, expliquer, produire et appliquer le droit — cet objet de plus en plus complexe et incertain, mais aussi de plus en plus archaïque parce qu'il ne change pas aussi rapidement que son environnement, parce qu'il ne s'adapte pas autant que nécessaire aux nouvelles sociétés, économies, cultures, technologies etc.

Comme ce mémoire en témoigne, je me suis donc toujours intéressé, autant qu'au droit lui-même (compris comme ensemble de normes et de régimes juridiques positifs), aux juristes, à leurs objets et méthodes d'étude, à la définition de leurs principes et de leurs cadres, à l'identification de leurs biais éventuels et de leurs évolutions potentielles.

Ce mémoire d'habilitation à diriger des recherches comprendra donc quatre temps correspondant aux quatre grandes orientations prises par mes investigations et propositions en théorie, philosophie et épistémologie juridiques au cours des dernières années :

- Les théories pragmatiques du droit (*livre I*) ;
- La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité (*livre II*) ;
- La philosophie pragmatiste et la recherche juridique (*livre III*) ;
- La prospective juridique (*livre IV*).

Par ailleurs, une conclusion générale, faisant le lien avec ma thèse de doctorat et certains de mes autres travaux, permettra d'insister sur le besoin de repenser la pensée du droit afin de mieux appréhender les mutations normatives et institutionnelles actuelles, et notamment d'accepter et d'étudier la diversité, l'évolutivité et la contingence du droit. Car telle est la problématique transversale de mes travaux :

Comment les juristes peuvent-ils mieux saisir, comprendre et expliquer les continuités, mouvements et ruptures actuels ou à venir dans l'identité, la composition, l'architecture et le fonctionnement du droit ?

Les quatre axes de mon mémoire répondent à des intentions et aboutissent à des conclusions différentes. Quand l'objet exclusif de la théorie syncrétique du droit est la définition du droit et la question de la frontière entre normativité juridique et normativité non-juridique, délaissant la problématique des desseins et des méthodes particuliers de la recherche juridique, la prospective juridique, tout au contraire, n'interroge pas les différences entre droit et non-droit et se focalise sur le contenu épistémologique de cette possible nouvelle branche de la recherche juridique. Quant aux théories pragmatiques du droit, elles proposent, sous des formes diverses, des définitions du droit et des méthodes d'étude du droit, alors que la mise en relation de la philosophie pragmatiste et de la recherche juridique aboutit à concevoir des objets et méthodes d'étude spécifiques modifiant plus ou moins différemment le travail des juristes. Ces quatre axes se rejoignent néanmoins sur plusieurs points qui constituent la colonne vertébrale des travaux que j'ai menés en théorie, philosophie et épistémologie du droit : adapter la pensée et la science juridiques aux réalités et enjeux contemporains et à venir, autoriser et expliquer le panjuridisme, promouvoir l'interdisciplinarité, encourager la liberté intellectuelle et le regard critique, adopter un point de vue équilibré.

S'il fallait résumer en une phrase mes travaux, je dirais qu'il s'est agi d'observer le renouvellement et contribuer au renouvellement de la connaissance et de la reconnaissance du droit : connaître le droit, c'est-à-dire le définir, savoir ce qu'il est et ce qu'il n'est pas, quels sont ses signes caractéristiques (donc répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? ») ; reconnaître le droit, c'est-à-dire, en présence d'une norme donnée, pouvoir dire si elle appartient au monde juridique ou non (donc répondre à la question « est-ce du droit ? »). Les définitions que donnent les dictionnaires de la langue française sont significatives : connaître consiste à « avoir présente à l'esprit l'idée plus ou moins précise ou complète d'un objet abstrait ou concret, existant ou non »⁵¹, tandis que reconnaître correspond au fait de « découvrir dans une perception présente l'image, la notion ou le nom de quelque chose dont on a déjà eu l'expérience ailleurs ou dans le passé »⁵².

En d'autres termes, l'enjeu était de trouver ou, à défaut, élaborer une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique — théorie étonnante puisqu'on oppose classiquement la pratique et la théorie, cette première étant l'activité qui vise à appliquer une théorie ou qui recherche des résultats concrets, positifs. Une théorie ou philosophie pratique du droit, comme le pragmatisme juridique, la théorie syncrétique du droit ou la prospective juridique, se caractériserait donc par son caractère concret et utilitaire, par son rapport avec le droit en action, avec le droit en formation continue, avec les pratiques juridiques, leur efficacité et leurs résultats. Une théorie ou philosophie pratique du droit serait ainsi observatrice, explicatrice mais aussi initiatrice de l'intervention de la volonté humaine sur le réel des activités des juristes praticiens et universitaires. « La théorie, c'est quand on sait tout et que rien ne fonctionne. La pratique, c'est quand tout fonctionne et que personne ne sait pourquoi », aurait dit Albert Einstein. Mais une théorie fonctionnelle, une théorie au service de la pratique, y compris de la pratique scientifique, n'est-elle pas concevable ?

Si une théorie dit à une science ce qu'elle doit rechercher et où, quand, comment et pourquoi elle doit le rechercher, les sciences du droit « postmodernes », attachées aux phénomènes normatifs et réglementaires para- ou extra-étatiques, reposent nécessairement sur des théories, bien que celles-ci soient souvent implicites, non-dites, et même inconscientes, justement car pragmatiques. Ces théories pourraient être qualifiées de

⁵¹ V° « Connaître », in *Trésor de la langue française*.

⁵² V° « Reconnaître », in *Trésor de la langue française*. La connaissance est, pour sa part, définie comme l' « acte de la pensée qui saisit un objet par les sens ou non avec implication plus ou moins grande du sujet de la connaissance » (v° « Connaissance », in *Trésor de la langue française*) et comme l' « action ou acte de se faire une représentation, de s'informer ou d'être informé de l'existence de quelque chose ; l'idée ainsi formée » (*ibid.*). Quant à la reconnaissance, il s'agit du « fait d'identifier quelque chose » (v° « Reconnaissance », in *Trésor de la langue française*).

« pratiques » dans le double sens de concrètement utiles et de réalistes, cohérentes et pertinentes par rapport à ce qui se passe dans les faits. Si des pratiques juridiques théoriques n'auraient guère de sens, il faut en revanche gager que des théories juridiques pratiques ne sont ni impossibles ni incongrues. Tenter d'en apporter le témoignage ou la preuve a été le but de mes investigations et propositions relatives à la théorie syncrétique du droit, au pragmatisme juridique et à la prospective juridique. Il est vrai que, sans que cela soit paradoxal, mes travaux ont souvent combiné un côté très théorique et un côté très pratique, très factuel, à l'image de l'expérience menée au sujet de la réalité du pluralisme juridique (concrètement, des sources privées de règles de droit concurrencent les sources publiques)⁵³, subséquente à la question de la possibilité du pluralisme juridique, c'est-à-dire à la question de la qualité juridique des foyers de normes concurrents des États⁵⁴.

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 ? Le pragmatisme juridique, dont la théorie syncrétique du droit et la prospective juridique seraient deux déclinaisons, s'opposerait ainsi au dogmatisme qui, sous certains aspects, empreindrait le droit moderne tel qu'il s'est imposé durant le XX^e s.

Mes différents travaux relatifs à la théorie syncrétique du droit, à l'échelle de juridicité, aux théories pragmatiques du droit, au rapprochement de la philosophie pragmatiste et de la recherche juridique, ainsi qu'à la prospective juridique, ont pour but de constater, retranscrire et expliquer le mouvement en cours de la pensée juridique. Ils ont aussi vocation à la réorienter, lui soumettre de nouvelles voies à emprunter et de nouvelles démarches à adopter. En somme, ce mémoire essaie d'identifier les nouveaux champs d'étude, les nouvelles habitudes de travail et les nouveaux positionnements épistémologiques attachés au pragmatisme juridique et à ses dérivés. Ceux-ci sont peut-être l'avenir de la recherche juridique en permettant de connaître et reconnaître autrement le droit d'aujourd'hui et de demain.

⁵³ *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017.

⁵⁴ *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016 ; *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016.

Livre I

Les théories pragmatiques du droit

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 droit⁵⁵. 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 »⁵⁶. Ainsi faudrait-il toujours chercher à faire coller le droit au fait, loin de vouloir faire coller le fait au droit.

Dans le cadre du livre I de ce mémoire, à visée descriptive et non prospective — au contraire du livre III à venir, également consacré aux rapports entre droit et pragmatisme —, seul le pragmatisme des scientifiques du droit sera interrogé⁵⁷. Le

⁵⁵ 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).

⁵⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 36.

⁵⁷ 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.

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.

I. 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 étudie⁵⁸. 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 systématique⁵⁹, 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 science⁶⁰, 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 creuser⁶¹.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Pour André Lalande, une théorie désigne ce qui, « par opposition à la connaissance vulgaire, est l'objet d'une conception méthodique, systématiquement organisée » (V^o « Théorie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1128).

⁶⁰ 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).

⁶¹ 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^o 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 microjuridique⁶². 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.

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 du livre I de ce mémoire 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

⁶² 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.

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 concevoir⁶³, elle le ferait à des fins et dans des cadres abstraits qui ne paraissent pas pouvoir se concilier avec quelque intention pragmatiste⁶⁴. En effet, indissociable du jusnaturalisme, elle serait subjective, idéaliste et spéculative, elle s'intéresserait à l'essence du droit, à ses permanences⁶⁵, à ses finalités en termes de justice ou d'épanouissement des libertés⁶⁶, autant d'objets qui n'existeraient pas aux yeux d'un pragmatiste⁶⁷. « Philosophie » signifie

⁶³ 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).

⁶⁴ B. OPPÉTTIT, *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 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)).

⁶⁵ 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).

⁶⁶ 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).

⁶⁷ 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

étymologiquement « 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 droit⁶⁸. 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 droit⁶⁹.

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 vue⁷⁰, nulle philosophie pragmatiste du droit ne sera envisagée en ces pages et l'expression « philosophie pragmatiste » renverra toujours au courant de pensée venu des États-Unis et qu'on désigne communément sous ce nom.

II. 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

contrôle de 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° « 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).

⁶⁸ 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).

⁶⁹ 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 quèterait 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.

⁷⁰ 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*, 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)

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 pragmatiste »⁷¹. Le 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 véritable⁷². Il s'agit principalement d'une méthode de clarification de la signification des mots-concepts difficiles en les rapportant aux effets pratiques qu'ils 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

⁷¹ 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 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.

⁷² 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).

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 pragmatiste 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 droit⁷³. 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 »⁷⁴. Ainsi, une chose serait 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.

⁷³ 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).

⁷⁴ 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 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).

Néanmoins, les scientifiques du droit sont logiquement peu avertis en matière de philosophie pragmatiste et il faut gager que le pragmatisme juridique trace souvent son chemin indépendamment de la philosophie pragmatiste. 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 pragmatiste pourrait être exploitée afin de comprendre le droit. Toutefois, dans le livre I de ce mémoire, seul le pragmatisme juridique déjà existant sera interrogé. Il reviendra au livre III 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 ce que pourrait être une théorie du droit rénovée sur la base du pragmatisme.

III. 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 juristes⁷⁵. De plus, le mot latin « *pragma* » désignerait au sens strict non toute action mais plus précisément l'action en justice⁷⁶. 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 »⁷⁷.

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]

⁷⁵ Joseph Bangs Warner, Nicholas St John Green, professeur à la Harvard Law School, et, surtout, Oliver Wendell Holmes, futur juge à la Cour suprême des États-Unis passé à la postérité en tant qu'illustre théoricien du droit.

⁷⁶ C. LAVERGNE, Th. MONDÉMÉ, « Pragmatismes : vers une politique de l'action située », *Tracés* 2008, n° 15, p. 8.

⁷⁷ 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).

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 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 identifiés⁷⁸, 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 Duguit⁷⁹. À l'ère contemporaine, le professeur Joël Moret-Bailly a proposé, dans un article paru en 2013 dans la revue *Droits*, une « Esquisse de théorie pragmatiste du droit »⁸⁰. Mais on trouve davantage d'approches pouvant s'analyser telles des théories pragmatiques du droit du côté des penseurs du droit anglo-saxons⁸¹, si bien qu'il pourrait

⁷⁸ *Théorie pure du droit* d'Hans Kelsen ou *Le concept de droit* d'Herbert Hart, notamment.

⁷⁹ 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 pragmatiste, 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 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.

⁸⁰ *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). Également, J. Moret-Bailly, « Analyse pragmatiste des rapports entre systèmes : droit de l'Union européenne et Constitution française », in B. Bonnet, dir., *Traité des rapports entre ordres juridiques – Bilan, enjeux, perspectives*, LGDJ, 2016, p. 1081 s.

⁸¹ 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.

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 droit⁸² — 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 et la justice ne seraient pas des fins mais des moyens.

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 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 »⁸³ 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 officielles⁸⁴. 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.

⁸² 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: Credos 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. GROSODIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 163).

⁸³ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 15.

⁸⁴ Par exemple, B. FRYDMAN, A. VAN WAËYENBERGE, 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 ».

L'intention du livre I de ce mémoire est donc de présenter les nouvelles habitudes de recherche, les nouveaux positionnements épistémologiques, les nouveaux outils théoriques apparentés au pragmatisme juridique et que les 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 »⁸⁵ ; 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*).

⁸⁵ 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 chercher⁸⁶. 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 droit⁸⁷, laquelle peut être très élaborée 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

⁸⁶ 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).

⁸⁷ 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* ?). 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).

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 (*titre 2*), cela après avoir déterminé les enjeux qui s'attachent au fait de retenir de telles définitions plutôt que d'autres plus dogmatiques (*titre 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.

Titre 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'étudier⁸⁸.

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 régulation⁸⁹,

⁸⁸ 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 sont : 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).

⁸⁹ 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 identifient 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).

quelles que soient leurs origines et leur éventuelle validité⁹⁰. 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 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

⁹⁰ 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.

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 »⁹¹, 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 nudges⁹² 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'hui⁹³. Les formes alternatives de normativité qui complètent ou concurrencent la normativité étatique ne sauraient échapper aux juristes ; et elles n'échapperaient pas aux juristes pragmatistes.

⁹¹ 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.

⁹² 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.

⁹³ 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, 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).

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.

Titre 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 pragmatiste. 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 »⁹⁴, 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 les traces de John Dewey pourraient être suivies : « 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 »⁹⁵. 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 du livre III de ce mémoire que de proposer au droit de nouvelles voies à suivre au départ de la philosophie pragmatiste.

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 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 quatre grandes familles : le panjuridisme (*chapitre 1*), le réalisme (*chapitre 2*), le sociologisme (*chapitre 3*) et l'économisme (*chapitre 4*). Telles seraient les quatre branches du juspragmatisme, chacune adoptant une

⁹⁴ G. CANTECOR, « Le pragmatisme », *L'année psychologique* 1907, p. 355.

⁹⁵ J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 77.

vision spécifique de l'objet-droit. Peut-être le syncrétisme juridique est-il une autre forme de théorie pragmatique du droit dès lors qu'un des critères de juridicité qu'il reconnaît est l'effectivité et que les prémisses sur lesquelles il s'appuie sont à leur façon pragmatiques — par opposition aux prémisses des théories dogmatiques du droit. Associée à l'échelle de juridicité, la théorie syncrétique du droit sera l'objet du deuxième livre de ce mémoire.

Chapitre 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 étatistes et formalistes⁹⁶. 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 procès⁹⁷. Le panjuridisme est ainsi souvent spontané et implicite. Par conséquent, les théories sur lesquelles il repose sont inconscientes et de ce fait fragiles.

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.

⁹⁶ 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).

⁹⁷ 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).

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 retenue⁹⁸. « 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 »⁹⁹, 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 préjugé théorique permettant de la cerner¹⁰⁰. Que « la réalité du droit mérite davantage de respect que la théorie du droit »¹⁰¹ 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 compromis¹⁰²; car il n’est, semble-t-il, pas inconsideré de convenir que la plupart des normes ne seraient pas juridiques¹⁰³ et qu’il serait par conséquent déterminant de savoir séparer droit et non-droit. Certes, le droit est une

⁹⁸ 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.

⁹⁹ S. ROMANO, *L’ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 7.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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. THIBERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599).

¹⁰² 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).

¹⁰³ Par exemple, P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, coll. Vocation philosophe, 2006, p. 1 s.

« notion à l'imprécision accueillante »¹⁰⁴. 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 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 juridique¹⁰⁵.

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 pas¹⁰⁶. Tous

¹⁰⁴ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 441.

¹⁰⁵ 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 ».

¹⁰⁶ 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 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.

estiment que les « réseaux mafieux ou ecclésiiaux, 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 »¹⁰⁷.

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 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 »¹⁰⁸ 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 »¹⁰⁹, 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 »¹¹⁰. Tel serait par exemple le cas lorsqu'est affirmé, sans autre forme de procès, que la « normativité de tous les jours » est du droit¹¹¹ ou, plus clairement encore, que « toute normativité constitue du droit. [...] Toutes les manifestations normatives doivent par conséquent être considérées comme pertinentes pour le juriste »¹¹². Il semble que, même si le droit et l'État sont pleinement des

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 208.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 354.

¹¹⁰ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 79.

¹¹¹ 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.

¹¹² S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. VIII.

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 générique¹¹³.

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 »¹¹⁴. 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 »)¹¹⁵. Le drame, pour la science juridique, 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 »¹¹⁶. Toutefois, les théories selon lesquelles il se trouverait du droit hors de l'État, selon

¹¹³ 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).

¹¹⁴ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XX.

¹¹⁵ G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 954.

¹¹⁶ 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.

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 »¹¹⁷. 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 »¹¹⁸. 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 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 de la famille du juspragmatisme est constituée par les réalistes.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 203.

Chapitre 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 réalité¹¹⁹.

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 droit et les résultats de son application »¹²⁰. 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

¹¹⁹ 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).

¹²⁰ W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1965 (non souligné dans le texte original).

inaudible¹²¹. Il n'existerait de droit qu'appliqué, en action, concrétisé, individualisé et interprété¹²².

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 actes¹²³. Un juge de la Cour suprême des États-Unis affirmait : « On ne trouve pas le droit, on le fait »¹²⁴ ; 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 pragmatiste¹²⁵. 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 fabriquées¹²⁶. 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 droit¹²⁷.

Par « réalismes », sont visés plus exactement deux courants théoriques « clairement identifiés, mais fort différents »¹²⁸ : le réalisme dit « scandinave » et le réalisme dit

¹²¹ 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).

¹²² 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).

¹²³ Notamment, W. G. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1965, p. 247.

¹²⁴ Cité par E. ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. phil. droit* 2006, p. 281.

¹²⁵ 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).

¹²⁶ 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)).

¹²⁷ 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).

¹²⁸ É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1297.

« 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 observables¹²⁹. Ensuite, comme la théorie réaliste scandinave, le réalisme américain se veut empirique et descriptif¹³⁰, il estime que le droit ne serait qu'un phénomène social comme un autre entièrement intégré dans le monde des faits¹³¹ 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 »¹³².

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

¹²⁹ 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, 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.

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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.

¹³² J. Ch. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press (New York), 1909 (cité par F. Osr, 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).

une pratique effective qui réside dans la façon dont les tribunaux identifient ce qu'on doit considérer comme étant du droit »¹³³. 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 »¹³⁴. 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 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 »¹³⁵, écarte la distinction des faits et des normes, des être et des devoir-être, afin de de fondre dans un cadre parfaitement empiriste¹³⁶. Les normes juridiques seraient des faits et des phénomènes sociaux comme les autres, qui ne présenteraient guère d'ontologie ou d'originalité particulière¹³⁷. Seule l'expérience devrait donc être la source de la connaissance du droit. Cela contribuerait à rapprocher la science juridique des autres sciences sociales¹³⁸ : sa logique serait axée sur la causalité et non sur l'imputabilité, elle serait factuelle et non normative, moniste et non

¹³³ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 109.

¹³⁴ A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 188.

¹³⁵ 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).

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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).

¹³⁸ 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 sociaux » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 39).

dualiste¹³⁹. Le droit serait un ensemble de « faits sociaux »¹⁴⁰ à rechercher dans des actes humains, à savoir les discours des juges¹⁴¹, 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 pragmatiste¹⁴². 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* »¹⁴³; il impliquerait un ensemble de faits psychosociaux et comportementaux que la science juridique devrait étudier. Cette science serait donc 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?* »¹⁴⁴. 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 droit¹⁴⁵.

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

¹³⁹ E. PATTARO, « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 50.

¹⁴⁰ 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).

¹⁴¹ 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).

¹⁴² 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.

¹⁴³ K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence: the Next Step », *Columbia Law Review* 1930, n° 30.

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ *Ibid.* (cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 131).

juges »¹⁴⁶, c'est-à-dire, dans son esprit, les « leçons de l'expérience sociale »¹⁴⁷. 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 Constitution. Suivant une célèbre formule du juge Holmes, « le droit n'est pas affaire de logique mais d'expérience »¹⁴⁸.

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 œuvre¹⁴⁹. Quant à la théorie prédictive du droit d'Oliver Wendell Holmes, aboutissant à définir le droit sous l'angle de ses conséquences¹⁵⁰, 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 factualiste). 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* »¹⁵¹, dont on dit qu'il « pousse le réalisme juridique à l'extrême »¹⁵².

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

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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).

¹⁴⁹ J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credo of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 77.

¹⁵⁰ « 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).

¹⁵¹ 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.

¹⁵² L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 72.

en plus archaïques en ce qu'elles limitent l'aire du droit à l'aire des prétoires d'État¹⁵³. 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 du chapitre précédent¹⁵⁴.

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

¹⁵³ 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).

¹⁵⁴ 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. CORNIOU, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2005, p. 5). Partant, les réalistes sont comme le normativisme kelsénien des étatismes. 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 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).

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. Celle-ci entretient bien davantage d'affinités avec le panjuridisme qu'avec le réalisme.

Chapitre 3. L'approche sociologique du droit

Certaines définitions pragmatiques du droit proviennent des tenants d'une analyse sociologique du droit, par exemple Léon Duguit¹⁵⁵, 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* »¹⁵⁶.

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 droit¹⁵⁷. Pour Ehrlich, qui regrettait que « le droit dogmatique voile plutôt qu'il n'exprime la réalité pleine du droit »¹⁵⁸, 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 société¹⁵⁹. Selon lui, « ce n'est qu'une

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ 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).

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ 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).

¹⁵⁹ *Ibid.*

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 »¹⁶⁰. 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 »¹⁶¹. 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 »¹⁶². Il s'agit de « décrire les fonctions sociales du droit, les causes de sa genèse et de ses transformations [...] et les différentes manifestations de la vie du droit »¹⁶³, d'étudier « la réalité sociale pleine du droit, en partant de ses expressions sensibles et extérieurement observables, dans des conduites collectives effectives »¹⁶⁴, de s'intéresser aux « racines sociales du droit »¹⁶⁵. 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 juridiques¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 6.

¹⁶² G. GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », in *Traité de sociologie*, t. II, Puf, 1968, p. 191.

¹⁶³ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 16.

¹⁶⁴ 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).

¹⁶⁵ Réf. à *Dr. et société* 2001, n° 47, « Aux racines sociales du droit : variations autour de quelques thèmes luhmanniens ».

¹⁶⁶ G. GURVITCH, *Le Temps présent et l'idée du Droit social*, Vrin, 1932.

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 »¹⁶⁷. La doctrine juridique, par conséquent, pêcherait par excès de dogmatisme et seuls les sociologues du droit, qui se concentrent sur la réalité des « faits juridiques », s'intéresseraient au « vrai » ou « véritable » droit, tel qu'il existe en pratique et non dans les livres¹⁶⁸.

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 »¹⁶⁹.

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 »¹⁷⁰, cette dernière se donnant pour objet d'étudier la « réalisation sociale du droit »¹⁷¹. 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 signification, autrement dit le sens normatif, qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit »¹⁷². La science juridique classique étudie le droit valide, donc les devoir-être séparés strictement des être ; l'approche sociologique du droit, foncièrement pragmatique, étudie

¹⁶⁷ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 86.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 152.

¹⁷⁰ J. COMMAILLE, « Sociologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1424.

¹⁷¹ P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et Société* 1986, p. 150.

¹⁷² 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).

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 théorique¹⁷³ ou lorsqu'elle oppose au « droit des livres » des juristes dogmatiques le « droit de la pratique »¹⁷⁴. On en fait même une solution à privilégier face à la « crise du droit, des institutions et de la justice »¹⁷⁵. Peut-être tout jurislatureur devrait-il être au moins autant sociologue du droit, attaché aux « usages sociaux du droit »¹⁷⁶, que juriste et plus sociologue du droit que « politicien »¹⁷⁷.

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-même concède ses « hésitations » dès lors qu'il s'agit de définir le droit¹⁷⁸; et, le plus souvent, elle l'étudie sans l'avoir défini¹⁷⁹.

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 »¹⁸⁰. 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

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Puf, coll. Sup, 1975.

¹⁷⁶ CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989.

¹⁷⁷ Par exemple, L. MADER, *L'évaluation législative – Pour une étude empirique des effets de la législation*, Payot (Lausanne), 1985.

¹⁷⁸ J. COMMAILLE, « La sociologie et les sens du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 23.

¹⁷⁹ 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).

¹⁸⁰ H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, 6^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 1981, p. 2.

l'essence, le droit l'accident »¹⁸¹ ? 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 »¹⁸² et comme « coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée : société locale, nationale, mondiale »¹⁸³. « 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 »¹⁸⁴.

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* »¹⁸⁵ —, 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 vie en société »¹⁸⁶. 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, soutiennent¹⁸⁷.

¹⁸¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 31.

¹⁸² J.-G. BELLEY, « pluralisme juridique », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 41.

¹⁸⁷ 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 »).

Mais c'est aussi ce que les juristes peuvent contester, estimant que seules les sociétés étatisées seraient de ce fait juridicisées¹⁸⁸. 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 »¹⁸⁹. 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.

Rejetant l'étaticité 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 régulation¹⁹⁰. 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 »¹⁹¹. 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.

Enfin, après 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.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ M. MIAILLE, « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 43.

¹⁹⁰ 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).

¹⁹¹ 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.

Chapitre 4. L'approche économique du droit

Bien que qualifiée, pour l'heure, de « science approximative »¹⁹², l'analyse économique du droit, plus rarement appelée « économie du droit »¹⁹³, semble devoir être rapprochée du pragmatisme juridique. En effet, tous deux considèrent que le droit ne serait pas une fin mais un moyen¹⁹⁴, plus exactement un moyen d'« ingénierie sociale », pour reprendre une expression de Roscoe Pound¹⁹⁵.

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 Posner¹⁹⁶ et des économistes Ronald Coase¹⁹⁷, George Stigler¹⁹⁸ et Friedrich Hayek¹⁹⁹. 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 propriété, les accidents ou les activités illicites²⁰⁰. Puis,

¹⁹² A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806.

¹⁹³ 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 ; Th. KIRAT, *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012 ; M. FAURE, A. OGUS, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Cité par P. AMSELEK, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 92.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Notamment, G. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, n° 2, p. 3 s.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Cf. S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et économie, 2009.

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 droit²⁰¹. En témoignent certains travaux d'Adam Smith ou Karl Marx au sujet des conséquences économiques des lois, objet foncièrement pragmatique²⁰².

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 économique²⁰³. En cela, l'approche économique est avant tout une méthode²⁰⁴; 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 juridiques²⁰⁵. 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 droit qu'ils jugent optimales en termes de résultats économiques, ce qui cette fois n'est pas une démarche scientifique mais prescriptive²⁰⁶. C'est surtout cette seconde démarche qui se

²⁰¹ Cf. P. VER LOREN VAN THEMAAT, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE* 1989, p. 133 s.

²⁰² 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.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

²⁰⁵ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

²⁰⁶ 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.

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 permettant d'atteindre l'efficacité globale du système²⁰⁷. L'analyse économique du droit étudie, par exemple, la manière dont les comportements individuels et collectifs réagissent aux incitations véhiculées par les règles de droit²⁰⁸. 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 théorèmes²⁰⁹. 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 »²¹⁰ : 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 juridiques²¹¹.

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 mouvement²¹². En revanche, en Europe et notamment en France, l'analyse économique du droit est nettement plus en retrait, comme le juspragmatisme est bien moins développé²¹³. Cette situation semble s'expliquer par des facteurs dogmatiques ou,

²⁰⁷ B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 228.

²⁰⁸ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

²⁰⁹ 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).

²¹⁰ Ce nom fait référence à l'économiste italien Vilfredo Pareto.

²¹¹ 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.

²¹² Aux États-Unis, il existe un *Journal of Law and Economics* (« Revue d'analyse économique du droit ») et la majorité des universités proposent des cours d'analyse économique du droit, voire des programmes doctoraux spécialisés.

²¹³ 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

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 américain²¹⁴, un vecteur de l'américanisation du droit²¹⁵ — que le monde des praticiens²¹⁶. 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 »²¹⁷.

Tandis que, en raison de la globalisation du droit ou, du moins, des activités que le droit est supposé régir²¹⁸, les systèmes juridiques et les droits nationaux entrent en concurrence sur le grand « marché du droit »²¹⁹, où se déploient les phénomènes de « *law shopping* »

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).

²¹⁴ 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.*).

²¹⁵ 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 observe l'« influence de la culture juridique américaine sur la plupart des systèmes juridiques contemporains ») ; É. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

²¹⁸ 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. KESSEDJIAN, 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.

²¹⁹ 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 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.*).

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 visent²²⁰.

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 libre²²¹. 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.

²²⁰ Par exemple, F. Osr, *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.

²²¹ 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 (*titre 1*) ; et la mise en lumière des principes méthodologiques pragmatiques en même temps que leur perfectionnement pourraient contribuer à ce progrès (*titre 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 redoutent²²², cette crise risquant de prendre la forme d'un « sommeil dogmatique »²²³. Ne désigne-t-on pas souvent la science du droit

²²² Déjà au début du XX^e s. Léon Duguit ou François Géný 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 Géný – 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 appauvris. Est encore d'une grande actualité le regret de Géný qui constatait que les jurisconsultes 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" ».

²²³ 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.

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 ouverte²²⁴.

²²⁴ 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.

Titre 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 »²²⁵. 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, anti-nominaliste²²⁶ 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 permis de comprendre par l'observation de ces manifestations pratiques. Aussi s'opposent-ils à la

²²⁵ W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2007, p. 120.

²²⁶ Le nominalisme implique que les mots ne désignent pas la réalité des choses mais seulement des représentations de celles-ci.

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 juridiques²²⁷. 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'expérience²²⁸. Conscients de la labilité et de la 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 »²²⁹.

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

²²⁷ 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).

²²⁸ Par exemple, il est permis de s'étonner que les manuels d'introduction au droit continuent quasi-unaniment 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 beaucoup de branches du droit, la coutume semble ainsi être désormais une source asséchée.

²²⁹ R. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 9.

libérer les expériences de toute forme de pensée préexistante²³⁰. 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 « dernier refuge de la dogmatique »²³¹ 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 »²³², 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 »²³³. 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 corrélative 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.) »²³⁴. 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

²³⁰ 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).

²³¹ 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.

²³² 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).

²³³ A. BAILLEUX, F. OST, « Introduction », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 25.

²³⁴ *Ibid.*, p. 25-26.

interdisciplinarité. Il faudrait trouver les moyens d'une « alchimie ascendante »²³⁵ 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 transversaux²³⁶.

²³⁵ 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.

²³⁶ 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).

Titre 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 pragmatiste. 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 le livre I de ce mémoire n'est pas le lieu où entreprendre la transposition en droit des prémisses de la philosophie pragmatiste — au contraire du livre III à venir —, seuls les principes imprégnant déjà une partie de la littérature juridique seront ici exposés²³⁷.

Ces principes juspragmatistes peuvent être regroupés en quatre ensembles : droit vivant, droit en situation et droit en action (*chapitre 1*), expérimentations, enquêtes et études de cas (*chapitre 2*), liberté, critique et éclectisme (*chapitre 3*), ainsi qu'interdisciplinarité, droit en contexte et sociologie du droit (*chapitre 4*).

²³⁷ 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.

Chapitre 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 muséum d'histoire naturelle pour les zoologistes, et le jardin botanique pour les botanistes »²³⁸. 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 »²³⁹. 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 statisme²⁴⁰.

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 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 créant 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-*

²³⁸ Ch. C. LANGDELL (cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 342).

²³⁹ 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.

²⁴⁰ 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.

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 »²⁴¹. À nouveau, peut être identifiée une véritable filiation entre le pragmatisme juridique et la philosophie pragmatiste, notamment telle que promue par Dewey²⁴². 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 droit²⁴³.

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 juridique²⁴⁴.

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

²⁴¹ 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.

²⁴² G. CALAFAT, A. FOSSIER, P. THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d’un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7 s.

²⁴³ 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 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).

²⁴⁴ 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.

d'agir, que ce soit par rapport au droit ou en dehors de lui, dans les sanctions 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 »²⁴⁵. Cette approche conduit donc à une analyse empirique du droit tournée en direction de ses praticiens et de leurs activités situées.

²⁴⁵ 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.

Chapitre 2. Expérimentations, enquêtes, études de cas

Ensuite, le pragmatisme comprend une forme d'« expérimentalisme d'inspiration scientifique »²⁴⁶ 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 retenues²⁴⁷ ; et, 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

²⁴⁶ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 18.

²⁴⁷ 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 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).

moyen de l'approcher étant de traiter des cas particuliers²⁴⁸. Partant, il faudrait apprendre, ou réapprendre, à penser le droit à partir du cas, qu'il soit passé (la « *case method* » du « *common law* »²⁴⁹), présent (les cliniques juridiques), hypothétique (la casuistique) ou fictif (le courant « droit et littérature »^{250, 251}).

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'homme²⁵². Si les juristes de tradition romano-germanique se basent classiquement sur les

²⁴⁸ F.-X. TESTU, « Casuistique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 171.

²⁴⁹ 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 Langede faisait lire une série d'arrêts à ses étudiants qui devaient ensuite les 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).

²⁵⁰ 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, 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).

²⁵¹ 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).

²⁵² 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, 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

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 juridique²⁵³ — 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.

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).

²⁵³ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Éditions de l'Académie royale de Belgique, coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014.

Chapitre 3. Liberté, critique, éclectisme

Les éléments envisagés au sein des chapitres précédents, 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 valeurs qui le traversent et à définir les équilibres souhaitables afin d'en favoriser l'évolution tout en préservant sa fonction²⁵⁴. 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'autre²⁵⁵.

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 critique²⁵⁶. 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 juridique²⁵⁷.

²⁵⁴ B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 9.

²⁵⁵ « C'est précisément en tant que pratique que le droit révèle la théorie qui lui est propre », écrit Benoît Frydman (*ibid.*).

²⁵⁶ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 159.

²⁵⁷ Peut-être est-ce en cela que la philosophie pragmatiste 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.*).

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 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 »²⁵⁸, 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.

²⁵⁸ 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.

Chapitre 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 comprendre le droit²⁵⁹, ce pourquoi François Gény plaidait déjà il y a longtemps²⁶⁰. 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 »²⁶¹.

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

²⁵⁹ 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).

²⁶⁰ 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).

²⁶¹ 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.

regards perçants, seuls à même de les dessiller sur la réalité du droit, de les mobiliser face aux injustices, et de leur offrir une compréhension globale du phénomène juridique »²⁶².

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 »²⁶³. 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 dynamique juridique »²⁶⁴. 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

²⁶² 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.*).

²⁶³ L. ISRAËL, J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 167.

²⁶⁴ J. CHEVALLIER, « Le regard de Jacques Chevallier », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 61.

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 sociologie²⁶⁵.

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 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 »²⁶⁶.

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 méthodologiques²⁶⁷. 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 société²⁶⁸.

²⁶⁵ John Dewey, notamment, plaidait pour une telle ouverture du droit à la sociologie (J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credo of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 73 s.).

²⁶⁶ La philosophie pragmatiste 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.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ 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.

Aux États-Unis, cette voie est déjà largement approfondie et des auteurs y défendent l'« analyse constitutive du droit »²⁶⁹ ou des approches plus proprement sociologiques des phénomènes juridiques²⁷⁰. Intime des courants de recherche interdisciplinaires souvent associés à la « *Law and Society Association* », ce type d'analyse met l'accent sur les rapports 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 fortes²⁷¹.

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.

²⁶⁹ Notamment, A. HUNT, *Explorations in Law and Society – Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge (New York), 1993.

²⁷⁰ Notamment, B. FLEURY-STEINER, L. B. NIELSEN, dir., *The New Civil Rights Research – A Constitutive Approach*, Ashgate (Aldershot-Burlington), 2006.

²⁷¹ 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 théorie²⁷². 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 pratique²⁷³. Si « l'art du jurisconsulte est de maintenir une union étroite entre la théorie et la pratique »²⁷⁴, les théoriciens du droit pragmatistes seraient les premiers à s'adonner à cet art.

²⁷² J. HILAIRE, « Pratique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1180.

²⁷³ 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).

²⁷⁴ O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 387.

Il faut gager qu'une théorie pragmatique du droit est un oxymore qui fait sens²⁷⁵ ; 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 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

²⁷⁵ 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. GROSIDIER, « 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).

autre part, contribue à accélérer et à orienter ces changements²⁷⁶. 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 monde²⁷⁷.

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 féconde²⁷⁸.

Aussi le premier livre de ce mémoire ne visait-il 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

²⁷⁶ 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).

²⁷⁷ 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 par A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1128)).

²⁷⁸ En outre, cette diversité est peut-être naturelle, consubstantielle au pragmatisme puisqu'elle se retrouve autant dans la philosophie pragmatiste que dans le pragmatisme juridique. Pour les pragmatistes, il se peut que plusieurs idées ou thèses soient vraies en même temps.

scientisme marquent 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 étatique. 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. C'est pourquoi il est tentant d'appliquer au droit et à la recherche juridique les grandes propositions et préconisations épistémologiques du pragmatisme — *i.e.* de la philosophie pragmatiste —, précisant et approfondissant les orientations prises par les théories pragmatiques du droit déjà existantes. Tel sera l'objet du troisième livre de ce mémoire.

Auparavant, au sein du deuxième livre, il s'agit de présenter plus en détails ce qui pourrait être une tout autre théorie pragmatique du droit : la théorie syncrétique du droit, ainsi que l'échelle de juridicité qui l'accompagne.

Livre II

La théorie syncrétique du droit
et l'échelle de juridicité

Introduction

La question « qu'est-ce que le droit ? » est peut-être la première et la plus cardinale de toutes les questions posées à la pensée et aux sciences juridiques²⁷⁹. Au début de son ouvrage *Le concept de droit*, écrit à la fin des années 1950, Herbert Hart note combien « il est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l'objet, de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales que la question “Qu'est-ce que le droit ?” »²⁸⁰. Pourtant, les entreprises menées afin d'y répondre sont aujourd'hui de plus en plus rares, comme si les juristes étaient tentés de capituler face au redoutable défi du concept de droit, comme s'ils se résignaient à ne jamais disposer d'un objet d'étude homogène et stable, dont l'identité serait précisément établie et les frontières nettement tracées²⁸¹. En souhaitant réfléchir à nouveaux frais à la définition du droit, on touche forcément à un nid de guêpes.

Il faut cependant gager qu'il demeure possible — si ce n'est nécessaire — d'interroger les propriétés et les dimensions du droit. Se demander comment reconnaître le droit serait une prémisses indispensable pour pouvoir éventuellement connaître le droit, *a fortiori* à l'ère du multijuridisme et du panjuridisme, en des temps où l'on en vient à appeler « droit » des objets normatifs ou semi-normatifs hétéroclites, ne réduisant plus l'univers juridique aux domaines de la loi et de la jurisprudence. Alf Ross pouvait convenir en ce sens que la tâche de la théorie du droit serait déjà de répondre à la problématique suivante : « En quoi le système juridique se distingue-t-il d'autres ensembles particuliers de normes comme ceux des échecs, du bridge ou de la courtoisie ? »²⁸².

²⁷⁹ Il s'agit en effet, autrement formulée, de la question « quel est l'objet d'étude et d'enseignement des juristes ? ».

²⁸⁰ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^e éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2005, p. 19.

²⁸¹ Néanmoins, par exemple, *Droits* 1989, n° 10, « Définir le droit (1) » ; *Droits* 1990, n° 11, « Définir le droit (2) ». Les contributions portées par ces deux livraisons de la revue *Droits* s'avèrent toutefois excessivement disparates, loin de donner au droit un contenu unitaire et des contours précis. Aussi constate-t-on une forme de défaitisme dans la pensée juridique contemporaine : du point de vue théorique, le droit serait indéfinissable et, par suite, inconnaissable.

²⁸² A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons (Londres), 1958, p. 29-30.

Or une nouvelle route du droit, une nouvelle manière d'aborder le monde juridique et ses limites pourrait être explorée : le syncrétisme juridique²⁸³. Dans le cadre syncrétique, les définitions du droit ne doivent plus être considérées telles des concurrentes mais telles des associées. Elles ne s'opposent plus mais se complètent. Il s'agit moins de choisir parmi elles que de les combiner dans un élan éclectique. En ce sens, la théorie syncrétique se présente telle une théorie pluraliste du droit.

Il existe déjà diverses théories pluralistes du droit : ce sont les théories qui, à l'instar de la « théorie tridimensionnelle de la validité »²⁸⁴, retiennent plusieurs critères de juridicité plutôt qu'un seul et unique critère de juridicité. Mais la tentation dominante, au sein de la doctrine, est de n'envisager qu'une juridicité monolithique²⁸⁵. La particularité de la théorie syncrétique du droit est de vouloir retenir non plusieurs mais tous les critères de juridicité. Proposer un critère de juridicité et proposer des critères de juridicité constituent, semble-t-il, des attitudes épistémologiques proches. En revanche, constater les critères de juridicité, tels qu'ils sont donnés dans la pensée juridique collective, permettrait de s'attacher à la réalité du concept de droit plus qu'à la relativité du concept de droit. Par conséquent, la théorie syncrétique du droit ne se singularise guère en raison de la pluralité des critères de juridicité qu'elle retient mais en raison de la méthode qu'elle applique afin de les identifier²⁸⁶.

²⁸³ Les premiers jalons de la théorie syncrétique du droit (et de l'échelle de juridicité qui en est le corollaire) ont été posés dans deux livraisons successives des *Archives de philosophie du droit* : « 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. ; « 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. Cette théorie a ensuite été développée dans le cadre de recherches consacrées à l'acceptabilité jus-théorique du pluralisme juridique : *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. Et elle a été reprise notamment par le Professeur René Sève, qui lui consacre une partie *ad hoc* dans son dernier manuel de *Philosophie et théorie du droit* (2^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2016, p. 184 s.). L'objet du présent texte est de synthétiser les prémisses et les conséquences de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité. Il s'agit donc de les présenter sous une forme épurée, en faisant l'économie des ornements et du bagage scientifiques et doctrinaux utilisés au sein des travaux précités. L'objectif est de n'exposer ici que les explications les plus nécessaires à la compréhension de leurs fins et de leurs moyens, cela afin de mettre le plus directement possible le lecteur en relation avec le droit à travers le prisme du syncrétisme.

²⁸⁴ Notamment, M. REALE, « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 211 s. ; M.-J. FALCON Y TELLA, *A Three-Dimensional Theory of Law*, trad. H. Shneider, Martinus Nijhoff Publishers (Leiden), 2010 ; M.-J. FALCON Y TELLA, « La tridimensionalidad y el problema de la validez del derecho », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1989-1990, p. 91 s. ; M.-J. FALCON Y TELLA, « Valeurs, normes et faits dans le droit », *RIEJ* 2004, n° 53, p. 133 s. ; 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. 310.

²⁸⁵ Jean Carbonnier pouvait enseigner que « la constatation que coexistent deux ordres de règles, les règles juridiques et toutes les règles sociales qui ne sont pas juridiques, nous impose de chercher *un* critère par lequel différencier les deux catégories. [...] Il faut se mettre en campagne pour découvrir ce que peut être le critère du juridique » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 16 (non souligné dans le texte original)).

²⁸⁶ Les propositions les plus proches de la théorie syncrétique du droit semblent devoir être recherchées du côté des théoriciens regroupés derrière la bannière du « postpositivisme ». Ces auteurs entendent, en effet, renouveler la pensée du droit en dépassant les clivages traditionnels. Ils expliquent, par exemple, que « les écoles analytique, réaliste et

La théorie syncrétique s'envisage moins telle une théorie du droit supplémentaire que telle une théorie du droit transversale s'appuyant sur les théories préexistantes dans le but de comprendre autrement le concept de droit. On remarque souvent combien les théories du droit pècheraient en raison d'un biais quasi-naturel : leur prétention à l'absolutisme. Chacune aurait pour intention non de rechercher ce qu'est le droit mais d'imposer « sa » vision du droit. Et chacune souhaiterait expliquer l'entier phénomène juridique par une donnée-clé unique, risquant de délaissier ainsi beaucoup des éléments faisant la richesse du droit effectif. Puisque cette donnée-clé varie d'une théorie à l'autre, la simplicité et la clarté de chaque courant théorique contrastent avec la complexité et l'ambiguïté de la pensée du droit prise dans son ensemble²⁸⁷. Dans ce paysage jus-théorique disparate, chaque proposition apparaît dès lors fort contingente, fort contestable. Il en résulte un conflit des théories du droit aujourd'hui encore très prégnant : jusdogmatisme contre juspragmatisme ; juspositivisme contre jusnaturalisme ; jusnormativisme contre jusréalisme ; panjuridisme contre rigorisme juridique ; monisme juridique contre pluralisme juridique ; postmodernité juridique contre modernité juridique etc. C'est pourquoi l'on peut être tenté de chercher à réconcilier les théories du droit en suivant le chemin du syncrétisme juridique. Avec ce syncrétisme, il devient possible d'embrasser toutes les approches du phénomène juridique, même lorsqu'elles se sont jusqu'à présent livrées une sévère bataille²⁸⁸.

jusnaturaliste ne sont plus des positions opposées dont l'une devrait être choisie au détriment de l'autre. Les imperfections de chacune de ces doctrines sont devenues trop évidentes. L'objectif de la théorie du droit ne doit plus être le choix entre des courants dont chacun sort affaibli de décennies d'analyse critique, mais la collection de leurs parties demeurées intactes » (A. AARNIO, R. ALEXU, A. PECZENIK, « The Foundation of Legal Reasoning », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 159). Ainsi en vient-on, alors que se déploient des approches « postmodernes » tentant de dépasser le dogmatisme moderne, à retenir que, « si les diverses écoles de pensée nourrissent en elles-mêmes leurs propres excès et ne parviennent pas, isolément, à une définition complète et satisfaisante du droit, celle-ci ne peut procéder que d'une certaine conjonction des théories. [...] Il existe, au-delà des positions extrêmes, une approche intermédiaire [...] qui concilie les apports respectifs des diverses doctrines tout en purgeant celles-ci de leurs excès partisans » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 30). Il y a cependant une grande différence entre ces théories « postpositivistes » ou « postmodernes » et la théorie syncrétique : dans le cadre des premières, le théoricien est invité à sélectionner arbitrairement et subjectivement le nombre et l'identité des « parties demeurées intactes » et des « apports respectifs » des théories préexistantes, donc à retenir seulement ce qui lui apparaît « juste » ou « logique » ; tandis que la définition du droit de la théorie syncrétique doit consister en une simple observation scientifique indépendante de tout jugement personnel. Si les théories « postpositivistes » ou « postmodernes » retiennent plusieurs critères de juridicité — généralement trois —, elles seraient toujours des théories empreintes de la personnalité de leurs auteurs, donc des théories partiales et partielles, des opinions particulières et orientées.

²⁸⁷ Comme le décrivait — et le regrettait — Michel Villey dans les années 1980, « la pensée contemporaine ne constitue qu'un faisceau de contradictions. [...] La pluralité des philosophies pourrait bien être le résultat de la présente maladie de cette discipline [le droit], et du systématisme moderne, qui provoque chacun à produire des systèmes unilatéraux. [...] Notre sort est d'être écartelés entre une multitude de doctrines. Il faut choisir » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 32).

²⁸⁸ Convaincu que la synthèse serait l'exigence supérieure, le jus-syncrétiste pourrait reprendre à son compte le discours du peintre Gustave Courbet qui ne souhaitait s'inscrire dans aucune école artistique en particulier : « Il faudra que l'on dise de moi : "Celui-là n'a jamais appartenu à aucune école, aucune église, aucune institution, aucune académie, aucun régime" » (lettre du 3 juin 1870).

Bien sûr, en invitant à ne s'affilier à aucun courant théorique, la théorie syncrétique ne trace pas moins un nouveau chemin théorique. Le bergsonien dont la profession de foi est de ne s'attacher à aucune école, d'adopter une posture de neutralité, n'est-il pas le premier à s'attacher à une école ? Reste que le syncrétisme permet de reconnaître que, si diverses conceptions du droit rencontrent un certain succès dans la psyché juridique collective, chacune porte peut-être une part de la vérité quant à l'identité du droit. En les associant, on pourrait donc mieux comprendre, à la fois plus clairement et plus complètement, ce que le concept de droit recouvre. Tel est l'objectif poursuivi par la théorie syncrétique, tel est l'objet de ce texte.

Par suite, la théorie syncrétique espère constituer plus qu'un pot-pourri théorico-postmoderne, plus qu'une simple juxtaposition de considérations éparses et formant un conglomérat ou simple agrégat théorique anarchique et confus. Elle se veut une conjugaison théorique comprenant une large part d'architectonique, une théorie unitaire car répondant à une logique précise. « In varietate concordia » (« l'unité dans la diversité »)²⁸⁹, en somme. L'intention de la théorie syncrétique est ainsi de proposer une nouvelle voie afin de résoudre l'énigme du droit, c'est-à-dire l'énigme de la définition du droit. Si une théorie du droit peut être une théorie de la notion de droit ou une théorie de la science du droit (« droit » désignant à la fois un objet et la discipline qui étudie cet objet), seules les questions de la définition du droit et des moyens de l'obtenir intéressent la théorie syncrétique.

Les dictionnaires de la langue française définissent le « syncrétisme » en tant que « fusion de différents cultes ou doctrines religieuses ; en particulier, [la] tentative de conciliation de différentes croyances en une nouvelle qui en ferait la synthèse ; [la] combinaison plus ou moins harmonieuse d'éléments hétérogènes issus de différentes doctrines philosophiques ou visions du monde ; [le] mélange d'éléments de plusieurs cultures ou de différents systèmes sociaux »²⁹⁰. C'est bien sur ce modèle que la théorie syncrétique du droit entend s'appuyer. Aussi aspire-t-elle à se développer non contre mais avec les autres théories du droit, chaque proposition étant la bienvenue à ses yeux car permettant de l'enrichir²⁹¹. La théorie syncrétique perdrait même tout sens si elle s'éloignait des théories préexistantes. En effet, elle s'envisage en tant que « médiateur théorique », c'est-à-dire en tant que tiers

²⁸⁹ Devise de l'Union européenne.

²⁹⁰ V° « Syncrétisme », in *Trésor de la langue française*.

²⁹¹ Cela en réalité à une condition : que la proposition en cause revête une force doctrinale significative dans la pensée juridique collective ; autrement dit qu'elle connaisse une audience véritable, une pénétration véritable dans la pensée juridique collective, ce qui exclut les discours par trop isolés, méconnus et/ou très peu partagés.

chargé de réconcilier des parties en litige théorique, litige portant principalement sur le sens, la portée et les limites du concept de droit. Quand les théories du droit prétendent d'ordinaire disqualifier les regards dissidents, la théorie syncrétique entend donner à chaque regard droit de cité. Prolongeant les réflexions contemporaines selon lesquelles « les théories du droit sont précieuses si elles sont envisagées non exclusivement mais dans leur complémentarité »²⁹², le syncrétisme juridique n'espère donc pas réduire l'importance des théories du droit existantes en les faisant passer pour erronées ou archaïques mais attribuer à chacune un rôle à jouer dans le grand film de la pensée juridique.

La fin de la théorie syncrétique est de parvenir à reconnaître ce qui serait « la » définition du droit, quand toute théorie du droit, habituellement, proposerait seulement « une » définition du droit — *i.e.* « sa » définition du droit. Il s'agirait de « 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, presque une donnée scientifique et, en tout cas, une donnée empirique. La théorie syncrétique s'imagine ainsi telle l'antithèse d'une théorie du droit partielle et partielle. Le théoricien, muant en lexicographe et devenant plus chercheur en droit que penseur du droit, pourrait recueillir dans la pensée juridique collective la définition effective du droit. La laïcité théorique et le polythéisme théorique sont alors proches. À l'instar du panthéon romain qui accueillait sans autre forme de procès tous les dieux grecs et étrusques profitant de quelque succès populaire, il s'agit ici de reconnaître ce qu'est le droit au terme d'une recherche objective et empirique, excluant tout préjugé et toute prise de position idéologique ou autrement personnelle.

Y compris parmi les facultés de droit, on reste souvent sans réponse face à la question « qu'est-ce que le droit ? » — ou plutôt les éléments de réponse sont si divers et parfois contradictoires qu'il en devient difficile de se représenter avec précision le phénomène juridique et ses contours, difficile de déterminer sa substance et délimiter ses frontières. Le concept de droit est peut-être le concept le plus polysémique de toute la culture juridique. Cela ne peut qu'être problématique pour les juristes et les inviter à engager de nouveaux travaux afin de mieux cerner son sens et sa portée.

Or, le nom « droit » et son adjectif « juridique » étant des outils de langage appuyés sur des représentations intellectuelles, ils ne désignent pas plus ni autre chose que ce que ceux qui les utilisent conçoivent à travers eux. C'est pourquoi la réponse à la question de la spécificité du droit parmi l'ensemble des constructions sociales pourrait être recherchée

²⁹² P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 318.

non au moyen d'une approche stipulative et spéculative, subjective et originale, mais au moyen d'une approche linguistique, presque scientifique, visant à recenser tous les usages de ces mots partagés au sein de la communauté linguistique. Telle est l'option méthodologique retenue par la théorie syncrétique.

Le nombre des conceptions du droit « en vigueur » est déjà si élevé qu'il en devient difficile d'imaginer que la définition du droit pourrait ne pas s'y trouver. Mieux vaudrait dès lors demeurer dans la prison sémantique et ne pas chercher à s'évader des sens, donc s'attacher à la signification du mot « droit » déjà existante plutôt qu'en proposer une nouvelle acception. Bien sûr, en d'autres temps — spécialement lorsqu'est ressenti le besoin d'une rupture épistémologique et théorique par rapport aux représentations habituelles —, il pourrait être bienvenu de s'inscrire dans un mouvement de construction ou de reconstruction du concept de droit. Mais, aujourd'hui, il est peut-être préférable d'aller au droit en empruntant les chemins battus, éventuellement avec un véhicule différent, plutôt qu'en ouvrant une nouvelle piste parallèle aux nombreuses pistes déjà tracées. Et ce véhicule différent serait un véhicule scientifique. La théorie syncrétique soutient en effet que des vérités scientifiques et des progrès scientifiques seraient possibles dans le domaine de la théorie du droit. Si la science du droit est un méta-langage descriptif du droit positif, la théorie syncrétique entend constituer un méta-langage descriptif de la notion de droit positive.

Émile Durkheim enseignait que « ce qu'il importe de savoir, ce n'est pas la manière dont tel penseur, individuellement, se représente telle institution, mais la conception qu'en a le groupe ; seule, en effet, cette conception est socialement efficace »²⁹³. L'objet de la théorie syncrétique est d'appliquer pareille analyse à la pensée juridique. Aussi, à l'instar de certains écrits de Michel Villey, le texte qui débute « sera comme le résumé d'un colloque, où sur les principes du droit s'affronteront des points de vue divers. L'auteur lui-même n'aura pas à intervenir ; ce ne sera pas son rôle d'apporter des vues personnelles ; seulement de régler l'ordre du jour »²⁹⁴.

Un mot peut désigner tout objet et il n'existe jamais de lien consubstantiel entre le signifiant et le signifié. Or le droit peut être menacé autant par le danger d'une excessive dilution de son sens que par celui d'une excessive réduction de son sens. La théorie juridique poursuivrait donc un difficile équilibre. Et le syncrétisme juridique pourrait

²⁹³ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XV.

²⁹⁴ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 34.

réussir un tour de force définitionnel : consacrer une définition large du droit tout en consacrant une définition précise du droit — large en ce qu'elle accueille divers critères de juridicité ; précise en ce qu'elle retient des critères de juridicité rigoureusement déterminés.

Ensuite, il faut gager que la réflexion relative à la question « qu'est-ce que le droit ? » n'est ni futile ni inutile. L'ignorance, par une discipline scientifique, de son objet spécifique ne peut que l'amener à des attermolements, la discréditer aux yeux des autres disciplines et mettre en péril son statut de science. C'est pourquoi il serait ô combien important que quiconque étudie le droit puisse expliquer ce qu'est le droit. Préalablement à toute recherche juridique, il importerait donc d'arrêter la longueur, la hauteur et la profondeur de cet ensemble de données particulier qu'est le droit — par exemple pour pouvoir dire si des normes techniques, des normes comptables ou des normes managériales intègrent l'objet d'étude ou en sont exclues. Il serait insatisfaisant de retenir, sans autre forme de procès, que la notion de droit serait indéterminée et inconnue mais que cela n'empêcherait guère d'étudier le droit.

Pourtant, on explique souvent qu'il ne serait pas utile de savoir ce qu'est le droit, pas utile 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 de réaliser chaque jour de nouvelles découvertes. Il semble néanmoins que, si le biologiste étudie, par exemple, des animaux plutôt que des pierres, c'est parce qu'une conception ou préconception de ce qu'est la vie l'anime et lui indique où chercher et où ne pas chercher. Comme Maurice Merleau-Ponty pouvait l'indiquer, « nous avons besoin de savoir ce que nous cherchons, sans quoi nous ne le chercherions pas »²⁹⁵. Si le scientifique du droit s'intéresse à certains objets, notamment normatifs, plutôt qu'à d'autres, cela suppose que ses activités soient mues par une quelconque définition du droit. Et cette définition lui est fournie par une théorie du droit, laquelle peut être très élaborée mais aussi très primaire et même inconsciente²⁹⁶.

Georges Vedel confessait n'avoir qu'une vague idée de ce qu'est le droit après l'avoir pourtant enseigné durant cinquante années. Et d'affirmer qu'« il est possible d'être juriste sans avoir une bonne définition du droit »²⁹⁷. On pourrait juger que bien des choses se

²⁹⁵ M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, p. 36.

²⁹⁶ Michel Troper explique ainsi 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).

²⁹⁷ G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 70.

comprennent mieux qu'elles ne se définissent et que le droit compterait au nombre de celles-ci, si bien qu'il serait possible de penser et connaître le droit sans le définir, en ne sortant jamais le concept de droit du domaine de l'implicite et du non-dit. Un postulat important motivant la théorie syncrétique — comme la plupart des théories du droit — est qu'une définition fine de la notion de droit serait plus profitable à la recherche juridique qu'une approche nébuleuse du droit. Aujourd'hui, des juristes en viennent à retenir sans ambages que « le caractère juridique ou non juridique des règles est une question accessoire »²⁹⁸. Il semble néanmoins qu'au sein de « facultés de droit », dans le cadre d'« enseignements de droit » et de « recherches en droit », il soit plus essentiel qu'accessoire de pouvoir déterminer l'identité du droit, donc de s'accorder sur les propriétés et les dimensions de l'objet d'enseignement et de recherche. Peut-on observer le droit en faits sans savoir ce qu'est le droit en théorie ?

Nier l'importance de la question « qu'est-ce que le droit ? », ce serait nier l'autonomie du droit, nier le particularisme de l'objet-droit et de la science du droit, nier que les juristes ne sont pas (ou pas seulement) des sociologues ou des politistes. Toutefois, si des juristes souhaitent se passer de définition du droit, la plupart s'attachent bel-et-bien à une certaine notion de droit. Seulement, d'une part, cette notion peut être floue et, d'autre part et surtout, elle varie d'un auteur à l'autre, parfois radicalement. Or la variabilité du sens de « droit » n'est peut-être guère plus satisfaisante que l'absence de sens de « droit ». Comment débattre, par exemple, du développement du rôle du droit dans la société ou, à l'inverse, de l'effacement du droit à l'ère contemporaine si les parties prenantes à la discussion ne placent pas les mêmes objets dans la catégorie du droit et dans celle du non-droit²⁹⁹ ? Quand, dans l'ensemble des normes régissant une activité donnée, il se trouve de moins en moins de normes d'origine législative ou jurisprudentielle et de plus en plus de normes issues de l'autorégulation, prenant la forme d'usages ou de règlements privés, que faut-il en déduire à l'égard de la place du droit ? S'efface-t-il ou évolue-t-il ? À l'origine de la théorie syncrétique du droit, il y a donc bien cette considération qui pourrait passer pour banale au premier abord : en droit, le problème de la définition du droit est central.

²⁹⁸ D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 258.

²⁹⁹ Dès lors qu'une catégorie juridique est une « construction intellectuelle destinée à une meilleure connaissance du droit » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 151), ne faut-il pas considérer que « droit » serait la plus importante de toutes les catégories juridiques — en tant que catégorie des catégories juridiques par opposition au monde du non-droit —, donc celle qu'il importerait de déterminer avant tout ?

Toujours est-il que, si aucune des théories du droit proposées dans l'histoire de la pensée juridique n'a pu s'imposer comme étant la « bonne » théorie du droit, chacune pourrait être une partie de cette « bonne » théorie du droit. La réalité juridique ne saurait se situer à l'intérieur d'une théorie et à l'extérieur de toutes les autres. Telle est la thèse initiale soutenant la théorie syncrétique du droit. On devrait distinguer la question « quelle est la définition du droit ? » et la question « quelle est votre définition du droit ? » ; et ne pas répondre identiquement à l'une et à l'autre. L'auteur peut bien posséder sa propre opinion quant à la manière dont la doctrine devrait, selon lui, comprendre le droit³⁰⁰, celle-ci ne saurait être que de peu de poids par rapport à la notion de droit effective telle qu'elle imprègne actuellement la psyché juridique collective.

Généralement, le juriste qui s'attarde sur la problématique de la définition du droit, après avoir constaté combien les réponses à la question « qu'est-ce que le droit ? » sont diverses, opte arbitrairement pour l'une d'entre elles. Toute définition du droit serait dès lors une prise de position idéologique, partisane, si ce n'est une croyance, un préjugé ou une conviction. Avec la théorie syncrétique, la définition du droit passe du statut de vérité subjective et personnelle à celui de vérité objective et collective. Il ne s'agit plus de proposer ou choisir cette définition mais de l'observer, de la recueillir dans l'ensemble de la littérature et des discours où le nom « droit » et son adjectif « juridique » apparaissent. Une vérité élémentaire de l'épistémologie générale est que le point de vue crée l'objet et que, par conséquent, il y a autant d'objets différents que de points de vue différents. Or le point de vue syncrétique permettrait d'inclure et de réunir tous les points de vue et donc tous les objets. Le pari pris en ces lignes est que le syncrétisme juridique serait capable de rendre justice de l'entière réalité de la notion de droit positive.

Ainsi serait-il possible de contrer, au moins partiellement, les tentations du nihilisme et du relativisme, lesquelles sont forcément grandes en raison de la pluralité et de la diversité des théories du droit. Face à cette pluralité et à cette diversité, il ne faudrait pas comprendre que le droit serait un concept vide de sens mais plutôt que chaque théorie isolerait un ou quelques éléments caractéristiques du droit, si bien que la conception complète de l'objet-droit ne serait pas autre chose que la réunion de ces différents

³⁰⁰ Si l'auteur devait proposer « sa » définition du droit, loin de la théorie syncrétique du droit, ce serait peut-être la suivante : ensemble des normes produites par les *institutions sociales puissantes*, la puissance étant la capacité d'imposer psychologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires et l'État étant, pour l'heure, la plus puissante de toutes les institutions sociales, donc la principale source des règles de droit. Entendu de la sorte, le droit ne serait constitué que de normes mais reposerait fondamentalement sur des faits sociaux. Cette définition se situe ainsi à mi-chemin entre le normativisme et les approches sociologiques-pragmatistes qui se focalisent sur l'effectivité ou sur l'efficacité. Mais il n'est pas lieu de développer plus avant pareille acception stipulative du droit qui, au sein du présent texte, n'est qu'une approche du concept de droit parmi une multitude d'autres.

éléments. L'enjeu, en développant des outils lexicaux clairs et stables, est de faire en sorte que les deux faces de l'unité linguistique, la forme phonique (« droit ») et l'image mentale (la pensée du droit), se rapprochent ou, mieux, se rejoignent, que l'unité de la première ne contraste plus avec la pluralité de la seconde.

Or qui observe la pensée juridique actuelle — qui ne saurait se réduire à une pensée de juristes, le nom « droit » et son adjectif « juridique » étant couramment employés par des non-juristes — constate que l'ensemble des conceptions du droit se situent entre deux extrêmes antagonistes : le panjuridisme et l'étatisme juridique. Avec le panjuridisme, soit le chercheur se place dans un cadre de non-définition du droit lui permettant de qualifier librement tout objet de « juridique », soit, si son approche est juspragmatiste, le seul critère de juridicité qu'il retient est celui de l'effectivité : le juriste étudie les normes « qui marchent », qui produisent concrètement d'importants effets de régulation. Le panjuridisme permet donc à toute norme sociale d'entrer potentiellement dans le giron du droit. Avec l'étatisme juridique, la juridicité se réduit à l'étaticité et il s'agit moins de savoir reconnaître le droit que de savoir reconnaître l'État. La juridicité se résume à la validité dans l'ordre normatif étatique.

Mais beaucoup d'approches du droit se situent quelque part entre ces extrêmes, si bien qu'une norme non juridique pour certains sera toujours une norme juridique pour d'autres. C'est cette variabilité de la qualité juridique que cherche à traduire l'échelle de juridicité, instrument associé à la théorie syncrétique du droit, qui en est le principal prolongement — l'ensemble tentant de dessiner les contours d'une nouvelle forme de rationalité de la pensée juridique.

Se basant sur son irénisme et sur son objectivité, la théorie syncrétique du droit présente donc la particularité d'élaborer cet outil de mesure théorico-scientifique qu'est l'échelle de juridicité. Celle-ci permet d'évaluer le niveau de force juridique d'une norme donnée. Une échelle est un moyen de mesure, de comparaison. Il s'agit d'une suite continue et ordonnée en parties égales servant de moyen d'évaluation d'une certaine qualité, en l'occurrence la qualité juridique. Et l'échelle doit s'appuyer sur des étalons, sur des critères précisément identifiés. L'échelle de juridicité répond à cette définition. Reposant sur les différents critères de juridicité reconnus comme tels dans la pensée juridique contemporaine, elle consiste en un moyen de mesure, d'évaluation et de comparaison de la qualité juridique des normes sociales ; et elle se traduit par une suite continue et ordonnée de degrés de force juridique, allant de « nullement juridique » à « totalement juridique ». Partant, pour accéder au niveau minimal de juridicité, les critères sont des

conditions alternatives, tandis que, pour accéder au niveau maximal de juridicité, ils deviennent des conditions cumulatives.

C'est grâce à l'association opérée à travers l'échelle de juridicité que la théorie syncrétique peut postuler que les différentes conceptions du droit constellant la culture juridique ne seraient pas inconciliables. En d'autres termes, une norme qui serait juridique aux yeux de toutes les théories du droit revêtirait nécessairement une juridicité forte ou totale sur l'échelle de juridicité ; et une norme qui serait juridique aux yeux d'une théorie mais non du point de vue de toutes les autres ne saurait être mieux que faiblement juridique.

L'échelle de juridicité conduit ainsi la théorie syncrétique à retenir une conception graduelle du droit et, par suite, une forme de panjuridisme. En effet, l'expérimentation de cet instrument³⁰¹ permet de constater qu'il n'existerait guère de normes sociales non juridiques — autrement dit qu'aucune norme sociale serait non juridique dans toutes les branches de la pensée juridique sans exception. Si les normes fortement juridiques côtoient les normes moyennement juridiques et les normes faiblement juridiques, aucune norme sociale à la force juridique nulle n'a été rencontrée. Puisqu'une part des théories du droit intéressant la théorie syncrétique sont des théories panjuridiques, *i.e.* des théories réduisant la qualité juridique à la qualité normative, réduisant le fait d'être une norme juridique au fait d'être une norme sociale — au détriment de toute autonomie du juridique dans le social —, ce panjuridisme rejaillit forcément sur la théorie syncrétique. Mais il s'agit alors de « panjuridisme modéré » puisque les théories non panjuridiques sont également mises dans la balance et puisque, si toutes les normes sociales présentent une nature juridique, elles revêtent des degrés de juridicité fort différents³⁰².

Par conséquent, il ne serait plus lieu de rechercher la frontière entre droit et non-droit car tous les modes de régulation sociale seraient, dans une certaine mesure, des modes de régulation juridique. Surtout, la théorie du droit autoriserait le chercheur en droit à étudier toutes les formes de normativité sociale, le champ des normes juridiques recouvrant le champ des normes sociales. C'est ainsi que la théorie syncrétique, en plus de constituer une théorie pluraliste du droit, serait une théorie du pluralisme juridique.

³⁰¹ Seconde partie/titre 1/chapitre 3 de ce texte.

³⁰² Il faut gager que ce « panjuridisme modéré » ne saurait être assimilé au « panjuridisme brut » qui est le fait des approches sociologiques, anthropologiques, pragmatistes ou relevant du « pluralisme juridique radical ». Dans un cas, toutes les normes sociales sont de même nature mais non de même degré ; dans l'autre, toutes sont de même nature et de même degré. La théorie syncrétique ne saurait donc être assimilée aux théories qui tendent à accueillir toutes les normes, quelles que soient leurs origines et leurs caractéristiques, sous le couvert d'une seule et même juridicité, refusant ainsi toute autonomie au droit.

L'intérêt concret pour les chercheurs en droit de se placer dans le cadre épistémologique fourni par l'échelle de juridicité serait donc de leur permettre de s'intéresser, en tant que scientifiques du droit, aux phénomènes de « guerre des normes », de concurrence des normativités, de plurinormativité et d'internormativité, aux normes qui émergent de la pratique, à tous ces nouveaux objets normatifs ou semi-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 nudges 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 ; et le juriste qui se fonderait dans l'espace d'un « panjuridisme brut » risquerait de ruiner le droit, celui-ci perdant toute spécificité. La juridicité variable exprimée par l'échelle de juridicité permettrait de se préserver de l'une et l'autre menaces.

Cette approche graduelle tranche avec la façon dont on envisage classiquement le droit, selon laquelle, entre le noir et le blanc, nulle nuance de gris ne serait concevable. Conçue communément telle une qualité qu'il serait uniquement permis de revêtir ou de ne pas revêtir, la juridicité devient, à l'aune de l'échelle de juridicité, une qualité qu'il serait aussi possible de revêtir partiellement. L'habitude du binaire et du manichéisme laisse la place à un pluralisme qui est celui des forces juridiques, celui des qualités juridiques. Une norme n'a pas seulement le choix entre droit et non-droit ; elle peut parfaitement appartenir au monde du mi-droit. C'est ainsi que la théorie syncrétique espère concilier panjuridisme et autonomie du droit, donc autoriser l'étude juridique de toute forme de normativité tout en préservant le particularisme du droit parmi les divers modes de régulation sociale.

Une habitude profondément ancrée dans la théorie du droit consiste à opposer, par exemple, jusnaturalisme et juspositivisme, formalisme et matérialisme ou normativisme et réalisme. Cela concrétiserait *de facto* la « loi de la bipolarité des erreurs », cette sorte de balancier intellectuel qui ne permettrait à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements qu'en succombant aussitôt aux fourvoiemens contraires³⁰³. On souligne combien « il appartient à la communauté scientifique des juristes de dépasser ces dichotomies, qui sont des obstacles à la formation d'une véritable épistémologie juridique »³⁰⁴ ; on note qu'« à

³⁰³ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Arch. phil. droit* 1988, p. 199 s.

³⁰⁴ W. SABETE, « La théorie du droit et le problème de la scientificité – Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste », *Arch. phil. droit* 1999, p. 314.

l'opposition radicale entre clans ou écoles s'oppose une démarche transversale »³⁰⁵ ; et on relève que, « dans une perspective qui consiste à trouver un “juste milieu”, c'est la multiplicité des points de vue et le croisement des approches qui semblent seuls à même de résoudre les apories »³⁰⁶. C'est en ces termes que la théorie syncrétique raisonne, ce qui la conduit à accepter toutes les définitions du droit présentes dans la pensée juridique, à s'associer à l'échelle de juridicité et à retenir, plutôt que l'opposition du droit et du non-droit, une approche progressive de la force juridique des normes.

Toutefois, l'intention de mesurer le droit ne saurait être propre à la théorie syncrétique. Chaque théorie du droit pourrait disposer de son instrument de mesure de la force juridique ; et une norme pourrait être très juridique aux yeux de l'une en même temps que peu juridique aux yeux d'une autre — par exemple, une règle de « droit nazi » serait absolument juridique dans le cadre juspositiviste et aucunement juridique dans le cadre jusnaturaliste. La spécificité de l'échelle de juridicité est de s'appuyer sur une définition du droit obtenue au terme d'une entreprise scientifique, si bien que les niveaux de juridicité des normes seraient avec elle des données objectives, presque des données scientifiques.

En ces pages, seront donc présentées successivement la théorie syncrétique du droit, dont l'objet principal est d'identifier les propriétés du droit (*première partie*), et l'échelle de juridicité, qui permet d'interroger les dimensions du droit, c'est-à-dire ses frontières et l'étendue de son territoire³⁰⁷ (*seconde partie*).

³⁰⁵ J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 305.

³⁰⁶ L. ISRAËL, « Question(s) de méthode – Se saisir du droit en sociologue », *Dr. et société* 2008, p. 384.

³⁰⁷ L'échelle de juridicité sert à déterminer quelles sont les normes qui sont juridiques et quelles sont celles qui ne le sont pas, donc à tracer la limite entre le continent du droit et le continent du non-droit dans le monde des normativités sociales. Plus finement, cet instrument de mesure conduit à distinguer, outre des normes nullement juridiques et des normes absolument juridiques, des normes fortement juridiques, des normes moyennement juridiques et des normes faiblement juridiques. Or seules les normes nullement juridiques appartiennent au non-droit, les normes faiblement juridiques étant situées à la lisière du droit — elles sont *dans une certaine mesure* juridiques.

Première partie

La théorie syncrétique du droit

(une recherche des propriétés du droit)

Telle que comprise en ces pages, une théorie du droit ne s'intéresse pas au contenu normatif et institutionnel du droit positif — il s'agirait dans ce cas davantage de science macrojuridique, bien qu'on qualifie assez communément de « théorique » toute recherche dont la portée est générale et abstraite. Une théorie du droit comporterait essentiellement un double objet : le droit en tant que notion de droit, permettant aux scientifiques du droit de connaître les limites de leur terrain d'investigation, ses caractères formels et sa structure d'ensemble, et le droit en tant que science du droit, permettant aux scientifiques du droit de connaître leurs méthodes, leurs possibilités et leurs interdits. Une théorie du droit consisterait par conséquent en la prescription d'un droit — *i.e.* le droit conçu d'une certaine façon — comme objet d'étude et d'une méthode d'étude de ce droit à la science du droit. Ainsi une théorie du droit arrêterait-elle le cadre de travail d'une science du droit (« sa » science du droit)³⁰⁸.

Toute science du droit trouverait forcément au-dessus d'elle une charpente théorique lui fournissant un objet d'étude, des concepts, des classifications et autres outils linguistiques, des méthodes, un environnement épistémologique. Une théorie juridique définirait donc l'objet-droit puis prescrirait à la science du droit de l'envisager au moyen de certains outils

³⁰⁸ Pour ne prendre que le plus célèbre des théoriciens du droit moderne, Hans Kelsen, c'est bien en ces termes qu'il envisageait la théorie du droit : il définissait le droit à travers le critère de la validité au sein d'un ordre juridique, au sein d'une « pyramide », et il imposait aux chercheurs en droit de faire œuvre scientifique ou « pure », c'est-à-dire de se borner à dire ce que le droit est sans jamais s'intéresser à ce qu'il devrait ou pourrait être. Kelsen expliquait ainsi que « [sa] théorie se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9). Bien d'autres théoriciens du droit ont compris en ces termes leur office. Déjà au XIX^e s., le juriste britannique John Austin retenait que « l'objectif de la théorie du droit est de définir le droit positif » (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Murray (Londres), 1832, Lecture I, p. 1), qu'« il s'agit de distinguer le droit positif, l'objet propre de la théorie du droit, des divers objets qui s'en rapprochent par ressemblance ou qui s'en rapprochent plus ou moins par une analogie forte ou faible » (*ibid.*, p. 5).

influençant fortement la manière de le comprendre, l'interpréter et l'expliquer. Or la théorie syncrétique est une théorie du droit incomplète : elle ne porte que sur l'objet-droit, que sur la définition du droit et sur l'éventuelle frontière entre droit et non-droit — sa préoccupation essentielle est de répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? ». Néanmoins, tout un pan de la théorie syncrétique est d'ordre méthodologique ; mais il s'agit de prescrire les moyens de rechercher la définition du droit, donc les moyens d'identifier la structure des ordres ou systèmes juridiques, le périmètre des sources du droit et les conditions d'existence des normes juridiques. En d'autres termes, cette théorie arrête une forme de « science des définitions du droit » ou « science de la pensée juridique », mais elle ne s'intéresse guère à la science du droit positif³⁰⁹.

C'est pourquoi la théorie syncrétique comprend à la fois une théorie du droit et une théorie de la théorie du droit, soit une méta-théorie du droit. Plus exactement, elle se scinde en une méta-théorie scientifique, une étude de la pensée juridique et une définition lexicographique du droit. La méta-théorie scientifique ordonne l'étude de la pensée juridique qui recherche la définition lexicographique du droit. En d'autres termes, la méta-théorie scientifique prescrit à l'étude de la pensée juridique de constater objectivement et empiriquement la définition lexicographique du droit³¹⁰. La méta-théorie scientifique consiste ainsi en un ensemble de prémisses qui s'imposent à l'étude de la pensée juridique, laquelle doit prendre les théories du droit existantes comme objet et les examiner sous un angle scientifique. Partant, la théorie syncrétique observe moins le droit positif que le droit cognitif ; elle se préoccupe non de la pratique juridique et de ses

³⁰⁹ En outre, la théorie syncrétique est une théorie incomplète en ce qu'elle délaisse diverses questions qui sont aujourd'hui au cœur des préoccupations de la théorie du droit au sens large (ou de la philosophie du droit), à l'image de la problématique de l'interprétation juridictionnelle. Celle-ci s'est en effet affirmée en tant qu'objet central des réflexions contemporaines sur le droit, au point qu'on évoque un « tournant interprétatif » de la pensée juridique (K. KRESS, « The Interpretative Turn », *Ethics* 1997, p. 834 s.) ou qu'on souligne combien « l'interprétation est devenue l'un des principaux paradigmes intellectuels des études juridiques ces dernières années » (A. MARMOR, *Law and Interpretation – Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 1995, p. IX). Par exemple, R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. M.-J. Rossignol, F. Limare, Puf, coll. Léviathan, 1995, p. 69 s. (qui souligne combien le positivisme juridique aurait tendance à occulter l'importance des principes moraux mobilisés par les tribunaux dans leurs interprétations du droit) ; R. A. POSNER, « Pragmatic Adjudication », *Cardozo Law Review* 1996, vol. 18, p. 1 s. (qui décrit des juges, aux États-Unis du moins, prenant de grandes libertés dans leurs interprétations des règles de droit afin de pouvoir rendre les « meilleures décisions » en fonction des besoins actuels et futurs, donc celles qui seront les plus efficaces, les plus utiles, dont les conséquences léseront le moins d'intérêts).

³¹⁰ La méta-théorie imposant au théoricien-chercheur de faire œuvre scientifique, c'est-à-dire de définir le droit au départ d'une méthode objective et empirique, elle est appelée « méta-théorie scientifique du droit ». En d'autres termes, à l'instar de la théorie pure du droit de Kelsen qui prescrit à la recherche juridique de décrire le droit positif, la méta-théorie scientifique du droit prescrit à l'étude de la pensée juridique de décrire la notion de droit positive. Cela oblige le théoricien à travailler tel un lexicographe, donc à rechercher ce qui peut être appelé « définition lexicographique du droit ». En outre, comme la « théorie pure » kelsénienne n'est pas pure en soi mais oblige à être pur, la méta-théorie scientifique n'est pas scientifique en soi mais oblige à être scientifique. C'est ainsi non au niveau de la théorie du droit mais au niveau de la méta-théorie du droit que des choix sont opérés.

méthodes mais de la pensée juridique et de ses méthodes ; elle est prescriptive à l'égard de la théorie du droit et non à l'égard de la science du droit positif.

Associant méta-théorie prescriptive et étude descriptive, il s'agit d'un système théorique. C'est ce système que l'expression « théorie syncrétique du droit » désigne. Si un système est un ensemble de propositions, de principes et de conclusions, alors la théorie syncrétique du droit, reposant sur une méta-théorie scientifique et aboutissant à la définition lexicographique du droit, constitue bien un système. Il conviendra, en cette première partie, de présenter ce système, de détailler les objectifs, les moyens et les résultats qui le composent.

Souhaitant contribuer à l'évolution du statut épistémologique de la théorie du droit³¹¹, la théorie syncrétique présente donc la particularité de s'appuyer sur un quatrième niveau : celui de la méta-théorie du droit relatif aux prémisses du travail de théoricien du droit³¹². C'est le contenu de cette méta-théorie du droit qu'il faudra tout d'abord présenter. Ce contenu impose au théoricien-chercheur de définir le droit tel un lexicographe, c'est-à-dire de reconnaître ce qu'est le sens du mot « droit » plutôt que de proposer ce que devrait être le sens du mot « droit ». En même temps, il lui défend de l'évaluer, le justifier, le légitimer ou le désapprouver d'une quelconque façon. La méta-théorie scientifique oblige le scientifique de la pensée juridique à bannir de ses observations toutes considérations politiques, éthiques ou autrement subjectives. Elle prône ainsi un positivisme juridique ; mais sa spécificité est de porter sur l'étude du concept de droit effectif et non sur l'étude des règles de droit effectives. Il faudra par conséquent, en cette première partie, exposer les principes méthodologiques censés permettre de produire, non un discours scientifique sur le droit positif, mais un discours scientifique sur la notion de droit et sur les théories du droit.

Ensuite, la définition lexicographique du droit, résultat de l'application de cette méthode, pourra être retranscrite. Or, dans l'ensemble de la théorie syncrétique, sans doute la méta-théorie scientifique du droit est-elle autrement importante que la définition lexicographique du droit. La théorie syncrétique ne se contente pas de définir le droit par ses caractères essentiels, de rechercher les éléments spécifiques du juridique, elle se

³¹¹ La théorie syncrétique s'opposerait aux théories préexistantes en ce que ces dernières seraient des *théories « dogmatiques »* — mais sans qu'il faille y voir un qualificatif péjoratif tant, encore une fois, ce sont ces théories préexistantes qui confèrent à la théorie syncrétique sa raison d'être et sa substance, si bien qu'elle ne veut en aucune façon les remplacer mais seulement les seconder.

³¹² Habituellement, seuls trois niveaux sont envisagés : 1° le droit positif ; 2° la science du droit qui traite du droit positif ; 3° la théorie du droit qui traite de la science du droit. Mais, pour que la théorie du droit puisse revêtir une qualité scientifique, il semble indispensable qu'une méta-théorie entre en jeu.

préoccupe surtout de savoir comment lesdits caractères essentiels et éléments spécifiques doivent être identifiés et exprimés. Le nombre et le sens de ces caractères essentiels et éléments spécifiques sont des données contingentes qui ne sauraient, aux yeux de la théorie syncrétique, mériter plus d'attention que la méthode mise en œuvre afin de les cerner — il ne saurait exister de quelconques résultats sans cadre épistémologique sous-jacent, tout résultat n'étant que le fruit d'une méthode ou d'une technique. S'il fallait désigner un essentiel et un accessoire, l'appareil scientifique gouvernant l'étude de la pensée juridique serait cet essentiel quand le contenu de la définition lexicographique du droit, parce qu'intimement dépendante de cet appareil scientifique, serait cet accessoire. La théorie syncrétique cherche moins à affirmer « je sais ce qu'est le droit » qu'à affirmer « je sais comment savoir ce qu'est le droit ». Comme Montaigne l'a montré, la manière serait plus décisive que la matière³¹³ — la méta-théorie touchant à la manière de définir le droit quand la définition lexicographique est la matière de la notion de droit telle qu'elle se donne à voir à un moment donné dans la pensée juridique collective. En somme, il y aurait plus à dire de la démarche que du résultat. La définition lexicographique n'est bien que la conséquence quasi-mécanique des prémisses scientifiques posées par la méta-théorie — à condition que l'enquête du théoricien-chercheur ait été convenablement menée.

La théorie syncrétique du droit se décompose donc en une fin qui est la définition lexicographique du droit (*titre 2*) et un moyen qui est la méta-théorie scientifique du droit (*titre 1*).

³¹³ M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. III, chap. 8.

Titre 1. Les intentions de la théorie syncrétique : la méta-théorie scientifique du droit

La méta-théorie scientifique du droit a pour ambition de recouvrir la théorie du droit et la définition du droit qui en découle du voile légitimant de la scientificité (*chapitre 1*). En résumé, son objet est d'amener le théoricien-chercheur à définir le droit en lexicographe, à rechercher concrètement les usages sémantiques faits des mots « droit » et « juridique », loin de toute stipulation ou spéculation quant à la signification de ces termes (*chapitre 2*). Il appartient dès lors au scientifique de recueillir les traits communs caractéristiques de la juridicité au terme d'une enquête de terrain, soit au terme d'une recherche empirique (*chapitre 3*) — étant précisé qu'il ne doit pas relever tous les critères de juridicité mais uniquement ceux qui influencent de manière évidente la pensée juridique commune (*chapitre 4*).

Ensuite, parce que cette pensée juridique commune, foncièrement normativiste, tend aujourd'hui à réduire le droit à un ensemble de régimes juridiques, donc à un ensemble de normes, le scientifique recherchant les critères de reconnaissance du droit en viendrait inéluctablement à rechercher les critères de reconnaissance de la règle de droit (*chapitre 5*).

Enfin, avant de décrypter la définition lexicographique du droit, encore faudra-t-il insister sur les limites de cette approche particulière du concept de droit qu'est la théorie syncrétique, cela afin de ne pas en exagérer le potentiel ni la portée (*chapitre 6*).

Chapitre 1. Adosser la théorie du droit à la légitimité scientifique

La possibilité d'un savoir scientifique sur le droit positif pose question — si bien qu'on qualifie cette science, souvent et paradoxalement, de « dogmatique juridique ». Il ne pourrait qu'en aller *a fortiori* ainsi de la possibilité d'un savoir scientifique sur le concept de droit, à tel point que l'expression « théorie scientifique du droit » semble inconnue de la littérature théorico-juridique. C'est pourtant à cette problématique que la théorie syncrétique, à travers la méta-théorie scientifique, invite à réfléchir.

La pensée juridique a si rarement été approchée au moyen de méthodes scientifiques qu'il n'existerait guère de connaissances scientifiques relatives à la notion de droit et aux théories du droit. Certainement les conditions de légitimité des travaux jus-théoriques ont-elles déjà suscité divers développements. La particularité de la méta-théorie scientifique est de rechercher les conditions de leur légitimité scientifique. Or les théoriciens du droit n'imaginent généralement pas qu'il soit concevable d'opérer scientifiquement dans leur domaine, terrain de prédilection de la spéculation, de l'arbitraire et de la subjectivité. Il serait ainsi impossible de répondre scientifiquement à la question « qu'est-ce que le droit ? ». Pourtant, s'il est loisible d'étudier scientifiquement le droit positif et, par suite, de produire des connaissances scientifiques sur ce droit positif — en adoptant une attitude descriptive, objective et empirique —, peut-être est-il possible d'étudier de la même façon la notion de droit, donc la pensée juridique, les théories du droit existantes. La méta-théorie scientifique, en tant que discours sur la théorie du droit, prend ce pari et prescrit à l'étude de la pensée juridique de déterminer scientifiquement la définition du droit³¹⁴.

Il n'est pas certain qu'une théorie scientifique du droit soit une perspective engageante et raisonnable ; mais il n'est pas davantage assuré qu'elle n'appartienne qu'au monde des « utopies scientifiques ». « L'histoire de la réflexion sur le droit, observait Norberto

³¹⁴ « La connaissance scientifique du droit positif, explique Hans Kelsen, ne vise pas à le justifier [...] ; la science du droit n'a ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais uniquement à le connaître et à le décrire » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 92-93). Peut-être est-il envisageable d'examiner le concept de droit de la même manière.

Bobbio, est celle des modèles qui, à chaque occasion, ont été inventés par les juristes pour accroître la dignité et l'autorité de leur travail, ou pour le rendre plus rigoureux et l'élever ainsi au statut de science »³¹⁵. Seulement le théoricien italien ne s'intéressait-il qu'aux travaux relatifs au droit positif. La question posée par la méta-théorie scientifique, et à laquelle elle souhaite apporter une réponse positive, est celle de savoir si des recherches théoriques relatives à la notion de droit seraient elles aussi justiciables d'une telle rigueur permettant de les élever au statut de science et d'en augmenter la dignité et l'autorité.

Il en résulte que la théorie syncrétique s'oppose à l'idée selon laquelle, par essence, théorie et science seraient antinomiques car théoriser reviendrait toujours à opérer des choix subjectifs, à retenir des hypothèses originales et à faire œuvre unilatérale et stipulative. Une théorie ne comporterait jamais de prémisses vraies et premières, seulement des opinions, si ce n'est des prises de position idéologiques ou des sensations personnelles (forcément plurielles). Le théoricien serait animé par des convictions, des doutes et des interprétations subjectives, loin de toute certitude et de toute « vérité scientifique ». Et, lorsqu'on pose à un théoricien du droit la question de la possibilité de penser scientifiquement le droit, celui-ci semble condamné à n'y voir qu'un « rêve naïf ou simple d'esprit »³¹⁶. La théorie juridique pourrait évoluer — et elle évolue régulièrement —, mais elle serait dans l'impossibilité de connaître des avancées scientifiques.

L'objet de la méta-théorie scientifique est pourtant d'inscrire la théorie juridique dans l'espace scientifique, de telle sorte que les propositions qui la constituent pourraient être prouvées ou réfutées, pourraient être vraies ou fausses, alors que, classiquement, une théorie serait seulement susceptible d'être cohérente ou incohérente, pertinente ou impertinente. Au mieux, les théories du droit pourraient être des « pseudo-sciences plus proches de la métaphysique »³¹⁷, cela en raison du fossé les séparant des pratiques et réalités juridiques, des faits observables. La méta-théorie scientifique soutient, au contraire, qu'il serait envisageable de définir scientifiquement l'objet d'étude des juristes. Pour elle, certains faits et certaines pratiques et réalités de niveau théorique seraient justiciables d'une étude scientifique : les usages sémantiques des signifiants « droit » et « juridique ». Plus encore, elle imagine que, si toute théorie, quelle qu'elle soit, poursuit

³¹⁵ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 188.

³¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur* (1992), Economica, 1999 (cité par O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 71).

³¹⁷ R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 166.

l'objectif d'améliorer la connaissance de son objet, ce serait là le moyen le plus fiable de connaître le concept de droit.

Afin de réaliser cette théorie scientifique du droit, la méta-théorie impose à l'étude de la pensée juridique de recueillir la définition du droit en suivant la méthode des lexicographes. Elle souhaite ainsi rendre la théorie juridique plus pédagogique, démontrer que la théorie du droit ne serait pas l'affaire de quelques juristes spécialisés et spéciaux mais celle de toutes les personnes qui, s'intéressant au droit, conçoivent, plus ou moins clairement et plus ou moins explicitement, ce qu'il est et ce qu'il n'est pas. Par suite, si la théorie syncrétique du droit pouvait faire œuvre innovante, ce ne serait qu'à travers sa méta-théorie scientifique³¹⁸. Encore une fois, avec la théorie syncrétique, l'essentiel résiderait non dans le contenu de la définition du droit, forcément très ordinaire en même temps que contingent et fluctuant puisque la pensée juridique et les usages sémantiques évoluent, mais dans le cadre épistémologique entourant cette définition.

Il faut ainsi insister avant tout sur cette intention particulière qui est celle de produire la définition lexicographique du droit, donc sur la méthode scientifique que la méta-théorie assigne à l'étude de la pensée juridique — cette méthode ne pourrait que détoner, si ce n'est dérouter, dans le paysage des théories juridiques contemporaines. Pour ne prendre qu'un exemple, Michel Troper enseigne que toute « définition réelle » du droit serait impossible, c'est-à-dire qu'il serait inconséquent de chercher à fournir une « description vraie des propriétés essentielles du droit »³¹⁹. Or la définition lexicographique du droit se conçoit bien telle une « description vraie des propriétés essentielles du droit », objectivement et empiriquement constatées³²⁰. Seulement ces propriétés essentielles ne sont-elles pas matérielles mais sémantiques, si bien qu'elles ne sont pas des propriétés essentielles éternelles mais seulement temporaires, seulement au moment de l'observation. En effet, le sens de « droit » ne traverse pas les époques et les sociétés ; il est le fruit d'une

³¹⁸ La théorie syncrétique du droit pourrait apparaître à la fois originale et classique. Considérant que le droit ne serait pas autre chose que ce que ceux qui utilisent le nom « droit » désignent à travers lui, elle aboutit nécessairement à une définition du droit très ordinaire. En revanche, soutenant que cette définition ne pourrait pas être fournie par un théoricien isolé car elle serait une œuvre collective, elle tend à se distinguer de beaucoup des théories qui ont jalonné l'histoire de la pensée juridique.

³¹⁹ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 101 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 167.

³²⁰ Pareil positionnement épistémologique va à l'encontre des idées, largement partagées parmi les théoriciens du droit, selon lesquelles la notion de droit, « comme l'objet de toute discipline, n'est jamais donnée "naturellement" par une simple observation » (M. MAILLE, « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 42), selon lesquelles il serait possible de donner « sa » vérité du droit mais non de reconnaître « la » vérité du droit car « toute conception de la notion de droit est forcément subjective » (R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 9) et le résultat d'un « effort de pensée spéculatif » (*ibid.*, p. 1). La méta-théorie scientifique du droit, au contraire, estime que les dits et écrits juridiques seraient des réalités empiriques parmi lesquelles « la » vérité de la notion de droit pourrait être décrite par des propositions vraies. Il serait donc possible de répondre scientifiquement à la question « qu'est-ce que le droit ? ».

époque et d'une société, ce qui veut dire qu'il est temporellement et géographiquement localisé ; il est le « produit des sociétés qui l'ont spécifié comme tel »³²¹ et, comme elles, passager. La juridicité n'est pas une qualité ou propriété immanente des choses ; elle leur est apportée de l'extérieur et elle consiste en une qualification spécifique octroyée collectivement par ceux qui utilisent les termes « droit » et « juridique » lorsqu'ils observent que certaines conditions sont réunies. Nul concept, nul mot ne possède de vérité ontologique originaire, éternelle et universelle. Seuls les phénomènes naturels peuvent se prévaloir de telles vérités. « Droit » n'a nulle consistance dans la « nature des choses » ; il n'existe que dans le monde contingent de la communication verbale et de la signification.

³²¹ L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juridique des anthropologues », *Dr. et société* 1987, p. 94.

Chapitre 2. Définir le droit en lexicographe

La définition a pour but de permettre à tous ceux qui utilisent un terme de se référer à travers lui au même objet, sans quoi toute discussion serait impossible ou, du moins, cacophonique. L'acte définitionnel — éventuellement tacite car on peut s'accorder implicitement sur un signifié — est donc le préalable indispensable à toute communication verbale³²². Aussi, en cas de joute intellectuelle portant sur la question du droit, semble-t-il indispensable que les différents protagonistes placent le même contenu dans le contenant « droit ».

La méta-théorie scientifique du droit retient, à la suite de Ludwig Wittgenstein, que « le sens, c'est l'usage. La signification d'un mot est entièrement son usage dans le langage »³²³. Les sens des concepts juridiques, et notamment du premier d'entre eux : le concept de droit, ne devraient pas être recherchés ailleurs que dans les usages qui en sont faits. L'ontologie du droit se réduirait donc à des pratiques sémantiques. C'est pourquoi la méta-théorie scientifique opte, en tant que méthode de définition du droit, pour la méthode linguistique et, plus exactement, pour la méthode lexicographique. Elle considère que la manière la plus efficace épistémiquement de circonscrire le sens du mot « droit » serait d'en rechercher objectivement et empiriquement les usages les plus répandus. La définition lexicographique du droit doit par conséquent se borner à reproduire ces usages, considérant qu'ils feraient du mot « droit » une réalité objective, une donnée immédiate accessible empiriquement.

³²² Définir est un exercice intellectuel consistant à préciser la quiddité d'un signifiant — donc un terme ou une expression plus qu'une chose — en y attachant un signifié, soit un objet matériel ou abstrait précisément caractérisé. Celui qui procède à la définition doit donc spécifier le plus finement possible les caractères distinctifs de ce signifié-objet, par rapport au genre supérieur, *i.e.* à un ensemble plus vaste, ainsi que par rapport aux ensembles connexes. En matière de théorie du droit, il s'agit d'identifier la nature particulière du droit à l'intérieur de la régulation sociale et comparativement aux autres modes de régulation sociale. En outre, définir revient à déterminer la signification d'une unité linguistique absconse au moyen d'unités linguistiques explicites, donc au moyen de termes largement acceptés, aux sens suffisamment fixés et consensuels — afin d'éviter de devoir définir la définition. Définir le droit, en rechercher les caractéristiques spécifiques, suppose donc qu'on peine à savoir ce que désigne exactement ce mot, notamment parce qu'il serait polysémique, sans quoi l'effort définitionnel serait malvenu.

³²³ L. WITTEGENSTEIN, *Investigations philosophiques* (1945), trad. P. Klossowski, Gallimard, coll. Tel, 1961, p. 135 (cité par E. SILVA-ROMERO, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 2002, p. 242).

Le travail d'un lexicographe consiste à caractériser les sens des mots en recherchant et retranscrivant les usages en vigueur au sein d'une communauté linguistique³²⁴, cela en s'attachant à la sémantique — science des significations qui se consacre à la partie substantielle de la langue, *i.e.* aux signifiés attachés aux signifiants. Pour ce scientifique du langage, une définition n'exprime aucune nature des choses mais seulement une convention sociale. S'il s'intéresse au concept de droit, il va étudier les contenus intellectuels attachés aux signes linguistiques « droit » et « juridique » pour ensuite essayer de les retranscrire le plus fidèlement. Un dictionnaire n'est ni un juge ni un législateur de la langue mais un greffier prenant note des usages en cours. Même le dictionnaire de l'Académie française aspire à n'être que le reflet et non l'inspirateur des usages des mots. D'ailleurs, un adage courant dans le monde de la linguistique — et notamment parmi les lexicographes — considère que « l'usage est roi ». Et les auteurs du Nouveau dictionnaire de la langue française Larousse de 1856 d'écrire, dans sa préface, que « le lexicographe est un laquais qui suit son maître : la pratique de la langue »³²⁵. C'est bien ainsi que la notion de droit doit être envisagée dans le cadre de la théorie syncrétique du droit.

Par suite, la définition lexicographique du droit s'oppose aux définitions stipulatives du droit, définitions inventives qui sont habituellement l'apanage des théoriciens du droit — et dont il faut redire qu'elles ont été et sont indispensables afin de générer quelques usages sémantiques. La définition stipulative ou constructive est un pari sur le sens ; la définition lexicographique ou explicative est une observation du sens. La première propose une nouvelle convention de langage ; la seconde décrit une convention de langage préexistante. La première est un devoir-être visant à imposer la signification, une prescription sémantique ; la seconde est un être préexistant et donné, un fait sémantique.

L'objet-droit retenu par la théorie syncrétique est ainsi le droit tel que reconnu par une définition terminologique similaire aux définitions qui se trouvent dans les dictionnaires : une définition partant d'un mot préexistant à l'opération définitionnelle (et non d'une chose pour aboutir à un mot) et recensant les attributs spécifiques que l'usage y associe. La définition lexicographique du droit est donc une définition scientifique dont on peut vérifier la réalité, c'est-à-dire la conformité aux usages sémantiques, mais non la pertinence, à l'inverse d'une définition constitutive créant un concept en même temps que

³²⁴ Le lexicographe se distingue du lexicologue, lequel étudie les mots sous tous leurs aspects (morphologie, étymologie etc.).

³²⁵ Cité par J. PRUVOST, *Les dictionnaires français outils d'une langue et d'une culture*, Ophrys, coll. L'essentiel français, 2006, p. 10.

son objet³²⁶. En ces lignes, la définition du droit ne serait ni plus ni autre chose que « qui est reçu comme droit par une société donnée à un moment donné »³²⁷; « est droit ce que le groupe social s'accorde à traiter comme tel »³²⁸.

Dans le cadre de la théorie syncrétique, le droit est simplement un signe parmi d'autres au sein du système de signes qu'est la langue. Il s'agit, comme toute unité d'un langage donné, d'une habitude partagée, d'une coutume, d'une construction psychique collective, d'un « phénomène socio-psychique » — pour reprendre une expression d'Émile Durkheim³²⁹. Le droit est ici avant tout un mot ; et ce mot ne peut remplir sa fonction qu'à condition de reposer sur l'application de normes linguistiques acceptées par la majorité des membres de la communauté. L'une de ces normes est le sens de ce mot. C'est elle que le lexicographe doit rechercher. À l'instar des règles de droit qui, d'un point de vue sociologique, consistent en des croyances collectives, le sens du nom « droit » correspond à la croyance collective en un certain signifié, laquelle en devient prescriptive et s'impose à quiconque souhaite utiliser ce nom dans un discours ou un écrit. C'est un fait social, c'est-à-dire « une manière de faire ou de penser reconnaissable à cette particularité qu'elle est susceptible d'exercer sur les consciences particulières une influence coercitive »³³⁰. Il serait donc possible de fonder la connaissance du concept de droit sur l'expérience, sur une approche pragmatiste, loin de tout préjugé et de toute construction arbitraire.

Bien sûr, on pourrait considérer que la théorie syncrétique du droit usurperait le nom de « théorie » dès lors qu'une théorie se définirait en tant que « construction spéculative de l'esprit »³³¹, qu'elle ne serait qu'une sociologie de la pensée juridique, qu'une linguistique appliquée à la théorie du droit, non une théorie en soi. On pourrait objecter que le théoricien, en devenant scientifique, ne serait plus que « théoricien à moitié » puisque l'office du théoricien ne serait pas de mener des enquêtes empiriques mais de proposer de nouveaux concepts et de nouvelles catégories afin de réorienter certains modes de connaissance. Néanmoins, est ici retenu que la théorie du droit peut se spécifier par ses

³²⁶ Il y a peu, l'auteur de l'un des derniers essais de théorie du droit pouvait avancer que le concept de droit ne serait « inscrit nulle part à la façon d'un donné qu'il suffirait d'exploiter » (R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 7). Dans le cadre de la méta-théorie scientifique, au contraire, le scientifique est conduit à rechercher une définition du droit qui serait un tel « donné qu'il suffit d'exploiter », donc une réalité sémantique que tout lexicographe pourrait saisir.

³²⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 133.

³²⁸ Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1991, p. 21.

³²⁹ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 10.

³³⁰ *Ibid.*, p. XX.

³³¹ Ch. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Puf, coll. Les voies du droit, 1987, p. 33.

fins — notamment établir le concept de droit — plus que par les moyens mis en œuvre pour atteindre ces fins.

Toujours est-il que ces moyens que la méta-théorie scientifique impose au théoricien-chercheur doivent l'amener à recenser, au terme d'une étude objective et empirique, laissant en dehors de la recherche les opinions et le libre-arbitre, les traits communs caractéristiques du droit tels que conçus dans la pensée juridique collective. Ensuite, si le nom « droit » est actuellement ambigu, c'est, d'une part, parce que les critères utilisés pour le définir ne suscitent guère de consensus autour de leur nombre et de leurs identités et, d'autre part, parce que ces critères se révèlent en eux-mêmes incertains car reposant sur des sous-critères mal déterminés³³².

³³² Par exemple, si l'on conçoit que le droit se rattache à la validité ou à la justice, la difficulté est que les sens de « validité » et de « justice » sont controversés. Si la juridicité est une qualité complexe, chacune de ses dimensions constitutives ne saurait être simple — où revient le besoin de « définir la définition ».

Chapitre 3. Procéder à une étude objective et empirique du concept de droit

Une définition énumère les propriétés qu'un objet doit posséder pour pouvoir être subsumé sous le concept considéré. C'est pourquoi la méthode du lexicographe consiste à caractériser les concepts en s'appuyant sur des critères cumulatifs ou alternatifs. Concernant la définition du droit, indispensable aux sciences du droit afin qu'elles puissent identifier les phénomènes dont elles s'occupent, afin qu'elles puissent les reconnaître avant de les connaître, il s'agit de lister les critères de distinction du droit parmi les divers modes de régulation sociale — et, suivant les préconisations de la méta-théorie scientifique du droit, il convient non de proposer ces critères mais de les constater en explorant en scientifique la pensée juridique collective. Rechercher la définition du droit revient donc à rechercher les critères de juridicité.

Qui observe la pensée juridique contemporaine et notamment la diversité des théories du droit qui l'influencent comprend que ces critères de juridicité sont forcément pluriels. Aussi la définition lexicographique du droit ne saurait-elle s'appuyer sur un critère unique et décisif ; elle ne peut que réunir différents critères de juridicité, autant qu'il existe de définitions différentes du droit imprégnant la psyché juridique commune. Elle n'a pas les moyens de réduire la polysémie de la notion de droit ; elle peut seulement en rendre compte en suivant le principe « l'unité dans la diversité ». Les visages du droit sont multiples, ce qui signifie qu'il est possible d'accéder au monde juridique par différentes voies et que le droit des uns est le non-droit des autres — et inversement. C'est ce qui justifie, au moment de concevoir l'échelle de juridicité, de faire des critères de juridicité des critères alternatifs plutôt que cumulatifs — les critères doivent tous être remplis pour accéder à un niveau de juridicité absolue mais non pour qu'existe une forme primaire de droit.

Une définition gagne en précision et perd en utilité à mesure que le nombre des conditions de caractérisation augmente et, inversement, gagne en utilité mais perd en précision à mesure que leur nombre diminue. Une classification trop précise et exacte n'est plus une classification mais une simple identification de chaque cas particulier. Le chercheur-lexicographe, toutefois, ne saurait entreprendre de quelconque sélection des conditions de caractérisation les plus pertinentes ; la méta-théorie-scientifique l'enjoint de se borner à recenser celles qui jouent un rôle effectif dans la pensée juridique collective. Ainsi le nombre et l'identité des critères de juridicité doivent-ils être considérés comme donnés. Si le chercheur-lexicographe, au moment de les présenter et de les expliquer, opère nécessairement une mise en forme, celle-ci, outre qu'elle doit se réduire au strict minimum (un plan avec diverses étiquettes permettant de spécifier chaque critère et chaque sous-critère), doit être guidée uniquement par la recherche de pédagogie et de clarté de l'exposé, sans jamais tenter de faire prévaloir un critère sur un autre ou chercher à passer un critère sous silence, ce qui aboutirait à déformer la notion « réelle » de droit, à la reconstruire au lieu de seulement la retranscrire.

L'intermédiaire entre le sujet connaissant et l'objet à connaître doit donc être le plus transparent possible. Il serait néanmoins illusoire d'imaginer que l'activité de connaissance théorico-juridique pourrait se passer de toute forme de jugement. Sans doute la théorie syncrétique ne saurait-elle compter sur des expériences spontanées, sur un vécu immédiat indépendant de tout médiateur cognitif. Le droit n'autoriserait que les expériences réfléchies, impliquant des jugements, à plus forte raison concernant ses aspects théoriques. La représentation du monde juridique ne saurait être l'exact reflet du monde juridique. La réalité est toujours plus riche et complexe que sa retranscription par le scientifique et il y a forcément une part d'arbitraire et de déformation dans la définition lexicographique du droit par rapport à la définition effective du droit. Mais, si « la carte n'est pas le territoire »³³³ — ce qui signifie, à l'instar du célèbre tableau de René Magritte « La Trahison des images »³³⁴, qu'il convient de ne pas confondre la réalité avec la représentation de la réalité —, il faut gager que « la carte est plus intéressante que le territoire »³³⁵, donc que la représentation de la réalité est plus utile à la connaissance que la réalité nue³³⁶.

³³³ A. KORZYBSKI (cité par M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctrina* 2013, n° 10, p. 11).

³³⁴ Ce fameux tableau représente une pipe accompagnée de la légende « Ceci n'est pas une pipe ».

³³⁵ M. HOUELLEBECQ, *La carte et le territoire*, Flammarion, 2010 (cité par M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctrina* 2013, n° 10, p. 11).

³³⁶ Sur ce point, il n'est pas inutile de citer cette anecdote que rapporte le grand écrivain argentin Jorge Luis Borges : « Un roi du Moyen-Âge avait commandé l'élaboration d'une carte très précise de son royaume. Il insista pour que la carte

Par ailleurs, il importe de ne pas idéaliser la scientificité des travaux, surtout lorsqu'ils touchent au droit ; car l'indépendance axiologique n'est-elle pas déjà une forme de dépendance axiologique ? Et l'intention scientifique n'est-elle pas déjà la marque d'une idéologie ? La théorie syncrétique n'en est pas moins motivée par la considération selon laquelle les propositions relatives à la notion de droit seraient pertinentes et efficaces épistémiquement à mesure qu'elles parviendraient à se délier de toutes considérations subjectives, idéologiques, axiologiques ou métaphysiques³³⁷.

C'est pourquoi la méta-théorie scientifique prescrit au chercheur de mener une enquête scientifique au sein de la pensée juridique contemporaine, cela afin de recueillir de manière objective et empirique les différents critères de juridicité constitutifs de la définition lexicographique du droit. Mais cette objectivité et cet empirisme doivent être compris tels des moyens et non tels des fins ; et, si ces moyens sont nécessaires, ils ne sauraient être suffisants. Ils amènent en tout cas à suivre les professeurs qui enseignent que « l'utilisation par le droit de la méthode sociologique est devenue une nécessité impérative »³³⁸. Approchant le concept de droit sous un angle sociologique, considérant que ce concept ne serait pas autre chose qu'un fait social étudiable au moyen des outils de la sociologie, la théorie syncrétique serait encore une « théorie sociologique du droit ».

Si la méta-théorie scientifique prescrit à l'étude de la pensée juridique de procéder à des recherches objectives et d'opérer des conclusions objectives, cela doit permettre à la théorie syncrétique du droit de se caractériser par une neutralité, impartialité ou indépendance théorique. L'objectivité est la « qualité de ce qui existe en soi, indépendamment du sujet pensant ; [la] qualité de ce qui donne une représentation fidèle de la chose observée »³³⁹, cette chose observée étant en l'occurrence les différents sens des termes « droit » et « juridique ». Un travail objectif suppose ainsi le plus complet retrait de la personnalité, de la psychologie, de l'idéologie, des sentiments, des sensations,

représentât scrupuleusement le moindre détail. Les cartographes les plus renommés de l'époque se chargèrent de cet important projet. Quand, finalement, ils présentèrent leur travail, on constata qu'il était impossible d'être plus fidèle car la carte et le royaume coïncidaient point par point. Cependant, leur frustration fut grande : la carte n'était pas très pratique puisqu'elle était de la même taille que le royaume » (J. L. BORGES, *Dreamtigers*, University of Texas Press (Austin), 1970, p. 90 (cité par B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, p. 385)).

³³⁷ Peut-être, face aux interrogations et aux doutes nombreux qui entourent la notion de droit, l'approche scientifique n'est-elle pas la plus malvenue dès lors que le premier des enjeux serait désormais de « rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et mettre résolument nos idées en accord avec les faits » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 289).

³³⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 200.

³³⁹ V° « Objectivité », in *Trésor de la langue française*.

des intérêts et même de la pensée³⁴⁰ propres à l'auteur. L'objectivité implique de s'interdire tout jugement de valeur : si un critère de juridicité apparaît très inconséquent aux yeux du chercheur-lexicographe, par exemple parce qu'il exprimerait une regrettable confusion entre normativité (fait d'être une norme) et juridicité (fait d'être une norme juridique), il n'en doit pas moins être intégré comme les autres dans la liste des critères de juridicité. La tâche de la science est de connaître et de décrire son objet, pas de le prescrire ni de le justifier ou de le juger. La méta-théorie scientifique oblige donc à s'émanciper de toute intention critique et, plus généralement, de toute volonté extra-scientifique.

Pour faire œuvre objective, il faut s'extirper y compris des influences exercées par soi-même sur soi-même — car tout chercheur a des intérêts idéologiques résidant dans le besoin de ne pas contredire ses écrits antérieurs, donc ne pas s'auto-contester. Que ce soit consciemment ou inconsciemment, se détacher ainsi de sa subjectivité peut sembler difficile ; aussi l'objectivité ici en cause n'est-elle qu'un objectif d'objectivité qui ne saurait être parfaitement atteint — d'autant plus que la théorie du droit est un champ du savoir en proie à des obstacles épistémologiques nombreux et puissants, notamment en raison de la multivalence et de la malléabilité de la notion de droit. La méta-théorie scientifique pousse à diminuer au maximum l'influence de la subjectivité du chercheur tout en sachant qu'il serait utopique d'imaginer possible d'écarter complètement cette influence.

Bien entendu, promouvoir l'objectivité au sein de recherches juridiques n'est guère une nouveauté et Kelsen pouvait souhaiter que la science du droit acquière la « même objectivité que celle des sciences de la nature »³⁴¹. La particularité est que ce n'est pas ici une théorie du droit qui impose l'objectivité à la science du droit positif mais une méta-théorie du droit qui impose l'objectivité à la théorie du droit. Or les théoriciens du droit, par nature, sont plus habitués à faire coller la réalité à leurs théories que leurs théories à la réalité, c'est-à-dire plus habitués à faire œuvre constructive qu'à faire œuvre descriptive. En théorie du droit, l'observateur semble l'emporter sur l'objet observé, si bien que, en fonction de la personnalité de cet observateur, la présentation de l'objet peut varier assez radicalement. La méta-théorie scientifique — intéressée essentiellement par l'objet observé et étant proche de nier la personnalité de l'observateur — doit permettre à

³⁴⁰ L'objectivité consiste, ainsi que le décrivait Martin Heidegger, à « faire de la science sans penser » (M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser ?* (1951), trad. A. Becker, G. Granel, Puf, 1959, p. 15). En effet, l'objectivité s'oppose à l'idéologie qui, étymologiquement, est un « discours sur des idées », donc des idées sur des idées. Toute pensée est par définition subjective ; on peut vouloir penser objectivement et tout mettre en œuvre afin d'y parvenir, la réalité de la psychologie est telle qu'une pensée objective ne serait fatalement qu'une contradiction dans les termes.

³⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 27.

la théorie syncrétique de suivre la réalité de la notion de droit effective et d'évoluer à mesure que celle-ci évolue. Tout chercheur-lexicographe devrait dessiner le même portrait de cette notion de droit, car tout expérimentateur placé dans les conditions prescrites par la méta-théorie devrait obtenir les mêmes résultats. Une expérience est scientifique et une observation est objective si l'agent est interchangeable — et si le cadre de l'expérience ou de l'observation a été précisément arrêté. Partant, la théorie syncrétique n'autoriserait guère de dialectique ni d'interactions entre le sujet connaissant et l'objet de connaissance. Le premier ne serait jamais un acteur mais toujours un simple spectateur. Si, *de facto*, la notion de droit présente certains traits particuliers, le scientifique doit essayer de les refléter sans les déformer, tant dans leur quantité que dans leurs qualités. Ceci suppose de ne pas construire *a priori* et déductivement la définition du droit. Celle-ci doit être reproduite *a posteriori* et inductivement.

Il résulte de cette attente d'objectivité que la théorie syncrétique ne saurait témoigner d'une quelconque parenté intellectuelle, manifester un esprit de corps ou suivre des dogmes (substantiels ou formels), des habitudes corporatives ou des protocoles de pensée préétablis. Conçue telle une science sociale, ses orientations et son cheminement intellectuels excluent tout déterminisme. Cette théorie est donc une théorie du droit foncièrement positiviste, ce qui implique notamment qu'elle « marche main dans la main avec le relativisme »³⁴². Le théoricien positiviste doit se borner à décrire sans prendre parti « ce qui arrive le plus souvent »³⁴³ concernant la notion de droit³⁴⁴. Par suite, il est décisif pour la théorie syncrétique d'admettre que les signifiés sont observables autant que les signifiants. Une idée ou une conception peut s'analyser comme une chose concrète dès lors qu'elle produit des effets, qu'elle est, en quelque sorte, publiée et qu'elle devient à cet instant sensible.

³⁴² H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 561. De toute évidence, le juriste positiviste a une position personnelle à l'égard des finalités du droit et des valeurs qui devraient imprégner le droit positif. Dans une optique *jus*-scientifique, il dira que le droit nazi a été du droit effectif ; dans une optique *jus*-morale, il dira que le droit nazi a été du mauvais droit. Mais, conscient de la relativité de son point de vue, ce juspositiviste n'a pas l'intention, à l'inverse du jusnaturaliste, d'ériger ce qui n'est qu'une opinion personnelle en système général et universel. Aussi préfère-t-il, dans son cadre professionnel tout du moins, faire primer l'angle *jus*-scientifique et laisser de côté l'angle *jus*-moral, donc ses sentiments individuels et contingents.

³⁴³ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 36.

³⁴⁴ L'objectivité et la neutralité sont des qualités du discours et non de l'objet à décrire ; un jugement de valeur est un fait justiciable d'une étude descriptive et objective, si bien que des critères de juridicité d'ordre axiologique peuvent potentiellement intégrer la définition du droit. Il existe des « faits-valeurs » (É. MAULIN, « Positivisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1172) et observer que certains discours sont porteurs de valeurs, ce n'est pas porter soi-même ces valeurs. Le fait que le droit positif et même la pensée juridique soient largement imprégnés de valeurs ne saurait donc empêcher de saisir le droit en scientifique. De même, une croyance — par exemple la croyance collective en un certain sens du mot « droit » — serait justiciable d'une étude scientifique.

Mieux vaut cependant ne pas qualifier plus avant la théorie syncrétique de « théorie positiviste » tant le positivisme juridique tend à s'attacher, dans l'imaginaire juridique commun, au seul normativisme kelsénien, loin de la pensée originaire d'Auguste Comte — pourtant, le normativisme ne semble être ni le seul positivisme juridique ni la plus positiviste des théories juridiques, spécialement en comparaison des théories sociologiques et pragmatistes.

Quant à l'empirisme, puisque la méta-théorie scientifique prescrit également à l'étude de la pensée juridique de procéder à des recherches empiriques et d'opérer des conclusions empiriques, il suppose que les connaissances ne puissent découler que de l'expérience. Il implique de fonder le savoir sur l'observation des faits quand, souvent en matière de théorie du droit, on peut être tenté d'esquisser des conclusions sans avoir mené d'enquête « de terrain »³⁴⁵. Il s'agit donc de faire l'expérience du concept de droit, en se plongeant au cœur de la pensée juridique professionnelle et profane afin de recueillir les conceptions du droit qui s'y trouvent, de conduire des investigations scientifiques afin d'accéder le plus directement et spontanément possible aux usages sémantiques faits des mots « droit » et « juridique ». Ainsi la théorie syncrétique pourrait-elle coller de près à la réalité du concept de droit. Des jus-théoriciens regrettent que les chercheurs en droit tendent à s'asservir aux faits ; la théorie syncrétique, au contraire, souhaite se soumettre pleinement aux faits — à tel point qu'elle devrait idéalement s'appuyer sur des sondages et des statistiques relatifs aux sens donnés au droit.

La connaissance empirique s'oppose à la connaissance analytique qui consiste en des constructions conceptuelles ; il en résulte que la méta-théorie scientifique conduit à connaître empiriquement des connaissances analytiques. Certaines théories du droit cherchent à imposer une science empirique du droit, considérant que les normes juridiques seraient des faits — des « faits normatifs » en quelque sorte — susceptibles de donner lieu à des « jugements de réalité »³⁴⁶, *i.e.* des vérifications empiriques. La mission de la théorie du droit serait dès lors, « en recourant à la posture analytique, de clarifier le langage nécessaire à la description »³⁴⁷, donc de fournir les outils nécessaires à une science

³⁴⁵ Cela bien que « théorie » signifie étymologiquement, selon Michel Villey, « regard ou observation de la chose dont on parle pour la faire apparaître telle qu'elle est » (M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais* (1976), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p. 231).

³⁴⁶ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 55.

³⁴⁷ É. MILLARD, « Présentation », in A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 8.

empirique ; mais la théorie du droit ne saurait être elle-même empirique. Ici, la méta-théorie plaide pour une théorie empirique du droit³⁴⁸.

L'étude de la pensée juridique doit donc se passer au maximum des structures conceptuelles — sans s'en passer totalement puisque de simples données et observations ne sauraient constituer une science et encore moins une théorie — et s'appuyer prioritairement sur des constatations factuelles. La théorie syncrétique serait ainsi une théorie descriptive, principalement, et explicative, ensuite, mais en aucun cas une théorie normative — au sens de théorie prescriptive. Quand des théoriciens peuvent proposer des définitions du droit stipulatives tout en « tenant compte de certaines pratiques [...] pour être opératoire[s] »³⁴⁹, le théoricien-lexicographe devrait se contenter de rendre compte des pratiques entourant les termes « droit » et « juridique ».

Toutefois, la méta-théorie scientifique ajoute que, si toutes ces pratiques doivent être intégrées dans l'étude sans opérer de discrimination subjective, une discrimination objective doit en revanche être appliquée : seuls les critères de juridicité attestant d'une force doctrinale significative dans la pensée juridique collective actuelle doivent être recensés. La méthode préconisée par la méta-théorie scientifique afin de constater la définition lexicographique du droit suit ainsi celle retenue il y a fort longtemps par Aristote : « Nous devons poser devant nous les faits tels qu'ils apparaissent [...] et trouver toutes les opinions communes, [...] toutes les opinions qui sont les plus répandues et les plus importantes »³⁵⁰.

³⁴⁸ Les options épistémologiques des jusnaturalismes, mais aussi des théories positivistes modernes, ne permettent pas d'en faire des théories empiriques puisqu'elles « déterminent *a priori* leur capacité explicative, indépendamment de l'observation de leur pertinence quant à l'analyse du phénomène juridique » (R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 166). Par exemple, Raymond Carré de Malberg, pour la part théorique de son œuvre, s'enquerrait des « idées dont la valeur de vérité est indépendante de leurs réalisations empiriques » (É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Puf, coll. Léviathan, 2003, p. 336).

³⁴⁹ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 47.

³⁵⁰ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (vers 340 av. J.-C.), Vrin, coll. Textes philosophiques, 1994, L. VII (non souligné dans le texte original).

Chapitre 4. Recenser les acceptions du droit revêtant une force doctrinale significative

Proche des prémisses de la théorie syncrétique à cet instant, Herbert Hart notait que sa « règle de reconnaissance » n'existe « que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que [les juristes] et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait »³⁵¹. Il en irait à l'identique du concept de droit qui ne serait qu'une question de fait, que les signifiés que ceux qui utilisent le nom « droit » y attachent. C'est pourquoi la théorie syncrétique entend simplement comprendre et expliquer ce que d'autres, collectivement, ont décidé de désigner par « droit » en y associant certaines caractéristiques.

Dans cette approche syncrétique, l'aspect collectif est important. Un critère de juridicité retenu par un seul auteur ou par quelques rares auteurs ne saurait intégrer la définition lexicographique du droit. Pour être comptabilisé, un critère de juridicité doit connaître une audience véritable, une pénétration véritable dans la pensée juridique collective, ce qui exclut les propositions par trop isolées, méconnues et/ou très peu partagées. La méta-théorie scientifique enjoint donc le chercheur-lexicographe de s'intéresser à toutes les définitions du droit revêtant actuellement une force doctrinale significative. La définition lexicographique doit être exhaustive, mais seulement à l'égard des propositions justifiant d'une certaine autorité dans la psyché juridique. Aussi l'étude de la pensée juridique, s'il elle n'a pas à juger sur le fond des mérites respectifs de ces propositions, doit-elle être capable d'en mesurer la prégnance ou l'impact, ce qui est appelé ici « force doctrinale »³⁵².

³⁵¹ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 138.

³⁵² À titre d'exemples de critères de juridicité ne revêtant pas actuellement une force doctrinale significative, peuvent être cités la volonté de créer une norme juridique, la nature des conduites que les normes ont pour objet d'ordonner, le caractère public de la norme, le langage de la norme, le dynamisme de la norme, la capacité de la norme à répondre à la

On observe que les désaccords entre les différentes « chapelles » de la théorie juridique empêcheraient de savoir ce qu'est réellement le droit³⁵³. Toutefois, du point de vue de la théorie syncrétique, ce sont justement ces désaccords qui expriment la réalité du droit ; mais seules les « chapelles » fréquentées et non les chapelles désertées peuvent être prises en compte. La théorie syncrétique accueille donc toutes les explications relatives à l'identité du droit, non pas pertinentes — ce qui reviendrait à introduire la subjectivité au cœur de la recherche —, mais dotées d'une force doctrinale significative, laquelle constitue une donnée objective. Il s'ensuit que certaines de ces explications peuvent être contradictoires ou incompatibles ; l'étude de la pensée juridique n'a pas à s'en préoccuper : elle doit toutes les inclure dans ses conclusions. En somme, l'étude de la pensée juridique doit juger de la qualité des différentes théories du droit à l'aune de leur seule force doctrinale. Aux yeux d'un lexicographe, la définition d'un objet unanimement acceptée sera toujours plus vraie que celle retenue seulement par quelques auteurs épars, quels que soient leurs contenus respectifs.

Une conception du droit donnée revêt une force doctrinale suffisante dès lors qu'un nombre important d'auteurs — y compris hors des facultés de droit, lesquelles n'ont pas le monopole de la pensée juridique — la soutiennent, étant précisé que ces auteurs peuvent néanmoins être très minoritaires. Il importe peu de savoir qu'une personne donnée utilise un mot dans un certain sens ; ce qui compte est la signification attachée à ce mot par la majorité ainsi que par les minorités significatives. Autrement dit, seules les approches du concept de droit qui peuvent être qualifiées de « rares » ou de « marginales » doivent être écartées. Celles qui peuvent être qualifiées de « courantes » ou de « fréquentes », c'est-à-dire qu'un chercheur rencontrera forcément quelques fois au cours de ses travaux, doivent être prises en compte. La force doctrinale d'une idée est donc sa prégnance, sa capacité à emporter la conviction dans la pensée commune, son autorité faisant qu'elle rencontre un succès suffisant parmi les esprits pour les influencer.

Outre l'aspect collectif, l'aspect actuel est tout autant important puisque, comme la pensée juridique évolue, il fait peu de doute que la liste des critères de juridicité présentant une force doctrinale significative évolue, certains critères par trop secondaires gagnant en force doctrinale jusqu'à devoir intégrer la définition lexicographique du droit quand d'autres critères peuvent perdre petit à petit leur force doctrinale jusqu'à devoir être retirés de cette définition. Aussi la reconnaissance de la définition lexicographique du droit

mise en péril des intérêts de la communauté, la pertinence psychologique de la norme, le caractère marxiste ou communiste de la norme, le caractère féministe de la norme ou encore le caractère autobiographique de la norme.

³⁵³ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 11.

est-elle une tâche sisyphéenne, à recommencer sans fin puisque le nombre et le contenu des critères de juridicité à force doctrinale significative sont forcément sujets à des mouvements plus ou moins rapides et plus ou moins radicaux en fonction des époques — et en fonction des lieux. La notion de droit est une partie de la pensée et de la culture juridiques, lesquelles, à l'image de toute pensée et de toute culture, sont inévitablement évolutives — et géolocalisées. La grande relativité culturelle du droit touche en premier lieu le concept de droit. Il faut donc insister sur le fait que les frontières de la juridicité connaissent des mutations dans le temps — mais aussi dans l'espace. Le concept de droit d'aujourd'hui n'est ni celui d'hier ni celui de demain. Il ne connaît pas l'éternité — ni l'universalité. La signification des termes « droit » et « juridique » ici en cause n'est que celle qui est actuellement en usage au sein de la communauté linguistique³⁵⁴.

Par ailleurs, si la force doctrinale est une donnée objective, cette donnée est délicate à mesurer³⁵⁵. Aussi est-ce sûrement lorsqu'elle essaye de tracer la ligne de démarcation entre force doctrinale suffisante et force doctrinale insuffisante que la méta-théorie est la moins scientifique. Nul doute que, entre le dernier critère de juridicité jugé recevable et incorporé dans la définition lexicographique et le premier critère jugé non recevable et écarté de cette définition, il se trouve tout un espace abandonné à un certain arbitraire — ce que, d'ailleurs, l'emploi du verbe « juger » trahit. Le syncrétisme juridique, s'il doit s'ouvrir à toutes les théories du droit préexistantes, ne saurait néanmoins accueillir y compris une théorie si impromptue que seuls de rares auteurs la soutiendraient. Mais il est dès lors difficile de déterminer une frontière scientifiquement satisfaisante entre les conceptions du droit acceptables et celles dont l'accès à la définition lexicographique du droit doit être refusé. En conséquence, il semble nécessaire d'étendre au maximum cette définition, de la rendre très inclusive, permettant à un grand nombre d'approches différentes du droit de l'intégrer, cela afin que la recherche soit la moins arbitraire possible. La force doctrinale devant seulement être « significative », c'est-à-dire notable par opposition à dérisoire ou courante par opposition à ponctuelle, la définition

³⁵⁴ Par conséquent, s'il est fait référence aux écrits de Kelsen, Hart, Montesquieu ou encore Aristote, ce ne peut être que parce qu'ils jouissent d'une force doctrinale significative à l'aube du XXI^e s., étant couramment repris et prolongés par des auteurs contemporains. Et, dès lors que la théorie syncrétique ne porte que sur des instantanés de constructions psychiques collectives, la définition lexicographique du droit et donc la présentation des différents critères de juridicité ne sauraient citer certains auteurs en particulier. Par exemple, si la validité est admise au rang de critère de juridicité, ce ne saurait être parce que Kelsen l'a révélée mais seulement parce que beaucoup de penseurs et observateurs du droit actuels identifient le fait d'être juridique au fait d'être valide. Si l'œuvre kelsénienne venait à être citée, ce seraient en réalité tous les auteurs qui la reprennent aujourd'hui à leur compte qui seraient cités à travers elle.

³⁵⁵ La mesure de la force doctrinale d'une proposition donnée ne peut donner lieu qu'à un résultat approximatif tant, d'une part, les objets observés sont extrêmement diffus et, d'autre part, aucun chercheur ne dispose de moyens matériels permettant de mener une enquête suffisamment exhaustive dans l'ensemble de la littérature juridique.

lexicographique du droit en devient fort englobante et fort peu excluante — ce qui est en accord avec l'intention syncrétiste.

Le recours à l'outil de la force doctrinale des propositions théoriques est donc apparu indispensable, malgré ses imperfections, sa difficile praticabilité et son manque de lisibilité. La définition lexicographique du droit rend compte d'usages sémantiques ; or un usage est une répétition, en l'occurrence du sens d'un mot, au sein d'un groupe social. Il n'existe guère d'usages individuels ou limités à quelques rares individus.

Par suite, ce ne sont pas que les universitaires des facultés de droit, les avocats, les magistrats et autres juristes qui sont concernés par la notion de droit mais bien tous les individus. Aussi l'expression « force doctrinale » ne doit-elle pas induire en erreur : la force doctrinale se mesure principalement au sein des facultés de droit, des prétoires et des cabinets, puisque c'est en ces lieux que l'on parle le plus du droit et donc que l'on est le plus amené à s'en faire une idée, mais les conceptions profanes, ordinaires et communes des phénomènes juridiques doivent également être intégrées dans l'étude. La « psyché juridique collective » est constituée de tous ceux qui, pour une raison ou une autre, sont amenés à se demander « qu'est-ce que le droit ? ». Les juristes revendiquent souvent, par réflexe, un point de vue interne qui serait le mieux en mesure d'aboutir à une bonne connaissance du droit. Cependant, le nom « droit » appartient aussi au langage courant et la théorie syncrétique ne saurait ignorer les visions du droit de ceux qui ne sont pas juristes de profession, y compris lorsque celles-ci s'avèrent floues — mais à condition, donc, qu'elles soient partagées. Ce sont bien toutes les personnes qui utilisent un mot qui contribuent à déterminer sa signification en forgeant des usages sémantiques³⁵⁶.

En outre, il semble que la psyché juridique collective soit si nomo-centrée que la définition lexicographique du droit se fonderait dans la définition lexicographique de la règle de droit et que les critères de juridicité seraient nécessairement les critères de juridicité des normes.

³⁵⁶ Ainsi, aux yeux de la théorie syncrétique, le sentiment général à l'égard du droit revêt-il une plus grande importance que la définition stipulative proposée par un éminent professeur de droit — *a fortiori* dès lors qu'il se trouve beaucoup plus de non-juristes qui parlent du droit que de juristes dans l'ensemble de la communauté linguistique. Si les écrits des théoriciens du droit les plus célèbres peuvent compter, ce n'est qu'en raison de leur influence sur la pensée juridique collective, non en eux-mêmes. Un théoricien sera toujours moins puissant qu'un groupe social pour fixer dans les faits le sens d'une notion.

Chapitre 5. Identifier le domaine du droit au domaine des règles de droit

À l'observation selon laquelle « l'utilité d'une science du droit est de décrire ce qui dans les faits est appelé "droit" »³⁵⁷ pourrait être ajoutée celle selon laquelle « l'utilité d'une théorie du droit est de décrire ce qui dans les faits est appelé "droit" ». Or sont très communément appelés « droit » des ensembles de régimes juridiques, des ensembles de normes répondant à certaines conditions ressortissant à leurs origines, leurs objets ou encore leurs qualités substantielles. Les normes seraient les atomes du droit, ses éléments de base, si bien que toute donnée issue du monde juridique se réduirait, en dernière analyse, à des normes. Celles-ci seraient au droit ce que les pions sont aux échecs ou ce que les ingrédients sont à la cuisine. Il semble que la notion de règle de droit soit la clé de voûte du concept de droit et que, s'il est impossible de connaître le droit sans connaître la règle de droit, qui connaît la règle de droit connaît le droit.

C'est pourquoi la méta-théorie scientifique, préconisant à l'étude de la pensée juridique de recenser les critères de reconnaissance du droit, ne pourrait que l'amener dans le même mouvement à recenser les critères de reconnaissance des règles de droit. Aussi la théorie syncrétique du droit est-elle plus exactement une théorie de la juridicité des normes. Mais cela est moins un choix que la conséquence de l'état actuel de la pensée juridique collective, laquelle ne paraît qualifier que très rarement de « juridiques » des objets non normatifs³⁵⁸.

³⁵⁷ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 48.

³⁵⁸ On observe ainsi que les théories du droit modernes définissent le plus souvent le droit comme un « système de normes » (Ch. BÉAL, *Philosophie du droit – Norme, validité et interprétation*, Vrin, coll. Textes clés de philosophie du droit, 2015, p. 9). Et d'ajouter : « Les théories normativistes du droit, qui se sont largement imposées dans la pensée contemporaine, présentent l'ordre juridique comme un système hiérarchisé de normes. Le concept de norme est donc essentiel pour comprendre le phénomène juridique ; mais la question de la nature des normes juridiques donne lieu à des divergences significatives dans la théorie du droit » (*ibid.*, p. 12). Bien sûr, il pourrait en aller différemment s'il s'agissait de définir non le droit mais la justice, la doctrine ou encore l'État. Toutefois, qu'on étudie une loi, une décision judiciaire, un testament ou un contrat, on étudierait toujours des normes — des *actes normatifs*, donc des ensembles de normes. Ainsi le droit obligerait-il presque par nature à s'intéresser à des objets normatifs. Si un acte tel qu'une loi ou un contrat pourrait s'analyser autrement qu'à travers les normes qu'il porte, l'essentiel, juridiquement parlant, résiderait

Cependant, la théorie syncrétique est une théorie non normativiste mais nomo-centrée. En effet, si les critères de juridicité en viennent quasi-systématiquement à s'appliquer à des normes, ils peuvent aussi renvoyer potentiellement à des dimensions non normatives, dimensions que la théorie syncrétique ne nie pas et n'ignore pas. Reste que, de l'ordre juridique à l'institution juridique en passant par la sanction juridique, les concepts utilisés afin d'expliquer le droit serviraient avant toute autre chose à expliquer les règles de droit. En somme, la pensée juridique ne paraît pas affirmer tout entière que le droit serait exclusivement composé de normes, mais elle semble retenir que les normes seraient les éléments primaires du droit³⁵⁹. En conséquence, toute personne interrogeant la juridicité serait amenée à penser la juridicité des normes. « Qu'est-ce que le droit ? » ne serait pas une autre question que « qu'est-ce qu'une règle de droit ? » — et ce serait là la question la plus fondamentale posée à la théorie du droit dès lors que « la connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques »³⁶⁰.

Si les théoriciens du droit se répartissent entre normativistes et non-normativistes, les premiers réduisant le droit à un ensemble de normes au contraire des seconds pour qui il existerait des phénomènes juridiques non normatifs, tous sont tentés, au moment de définir le droit, de définir la règle de droit, celle-ci se présentant tel le repère essentiel dans l'univers juridique. Or, si la théorie syncrétique n'a pas à choisir entre normativisme et non-normativisme, elle ne peut que suivre la tendance des juristes à se focaliser sur la norme. On pourrait légitimement juger que, en définissant le droit par la règle de droit, on

toujours dans celles-ci, c'est-à-dire dans les droits et obligations qui en découlent. Et, si le droit est parfois approché tel un savoir, une technique, un pouvoir, un idéal, un phénomène factuel, un système institutionnel ou encore un langage, ces conceptions du droit semblent toujours se rapporter aux normes : il s'agit d'un savoir normatif, d'une technique normative, d'un pouvoir normatif, d'un idéal normatif, de faits normatifs, d'institutions produisant des normes ou d'un langage sur les normes. Par exemple, lorsqu'on définit le droit par la conformité à un idéal de justice, ce sont toujours des normes qui, en dernière instance, doivent être conformes à cet idéal de justice afin d'intégrer le monde du droit. Lorsque Jean Carbonnier définit le droit telle « une paix, une concorde, un équilibre » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 319), n'entend-il pas dire que le droit serait un ensemble de normes visant à assurer la paix, la concorde et l'équilibre ?

³⁵⁹ Par exemple, Norberto Bobbio enseignait que « la science du droit est une science normative en ce qu'elle s'occupe de normes. Les normes d'un système déterminé constituent, pour le juriste, les instruments principaux de son travail : c'est d'elles, pour l'essentiel, qu'il tire les connaissances et les arguments qui lui sont utiles » (N. BOBBIO, « Être et devoir-être dans la science du droit », in Ch. BÉAL, *Philosophie du droit – Norme, validité et interprétation*, Vrin, coll. Textes clés de philosophie du droit, 2015, p. 153). Et d'évoquer « l'idée, typiquement positiviste, selon laquelle la science du droit ne s'intéresse qu'aux seules normes » (*ibid.*). Autre exemple, Alf Ross faisait du droit un ensemble de faits de deux types : les directives et les normes. Mais les directives du théoricien danois sont proches des normes telles qu'entendues par la théorie syncrétique : il s'agit d'énoncés prescriptifs visant à faire adopter une certaine conduite par ses destinataires. Ross y associe les constitutions, les lois, les règlements etc. — alors que les normes sont pour lui les prescriptions appliquées concrètement par les tribunaux (A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan (Londres), 1968). Dernier exemple, Ronald Dworkin soutenait que le droit ne saurait s'analyser tel un système de règles ; il serait plus exactement un système de règles et de « principes », car les juges, au moment de rendre leurs décisions, s'appuieraient à la fois sur les unes et sur les autres (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. M.-J. Rossignol, F. Limare, Puf, coll. Léviathan, 1995, p. 397 s.). Or il n'est que possible de rapprocher ces « principes » des normes telles qu'ici comprises.

³⁶⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 6.

définirait le tout par la partie. Dans la conception commune du droit, cette partie est si prééminente qu'elle en vient à masquer les autres parties. Tant qualitativement que quantitativement, il semble difficile, à l'aune des travaux actuels sur le droit, de ne pas faire de la règle de droit l'élément cardinal de la mécanique juridique, focalisant toute l'attention.

La théorie syncrétique du droit se présente par suite telle une théorie de la règle de droit et non telle une théorie de l'ordre juridique, c'est-à-dire telle une théorie de la norme juridique individuellement comprise et non telle une théorie systémique ou holistique des normes formant un collectif — car l'inclusion dans un ordre juridique semble n'être qu'un critère de juridicité parmi d'autres au sein de la pensée juridique collective. Pour reprendre la célèbre métaphore de Norberto Bobbio³⁶¹, la théorie syncrétique est amenée à privilégier l'étude de l'arbre par rapport à l'étude de la forêt, même s'il ne fait aucun doute que la forêt est utile à la définition de l'arbre. S'il importe de savoir identifier les ordres juridiques parmi les divers ordres normatifs, ce n'est qu'afin de pouvoir distinguer au sein des diverses formes de normes sociales les normes juridiques, auxquelles on reviendrait toujours in fine. Parler des arbres permettrait de parler de la forêt ; parler des règles juridiques permettrait de parler du droit.

Ce seront donc les critères de juridicité des normes qui seront présentés au sein du prochain titre, en tant que constitutifs de la définition lexicographique du droit. Aussi convient-il de définir brièvement la norme — toujours en se bornant, suivant les canons imposés par la méta-théorie scientifique, à retranscrire l'approche imprégnant la psyché juridique collective. Il serait peu commode de savoir reconnaître le caractère juridique d'une norme sans savoir reconnaître une norme — étant précisé que les termes « norme » et « règle » sont en ces pages envisagés tels des synonymes, si bien que les expressions « norme juridique » et « règle juridique » le sont à l'identique³⁶².

Une norme (ou règle), telle qu'entendue par la théorie syncrétique du droit, *i.e.* telle qu'entendue le plus ordinairement, est la signification d'un énoncé servant de modèle de comportement. Elle est un « outil mental »³⁶³ servant à tracer les lignes directrices des conduites des individus. Il importe de ne pas assimiler la norme au texte qui la porte, de ne pas confondre norme juridique et acte juridique, de ne pas voir le normatif dans ce qui ne

³⁶¹ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 217.

³⁶² Sur ce point, simplement peut-on noter que de nombreux auteurs procèdent ainsi et que de tout aussi nombreux auteurs opèrent des distinctions — mais au départ de critères variables, notamment celui de la portée générale (règle) ou individuelle (norme).

³⁶³ P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits* 1989, n° 10, p. 9.

fait que le relever ou l'exprimer, dans les signes extérieurs qui ne sont que des véhicules, des moyens de transport. Un énoncé est une forme, une mise en forme verbale ; la signification — donc la norme — est le fond porté par cette forme. Confondre la norme et l'énoncé, la règle de droit et l'acte juridique, ce serait comme confondre l'instrumentum et le negotium, la parole et la pensée, la source et l'eau de la source. La norme, c'est le message³⁶⁴ .

Ensuite, l'important est la signification de devoir-être de l'énoncé. Aussi une proposition contient-elle une norme dès lors qu'elle impose, permet, conseille ou interdit d'adopter un certain comportement dans une certaine situation, quels que soient sa source, son objet et son degré de généralité et d'abstraction — il existe des normes à portée individuelle. Une norme, suivant le sens accepté en ces pages, est donc la signification d'un énoncé à l'aune de laquelle le destinataire comprend qu'il peut, qu'il ne peut pas, qu'il devrait ou qu'il doit faire quelque-chose. La norme a pour objet de donner la mesure des possibilités d'agir, d'imposer ou de proposer à un ou plusieurs individus un comportement ou une attitude, une action ou une abstention. La norme est donc un indicateur des devoirs et des interdits, des possibles et des impossibles. Bien entendu, que le comportement imposé ou proposé soit *de facto* adopté est une question de fait sans influence sur l'existence et la définition de la norme. Mais la possibilité d'être violée, non respectée, non suivie, semble être un critère pertinent d'identification des normes.

Partant, toute signification d'un énoncé qui est une description, une déclaration ou une évaluation, qui n'indique aucune attitude à adopter à quiconque dans un quelconque contexte, n'est pas une norme. Appartiennent à l'ordre du prescriptif — par opposition à ce qui relève de l'ordre du descriptif — l'obligatoire, l'impératif, le prohibitif, mais aussi le permissif, l'incitatif, le recommandatoire, le suggestif, l'habilitatif et l'attributif³⁶⁵ . Et il faut préciser que seul le signifié de l'assertion, fruit d'une interprétation, permet de la

³⁶⁴ Le sens du terme « norme » est rarement interrogé, un peu comme s'il allait de soi tout au contraire du sens de l'adjectif « juridique » auquel on l'associe souvent. S'il est vrai que la notion de droit pose plus de difficultés que la notion de norme, cela n'empêche pas cette dernière d'être entourée de quelques hésitations. En premier lieu, il faudrait qualifier la loi, le règlement ou le contrat d'« acte normatif » et non de « norme ». Il semble qu'une loi, un règlement ou un contrat porte généralement une pluralité de normes et ne soit donc pas une norme en soi. La norme serait *un contenu et non un contenant*, à l'inverse de la loi, du règlement et du contrat. Elle se comprendrait mais ne se verrait pas et appartiendrait ainsi au domaine du psychique, de la pensée, de l'esprit, du mental, de l'intelligence, de l'idéal et de l'abstrait. Quant aux actes juridiques, ils ne portent pas toujours des normes. On peut séparer les actes juridiques porteurs de normes et ceux qui sont seulement déclaratifs, qui manifestent l'établissement d'une certaine situation au regard du droit qui appellera le jeu de régimes juridiques correspondants. Il n'est pas rare qu'une loi comporte des dispositions sans portée normative, consistant en des déclarations d'objectifs ou jouant un rôle symbolique, pédagogique ou informatif.

³⁶⁵ Les normes attributives, qui confèrent des droits à des individus, peuvent être considérées comme des obligations et interdictions indirectes : obligations de respecter ces droits et interdictions d'y porter atteinte d'une quelconque manière.

catégoriser, sa formulation syntaxique et grammaticale n'étant un indice que dans certains cas. Il n'est en effet pas rare de trouver des normes exprimées sous la forme indicative.

Par ailleurs, la théorie syncrétique retient un élément définitionnel supplémentaire qui permet d'identifier non plus la norme génériquement mais chaque norme concrètement. Cet élément est d'ordre formel : une norme ne se reconnaît pas uniquement à un contenu mais aussi à un contenant. Si elle se définit en tant que signification d'un énoncé, il importe de ne pas omettre le second élément de cette définition, à savoir l'énoncé. Cela signifie qu'il y a une norme différente à chaque fois qu'il y a une forme différente, à chaque fois qu'il y a un contenant différent. De la sorte, lorsqu'une même signification normative, donc un même modèle de conduite, émane de plusieurs énoncés (d'une directive européenne et d'une loi de transposition par exemple), il y a autant de normes différentes que de supports formels différents. Dit autrement, le nombre de normes se mesure au nombre de contenants et non seulement au nombre de contenus. L'ajout d'un tel caractère formel permet de précisément identifier chaque règle et de faire des normes un objet proche de celui des sciences de la nature, soit un objet prenant place dans le temps et dans l'espace. Or envisager de la sorte les normes sera indispensable au moment de mesurer leur force juridique au moyen de l'échelle de juridicité³⁶⁶.

Après la question « qu'est-ce qu'une norme ? » vient la question « qu'est-ce qu'une norme juridique ? ». La réponse retenue par la théorie syncrétique du droit ne manque pas de présenter certaines limites et difficultés qu'il convient à présent de relever — avant d'exposer cette réponse au sein du prochain titre.

³⁶⁶ Cet instrument de mesure de la juridicité requiert qu'à chaque enveloppe formelle corresponde une norme individualisée dès lors qu'une part de la juridicité dépend de cette enveloppe formelle. Les critères de juridicité des normes sont en effet parfois des critères de juridicité des actes qui portent les normes. La qualité juridique d'une norme dépend en partie de celle de son support. Cette observation conforte l'idée selon laquelle la théorie syncrétique, dépendante de l'état de la pensée juridique collective, serait comme cette pensée nomo-centrée mais non normativiste. Toujours est-il que, au moment de recenser les critères de juridicité et de calculer la force juridique, il ne saurait être question que de normes. Sans doute un même acte normatif comporte-t-il souvent des normes à la juridicité variable et on ne pourrait s'enquérir de quelque « force juridique de la loi » ou « force juridique du contrat ». Il est néanmoins envisageable de mesurer la force juridique moyenne des normes contenues dans une loi ou dans tout autre acte normatif.

Chapitre 6. Les limites du syncrétisme juridique

Tout d'abord, si on distingue le droit objectif et les droits subjectifs, la théorie syncrétique ne s'intéresse qu'au premier. En d'autres termes, elle se pose la question « qu'est-ce que le droit ? » et non la question « qu'est-ce qu'un droit ? » — tout en tendant donc à réduire les phénomènes juridiques à des phénomènes normatifs. La théorie syncrétique est en quelque sorte une théorie objective du droit objectif ; elle espère ne pas être une théorie subjective du droit et n'est en tout cas pas une théorie du droit subjectif.

Ensuite, la théorie syncrétique est une théorie du droit positif et non une théorie de la science du droit. Classiquement, les théories du droit sont à la fois l'une et l'autre — le terme « droit » désignant en même temps une discipline scientifique et son objet, si bien que les juristes peuvent dire que « le droit étudie le droit », c'est-à-dire que la discipline-droit étudie l'objet-droit. Ces théories visent à imposer le cadre d'une science du droit en définissant ses méthodes et son objet. La théorie syncrétique, pour sa part, se pose uniquement la question « qu'est-ce que le droit positif ? », c'est-à-dire « qu'est-ce que l'objet-droit que les juristes doivent étudier, quelles en sont les limites ? ». La théorie syncrétique est donc une théorie du droit incomplète puisqu'elle n'aborde que l'un des deux pans classiquement constitutifs des théories du droit : l'objet d'étude des scientifiques du droit, n'envisageant guère le problème de leurs méthodes d'étude. Certes, la méta-théorie scientifique est prescriptive d'une méthode, mais elle s'adresse uniquement à l'étude de la pensée juridique, non aux sciences du droit positif.

Une tout autre limite de la théorie syncrétique réside dans son absence de caractère critique. En effet, dès lors qu'il s'agit de reproduire les critères de juridicité tels qu'on peut les observer dans la psyché juridique collective, il n'est pas lieu de revenir sur les multiples critiques adressées à ces critères ni de chercher à en formuler de nouvelles. La théorie syncrétique doit permettre de présenter et non de discuter la définition lexicographique du droit³⁶⁷. Notamment, si certains critères de juridicité sont peut-être

³⁶⁷ Par exemple, si une part significative de ceux qui parlent du droit considèrent que « définir le droit par la sanction est opportun et traduit une véritable compréhension de ce qu'est la spécificité du juridique » quand une autre part

davantage des critères de normativité, permettant de reconnaître les normes ou les normes sociales plus que les normes juridiques, ces pages ne sont pas l'endroit où se demander plus avant si la pensée juridique se fourvoie lorsqu'elle suit un tel cheminement.

La théorie syncrétique n'a en aucun instant l'intention de prendre la place des théories existantes ni de les dépasser ou marginaliser de quelque manière que ce soit. Au contraire, le syncrétisme amène non à s'opposer aux autres théories mais à les soutenir puisque ce sont elles qui donnent, en quelque sorte, sa raison d'être ou son carburant à la théorie syncrétique. Elles lui sont indispensables : la théorie syncrétique se conçoit telle une *via media* au milieu des théories du droit, si bien que, sans elles, elle perdrait ses repères. En conséquence, elle ne saurait inviter les juristes à abandonner toute approche personnelle du concept de droit au profit de l'approche lexicographique, donc scientifique — ou alors le lexicographe n'aurait plus de terrain où mener ses enquêtes³⁶⁸.

Par ailleurs, une pierre d'achoppement limitant la portée de la théorie syncrétique réside dans ses relativités géographique et temporelle. Les mots, *i.e.* les signifiants, et plus encore les signifiés qui s'y attachent varient nécessairement dans le temps et dans l'espace, parfois radicalement. Cela vaut inévitablement à l'égard du concept de droit. Concernant la dimension temporelle, l'historicité du droit se présente tel un lieu commun aux yeux des historiens du droit. Les phénomènes juridiques, qu'ils soient positifs ou théoriques, sont marqués par la relativité et la contingence : ils apparaissent, ils prospèrent, ils vivent, ils périssent, ils disparaissent. D'ailleurs, le droit, que ce soit le mot ou la réalité normative qu'il désigne, a nécessairement été inventé puis s'est répandu, en différents endroits et en différents moments. L'évolutionnisme ou darwinisme juridique touche jusqu'à la notion de droit. Il serait donc vain d'envisager un improbable concept intemporel ou perpétuel de droit et la théorie syncrétique se limite à interroger le concept actuel de droit³⁶⁹. La

significative d'entre eux estime que « définir le droit par la sanction est une impasse et traduit une incompréhension de ce qu'est le droit », seule la première proposition intéresse le scientifique de la pensée juridique en quête de la définition lexicographique du droit. Nul doute qu'aucun critère de juridicité n'est en mesure de susciter l'unanimité.

³⁶⁸ Il faut simplement séparer *la* théorie syncrétique du droit et *les* théories personnelles du droit, chacun pouvant, d'une part, *constater la* définition syncrétique du droit et, d'autre part, *proposer une* définition personnelle du droit. La conception scientifique du droit n'a donc pas vocation à subroger les conceptions personnelles du droit, tout au contraire. Elle s'envisage comme leur parfait complément, consciente que la pensée juridique doit être dynamique et non sclérosée ou frileuse et que seules les propositions personnelles, plus ou moins audacieuses, contribuent à ce dynamisme. C'est aussi pour cela que la théorie syncrétique ne saurait comporter de quelconques critiques à l'endroit des réflexions déjà engagées autour de l'identité du droit. Un auteur qui, hypothétiquement, aurait fait sienne la théorie syncrétique et donc la définition lexicographique du droit n'en demeurerait pas moins libre d'exprimer à loisir et par ailleurs son ressenti personnel quant à la manière dont il faudrait concevoir l'objet-droit.

³⁶⁹ Aussi, puisque la définition lexicographique du droit ne saurait être fixée qu'en un instant donné et est appelée à évoluer à mesure de l'évolution des opinions collectives quant au sens du terme « droit », revient-il au scientifique de rechercher les critères de juridicité uniquement dans la pensée juridique actuelle, contemporaine, ce qui implique notamment de n'étudier que les ouvrages récents — ainsi que les ouvrages plus anciens auxquels se réfèrent toujours de nombreux ouvrages récents.

définition lexicographique du droit est ainsi tel un tonneau des Danaïdes, à renouveler sans cesse. Elle est le reflet de compréhensions collectives, d'institutions verbales inexorablement temporaires et mouvantes³⁷⁰.

Quant à la dimension spatiale, il n'est pas davantage permis d'imaginer que le concept de droit pourrait être universel, c'est-à-dire connu de tout homme et de toute population sur la planète³⁷¹. Les droits positifs demeurent, pour l'heure, intimement nationaux, en particulier en raison du lien entre droits et États. Mais les cultures juridiques sont-elles de la même manière nationales ? Si elles semblent l'être dans une moindre mesure, elles s'avèrent au mieux régionales. Définir le droit de manière générale, non géographiquement située, serait donc impossible. C'est pourquoi la signification du mot « droit » ne paraît pouvoir être recherchée que parmi la culture juridique européo-occidentale, laquelle — c'est une conséquence des colonisations juridiques des siècles passés — est néanmoins largement présente en Amérique du Sud, en Afrique ou encore en Océanie.

Cependant, puisque les mots « droit » et « juridique » sont propres à la langue française, donc localisés, peut-être la théorie syncrétique doit-elle se résoudre à n'envisager que la qualité de droit telle que comprise par les francophones, dans les systèmes juridiques de langue française. Il semble délicat de trouver des synonymes du mot français « droit » au sein des langues étrangères. Le constat est partagé par beaucoup : « Dans la plupart des langues, il n'existe pas d'équivalent exact du terme droit »³⁷² — même si ce n'est pas parce que le signifiant n'existe pas à l'intérieur d'une communauté linguistique, car y est en usage une autre langue, que le signifié lui-aussi n'y existe pas. Puisque la théorie syncrétique interroge le lien entre le signifiant (« droit ») et le signifié (le concept de droit), la recherche ne saurait se concentrer sur le seul signifié, si bien que la définition

³⁷⁰ Dans le système linguistique, le temps est un acteur premier et le sens d'un mot est évolutif ; il n'est pas rare que son sens actuel soit sans rapport avec son sens originel autant qu'avec son sens futur. Le concept de droit, donné que le chercheur doit recueillir, n'est pas un donné invariant. Il est le fruit de constructions anciennes mais incessantes, de luttes sémantiques autour de la détermination de son signifié. Le langage a presque une vie biologique et on a pu affirmer que « les langues sont des organismes vivants dont la vie, pour être d'ordre purement intellectuel, n'en est pas moins réelle et peut se comparer à celle des organismes du règne végétal ou du règne animal » (A. DARMESTETER, *La vie des mots étudiés dans leurs significations* (1887), L'Harmattan, 2010, p. 3). Or il appartient aux dictionnaires et aux lexicographes de suivre et retranscrire les changements dans les usages sémantiques des mots.

³⁷¹ Le droit compte parmi les rares phénomènes étudiés au sein des universités à ne revêtir aucune prétention à l'universalité. Les étudiants français, s'ils se consacrent à l'économie, à la médecine ou à la chimie, s'intéressent, dans les facultés de droit françaises, au droit français.

³⁷² N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1421. Pour ne prendre qu'un exemple — mais non le moindre —, les juristes anglais et américains, *common lawyers*, désignent ce que les juristes français envisagent sous l'étiquette « droit » par « Law », terme pourtant proche étymologiquement du latin « lex », donc de « loi » ; et ils parlent de « statute law » pour indiquer les normes contenues dans les actes législatifs.

lexicographique du droit ne pourrait découler que d'une enquête parmi les travaux rédigés en français, où l'on peut trouver le signifiant « droit »³⁷³.

La théorie syncrétique du droit ne permet donc de remédier que modestement à la relativité et à la contingence de la notion de droit, celles-ci lui étant consubstantielles. Cette théorie amène à constater la définition du droit actuelle et francophone, non la définition du droit éternelle et universelle. Elle est, en cela, totalement tributaire et solidaire de son environnement spatial et temporel. Elle ne saurait revendiquer le titre de « théorie générale du droit ».

Enfin, reste à ne pas exagérer la scientificité du syncrétisme juridique. Si l'étude de la pensée juridique, en raison des prémisses posées par la méta-théorie scientifique, s'appuie sur une méthode et une ambition censées permettre de nouvelles connaissances concernant le concept de droit — des connaissances « scientifiques » —, cela ne saurait masquer les limites d'une telle science sociale. En premier lieu, le théoricien-lexicographe tend à remodeler en partie la réalité en constituant son objet autant qu'il l'observe, quelle que soit sa volonté de l'étudier objectivement et empiriquement. L'étude de la pensée juridique, bien que gouvernée par la méta-théorie scientifique, ne saurait se baser sur des méthodes aussi rigoureuses que celles des sciences de la nature ni porter sur des objets aussi précis et clairs que ceux des sciences de la nature. Toute définition lexicographique est nécessairement empreinte d'une part d'arbitraire et même d'idéologie implicite qui conduit à se concentrer incidemment sur certains faits au détriment d'autres — où revient la problématique de la frontière entre force doctrinale suffisante et force doctrinale insuffisante³⁷⁴. Il faut simplement espérer que cette part d'arbitraire ne déforme qu'à la marge et non dans son essence la réalité de la pensée du droit actuelle, donc espérer que la définition lexicographique du droit qui sera développée au long du prochain titre ne soit pas, dans l'ensemble, inexacte malgré les imperfections qui ne peuvent que la toucher³⁷⁵.

³⁷³ Par suite, cela ne devrait-il pas amener à écarter toutes les œuvres étrangères traduites en français tant rien n'assure que ce qui est désigné par « droit » dans l'ouvrage traduit corresponde exactement à la notion de « *Law* », de « *Recht* » ou de « *diritto* » ? « *Traduttore, traditore* » (« traducteur, traître » en italien) ; « traduire c'est trahir ». Néanmoins, il serait sans doute peu pertinent d'avancer sur ces chemins théorico-juridiques loin des travaux de Kelsen, Hart, Ross ou Bobbio eu égard à leur influence sur la pensée juridique francophone. C'est pourquoi la littérature étrangère francisée ne saurait être exclue par principe.

³⁷⁴ Encore une fois, la théorie syncrétique entend procéder à un effort scientifique dans le domaine *jus*-théorique, mais elle ne s'imagine guère capable d'aboutir à des résultats dignes d'une science exacte. L'objectivité et l'empirisme, cadre de la recherche et de la retranscription des critères de juridicité, sont des guides afin d'essayer de produire l'œuvre la plus scientifique possible ; mais il est certain que la subjectivité et les idées du chercheur ne sauraient totalement disparaître.

³⁷⁵ Le travail du lexicographe, consistant à recueillir scientifiquement les sens donnés aux mots dans une communauté linguistique, est difficile et ne saurait répondre à des protocoles parfaitement rigoureux. Quand bien même de tels protocoles existeraient, les moyens matériels manqueraient au chercheur qui ne pourrait les appliquer de manière satisfaisante.

Les moyens permettant d'identifier la définition lexicographique du droit, prescrits par la méta-théorie scientifique, désormais expliqués, il convient à présent de détailler cette définition lexicographique du droit, cela en abordant successivement les différents critères de juridicité revêtant actuellement une force doctrinale significative au sein de la pensée juridique collective — critères qui sont autant de conceptions différentes de ce qui fait la force du droit. Il est donc temps de passer, en même temps que d'un titre à l'autre, de la méthode de la recherche aux résultats de la recherche.

Titre 2. Les conclusions de la théorie syncrétique : la définition lexicographique du droit

L'étude de la pensée juridique ayant été menée, dans le cadre des prémisses méthodologiques préconisées par la méta-théorie scientifique et présentées au sein du titre précédent, six critères de juridicité principaux sont identifiés. Ce sont ces critères de juridicité, constitutifs de la définition lexicographique du droit, qui seront développés parmi les prochaines pages. Leur connaissance et leur compréhension sont importantes parce que la mesure de la force juridique au moyen de l'échelle de juridicité — objet de la seconde partie du livre II de ce mémoire — repose sur eux. En un mot, plus une norme remplit de critères de juridicité, plus son niveau de force juridique est élevé.

Ces six critères de juridicité revêtant actuellement une force doctrinale significative semblent être les suivants — étant rappelé qu'il s'agira uniquement, en tant que lexicographe, de les formuler, de définir chacun, et en aucun instant de les discuter ou critiquer³⁷⁶ — :

- la valeur juridique (*chapitre 1*) ;
- la validité juridique (*chapitre 2*) ;
- les qualités nomo-juridiques (*chapitre 3*) ;
- la sanction juridique (*chapitre 4*) ;
- l'application juridique (*chapitre 5*) ;
- l'effectivité (*chapitre 6*).

³⁷⁶ En outre, la définition lexicographique du droit étant le propre de la pensée juridique collective et non d'un auteur donné ou de quelques auteurs donnés, il ne s'agira pas, en ces pages, de se référer à certaines œuvres ou à certains auteurs en particulier. Par exemple, nul critère kelsénien ne saurait être évoqué — car la prospérité de la pensée kelsénienne est due aux propositions de l'illustre théoricien autrichien mais aussi et surtout à leur réception au sein de la communauté des juristes. Les critères de juridicité sont forcément les produits d'un *travail progressif et collectif de conceptualisation*. De la même manière, si les prochaines pages ne comporteront guère d'illustrations tirées de la doctrine actuelle, elles ne comporteront pas plus d'exemples issus du droit positif et de ses acteurs. Si certains critères de juridicité peuvent être retenus par le Conseil constitutionnel (caractère obligatoire ou sécurité juridique), par le Conseil d'État, par la Cour de justice de l'Union européenne, par la Cour européenne des droits de l'homme etc., ces institutions ne sont elles-aussi que quelques parties prenantes parmi beaucoup d'autres au sein de la pensée juridique collective.

Un critère transversal, à savoir le développement juridique de l'ordre normatif (*chapitre 7*), complète cette liste. Ce critère transversal, très présent dans les théories du droit modernes, s'avère déterminant puisque certains critères (validité, sanction et application) sont remplis à proportion du niveau de développement juridique de l'ordre normatif auquel la norme étudiée appartient.

Pour définir chaque critère de juridicité et, par suite, savoir si une norme donnée est juridique ou non sous l'angle de ce critère, il faut retenir des indices, des sous-critères — des « critères des critères ». Ceux-ci sont indispensables dans le processus didactique ; aussi sera-ce essentiellement à leur identification, toujours dans l'antre de la pensée juridique collective, que ce titre s'attachera. La présentation des critères de juridicité ne saurait donc consister en une simple énumération sans explications³⁷⁷.

Le vocabulaire utilisé afin de dépeindre les différents critères de juridicité sera propre à chacun d'entre eux et aux visions du droit dont ils témoignent. Il en résulte que, à l'image de la pensée juridique au sein de laquelle des auteurs jusnaturalistes et juspositivistes, pour prendre l'exemple le mieux connu, s'opposent, certains des prochains développements pourront paraître contradictoires. Toutefois, les six critères de juridicité renvoient à des acteurs et à des moments de la vie des normes différents et il semble que, dans l'ensemble, ils se complètent plus qu'ils se contredisent — en tout cas est-il possible qu'une norme les remplisse tous à la fois, revêtant ainsi une force juridique absolue.

De plus, certains critères sont purement théoriques, d'autres relèvent de la psychosociologie, d'autres encore sont d'ordre technique. Ils pourraient donc être agencés de différentes manières. Ici, ils seront présentés en commençant par le plus philosophique, le plus distant de la pratique du droit (la valeur juridique), et en remontant jusqu'au plus matériel, au plus en rapport avec la pratique du droit (l'effectivité). Pareille présentation ne reflète aucun jugement de valeur ; elle procède simplement de la décision de débiter par les considérations les plus abstraites et de terminer par les éléments les plus concrets³⁷⁸.

³⁷⁷ Par ailleurs, il faut d'ores et déjà noter que, à l'instar de la juridicité qui est susceptible de connaître des degrés en fonction du nombre de critères de juridicité remplis, la satisfaction à un critère donné peut être incomplète dès lors que l'application de la méthode du faisceau d'indices amène à conclure que certains sous-critères sont remplis quand d'autres ne le sont pas.

³⁷⁸ Dans l'idéal, puisque la force doctrinale est l'aune permettant de reconnaître la définition lexicographique du droit, la liste des critères de juridicité aurait pu s'ordonner en suivant les niveaux de force doctrinale de chacun, débutant par celui jouissant du plus haut niveau de force doctrinale (peut-être la validité juridique) et terminant par celui présentant la plus faible force doctrinale (peut-être la valeur juridique ou l'effectivité). Seulement, s'il est déjà difficile de séparer les critères profitant d'une force doctrinale suffisante et ceux dont la force doctrinale est insuffisante, il ne peut qu'être excessivement compliqué d'estimer finement, sans faire œuvre trop approximative, les niveaux de force doctrinale réels de chacun. C'est aussi pour cela que l'échelle de juridicité qui sera présentée au sein de la seconde partie ne pondère pas ces critères — chacun confère un sixième de sa juridicité à la règle de droit, même si, dans la pensée juridique collective, ce n'est certainement pas un sixième des auteurs qui soutiennent chaque critère.

Chapitre 1. La valeur juridique

1. Une norme est juridique si elle est légitime sous un angle axiologique

Ce critère est le plus idéaliste, le plus relatif, le plus spéculatif et le plus subjectif des six critères de juridicité. La valeur juridique confond volontairement identification du droit et légitimité du droit. Elle invite à une approche évaluative de la juridicité. Elle distingue droit et non-droit en se fondant uniquement sur le contenu matériel des règles. Critère entièrement substantiel, la valeur juridique en appelle au fond du droit, à la dimension spirituelle des phénomènes juridiques, ainsi qu'à la philosophie du droit. Elle n'a donc aucun égard pour quelque problématique formelle et imagine un droit dépouillé de son appareil technique — si bien que la consécration par le droit valide est parfaitement indifférente et qu'est juridique ce qui est légitime, non ce qui est légal.

Seuls sont juridiques le droit naturel ainsi que le droit positif conforme aux exigences absolues imposées par ce droit naturel. Autrement dit, tout le droit positif découle ou dérive nécessairement du droit naturel. Si une norme, pour accéder à la juridicité, doit être conforme à des normes supérieures, ce sont des normes supérieures de droit naturel et non de droit positif. Le droit doit forcément demander son chemin à un ordre de valeurs idéales. Et il appartient à la raison de le découvrir. Parce que le droit a principalement une dimension morale et est avant tout obligatoire moralement, obligatoire à condition d'être juste, la juridicité d'une norme dépend encore, selon le critère de la valeur juridique, des finalités qu'elle poursuit.

Ce critère est rempli lorsque le contenu normatif apparaît en adéquation avec les valeurs méta-positives qui animent l'observateur cherchant à mesurer la juridicité de la norme. Il s'agit donc, pour ledit observateur, d'émettre un jugement personnel à l'aune des exigences axiologiques qu'il porte, des valeurs que, selon lui, le droit devrait réaliser. Le droit est ici perçu en tant que science ou art du juste et de l'injuste, en tant que pratique de la vertu de justice ; mais il revient à chacun de décider de ce qui est juste, donc juridique, et de ce qui est injuste ; ou encore de décider de ce qui est équitable, donc juridique, et de

ce qui est inéquitable. En conséquence, c'est la justice qui définit le droit et non le droit qui définit la justice. Le droit est le mariage de la force concrète et de la justice idéaliste. Il doit être un moyen n'existant qu'à l'aune de sa fin.

Par suite, le contenu de la valeur juridique est variable, multiple et hétéroclite puisque chacun est entièrement libre d'y insérer ce qui lui paraît légitime et d'en retirer ce qui lui paraît illégitime³⁷⁹. La norme doit donc être en adéquation avec des méta-normes, supérieures aux normes positives, non écrites, qui ne découlent pas d'actes de production ou d'abrogation par des autorités humaines mais qui appartiennent au for intérieur du chercheur.

Par ailleurs, beaucoup de normes sont purement techniques ou formelles. Dans l'hypothèse où une règle apparaît neutre axiologiquement aux yeux de l'observateur, ne confortant ni n'enfreignant aucun principe supérieur, le critère de la valeur est logiquement rempli à hauteur de moitié. Mais l'observateur peut retenir que serait juste tout ce qui n'est pas injuste, tant et si bien qu'aucune norme ne saurait être neutre axiologiquement. Reste que le critère de la valeur juridique est très particulier par rapport aux cinq autres critères en ce qu'il est entièrement abandonné au jugement personnel de celui qui mesure la juridicité.

2. La valeur juridique d'une norme se mesure subjectivement, du point de vue du for intérieur du chercheur, et est donc variable et relative

La grande spécificité du critère de la valeur juridique est que celle-ci peut changer radicalement en fonction de l'observateur et de ses obédiences axiologiques, car il va de soi que tous les chercheurs ne partagent pas les mêmes valeurs, quoique certaines soient très largement répandues quand d'autres se rencontrent rarement. Ce critère est le seul à ne pas être objectif et le seul, donc, à pouvoir potentiellement être totalement rempli pour un observateur mais nullement rempli pour un autre. Les valeurs sont flexibles et n'existent que dans les yeux subjectifs de celui qui regarde.

La justice, le bien, la morale, l'équité etc. sont des contenants dans lesquels tous types de contenus peuvent être insérés. Il n'est guère de justice qui ne suppose des engagements

³⁷⁹ La norme, pour être juridique, doit être conforme aux balises d'un horizon axiologique transcendantal, à un donné primordial, à un idéal de justice, à un idéal démocratique, à la morale, à l'équité, à l'éthique, à la religion, à la volonté divine, à la paix, à l'équilibre, à l'acceptable socialement, à des lois *a priori* transcendantes de la nature, à la nature des choses, à la nature humaine, à l'utilité sociale, à la paix sociale, à la socialité, à l'idéal démocratique, au bien-être du plus grand nombre, au progrès de la société humaine, au bien commun, au bonheur, à la sagesse, au Juste, au Bien, au Bon, à la vertu, à la juste raison, à l'honnêteté, à la sécurité, à la responsabilité, aux droits fondamentaux de l'être humain, mais aussi à toute forme d'idéologie plus ou moins partagée.

éthiques et philosophiques. Sous l'angle du critère de juridicité ici en cause, le pluralisme et la relativité des définitions du droit correspondent au pluralisme et à la relativité des valeurs. Les cinq autres critères de juridicité sont des critères objectifs qui doivent amener tous les chercheurs à obtenir peu ou prou de mêmes résultats. La valeur juridique, elle, n'est pas vérifiable, n'est pas discutable. Par conséquent, un sixième de la force juridique est laissé à l'entière discrétion, à l'entier libre arbitre du scientifique chargé de la mesurer.

Les valeurs supérieures défendues par ce scientifique ne doivent pas être confondues avec celles consacrées dans l'ordre normatif auquel la norme étudiée appartient — même s'il arrive souvent que les unes et les autres se rejoignent. Parfois, les parlements et les tribunaux arrêtent très explicitement les valeurs poursuivies par l'ordre juridique. L'observateur peut néanmoins, si tel est son sentiment personnel, s'opposer aux principes « officiels » et s'attacher à d'autres principes. Ceux auxquels le chercheur adhère peuvent lui avoir été insufflés par l'ordre juridique qu'il fréquente, mais, le plus souvent, ils lui sont inculqués par l'éthique sociale, la religion ou simplement la conscience. Ce chercheur est, de toute manière, libre d'arrêter le contenu de droit naturel que la norme étudiée doit respecter pour intégrer le domaine juridique.

Après le critère de la valeur juridique vient celui de la validité juridique. Avec ce dernier, la juridicité passe de la subjectivité à l'objectivité.

Chapitre 2. La validité juridique

3. Une norme est juridique si elle est valide formellement et matériellement à l'intérieur d'un ordre juridique

La validité juridique (appartenance à un ordre juridique) est une espèce particulière de validité qui doit être distinguée de la validité normative (appartenance à un ordre normatif). Toute norme est nécessairement valide dans un ordre normatif plus ou moins sophistiqué — éventuellement très primaire — ; mais toute norme n'est pas systématiquement valide dans un ordre juridique. La qualité de règle de droit ne peut être attribuée qu'à un énoncé remplissant les conditions de validité d'un ordre juridique. Cela pose la question de la juridicité des ordres normatifs, donc celle des caractéristiques de leur développement juridique. Si, parmi les normes sociales, le droit se particularise, ce n'est pas parce qu'il existerait des normes juridiques à côté des normes non juridiques mais parce qu'il existe des ordres juridiques en parallèle des ordres normatifs non juridiques. C'est donc son contexte ou environnement normatif qui confère à la norme son éventuelle force juridique.

Du point de vue des théoriciens qui s'attachent à la validité juridique, le droit se présente tel un ensemble de normes unitaire, marqué par la cohérence, par l'homogénéité, par la logique, par l'interdépendance et par la systématisme, c'est-à-dire tel un ordre juridique. En conséquence, la juridicité ne peut être connue au départ d'une norme isolée ; nulle norme ne saurait être juridique en soi et pour soi. Ce sont les relations entre les normes, au sein d'un ordre normatif perfectionné, efficace et doué de souveraineté, qui rendent ces normes juridiques. La juridicité est une qualité qui ne caractérise que des ensembles normatifs ; elle touche les normes individuelles seulement par ricochet, parce qu'elles appartiennent à ces ensembles. Avec le critère de la validité juridique, l'ordre juridique devient le concept central de la théorie du droit.

La problématique de la juridicité des ordres normatifs sera l'objet du septième chapitre ci-après, intitulé « le développement juridique de l'ordre normatif (critère

transversal) »³⁸⁰. Pour l'heure, seuls doivent être envisagés les modes de rattachement de la norme à son ordre normatif, sachant que cela suppose d'avoir au préalable vérifié que l'ordre normatif en question est effectivement un ordre juridique. Or il faut distinguer deux modes de rattachement des normes aux ordres juridiques : l'un formel, l'autre matériel. Les observations effectuées quant à l'un et quant à l'autre permettent de déduire, par simple addition, la validité juridique globale d'une norme. Le critère de la validité juridique n'est donc pleinement rempli qu'à condition que les validités formelle et matérielle se cumulent. Autrement dit, si une norme est valide formellement mais non valide matériellement, alors le critère de la validité juridique est moyennement rempli, et inversement.

La validité juridique désignant l'appartenance formelle et matérielle d'une norme à un ordre juridique, il faut la décrire successivement sous son aspect formel (a) puis sous son aspect matériel (b). Dans le cas de la validité formelle, une norme est valide juridiquement si elle a été édictée dans le respect des conditions procédurales posées par les normes supérieures de l'ordre juridique. Dans le cas de la validité matérielle, une norme est valide juridiquement si son contenu est conforme à celui des normes supérieures de l'ordre juridique³⁸¹.

a) La validité formelle

4. Une norme est valide formellement si elle a été produite conformément aux normes procédurales en vigueur dans son ordre juridique

La validité formelle désigne l'inscription de la norme dans la « pyramide » que constitue l'ordre juridique. Est valide dans un ordre juridique donné la norme qui y est en vigueur, c'est-à-dire qui répond aux conditions de validité intrasystémiques, internes et intrinsèques, dont l'enveloppe formelle a été élaborée conformément à la procédure de production des normes dans cet ordre, qui y entretient une relation validante avec au moins une norme supérieure et antérieure. D'ailleurs, pour être précis, il ne faudrait pas évoquer simplement la « validité » mais plutôt la « validité dans l'ordre juridique X ».

³⁸⁰ Lorsque la norme étudiée est totalement valide au sein d'un ordre normatif, elle remplit le critère de la validité juridique à hauteur du niveau de développement juridique de cet ordre normatif. Par exemple, si l'ordre normatif est moyennement juridique, une norme de cet ordre remplit à moitié le critère de la validité juridique. Et, si une norme est moyennement valide au sein d'un ordre normatif moyennement juridique, alors elle remplit le critère de la validité juridique à hauteur d'un quart.

³⁸¹ La différence entre valeur juridique et validité matérielle est la suivante : avec la première, la légitimité axiologique de la norme se juge à l'aune du for intérieur de l'observateur ; avec la seconde, la conformité de la norme dépend des valeurs et autres principes affirmés dans l'ordre normatif.

Une règle est formellement valide dès lors qu'elle a été adoptée — ou plutôt dès lors que l'acte qui la porte a été adopté — au terme d'une procédure en bonne et due forme, par l'organe compétent, et dès lors qu'elle n'a pas été abrogée³⁸². La validité formelle dépend donc du fait que la norme ait été édictée dans le respect des modalités, des signes d'appartenance et des critères d'identification contenus dans les règles secondaires, règles de reconnaissance ou règles habilitatrices. Pour qu'une norme fasse partie d'un ordre juridique, elle doit avoir été créée en suivant le mode de production préétabli par des normes déjà valides dans cet ordre. Chaque norme d'un ordre juridique est ainsi la conséquence d'autres normes qui déterminent son procédé de création et permettent son inscription au sein du système juridique. Si la norme est formellement valide, elle intègre un certain échelon de la hiérarchie des normes et elle peut devenir à son tour la source de la validité d'autres normes.

Dans le cadre d'une telle approche dynamique et processuelle du droit, l'objet, la signification et la portée de la règle sont sans importance — mis-à-part lorsque la procédure comporte des exigences substantielles, faisant dépendre de celles-ci le respect ou non des exigences formelles. Plus encore, le sens d'une norme inférieure peut être contraire à celui d'une norme supérieure sans que cela n'affecte sa validité formelle. Les normes juridiques ne sont pas formellement valides parce qu'elles présentent une certaine substance mais parce qu'elles ont été produites d'une certaine manière.

Un ordre juridique comporte donc deux types de règles : les devoir-être à destination des individus, règles primaires ; les règles procédurales ou de compétence, règles secondaires à destination des organes officiels de l'ordre juridique qui doivent les appliquer afin de produire de nouvelles normes. Tandis que la validité formelle repose sur ces règles secondaires ou procédurales, la validité matérielle, qui constitue l'autre pan de la validité juridique, dépend davantage de l'adéquation avec les règles primaires ou de comportement de l'ordre juridique.

³⁸² Là encore par l'organe compétent et selon les formes requises puisque l'abrogation se définit en tant que suppression de la validité d'une norme par une autre norme valide et habilitée dans l'ordre juridique à procéder à cette dévalidation.

b) La validité matérielle

5. Une norme est valide matériellement si elle ne contredit pas les principes et valeurs antérieurs et supérieurs contenus dans son ordre juridique

Pour qu'une norme soit pleinement valide juridiquement, il ne suffit pas qu'elle soit valide sous l'angle formel ; il faut encore qu'elle le soit dans son aspect matériel, c'est-à-dire concernant son objet, ses fins, sa portée, les effets qu'elle doit produire. Un ordre juridique s'analyse tel un ensemble d'exigences et de contraintes matérielles en plus d'être un ensemble formellement ordonné et rigoureux. Il convient donc de vérifier, outre si les conditions procédurales sont respectées, si la norme étudiée n'entre pas en conflit avec des normes supérieures de l'ordre juridique. Elle ne doit pas contrevenir aux valeurs, principes ou, plus simplement, prescriptions que ces normes supérieures consacrent. Le contenu de la norme analysée doit se laisser subsumer comme le particulier sous le général à l'intérieur de l'ordre juridique.

Étant en cause les valeurs défendues au sein de l'ordre juridique, le sous-critère de la validité matérielle ne doit pas être confondu avec le critère de la valeur juridique — ce dernier en appelant aux valeurs imprégnant le for intérieur du chercheur. Ici, l'analyse doit être neutre axiologiquement, donc objective et empirique, loin de tout jugement personnel et moral. Seuls des éléments internes à l'ordre juridique doivent servir l'évaluation. Comme pour la validité formelle, il convient seulement, afin de juger de la validité ou non-validité matérielle d'une norme dans un ordre juridique, de procéder à une recherche ascendante des fondements de sa validité et à des tests de dérivation, donc à des investigations à l'intérieur de l'ordre juridique concerné³⁸³.

Par ailleurs, une norme non valide formellement dans un ordre juridique ne peut logiquement voir sa validité matérielle mesurée par rapport à cet ordre. Cette validité matérielle doit être mesurée en relation avec l'ordre normatif d'appartenance de la norme, à savoir celui auquel elle se rattache formellement. Une règle invalide formellement dans un ordre juridique ne peut jamais être matériellement valide dans ce même ordre³⁸⁴.

³⁸³ Le sous-critère de la validité matérielle peut être rempli partiellement dès lors que l'ordre juridique concerné comporterait des normes substantiellement contradictoires et que, en conséquence, la règle étudiée serait matériellement conforme à certaines de ses supérieures mais non à d'autres.

³⁸⁴ Concrètement, une norme portée par un code de conduite privé invalide formellement dans un ordre étatique est nécessairement invalide matériellement dans cet ordre étatique puisqu'elle ne lui appartient pas. Sa validité matérielle doit être mesurée relativement aux autres normes de l'ordre normatif privé dont elle découle — ordre privé qui n'est potentiellement que peu développé, insuffisance se répercutant sur la validité juridique de la norme.

Après la valeur juridique et la validité juridique, le troisième critère de juridicité est celui des qualités nomo-juridiques. Il se décompose en quatre sous-critères qui ont en commun de porter sur le contenu des normes individuellement étudiées et de tendre à assimiler la juridicité à la normativité. Il n'est alors plus question d'ordre juridique ni d'environnement normatif. Seule importe la texture de la norme étudiée.

Chapitre 3. Les qualités nomo-juridiques

6. Une norme est juridique en elle-même, sans égard envers quelque donnée extérieure, si elle répond à quatre exigences particulières

Plusieurs attributs permettent d'établir qu'une norme est juridique en elle-même, c'est-à-dire sans attention portée à aucun élément extérieur, notamment aux caractéristiques de son ordre normatif d'appartenance ou à l'attitude de certains organes. Tout d'abord, la règle doit être soit une règle de conduite, soit une règle de procédure, soit une règle attributive (a). Ensuite, elle doit être obligatoire (b) et générale (c). Enfin, elle doit être sécurisante (d) — *i.e.* répondre à l'exigence de sécurité juridique, notamment en étant précise, intelligible et accessible à ses destinataires. Ces qualités sont comprises telles des qualités qui ne seraient pas propres à toute norme ni à toute norme sociale mais qui seraient des qualités spécifiquement juridiques. Selon les tenants de ce critère de juridicité, une norme de conduite obligatoire, générale et sécurisante serait donc une norme juridique³⁸⁵.

a) Une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive

7. Une norme est juridique si elle constitue une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive

Il existerait trois types de règles de droit : les règles de conduite, les règles de procédure et les règles attributives. Il faut, tout d'abord, distinguer les règles de conduite (devoir-être à destination des individus ou des personnes morales) et les règles de procédure (devoir-faire à destinations des organes de l'ordre normatif). Les règles attributives, qui créent des droits, des pouvoirs ou des compétences au profit de leurs destinataires, sont un

³⁸⁵ Chacun des quatre sous-critères compte à hauteur d'un quart dans le critère des qualités nomo-juridiques. Par suite, si un seul de ces sous-critères n'est pas satisfait, le critère est rempli à un niveau de 3/4 ; si deux de ces sous-critères ne sont pas satisfaits, le critère est rempli à un niveau de 2/4 ; et si trois de ces sous-critères ne sont pas satisfaits, le critère est rempli à un niveau de 1/4.

cas particulier ; mais elles n'en sont pas moins autant juridiques que les normes relevant des deux autres genres jus-normatifs.

Une règle de conduite se définit tel un modèle de comportement dont les destinataires sont les membres du corps social. Ce modèle peut consister en un être, un non-être ou un pouvoir-être. Les normes de conduite, qui invitent à des actions ou à des abstentions, peuvent donc être positives ou négatives. Elles donnent la mesure et les limites des actions juridiquement acceptables, circonscrivent l'espace du possible et tracent la frontière entre le licite et l'illicite juridiques.

Quant à la règle procédurale, qui elle-aussi peut être soit positive soit négative, elle se définit également tel un modèle d'action décrivant ce que des personnes peuvent, doivent ou ne doivent pas faire. Mais cette norme secondaire se distingue des normes primaires du point de vue de ses fonctions et de ses destinataires qui sont les acteurs des ordres normatifs, soit les gouvernants et leurs agents, les institutions, les autorités, les administrations, les organes jurislatifs et exécutifs associés à l'ordre normatif — tous devenant, à cet instant, sujets de droit. Ils doivent se conformer aux normes de procédure afin que leurs actes soient valides au sein de l'ordre normatif et puissent, en conséquence, participer à sa conservation et à son renforcement juridique en le rendant plus structuré, suffisant et efficace.

Si les règles comportementales sont beaucoup plus nombreuses que les règles procédurales dans les systèmes juridiques, ce sont ces dernières qui sont qualitativement décisives, permettant de définir et de faire vivre organiquement lesdits systèmes, ainsi que de les individualiser par rapport aux systèmes normatifs simples ou primitifs, non juridiques ou préjuridiques. Par rapport aux normes de conduite, les normes de procédure, normes secondaires, se présentent telles des méta-normes puisque leur fonction est de prévoir et d'encadrer les modes d'édition et d'application de ces normes de conduite, donc d'élaborer des voies de droit. Elles sont indispensables pour édifier, identifier, reconnaître, modifier ou encore abroger les devoir-être, ainsi que pour juger et sanctionner ceux qui, parmi leurs destinataires, les violeraient. Elles constituent donc les rouages de l'ordre normatif sans lesquels celui-ci serait un monolithe inerte dépourvu de tout mécanisme ; elles lui permettent de fonctionner, de se transformer et de s'auto-organiser et auto-réorganiser.

Enfin, une norme attributive est une norme, reposant sur des actes de langage performatifs, qui octroie, à une ou plusieurs personne(s), chose(s) ou catégorie(s) de personne(s) ou chose(s), déterminée(s) ou indéterminée(s), actrice(s) ou non actrice(s) de

l'ordre normatif, publique(s) ou privée(s), un droit, un devoir, un pouvoir, une habilitation ou une compétence subjectif et exclusif. Les normes qui ont pour effet de diminuer ou d'éteindre des droits, devoirs, pouvoirs, habilitations ou compétences s'analysent également en tant que normes attributives. En somme, les normes attributives sont des normes qui modifient, dans un sens positif ou négatif, l'état antérieur des droits, devoirs etc.

Il ne suffit pas d'être une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive pour être une norme juridique. Encore faut-il réunir d'autres qualités nomo-juridiques et, en premier lieu, être une norme obligatoire — ce qui suppose l'existence de normes facultatives (non juridiques) aux côtés des normes obligatoires (juridiques).

b) Une norme obligatoire

8. Une norme est juridique si elle est impérative, si elle prescrit

Les normes juridiques se définissent telles des prescriptions. Elles s'appuient sur le mode déontique — quoique souvent implicitement. Elles sont obligatoires et, donc, contraignantes sur le plan sémantique. Une obligation se définit comme la signification d'un énoncé selon laquelle quelque-chose doit être ou ne doit pas être, ses destinataires devant observer la norme d'une manière inconditionnée et catégorique. Les règles de droit relèvent du domaine des commandements et de l'obéissance par opposition au domaine des conseils et du consentement, les conseils ayant seulement une force indicative. Elles désignent des actions ou abstentions — la défense étant le commandement d'une certaine abstention et le commandement étant la défense d'une certaine abstention — que leurs destinataires doivent accomplir sans aucune marge de manœuvre ni liberté d'en apprécier l'opportunité.

Les règles de droit sont douées d'une puissance impérative et coercitive faisant qu'elles s'imposent de l'extérieur aux individus. En conséquence, il y a une norme juridique lorsque le destinataire est tenu d'obéir — ce qui ne veut pas dire qu'il obéisse *de facto* — et il n'y a pas de norme juridique lorsque le destinataire est libre de suivre ou non ce qui apparaît alors comme une simple indication, proposition ou invitation. La mise en conformité des comportements à la norme doit être obligatoire, quelle que soit l'adhésion en termes de légitimité. Néanmoins, si la norme juridique opère par coercition, seule

compte la coercition verbale et sémantique ; les moyens mis en œuvre et potentiellement à mettre en œuvre afin de sanctionner les contrevenants ou de procéder à l'exécution forcée des normes sont sans influence sur le caractère obligatoire qui est inhérent au contenu normatif et ne dépend d'aucun facteur extérieur, notamment pas de la contrainte — la force obligatoire n'est pas la force contraignante et peut exister sans elle. En particulier, la position d'autorité et les pouvoirs effectifs de l'auteur de la norme sont, de ce point de vue, indifférents. La juridicité — pour qui se fonde sur l'obligatorité — se mesure à l'objet de la norme et non à ses effets. Le fait qu'une norme juridique soit largement ou même totalement bafouée en pratique ne change rien à son caractère obligatoire. L'obligatorité se mesure dans le monde des normes et non dans le monde des faits ; elle se recherche uniquement au sein des significations des énoncés.

Par ailleurs, si l'impératif est le langage du droit, le sens réel d'un énoncé implique de procéder à une interprétation, à une reconstruction sémantique détachée de la formulation littérale et du mode syntaxique, si bien que certaines phrases *a priori* descriptives doivent être analysées comme prescriptives et donc comme supports de normes juridiques. La norme ne se confond pas avec son support. L'important est que l'impératif existe psychologiquement, ce qui n'est pas incompatible avec des énoncés au mode indicatif. Ce que le chercheur doit donc rechercher, afin de savoir s'il est ou non en présence d'une norme juridique, ce n'est pas si la formule est impérative mais si le sens de la formule est impératif. L'indicatif formel est souvent utilisé par les jurislatoeurs en tant qu'impératif substantiel.

Par ailleurs, les normes dont l'objet est d'imposer une définition, une qualification, une interprétation ou toute autre forme de précision induisant un effet juridique direct sont assurément obligatoires. En effet, il est alors impératif que les acteurs juridiques acceptent cette définition, qualification, interprétation ou précision — donc qu'ils n'en retiennent pas une autre — et en tirent toutes les conséquences concernant les situations juridiques. Quant aux normes attributives, elles peuvent elles-aussi s'analyser telles des normes obligatoires — à tel point qu'il est impossible que les prescriptions qu'elles imposent soient bafouées puisqu'elles émanent de commandements performatifs³⁸⁶. Enfin, si habiliter est une fonction normative, permettre en est également une. Les normes

³⁸⁶ Autrement dit, si une norme attributive octroie à un organe particulier une certaine compétence, il est impossible que cet organe refuse ladite compétence. L'objet d'une telle norme est qu'une qualité ou un pouvoir soit conféré à une personne ou une institution ; elle produit nécessairement son effet, la qualité ou le pouvoir étant *de facto* attribué dès l'instant où elle entre en vigueur.

permissives (qui relèvent des normes de conduite) laissent libres — ou rendent libres — leurs destinataires d'adopter les comportements qui leur siéent le plus³⁸⁷.

Tout cela signifie que, a contrario, les normes non obligatoires ne sont pas juridiques.

9. Une norme n'est pas juridique si elle est déclarative, incitative ou recommandatoire

Une règle de droit impose ; elle ne propose pas. Une norme dotée d'une force de référence facultative, qui participe d'une direction souple ou non autoritaire des comportements, ne peut pas être une règle de droit. Les règles non contraignantes — du point de vue de la structure déontique — ne sauraient être juridiques dès lors que l'obligatorité est une condition de la juridicité.

Si les normes incitatives ou recommandatoires sont, à l'identique des normes obligatoires, des modèles de comportement, elles ne sauraient être dites « juridiques ». Ces normes ne doivent pas être confondues avec les normes permissives qui consacrent une liberté d'agir, bien que, dans l'un et l'autre cas, les destinataires conservent une totale marge d'appréciation et de décision. Elles consistent en des invitations à agir d'une certaine façon, cela en recourant à des propositions empruntant au mode recommandatoire. Semblables à des conseils, leur ambition, contrairement aux normes juridiques, est d'influencer et non d'imposer. Partant, elles ne comportent aucun contenu obligatoire, ni direct ni indirect. Les normes incitatives ou recommandatoires se définissent donc négativement par leur absence de force obligatoire.

Quant aux dispositions simplement déclaratives, proclamatoires ou déclamatoires, elles se bornent à décrire une situation, à affirmer un symbole, à afficher l'attachement à une valeur, à émettre un avis, à fixer un objectif ou une intention ou même à énoncer un programme politique. Ces énoncés déclaratifs peuvent s'analyser eux-aussi tels des modèles de comportement — leurs destinataires sont supposés agir afin d'atteindre l'objectif ou concrétiser la valeur en cause —, mais ils ne sont pas davantage juridiques en ce qu'ils ne comportent aucune prescription³⁸⁸. Par conséquent, normativité et

³⁸⁷ Les normes permissives confèrent des autorisations, permissions ou facultés à leurs destinataires. Ces autorisations, permissions et facultés sont obligatoires parce qu'elles défendent à quiconque, destinataires directs ou indirects, d'agir comme si l'action autorisée était obligatoire ou interdite. Elles défendent, spécialement aux tiers, d'interférer avec la libre détermination consentie. En somme, la permission juridique s'analyse telle une « interdiction d'interdire ». La norme permissive peut se traduire en ces termes : « il est obligatoire de pouvoir ». Comme toute norme obligatoire, elle impose que soit réalisé l'objet de la norme. Par exemple, si une certaine attitude est permise, il devient prohibé d'obliger ou interdire ce comportement.

³⁸⁸ En revanche, les normes qui imposent des définitions ou des qualifications ne doivent pas être assimilées à des énoncés déclaratifs puisqu'elles sont obligatoires et engendrent des effets juridiques.

obligatorité doivent être distinguées : des recommandations et des incitations, alors qu'elles ne sont obligatoires ni directement ni indirectement, comportent des normes, c'est-à-dire des modèles de comportement³⁸⁹ .

Pour revêtir la force juridique, une norme doit être une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive obligatoire. En outre, sa portée doit être générale.

c) Une norme générale

10. Une norme est juridique si elle est abstraite, impersonnelle et permanente

Certaines normes sont individuelles, précises et temporaires. Les normes juridiques, pour leur part, sont impersonnelles, abstraites et permanentes³⁹⁰ . La règle de droit est une règle générale quant à son sujet et quant à son objet, par opposition aux règles personnelles et *ad hoc*. Modèle générique de comportement susceptible d'un nombre indéfini d'applications, elle ne se préoccupe des faits particuliers qu'indirectement, par le truchement d'un organe d'application tirant du principe général une conséquence contingente. Néanmoins, la généralité est une qualité incertaine et discutée. Il faut ici comprendre le qualificatif « général » dans son sens général, c'est-à-dire en y incluant à la fois l'abstraction, la permanence et l'impersonnalité.

Que la règle de droit soit générale signifie qu'elle doit être appliquée indistinctement à toutes les personnes, toutes les choses et tous les faits répondant à ses conditions de mise en œuvre. Concernant tous ceux qui se retrouvent dans la situation abstraitement visée, elle ne doit pas tenir compte de considérations subjectives ni de circonstances par trop précises et concrètes ; elle ne doit pas désigner une situation unique, par exemple en nommant un ou plusieurs destinataire(s). La spécificité du droit est de concerner potentiellement un nombre indéterminé de personnes, de choses et/ou de faits non identifiés *ab initio*³⁹¹ .

³⁸⁹ En d'autres termes, si la valeur obligatoire correspond au plus haut degré de la valeur normative, laquelle peut également se traduire en une valeur recommandatoire, déclaratoire, voire simplement inspiratoire, l'obligatorité est en revanche indissociable de la juridicité. Une norme peut être obligatoire ou non et les normes juridiques sont les normes obligatoires.

³⁹⁰ Étant encore une fois précisé que, dans l'exposé de chaque critère de juridicité, est reproduit le discours des tenants de ce critère, quelles que soient les éventuelles critiques ou objections qui peuvent être soulevées par ceux qui ne le soutiennent pas.

³⁹¹ Il se peut que la situation envisagée par la règle de droit ne se produise jamais dans les faits, qu'elle se produise à une seule occasion ou qu'elle se produise seulement à quelques occasions. Ce qui compte est que cette situation conduisant à mobiliser la règle puisse virtuellement advenir un nombre incertain de fois.

Outre son impersonnalité et son abstraction, la règle juridique doit être permanente, *i.e.* continue, stable, s'appliquant sans interruption dès son entrée en vigueur et jusqu'à son retrait de l'ordre normatif. Elle ne s'épuise pas avec son application — ni avec sa non-application — et dispose pour le présent et pour l'avenir. Les normes instantanées, spontanées et momentanées, qui ne trouvent à s'appliquer que dans une situation unique visée *a priori*, sont donc exclues de l'empire du droit. C'est pourquoi les énoncés portant les normes juridiques sont normalement rédigés au présent — un présent intemporel —, posant de la sorte des vérités normatives pérennes. Et la généralité est encore une généralité territoriale : la norme doit s'appliquer indistinctement sur l'ensemble du territoire couvert par l'ordre normatif.

La généralité est un gage d'impartialité, de neutralité, de non-arbitraire et d'égalité, ce qui conduit sur les traces de la dernière des qualités nomo-juridiques, à savoir le besoin que la règle satisfasse à l'exigence de sécurité juridique.

d) Une norme sécurisante

11. Une norme est juridique si elle est précise, claire, intelligible et accessible

Une norme peut être dite « sécurisante » dès lors qu'elle offre à ses destinataires directs et indirects — les destinataires indirects étant les organes d'application du droit — toutes les garanties de sécurité juridique qui sont la marque des règles de droit. Ce sous-critère est lié à la pensée des fins du droit puisqu'il découle de l'idée, largement partagée, selon laquelle l'objet des règles de droit serait de créer de l'ordre et de la sécurité au sein du groupe social, le coupant ainsi d'un état de nature désordonné et insécuritaire. C'est principalement la sécurité juridique qui doit susciter la confiance dans l'ordre normatif et l'acceptation de l'ordre normatif par les membres du corps social.

Un individu est en présence d'une norme qui lui offre une sécurité juridique suffisante lorsqu'il peut orienter ses comportements de manière éclairée, c'est-à-dire en étant capable d'apprécier leurs conséquences juridiques, leur caractère légal ou illégal (au sens large). L'impersonnalité et la permanence sont nécessaires à la sécurité juridique. Mais la norme doit également présenter d'autres caractéristiques « sécurisantes », notamment faire preuve d'une précision minimale empêchant qu'elle se trouve livrée à la libre interprétation de ses destinataires. Cette précision suppose que le vocabulaire utilisé afin d'exprimer la norme soit suffisamment technique pour permettre d'identifier sans hésitation et sans incertitude

son objet et sa portée. Néanmoins, la précision, lorsqu'elle confine à la technicité et au langage d'initiés, est à concilier avec d'autres considérations qui entrent en partie en contradiction avec elle, si bien que la sécurité juridique doit être envisagée tel un savant équilibre entre ces différentes exigences partiellement antinomiques³⁹².

En effet, pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique, la norme doit encore être intelligible, donc claire, compréhensible de la plupart de ses destinataires, dénuée de toute ambiguïté. Son auteur doit s'être efforcé à recourir à des notions stables et permanentes, certaines, largement comprises et acceptées, donc non polysémiques, non équivoques, non indéfinies, ainsi qu'à des énoncés lisibles, ne laissant guère de place au doute. En somme, les destinataires des normes devraient tous tirer des énoncés qui les portent les mêmes signifiés en termes de modèles de conduite. Cela implique que l'appareil conceptuel, la terminologie et le discours du droit soient relativement rigides et systématiques, sans quoi il ne saurait y avoir d'uniformité et de stabilité.

Avec la clarté, l'intelligibilité, l'accessibilité et la sécurité juridique dans son ensemble, les normes juridiques sont censées organiser convenablement la vie en société, en particulier parce qu'elles permettent à chacun d'établir des prévisions raisonnables quant à ce qui est licite et illicite, quant à ce qui est permis, obligatoire et interdit dans une situation donnée, ainsi que quant à ce que pourraient décider les organes d'application du droit en cas de conflit. La prévisibilité, qui n'a de sens que grâce à la sécurité juridique, apparaît ainsi à la fois tel un objectif premier et telle une qualité première du droit. Si, à l'inverse, les concepts et termes employés étaient incertains, abscons ou variables, la règle ne jouerait plus son rôle préventif et régulateur. Ses destinataires directs et indirects disposeraient alors d'une marge d'appréciation incompatible avec le besoin de sécurité juridique, donc de prévisibilité.

Enfin, la sécurité juridique, parce qu'elle doit aussi se comprendre en tant que praticabilité juridique, mobilise divers autres principes plus techniques que les règles de droit ne sauraient bafouer. Sont concernées, en particulier, la généralité et ses différentes facettes (précédemment décrites), la non-rétroactivité — afin de protéger les droits acquis —, la publication et la publicité qui assurent une autre forme d'accessibilité, ainsi que l'organisation de contrôles de validité (formelle et, surtout, matérielle) garantissant l'absence de contradictions entre les normes — sans quoi il y aurait des situations dans lesquelles il serait impossible de ne pas agir illégalement.

³⁹² Concrètement, le niveau où placer le curseur, entre langage commun et langage savant, dépend de l'identité des destinataires des normes : plus sont en cause les spécialistes d'un secteur particulier et plus la complexité est acceptable, si ce n'est indispensable.

Après les qualités nomo-juridiques, le critère de juridicité suivant est la sanction juridique. Avec ce quatrième critère, la définition du droit se rapproche de la réalité pratique et concrète des phénomènes juridiques, spécialement car l'effectivité de la sanction importe autant que son existence dans les textes.

Chapitre 4. La sanction juridique

12. Une norme est juridique si son non-respect est l'objet d'une sanction

La sanction, telle que la comprennent les tenants du présent critère de juridicité — c'est-à-dire dans son sens le plus courant puisqu'elle constitue en quelque sorte le critère « profane » de reconnaissance du droit —, consiste en une réaction d'un organe d'application suite au respect ou non-respect de la norme par ses destinataires³⁹³. Une sanction est ainsi une conséquence induite par un comportement effectif comparé à un modèle de comportement. Il ne s'agit pas d'une caractéristique interne à la norme juridique mais d'un élément extérieur qui permet néanmoins de la reconnaître : toute norme juridique est attachée à une sanction potentielle.

La sanction a pour fonction principale de punir celui qui enfreint la règle, ainsi que de réparer le préjudice causé à autrui. De plus, son existence aux côtés de la norme a pour fin d'assurer, de manière préventive et dissuasive, le respect de l'obligation, interdiction ou permission en raison de la menace de subir une mesure coercitive qu'elle fait peser. C'est là le rôle prophylactique de la sanction ; elle guide les individus par la crainte qu'elle leur inspire. La sanction a donc trois fonctions principales : la fonction répressive, la fonction réparatrice ou restitutive et la fonction préventive, dissuasive ou pédagogique.

La caractéristique essentielle de la sanction est la contrainte : elle s'impose à son adressataire, psychologiquement et/ou physiquement, sans qu'il puisse l'accepter ou la rejeter, ni moduler ses effets et ses dimensions. Une sanction est normalement douée d'une puissance impérative et coercitive. Par suite, si toute sanction est contraignante, toute sanction n'est pas juridique. Sanction et contrainte sont des données sociologiques et seulement dans certaines circonstances des données juridiques. Bien des ordres normatifs

³⁹³ Il existe des sanctions négatives mais aussi des sanctions positives, dites parfois « restitutives » ; car une sanction est ici tout effet avantageux ou désavantageux engendré par le respect ou le non-respect d'un devoir-être. Si les sanctions négatives focalisent l'attention, il ne faut pas omettre la possibilité de sanctions positives qui sont des formes de récompense de quiconque respecte la norme. Les sanctions encouragent les actes licites autant qu'elles découragent les actes illicites, les deux aspects étant interdépendants. Si la sanction, *de facto*, consiste généralement en un désagrément, tel n'est pas le cas systématiquement. Elle peut aussi prendre la forme d'une récompense. Elle ne doit donc pas être réduite à la peine et au caractère afflictif.

non juridiques mettent en œuvre le principe de rétribution et disposent de systèmes sanctionneurs. Aussi faut-il définir la sanction juridique bien plus que la simple sanction. La plupart de ceux qui associent le droit à la sanction n'associent pas le droit à toute sanction mais seulement à des sanctions répondant à certaines conditions particulières.

13. Une norme est juridique si son non-respect est l'objet d'une sanction organisée dans son ordre juridique

C'est la présence de sanctions aux côtés des normes mais encore et surtout la nature et le genre de ces sanctions qui caractérisent le droit. Tout d'abord, une sanction juridique se spécifie, parmi l'ensemble des sanctions sociales, par son contenu : elle doit pouvoir aller jusqu'à la contrainte physique, jusqu'à la suspension de la liberté et jusqu'au retrait de la vie. Les sanctions juridiques sont soit physiques (emprisonnement, peine de mort), soit économiques (amende, paiement de dommages et intérêts, saisie du patrimoine), soit civiques, politiques ou juridiques (suspension ou déchéance de certains droits subjectifs, mais aussi nullité ou irrecevabilité), soit psychologiques (publication de la condamnation). De plus, la sanction juridique consiste souvent en une exécution forcée de la norme à laquelle elle se rapporte, spécialement lorsqu'est en cause une obligation de faire. Mais l'attention portée à la substance de la sanction ne saurait suffire à la reconnaître comme juridique³⁹⁴.

Il importe surtout que la sanction soit juridique au sens d'organisée dans un ordre juridique. Une sanction juridique est une norme d'un ordre juridique, donc valide au sein de celui-ci. Elle consiste en une norme secondaire ou de complément prescrivant à un organe d'application d'imposer une conséquence désagréable à qui bafoue — éventuellement une conséquence agréable à qui respecte — une norme primaire à laquelle elle se rattache par un lien de validité, c'est-à-dire une norme de conduite du même ordre juridique. La sanction n'est pas inhérente à la règle de droit, à l'inverse de son caractère obligatoire ; c'est l'ordre juridique qui l'y attache³⁹⁵.

La sanction juridique est formalisée, explicite et objective. C'est une sanction reconnue comme telle dans l'ordre juridique et, plus généralement, dans le corps social, une sanction globalement légitime du point de vue des destinataires de la norme. Autrement

³⁹⁴ Notamment, il n'est pas lieu de distinguer selon qu'est en cause une sanction de type pénal ou une sanction de type civil.

³⁹⁵ Cela reporte le problème de la juridicité de la norme sur celui de la juridicité de l'ordre normatif (*i.e.* le septième critère ci-après : « le développement juridique de l'ordre normatif »). Une norme est juridique si elle est liée par un lien de validité à une sanction elle-même valide au sein d'un ordre juridique. Et la norme comme la sanction sont juridiques à mesure du développement juridique de leur ordre normatif.

dit, la sanction juridique repose sur une contrainte institutionnalisée. Dès lors, que la sanction émane d'un organe spécialement habilité dans l'ordre normatif, différencié du corps social et placé en position de tiers indépendant, impartial et désintéressé par rapport au conflit, au terme d'une procédure transparente et rigoureuse, est un indice du fait que cet ordre normatif est un ordre juridique et, par suite, du fait que cette sanction est une sanction juridique — la sanction sociale non juridique est davantage diffuse et spontanée, inorganisée et prononcée par des individus ayant quelques intérêts dans la situation en cause. L'idée de sanction juridique est alors proche de celle de sanction judiciaire. La sanction doit être externe dans le sens d'extérieure aux individus intéressés. Quand la sanction générique se matérialise par la contrainte et par la force, la sanction juridique s'appuie sur une contrainte et sur une force organisées et objectivement légitimes³⁹⁶.

En outre, justement parce qu'elle relève d'un ordre juridique qui prévoit son existence, la sanction juridique est une norme secondaire ou de complément qui satisfait à l'exigence de sécurité juridique. En effet, les acteurs et destinataires du droit sont en mesure d'anticiper la possibilité d'une sanction, celle-ci étant prédéterminée, conditionnée et constante, donc quasi-certaine et quasi-systématique.

Ensuite, la sanction juridique étant définie et distinguée de la simple sanction sociale, le critère ici en cause se divise en deux sous-critères qui comptent à parts égales dans la détermination de la juridicité des normes : la possibilité de la sanction (a) et l'effectivité de la sanction (b). La sanction juridique comporte donc deux facettes : une réalité normative et un résultat factuel. Et cet enchaînement de la sanction-norme à la sanction-fait traduit l'évolution de la juridicité abstraite vers la juridicité concrète empreignant le présent exposé des sources de la force juridique.

a) La possibilité de la sanction

14. Une norme est juridique si son non-respect est sanctionnable

Le critère de la sanctionnabilité est le critère de juridicité le plus intuitif, qui se retrouve le plus fréquemment dans la pensée populaire : d'aucuns « profanes », non-juristes, voient du droit là où il y a possiblement intervention d'une force contraignante psychologique et physique, soit des gendarmes, des policiers, des tribunaux, des magistrats, donc une

³⁹⁶ Certaines sanctions juridiques, telles les nullités d'actes ou les déchéances de droits, ne requièrent par nature aucun appareil matériel doté de moyens de contrainte irrésistibles.

condamnation potentielle en cas de non-respect de la règle. La possibilité d'une sanction juridique, d'une contrainte organisée et légitime, est souvent conçue tel l'élément décisif de distinction des modes de régulation juridique par rapport aux autres modes de régulation sociale. Sans sanctions, beaucoup de projets normatifs risquent de rester inopérants, loin de la finalité instrumentale et des réalisations concrètes attendues du droit. Or de nombreux systèmes normatifs comportent des règles de conduite non assorties de sanctions éventuelles.

La sanctionnabilité organisée, institutionnalisée, est indissociable de la norme juridique. L'absence de sanction implique qu'il puisse s'agir uniquement d'avis, de proposition, de conseil ou de recommandation — quel que soit le caractère de commandement de l'énoncé. Une règle de droit se définit par la possibilité d'être violée et par le fait que ce viol ne saurait demeurer impuni. Différents moyens doivent permettre de la faire respecter, ce à quoi sert la sanction lorsqu'elle joue son rôle répressif et lorsqu'elle joue son rôle préventif. L'obligatorité réelle — non l'obligatorité textuelle et sémantique qui intéresse les qualités nomo-juridiques — dépend très étroitement du fait qu'une sanction et une contrainte potentielles soient attachées à la norme.

La possibilité de la sanction en cas d'infraction à la règle ne doit pas être confondue avec l'effectivité de la sanction. La possibilité de la sanction implique de s'inscrire dans une perspective normativiste, de s'attacher à la validité, à des rapports d'imputation, et de jauger la force juridique à l'aune de l'existence, dans l'ordre juridique de la norme étudiée, d'une norme de sanction. Seule compte alors l'observation selon laquelle, en vertu d'une norme secondaire, de procédure ou de complément, une sanction doit être prononcée en cas de non-respect de la norme. Que, dans les faits et quelle qu'en soit la raison, la sanction pourtant prévue ne soit jamais, rarement ou qu'irrégulièrement mise en œuvre n'atteint pas la juridicité comprise comme sanctionnabilité. En revanche, cela diminue la juridicité du point de vue de l'effectivité de la sanction³⁹⁷. Si la sanction permet au droit d'entrer dans le réel, d'entrer dans le factuel, ce n'est qu'à travers le sous-critère de son effectivité. La norme de sanction ne doit pas seulement exister ; elle doit aussi être appliquée.

³⁹⁷ Par conséquent, une norme attachée à une sanction juridique possible mais non effective revêt, sous l'angle de la sanction juridique — réunion des sous-critères de la possibilité et de l'effectivité de la sanction —, une juridicité moyenne.

b) L'effectivité de la sanction

15. Une norme est juridique si son non-respect est sanctionné

Si les règles de comportement sont observées par leurs destinataires, tel est parfois la conséquence du sentiment du bien-fondé de celles-ci, mais tel est aussi souvent la conséquence du rôle prophylactique de la sanction, la conséquence de la crainte de voir son acte puni par l'autorité habilitée. La force intrinsèque de la norme de fond est rarement l'égale de sa force extrinsèque qui dépend en premier lieu du risque d'être sanctionné. Or une norme de conduite dont la violation ne serait jamais sanctionnée, malgré l'existence dans son ordre normatif d'une norme de sanction, ne bénéficierait pas de cet effet dissuasif et pédagogique. La sanction juridique rend la règle obligatoire d'un point de vue externe et objectif ; mais, sans application effective de la sanction à tous les contrevenants ou, du moins, à une grande partie des contrevenants, cette règle devient *de facto* non obligatoire, non juridique.

Parmi les juristes et, plus encore, au sein de la pensée commune, l'effectivité de la sanction est ainsi ressentie telle une véritable condition de la force juridique. Il n'y aurait guère de différence entre une norme de conduite non assortie d'une norme de sanction et une norme de conduite assortie d'une norme de sanction non appliquée dans les faits. Seule la sanction prononcée et exécutée permettrait de reconnaître le droit. Par suite, le respect d'une norme de comportement doit s'entendre comme respect par ses destinataires directs mais aussi comme respect par ses destinataires indirects, c'est-à-dire par les organes censés sanctionner quiconque l'enfreindrait³⁹⁸.

Les délits ne déjuridicisent pas les normes. À l'inverse, ils affirment leur juridicité, mais à condition qu'ils soient effectivement sanctionnés. Ensuite, pour être effective, la sanction doit, d'une part, être prononcée systématiquement lorsque la norme de conduite en cause n'est pas respectée et, d'autre part, être réellement exécutée, exerçant la contrainte prévue

³⁹⁸ C'est donc à la sanction comme résultat qu'il faut s'intéresser dans le cadre de ce second sous-critère. L'effectivité statistique de la norme de sanction doit être étudiée, c'est-à-dire le rapport entre le nombre d'infractions et le nombre de sanctions effectivement prononcées et exécutées. Par conséquent, une norme de sanction accompagnant une norme de conduite qui n'est à aucune occasion bafouée doit être analysée comme entièrement juridique à l'aune du sous-critère de l'effectivité de la sanction : elle remplit parfaitement son office puisqu'elle se révèle dissuasive et pédagogique, même si son accomplissement est psychologique et donc invisible.

sur le contrevenant. L'application de la norme de sanction par un juge est sans effet si la décision de condamnation qui en résulte n'est pas mise en œuvre concrètement³⁹⁹.

Après le critère de la sanction juridique vient celui de l'application juridique. Alors que l'un se divise en un sous-critère d'ordre normatif (la sanction possible) et un sous-critère d'ordre factuel (la sanction effective), l'autre fait entrer de plain-pied la juridicité dans le domaine des faits. L'application des normes ne s'entend pas telle une application possible ; elle est généralement conçue telle une application effective. La progression de cet exposé des sources de la force juridique va donc bien des plus spéculatives aux plus concrètes. Au-delà, sanction et application juridiques semblent intimement liées dès lors que, pour qu'un organe sanctionne le non-respect d'une norme de conduite, encore faut-il qu'il la reconnaisse et consente à l'appliquer.

³⁹⁹ Et, puisqu'il est rare que toutes les violations de la règle soient sanctionnées sans exception, le sous-critère de l'effectivité de la sanction juridique est rempli à hauteur du taux de sanction effective.

Chapitre 5. L'application juridique

16. Une norme est juridique si des organes exécutifs, notamment juridictionnels, la mobilisent

Sous l'angle de l'application juridique, la juridicité est conférée à une norme, quels que soient son origine formelle et son contenu matériel, par le fait que les organes exécutifs d'un ordre juridique l'appliquent, donc la mobilisent et en tirent les conséquences juridiques à l'égard de faits donnés⁴⁰⁰. Le droit se définit alors tel un système de règles de conduite et de règles de procédure effectivement appliquées. Qu'une norme soit appliquée signifie que ses destinataires secondaires ou indirects⁴⁰¹ la mettent concrètement en œuvre à chaque fois que les conditions requises pour qu'elle le soit sont réunies⁴⁰². L'application juridique est donc une pure question d'effectivité, de factualité⁴⁰³. Elle est intime d'une approche pragmatiste du droit.

⁴⁰⁰ Les autorités exécutives, chargées de la *fonction d'application des normes* par opposition aux autorités chargées de la fonction de création des normes, sont *les juges*, principalement, et *les administrateurs*, secondairement. Un juge est un tiers impartial et désintéressé, organe attaché à un ordre juridique donné, chargé de trancher les conflits et de réprimer les infractions en recourant aux normes *applicables*. Un administrateur est un autre organe dépendant d'un ordre juridique donné qui, pour sa part, précise et met en pratique les normes *applicables* dans des situations concrètes, loin de tout conflit et de toute infraction. Il ne faut pas réduire *a priori* les autorités exécutives aux juges et administrateurs étatiques : l'idée que des ordres normatifs non étatiques puissent consister en des ordres juridiques jouit d'une force doctrinale suffisamment élevée pour qu'il ne faille pas considérer que seuls les ordres étatiques pourraient comporter des organes exécutifs. Le niveau de satisfaction au critère de l'application juridique est dès lors proportionnel au niveau de développement juridique de l'ordre normatif — critère transversal présenté au sein du septième chapitre ci-après. Cependant, la présence de juges et d'administrateurs contribue au fort développement juridique d'un ordre normatif.

⁴⁰¹ Les destinataires secondaires ou indirects (les organes exécutifs) sont les autres sujets du droit aux côtés des destinataires primaires ou directs que sont, pour les normes de conduite, les personnes physiques et morales et, concernant les normes de procédure, les institutions dérivant de l'ordre juridique.

⁴⁰² Pour savoir si le présent critère est rempli, il convient de rechercher si et dans quelle mesure les organes d'application mobilisent ou refusent de mobiliser la norme étudiée, ce qui est un travail délicat et partiellement subjectif puisqu'il implique que le chercheur sépare les cas dans lesquels la norme devait être appliquée et ne l'a pas été des cas où elle ne devait pas être appliquée et ne l'a pas été. Ensuite, la condition de l'application juridique est pleinement remplie si la norme a été appliquée chaque fois qu'elle le devait, moyennement remplie si elle ne l'a été qu'environ une fois sur deux, nullement remplie si elle ne l'a jamais été etc. Pour qu'une règle soit juridique, il est nécessaire de constater une pratique concordante dans son application, en particulier de la part des organes suprêmes. Une mise en œuvre isolée, non répétée et non partagée, doit être assimilée à une absence d'application juridique.

⁴⁰³ Puisque seule importe ici l'application effective par les organes exécutifs d'un ordre juridique, un modèle de conduite qui n'aurait jamais été appliqué se positionnerait nécessairement du côté du non-droit — peu important que cette situation provienne du fait qu'il ait toujours été rigoureusement respecté par ses destinataires directs. Avec le critère de l'application juridique, l'important n'est donc pas la potentialité (sanctionnable, opposable, contestable, mobilisable, invocable) mais l'effectivité (sanctionné, opposé, contesté, mobilisé, invoqué).

Avec ce critère, dire qu'une certaine norme constitue du droit valide signifie qu'elle est effectivement utilisée comme tel, qu'elle est de fait appliquée, car les autorités exécutives sont les représentantes de l'ordre juridique et s'expriment en son nom. Une norme n'est jamais juridique avant d'avoir reçu l'onction de ces autorités exécutives. Celles-ci, dès lors, apparaissent davantage comme des autorités de consécration — si ce n'est de création — du droit. En conséquence, les décisions, sentences et dispositifs des jugements et des actes administratifs seraient les véritables sources formelles des règles de droit.

Seuls les organes d'application du droit disposent de la capacité de dispenser, contrôler, réguler et moduler la force juridique. Par exemple, une norme issue d'une loi, parfaitement valide formellement et matériellement dans un ordre juridique, assortie d'une norme de sanction et réalisant l'idéal de justice, mais que les instances exécutives refuseraient d'appliquer, ne serait guère juridique. Les normes non encore mises en œuvre concrètement constituent de l'infra-, de l'ante- ou du sous-droit, du droit potentiel, plus ou moins en puissance, qui attend d'être mobilisé par les autorités exécutives pour devenir du droit en bonne et due forme. Et jamais les normes n'intègrent du jour au lendemain le monde du droit ; leur juridicité se consolide à mesure que des institutions officielles les appliquent. À l'inverse, la non-application de plus en plus récurrente d'une norme est une dégradation progressive de sa force juridique.

Si l'origine formelle de la norme appliquée est indifférente, l'œuvre interprétatrice de l'organe d'application doit être distinguée de son œuvre créatrice : dans un cas, c'est la norme d'origine qui est appliquée ; dans l'autre cas, c'est une nouvelle norme qui l'est, soit une norme dont la source est l'organe d'application lui-même. On peut ainsi se trouver en présence de deux normes proches mais dont une seule est juridique : celle qui est effectivement appliquée⁴⁰⁴.

17. La norme initiale est juridique uniquement si son application n'est pas créatrice

Il importe de séparer les applications-interprétations et les applications-crétions — dans le premier cas, une norme préexistante est juridicisée ; dans le second cas, une nouvelle norme est créée, accédant directement à la juridicité. Toute application normative est nécessairement précédée d'une interprétation normative, si ce n'est d'une création normative, car, pour appliquer une norme, encore faut-il la connaître, donc connaître son

⁴⁰⁴ Cela signifie qu'une norme créée en même temps qu'appliquée par les organes exécutifs est pleinement juridique malgré son absence de validité dans l'ordre juridique.

sens et sa portée, comprendre l'énoncé qui la supporte. Avec l'application-interprétation, application non créatrice, la norme première est bel-et-bien appliquée ; avec l'application-crédation, la norme d'origine n'est pas appliquée, donc pas juridicisée, et c'est une nouvelle norme, une norme dérivée, qui est appliquée en même temps que créée.

Peut-être l'élément permettant de séparer l'application simplement interprétative de l'application créatrice consiste-t-il à rechercher si la norme initiale et la norme effectivement appliquée correspondent à la même obligation, interdiction ou possibilité, au même modèle de conduite. Si tel est le cas, cela signifie que la norme d'origine a été appliquée, que n'est en cause qu'une seule et unique norme. Si, en revanche, l'obligation, interdiction ou possibilité diffère entre la norme supposément applicable et la norme concrètement appliquée, alors l'organe exécutif a conféré la force juridique à une nouvelle norme — et la norme initiale doit s'analyser telle une simple source d'inspiration⁴⁰⁵.

Après l'application juridique, le critère de juridicité suivant est l'effectivité. L'un et l'autre témoignent de la progression du pragmatisme dans la pensée juridique. Ils traduisent la mutation progressive mais certaine des centres d'intérêt des chercheurs en droit, lesquels se focalisent de moins en moins sur le monde « purement » normatif et s'attachent de plus en plus à la pratique du droit, à sa factualité, à ses effets, à son utilité et à ses conséquences. L'effectivité semble être ainsi devenue un critère de juridicité à part entière, notamment grâce au développement des approches sociologiques du droit.

⁴⁰⁵ Par suite, encore faut-il savoir déterminer si la norme originaire et la norme appliquée sont identiques ou différentes, ce qui n'est pas aisé tant cela suppose d'« interpréter l'interprétation ». Si les autorités exécutives soutiennent généralement que ce sont bien des normes antérieures et préexistantes qu'elles mobilisent et mettent en œuvre, il revient au scientifique de mener objectivement son enquête afin de conclure à l'équivalence ou non-équivalence entre norme préexistante et norme appliquée. Le chercheur procédant à l'évaluation de la juridicité d'une norme *n* doit comprendre le sens et la portée de l'énoncé initial afin de les comparer au sens et à la portée de la norme effectivement appliquée. Ainsi s'adonne-t-il à son tour à l'interprétation de l'énoncé normatif d'origine, mais aussi à l'interprétation de l'énoncé normatif issu de l'application. Il peut alors en conclure que ce dernier est bien la norme *n* ou alors une norme *n'*. Reste qu'un même énoncé est toujours susceptible de servir de support à plusieurs normes et que, entre deux observateurs différents, la compréhension de la norme que l'organe exécutif aurait dû appliquer peut varier. En somme, toute interprétation d'un énoncé est subjective, y compris celle opérée par le scientifique. Toutefois, cela ne saurait poser problème que dans les cas complexes, dont il faut espérer qu'ils soient beaucoup moins nombreux que les cas simples — lorsque le sens et la portée de la norme ne sont guère discutables ni discutés.

Chapitre 6. L'effectivité

18. Une norme est juridique si elle est respectée par ses destinataires

L'effectivité occupe une place à part parmi les six critères de juridicité, cela à plusieurs titres. Tout d'abord, en interrogeant la possibilité d'un changement de régime de la rationalité juridique dont elle serait l'une des expressions, elle suggère un nouveau mode de connaissance du droit. Là où les cinq autres critères sont la valeur, la validité, les qualités, la sanction et l'application « juridiques », l'effectivité, elle, n'est pas affublée de l'adjectif « juridique ». En effet, cette effectivité est une donnée empirique d'ordre sociologique, anthropologique et psychologique, si bien que les auteurs contribuant à son affirmation en tant que critère de juridicité ne la séparent guère de quelconques « effectivités non juridiques »⁴⁰⁶.

Ensuite, l'effectivité est le sixième et dernier critère de juridicité exposé car il est le plus matériel et concret de tous. Ici, le droit est fondé sur le fait ; le devoir-être repose sur l'être. Ce qui importe est que le comportement qui doit-être soit. La juridicité de la norme ne lui est alors plus conférée par elle-même, par sa logique, son contenu, sa structure ou son environnement normatif, mais par sa réalisation sociale. Ainsi sont-ce les destinataires des normes et non leurs sources qui décident de leur juridicité, à travers leur réception. La reconnaissance de la juridicité de la règle est une reconnaissance *a posteriori* — là où, notamment avec la validité, la force juridique est conférée *a priori*. Aussi l'aspect le plus révolutionnaire de l'effectivité réside-t-il peut-être dans le fait que le pouvoir de juridiciser une norme soit octroyé à ses destinataires. Ceux-ci sont alors la source paradoxale du droit — les forces créatrices du droit se confondant avec ses forces réceptrices. Il n'est pas de force juridique conférée par l'émetteur de la norme, uniquement une force juridique perçue par ses récepteurs. Longtemps oublié par la théorie du droit, le sujet-récepteur est désormais mis au premier plan.

⁴⁰⁶ Notamment, le développement juridique de l'ordre normatif n'est pas pris en compte : le sociologue ou anthropologue du droit préférera étudier des normes produisant d'importants effets de régulation bien qu'elles relèvent d'un ordre normatif relativement sommaire qu'étudier des normes valides dans un ordre étatique mais largement ignorées par leurs destinataires.

L'effectivité dépend du respect de la règle par ses destinataires. Il s'agit de la capacité réelle à orienter les comportements (normes de conduite) ou le fonctionnement des institutions (normes de procédure). Elle se constate simplement à travers les effets que la norme étudiée produit — ou ne produit pas. Est effective la norme utilisée *de facto* par ses destinataires comme modèle de conduite. Il convient donc d'évaluer le degré de correspondance des faits aux normes afin de connaître la juridicité de ces dernières⁴⁰⁷. Dans l'attente de l'effectivité, la juridicité des normes n'est que latente, présumée ou potentielle ; avec l'effectivité, elle devient réelle, avérée ou confirmée. La force juridique des normes dépend donc de leurs résultats sociaux, de leur capacité à régler la mécanique sociale ou une partie de cette mécanique. Une obligation de résultat leur est ainsi assignée.

Au XXI^e s., à mesure que le juspragmatisme postmoderne gagne du terrain au détriment du juspositivisme moderne, on considère de plus en plus fréquemment que les normes juridiques seraient les normes qui produisent les plus forts effets de régulation, *i.e.* les normes « qui marchent ». L'effectivité devenant le critère de la juridicité, se développe le panjuridisme — avec lequel toute norme, quelles que soient son origine et ses qualités intrinsèques, peut être juridique si ses destinataires l'acceptent. La raison d'être du droit est sa faculté d'orienter les conduites individuelles et sociales, de telle sorte qu'une norme valide, générale et impersonnelle, associée à une sanction, mais qui, dans les faits, ne parviendrait guère à orienter les conduites individuelles et sociales ne serait guère juridique. En conséquence, les comportements personnels et collectifs et les réactions au droit deviennent l'objet d'étude privilégié des chercheurs en droit, lesquels se rapprochent de la sociologie — d'ailleurs, les chercheurs en cause ne sont souvent pas juristes de formation mais sociologues, anthropologues, politistes ou encore philosophes.

Le droit apparaît tel un fait psychosociologique. Ce sont par conséquent des croyances collectives et une confiance collective qui le façonnent. Si une norme existe réellement, c'est en tant que conviction qu'il existe une norme, donc une obligation de se comporter d'une certaine manière. Une norme ou même un ordre normatif repose sur l'« *opinio juris sive necessitatis* », soit le sentiment d'être juridiquement lié par la norme ou par l'ensemble de normes. C'est le public et non les acteurs placés sur la scène du droit qui

⁴⁰⁷ La juridicité-effectivité dépendant de la conformité des comportements des destinataires de la norme par rapport au modèle qu'elle vise à instituer, il faut se concentrer sur sa réception. La correspondance entre conduites réelles et conduites attendues est rarement totale ou nulle et le critère de l'effectivité est rempli à proportion du taux de respect de la norme par ses destinataires. Cela oblige l'observateur à mener une enquête sociologique et statistique afin d'estimer le plus exactement possible quel est ce taux, quel est le degré d'application ou d'utilisation de la règle, quel est son niveau d'assimilation ou d'acceptation par le corps social ou par les institutions. Il faut *mesurer l'écart entre la norme et la pratique* : plus il est grand, moins la norme est juridique ; plus il est fin, plus la norme est juridique.

décident de son succès. En somme, une norme n'est juridique que parce qu'on la croit juridique. Il n'y a pas d'obligation, seulement un sentiment d'obligation. Le droit n'est qu'une opinion publique, une croyance populaire. Et il importe peu de savoir si l'acceptation de la juridicité de la règle est inspirée par l'autorité de l'organe qui l'a édictée, par le risque d'une sanction en cas de violation ou par le sentiment de sa légitimité axiologique ; il importe peu de savoir si cette règle s'impose grâce à une pression sociale, psychologique, économique, religieuse, idéologique ou politique.

Par ailleurs, le niveau d'effectivité d'une norme donnée est susceptible d'évoluer sensiblement dans le temps, entraînant une évolution correspondante de sa force juridique⁴⁰⁸. La juridicité d'une norme, par essence provisoire et fragile, doit être sans cesse reconfirmée. Le droit, compris à travers le prisme de l'effectivité, nécessite une adhésion permanente et réitérée. Et le critère de l'effectivité implique qu'une norme ne saurait être juridique *ab initio* ; elle le devient avec l'expérience, avec la pratique, à mesure qu'elle est diffusée, que ses destinataires en prennent connaissance et qu'ils ajustent leurs comportements afin de s'y conformer. Au début, il n'y a toujours que des propositions de droit, lesquelles vont être soit acceptées soit rejetées.

Se concentrer sur l'effectivité revient à expliquer le droit, loin de toute unilatéralité et de toute verticalité, par la réciprocité et par la réception des normes. Par suite, le respect du devoir-être ou devoir-faire doit être psychologique avant de pouvoir être comportemental, si bien que le critère de l'effectivité se divise en deux sous-critères : l'effectivité matérielle (a) et l'effectivité symbolique (b).

a) L'effectivité matérielle

19. Une norme est juridique si elle est comportementalement respectée par ses destinataires

L'effectivité matérielle correspond à l'élément sociologique de l'effectivité comprise comme phénomène psychosociologique. Sous l'angle du respect comportemental de la règle par ses destinataires, seules importent les attitudes de mise en conformité ou de non

⁴⁰⁸ Beaucoup de normes à la force juridique intense migrent peu à peu vers la désuétude ; d'autres, au contraire, voient leur juridicité grandir au fur et à mesure — la règle coutumière est l'exemple-type.

mise en conformité des conduites par des actes réels et tangibles — il est indifférent que lesdits destinataires jugent la règle légitime ou non⁴⁰⁹.

L'effectivité matérielle ou comportementale se définit en tant que degré de réalisation des normes dans les pratiques sociales et institutionnelles, en tant que capacité de ces normes de diriger concrètement les conduites de leurs destinataires, de servir de modèles ou de guides. Mesurer l'effectivité matérielle d'une norme revient à mesurer son impact ou influence dans la pratique. Il s'agit d'une forme de validité spontanée des règles de droit reposant entièrement sur les comportements individuels et sociaux, sur le taux d'utilisation des règles. La force juridique se réduit, dès lors, à des régularités comportementales extérieures. Elle dépend de l'usage fait des normes par leurs destinataires. Pour pouvoir conclure à la juridicité, il faut donc observer une habitude générale d'obéissance⁴¹⁰.

L'étude de l'effectivité matérielle suppose d'adopter une conception sociologique du droit selon laquelle la seule donnée importante serait de savoir ce qu'il advient des normes en faits. Il faut distinguer cette effectivité matérielle ou comportementale de l'effectivité symbolique ou psychologique, laquelle constitue l'autre dimension de l'effectivité des normes — une dimension plus délicate à examiner⁴¹¹.

b) L'effectivité symbolique

20. Une norme est juridique si elle est psychologiquement respectée par ses destinataires

Puisque le droit est un phénomène psychologique, reposant sur les consciences juridiques, sur les sentiments juridiques, sur les croyances juridiques et sur les idéologies juridiques — en un mot : sur les subjectivités juridiques —, la notion d'effectivité ne saurait se limiter à une acception instrumentale, se manifestant seulement extérieurement et comportementalement dans les conduites individuelles et sociales. Dans son pan symbolique, l'effectivité se rapporte à l'acceptation morale de la norme, à la sensation de légitimité éprouvée à son égard, à son aptitude à marquer les sentiments de ses

⁴⁰⁹ Si tous les individus ou organes destinataires de la norme ajustent leurs comportements afin de ne pas la transgresser, le sous-critère est rempli ; il ne l'est qu'à moitié si environ un sur deux le fait etc.

⁴¹⁰ Si les normes parfaitement effectives, entièrement respectées par tous leurs destinataires, sont rares, cela signifie, sous l'angle du critère de l'effectivité, que les normes absolument juridiques sont rares. Il n'appartient pas à la vocation du droit d'être partiellement dépourvu d'effectivité, bien qu'un minimum d'ineffectivité puisse sembler tout à fait banal.

⁴¹¹ En conséquence, une norme respectée comportementalement en raison de la crainte de subir une sanction mais, par ailleurs, jugée illégitime remplit à moitié le critère de l'effectivité (elle est effective matériellement mais non effective symboliquement).

destinataires, à fournir un modèle de conduite convaincant et, donc, à être accueillie positivement.

L'effectivité matérielle est nécessairement dépendante, dans une plus ou moins grande mesure, de l'effectivité symbolique — car, pour agir sur le réel, encore faut-il déjà agir sur les représentations du réel. La régulation juridique est autant une régulation des représentations qu'une régulation des comportements. Pour devenir positivement juridique, une norme doit entrer dans les mœurs et évoluer, en quelque sorte, en coutume, donc être collectivement consacrée. Avec l'effectivité symbolique, la source du droit est à rechercher dans l'acceptation, le consentement, l'assentiment ou, plus fortement, l'adhésion des destinataires des normes. D'ailleurs, les jurislatoeurs ne s'y trompent pas : ils envisagent régulièrement leur pouvoir tel un pouvoir de persuasion et ils cherchent à produire des règles efficaces symboliquement, contraignantes et obligatoires psychologiquement.

L'effectivité symbolique se mesure à l'échelle du groupe social. Elle dépend de la psyché collective et il est indifférent qu'un individu isolé possède une opinion défavorable de la norme⁴¹². Toujours est-il que l'appréhension scientifique des effets symboliques des normes est délicate : il est plus difficile de construire une grille de lecture précise concernant l'effectivité psychologique que concernant l'effectivité comportementale. Néanmoins, puisque ce sont des dispositions de l'esprit empiriquement observables qui sont en cause, il est possible de s'attacher à certains signes tangibles — notamment des écrits et des paroles. Ensuite, ce n'est qu'une enquête de terrain, menée auprès d'un échantillon représentatif de destinataires de la norme, qui peut permettre de savoir quel accueil lui est psychologiquement réservé, au-delà de son respect ou de sa transgression matériel(le)⁴¹³.

Les six critères de juridicité désormais décrits, reste à présenter ce qui s'apparente à un critère transversal, à un méta-critère : le développement juridique de l'ordre normatif auquel la norme étudiée appartient. Ce développement juridique de l'ordre normatif joue

⁴¹² Si quelqu'un adopte un comportement qu'il sait contraire au droit, il a alors conscience de commettre une faute ; mais, si un nombre élevé des membres du corps social optent pour la même conduite, cette culpabilité s'efface au profit d'une impression de régularité juridique du comportement en cause. L'erreur commune fait le droit (« *error communis facit jus* ») ; la généralisation de l'infraction la transforme en non-infraction et, plus encore, en règle de droit en lieu et place de la règle « officielle ».

⁴¹³ Il faut séparer les cas dans lesquels toute légitimité de la norme est rejetée (sous-critère non rempli), ceux dans lesquels la norme est jugée légitime (sous-critère rempli) et ceux dans lesquels les avis quant à la légitimité de la norme sont partagés ou dans lesquels la question de cette légitimité n'est guère posée — par exemple parce qu'il est habituel, par conformisme social, de suivre certaines prescriptions sans interroger leur bien-fondé — (sous-critère à moitié rempli).

un rôle important à l'égard de trois critères : la validité juridique, la sanction juridique et l'application juridique⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Pour ne prendre qu'un exemple, une norme parfaitement valide dans un ordre normatif non juridique ne répond pas au critère de la validité juridique, car encore faut-il que son ordre normatif soit juridique pour pouvoir être valide juridiquement.

Chapitre 7. Le développement juridique de l'ordre normatif (critère transversal)

21. Pour pouvoir être valide, sanctionnée et appliquée juridiquement, une norme doit appartenir à un ordre juridique

Beaucoup de théoriciens du droit s'intéressent à la notion d'ordre juridique plus qu'à celle de norme juridique. Seule l'appartenance à un ordre juridique permettrait de distinguer les règles de droit des autres modes de régulation sociale. Le droit ne s'expliquerait pas par l'existence de normes juridiques distinctes des normes non juridiques ; il s'expliquerait par l'existence d'ordres juridiques distincts des ordres non juridiques. L'ordre juridique ne se caractériserait pas par les éléments qu'il contient ; c'est lui qui, au contraire, caractériserait ces éléments. Le contenant ne se définirait pas par le contenu ; c'est le contenu qui se définirait par le contenant. La juridicité de la norme lui serait donc octroyée par son intégration normative, par sa situation normative, par son environnement normatif.

Les auteurs consacrant les critères de la validité juridique, de la sanction juridique et de l'application juridique ne considèrent pas que toute validité, toute sanction et toute application seraient signes de droit. Ce sont seulement les validité, sanction et application dans le cadre d'un ordre juridique qui témoignent de la présence de phénomènes juridiques. Le niveau de satisfaction à ces trois critères dépend donc, outre les sous-critères et autres conditions propres à chacun d'entre eux, du caractère juridique de l'ordre normatif auquel la norme étudiée appartient. Il est proportionnel au niveau de développement juridique de cet ordre normatif. C'est pourquoi il importe de relever, en dernier lieu au sein de cette recherche des propriétés du droit, les critères de juridicité des ordres normatifs.

Auparavant, la notion d'ordre normatif doit être précisée, l'ordre juridique en étant une espèce particulière. Phénomène socio-historique, un ordre normatif est un ensemble minimalement autonome, unitaire, homogène, cohérent, complet et permanent de normes

interdépendantes et en interrelation. Minimale⁴¹⁵ment organisé et structuré sous forme verticale (par opposition aux espaces normatifs qui sont horizontaux), il régit l'existence et le fonctionnement d'un groupe ou d'une communauté social(e)⁴¹⁵. L'ordre est le principe logique d'unité et d'articulation qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs de l'ensemble, mais il désigne surtout cet ensemble en tant que tel. Il y a formation ordonnée de normes sociales dès qu'un groupe atteint un niveau de cohésion permettant l'existence d'une vie collective effective. Une tribu, une entreprise, un ordre professionnel, une association ou même une copropriété correspondent à autant d'ordres normatifs, souvent inclus dans des méta-ordres normatifs plus globaux. Tout l'enjeu est de parvenir à mesurer le niveau de développement juridique de ces ordres normatifs, la force juridique des normes les composant en découlant en partie.

Les indices du développement juridique des ordres normatifs correspondent tous, sans exception, à des indices de développement étatique, si bien que « développement juridique » et « développement étatique » sont synonymes dans la pensée juridique contemporaine. Mesurer la juridicité d'un ordre normatif reviendrait ainsi à mesurer son étaticité. Mais cela n'a pas pour effet de circonscrire le champ des normes juridiques à l'aire des normes étatiques. D'une part, la moitié des critères de juridicité ne sont pas dépendants du niveau de développement juridique des ordres normatifs. D'autre part, la juridicité des ensembles normatifs ne doit pas être comprise de façon manichéenne mais plutôt de manière graduelle. Si seuls les ordres normatifs étatiques sont des ordres juridiques complets — tout ordre normatif parfaitement juridique est un État —, il existerait des ordres normatifs partiellement juridiques en marge des États⁴¹⁶. Par conséquent, si le droit ne se confond pas avec l'État ni avec les normes étatiques, l'appartenance à une structure étatique est une donnée cardinale pour l'acquisition de la juridicité. L'État serait donc fort utile aux règles de droit sans être toutefois ni décisif ni suffisant⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Le recours à l'adverbe « minimale⁴¹⁵ment » dans la définition de l'ordre normatif est important, car un ordre juridique, en première analyse, se comprend en tant qu'ensemble *fortement* autonome, unitaire, homogène, cohérent, complet et permanent de normes interdépendantes et en interrelation ; en tant qu'ensemble de normes *fortement* organisé et structuré sous forme verticale.

⁴¹⁶ L'idée qu'il y aurait des différences de degré plus que de nature entre les ordres normatifs est soutenue par le fait que la plupart de ces ordres normatifs se composent des mêmes attributs et s'appuient sur les mêmes rouages, ce qui les différencie étant le niveau de perfectionnement de ces attributs et rouages. En outre, dès lors que la reconnaissance de la juridicité d'un ordre normatif s'appuie sur plusieurs critères qui eux-mêmes peuvent être totalement, nullement, mais aussi partiellement remplis, il ne semble que possible d'envisager une juridicité graduelle des ordres normatifs, allant de l'absence de juridicité à la juridicité absolue en passant par la juridicité faible, la juridicité moyenne et la juridicité forte.

⁴¹⁷ En effet, si les auteurs prêts à soutenir qu'un groupement spontané, inorganisé et non structuré pourrait être un ordre juridique sont rares, la théorie en vertu de laquelle l'État serait le seul ordre juridique possible est aujourd'hui de plus en plus concurrencée par celle qui postule que l'État serait un ordre juridique parmi d'autres. Tel est le cas, par exemple, parmi les tenants du droit « global », parmi les tenants d'une approche sociologique ou anthropologique du droit, parmi les tenants des différentes formes de pluralisme juridique ou encore parmi les tenants du juspragmatisme.

Les éléments qui permettent à un ordre normatif d'être un ordre juridique sont ainsi des éléments de définition, indirects et partiels mais néanmoins importants, de la règle de droit. En ces pages, suivant les prémisses prescrites par la méta-théorie scientifique, seuls les critères de juridicité des ordres normatifs bénéficiant actuellement d'une force doctrinale significative doivent être recherchés et retranscrits. Ces critères de juridicité se rapportent à deux pôles bien distincts : l'organisation (a) et la puissance (b) de l'ordre normatif. Organisé et puissant, l'ordre normatif est un ordre juridique. Il répond alors aux exigences d'unité, d'autonomie, d'indépendance, de suffisance, de complétude, de cohérence et de rigueur souvent posées en tant que signes distinctifs des États — donc des ordres normatifs très fortement juridiques.

a) L'organisation de l'ordre normatif (normes procédurales et fonctions)

22. Un ordre normatif est juridique s'il comporte une proportion élevée de normes procédurales et s'il remplit à travers elles les fonctions de création, d'application et de juridiction

Un ordre normatif est avant tout un ensemble de normes de conduite destiné à régir les activités des membres d'un groupe social. Mais, pour atteindre un niveau élevé d'organisation et ainsi constituer un ordre juridique, l'ordre normatif doit également comprendre une somme conséquente de normes procédurales (ou secondaires) destinées à instituer, perfectionner et encadrer les organes permettant à cet ordre normatif de fonctionner. Ce qui distingue le droit en tant qu'ordre normatif, c'est son caractère dynamique et proactif, c'est-à-dire le fait que la création et l'évolution des normes juridiques soient réglées par des normes supérieures et antérieures qui prévoient notamment quelles sont les personnes habilitées à créer, modifier ou abroger les règles de droit et quelles sont les procédures à respecter afin de réaliser de telles opérations.

Un haut niveau d'organisation, de structuration et de centralisation est donc un trait caractéristique des ordres juridiques. La juridicité de l'ordre normatif dépend de son institutionnalisation, de la quantité et de la qualité des normes de procédure qui le composent. De plus, ces normes doivent être précises et former un attirail complet, permettant de donner autant de rouages que nécessaire à l'ordre normatif. L'ordre juridique est ainsi originaire et auto-suffisant, ne s'appuyant pas sur quelque autre ordre juridique par un rapport de coordination, de présupposition ou de subordination.

Les normes procédurales sont des « normes sur les normes », des voies de droit régissant les activités des organes législatifs, administratifs et juridictionnels de l'ordre normatif, donc les modalités de production et d'application des normes. Elles déterminent la façon dont les normes comportementales peuvent être, de manière purement déductive, identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, mais aussi mises en œuvre et leur violation sanctionnée. En outre, un ordre juridique comprend nécessairement, parmi ses normes procédurales, des règles de reconnaissance, soit des dispositions qui déterminent les exigences à la lumière desquelles s'apprécie la validité juridique des normes et qui, à ce titre, constituent les fondements du système juridique. Grâce à ces normes spécifiques, ce système peut être quasi-clos, s'auto-organiser et s'auto-structurer, se maintenir dans une situation d'équilibre dynamique, utilisant ses normes procédurales afin de se conserver ou se transformer⁴¹⁸.

L'ajout de normes de procédure aux normes de conduite est ce qui assure le passage d'un état préjuridique à un état juridique. Ces normes de procédure définissent les pouvoirs juridiques publics et privés. Elles sont la traduction du fait que, dans le corps social, l'autorité de la fonction de gouvernant a remplacé l'autorité personnelle et contingente du chef ; du fait que le pouvoir, dépersonnalisé, institutionnalisé et abstrait, s'est stabilisé et est devenu permanent et pérenne ; du fait qu'une conscience politique s'est affirmée et a débouché sur une conscience juridique ; du fait que la volonté collective a supplanté la volonté individuelle ; du fait que l'objectivité normative a pris la place de la subjectivité normative. En somme, l'existence et l'exercice du pouvoir se rationalisent à travers des compétences formalisées et la légitimité politique remplace la force brute, si bien que des règles de droit peuvent désormais apparaître.

Ensuite, alors que l'ordre normatif le plus primitif est celui dans lequel les créateurs de normes en sont en même temps les destinataires, un ordonnancement normatif est juridique lorsqu'il est très fortement structuré autour d'organes centralisés et spécialisés. Ses normes de procédure doivent lui permettre de remplir trois fonctions essentielles : la création des règles de droit, leur application et la sanction de leur non-respect. Si l'une d'elles n'est pas prise en charge au moyen d'un arsenal relativement complet de normes de procédure, l'ordre normatif ne saurait être considéré comme juridique. Il n'est pas d'ordre juridique sans division du travail — *i.e.* sans séparation des autorités et des

⁴¹⁸ Par suite, tout ordre juridique doit impérativement comporter un *règlement fondamental* ou une *charte organisatrice*, c'est-à-dire une *Constitution* — au sens substantiel plus qu'au sens formel. Celle-ci comprend les normes procédurales les plus importantes pour l'ordre normatif et desquelles dérivent diverses normes procédurales plus précises.

compétences — et donc sans organes *ad hoc*, sans un législateur, une administration et des tribunaux autonomes.

En premier lieu, les ordres juridiques doivent disposer de structures de production de nouvelles règles de droit afin de pouvoir répondre à l'évolution des besoins normatifs du groupe social. Il faut que des normes de procédure habilite expressément certains organes à édicter des normes de conduite ou de procédure. L'ordre juridique identifie et reconnaît ainsi officiellement ses sources.

En deuxième lieu, il faut que des normes de procédure confient à des organes spécialement institués à ces fins le soin d'appliquer les règles de droit, c'est-à-dire le soin de les affiner, les préciser, les interpréter et, surtout, les mettre en œuvre dans les situations concrètes. Il s'agit de l'administration, qui rapproche le droit de ses destinataires.

En troisième et dernier lieu, des normes de procédure doivent établir et régir des juridictions, c'est-à-dire des institutions chargées de trancher les litiges pouvant naître entre les destinataires des normes ou entre ceux-ci et l'administration. Ces organes juridictionnels ont également vocation à prononcer des sanctions à l'encontre de quiconque enfreindrait le droit⁴¹⁹.

Puisque le droit est ce qui règle soi-même sa création et son application, un ordre normatif, dès lors qu'il prend en charge les trois fonctions juridiques, profite d'une autonomie organisationnelle ou constitutionnelle suffisante — il apporte toutes les réponses aux questions de la reconnaissance des normes, de leur évolution, de la résolution des conflits dans leur application etc. Il constitue donc un appareil structuré et complet de régulation normative. Mais, pour s'analyser tel un ordre juridique, encore faut-il qu'il fasse preuve de puissance, c'est-à-dire de souveraineté et d'efficacité.

⁴¹⁹ L'ordre juridique se présente alors tel un véritable *ordre de contrainte*. Cela signifie que les normes juridiques sont des normes dont l'inobservation est l'objet de sanctions instituées par l'ordre normatif et mises en œuvre par ses organes, des sanctions socialement organisées, donc des sanctions juridiques. Ainsi les normes de procédure doivent-elles comprendre tout un pan de droit disciplinaire dont la fonction est de faire respecter les normes de comportement et les autres normes de procédure, ainsi que de sanctionner qui se livrerait à un écart de conduite.

b) La puissance de l'ordre normatif (souveraineté et efficacité)

23. Un ordre normatif est juridique si son contenu ne dépend d'aucun autre ordre normatif et produit les effets de régulation attendus

Un ordre juridique se singularise par sa force matérielle et symbolique, intérieure et extérieure. Le droit organise l'usage de la force ; il repose donc à la fois sur une organisation et sur une force, aussi appelée « puissance ». Depuis longtemps, on lie le caractère juridique des normes à la puissance de leur auteur, puissance devant être suprême, ne connaissant nulle supérieure à elle. Le droit est le produit de la volonté d'une puissance suprême de créer un cadre normatif afin de régler les conduites de ses sujets. In fine, le niveau de force juridique d'une norme dépend du niveau de puissance de l'ordre normatif auquel elle appartient. Or cette puissance repose sur deux piliers : la souveraineté et l'efficacité⁴²⁰.

La souveraineté est classiquement considérée en tant que source fondamentale de la juridicité : appartient au droit ce que le souverain qualifie comme juridique. Elle cristallise la spécificité de l'ordre juridique par rapport aux autres systèmes normatifs qui sont sous la coupe d'organisations sociales plus puissantes qui les dominent et les modèlent. Un ordre normatif est souverain dès lors qu'il profite de véritables autonomie et indépendance organiques, organisationnelles et structurelles, donc constitutionnelles, dès lors qu'il s'auto-organise librement, sans subir de contrainte aucune, avec des organes propres dotés de prérogatives propres — ni issues d'autorités extérieures ni voulues par des autorités extérieures. Il y a ordre juridique à condition que l'autorité la plus supérieure de cet ordre ne soit pas une autorité déléguée provenant d'un autre ordre normatif, à condition que les sources formelles à l'origine des normes ne dérivent d'aucun ordre normatif extérieur et supérieur. La souveraineté suppose donc l'autorégulation de l'ordre juridique. En somme, tout ordre juridique possède sa Constitution (au sens matériel), laquelle reconnaît sa souveraineté. Et tout ordre juridique coïncide avec une volonté souveraine, soit une pleine faculté de prendre toute décision, d'opérer les choix ultimes et d'émettre les commandements les plus supérieurs.

⁴²⁰ Il ne peut pas y avoir de puissance sans souveraineté, mais il peut y avoir souveraineté sans puissance. C'est pourquoi la souveraineté n'est pas suffisante et pourquoi l'efficacité doit se joindre à elle pour que l'ordre normatif puisse être un ordre juridique.

La souveraineté avalise la totale capacité de l'ordre normatif de s'auto-organiser, donc de décider pour lui-même. À l'inverse, l'efficacité témoigne de la puissance et de la positivité de l'ordre normatif à l'égard de ses destinataires. Si la souveraineté permet de jouir du monopole de la contrainte physique et psychologique légitime, encore faut-il que cette contrainte s'exerce réellement. Le droit se définit donc tel un ordonnancement efficace de normes. Nulle puissance n'est envisageable si les normes en cause ne sont pas globalement et généralement appliquées et suivies, c'est-à-dire effectives. In fine, l'efficacité de l'ordre juridique en vient à se confondre avec son existence ; un ordre juridique est efficace ou il n'est pas⁴²¹.

Avec les critères de juridicité des ordres normatifs, tous les éléments permettant la reconnaissance des règles de droit et bénéficiant actuellement d'une force doctrinale significative ont été décrits. Il convient désormais de préciser la manière d'exploiter ces éléments, c'est-à-dire la méthode permettant de mesurer le niveau de force juridique d'une norme au moyen de l'échelle de juridicité — outil annexe à la théorie syncrétique et reposant sur la définition lexicographique du droit. L'enjeu est de montrer que la théorie syncrétique ne diluerait pas le concept de droit mais, au contraire, le préciserait et l'objectiverait. Toutes les doctrines, dès lors qu'elles aspirent à l'hégémonie et donc à éliminer leurs concurrentes plutôt qu'à s'associer à elles, ne sauraient porter qu'une part de la vérité à l'égard de ce qu'est le droit. C'est pourquoi elles pourraient s'évanouir en un élan commun afin de rendre compte, d'une seule voix, de la réalité du droit dans la pensée juridique collective.

L'objectif, après avoir recherché les propriétés du droit, est à présent de rechercher ses dimensions, donc ses frontières, la ligne de démarcation par rapport au non-droit. C'est à cela que sert l'échelle de juridicité. Elle permet d'évaluer la force juridique des normes et, par suite, de dresser la liste de celles qui intègrent le monde juridique et la liste de celles qui en sont exclues — mais aussi la liste des normes pleinement juridiques, la liste des normes moyennement juridiques, la liste des normes situées à la lisière du droit etc.

Puisque cet instrument s'appuie sur la définition lexicographique du droit, il convient, en guise de conclusion, de proposer une synthèse de cette définition, donc une synthèse des critères de juridicité. C'est en effet en appliquant ces critères à une norme donnée que son

⁴²¹ Tout ordre normatif est attaché à une communauté ou à un groupement social précisément défini, relativement stable et dont les individus sont unis par quelques liens de solidarité ou quelques intérêts en commun. C'est en son sein que se trouvent les sujets du souverain et, par suite, que se mesure l'efficacité de l'ordre normatif. Cette efficacité correspond à la faculté de diriger véritablement les activités et les décisions des personnes physiques et morales à qui les normes de conduite ou de procédure s'adressent.

niveau de juridicité peut être obtenu : plus le nombre de critères remplis par la norme analysée est élevé, plus sa juridicité est forte. Ainsi cette synthèse constitue-t-elle la grille de lecture de la force juridique d'une norme.

Synthèse et grille de lecture de la force juridique d'une norme

Légende : → critère ; → sous-critère ; □ explication

Les six conditions de la juridicité des normes sont :

→ LA VALEUR JURIDIQUE (*la norme est légitime axiologiquement du point de vue subjectif de l'observateur*)

→ Le contenu normatif et les finalités qu'il poursuit sont conformes aux principes éthiques et moraux défendus par l'observateur, spécialement à ses idéaux de justice et d'équité.

- Les principes matériels consacrés dans l'ordre normatif auquel la norme appartient sont indifférents.
- Si la norme est jugée neutre axiologiquement (ni « bonne » ni « mauvaise »), le critère est moyennement rempli (2/4).

→ LA VALIDITÉ JURIDIQUE (*la norme est valide formellement et matériellement à l'intérieur d'un ordre juridique*)

□ Le critère de la validité juridique de la norme est rempli à mesure du niveau de développement juridique de son ordre normatif (critère transversal).

→ La norme a été édictée conformément aux normes de procédure en vigueur dans son ordre normatif.

→ La norme est compatible avec les principes, valeurs et autres modèles de conduite déjà contenus dans l'ordre normatif et qui lui sont supérieurs.

- Une norme non valide formellement dans un ordre normatif est nécessairement non valide matériellement dans cet ordre.

→ LES QUALITÉS NOMO-JURIDIQUES (la norme présente les quatre qualités propres à la normativité juridique)

- Chaque sous-critère compte à hauteur d'un quart dans le critère.
- La norme est soit une norme de conduite, soit une norme de procédure, soit une norme attributive.
 - Une norme de conduite définit un comportement que ses destinataires doivent, peuvent ou ne peuvent pas adopter.
 - Une norme de procédure organise le fonctionnement des institutions et des organes de l'ordre normatif.
 - Une norme attributive crée un droit ou un pouvoir au profit de son ou ses destinataire(s).
- La norme est obligatoire, donc impérative, prescriptive.
 - Les normes déclaratives, incitatives et recommandatoires sont exclues.
- La norme est générale, abstraite, impersonnelle et permanente.
- La norme satisfait à l'exigence de sécurité juridique.
 - La norme est claire et précise, son sens est indiscutable ; elle est accessible et intelligible par ses destinataires.

→ LA SANCTION JURIDIQUE (le non-respect de la norme est l'objet d'une sanction organisée dans l'ordre juridique et effective)

- L'ordre normatif de la norme comporte une règle de procédure prévoyant que toute personne y contrevenant sera sanctionnée par une autorité juridictionnelle.
 - Le sous-critère est rempli à mesure du niveau de développement juridique de l'ordre normatif (critère transversal).
 - La sanction doit pouvoir consister y compris en une contrainte physique légitime.
- La sanction est effective, donc systématiquement prononcée et exécutée à chaque fois que la norme est violée.

→ L'APPLICATION JURIDIQUE (*les organes exécutifs d'un ordre juridique appliquent effectivement la norme*)

→ Les organes juridictionnels et/ou administratifs d'un ordre juridique appliquent la norme, sans la transformer, à chaque fois que les conditions sont réunies pour qu'elle le soit.

- Seul importe le caractère effectif de la mise en œuvre de la norme.
- L'origine formelle et la validité de la norme sont indifférentes.
- La norme est juridique uniquement si son application n'est pas créatrice (car, le cas échéant, c'est une nouvelle norme qui est juridique parce qu'appliquée, non la norme étudiée).
- Le critère est rempli à mesure du niveau de développement juridique de l'ordre normatif.
- Lorsque des organes exécutifs de plusieurs ordres normatifs appliquent la norme, doivent être pris en compte ceux qui relèvent de l'ordre normatif le plus juridique.

→ L'EFFECTIVITÉ (*la norme est respectée par ses destinataires*)

→ La norme est effective matériellement, comportementalement : ses destinataires s'y conforment dans les faits.

→ La règle est effective symboliquement, psychologiquement : ses destinataires la jugent légitime.

→ CRITÈRE TRANSVERSAL : LA JURIDICITÉ DE L'ORDRE

NORMATIF (*l'ordre normatif auquel la norme appartient est un ordre juridique*)

→ Un ordre normatif est juridique s'il comporte une proportion élevée de normes procédurales et s'il remplit, grâce à elles, les fonctions de création, d'application et de juridiction.

- Un ordre juridique est un ensemble structuré, dynamique, autonome et suffisant de normes et donc, en premier lieu, de normes procédurales (ou secondaires).

→ Un ordre normatif est juridique s'il est souverain (s'il est libre d'élaborer, modifier et abroger les normes qui le constituent) et s'il est efficace (si ses normes, globalement, sont effectives et atteignent leurs objectifs).

Seconde partie

L'échelle de juridicité

(une recherche des dimensions du droit)

Parmi les différentes définitions du droit qui imprègnent actuellement la pensée juridique collective, certaines semblent inconciliables. La première conséquence de l'échelle de juridicité, parce qu'elle prend appui sur la définition lexicographique du droit et oppose à l'approche manichéenne droit/non-droit des degrés de force juridique, est de permettre de réunir, d'associer les positions les plus antagonistes de la théorie juridique contemporaine. Jean Carbonnier, par exemple, exprimait son embarras devant une norme d'origine législative en vigueur mais ineffective : elle existe du point de vue de la « dogmatique » mais non aux yeux du sociologue du droit⁴²². La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité, donnant raison tant au critère « dogmatique » qu'au critère sociologique dès lors que tous deux possèdent une force doctrinale significative dans la pensée juridique collective, amènent à qualifier cette norme de « semi-juridique ».

Surtout, l'échelle de juridicité, proposition et réalisation annexes à la théorie syncrétique du droit, a pour objectif de répondre à la problématique de la place, de l'importance et de l'autonomie des normes juridiques parmi l'ensemble des normes sociales. Cette échelle et la force juridique graduelle des normes qui l'accompagne procèdent d'une double insatisfaction : devant les théories du droit modernes les plus savamment élaborées, qui en consacrant des critères de juridicité précis et rigoureux en viennent à réduire excessivement le territoire du droit et donc l'objet d'étude des juristes ; devant les conceptions du droit panjuridiques et juspragmatistes de plus en plus en vogue, lesquelles tendent à abandonner toute spécificité du juridique dans le social, à diluer la juridicité (fait d'être une norme de droit) dans la normativité (fait d'être une norme), donc à

⁴²² J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 131.

oublier l'autonomie du droit que des générations de théoriciens du droit se sont évertuées à forger⁴²³.

En équilibre entre ces deux positions opposées, une troisième voie serait possible. Elle permettrait de conserver les spécificités du domaine des normes juridiques dans le domaine des normes sociales tout en n'interdisant pas aux juristes d'examiner les nouvelles formes normatives ou semi-normatives 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, les labels, les standards, les protocoles, les meilleures pratiques, les statistiques, les sondages, les indicateurs de performance, les classements, les algorithmes, les nudges etc.

Le pari de la théorie syncrétique et de l'échelle de juridicité est qu'elles pourraient peut-être concilier ouverture du point de vue des juristes et conservation du particularisme ontologique du droit, concilier désenclavement des sciences juridiques et protection du patrimoine jus-théorique. Les incertitudes quant à la frontière entre normes juridiques et autres normes sociales sont depuis toujours — quoique de moins en moins en raison du développement du panjuridisme — au cœur des préoccupations de la théorie du droit. Or, avec la définition lexicographique du droit et avec l'échelle de juridicité qui en prolonge les conséquences, ces incertitudes disparaîtraient puisqu'une telle frontière n'aurait plus à être discutée : il existerait, entre les différents modes de régulation sociale, non des différences de nature mais seulement des différences de degré, si bien que tous pourraient être qualifiés de « juridiques ». Tous appartiendraient, dans une certaine mesure, au monde du droit. Toute norme sociale comporterait une part (variable) de juridicité. Et toute source de normes sociales serait, plus ou moins évidemment, une source de normes juridiques.

Par conséquent, si le chercheur en droit doit inévitablement poser la question de la définition du droit et donc celle du périmètre de son champ d'investigation — puisqu'un juriste, normalement, a vocation à étudier le droit et à ignorer le non-droit, à moins de s'engager dans des travaux pluridisciplinaires —, l'échelle de juridicité lui permet de se plonger directement dans le magma normatif sans devoir y fixer au préalable quelques bornes du droit. Tel est le principal effet de l'échelle de juridicité : les différences de degré remplaçant les différences de nature, le juriste peut s'intéresser à tous les objets normatifs et institutionnels. Or beaucoup d'objets normatifs et institutionnels originaux émergent à

⁴²³ Par exemple, G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 31 (« Les critères de la spécificité du juridique menacent de réduire les vastes perspectives de la sociologie juridique à un horizon très étroit et de la rendre incapable de poursuivre toutes les variations infinies de la réalité sociale du droit »).

l'ère contemporaine, des objets que les juristes, d'une part, ne sauraient ignorer pour cause de non-juridicité — à moins de se couper par trop du réel — et, d'autre part, ne sauraient considérer comme les égaux des lois et des jurisprudences étatiques.

Le droit ne saurait être simplement, ainsi qu'Émile Littré l'écrivit dans son premier dictionnaire, l'« ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société »⁴²⁴. Aussi faut-il gager que distinguer des normes à la juridicité forte, des normes à la juridicité moyenne et des normes à la juridicité faible ou très faible est une approche incomparable à celle qui confère à toutes les normes la même force juridique. La vocation de l'échelle de juridicité et de la force juridique graduelle n'est pas d'abandonner toute définition du droit mais, au contraire, de tirer les conséquences d'une définition du droit supposément rigoureuse : la définition lexicographique du droit précédemment exposée.

En n'étant pas autre chose que la traduction de cette définition, l'échelle de juridicité parviendrait à préserver l'autonomie du droit. Or l'autonomie de l'objet est indispensable à son existence ; l'autonomie du droit est indispensable à l'existence du droit. On soutient parfois, notamment parmi les sociologues et anthropologues du droit ainsi que parmi les tenants de théories pragmatiques du droit ou de théories du pluralisme juridique, que les jus-scientifiques devraient reconnaître spontanément le droit, sans s'appuyer sur aucun critère de caractérisation. Peut-être ne peut-il exister de droit — donc de chercheurs en droit, d'enseignants en droit et de facultés de droit — qu'à condition que soient identifié(s) un ou des critère(s) de juridicité. Sans spécification du domaine du droit, la science, la technique et la pensée juridiques ne se retrouveraient-elles pas dénuées d'objet ?

Avec la définition lexicographique du droit, six critères permettent d'identifier les normes juridiques. Par suite, ces critères ne sont cumulatifs qu'afin d'atteindre un niveau de force juridique absolu. Pour bénéficier d'une juridicité simple, les critères ne sont qu'alternatifs. Et l'expérimentation de l'échelle de juridicité⁴²⁵ enseigne qu'aucune norme sociale nullement juridique ne pourrait être trouvée. Les normes sociales les moins juridiques seraient des normes très faiblement juridiques. Ainsi l'échelle de juridicité permettrait-elle de se fondre dans le cadre d'un « panjuridisme modéré » se distinguant fortement par ses tenants (la définition du droit) mais non par ses aboutissants (toute norme sociale intéresse les juristes) du « panjuridisme brut » de plus en plus prégnant dans les recherches juridiques contemporaines.

⁴²⁴ V° « Droit », in É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1863.

⁴²⁵ Les résultats de cette expérimentation figureront au sein du troisième chapitre du premier titre.

Alors que le panjuridisme brut tend à assimiler la juridicité (qualité de ce qui appartient au droit) à la normativité (qualité de ce qui joue concrètement un rôle de norme), le panjuridisme modéré distingue précisément la juridicité et la normativité. C'est pourquoi, au moment d'expérimenter l'échelle de mesure de la force juridique, le niveau de juridicité d'une règle sociale peut être comparé à son niveau de normativité : il apparaît alors qu'une règle donnée revêt rarement le même niveau de force juridique et de force normative. D'un côté, donc, la juridicité, force juridique ou qualité juridique ; de l'autre, la normativité, force normative ou qualité normative⁴²⁶.

En cette seconde partie, l'échelle de juridicité sera présentée en insistant sur son mode d'utilisation et les résultats qu'elle permet d'obtenir (*titre 1*). Ensuite, ses conséquences — essentiellement la conception graduelle du droit et le panjuridisme modéré — seront développées plus substantiellement (*titre 2*)⁴²⁷.

⁴²⁶ La normativité ou force normative est ici comprise en tant que capacité à s'imposer en tant que norme : plus les destinataires de la norme y voient un modèle de comportement auquel ils doivent se conformer et, par suite, auquel ils se conforment, plus la normativité est élevée. Aussi la normativité ou force normative ainsi conçue se réduit-elle à l'*effectivité matérielle de la norme* : il s'agit de sa *capacité à modeler dans les faits les comportements de ses destinataires*.

⁴²⁷ Cf. également l'exposé consacré à l'échelle de juridicité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, 2^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2016, p. 184 s. Selon René Sève, cet instrument de mesure de la force juridique permettrait de « dédramatiser la définition de la règle de droit grâce à la quantification » (p. 184). Et de retenir que « la notation [de la juridicité] des règles, sous une forme simple et intuitive, ne résout pas tous les problèmes de la philosophie du droit mais les raffine utilement » (p. 188) ; et que « cette dimension "boursière" n'est pas dépourvue d'intérêt dans un monde de réseaux, polycentré, post-moderne, où l'État ne peut plus se prétendre producteur en dernier ressort des normes juridiques » (p. 190). Le professeur conclut sa présentation et sa discussion de l'échelle de juridicité en soulignant que « la notation [de la juridicité des normes] permet de synthétiser dans un espace homogène toutes les analyses théoriques et doctrinales de la règle juridique et de ses évolutions contemporaines. [...] On peut même se demander si cette notation ne permettrait pas de régler des questions plus politiques et même proprement philosophiques, en matière de personnalité ou de responsabilité et de liberté » (p. 191).

Titre 1. Les applications de l'échelle de juridicité : la mesure de la force juridique des normes

Puisque l'échelle de juridicité dépend intimement de la définition lexicographique du droit précédemment déterminée, mesurer la force juridique d'une norme revient à observer si cette norme répond aux six conditions de la juridicité constitutives de cette définition (*chapitre 1*). Subséquemment, en opérant un simple calcul, il est possible d'obtenir le niveau de force juridique de la norme sur une échelle allant de ① (force juridique nulle) à ⑩ (force juridique absolue) (*chapitre 2*).

En tant qu'instrument de mesure « scientifique », l'échelle de juridicité n'a de sens que si elle est expérimentée, appliquée à des cas concrets permettant d'éprouver son éventuelle utilité, son éventuelle portée épistémique et épistémologique. Aussi, dans le dernier chapitre de ce titre 1, divers exemples de mesure de la force juridique seront-ils proposés — les normes étudiées allant des plus ordinaires, portées par la Constitution, la loi ou le traité international, aux plus originales telles que des règles de grammaire, des « *rankings* » ou encore des « *best practices* » (*chapitre 3*).

Peut-être la théorie syncrétique, par excès de « scientisme » et de « logicisme », n'est-elle pas apte à exprimer pertinemment une réalité du droit (et du concept de droit) qui serait autrement sinieuse, évanescence et incertaine. Peut-être n'est-elle guère praticable et ne permet-elle pas de mieux répondre à la problématique du particularisme juridique de certaines normes. Pour le savoir, il semble nécessaire de la mettre en pratique, donc d'utiliser concrètement cette échelle de juridicité qui en est l'émanation directe. « *Fabricando fit faber* »⁴²⁸ : le cadre, les moyens et le contenu de l'échelle de juridicité et de la définition lexicographique du droit dont elle procède seraient peu de chose sans leur mise à l'épreuve de formes de normativité positives.

⁴²⁸ « La pratique fait l'ouvrier » ou « c'est en forgeant qu'on devient forgeron ».

Chapitre 1. Comment utiliser les critères de juridicité des normes

Au moment d'évaluer le degré de juridicité d'une norme donnée à l'aune des six critères de juridicité, une certaine méthode peut être suivie afin d'aboutir à des résultats homogènes et concordants. Si les échelles sont des instruments de mesure communément employés par les scientifiques de tous ordres, elles s'appuient nécessairement sur des procédés fixés précisément et à l'avance. Aucune n'est abandonnée à la subjectivité de l'observateur. La fiabilité scientifique des résultats en dépend. L'échelle de juridicité, pour sa part, implique avant tout une absence d'arbitraire autre que celui relevant du critère de la valeur juridique. Avec cette échelle, l'enjeu est de parvenir à mesurer objectivement cette donnée spécifique qu'est la force juridique d'une norme. Quelques difficultés et incertitudes méthodologiques ne sauraient cependant être évitées. Il faut essayer de s'en prémunir au maximum en détaillant la manière d'exploiter les critères et sous-critères de juridicité.

Tout d'abord, l'échelle de juridicité permet d'estimer le niveau de force juridique d'une norme, non celui d'un acte normatif, donc non celui du support formel de la norme (une loi, un règlement etc.) ni de quelque autre élément relevant du droit au sens le plus large. Par suite, la juridicité de toute norme sociale peut être mesurée⁴²⁹.

En outre, il importe que le chercheur étudiant la juridicité d'une norme précise à chaque fois le lieu et le moment dans le cadre desquels il procède à l'observation. En ces pages, sauf contre-indication expresse, ce sera toujours la qualité juridique de la norme du point de vue d'un observateur français et contemporain qui sera recherchée. Il est néanmoins tout à fait envisageable de procéder à des approches historiques et/ou comparées de la force juridique et d'analyser une norme aujourd'hui obsolète ou une norme étrangère dans

⁴²⁹ Ont déjà été calculés, par exemple, les niveaux de juridicité de la règle du jeu « tout joueur qui tombe sur la case prison passe un tour », de la règle de bienséance « lorsqu'on croise un aîné sur un trottoir étroit, on lui laisse le passage », de la règle morale « il faut être tolérant », de la norme technique « la longueur entre A et B doit être de 146 mm » ou encore de la règle de l'art « les points de distance des lignes de fuite principales doivent être situés de part et d'autre du point de fuite principal, à une distance égale à celle du peintre au tableau » (voir les exemples proposés dans le troisième chapitre ci-après).

son environnement spatio-temporel le plus pertinent, c'est-à-dire dans le passé et/ou ailleurs dans le monde⁴³⁰.

Par ailleurs, aucun coefficient n'est affecté à la valeur juridique, à la validité juridique, aux qualités nomo-juridiques, à la sanction juridique, à l'application juridique et à l'effectivité. Chacun de ces critères confère un sixième de sa qualité juridique à la règle de droit. Cette absence de pondération doit faciliter la mesure de la force juridique. Mais elle signifie aussi qu'un biais affectant la mesure de la juridicité des normes est que chaque critère n'y pèse pas le même poids que dans la réalité de la pensée juridique actuelle⁴³¹. Dès lors, les résultats obtenus grâce à l'échelle de juridicité peuvent refléter approximativement mais non fidèlement la réalité la plus fine des opinions relatives au concept de droit⁴³².

Toutefois, si le normativiste vénèrera la validité juridique quand le réaliste jettera son dévolu sur l'application juridique, le jusnaturaliste sur la valeur juridique, le profane sur la sanction juridique et le sociologue, l'anthropologue ou le pragmatiste sur l'effectivité, le syncrétiste, lui, doit demeurer dans une position de neutralité théorique, accueillant toutes les conceptions du droit sans les discriminer ni les opposer d'aucune manière. C'est pourquoi il serait défendu à ce syncrétiste de se concentrer sur un critère de juridicité plus que sur un autre, quand bien même cela serait au départ de considérations objectives. En conférant, qui plus est maladroitement, la primauté à un ou deux critère(s), les autres risqueraient de se retrouver bientôt satellisés, marginalisés, si bien que la théorie syncrétique s'écroulerait sur ses propres fondements, faisant de quelques éléments des conditions presque auto-suffisantes de la force juridique. Cela justifierait donc de ne pas affecter de coefficients aux critères de juridicité⁴³³.

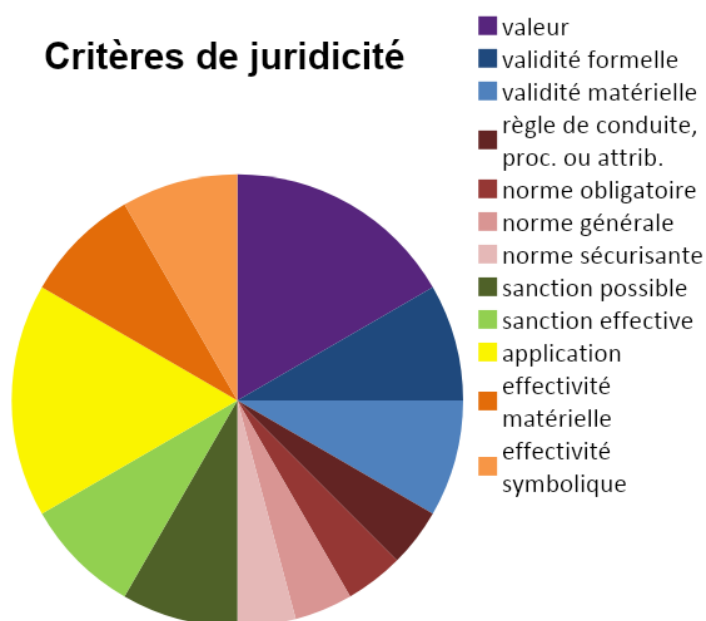
⁴³⁰ Peut être évaluée la force juridique d'une norme en un lieu, à une époque et/ou à l'égard d'une population spécifique(s), à condition que cela soit mentionné par le scientifique. Par exemple, la juridicité d'une norme de « droit nazi » durant les années 1930 et sur le territoire allemand peut être mesurée.

⁴³¹ Le choix d'éventuels coefficients ne saurait être effectué avec suffisamment de précision pour correspondre rigoureusement aux rapports de force à l'œuvre dans la pensée juridique collective. Il n'en demeure pas moins que, pour être plus exacte, l'échelle de juridicité devrait reposer sur des critères (et des sous-critères) pondérés en fonction de leurs niveaux réels de force doctrinale. Si le nombre d'auteurs qui soutiennent la validité juridique est deux fois plus élevé que le nombre d'auteurs attachés à la valeur juridique, il faudrait que le critère de la validité juridique revête une importance double par rapport au critère de la valeur juridique. Ce n'est que la méconnaissance des niveaux précis de force doctrinale de chaque critère de juridicité, induite par un manque de moyens matériels afin de mener une enquête plus exhaustive dans la littérature juridique contemporaine, qui empêche de donner plus ou moins d'importance à l'un ou l'autre critère sans faire œuvre artificielle. Mettre en avant certains critères et en retrait d'autres critères risquerait d'aboutir à concéder arbitrairement la primauté à l'un ou l'autre courant théorique.

⁴³² Aussi une prochaine évolution de l'échelle de juridicité pourrait-elle consister à pondérer chaque critère de juridicité à l'aune de son influence plus ou moins forte dans la psyché juridique générale.

⁴³³ Toute controverse n'est légitime qu'à condition de ne pas placer tous les discours sur le même plan, ce qui ne pourrait conduire qu'à la cacophonie et à des destructions plus qu'à des constructions intellectuelles. En recourant à l'outil de la force doctrinale significative, permettant de ne pas accepter toute opinion quant au sens de la notion de droit quelle qu'elle soit, mais sans opérer de tri entre les différentes approches de la qualité juridique jouissant d'une telle force doctrinale, l'échelle de juridicité espère parvenir à un équilibre entre objectivité-neutralité théorique et non-relativisme théorique.

Par conséquent, les critères (et sous-critères) de juridicité identifiés présentent des importances égales et une règle de droit peut être représentée sous cette forme :



À l’instar de la juridicité qui serait une qualité connaissant différents niveaux d’intensité, la valeur juridique, la validité juridique, les qualités nomo-juridiques, la sanction juridique, l’application juridique et l’effectivité seraient des propriétés susceptibles d’être entièrement, nullement mais aussi partiellement acquises par les normes. Aussi, au moment de mesurer la force juridique d’une norme donnée, convient-il d’observer objectivement — ou de juger subjectivement pour ce qui est de la valeur — si chaque critère est :

- ⇒ nullement rempli (0/4)
- ⇒ faiblement rempli (1/4)
- ⇒ moyennement rempli (2/4)
- ⇒ fortement rempli (3/4)
- ⇒ pleinement rempli (4/4)

Il s’agit donc de noter le niveau de satisfaction à un critère sur une sous-échelle allant de 0 à 4. Lorsque des sous-critères de juridicité existent (par exemple effectivité matérielle et

effectivité symbolique ou existence de la sanction et effectivité de la sanction), les critères sont remplis à mesure du niveau de satisfaction à chacun de ces sous-critères. L'application de chaque critère de juridicité à une norme suppose ainsi une évaluation particulière basée sur les différents indices et éventuels sous-critères décrits dans la définition lexicographique du droit.

Bien sûr, la juridicité est avant tout une réalité de l'esprit, soit une réalité souple, aux contours incertains et sujette à de multiples interprétations, si ce n'est déformations, d'autant plus que le langage du droit n'atteindra jamais le degré de formalisation du langage mathématique. Toujours est-il qu'en exploitant de la sorte chacun des six critères de juridicité, l'objectif est de parvenir à établir le niveau de force juridique d'une norme de la manière la moins arbitraire possible. Une fois la norme étudiée passée au crible de tous les critères et sous-critères de juridicité, il reste à en déduire sa position sur l'échelle de juridicité. Or cette dernière est une échelle particulière car ses différents échelons ne correspondent pas à des indicateurs précis directement accessibles aux sens tels que certaines sciences naturelles en connaissent⁴³⁴. Ils coïncident simplement avec le niveau moyen de réponse aux six critères de juridicité.

⁴³⁴ Par exemple, l'échelle de Beaufort, qui permet de mesurer la force du vent, s'appuie sur l'aspect visuel de la mer : force 1 : quelques rides ressemblant à des écailles de poisson, aucune écume ; force 5 : vagues modérées, moutons, éventuellement embruns ; force 8 : tourbillons d'écumes à la crête des lames, trainées d'écume ; force 12 (maximale) : air plein d'écume et d'embruns, mer entièrement blanche du fait des bancs d'écume dérivants etc.

Chapitre 2. Comment calculer le niveau de juridicité d'une norme

Pour mesurer la force juridique d'une norme, il convient tout d'abord d'observer si elle remplit chacun des six critères de juridicité. Une fois cette opération effectuée, il suffit d'additionner les six « scores » obtenus par la norme. Le niveau de satisfaction à chacun des critères étant noté sur 4, la force juridique pourrait être exprimée sur une échelle allant de 0 à 24 (6 x 4). Toutefois, afin de conférer aux résultats de plus grandes clarté et capacité évocatrice, peut-être mieux vaut-il retenir une échelle ne comportant qu'onze échelons, allant de 0 à 10. Aussi la somme obtenue sur 24 après application des six critères de juridicité doit-elle encore être divisée par 2,4. Le résultat de ce rapide calcul est la force juridique de la norme étudiée sur l'échelle de juridicité⁴³⁵.

Se pose ensuite la question des qualificatifs à accoler aux échelons de l'échelle de juridicité. Considérer que l'échelon 5/10 correspondrait à une juridicité moyenne, exactement entre la juridicité nulle et la juridicité absolue, permettrait de faire entrer un trop grand nombre de normes généralement considérées comme non juridiques dans le cercle des normes au moins moyennement juridiques, si bien que les résultats ne seraient guère cohérents avec la réalité de la pensée juridique. De plus, les auteurs qui retiennent plusieurs critères de juridicité y voient généralement des critères cumulatifs ; il suffirait donc que l'une des conditions ne soit pas remplie pour devoir exclure la norme en cause du domaine juridique, si bien qu'une norme notée 7/10 ou 8/10 sur l'échelle de juridicité ne serait pas juridique aux yeux de ces auteurs. C'est pourquoi une approche pyramidale de la force juridique est ici retenue : les niveaux 1/10 et 2/10 ainsi que les niveaux 3/10 et 4/10 sont confondus.

⁴³⁵ Puisque ce résultat n'est que la déclinaison d'une succession d'estimations plus ou moins approximatives de la réalité juridique, il semble préférable de toujours l'arrondir à l'unité la plus proche. Paradoxalement, chercher à calculer la juridicité au dixième ou au centième de point près serait davantage source d'à-peu-près scientifique.

L'échelle de juridicité comporte ainsi onze échelons traduits en huit niveaux d'intensité juridique différents :

- ⇒ ① : juridicité nulle
- ⇒ ② : juridicité très faible
- ⇒ ③ : juridicité très faible
- ⇒ ④ : juridicité faible
- ⇒ ⑤ : juridicité faible
- ⇒ ⑥ : juridicité moyenne-faible
- ⇒ ⑦ : juridicité moyenne
- ⇒ ⑧ : juridicité moyenne-forte
- ⇒ ⑨ : juridicité forte
- ⇒ ⑩ : juridicité très forte
- ⇒ ⑪ : juridicité absolue

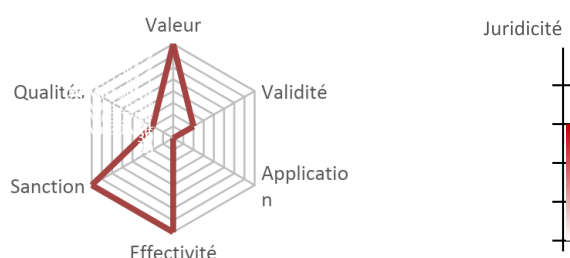
Par exemple, si une norme x répond aux six critères de juridicité de la façon suivante :

- valeur juridique : 4/4
- validité juridique : 1/4
- qualités nomo-juridiques : 1/4
- sanction juridique : 4/4
- application juridique : 0/4
- effectivité : 4/4

Le calcul de son niveau de juridicité est : $(4 + 1 + 1 + 4 + 0 + 4) \div 2,4 = 5,8$.

La force juridique de cette norme x est de niveau ⑥, c'est-à-dire moyenne.

Et il est possible de la représenter graphiquement de la manière suivante :



Les résultats peuvent être exprimés au moyen de ce graphique-type afin de conférer à la force juridique des normes une représentation visuelle, intuitive et ludique. Les trois

critères les plus abstraits en occupent la partie haute (valeur juridique, validité juridique et, dans une moindre mesure, qualités nomo-juridiques) ; les trois critères les plus concrets en occupent la partie basse (effectivité, application juridique et, dans une moindre mesure, sanction juridique). Le lecteur peut ainsi percevoir si la force juridique d'une norme penche du côté de son pôle abstrait et dogmatique, si elle dépend de son côté concret et pragmatique ou si elle est équilibrée.

Par ailleurs, l'échelle de juridicité proposant une voie alternative aux approches binaires et manichéennes selon lesquelles il ne saurait exister de quelconque espace entre le droit et le non-droit, il ne paraît guère souhaitable de faire de l'un des échelons de cette échelle le niveau au-dessus duquel les normes concernées devraient être dites « juridiques » et en-dessous duquel elles devraient être dites « non juridiques ». La théorie syncrétique obligerait en effet à faire le deuil de l'idée d'un seuil de juridicité, d'une frontière nette entre domaine du droit et domaine du non-droit. L'échelle de juridicité ne saurait aller sans conception graduelle du droit ; et cette conception graduelle du droit semble interdire de tracer une quelconque ligne de démarcation entre le droit et les autres systèmes normatifs des sociétés. Seules les normes dont la force juridique est de niveau ① sur l'échelle de juridicité peuvent être qualifiées, sans hésitation, de « non juridiques ». Toutes les autres normes, qu'elles soient absolument ou très faiblement juridiques, possèderaient au moins une dimension juridique et, à ce titre, seraient susceptibles de compter au nombre des objets d'étude des juristes.

Par suite, en procédant ainsi, l'échelle de juridicité évite peut-être de « s'empêtrer dans l'écueil du relativisme total où tout voire n'importe quoi mérite d'être dit juridique »⁴³⁶. En effet, voir en toute norme une règle de droit sans autre forme de procès — ce qui est le point de vue du panjuridisme brut — et distinguer différents paliers de juridicité, donc procéder à une hiérarchisation des normes au départ de leurs forces juridiques respectives, constitueraient deux approches fort différentes quoiqu'aboutissant toutes deux à permettre au scientifique du droit de ne se refuser aucun objet d'étude pour cause de non-juridicité. Quand beaucoup de théories du droit procèdent de conceptions essentialistes, séparant radicalement la normativité juridique des autres formes de normativité, l'échelle de juridicité incite à accepter la réalité d'entrecroisements entre le monde du droit et les autres mondes normatifs — de celui de la morale à celui de la religion en passant par celui de la courtoisie⁴³⁷.

⁴³⁶ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 108.

⁴³⁷ Par exemple, une norme donnée pourrait très bien revêtir un haut niveau de force morale et un faible niveau de force juridique, ou inversement, loin de devoir nécessairement appartenir soit au monde du droit, soit au monde de la morale.

Bien sûr, toutes ces considérations ne mériteraient aucune attention dès lors que l'échelle de juridicité ne produirait que des résultats aléatoires, peu pertinents et/ou inexploitable. Aussi convient-il, avant de songer plus avant aux implications de la juridicité graduelle attachée à cette échelle, de procéder à son expérimentation, à sa mise à l'épreuve, c'est-à-dire de mesurer concrètement la force juridique de quelques « normes-cobayes ».

Ensuite, rien n'interdirait aux juristes de privilégier l'étude des normes fortement ou absolument juridiques, délaissant les normes à la juridicité moins bien assurée. Au contraire du panjuridisme brut, l'échelle de juridicité permettrait ainsi d'affiner le tri entre les phénomènes normatifs et de perfectionner la capacité à motiver le choix de certains objets d'étude au détriment d'autres.

Chapitre 3. L'expérimentation de l'échelle de juridicité

L'instrument de mesure est l'outil le plus essentiel en même temps que le mieux reconnaissable de tout scientifique. Or la vocation de tout instrument de mesure et, plus généralement, de tout accessoire scientifique est d'être mis en pratique afin d'obtenir des résultats concrets et d'en tirer toutes les conséquences. L'échelle de juridicité doit donc être utilisée immédiatement afin de mesurer la force juridique de normes positives, loin des cas d'école et des conjectures. La théorie syncrétique du droit, grâce à cette échelle, répondrait à la définition de la science en tant que domaine de connaissances qui découlent de mises à l'épreuve, de tests et d'expériences. Karl Popper, qui évoquait la « scientificité des théories », liait cette scientificité à la « possibilité d'être testé »⁴³⁸. C'est pourquoi il convient à présent de tester la théorie syncrétique en testant l'échelle de juridicité.

Au terme de l'expérimentation de l'échelle de juridicité, il devrait être possible de répondre à diverses questions dont, par exemple, celle de la possibilité du pluralisme juridique — c'est-à-dire celle de la possibilité que des organisations privées indépendantes des États, indépendantes des « pyramides » publiques, produisent des règles de droit. Ce n'est qu'après avoir obtenu une réponse positive à cette question qu'il deviendrait loisible au chercheur d'entreprendre une étude relative à la réalité du pluralisme juridique, donc relative à la concurrence effective entre puissances publiques et puissances privées dans la production des règles de droit. La théorie syncrétique se présenterait ainsi tel un soubassement conceptuel décisif pour l'étude concrète du pluralisme juridique parce qu'elle permettrait au chercheur en droit d'examiner toutes les normes et toutes les sources de normes, quelles qu'elles soient et sans devoir systématiquement, en présence d'une nouvelle norme, se demander « est-ce du droit ? »⁴³⁹.

⁴³⁸ K. POPPER, *Conjectures et réfutations – La croissance du savoir scientifique*, trad. M.-I. et M. B. de Launay, Payot (Lausanne), 1985, p. 65.

⁴³⁹ Pour s'intéresser à la réalité empirique du pluralisme juridique, il faudrait déjà avoir admis — et plutôt consciemment et explicitement qu'inconsciemment ou implicitement — sa possibilité théorique. Du côté de la possibilité du pluralisme juridique, il s'agit d'interroger une qualité : la qualité juridique des normes produites par les puissances privées. Du côté de la réalité du pluralisme juridique, il s'agit d'interroger une quantité : la quantité de normes juridiques produites par les puissances privées. Or il semble difficile au juriste de juger de la réalité du pluralisme juridique sans s'être au préalable

Les travaux touchant à la réalité empirique du pluralisme juridique peuvent prendre des tournures radicalement différentes en fonction des conclusions retenues à l'issue des recherches relatives à la possibilité théorique du pluralisme juridique. Par exemple, si l'hypothèse de départ était que seules les normes produites ou, du moins, validées par l'État intègrent le monde du droit, il ne serait guère utile de mener quelque enquête de terrain afin de rechercher si le pluralisme des sources du droit existe concrètement puisque, par hypothèse, cette existence serait impossible. Il faut que les manifestations observées soient d'identique nature pour composer un pluralisme. Par conséquent, l'échelle de juridicité pourrait servir de fondement à diverses recherches sur le pluralisme juridique tant, souvent, ces recherches ne s'intéressent qu'à la réalité du pluralisme juridique, ignorant la problématique de sa possibilité bien que celle-ci semble constituer une prémisse décisive.

Mais encore faut-il procéder concrètement à l'expérimentation de l'échelle de juridicité afin d'obtenir quelques enseignements relatifs au périmètre du droit et aux rapports de force juridiques au sein des systèmes de régulation sociale. Cet instrument de mesure se voulant explicite et ludique, les résultats seront présentés de manière systématique en s'appuyant sur le graphique-type précédemment esquissé — qui comporte dans sa partie haute les trois critères de juridicité les plus dogmatiques et dans sa partie basse les trois critères de juridicité les plus pragmatiques. Et la force juridique des normes sera à chaque fois comparée à leur force normative — *i.e.* à leur effectivité matérielle, à leur capacité à modeler *de facto* les conduites humaines et sociales, ce qui renvoie au point de vue de leurs destinataires.

La famille des normes comporterait trois genres principaux : celui des normes naturelles, celui des normes personnelles et celui des normes sociales. En ces pages, seront examinées diverses espèces normatives apparentées au genre des normes sociales, chacune à travers un ou plusieurs spécimen(s) normatif(s) particulier(s). Ainsi les différentes normes retenues en tant qu'exemples — en tant que « normes-cobayes » — proviendront-elles des cinquante-huit formes de normativité ou textures normatives suivantes :

posé les questions « quelles sont les limites de l'objet d'étude ? » et, par suite, « qu'est-ce qu'une règle de droit ? ». Si, à l'aune de l'échelle de juridicité, il s'avérait que toute source de normes sociales serait nécessairement une source de normes juridiques — même si, peut-être, les normes d'origine privée seraient en général nettement moins juridiques que les normes d'origine étatique —, alors le juriste pourrait engager une étude empirique de ces normes d'origine privée.

- la Constitution (n° 1) ;
- la loi (n° 2) ;
- la jurisprudence (n° 3) ;
- le principe fondamental reconnu par les lois de la République (n° 4) ;
- le droit de la collectivité territoriale (n° 5) ;
- le droit de l'État fédéré (n° 6) ;
- le *common law* (n° 7) ;
- le droit de l'Union européenne (n° 8) ;
- le droit du Conseil de l'Europe (n° 9) ;
- le droit international (n° 10) ;
- le règlement (n° 11) ;
- la circulaire et la directive (n° 12) ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (n° 13) ;
- le droit de l'autorité administrative indépendante (n° 14) ;
- l'accord collectif (n° 15) ;
- le règlement intérieur (n° 16) ;
- le contrat (n° 17) ;
- le contrat-type (n° 18) ;
- la coutume (n° 19) ;
- l'usage (n° 20) ;
- la doctrine (n° 21) ;
- l'adage (n° 22) ;
- le droit transnational (n° 23) ;
- la charte et le code de bonne conduite privés (n° 24) ;
- le droit local (n° 25) ;
- la morale (n° 26) ;
- la bienséance (n° 27) ;
- la religion (n° 28) ;
- la loi mafieuse (n° 29) ;
- l'habitude (n° 30) ;
- la règle de groupe (n° 31) ;
- la règle de la tribu (n° 32) ;
- le droit antique (n° 33) ;
- le droit romain (n° 34) ;
- le droit médiéval (n° 35) ;
- le droit nazi (n° 36) ;
- la loi du talion (n° 37) ;
- la spécification technique (n° 38) ;

- la norme comptable (n° 39) ;
- la norme managériale (n° 40) ;
- le mode alternatif de résolution des conflits (n° 41) ;
- le label (n° 42) ;
- le standard (n° 43) ;
- le protocole (n° 44) ;
- l'algorithme (n° 45) ;
- la meilleure pratique (n° 46) ;
- la statistique (n° 47) ;
- le sondage (n° 48) ;
- l'indicateur de performance (n° 49) ;
- le classement (n° 50) ;
- la règle de grammaire (n° 51) ;
- la règle du jeu (n° 52) ;
- la règle de l'art (n° 53) ;
- le suivisme (n° 54) ;
- le *nudge* (n° 55) ;
- la loi économique (n° 56) ;
- la loi physique (n° 57) ;
- la norme personnelle (n° 58).

Nota bene : Les prochaines pages consisteront en une expérimentation de l'échelle de juridicité, donc en une application systématique (par nature répétitive) des critères de juridicité relevés et de la méthode de mesure de la force juridique préconisée. Aussi ces pages n'ont-elles pas vocation à être lues *in extenso* mais davantage à être librement consultées, librement parcourues. Le lecteur pourra, à sa convenance, se concentrer sur quelques-uns des cas normatifs étudiés ou bien s'enquérir uniquement des résultats (le niveau de juridicité obtenu pour chaque norme) sans s'attarder sur les explications fournies.

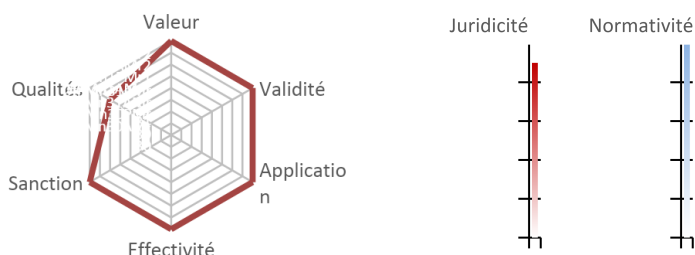
Espèce normative n° 1. — La Constitution

➤ *Premier exemple : l'article 6 de la Constitution française*

• *Norme étudiée* : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



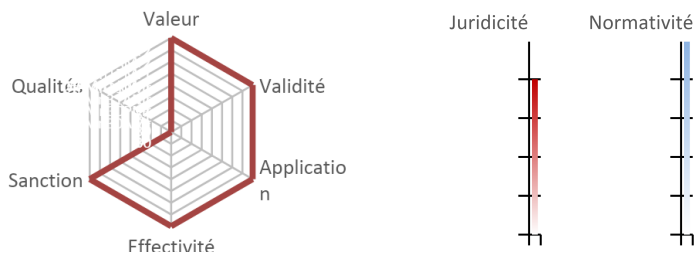
• *Explication* : Cette norme semble très légitime puisqu'elle permet de concrétiser des idéaux républicains et démocratiques en confiant au législateur la compétence de créer les règles applicables aux libertés publiques ; en même temps, elle limite les prérogatives des députés et sénateurs, ce qui s'avère bienvenu au regard des précédents historiques (IV^e République) et du besoin de rationalisation du parlementarisme en France. — Cette norme de niveau constitutionnel est entièrement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, un ordre normatif très développé juridiquement. — Il s'agit d'une norme de procédure, dont l'objet est d'organiser le fonctionnement des institutions et des organes de l'ordre normatif ; elle est obligatoire, donc impérative, prescriptive ; elle est aussi générale, soit abstraite, impersonnelle et permanente ; en revanche, l'expression « garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques » paraît trop vague pour qu'elle puisse être appliquée sans subir de fortes orientations interprétatives, si bien qu'elle ne remplit pas la condition de sécurité juridique. — L'ordre normatif comporte des normes de sanction applicables en cas de non-respect de cette norme (censure par le Conseil d'État des actes réglementaires intervenant dans le domaine des droits civiques et des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques) ; cette sanction est, aujourd'hui, largement effective. — Les organes exécutifs appliquent cette norme lorsque les conditions sont réunies pour qu'elle le soit ; dans les faits, cette interprétation n'est que rarement créatrice. — Cette norme procédurale est par conséquent pleinement effective tant matériellement que symboliquement.

➤ *Deuxième exemple : le préambule de la Constitution*

• *Norme étudiée* : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 » (al. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette disposition peut être jugée très légitime dès lors qu'elle vise à protéger les droits de l'homme ou encore l'environnement. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, donc dans un ordre normatif très développé juridiquement. — S'il s'agit d'une norme de procédure et si elle est obligatoire, ce n'est qu'à cause d'interventions subséquentes des organes exécutifs, mais elle ne revêt pas ces qualités en soi (en tant que contenu normatif porté par un contenant normatif) ; en soi, il s'agit d'une proclamation, déclamation ou déclaration ; l'usage de l'expression « proclame son attachement » introduit un manque de transparence quant à l'effet réellement recherché qui porte atteinte à la sécurité juridique ; dans tous les cas, ne s'agissant pas d'une norme en bonne et due forme, aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli (par définition, l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne se rapportent qu'à des normes). — Le non-respect de cette disposition est, aujourd'hui, visé par des normes de sanction qui sont effectivement appliquées, notamment par le Conseil constitutionnel. — Les organes exécutifs mettent en œuvre cette disposition lorsque les conditions sont réunies pour qu'elle le soit ; ils en font même une application très extensive. — En conséquence, cette déclaration à la grande portée normative est, désormais, largement effective matériellement et pleinement effective symboliquement.

• *Note* : L'extrait du préambule étudié revêt une force juridique très élevée. Il peut sembler normal que ce préambule de la Constitution, texte suprême de l'ordre juridique étatique, supporte une telle disposition. Cependant, antérieurement à la décision de Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (« Liberté d'association »), la juridicité de celle-ci était nettement plus faible. En particulier, son application, son effectivité et l'effectivité de sa sanction n'étaient que partiellement assurées. Aujourd'hui, les textes de loi pouvant interroger les droits de l'homme, la souveraineté nationale ou la défense de l'environnement sont quasi-systématiquement déferés au Conseil constitutionnel afin qu'il

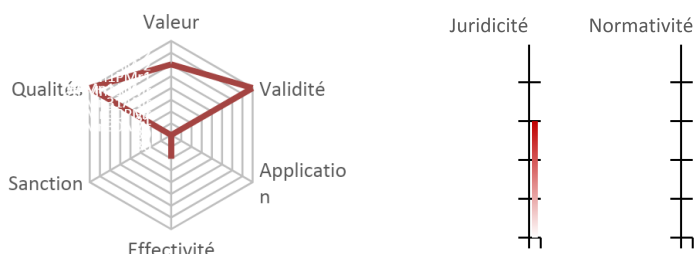
contrôle leur conformité à la Constitution mais aussi à son préambule et, par suite, à l'ensemble du « bloc de constitutionnalité ».

➤ *Troisième exemple : l'article 11 de la Constitution (une disposition non applicable : le référendum d'initiative partagée (point de vue retenu : avant le 1^{er} janvier 2015, date de l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution))*

- *Norme étudiée* : « Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales » (al. 3, entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à son application).

- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

- *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



- *Explication* : La valeur de cette norme peut être jugée relativement importante dès lors qu'elle a pour objet de permettre à la population de se saisir du pouvoir législatif ; toutefois, cela se trouve relativisé par le besoin que l'initiative première provienne d'un cinquième des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat. — Cette disposition d'ordre constitutionnel est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, soit un ordre normatif très développé juridiquement. — Elle s'analyse à la fois telle une règle procédurale, organisant le fonctionnement des institutions et des organes de l'ordre normatif, et telle une règle attributive, créant un droit ou un pouvoir au profit de ses destinataires ; elle est générale et obligatoire (en ce qu'elle interdit d'entraver l'exercice du droit ou pouvoir octroyé) ; elle est précise et satisfait donc l'exigence de sécurité juridique. — Au moment retenu pour l'étude (avant sa mise en application par la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013), cette norme n'était associée à aucune sanction. — De même, à cet instant, aucune autorité exécutive ne l'appliquait. — Elle était donc totalement inefficace matériellement ; symboliquement, elle était l'objet de fortes critiques de la part de ses destinataires qui attestaient du fait qu'elle était loin d'être bien reçue de tous.

- *Note* : Une norme non applicable et donc non appliquée ne saurait profiter d'un degré élevé de force juridique. Le graphique montre que, si elle tend à satisfaire le pan abstrait des exigences de la juridicité, il en va très différemment de leur pan concret. La fin du droit est son application. La règle qui a une existence abstraite mais non une existence concrète ne pourrait être une règle juridique en bonne et due forme, même lorsqu'elle est parfaitement valide dans un ordre étatique et qu'elle est de niveau constitutionnel.

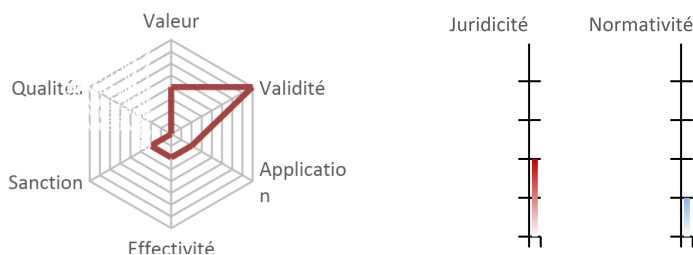
Aujourd'hui, après être entrée en vigueur grâce à la loi organique du 6 décembre 2013, son niveau de juridicité a progressé sensiblement. Toutefois, sa force juridique n'est sans doute pas devenue de plus haut niveau tant cette règle n'est que très rarement mobilisée par ses destinataires — qui sont aussi, s'agissant d'une norme attributive, ses bénéficiaires.

➤ *Quatrième exemple : l'article 87 de la Constitution (une disposition proclamatoire)*

- *Norme étudiée* : « La République participe au développement de la solidarité et de la coopération entre les États et les peuples ayant le français en partage ».

- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 1/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 1/4



- *Explication* : La valeur de cette disposition peut être jugée moyenne : d'une part, il est légitime de promouvoir la solidarité et la coopération entre États et entre peuples ; d'autre part, il ne semble guère bienvenu (cela pourrait même être dangereux), au XXI^e s., de n'avoir d'égards que pour les populations partageant la même culture (en l'occurrence la même langue) au détriment des autres populations. — Cette disposition est à la fois valide formellement et valide matériellement au sein de l'ordre normatif étatique, donc au sein d'un ordre normatif très développé juridiquement. — Il ne s'agit ni d'une norme comportementale, ni d'une norme procédurale, ni d'une norme attributive, mais seulement d'un texte proclamatoire ; par conséquent, aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli (par définition, l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne portent que sur ce qui constitue une norme). — Son excessive généralité fait que ce texte n'est guère sanctionnable et encore moins sanctionné. — *De facto*, il n'est mobilisé que rarement par les autorités exécutives. — Son effectivité, plus forte symboliquement que matériellement bien que nombre de gouvernants puissent ne pas y adhérer, n'en demeure pas moins faible (d'ailleurs, lorsque la République s'enquiert de la situation des États et des peuples ayant le français en partage, ce n'est pas nécessairement sur la base de l'article 87 de la Constitution).

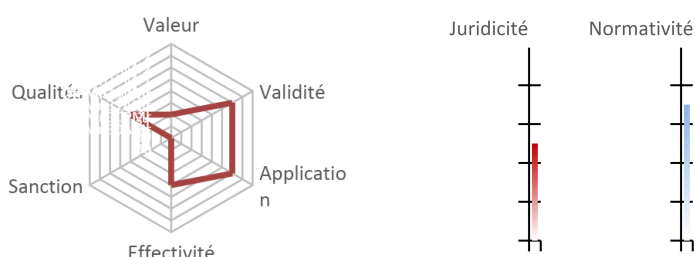
- *Note* : La représentation graphique de cette disposition proclamatoire indique combien elle est naturellement portée à remplir les critères abstraits de juridicité bien mieux que ses critères concrets. Telle serait la vocation des normes à portée symbolique plus que pratique. La conséquence est une force juridique faible. Le droit au sens fort ne saurait se passer de sanction, d'application et d'effectivité. Il semble que, dès lors que la normativité d'une norme est faible, celle-ci ne puisse guère espérer atteindre un haut niveau de juridicité.

➤ *Cinquième exemple : l'article 16 de la Constitution (les pleins pouvoirs du Président de la République)*

- *Norme étudiée* : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances » (al. 1^{er}).

- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

- *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 2/4



- *Explication* : Cette disposition apparaît peu légitime dans un État Républicain (on ne retrouve d'ailleurs guère d'équivalent dans les autres régimes démocratiques) ; la compatibilité des pleins pouvoirs avec l'État de droit est douteuse et ils semblent contraires aux principes politiques supérieurs de séparation des pouvoirs et de démocratie ; néanmoins, leur éventuelle utilité en cas de crise grave mérite d'être soulignée. — Cette norme est valide formellement dans l'ordre juridique étatique ; elle l'est également matériellement puisque, en tant que norme de niveau constitutionnelle, elle se trouve au sommet de la « pyramide » des normes et n'a besoin d'être conforme à aucune règle supérieure ; cela doit néanmoins être relativisé par sa délicate cohabitation avec le reste du « bloc de constitutionnalité », par sa difficile intégration dans l'environnement constitutionnel. — Cette norme peut s'analyser telle une norme de procédure et telle une norme attributive ; elle est générale puisque son destinataire est tout individu occupant la fonction de « Président de la République » ; les conditions de la possibilité de recourir à cette disposition ainsi que les « mesures exigées par les circonstances » susceptibles d'être prises en conséquence sont trop imprécises, ouvrant la voie à un arbitraire contraire à la sécurité juridique ; cela amène à considérer que cette disposition n'est pas obligatoire mais facultative pour son destinataire. — En effet, aucune norme de l'ordre juridique ne prévoit la sanction du non-respect de cette norme, non-respect qui serait difficile à évaluer en raison du manque de précision précédemment évoqué, à moins que cet article 16 soit mobilisé en des circonstances manifestement non exceptionnelles. — Cette règle n'a été appliquée qu'à une seule reprise jusqu'à présent ; mais rien n'indique qu'elle aurait dû l'être plus souvent. — Elle est ainsi plutôt effective matériellement et plutôt ineffective symboliquement.

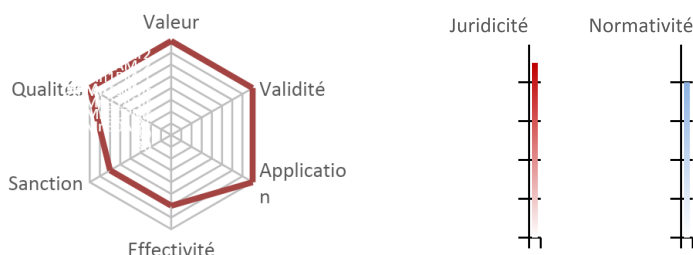
Espèce normative n° 2. — La loi

➤ *Premier exemple : l'article 221-3 du Code pénal (relatif à l'assassinat)*

• *Norme étudiée* : « Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité ».

• *Niveau de juridicité* : 9 (très forte)

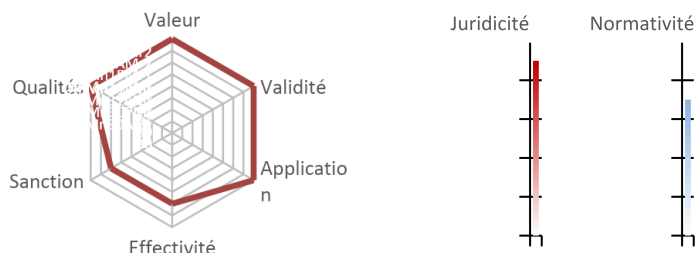
• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette norme ne semble pouvoir qu'être soutenue d'un point de vue axiologique puisqu'elle vise à assurer la paix sociale en prohibant l'assassinat. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre normatif très juridique : l'ordre étatique. — Il s'agit d'une norme de conduite obligatoire et générale clairement compréhensible ; si elle se borne à définir l'assassinat sans disposer expressément que celui-ci est interdit, tel est bien son objet et c'est bien ainsi que ses destinataires la comprennent univoquement dès lors qu'elle est directement associée à une sanction. — Cette disposition prévoit donc la sanction de quiconque ne la respecterait pas : la « réclusion criminelle à perpétuité », une sanction de nature pénale ; l'effectivité de cette sanction est forte sans être parfaite : si, régulièrement, des assassins ne sont pas sanctionnés, cela s'explique par leur faculté à camoufler leurs gestes ou à se cacher et non par un refus des organes juridictionnels de prononcer la sanction, mais cette sanction n'en demeure pas moins pour une part inefficace. — Les juges appliquent systématiquement cette norme lorsqu'ils sont en mesure de le faire. — L'effectivité symbolique ou psychologique de cette norme est très forte tant ceux qui l'enfreignent n'en jugent pas moins souvent qu'ils commettent des actes regrettables ; matériellement ou comportementalement, l'effectivité est forte sans être pleine puisqu'il arrive régulièrement que des assassinats soient commis.

➤ *Deuxième exemple : l'article 1240 du Code civil (relatif à la responsabilité délictuelle du fait personnel)*

- *Norme étudiée* : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».
- *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition, obligeant chacun à réparer les éventuels dommages qu'il causerait à autrui à travers ses agissements, est largement légitime puisqu'elle tend à concrétiser les idéaux de justice sociale et de paix sociale. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre étatique, un ordre normatif très développé juridiquement. — Il s'agit d'une norme de comportement générale et obligatoire ; elle est intelligible et largement connue de ses destinataires qui sont tous les citoyens, donc conforme au besoin de sécurité juridique. — Une sanction accompagne cette norme, c'est-à-dire que son ordre normatif comporte une règle de procédure prévoyant que toute personne y contrevenant sera sanctionnée par une autorité juridictionnelle ; mais cette sanction n'est pas parfaitement effective, pas systématiquement prononcée et exécutée à chaque fois que la norme est violée ; de nombreux individus, lorsqu'ils causent un dommage à autrui, ne sont pas amenés à le réparer, notamment dès lors qu'aucune action en justice n'est engagée par la victime. — Reste que les juges appliquent systématiquement cet article du Code civil lorsque les cas qui leur sont soumis s'y prêtent. — Partant, l'effectivité symbolique de cette norme est très élevée tandis que son effectivité matérielle s'avère plus limitée tant il se trouve beaucoup de situations entrant normalement dans son champ d'application qui néanmoins y échappent.

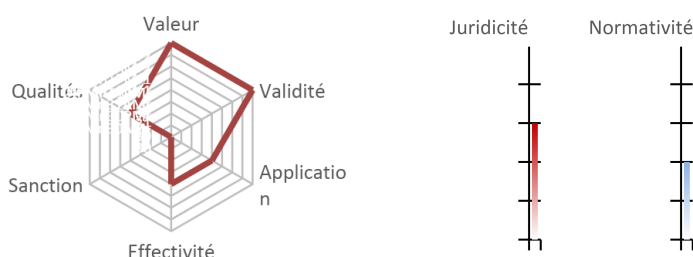
• *Note* : Une telle norme ne possède pas une juridicité absolue car il lui manque la forte normativité sans laquelle une règle perd une part de sa raison d'être. En revanche, du point de vue des critères abstraits, la représentation graphique montre combien il s'agit de l'archétype de la règle de droit.

➤ *Troisième exemple : le principe de précaution dans le Code de l'environnement*

- *Norme étudiée* : « L'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » (art. L. 110-1-II-1° du Code de l'environnement).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 2/4



- *Explication* : Cette norme poursuit l'objectif de protection de l'environnement, lequel ne semble pouvoir être jugé que très légitime. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique. — Il s'agit d'une norme de procédure puisque ses destinataires sont les gouvernants et les administrateurs ; si elle est générale, elle n'est en revanche guère obligatoire mais plutôt déclarative et incitative ; cette absence d'obligatorité n'est d'ailleurs pas sans lien avec son caractère flou puisqu'il est difficile de saisir la portée exacte des concepts de « coût économiquement acceptable » et de « mesures proportionnées ». — La violation du principe de précaution ainsi conçu n'est donc guère l'objet d'une sanction expresse. — Les organes exécutifs appliquent de façon mitigée cette norme ; d'ailleurs, celle-ci donne lieu à des décisions de justice contradictoires, plus ou moins favorables à la défense de l'environnement. — Son effectivité est moyenne ; elle est ô combien effective symboliquement mais beaucoup moins dans les faits où les gouvernants peuvent privilégier d'autres intérêts que l'intérêt environnemental.

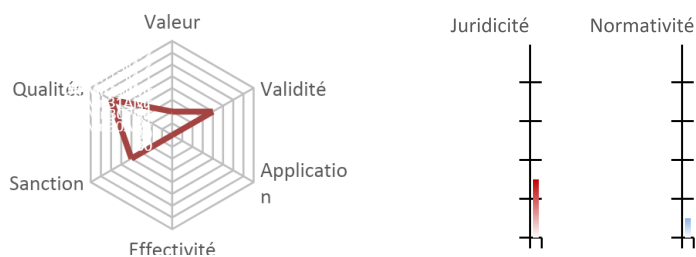
- *Note* : La force juridique du principe de précaution est une question qui, depuis une quinzaine d'années, agite la doctrine. Bien que consacré par la loi, sa juridicité n'est que moyenne. La représentation graphique montre que ce principe rencontre des résistances diverses au moment de sa mise en œuvre, en premier lieu parce qu'il s'avère trop imprécis. Les tergiversations dans les applications juridictionnelles, notamment, l'empêchent d'atteindre un plus haut degré de force juridique.

➤ *Quatrième exemple : l'article 1587 du Code civil (une disposition supplétive de volonté et désuète)*

- *Norme étudiée* : « À l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ».

- *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

- *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 0/4



- *Explication* : Cette norme peut être jugée peu légitime aujourd'hui, provenant d'un autre temps et n'ayant guère vocation à régir les ventes de vin et d'huile au XXI^e s. eu égard aux changements dans les habitudes de consommation par rapport à ce qu'elles étaient au moment de son entrée en vigueur, soit en 1804. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique étatique ; matériellement, outre qu'elle est susceptible de contrevenir à d'autres dispositions régissant les contrats de vente, elle s'appuie sur un usage qui n'en est plus un, ce qui lui interdit toute validité matérielle. — Il s'agit d'une norme de conduite générale ; elle est claire et intelligible ; en revanche, elle n'est pas obligatoire puisque seulement supplétive de volonté. — L'ordre juridique prévoit la sanction de son non-respect, mais cette sanction est inefficace. — Les organes exécutifs n'appliquent guère cette norme désormais désuète. — Son effectivité est excessivement faible sans être nulle, tant matériellement que symboliquement ; les ventes de vin, d'huile ou d'autres produits (dans la très grande majorité des cas dans des supermarchés) n'impliquent que très rarement la possibilité d'y goûter et les destinataires de cette norme, qu'ils soient vendeurs ou acheteurs, ne conçoivent généralement pas qu'ils devraient procéder à une quelconque dégustation avant la vente ; ainsi l'absence de « droit de goûter » n'est-elle pas le fruit de volontés contraires à la norme mais celui d'une ignorance de la norme ; il n'y a plus guère qu'en cas d'achat de vin directement au domaine qu'une dégustation est organisée, mais vendeurs et acheteurs, même dans cette situation, ne considèrent que rarement qu'ils se conforment de la sorte à une prescription du Code civil.

- *Note* : Malgré son caractère supplétif de volonté et surtout sa désuétude, cette disposition parvient tout de même à revêtir une faible force juridique. Pour cela, elle profite de quelques critères d'ordre abstrait : qualités nomo-juridiques, validité formelle et existence de la sanction dans l'ordre normatif. La représentation graphique montre qu'elle n'a, en revanche, quasiment aucune existence dans le pan concret de la juridicité. La question d'une éventuelle disparition de la loi du fait de son inapplication n'est, selon la

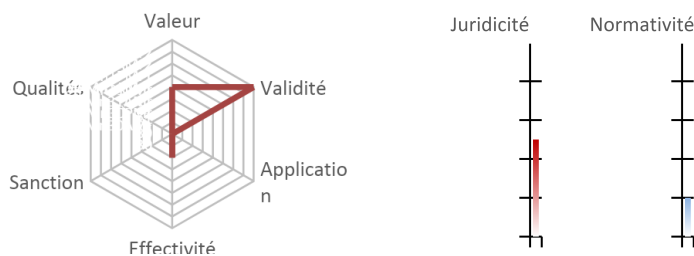
« dogmatique juridique », qu'une problématique factuelle sans rapport avec son existence en droit « positif », cela aussi longtemps qu'aucune norme de l'ordre juridique ne prévoit la disparition juridique de la loi en raison de sa disparition factuelle. Cela n'empêche guère une baisse du niveau de juridicité pour cause de désuétude. Tant qu'elle n'est pas abrogée, la loi demeure « en vigueur », mais une vigueur de plus en plus fébrile.

➤ *Cinquième exemple : une règle de « droit mou »*

- *Norme étudiée* : « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles se fonde la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation » (loi du 25 juill. 1994 relative à la famille, art. 1^{er}).

- *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



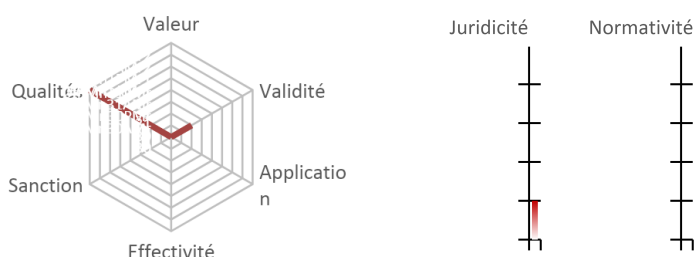
- *Explication* : Cette disposition visant à consacrer la « valeur famille » au niveau législatif peut être jugée relativement légitime ; néanmoins, il est possible de retenir, subjectivement, que cette valeur, certes importante, ne justifie pas d'aller jusqu'à l'ériger en « fondement de la société » ni en « fondement de l'avenir de la nation ». — Il s'agit d'une disposition valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, donc dans un ordre juridique très fortement développé juridiquement. — Elle n'est ni une règle de conduite, ni une règle de procédure, ni une règle attributive ; elle n'est pas obligatoire puisqu'il s'agit d'une disposition proclamatoire, seulement déclarative ; elle ne saurait satisfaire l'exigence de sécurité juridique dès lors qu'il est difficile de saisir les fins et les moyens qui s'y attachent ; elle pèche donc par excès d'imprécision et manque de portée normative ; aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli puisque, par définition, l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne portent que sur ce qui constitue une norme. — L'ordre normatif n'attache pas de sanction à cette disposition qui peut difficilement être violée. — Les organes exécutifs de l'ordre juridique ne la mobilisent que rarement ; ils l'ignorent très régulièrement. — Elle présente une effectivité symbolique moyenne, tant la famille est érigée au panthéon des valeurs par une partie de la population et est délaissée par une autre partie de cette population ; son effectivité matérielle est plutôt faible ; en effet, le sort réservé à la « valeur-famille » au sein de la population est bien davantage la conséquence d'autres formes de normativité que celle d'une mise en adéquation des comportements avec cette proclamation d'ordre législatif.

➤ *Sixième exemple : l'interdiction du port du pantalon (une loi caduque)*

- *Norme étudiée* : « Toute femme désirant s'habiller en homme doit se présenter à la Préfecture de police pour en obtenir l'autorisation. [...] Cette autorisation ne peut être donnée qu'au vu d'un certificat d'un officier de santé » (« loi » du 26 brumaire an IX de la République).

- *Niveau de juridicité* : ② (très faible)

- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 0/4



- *Explication* : Cette norme apparaît illégitime car contraire au principe d'égalité, car elle opère une discrimination négative entre hommes et femmes. — Elle n'est pas valide matériellement dans son ordre normatif de référence puisque la Constitution y consacre l'égalité en droit des femmes et des hommes ; elle semble à moitié valide formellement dès lors que, le 31 janvier 2013, le ministère des droits des femmes a publié un communiqué afin d'indiquer que ce texte était « implicitement abrogé » ; or l'abrogation implicite est difficile à retenir sous l'angle de la validité formelle. — Cette norme est une norme de conduite obligatoire et générale ; elle est également claire et intelligible, satisfaisant le besoin de sécurité juridique. — Aucune sanction n'est prévue dans l'ordre normatif en cas d'infraction à cette disposition ; infraction qui est d'ailleurs devenue la « norme ». — Les organes exécutifs n'appliquent aujourd'hui en aucun cas cette norme. — Actuellement, son effectivité est nulle autant symboliquement que matériellement.

- *Note* : Il s'agit ici d'un cas d'école. Le terme « loi » doit être compris au sens large puisque le texte en cause est, en réalité, une ordonnance du préfet de police de Paris. Il n'a été appliqué que dans 81 communes du département de la Seine. Par ailleurs, peut être noté, en guise d'anecdote, que deux circulaires de 1892 et 1909 ont assoupli cette règle en autorisant le port du pantalon « si la femme tient par la main un guidon de bicyclette ou les rênes d'un cheval ».

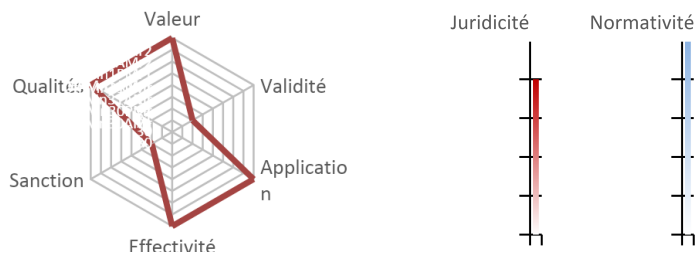
Espèce normative n° 3. — La jurisprudence

➤ *Premier exemple : un principe général du droit*

• *Norme étudiée* : « Le commerce et l'industrie sont libres » (Conseil d'État, ass., 22 juin 1951, *Daudignac*).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme peut être jugée légitime en ce qu'elle concrétise l'idéal de liberté. — Elle n'est pas valide formellement dans l'ordre étatique officiel puisque celui-ci défend aux magistrats de produire des règles de droit à portée générale ; la décision d'un juge ne saurait donc régler une question de droit pour l'avenir et ne s'applique en principe qu'au cas jugé ; or une norme non valide formellement dans un ordre normatif est nécessairement non valide matériellement dans cet ordre ; en revanche, cette norme pourrait s'analyser comme valide tant formellement que matériellement dans une forme d'ordre normatif étatique implicite ou parallèle : l'ordre jurisprudentiel, un ordre normatif nettement moins développé juridiquement que l'ordre étatique officiel ; la jurisprudence n'existe pas dans la « pyramide » des normes étatique où il ne se trouve que des décisions juridictionnelles à portée individuelle au niveau du seuil, mais la jurisprudence donne lieu à sa propre « pyramide », laquelle repose sur des fondations beaucoup moins solides. — Il s'agit d'une norme attributive générale qui est suffisamment claire et intelligible ; elle est aussi obligatoire en ce qu'elle interdit de poser des barrières à l'exercice de cette liberté, ce qui est d'autant plus important qu'elle vient à la suite d'une époque au cours de laquelle il était possible de limiter le commerce et l'industrie. — Ce n'est que l'ordre normatif jurisprudentiel, un ordre implicite et peu développé juridiquement, qui prévoit la sanction du non-respect d'une telle norme jurisprudentielle. — Le paradoxe de la jurisprudence est que les organes exécutifs étatiques appliquent les normes jurisprudentielles alors pourtant que celles-ci ne sont pas valides dans l'ordre étatique officiel ; sans cette application, d'ailleurs, la jurisprudence disparaîtrait ; ici, les organes exécutifs appliquent cette norme lorsque les conditions sont réunies pour qu'elle le soit ; il faut rappeler que, dans le critère de l'application juridique, l'origine formelle et la validité de la norme sont indifférentes. — Aujourd'hui, cette norme est parfaitement acceptée et ses destinataires la respectent tant matériellement que symboliquement.

• *Note* : Les révolutionnaires de 1789 se sont méfiés des tribunaux et leur ont refusé toute capacité de création juridique. Avec la séparation des pouvoirs, les prérogatives

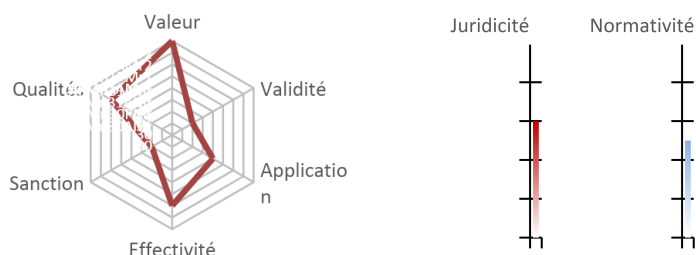
législatives ne devaient appartenir qu'au Parlement, lequel exprime la volonté générale. Selon la loi des 16 et 24 août 1790, « les tribunaux ne peuvent prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture ». Aujourd'hui, le Code civil français interdit, par son article 5, les arrêts de règlement : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Pourtant, malgré cette prohibition expresse de la jurisprudence (comprise comme production juridictionnelle de normes à portée générale et impersonnelle), il est indéniable qu'elle constitue une source du droit — et non la moindre. Par conséquent, il semble que la jurisprudence forme un ordre normatif particulier distinct de l'ordre étatique officiel dans lequel aucun statut ne lui est accordé. Cela n'empêche guère le principe général du droit étudié de posséder une juridicité forte.

➤ *Deuxième exemple : un objectif à valeur constitutionnelle*

- *Norme étudiée* : « L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 1/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 3/4



- *Explication* : Cet objectif à valeur constitutionnelle semble fort légitime d'un point de vue axiologique puisqu'il a vocation à favoriser la sécurité juridique et à diminuer l'arbitraire dans l'application des normes. — À nouveau, s'agissant d'une jurisprudence, cette règle n'est pas valide dans l'ordre étatique officiel, où la Constitution n'attribue pas au Conseil constitutionnel la compétence de créer du droit, mais seulement dans l'ordre normatif jurisprudentiel, un ordre bien moins développé que l'ordre étatique officiel ; si le Conseil attache cet objectif à valeur constitutionnelle aux articles 4, 5, 6 et 26 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il n'en fait pas moins œuvre créatrice ; « le Conseil constitutionnel a une gomme mais il n'a pas de crayon », explique son ancien président Jean-Louis Debré. — Est en cause une norme de procédure, organisant le fonctionnement des institutions et des organes de l'ordre normatif ; celle-ci est générale et obligatoire ; paradoxalement, le caractère par trop général de sa formulation la rend imprécise car il est difficile d'en mesurer les implications, notamment de séparer ce qui est univoque et ce qui est équivoque ; en cela, il s'agit bien d'un objectif plus que d'une

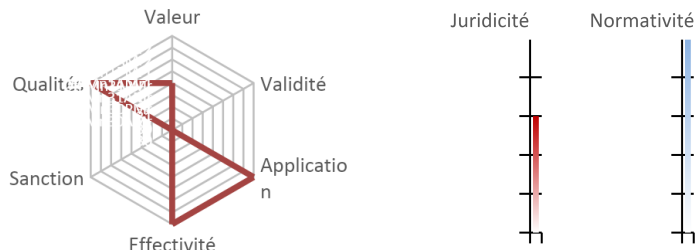
norme claire et précise. — Seul l'ordre normatif jurisprudentiel prévoit la sanction du non-respect de cet objectif à valeur constitutionnelle, une sanction qui n'est que moyennement effective. — Le Conseil constitutionnel applique ce principe en opportunité, au cas par cas, donc sans que cela soit systématique. — Pareille norme est entièrement effective symboliquement ; elle l'est moins matériellement puisque des textes de loi abscons sont régulièrement adoptés.

➤ *Troisième exemple : une jurisprudence du Conseil constitutionnel*

- *Norme étudiée* : « Le Conseil constitutionnel est incompétent pour contrôler la conformité d'une loi par rapport à un traité » (décision n° 75-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



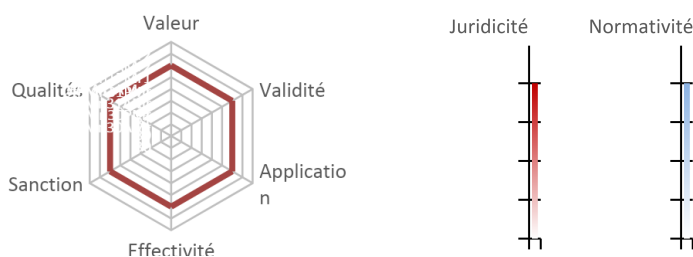
- *Explication* : Cette disposition ne paraît ni louable ni détestable en termes axiologiques. — Elle n'est valide ni formellement ni matériellement dans l'ordre étatique officiel puisque c'est normalement à la Constitution d'attribuer au Conseil constitutionnel ses compétences et d'arrêter leurs limites ; si la Constitution confie au Conseil constitutionnel la mission de veiller à son respect et si le Conseil déduit la présente règle de l'article 61 de ce texte, il n'en fait pas moins œuvre créatrice ; la validité de la norme étudiée ne saurait donc exister qu'au sein d'un ordre normatif implicite : l'ordre jurisprudentiel ; cet ordre normatif se révèle excessivement peu développé puisque le même organe est à la fois source et destinataire de la norme, une norme qu'il doit par ailleurs appliquer. — Il s'agit d'une norme de procédure ; elle est générale puisqu'elle vise l'institution qu'est le Conseil constitutionnel, quelles que soient les personnes y occupant des fonctions ; elle est obligatoire et suffisamment claire, précise et accessible à ses destinataires qui sont normalement des spécialistes du droit constitutionnel. — Il revient au Conseil constitutionnel de sanctionner le non-respect de cette norme dont il est le destinataire et la source ; ce conflit d'intérêts porte atteinte au critère de la sanction et il ne paraît pas possible de retenir l'existence d'une sanction. — Le Conseil constitutionnel, issu d'un ordre normatif très développé juridiquement, applique indéfectiblement cette règle (il faut rappeler le paradoxe de la jurisprudence qui est valide dans un ordre normatif peu ou nullement développé mais néanmoins mise en œuvre par des organes exécutifs attachés à des ordres normatifs très développés). — Cette norme est très bien acceptée, très effective tant matériellement que symboliquement.

➤ *Quatrième exemple : une jurisprudence du Conseil d'État*

• *Norme étudiée* : « Les annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir n'ont pas, automatiquement, un effet rétroactif » (Conseil d'État, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



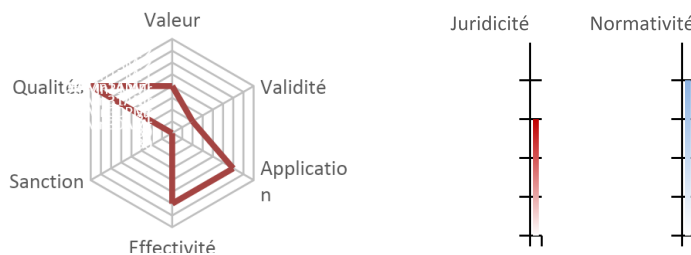
• *Explication* : Cette norme semble légitime puisqu'elle poursuit un objectif de sécurité juridique ; néanmoins, en retenant que les annulations n'ont pas « automatiquement » un effet rétroactif, elle ouvre la voie à des interprétations diverses et incertaines. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre jurisprudentiel particulier : celui du droit administratif, lequel est plus développé, plus complet et cohérent, que dans beaucoup de branches du droit. — Il s'agit d'une règle de procédure qui est générale ; la nuance qu'introduit le recours à l'adverbe « non automatiquement » fait douter de son obligatorité ainsi que de sa capacité à satisfaire le besoin de sécurité juridique puisque, au terme de cette jurisprudence, la non-rétroactivité des annulations d'actes pour excès de pouvoir est incertaine ; il est délicat de savoir quels sont les cas dans lesquels la rétroactivité ne doit pas jouer et sur quels critères le juge doit se baser pour statuer. — L'ordre normatif jurisprudentiel propre au droit administratif prévoit la sanction du non-respect de cette norme, une sanction qui est effective. — Les autorités exécutives étatiques l'appliquent, mais avec quelques hésitations et tergiversations. — Il en résulte, puisque ce sont ces organes exécutifs qui sont les destinataires de cette norme de procédure, que son effectivité tant matérielle que symbolique est élevée sans être totale.

➤ *Cinquième exemple : une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

• *Norme étudiée* : « Le droit du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (Cour de justice des communautés européennes, arrêt du 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



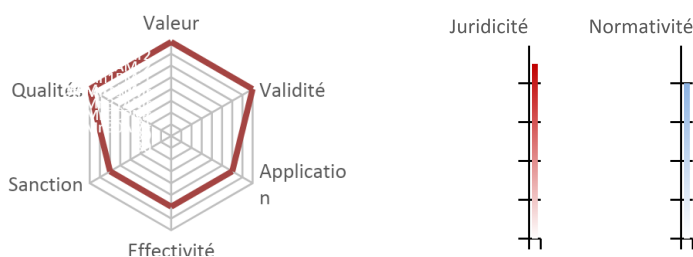
• *Explication* : Cette norme ne paraît devoir être jugée ni « bonne » ni « mauvaise » d'un point de vue axiologique. — Elle n'est pas valide formellement dans l'ordre de l'Union européenne ni dans l'ordre étatique car ces systèmes normatifs défendent aux organes juridictionnels de produire des règles à portée générale ; elle ne saurait donc être valide que dans un ordre jurisprudentiel peu développé. — Il s'agit d'une norme de procédure générale, obligatoire, claire et précise. — En cas de non-respect de cette norme par ses destinataires (les États), la CJUE peut les sanctionner, mais seulement en vertu d'un ordre normatif jurisprudentiel qui est fort peu développé ; par ailleurs, cette sanction est largement ineffective. — Les organes exécutifs étatiques n'appliquent pas tous cette norme, laquelle est plus systématiquement appliquée dans l'ordre normatif de l'Union européenne, un ordre aussi développé juridiquement que celui d'un État. — Cette norme procédurale est donc, puisque lesdits organes exécutifs sont ses destinataires, plutôt effective tant matériellement que symboliquement.

➤ *Sixième exemple : un arrêt de la Cour de cassation (une interprétation non créatrice de la loi)*

- *Norme étudiée* : « Le respect de la vie privée s'impose à l'auteur d'une œuvre de fiction » (civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003).

- *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



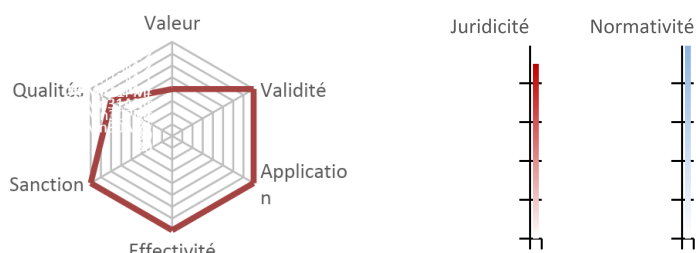
- *Explication* : Cette norme poursuit un objectif ô combien légitime : la protection de la vie privée des personnes. — Il ne s'agit pas exactement d'une jurisprudence comprise comme création juridictionnelle d'une nouvelle règle de droit mais d'une simple application non créatrice d'une norme préexistante à un contexte précis ; dès lors, la norme étudiée est bien celle portée par l'article 9 du Code civil et non une nouvelle norme produite par la Cour de cassation ; cette norme est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre étatique officiel, peu important en l'occurrence que celui-ci attribue à la Cour de cassation une compétence de juge de la légalité mais non la compétence de créer des règles de droit originales. — Est en cause une norme de conduite, donc une norme qui définit un comportement que ses destinataires doivent, peuvent ou ne peuvent pas adopter ; cette norme est générale et obligatoire ; elle est claire et précise, accessible à ses destinataires. — S'agissant d'une simple application circonstanciée de l'article 9 du Code civil, elle s'associe automatiquement à la norme de sanction accompagnant cet article 9 ; cette sanction est toutefois imparfaitement effective car diverses atteintes à la vie privée dans des œuvres de fiction ne sont pas sanctionnées. — Les tribunaux suivent le plus souvent cette interprétation, sans que cela soit néanmoins systématique. — Cette interprétation normative est, de temps à autre, violée par des auteurs d'œuvres de fiction, plus ou moins directement puisqu'ils changent habituellement les identités des protagonistes sans que cela n'empêche d'y reconnaître des faits réels ; l'effectivité symbolique est donc forte quand l'effectivité matérielle est plus mitigée.

➤ *Septième exemple : une condamnation par un tribunal*

• *Norme étudiée* : « M. X est condamné à x euros de dommages et intérêts ainsi qu'aux dépens ».

• *Niveau de juridicité* : 9 (très forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



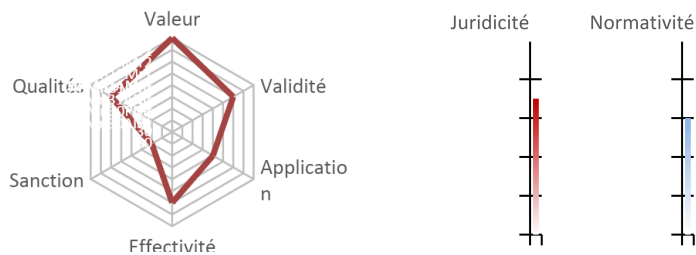
• *Explication* : Cette condamnation par un tribunal, norme à portée personnelle, ne saurait être jugée « bonne » ou « mauvaise » en l'absence d'autres précisions quant aux faits en cause. — Elle est entièrement valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique étatique ; elle se situe au « seuil » de la « pyramide » des normes. — Il s'agit d'une norme de comportement pour certains de ses destinataires et d'une norme attributive pour d'autres ; elle est tout à fait claire et précise, ainsi qu'obligatoire ; en revanche, elle n'est pas générale ni impersonnelle mais individuelle : son destinataire est M. X. — Le non-respect de cette norme est passible d'une sanction organisée dans l'ordre juridique ; cette sanction peut être considérée comme « supposément effective » dès lors que, dans les cas similaires, les sanctions sont généralement prononcées en cas de non paiement des dommages et intérêts. — Les autorités exécutives appliquent cette norme individuelle, même si elle ne doit l'être qu'une seule fois. — En supposant que M. X accepte sa condamnation et paie les dommages et intérêts, la norme est effective symboliquement et matériellement ; elle ne le serait que matériellement s'il n'acceptait pas sa condamnation, la jugeant injuste ; elle ne le serait pas du tout si, en outre, il refusait de payer les dommages et intérêts autrement que sous la contrainte.

➤ *Huitième exemple : une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*

• *Norme étudiée* : « La Cour condamne la France [car] l'accusé n'a pas disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict prononcé à son encontre » (arrêt du 10 janv. 2013, *Agnelet c/ France*).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 1/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette condamnation peut être jugée très légitime dès lors qu'elle est motivée par le droit à un procès équitable, par la norme selon laquelle toute décision de justice en matière criminelle doit être précisément motivée, par le fait que l'institution du jury populaire n'est pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce jury est généralement dans l'incapacité de motiver en droit sa décision. — Cette norme individuelle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif conventionnel du Conseil de l'Europe, lequel atteint un haut niveau de développement qui est cependant inférieur à celui d'un ordre étatique. — Il s'agit d'une norme de conduite dont le destinataire est l'État condamné ; elle est obligatoire mais non générale puisqu'elle vise individuellement un État donné ; elle satisfait l'exigence de sécurité juridique : elle est claire, précise et compréhensible. — Le système de sanction en cas de non-respect de cette condamnation (c'est-à-dire si l'État venait à l'ignorer) est très insuffisant. — De même, son application par les autorités exécutives, conventionnelles mais aussi étatiques, est aléatoire. — Son effectivité symbolique est forte ; son effectivité matérielle l'est moins.

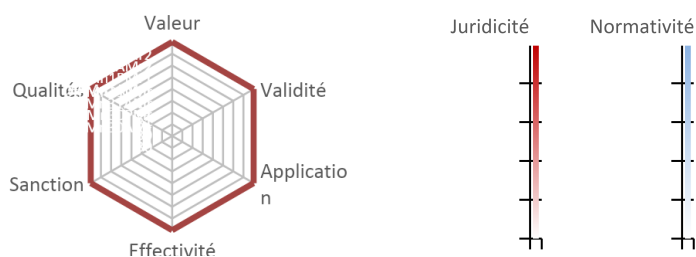
Espèce normative n° 4. — Le principe fondamental reconnu par les lois de la République

➤ *Exemple : la liberté d'association*

• *Norme étudiée* : « Chacun est libre de créer, d'adhérer ou de refuser d'adhérer à une association ».

• *Niveau de juridicité* : 10 (absolue)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme permet de concrétiser différents idéaux républicains et en premier lieu l'idéal de liberté. — Elle est parfaitement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre juridique étatique grâce à un double renvoi ; en effet, elle a été consacrée par la loi du 1^{er} juillet 1901 à laquelle le préambule de la Constitution de 1946 offre une continuité grâce à l'expression « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ; or ce préambule de 1946 fait actuellement partie du droit positif puisque le préambule de la Constitution de 1958 y fait référence ; le Conseil constitutionnel a confirmé (sans faire œuvre créatrice à cet instant) que le préambule de la Constitution appartient à l'ordre juridique et, plus précisément, au « bloc de constitutionnalité » (décision du 16 juill. 1971, « Liberté d'association »). — Offrant la faculté de créer, d'adhérer ou de refuser d'adhérer à une association, il s'agit d'une règle de conduite obligatoire en ce qu'elle défend de porter atteinte à cette faculté ; de plus, cette règle est générale, claire et aisément intelligible. — L'ordre juridique comporte des normes de sanction en cas d'entrave à cette liberté ; cette sanction est effectivement appliquée et, notamment, les lois contraires à la liberté d'association sont censurées par le Conseil constitutionnel. — L'ensemble des organes exécutifs appliquent cette norme sans guère d'hésitation. — Elle est aujourd'hui pleinement effective tant matériellement que symboliquement.

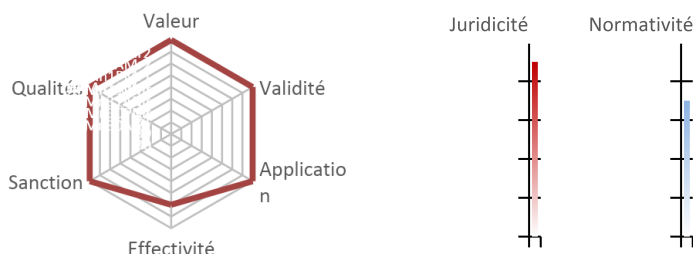
Espèce normative n° 5. — Le droit de la collectivité territoriale

➤ Exemple : une allocation de solidarité

• *Norme étudiée* : « Le département des Bouches-du-Rhône accorde aux familles résidant dans le département, sous conditions de ressources, une allocation forfaitaire et unique en vue de réduire les frais d'inscription de leurs enfants à un séjour en colonie de vacances » (Direction enfance-famille du Conseil général des Bouches-du-Rhône, mai 2012).

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette décision mobilise les valeurs supérieures de solidarité et d'égalité et peut donc être jugée légitime. — Elle est entièrement valide aussi bien formellement que matériellement dans l'ordre normatif de la collectivité territoriale, lequel intègre l'ordre normatif étatique et est par conséquent très développé juridiquement. — Il s'agit d'une norme attributive, soit une norme créant un droit au profit de ses destinataires qui sont les habitants du département des Bouches-du-Rhône ; elle est générale puisque bénéficiant à l'ensemble des familles, sous condition de ressources ; elle est obligatoire ; elle est claire et intelligible. — Une sanction est prévue dans l'ordre normatif en cas de non-respect de cette norme, c'est-à-dire en cas de non-versement de l'allocation aux familles y ayant droit et ayant effectué la demande ; cette sanction semble effective, intervenant dans tous les cas où un recours est effectué. — L'administration de la collectivité applique sans restriction cette norme. — Son effectivité est forte symboliquement mais incomplète matériellement car de nombreuses familles ne profitent pas de cette allocation de solidarité alors pourtant qu'elles y ont droit, cela parce qu'elles ignorent son existence.

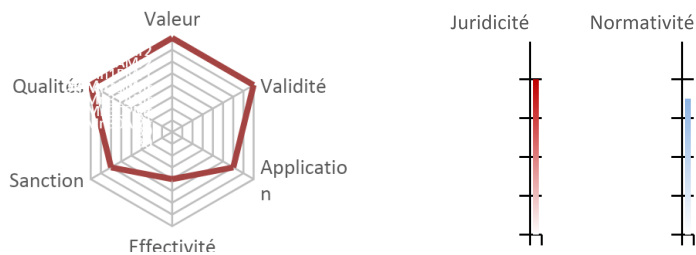
Espèce normative n° 6. — Le droit de l'État fédéré

➤ *Exemple : une loi de l'État de Californie*

• *Norme étudiée* : « La production et la vente de tout produit résultant du gavage forcé d'un animal est interdite » (loi de 2004 du Parlement de Californie).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette norme peut être jugée, subjectivement, légitime en ce qu'elle poursuit l'objectif supérieur de protection des animaux contre toutes les formes de souffrance et de maltraitance. — Elle est pleinement valide, matériellement et formellement, dans l'ordre normatif de l'État de Californie, un ordre normatif très fortement développé. — Il s'agit d'une norme de conduite obligatoire, générale, claire, précise et intelligible. — Des sanctions sont organisées dans l'ordre juridique en cas de non-respect de cette norme ; néanmoins, quelques contrevenants ne sont pas sanctionnés et parviennent à la contourner. — Les organes exécutifs appliquent généralement cette législation ; néanmoins, certains, quoique rares, s'y opposent et tentent de limiter sa mise en œuvre. — Une large majorité des producteurs et vendeurs se conforment à cette interdiction, bien que quelques infractions puissent être observées ; en revanche, symboliquement, toute une frange de ces producteurs et vendeurs s'y opposent.

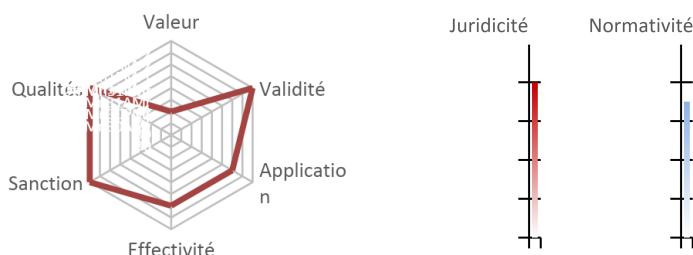
Espèce normative n° 7. — Le *common law*

➤ *Premier exemple : la Constitution coutumière du Royaume-Uni*

• *Norme étudiée* : « Le Premier ministre peut dissoudre la Chambre des communes » (règle coutumière non codifiée).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

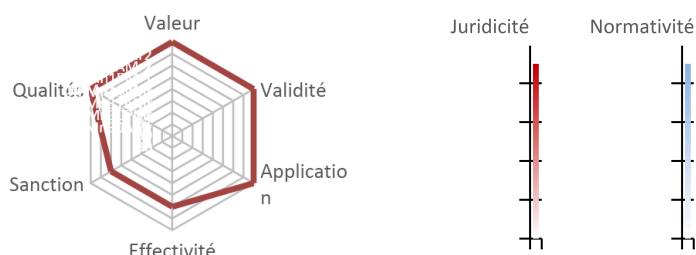
• *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette norme n'est pas compatible avec l'idéal républicain et démocratique de séparation stricte des pouvoirs ; sa valeur, jugée subjectivement, n'est néanmoins pas nulle puisqu'y recourir ou même simplement son existence dans le droit constitutionnel britannique peut permettre de prévenir certains blocages des institutions ainsi que certaines dérives du régime parlementaire. — Cette norme coutumière est entièrement valide formellement et matériellement dans l'ordre juridique du Royaume-Uni, lequel est un système de *common law* au sein duquel la coutume est une source reconnue et « officielle » de droit. — Il s'agit d'une norme procédurale et attributive qui est à la fois obligatoire (il est défendu d'entraver la prérogative octroyée au Premier ministre), générale (elle concerne tout Premier ministre quelle que soit son identité), claire, précise et accessible. — L'ordre juridique associe une sanction à cette règle coutumière qui, néanmoins, peut difficilement être violée ; dès lors, en l'absence de cas de non-respect de la norme non sanctionnés, la sanction peut être jugée effective. — Cette norme est rarement mise en œuvre par le Premier ministre britannique, ce qui empêche que le critère de l'application soit totalement rempli bien qu'il s'agisse d'une possibilité, d'un pouvoir discrétionnaire ; il semble que la norme ne soit pas appliquée dans certains cas où elle mériterait de l'être. — L'effectivité de cette norme procédurale et attributive est matériellement ou comportementalement forte puisque ses destinataires sont libres de la mettre en œuvre ou non et que nul, par ailleurs, n'y porte atteinte ; il faut toutefois prendre en compte le fait qu'elle soit rarement utilisée ; symboliquement ou psychologiquement, l'effectivité est également forte tant cette règle est largement acceptée dans la culture juridique britannique et, en premier lieu, parmi les gouvernants.

➤ *Second exemple : une règle de common law ordinaire*

- *Norme étudiée* : « Le meurtre est illégal » (ancienne et constante jurisprudence de la *Court of Appeal of England and Wales*).
- *Niveau de juridicité* : 9 (très forte)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Condamnant le meurtre, cette norme ne semble pouvoir qu'être jugée légitime car poursuivant les idéaux de justice et de paix sociale. — Elle est pleinement valide dans l'ordre normatif du Royaume-Uni, lequel consacre la qualité de sources du droit de la coutume et de la jurisprudence et lequel est tout autant développé juridiquement que l'ordre normatif d'un pays de droit d'inspiration romano-germanique. — Est en cause une règle de conduite obligatoire, générale, claire et compréhensible sans effort par ses destinataires. — L'ordre juridique organise la sanction du non-respect de cette norme ; toutefois, cette sanction n'est pas pleinement effective puisqu'une part des auteurs de meurtres ne sont pas sanctionnés (ils parviennent à échapper à la justice). — Les tribunaux appliquent systématiquement cette norme dès lors qu'ils se trouvent confrontés à des meurtres dont les coupables sont identifiés. — Cette disposition est très effective symboliquement, la population reconnaissant quasi-unanimement sa légitimité ; matériellement, des meurtres sont néanmoins parfois commis, empêchant l'effectivité d'être parfaite.

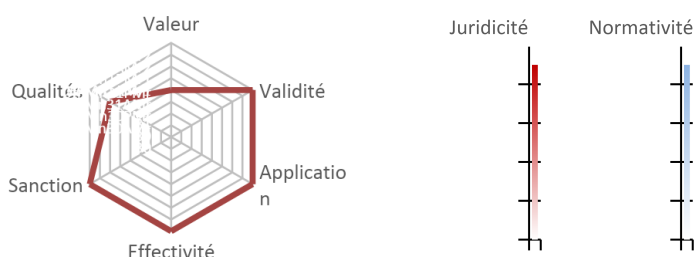
Espèce normative n° 8. — Le droit de l'Union européenne

➤ *Premier exemple : le Traité sur l'Union européenne*

• *Norme étudiée* : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale » (art. 4).

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



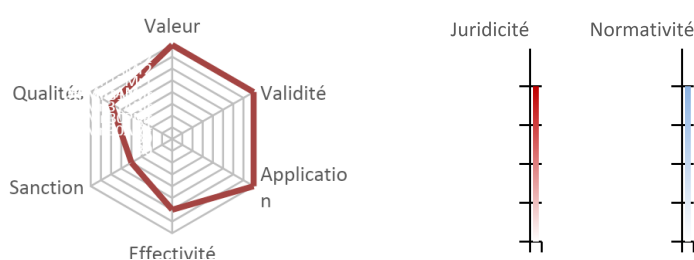
• *Explication* : Cette disposition peut être jugée relativement neutre axiologiquement dès lors qu'on considère, subjectivement, que l'identité nationale et la structure constitutionnelle de chaque État membre pourraient très bien s'effacer au profit d'autres intérêts à l'échelle de l'Union européenne. — Elle est valide à la fois matériellement et formellement dans l'ordre normatif de l'Union ; cet ordre normatif présente un degré de développement juridique très élevé : d'une part, il comporte une proportion élevée de normes de procédure et il remplit, à travers elles, les fonctions de création, d'application et de juridiction ; d'autre part, il est efficace (ses normes, globalement, sont effectives et atteignent leurs objectifs) ; la seule limite de l'ordre normatif de l'Union européenne est sa souveraineté : si l'Union produit un droit substantiel à travers ses institutions dérivées, elle n'est pas totalement libre d'élaborer, modifier et abroger les normes européennes ; les États membres gardent une certaine maîtrise sur l'Union ; cet ordre normatif n'en paraît pas moins devoir être jugé très développé juridiquement. — Est en cause une norme de procédure à la fois générale et obligatoire ; si elle est compréhensible, son caractère flou et l'imprécision de sa portée risquent de susciter un certain arbitraire dans son application, ce qui empêche de remplir l'exigence de sécurité juridique. — L'ordre normatif de l'Union européenne organise la sanction du non-respect de cette norme, une sanction qui est effective. — Les organes exécutifs de l'Union européenne appliquent dans l'ensemble cette norme. — Elle est effective aussi bien symboliquement que matériellement au sein des institutions de l'Union européenne, lesquelles sont ses destinataires.

➤ *Deuxième exemple : une directive européenne*

• *Norme étudiée* : « la teneur limite de phénol pour les utilisations en tant qu'agent conservateur est de 10 mg/kg » (Commission européenne, directive n° 2017/774, 3 mai 2017, *Modifiant, aux fins de l'adoption de valeurs limites spécifiques pour les substances chimiques utilisées dans les jouets, l'annexe II, appendice C, de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets en ce qui concerne le phénol*, art. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 3/4



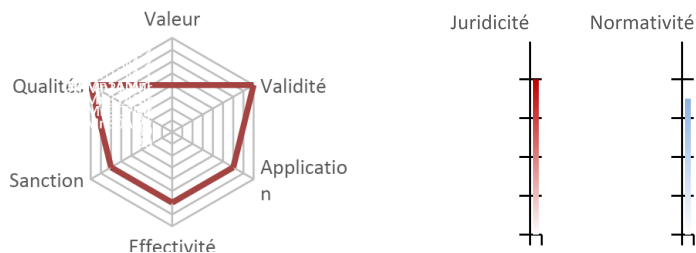
• *Explication* : Visant à protéger la santé humaine et notamment la santé des enfants, cette norme peut être jugée « bonne ». — Elle est parfaitement valide dans un ordre normatif interétatique qui atteint un niveau de développement très élevé, presque équivalent à celui d'un État. — Il s'agit d'une norme de conduite générale que ses destinataires (les fabricants de jouets mais aussi et plus encore les États membres supposés transposer la directive) peuvent comprendre sans peine ; elle est obligatoire à l'égard des États mais non à l'égard des industriels ; et, une fois transposée, ce n'est pas la directive qui devient obligatoire à l'égard des fabricants de jouets mais bien l'acte de transposition national. — Le non-respect de cette norme est l'objet d'une sanction organisée dans son ordre normatif mais qui concerne uniquement les cas de non-transposition de la directive par les États membres ; et l'effectivité de cette sanction est limitée : les États membres tardant à transposer la directive ne sont pas systématiquement ni uniformément sanctionnés. — Les organes exécutifs de l'Union européenne mettent en œuvre cette disposition lorsqu'ils le doivent. — Si la plupart des États se conforment à cette disposition, ce qui signifie qu'ils transposent la directive, des exceptions existent tant sous l'angle matériel que sous l'angle symbolique ; quant aux fabricants de jouets, l'effectivité ne doit pas être mesurée à leur niveau puisque la norme étudiée ne leur est pas directement applicable.

➤ *Troisième exemple : un règlement européen*

• *Norme étudiée* : « Le champ d'application du présent règlement devrait s'étendre à tous les aspects de droit civil d'une succession à cause de mort, à savoir tout mode de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession ab intestat » (Règlement n° 50/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012, *Relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, art. 9).

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : D'un point de vue axiologique, cette disposition ne paraît poursuivre ni porter atteinte à aucune valeur d'essence supérieure. — Elle est valide dans l'ordre normatif de l'Union européenne ; elle l'est également, tant formellement que matériellement (mais sous réserves dépendant de l'État en cause pour l'aspect matériel), dans les ordres normatifs des États membres puisqu'un règlement européen est d'application directe, donc intègre sans modalités particulières les ordres normatifs nationaux. — Il s'agit d'une norme de conduite générale et obligatoire ; elle est claire, précise et accessible. — Le système de sanction en cas de non-respect de cette norme est imparfait : il s'appuie sur les ordres juridiques nationaux mais est moyennement effectif. — Les organes exécutifs nationaux sont parfois tentés de prendre leurs distances avec pareille réglementation ; celle-ci est néanmoins globalement appliquée. — L'effectivité de cette norme est forte sans être pleine, tant matériellement que symboliquement.

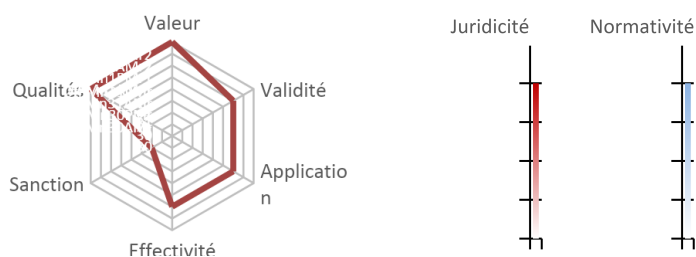
Espèce normative n° 9. — Le droit du Conseil de l'Europe

➤ *Exemple : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 6-1 relatif au droit à un procès équitable)*

• *Norme étudiée* : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette norme apparaît légitime tant elle poursuit un idéal de bonne justice. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre normatif international relativement élaboré mais moins que peut l'être l'Union européenne ou un État. — Il s'agit, sous un angle, d'une norme attributive dont les destinataires sont les citoyens des États parties et, sous un autre angle, d'une norme de procédure dont les destinataires sont les institutions de ces États parties ; elle est générale et obligatoire ; son sens et sa portée ne laissent guère place au doute, si bien qu'elle satisfait à l'exigence de sécurité juridique. — L'ordre normatif du Conseil de l'Europe, plutôt développé, organise la sanction du non-respect de cet article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ; néanmoins, en raison des rouages juridictionnels de certains États parties (parfois volontairement complexes), un certain nombre d'infractions ne sont pas élevées jusqu'à elle et ne sont donc pas sanctionnées. — Dès lors qu'elle en a l'occasion, la Cour européenne des droits de l'homme, organe issu d'un ordre normatif relativement développé, applique le droit à un procès équitable. — La plupart des États respectent ce droit tant matériellement que symboliquement ; on dénombre toutefois quelques exceptions notables.

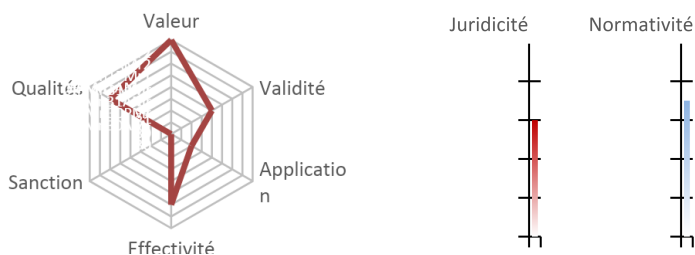
Espèce normative n° 10. — Le droit international

➤ Premier exemple : la Charte des Nations Unies

• *Norme étudiée* : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales » (art. 39).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

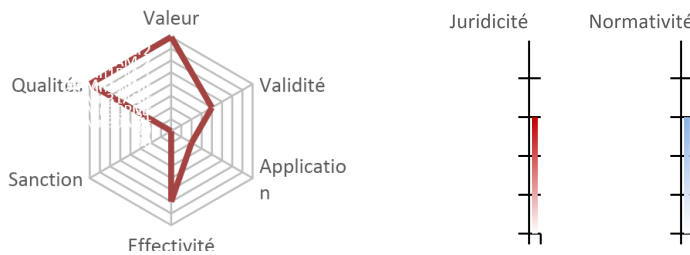
• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition, tirant les leçons des conflits armés mondiaux et régionaux qui ont marqué le XX^e s., poursuit l'objectif ô combien impérieux de maintien de la paix entre les nations. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre normatif inter-étatique dont le niveau de développement juridique est moyen : l'Organisation des Nations Unies comporte nettement moins de normes de procédure qu'un État et remplit plus difficilement qu'un État les fonctions de création, d'application et de juridiction ; de plus, l'ONU n'est pas souveraine et ses interventions normatives sont moyennement efficaces. — La norme étudiée est une norme de procédure générale (elle s'applique à la notion générique de Conseil de sécurité) et obligatoire ; elle pêche par manque de précision, laissant ouverte la possibilité de décisions arbitraires ou aléatoires de la part du Conseil de sécurité. — L'ordre normatif de cette norme ne prévoit pas de sanction pour les cas où elle ne serait pas respectée par son destinataire qui est l'une des institutions de l'ONU : le Conseil de sécurité. — Dans les faits, ce dernier applique cette norme de procédure non sans difficultés, non sans subir les conséquences de différents « blocages » ; or cet organe exécutif prend place dans un ordre normatif moyennement développé. — L'effectivité matérielle de la norme étudiée apparaît ainsi moyenne ; elle semble en revanche forte sous l'angle symbolique.

➤ *Deuxième exemple : la Déclaration universelle des droits de l'homme*

- *Norme étudiée* : « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé » (art. 9).
- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 3/4



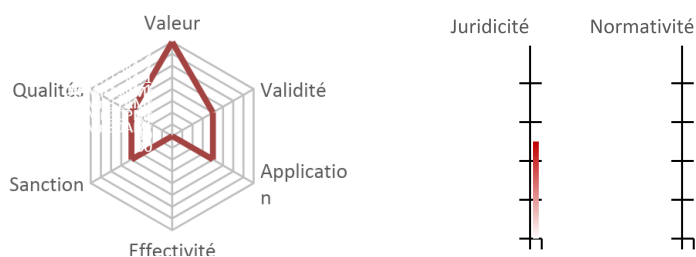
• *Explication* : Cette norme s'inscrit parmi les droits de l'homme ; elle semble à ce titre importante sous l'angle de sa valeur. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif des Nations Unies, lequel est moyennement développé juridiquement. — Cette norme est à la fois une norme attributive (pour les citoyens des États) et une norme de procédure devant orienter le fonctionnement des institutions étatiques ; elle est générale ; elle apparaît aussi claire, précise et compréhensible, même si la portée de la notion d'arbitraire n'est pas la plus aisée à saisir ; elle est, enfin, obligatoire car, dans le critère des qualités nomo-juridiques, l'obligatorité est une qualité intrinsèque à la norme, dépendant de sa formulation ou de sa traduction en termes prescriptifs, non un effet que lui attacherait un ordre normatif grâce à la validité. — Son ordre normatif n'associe pas cette norme à une sanction. — Les organes exécutifs des Nations Unies, ordre normatif moyennement développé, la mobilisent de manière aléatoire et parfois infructueuse lorsque l'occasion leur en est donnée. — L'effectivité de la norme étudiée est forte symboliquement (même dans les régimes autoritaires on affirme que nul ne saurait être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé) ; matériellement, cette effectivité est moyenne car un certain nombre d'États ignorent cette disposition.

➤ *Troisième exemple : une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU*

• *Norme étudiée* : « [Le Conseil] invite les groupes rebelles maliens à rompre tout lien avec les organisations terroristes, notamment AQMI et les groupes qui leur sont affiliés » (Résolution n° 2071 du 20 déc. 2012).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 0/4



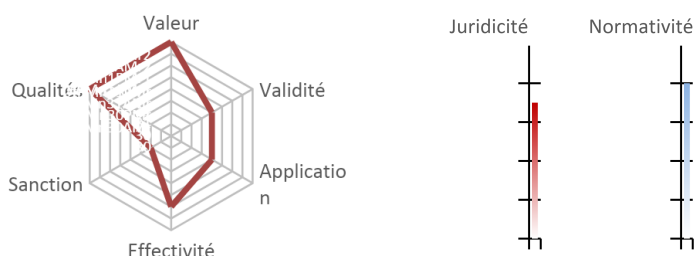
• *Explication* : Cette disposition poursuit des objectifs légitimes de paix et de sécurité. — Elle est valide dans l'ordre normatif onusien, formellement et matériellement ; cet ordre normatif est moyennement développé, loin de présenter les mêmes niveaux d'aboutissement et de complétude qu'un État. — Il s'agit d'une norme de conduite qui n'est ni générale (ses destinataires sont des groupes rebelles maliens précisément identifiés), ni obligatoire (la formulation est incitative en raison de l'emploi du verbe « inviter ») ; en revanche, elle est suffisamment claire et précise. — L'ordre normatif onusien prévoit une sanction en cas de non-respect de cette norme : l'intervention armée ; et cette sanction est effectivement appliquée. — Les organes exécutifs de l'ONU appliquent concrètement cette disposition. — Cependant, celle-ci n'est nullement respectée par ses destinataires qui la jugent illégitime.

➤ *Quatrième exemple : une décision de l'Organisation mondiale du commerce*

- *Norme étudiée* : « Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes » (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, art. 1^{er}, al. 1).

- *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 3/4



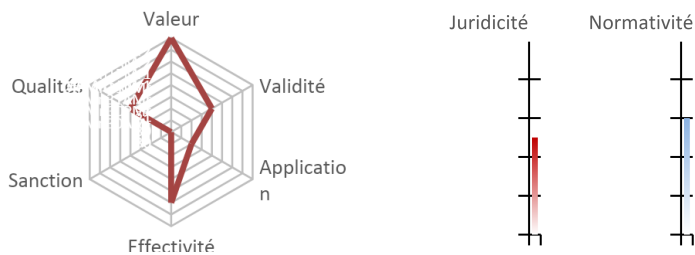
- *Explication* : Cette norme implique les principes de liberté du commerce et de libre concurrence ; elle poursuit aussi, à travers ces principes, l'objectif supérieur de paix entre les nations, ainsi qu'un objectif de développement économique mondial et collectif. — Elle est valide au sein de l'ordre normatif de l'Organisation mondiale du commerce, lequel, interétatique, est moyennement développé. — Il s'agit d'une norme de conduite dont les destinataires sont les États ; elle est générale, obligatoire et suffisamment claire, précise et compréhensible. — Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de cette norme ; leur effectivité est toutefois mitigée. — L'OMC comporte un organe de règlement des différends qui applique effectivement cette disposition. — Cette dernière est largement effective, tant du point de vue matériel que du point de vue formel ; elle ne l'est toutefois pas parfaitement et il existe des conflits et des contestations dans différents secteurs.

➤ *Cinquième exemple : l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015*

• *Norme étudiée* : « Les Parties cherchent à parvenir au plafonnement mondial des émissions de gaz à effet de serre dans les meilleurs délais, [...] et à opérer des réductions rapidement par la suite [...] de façon à parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre » (art. 4).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette disposition est certainement louable sur le plan des valeurs ; elle poursuit l'objectif de développement durable, c'est-à-dire le respect des générations futures et la protection de l'environnement contre les pollutions. — Elle est valide dans un ordre normatif international et même universel qui n'est que moyennement, si ce n'est peu développé juridiquement ; il manque à la fois de souveraineté, d'efficacité et de complétude normative. — La norme étudiée est une norme de conduite obligatoire ; elle n'est pas impersonnelle puisqu'elle n'engage que les États parties à l'accord ; s'exprimant en termes trop généraux, elle ne satisfait guère à l'exigence de sécurité ; elle laisse la porte ouverte à des appréciations très arbitraires de la part des États. — L'ordre normatif relativement superficiel dans lequel cette norme prend place ne prévoit pas de sanctions en cas de non-respect par un ou plusieurs État(s). — Aucun organe d'application international ne la met en œuvre ; ce pourrait être aux organes exécutifs des États de le faire, mais ce n'est le cas que de façon limitée. — Si son effectivité symbolique est très importante, son effectivité matérielle n'est que moyenne ; certains États appliquent avec plus de bonne volonté que d'autres cette disposition.

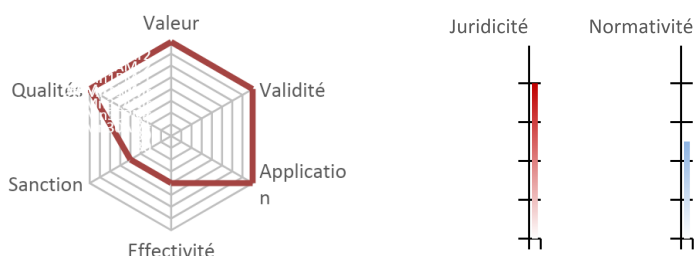
Espèce normative n° 11. — Le règlement

➤ Premier exemple : le Code de la route

• *Norme étudiée* : « Hors agglomération, la vitesse des véhicules est limitée à : 1° 130 km/h sur les autoroutes ; 2° 110 km/h sur les routes à deux chaussées séparées par un terre-plein central ; 3° 90 km/h sur les autres routes » (art. R. 413-2-I).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 2/4



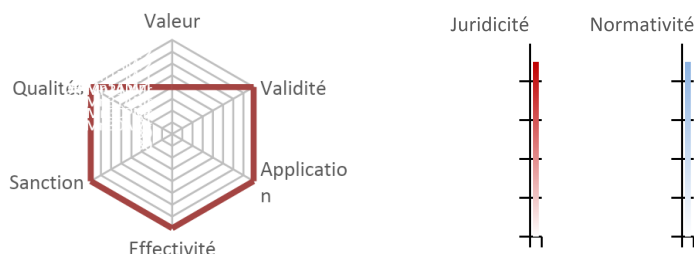
• *Explication* : Cette norme peut être jugée, subjectivement, très légitime en ce qu'elle poursuit un objectif de sécurité routière, un objectif de lutte contre les comportements dangereux et incivils sur la route. — Elle est valide tant formellement que matériellement au sein de l'ordre normatif étatique, donc au sein d'un ordre normatif très développé juridiquement. — Il s'agit d'une norme de conduite qui est obligatoire et générale, ainsi que claire, précise et intelligible. — La sanction du non-respect de cette norme est organisée dans son ordre normatif ; toutefois, elle est peu effective : seule une petite part des infractions sont sanctionnées. — Les organes exécutifs attachés à l'ordre étatique appliquent cette norme sans restriction. — Son effectivité est mitigée tant symboliquement que matériellement : symboliquement, la population se scinde en une partie jugeant cette norme légitime et une partie la jugeant illégitime ; matériellement, la population se divise entre personnes se conformant à la règle et personnes l'enfreignant, préférant ne pas respecter les limitations de vitesse.

➤ *Second exemple : un décret*

• *Norme étudiée* : « Par accord entre les chefs de l'entreprise utilisatrice et de l'entreprise extérieure et les médecins du travail intéressés, l'examen périodique prévu aux articles R. 4624-16 et R. 4624-17 et, pour les salariés agricoles, à l'article R. 717-15 du Code rural et de la pêche maritime, peut être réalisé par le médecin du travail de l'entreprise utilisatrice pour le compte de l'entreprise extérieure » (Décret n° 2012-135 du 30 janv. 2012, *Relatif à l'organisation de la médecine du travail*).

• *Niveau de juridicité* : ⑨ (très forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette disposition apparaît relativement neutre du point de vue des valeurs de l'observateur. — Elle est valide tant formellement que matériellement au sein de l'ordre normatif étatique, donc au sein d'un ordre normatif très développé juridiquement. — Il s'agit d'une règle de conduite obligatoire et générale ; cette règle satisfait l'exigence de sécurité juridique : elle est claire, précise et accessible. — L'ordre juridique étatique sanctionne l'éventuel non-respect de cette norme par ses destinataires ; cette sanction doit être considérée comme effective bien qu'elle ait rarement à intervenir s'agissant d'une possibilité, d'un « pouvoir-être » offert à ses destinataires. — Les organes administratifs appliquent effectivement cette règle. — Son effectivité est entière tant matériellement que symboliquement.

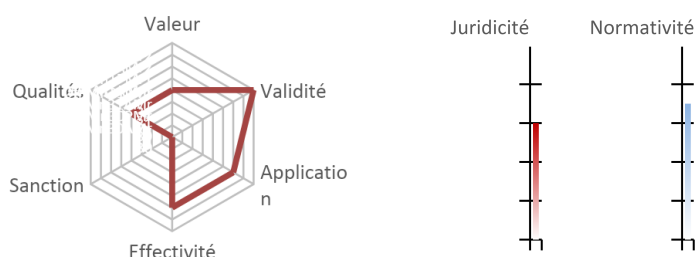
Espèce normative n° 12. — La circulaire administrative

➤ *Exemple : un objectif assigné aux préfets*

• *Norme étudiée* : « L'objectif sera de sortir d'une approche reposant sur une liste fermée de nombreuses actions prédéfinies au niveau national, pour laisser plus de place aux initiatives de terrain s'inscrivant dans les thématiques prioritaires précitées » (Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, Orientations pour la mise en œuvre de la politique publique de l'alimentation sur la période 2013-2017, 16 janv. 2013).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4

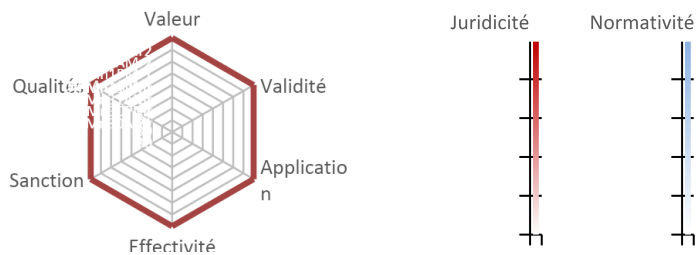


• *Explication* : Cette disposition ne présente guère de spécificité sur le plan des valeurs subjectivement portées par l'observateur. — Elle est pleinement valide dans l'ordre juridique étatique. — Elle consiste en une norme de conduite : donner plus d'importance aux initiatives de terrain et délaisser les actions prédéfinies au niveau national ; elle est générale puisque destinée à tout préfet ; elle n'est pas obligatoire mais seulement déclarative, incitative ou recommandatoire ; en outre, en tant qu'objectif assez vaguement fixé, cette disposition manque de précision et de clarté. — Aucune sanction n'est organisée dans l'ordre juridique puisqu'il s'agit d'un objectif non contraignant. — Les destinataires de cette disposition sont des organes exécutifs liés à l'ordre étatique ; ils poursuivent concrètement l'objectif en question sans en faire toutefois une priorité. — L'effectivité dépend ici de l'application ; elle est donc relativement forte, quoiqu'elle le soit plus symboliquement que matériellement puisque, dans les faits, d'autres considérations peuvent l'emporter sur cet objectif.

Espèce normative n° 13. — La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

➤ *Exemple : l'article premier*

- *Norme étudiée* : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».
- *Niveau de juridicité* : ⑩ (absolue)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cet article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vise à réaliser les idéaux de justice sociale et d'égalité ; il semble donc éminemment légitime. — Il est entièrement valide, formellement et matériellement, dans l'ordre juridique étatique, cela grâce au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui y renvoie (ce que le Conseil constitutionnel a d'ailleurs confirmé par sa décision du 16 juillet 1971). — Il s'agit d'une norme attributive dont les destinataires sont tous les hommes (même s'il ne peut être question que des personnes de nationalité française), ainsi que, mais plus indirectement, d'une norme de procédure régissant les procédés de création du droit ; elle est donc parfaitement générale ; elle est aussi obligatoire, ainsi que claire et suffisamment précise malgré son caractère généraliste. — L'ordre normatif étatique prévoit de différentes manières la sanction du non-respect de cette norme ; et ces sanctions sont effectivement prononcées et appliquées dans les cas où elles doivent l'être. — Les autorités exécutives appliquent sans restriction aucune cette norme lorsque les conditions sont réunies pour qu'elle le soit. — Ses destinataires (qui sont dans les faits essentiellement les pouvoirs publics) la respectent scrupuleusement, que ce soit symboliquement ou matériellement.

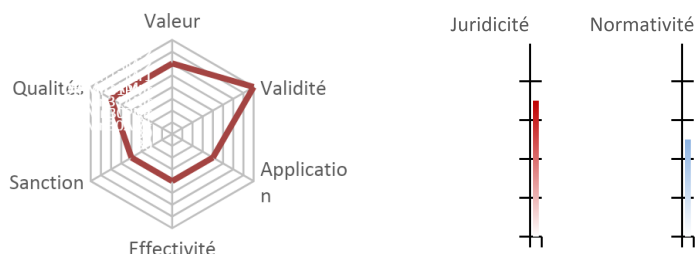
Espèce normative n° 14. — Le droit de l'autorité administrative indépendante

➤ *Exemple : une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel*

• *Norme étudiée* : « La gêne sonore occasionnée par un message publicitaire ne doit pas être supérieure à celle constatée lors d'un changement de chaîne » (CSA, Délibération sur l'intensité sonore à la télévision, 10 oct. 2011).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette norme peut être qualifiée de « plutôt bonne » en ce qu'elle vise à lutter contre les pollutions sonores, lesquelles comptent parmi les plus redoutables de l'époque actuelle. — Elle est valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, un ordre très développé juridiquement ; en effet, la loi du 30 septembre 1986 modifiée prévoit que le CSA régule le secteur de l'audiovisuel notamment au moyen de recommandations. — Il s'agit d'une norme de comportement obligatoire et générale ; elle ne satisfait pas l'exigence de sécurité juridique car la notion de « gêne sonore lors d'un changement de chaîne » est absconse (d'une chaîne à l'autre le niveau sonore peut être très différent, cela dépendant déjà du programme diffusé à cet instant), rendant difficile l'évaluation du niveau de gêne sonore tolérable en matière de publicité. — L'ordre juridique organise la sanction du non-respect de cette norme par le CSA lui-même puisqu'un pouvoir de sanction lui est attribué ; toutefois, cette sanction n'est guère effective, est rarement appliquée aux contrevenants. — Les autorités exécutives (essentiellement le CSA) appliquent cette norme de façon parcimonieuse. — Ses destinataires (les chaînes de télévision) la respectent en partie ; beaucoup l'ignorent ; son effectivité symbolique, en particulier, est au mieux moyenne.

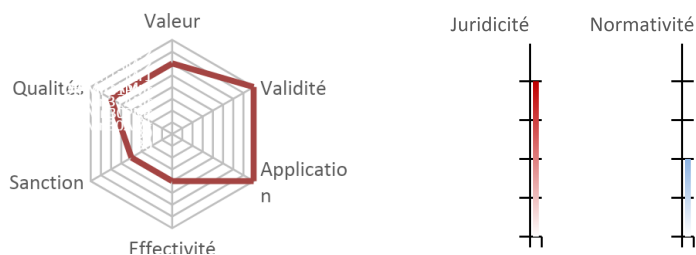
Espèce normative n° 15. — L'accord collectif

➤ *Exemple : une convention collective de travail*

• *Norme étudiée* : « Tout salarié quittant son travail après 22 heures, dans la mesure où il ne dispose pas de moyen de transport en commun, se verra rembourser, sur justificatifs, ses frais réels de taxi » (Convention collective nationale de la restauration rapide du 18 mars 1988, art. 36 b, al. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette disposition apparaît plutôt légitime en ce qu'elle vise à assurer un meilleur traitement des travailleurs dans un secteur réputé précaire. — Elle est valide formellement dans l'ordre juridique de l'État puisque la loi prévoit la signature d'accords collectifs dans nombre de cas, dont le présent ; elle est également valide matériellement. — Il s'agit d'une norme de comportement qui est obligatoire, générale, précise et compréhensible ; cependant, elle n'est pas suffisamment portée à la connaissance des salariés, ce qui nuit à la sécurité juridique. — L'ordre juridique étatique prévoit la sanction du non-respect de cette norme ; dans les faits, cette sanction est cependant plutôt ineffective. — Lorsqu'ils sont mis en situation de le faire, les tribunaux appliquent cette norme. — Son effectivité est moyenne : symboliquement, elle est plutôt forte ; matériellement, elle est plutôt faible ; une part importante des restaurateurs ne la respectent pas et beaucoup de salariés du secteur de la restauration rapide en ignorent l'existence.

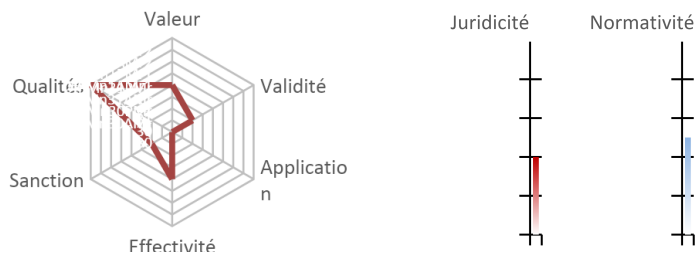
Espèce normative n° 16. — Le règlement intérieur

➤ *Exemple : le règlement intérieur d'une entreprise*

• *Norme étudiée* : « Le parking A est réservé au personnel du bâtiment B. Il est défendu à tout autre membre de l'entreprise d'y stationner ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette disposition est d'ordre purement pratique ; elle semble neutre sous l'angle de sa valeur juridique. — Elle est valide dans un ordre normatif peu développé (celui de l'entreprise, qui est loin de comporter toutes les normes de procédure nécessaires afin d'assurer les fonctions de création, d'application et de juridiction, qui n'est guère souverain et qui est moyennement efficace). — Il s'agit d'une norme de conduite impérative ; sa généralité est discutable mais paraît devoir être retenue : elle vise tout membre du personnel du bâtiment B ainsi que tous les autres membres de l'entreprise quels qu'ils soient ; si elle concerne une entreprise précisément identifiée et un parking déterminé, ses destinataires sont désignés de manière impersonnelle, si bien que chacun est potentiellement susceptible de se retrouver un jour sous l'empire de cette norme ; celle-ci est en outre claire, précise et compréhensible. — L'ordre normatif de l'entreprise prévoit la sanction des contrevenants, mais cette sanction n'est jamais appliquée. — Si les juges (liés à l'ordre juridique étatique, très développé) appliquent le règlement intérieur lorsque cela leur est demandé, une telle demande n'intervient jamais à l'égard des problèmes de stationnement et donc à l'égard de la norme ici en cause ; les organes exécutifs n'ont donc pas l'occasion de l'appliquer. — Des employés stationnent régulièrement sur le parking A sans en avoir le droit ; l'effectivité de la disposition étudiée est moyenne tant matériellement que symboliquement, certains salariés (surtout du bâtiment B) la soutenant et s'y conformant quand d'autres la jugent inutile et la bafouent.

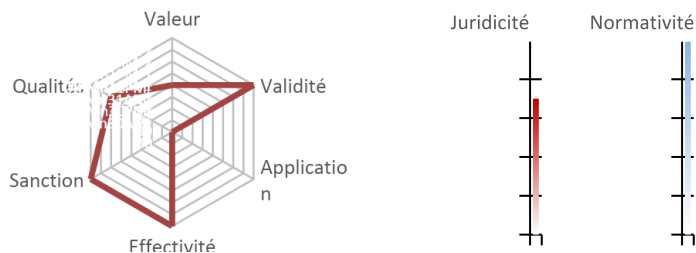
Espèce normative n° 17. — Le contrat

➤ Premier exemple : un contrat de vente

• *Norme étudiée* : « Le montant convenu est remis ce jour par l'acheteur au vendeur, qui lui donne bonne et valable quittance ».

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



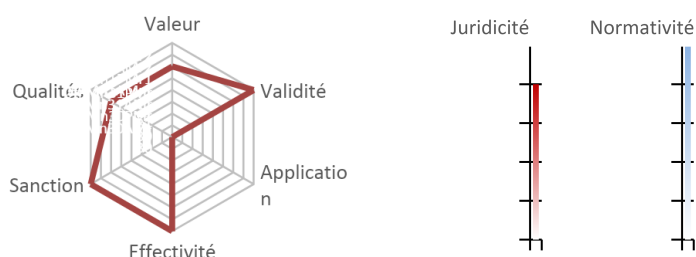
• *Explication* : Cette disposition contractuelle ayant une portée individuelle, elle n'intéresse guère les valeurs de l'observateur extérieur, même s'il est évidemment bienvenu qu'une vente s'accompagne du paiement du prix par l'acheteur au vendeur. — Cette norme est parfaitement valide, tant formellement que matériellement, dans l'ordre juridique étatique, lequel prévoit le recours au contrat de vente par les particuliers. — En réalité, deux normes de conduite obligatoires sont clairement exprimées : payer le prix et donner la quittance ; mais leur portée est individuelle, limitée à un acheteur et un vendeur précisément identifiés. — L'ordre juridique étatique organise la sanction de l'éventuel non-respect de cette disposition contractuelle ; quant à l'effectivité de cette sanction, elle ne fait en l'occurrence aucun doute même si la norme en cause n'a jamais été violée. — Aucun organe exécutif n'a eu à appliquer la clause contractuelle étudiée ; or, concernant le critère de l'application juridique, seul importe le caractère effectif de la mise en œuvre de la norme ; aussi une limite juridique des normes à portée individuelle semble-t-elle être leur absence d'application, sauf en cas de recours juridictionnel afin de demander leur exécution forcée. — La norme contractuelle est parfaitement respectée tant matériellement que symboliquement par les deux parties : le prix est payé et la quittance est donnée.

➤ *Deuxième exemple : une clause de non-concurrence dans un contrat de travail*

• *Norme étudiée* : « En cas de départ de l'entreprise A, le salarié X s'engage à ne pas travailler pour un concurrent de celle-ci pendant une durée de trois années. Cet engagement lui donne droit à une juste compensation financière ».

• *Niveau de juridicité* : ③ (forte)

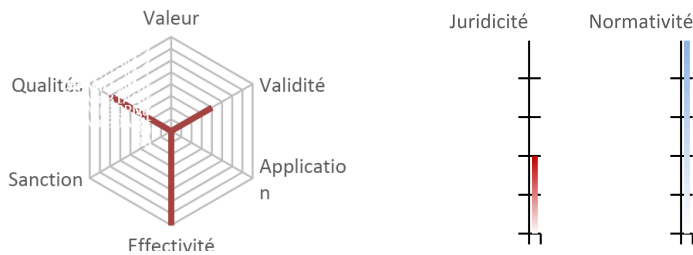
• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Si cette disposition ne concerne que les deux parties au contrat, elle peut néanmoins être jugée plutôt légitime dès lors qu'elle mobilise des valeurs de respect et de loyauté. — Elle est valide dans l'ordre normatif de l'entreprise mais aussi et surtout dans l'ordre juridique étatique, lequel prévoit que les activités des salariés sont régies par des normes fixées dans des contrats de travail et dans des conventions collectives ; en l'espèce, la norme est valide tant au fond que sur la forme. — Est en cause une règle de conduite prescriptive ; celle-ci n'est pas impersonnelle (elle vise le salarié X dans l'entreprise A) mais est suffisamment précise pour que le salarié comprenne quelles décisions lui sont interdites. — L'ordre normatif étatique organise la sanction de l'éventuel non-respect de la clause de non concurrence ; si ce non-respect advenait, il n'est guère douteux que la sanction serait prononcée. — La disposition contractuelle étudiée n'a jamais été appliquée par quelques organes exécutifs. — Dans les faits, la clause de non concurrence est respectée par le salarié X qui la juge légitime eu égard à l'investissement consenti par l'entreprise X.

➤ *Troisième exemple : une clause contra legem*

- *Norme étudiée* : « Objet de la vente : rein de M. X ».
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette stipulation contractuelle paraît revêtir une valeur nulle, peu important que M. X y trouve un intérêt personnel ; elle enfreint des principes de respect de la personne et de la santé humaine. — La norme est valide formellement dans l'ordre juridique étatique, lequel consacre la possibilité de recourir au contrat de vente ; en revanche, elle n'est pas valide matériellement, la vente d'un rein étant prohibée par des normes supérieures : l'article 16-1 du Code civil prévoit que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». — Il s'agit d'une norme de conduite obligatoire, précise et intelligible ; elle n'est pas impersonnelle puisque son unique destinataire est M. X. — Si l'ordre juridique étatique prévoit la sanction de celui qui ne respecte pas un contrat valide, la présente convention n'est pas concernée dès lors qu'elle est illégale. — Nul tribunal n'applique ni ne saurait appliquer le contrat en cause. — La stipulation est entièrement effective, matériellement et symboliquement, car cette effectivité dépend uniquement de la volonté et de l'opinion du contractant, lequel respecte son engagement et se réjouit d'en retirer un bénéfice pécuniaire.

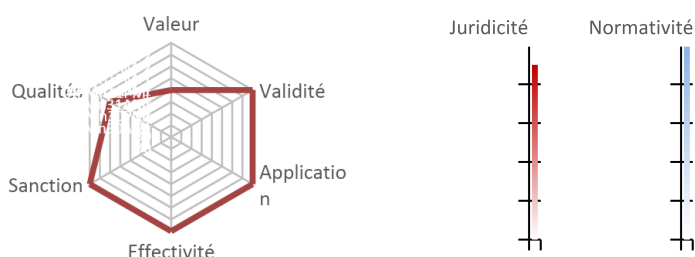
Espèce normative n° 18. — Le contrat-type

➤ Premier exemple : des conditions générales de vente

• *Norme étudiée* : « Si le prix réel est inférieur au prix affiché, nous vous facturerons le montant le plus bas et nous vous enverrons le produit » (Conditions générales de vente d'Amazon EU SARL, art. 4, al. 3).

• *Niveau de juridicité* : 9 (très forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 4/4



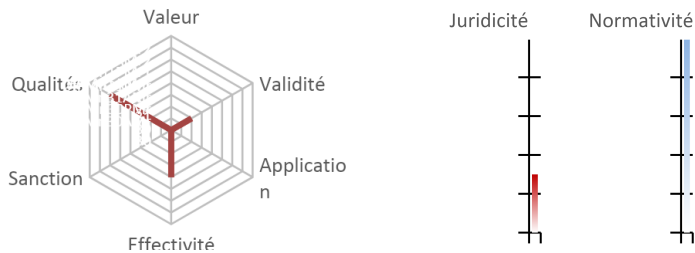
• *Explication* : Cette norme ne présente guère de spécificité en termes axiologiques, bien qu'elle soit profitable aux clients et défavorable au e-commerçant. — Elle est valide dans l'ordre normatif créé par le site de e-commerce et dans lequel les acheteurs s'insèrent ; cet ordre est juridiquement peu développé ; surtout, la norme étudiée est entièrement valide tant formellement que matériellement dans l'ordre normatif étatique, lequel impose aux e-commerçants d'établir des conditions générales de vente. — Il s'agit d'une norme de comportement obligatoire ; elle est claire, précise et accessible ; néanmoins, le fait que les acheteurs n'en prennent que très rarement connaissance nuit à sa qualité ; enfin, elle est générale puisqu'elle vise l'ensemble des clients de l'entreprise de manière impersonnelle ; si cette entreprise est précisément identifiée, elle est la source d'une norme à portée générale de son point de vue, les destinataires de cette norme étant désignés de manière impersonnelle et tout individu pouvant potentiellement être concerné dès lors qu'il en viendrait à effectuer des achats sur le site en question. — L'ordre normatif étatique comporte des normes de sanction en cas de non-respect d'une telle clause contractuelle ; cette sanction est effective. — Les tribunaux appliquent cette norme de manière rigoureuse, bien qu'ils n'aient eu que très rarement l'occasion de le faire. — Son destinataire (le site de e-commerce, qui est également sa source) s'y conforme automatiquement, lui assurant une pleine effectivité.

➤ *Deuxième exemple : des conditions générales d'utilisation*

• *Norme étudiée* : « Vous nous accordez une licence non-exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus que vous publiez » (Conditions générales d'utilisation de Facebook, art. 2-1).

• *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



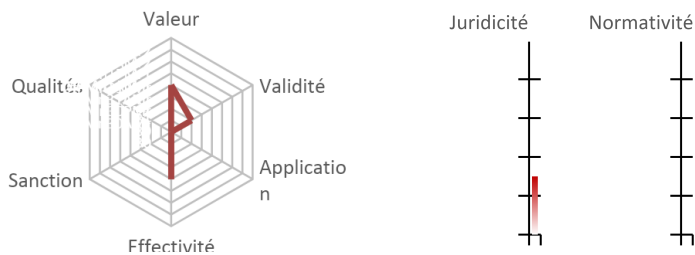
• *Explication* : Cette disposition est contraire à certaines valeurs de respect de la vie privée, de maîtrise des données personnelles et de protection de la propriété intellectuelle. — Elle est valide dans l'ordre normatif peu développé construit par le site web ; dans l'ordre étatique, elle n'est pas valide formellement puisqu'il n'est pas prévu expressément qu'un service de communication au public en ligne tel que Facebook puisse produire des dispositions à portée générale à destination de ses utilisateurs ; elle ne serait dans tous les cas pas valide matériellement puisqu'elle n'est pas compatible avec le principe de respect de la vie privée (art. 9 du Code civil) et avec la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978. — La norme étudiée est une norme attributive, créant un droit au profit du site web ; elle est impérative et générale puisque s'appliquant à tout utilisateur du service quelle que soit son identité (si le service est précisément identifié, il est la source d'une norme applicable à tous ses utilisateurs sans distinction) ; la norme comporte des termes abscons (« transfert », « sous-licence », « redevance ») et est rarement portée à la connaissance des personnes qui souscrivent au service, si bien que l'exigence de sécurité juridique n'est pas satisfaite. — Aucune sanction du non-respect de cette disposition n'est prévue, disposition qui dans tous les cas ne peut être enfreinte puisqu'elle est performative. — Aucune autorité exécutive n'a jamais fait application de cette norme. — Celle-ci est parfaitement effective matériellement puisqu'il est inévitable qu'un acte performatif produise ses effets ; en revanche, elle est très majoritairement jugée illégitime par ses destinataires lorsqu'ils en prennent connaissance, cela assez paradoxalement puisque le modèle économique d'un service de réseautage social dit « gratuit » repose entièrement sur de pareilles conditions générales d'utilisation.

➤ *Troisième exemple : des conditions générales d'utilisation (2)*

• *Norme étudiée* : « Le respect de votre vie privée nous tient à cœur. Notre Politique d'utilisation des données a été établie dans le but de vous informer sur la manière dont vous pouvez utiliser Facebook pour publier des informations et sur la manière dont nous collectons et utilisons votre contenu et vos données personnelles » (Conditions générales d'utilisation de Facebook, art. 1^{er}).

• *Niveau de juridicité* : ② (très faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



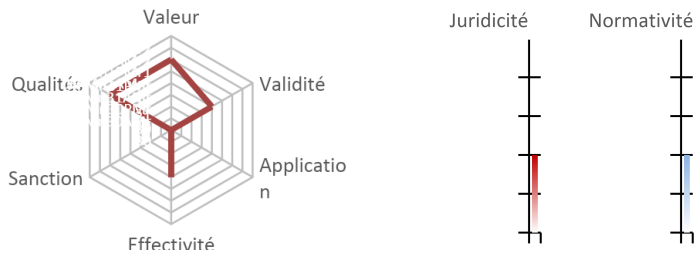
• *Explication* : Cette disposition est étonnante d'un point de vue axiologique : elle fait appel au principe essentiel de respect de la vie privée, mais à des fins non légitimes : masquer la réalité de la réutilisation des données personnelles des utilisateurs du service. — Elle n'est valide formellement et matériellement qu'au sein de l'ordre normatif de l'entreprise concernée, soit un ordre normatif faiblement développé (incomplet procéduralement, ne remplissant que très imparfaitement les fonctions de création, d'application et de juridiction, peu souverain, mais plutôt efficace). — Il s'agit d'une pétition de principe, d'une disposition purement déclarative et informative ; il ne s'agit ni d'une norme comportementale, ni d'une norme procédurale, ni d'une norme attributive ; par conséquent, aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli (par définition, l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne portent que sur ce qui constitue une norme). — Cette disposition n'est attachée à aucune norme de sanction. — Aucune autorité exécutive ne l'applique concrètement. — S'agissant d'une pétition de principe, elle n'a aucune normativité, donc aucune effectivité matérielle, aucune conséquence sur les comportements des utilisateurs du réseau social ; elle présente en revanche une importante effectivité symbolique.

➤ *Quatrième exemple : une licence Creative Commons*

• *Norme étudiée* : « CC-BY-NC - Paternité - Pas d'utilisation commerciale » (l'œuvre peut être réutilisée et modifiée, mais à condition de citer le nom de son auteur et de ne pas en faire un usage commercial).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4

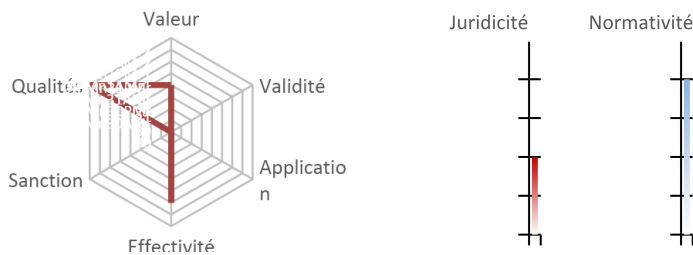


• *Explication* : Cette licence *Creative Commons* semble plutôt légitime en ce qu'elle poursuit l'idéal de liberté et notamment de liberté de création, mais aussi celui de diffusion de la culture, tout en protégeant la propriété intellectuelle à travers l'exigence de respect de la paternité des œuvres. — L'ordre juridique étatique ne prévoit pas la création de dispositions générales en matière de propriété intellectuelle par des sources privées ; la norme étudiée est valide seulement dans un ordre normatif parallèle relativement développé (celui des *Creative Commons* dont l'organisation normative est assez remarquable). — Il s'agit d'une norme de conduite obligatoire et générale puisque censée s'appliquer à tout utilisateur éventuel des contenus ; toutefois, la façon dont elle est exprimée (au moyen de sigles anglo-saxons) n'est justement pas compréhensible de tout utilisateur éventuel des contenus, ce qui porte atteinte à la sécurité juridique. — L'ordre normatif en cause ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de la norme. — Les organes juridictionnels de l'État se refusent à appliquer cette disposition dérogoratoire au droit de la propriété intellectuelle « officiel », lequel est normalement d'ordre public, donc indérogable ; et nul autre organe exécutif ne la met en œuvre. — Cette norme est moyennement effective tant matériellement que symboliquement : de nombreux utilisateurs des contenus sur lesquels la norme *Creative Commons* porte ne s'y conforment guère et, notamment, ne citent pas les noms des auteurs.

Espèce normative n° 19. — La coutume

➤ *Exemple : une coutume en droit de la famille*

- *Norme étudiée* : « Le nom du père est transmis à l'enfant légitime ».
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette coutume semble pouvoir être jugée subjectivement neutre sous l'angle de sa valeur juridique. — Elle n'est pas valide dans l'ordre juridique étatique et n'intègre aucun ordre normatif quelque peu développé. — Cette coutume consiste en une règle de comportement impérative et générale ; elle est suffisamment précise et compréhensible. — Aucune norme d'un ordre normatif minimalement développé n'y attache de sanction en cas de non-respect. — L'administration et les tribunaux, aujourd'hui, n'appliquent guère cette coutume : de leur point de vue, donner le nom du père à l'enfant relève de la liberté des parents et n'est pas une obligation juridique. — Cette coutume est en général suivie par ses destinataires car son effectivité symbolique est forte ; néanmoins, une frange de la population, parce qu'elle est issue de cultures différentes ou parce que les mœurs évoluent, ne la fait pas sienne et, par suite, s'en écarte.

• *Note* : Le fait est présent dans le droit, de tout temps, à travers la coutume. Selon l'article 38.2 du Statut de la Cour internationale de justice, une coutume est « une pratique juridique acceptée comme étant le droit ». Toutefois, il n'existe pas dans l'ordre juridique français de norme secondaire conférant à la coutume le statut de règle valide et la règle ici étudiée ne revêt qu'une faible juridicité, bien que sa normativité (sa capacité à dicter concrètement les comportements de ses destinataires) soit importante. Une coutume peut présenter une force normative très importante et être plus respectée par ses destinataires qu'une loi, elle reste une forme de régulation sociale qui peine à développer sa force juridique.

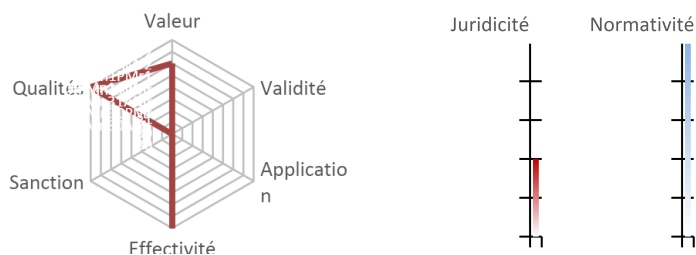
Espèce normative n° 20. — L'usage

➤ *Exemple : un usage en droit du travail (une prime de vacances)*

• *Norme étudiée* : « Dans l'entreprise X, une prime de vacances est systématiquement accordée à tous les salariés à la fin du mois de juin ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : L'octroi systématique d'une prime de vacances apparaît plutôt bienvenu en ce qu'il a vocation à améliorer le niveau de vie des salariés et l'entente cordiale au sein de l'entreprise. — L'usage n'a de validité dans aucun ordre normatif, même pas dans celui de l'entreprise, en raison de son origine informelle. — Il s'agit d'une norme attributive, conférant le droit à une prime de vacances aux salariés ; elle est générale dès lors que ses destinataires sont tous les salariés d'une entreprise ; si cette dernière est précisément identifiée, elle est à l'origine d'une règle impersonnelle, susceptible de s'appliquer à tout nouvel employé ; cette norme est formulée de manière suffisamment claire et précise, malgré son caractère informel (tous les salariés la comprennent à l'identique). — Le non-respect de cet usage n'est l'objet d'aucune sanction organisée dans un ordre normatif minimalement structuré. — Aucun organe exécutif d'un quelconque ordre normatif ne l'applique. — Pour autant, l'usage est parfaitement respecté et, chaque année, la prime de vacances est versée aux salariés.

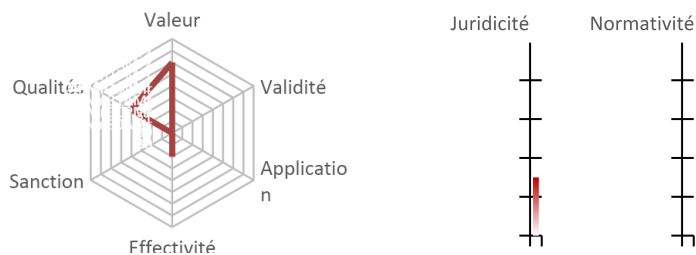
Espèce normative n° 21. — La doctrine

➤ Exemple : une proposition doctrinale

• *Norme étudiée* : Alors que le Code du travail actuel retient la notion de « temps de repos », le Groupe de recherche pour un autre code du travail propose celle de « temps libre » : « La prévisibilité du temps de travail est l'une des questions les plus importantes du droit du travail. Cette prévisibilité évite que le salarié doive se tenir constamment prêt à répondre aux sollicitations de son employeur. Elle est la condition du temps libre » (Groupe de recherche pour un autre code du travail (E. DOCKÈS, dir.), *Proposition de Code du travail*, Dalloz, 2017).

• *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : La présente proposition doctrinale poursuit un objectif plutôt légitime : le bien-être des travailleurs en leur garantissant des périodes de temps libre. — Elle n'est valide dans aucun ordre normatif minimalement développé. — Il ne s'agit ni d'une norme de comportement, ni d'une norme de procédure, ni d'une norme attributive ; il s'agit plutôt d'une analyse, d'une réflexion, d'une proposition normative, d'une proposition de droit ; si sa portée est générale et si elle est suffisamment claire et précise, elle ne présente aucun caractère obligatoire mais relève de l'ordre de l'incitatif et du recommandatoire. — Il n'est nulle part prévu que le non-respect de cette proposition doctrinale puisse être sanctionné. — Aucun organe exécutif n'applique cette proposition doctrinale. — Elle n'est guère effective comportementalement puisque ses destinataires (les pouvoirs publics) ne la concrétisent pas dans le droit positif ; psychologiquement, elle suscite le débat et est donc moyennement effective.

• *Note* : Si la doctrine est souvent présentée telle une source du droit aux côtés de la loi, de la jurisprudence et de la coutume, ce n'est qu'en tant que source matérielle, donc en tant que source d'inspiration et non en tant que source formelle et directe. La juridicité d'une proposition doctrinale ne semble pas pouvoir rivaliser avec celle d'une norme législative, jurisprudentielle ou même coutumière.

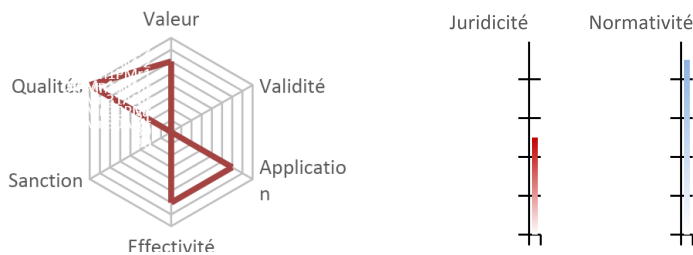
Espèce normative n° 22. — L'adage

➤ *Exemple : un adage classique du droit*

• *Norme étudiée* : « *Specialia generalibus derogant* » (« les lois spéciales dérogent aux lois générales »).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cet adage est relativement important d'un point de vue axiologique : il est au service d'une bonne justice et de la sécurité juridique. — Il consiste en une norme isolée, qui n'appartient à aucun ordre normatif ; il ne présente donc aucune validité. — Il s'agit d'une norme de procédure générale et obligatoire (en soi, donc dans son contenu, non en ce qu'un ordre juridique y attacherait un effet obligationnel) ; de plus, il est compréhensible de ses destinataires qui sont des juristes, en particulier des juges et des avocats. — Aucun ordre normatif n'organise la sanction de son éventuel non-respect. — Les tribunaux appliquent cet adage dans la majorité des cas ; ce n'est qu'à quelques occasions qu'ils s'autorisent à l'écarter en opportunité. — Les premiers destinataires de l'adage étant lesdits tribunaux, son effectivité est forte sans être totale matériellement ; elle est plus forte encore symboliquement.

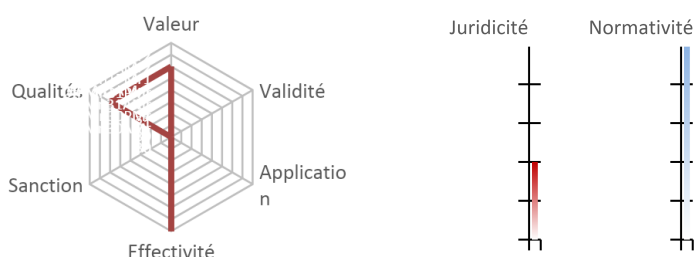
Espèce normative n° 23. – Le droit transnational

➤ Premier exemple : la *lex mercatoria*

• *Norme étudiée* : « Le contrat pourra ne pas être exécuté en cas de force majeure. Il reviendra à l'arbitre désigné par les parties de constater la réalité de la force majeure » (usage classique de la *lex mercatoria*).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme semble plutôt légitime en ce qu'elle constitue une application du principe supérieur selon lequel nul ne doit être tenu à l'impossible. — En tant qu'usage, elle ne fait partie d'aucun ordre normatif même faiblement développé ; elle n'a donc pas de validité. — Il s'agit, pour une part, d'une règle de conduite obligatoire et, pour une autre part, d'une règle de procédure renvoyant à la désignation d'un arbitre par les parties ; elle est générale et impersonnelle ; la sécurité juridique ne paraît pas satisfaite en raison de l'obscurité du concept de « force majeure », lequel risque d'autoriser un certain arbitraire dans l'inexécution des contrats. — Aucun ordre normatif n'attache de sanction à cet usage : la *lex mercatoria* repose essentiellement sur la confiance entre les acteurs économiques concernés. — Les organes exécutifs que sont les arbitres (relevant d'ordres normatifs faiblement développés : les ordres économiques transnationaux) n'appliquent pas cet usage puisque, au contraire, ils sont la conséquence de sa mise en œuvre par les parties à un contrat ; de plus, si des tribunaux étatiques l'appliquent, ce ne saurait être qu'en tant qu'il a été retranscrit dans un contrat, son caractère d'usage disparaissant alors. — Cette norme est parfaitement effective tant matériellement que symboliquement : les acteurs économiques transnationaux la connaissent et la respectent.

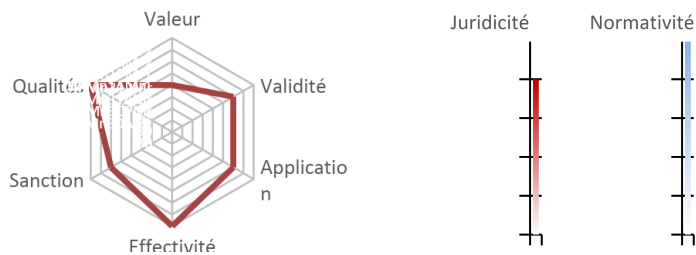
• *Note* : Voici un exemple significatif de règle dont la normativité (de niveau ⑩) est très supérieure à la juridicité (de niveau ⑤) ; c'est-à-dire que sa capacité à régir concrètement un certain type d'activité se démarque de sa force telle qu'appréhendue dans la pensée juridique collective.

➤ *Second exemple : les « lois du jeu » de la FIFA (Fédération internationale de Football Association)*

- *Norme étudiée* : « Il y a faute si un joueur en position de hors-jeu intervient dans le jeu, soit en touchant le ballon, soit en gênant ou influençant un autre joueur » (Loi 11 du football).

- *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 4/4



- *Explication* : Cette norme est neutre d'un point de vue axiologique. — Elle est entièrement valide tant formellement que matériellement dans un ordre normatif privé remarquablement développé : des normes de procédure multiples lui permettent de remplir les fonctions de création, d'application et de juridiction ; il est plutôt souverain (libre d'élaborer, modifier et abroger les normes qui le constituent) et plutôt efficace (ses normes, globalement, sont effectives et atteignent leurs objectifs) ; en l'occurrence, il revient à l'*International Football Association Board* (IFAB) d'établir les « lois du jeu », la FIFA étant membre de l'IFAB. — La norme étudiée est une norme de comportement obligatoire et générale puisque destinée à tous les pratiquants du football dans le monde ; elle satisfait l'exigence de sécurité juridique car elle est tout à fait claire, précise et accessible. — L'ordre normatif en cause (assez fortement développé donc) prévoit des sanctions applicables en cas de non-respect de cette norme ; ces sanctions sont effectivement appliquées par les arbitres. — Ces derniers sont les organes d'application des lois du jeu ; ils mettent effectivement en œuvre cette règle. — Tous les joueurs de football la respectent comportementalement et psychologiquement ; lorsque des fautes sont commises et des hors-jeu sifflés, c'est toujours involontairement.

- *Note* : Il s'agit là peut-être d'un exemple typique de la possibilité de forger des normes fortement juridiques dans un cadre entièrement privé — d'autres exemples, tels que le Comité International Olympique, pourraient certainement être trouvés. Outre la nécessité de construire des institutions très perfectionnées, au moyen de nombreuses normes secondaires, presque d'une Constitution, cela afin d'assurer à l'ordre normatif un important niveau de développement, il est décisif que la règle en cause puisse s'appuyer sur une entière normativité, donc sur une forte adhésion de la part de ses destinataires, comme en l'espèce.

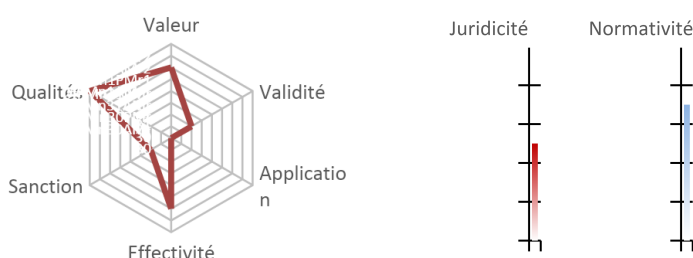
Espèce normative n° 24. — La charte et le code de bonne conduite privés

➤ *Premier exemple : une règle de bonne conduite imposée par un opérateur économique*

• *Norme étudiée* : « Ne choisissez pas de *gamertag*, de contenu de profil, d'action d'avatar ou de contenu de jeu faisant référence à des sujets religieux, des personnes ou des organisations de mauvaise réputation faisant l'objet de controverses, ou à des événements sensibles, historiques ou d'actualité pouvant également être jugés inappropriés » (Code de conduite de *Xbox Live*, B, al. 5, 2010).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



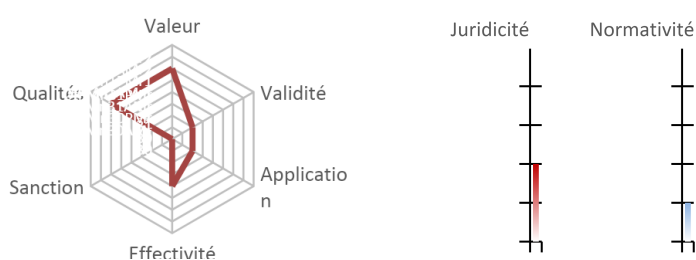
• *Explication* : Cette norme apparaît plutôt légitime en ce qu'elle vise à assurer le respect mutuel et la cohabitation pacifique entre les hommes. — Elle n'appartient qu'à un ordre normatif en gestation, très imparfait : celui constitué par le service *Xbox Live* ; elle est donc faiblement valide. — Elle consiste en une règle de conduite obligatoire ; elle est générale puisque visant indistinctement tout utilisateur des services d'un opérateur de télécommunications qui en est la source ; sa formulation est précise et aisément intelligible. — En cas de non-respect de cette norme, une sanction est prévue : le bannissement du réseau, sanction qui appartient donc à un ordre normatif fragile ; de plus, cette sanction n'est guère effective. — Aucun organe exécutif n'applique cette norme ; notamment, les tribunaux étatiques ne la mobilisent guère. — Globalement, cette norme est respectée par ses destinataires ; néanmoins, si l'effectivité symbolique est très forte, les infractions sont relativement fréquentes en raison de l'usage de pseudonymes permettant de commettre dans le monde immatériel des actes qu'on ne commettrait pas dans le monde physique.

➤ *Second exemple : une règle de bonne conduite issue de la société civile (la « netiquette »)*

• *Norme étudiée* : « [Concernant les courriers électroniques], soyez conservateur dans ce que vous écrivez et libéral dans ce que vous recevez. Vous ne devriez pas répondre “à chaud” (on appelle cela des “flambées”) si vous êtes provoqué » (art. 2.1.1, al. 6).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette norme semble plutôt pertinente et bienvenue dès lors qu'elle tend à concrétiser l'idéal de relations humaines pacifiques et cordiales. — Elle intègre de nombreux ordres normatifs propres aux activités non lucratives de l'internet ; mais tous sont sous-développés du point de vue juridique : aucun ne comporte une proportion élevée de normes de procédure permettant de remplir les fonctions de création, d'application et de juridiction, même s'ils peuvent paraître relativement souverains et efficaces ; la validité de la norme étudiée est donc faible. — Il s'agit d'une règle de conduite impérative et impersonnelle ; cependant, elle pêche par manque d'intelligibilité en ce qu'elle s'appuie sur des termes tels que « conservateur », « libéral » ou « flambées » que certains de ses destinataires (*i.e.* potentiellement l'ensemble des internautes) peuvent mal saisir. — Si les ordres normatifs dans lesquels cette norme s'insère prévoient bien des sanctions (exclusion du réseau etc.), ces ordres sont trop peu développés et ces sanctions trop peu effectives. — Quelques tribunaux étatiques ont, occasionnellement, évoqués cette disposition de la « netiquette » afin de motiver certaines décisions ; mais cela reste très loin d'être systématique. — L'effectivité de cette norme est moyenne : psychologiquement, elle est forte, mais comportementalement, elle est faible.

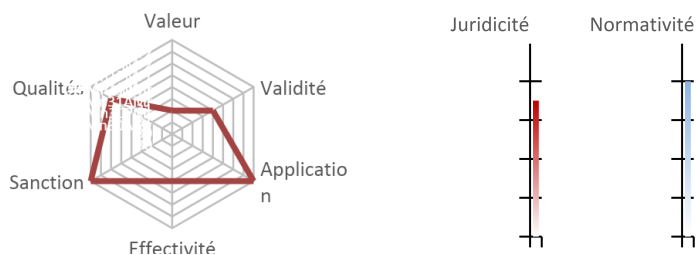
Espèce normative n° 25. — Le droit local

➤ *Exemple : le régime spécial des bouilleurs de cru en Alsace-Moselle*

• *Norme étudiée* : « La distillation est autorisée à toute époque de l'année et à domicile, quelle que soit la quantité d'alcool produite » (décret du 27 juin 1930, précisant les conditions dans lesquelles doivent être appliquées en Alsace-Moselle, compte tenu du statut local antérieur, les dispositions de la loi du 28 févr. 1923, *Portant réglementation générale du privilège des bouilleurs de cru*).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 4/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 2/4

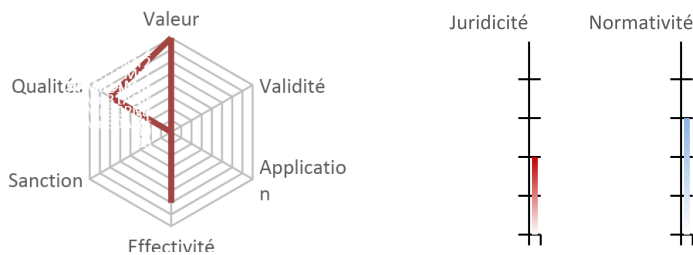


• *Explication* : La norme étudiée, créant une discrimination au sein de la population au départ de la situation géographique et au motif d'un héritage historique désormais lointain, semble, d'un point de vue subjectif, peu légitime, d'autant plus qu'elle a vocation à encourager la production domestique d'alcools forts. — Elle est parfaitement valide formellement dans l'ordre normatif étatique ; matériellement, en revanche, elle paraît contredire certaines dispositions supérieures (ou très supérieures) relatives à l'égalité des citoyens devant la loi ou à la prévention de la consommation d'alcool, cela même si, en soi, l'existence d'un droit local spécifique à l'Alsace-Moselle et justifié par des considérations historiques est matériellement valide. — Cette norme est une norme de conduite obligatoire, précise et intelligible de ses destinataires ; mais elle n'est pas générale puisque, si elle vise tout bouilleur de cru alsacien ou mosellan, elle ne s'applique pas indistinctement sur l'ensemble du territoire couvert par l'ordre étatique, alors pourtant qu'elle a été édictée par des instances étatiques. — L'ordre juridique étatique prévoit la sanction des destinataires de la norme qui ne la respecteraient pas ; si, dans les faits, cette situation ne se produit guère, la sanction doit être considérée comme effective. — S'il est rare que les conditions soient réunies pour qu'elle le soit, cette norme est appliquée par les organes exécutifs d'Alsace-Moselle. — Alors que cette norme est relativement méconnue, nombre de ses destinataires ne la considèrent plus, aujourd'hui, telle une norme valide et s'en détournent ; son effectivité est donc moyenne : elle est forte matériellement (car elle se borne à offrir une possibilité) mais est plus faible symboliquement.

Espèce normative n° 26. — La morale

➤ *Exemple : une norme morale classique*

- *Norme étudiée* : « Il faut être tolérant ».
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Par définition semble-t-il, pareille norme morale devrait être jugée légitime car exprimant des idéaux liés au juste et au bien. — Cette norme ne revêt guère de validité car elle ne prend place dans aucun ordre normatif présentant ne serait-ce qu'un début de caractère juridique. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire et générale ; elle est laconique et son concept central (la tolérance) s'avère relativement abscons, si bien qu'elle ne remplit pas l'exigence de sécurité. — Aucune sanction dans aucun ordre normatif ne s'attache à cette norme morale. — De même, aucun tribunal n'applique, en tout cas expressément, ce principe. — Son effectivité matérielle est faible : certains de ses destinataires s'y conforment quand d'autres, presque aussi nombreux, s'en détournent ; son effectivité symbolique est en revanche nettement plus forte.

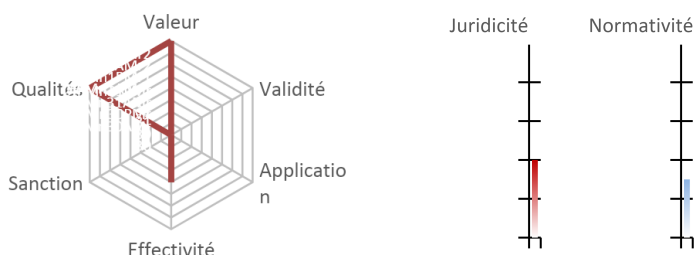
Espèce normative n° 27. — La bienséance

➤ *Exemple : une règle de politesse*

• *Norme étudiée* : « Dans les transports en commun, on doit libérer les places assises pour les personnes âgées ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette norme est très légitime sous l'angle du respect, de la civilité et du bien-vivre en commun. — Elle n'appartient pas à un ordre normatif quelque peu développé et n'est donc guère valide. — Elle est une règle de conduite obligatoire, impersonnelle, claire et précise. — Aucune ordre normatif ne prévoit la sanction du non-respect de cette norme. — Nul organe exécutif ne l'applique. — Cette règle de politesse est faiblement effective matériellement et fortement effective symboliquement ; en d'autres termes, beaucoup d'usagers des transports en commun jugent qu'il est bon de laisser sa place en cas de besoin à une personne âgée et, pour autant, ne sont pas prêts à libérer leur propre place.

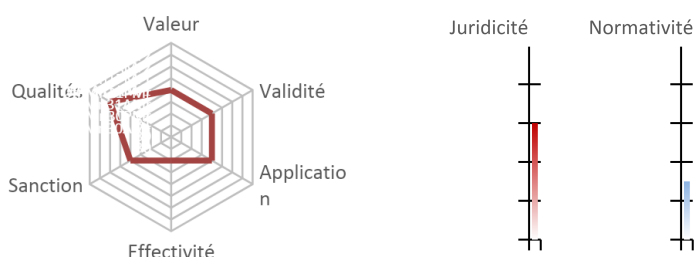
Espèce normative n° 28. — La religion

➤ *Exemple : une règle de droit canonique*

• *Norme étudiée* : « Sont tenus par les lois purement ecclésiastiques les baptisés dans l'Église catholique ou ceux qui y ont été reçus, qui jouissent de l'usage de la raison et qui, à moins d'une autre disposition expresse du droit, ont atteint l'âge de sept ans accomplis » (Code de droit canonique de 1983, can. 11).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : Cette norme, se bornant à définir le périmètre des destinataires des lois ecclésiastiques, ne paraît pas présenter de particularité au plan des valeurs. — Elle appartient à un ordre normatif dont le niveau de développement est moyen comparativement à un ordre étatique : il comporte suffisamment de normes de procédure pour remplir les fonctions de création, d'application et de juridiction ; il est relativement souverain (c'est-à-dire libre d'élaborer, modifier et abroger les normes qui le constituent) mais moyennement efficace (ses normes ne sont pas toutes effectives ni n'atteignent leurs objectifs) ; la norme étudiée est ainsi moyennement valide. — Il s'agit d'une règle de comportement prescriptive, obligeant ses destinataires à se conformer aux lois ecclésiastiques ; elle est générale et impersonnelle ; mais elle n'assure pas la sécurité juridique : d'une part, elle est méconnue de nombre de ses destinataires (les « baptisés dans l'Église ») et, d'autre part, les idées de « réception par l'Église » et d' « usage de la raison » peuvent sembler abscones. — L'ordre normatif religieux en cause prévoit la sanction du non-respect de cette norme ; cette sanction est effective (peu important qu'elle puisse paraître indolore). — Les organes exécutifs de l'ordre normatif religieux appliquent scrupuleusement cette norme. — Aujourd'hui, il se trouve une grande proportion de non-croyants parmi les baptisés, si bien que l'effectivité de cette norme, tant matérielle que symbolique, est faible ; parmi ses destinataires, les athées sont si nombreux qu'elle ne saurait produire qu'un effet limité.

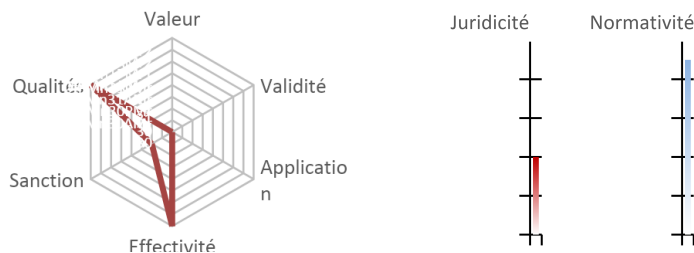
Espèce normative n° 29. — La loi mafieuse

➤ *Exemple : la loi du silence*

• *Norme étudiée* : « Il est défendu aux membres de la mafia de donner à quiconque toute indication relative à un autre membre ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme, tant de par son contenu que de par les fins qu'elle poursuit, peut être jugée illégitime, notamment dès lors qu'elle s'oppose à l'idéal de justice qui implique la collaboration avec les organes juridictionnels et la dénonciation des délits et des crimes. — Cette norme est associée à un ordre normatif (celui formé par la mafia) peu développé, mal structuré et reposant sur nombre de normes tacites ; elle-même est une norme implicite, si bien que sa validité est nulle. — Il s'agit d'une règle de comportement obligatoire et impersonnelle puisque visant tout membre du groupe quel qu'il soit ; elle est claire, précise et compréhensible. — Une norme de l'ordre normatif mafieux sanctionne de la peine de mort le non-respect de la loi du silence ; et cette sanction est relativement effective ; toutefois, cette norme de sanction étant elle-aussi tacite, le critère de la sanction ne saurait être rempli que très faiblement. — L'ordre normatif ne comporte pas d'organes d'exécution, notamment pas d'organes juridictionnels ; cette norme n'est donc pas appliquée au sens du critère de l'application juridique. — Son taux d'effectivité n'en est pas moins très élevé : les membres de la mafia jugent, sauf rares exceptions, la loi du silence légitime et s'y conforment en toutes circonstances.

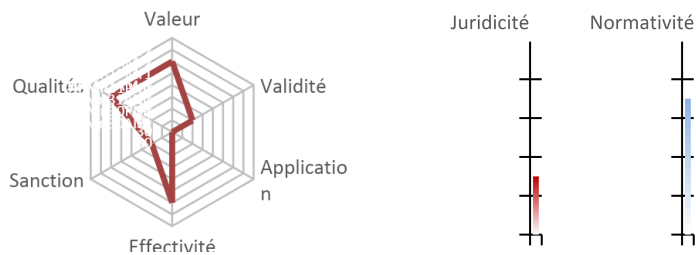
Espèce normative n° 30. — La règle familiale

➤ *Exemple : une norme dans une famille*

• *Norme étudiée* : « Dans la famille F, le père de famille défend à ses jeunes enfants d'aller se coucher après 22 heures ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 1/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Si cette norme résulte de l'arbitraire d'un homme, sa fin est de veiller à la bonne santé et au bon développement des enfants ; elle semble donc plutôt légitime. — Elle intègre un ordre normatif familial très peu développé mais qui semble néanmoins devoir être pris en compte : s'il comporte beaucoup de normes tacites et peu de normes secondaires, et s'il remplit mal les fonctions de création, d'application et de juridiction, il présente une souveraineté et une efficacité minimales ; aussi la norme étudiée apparaît-elle faiblement valide mais néanmoins valide. — Il s'agit d'une norme de conduite obligatoire ; elle est précise et claire ; mais elle n'est pas générale et impersonnelle puisqu'elle vise uniquement les enfants de la famille F. — Dans l'ordre normatif familial, elle est accompagnée d'une sanction explicite en cas de non-respect (les enfants seront privés de dessert) ; cette sanction est effective mais elle relève donc d'un ordre normatif peu organisé. — Cet ordre normatif ne donne lieu à aucun organe juridictionnel ou administratif susceptible de mobiliser la norme. — Cette dernière est fortement effective comportementalement puisque les enfants, le plus souvent, s'y conforment ; en revanche, elle est nettement moins effective psychologiquement car ils la trouvent injuste, infondée.

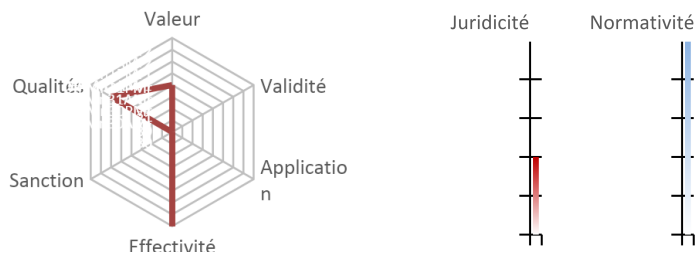
Espèce normative n° 31. — La règle de groupe

➤ *Exemple : une norme dans un groupe d'amis*

• *Norme étudiée* : « À l'occasion de leurs anniversaires respectifs, X., Y., Z., A. et B. se retrouvent et s'offrent des cadeaux ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme ne présente pas de particularité d'un point de vue axiologique. — Elle émane d'un ordre normatif insignifiant juridiquement et est tacite ; sa validité est donc nulle. — Elle consiste en une norme de conduite obligatoire, claire et intelligible ; en revanche, elle n'est pas générale, pas impersonnelle mais applicable à des individus nommément identifiés. — Aucune sanction ne lui est attachée. — Aucun organe exécutif ne l'applique. — Elle est néanmoins parfaitement respectée par ses cinq destinataires (X., Y., Z., A. et B.), qui la jugent légitime.

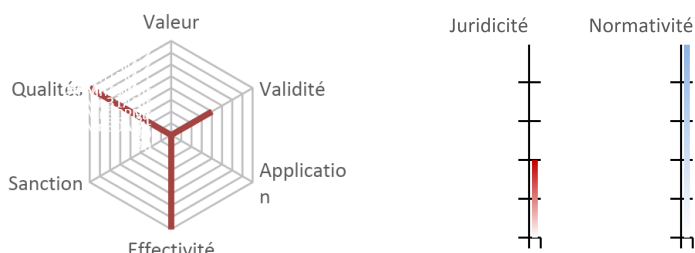
Espèce normative n° 32. — La règle de la tribu

➤ *Exemple : un usage esquimau*

• *Norme étudiée* : « En cas de conflit entre deux membres de la tribu, ils se départagent par un concours de chant *a capella* ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Subjectivement, cette norme peut être jugée illégitime parce que contraire à l'idéal de bonne justice, contraire à l'idée selon laquelle toute justice devrait être rendue par un tiers désintéressé et sur la base d'éléments objectifs. — Elle est valide dans un ordre normatif relativement sommaire, ne remplissant que très imparfaitement les fonctions de création, d'application et de juridiction ; en revanche, cet ordre normatif est plutôt souverain (*i.e.* libre d'élaborer, modifier et abroger les normes qui le constituent) et plutôt efficace (*i.e.* ses normes sont dans l'ensemble respectées et atteignent leurs objectifs). — Il s'agit d'une norme de procédure, organisant le fonctionnement de la tribu ; elle est obligatoire, générale, claire et aisément compréhensible. — L'ordre normatif de la tribu, très partiel, ne prévoit guère de sanction en cas de violation de cette norme. — Il ne comporte pas davantage d'organe exécutif susceptible de l'appliquer. — Les membres de la tribu s'y conforment, sans exception ; elle est effective tant matériellement que symboliquement.

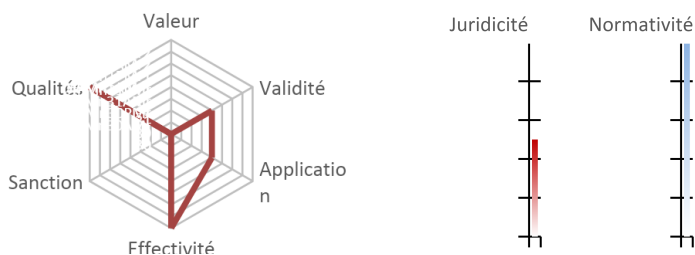
Espèce normative n° 33. — Le droit antique

➤ *Exemple : la justice de l'Égypte antique*

• *Norme étudiée* : « Les procès intentés contre ceux qui mettent en danger la sécurité de l'Égypte sont placés sous la vigilance de Pharaon ; il est délégué au vizir, le premier magistrat, le soin de rendre la justice de Maât au nom de Pharaon » (règle de base du système judiciaire de l'Égypte antique (point de vue : contemporain à la norme)).

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Faisant reposer la justice des hommes sur des fondements irrationnels et risquant d'amener cette justice à des dérives regrettables, cette norme peut être subjectivement jugée illégitime. — Elle prend place dans un ordre normatif moyennement développé comparativement à ce qu'est un État moderne (il comprend beaucoup moins de normes secondaires et remplit moins parfaitement les fonctions de création, d'application et de juridiction, même s'il apparaît plutôt souverain et efficace) ; la validité de la norme étudiée est donc moyenne. — Il s'agit d'une règle procédurale (gouvernant le fonctionnement des institutions) à la fois obligatoire et générale ; elle est, en outre, aisément compréhensible par ses destinataires (les magistrats et, indirectement, la population de l'Égypte antique). — L'ordre normatif de l'Égypte antique n'associe aucune sanction à cette disposition. — Les organes juridictionnels de l'Égypte antique appliquent sans exception cette norme dont ils sont les destinataires. — Elle est ainsi parfaitement effective tant matériellement que symboliquement.

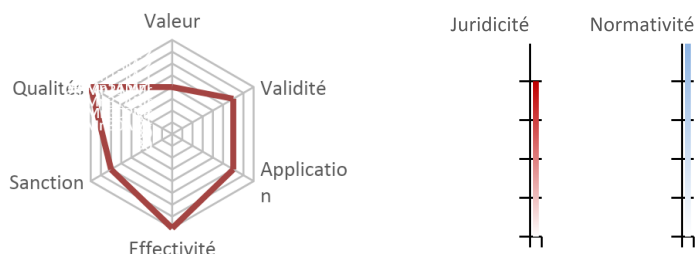
Espèce normative n° 34. — Le droit romain

➤ *Exemple : le ius civile (« droit des citoyens »)*

• *Norme étudiée* : « La procédure du *sacramentum* peut être utilisée dans toutes les hypothèses prévues par la Loi des Douze Tables » (règle issue des *legis actiones*, procédure civile romaine classique, V^e s. av. J.-C. (point de vue : contemporain à la norme)).

• *Niveau de juridicité* : ⑧ (forte)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 4/4

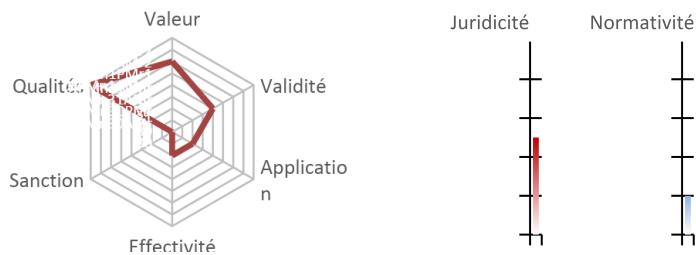


• *Explication* : Cette disposition peut être jugée neutre axiologiquement ; elle ne présente guère de spécificité sous l'angle de la valeur juridique. — Elle est valide formellement et matériellement dans un ordre normatif remarquablement développé, comportant nombre de normes secondaires organisant les activités de création du droit, d'application du droit et de juridiction, sans toutefois qu'il atteigne le niveau de perfectionnement des États modernes. — Il s'agit d'une norme attributive (créant un droit ou un pouvoir au profit de ses destinataires) ; elle est générale et obligatoire ; elle est suffisamment claire et précise pour être comprise par ses destinataires qui sont tous les citoyens et tous les jurisconsultes romains. — L'ordre normatif romain organise la sanction de l'éventuel non-respect de cette disposition et cette sanction est effective. — Les organes juridictionnels romains appliquent cette norme lorsque les conditions sont réunies pour qu'elle le soit. — Elle est très effective tant matériellement que symboliquement, ne rencontrant aucune résistance ni comportementale ni psychologique.

Espèce normative n° 35. — Le droit médiéval

➤ Premier exemple : une charte médiévale

- *Norme étudiée* : « Qu'il soit établi une juridiction honorable pour les riches et les pauvres » (Charte de Kortenberg, art. 2 (point de vue : contemporain à la norme)).
- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)
- *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 1/4 ; effectivité : 1/4



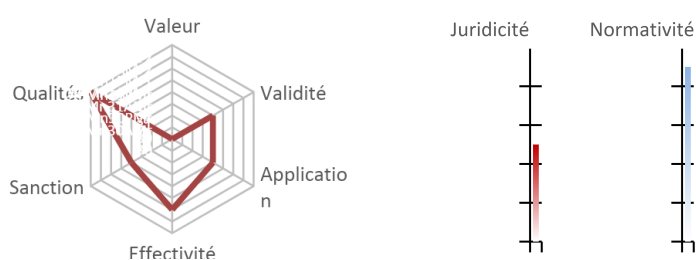
• *Explication* : Cette disposition se singularise par sa fin égalitariste ; elle semble ainsi revêtir une valeur plutôt élevée. — Elle intègre un ordre juridique en gestation, un ordre normatif au niveau de développement limité : beaucoup de pans des institutions manquent de normes de procédure pour éviter l'arbitraire, tandis que la souveraineté et l'efficacité sont moyennes. — Il s'agit d'une norme à la fois procédurale et attributive (offrant en théorie un nouveau droit à ses destinataires) ; elle est obligatoire et générale ; elle est suffisamment claire et précise bien que très générale. — Aucune sanction, en cas de non-respect de la norme, n'est prévue dans l'ordre normatif. — Des organes exécutifs sont supposés appliquer cette disposition ; dans les faits, si le conseil de Kortenberg se réunit périodiquement, l'application est très insuffisante. — L'effectivité de la règle étudiée est faible : certes, symboliquement, son impact pourrait être fort, seulement n'est-elle portée à la connaissance que d'une minorité d'individus ; matériellement, elle n'emporte que peu de conséquences ; elle apparaît davantage telle une pétition de principe.

➤ *Second exemple : la taille dans un fief*

- *Norme étudiée* : « La taille sera perçue dans quatre cas : lorsque le seigneur P sera prisonnier ; lorsque le seigneur P partira en Terre Sainte ; lorsque le seigneur P armera chevalier son fils aîné ; lorsque le seigneur P mariera sa fille aînée » (point de vue : contemporain à la norme).

- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 3/4



- *Explication* : L'impôt en question est arbitraire et injuste ; il s'oppose aux idéaux d'égalité et de liberté portés par le chercheur étudiant la norme. — Cette dernière est valide tant formellement que matériellement dans un ordre juridique primaire, dans un ordre normatif dont l'organisation s'avère fort sommaire, loin de celle des États modernes. — Il s'agit d'une norme de conduite prescriptive (l'obligation de payer la taille dans les cas mentionnés) ; elle est tout à fait claire, précise et intelligible ; elle est aussi générale : si elle provient du seigneur P précisément identifié, ses destinataires, tous les habitants de son fief, sont désignés de manière impersonnelle. — L'ordre normatif de cette norme, bien que sommaire, organise (là aussi sommairement) la sanction des éventuels contrevenants ; cette sanction est largement effective. — Des autorités exécutives, dans le fief, font appliquer la norme étudiée. — Celle-ci est fortement effective dans les faits puisque les habitants du fief, dans l'ensemble, paient la taille ; elle l'est sensiblement moins dans leur psyché collective et beaucoup la jugent injuste.

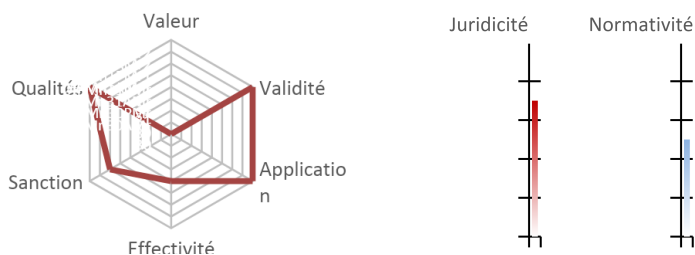
Espèce normative n° 36. — Le droit nazi

➤ *Premier exemple : une règle de droit nazi de 1934*

• *Norme étudiée* : « Les mariages entre juifs et citoyens de sang allemand ou apparenté sont prohibés ; de tels mariages sont réputés nuls, même s'ils ont été conclus à l'étranger » (Loi du 15 sept. 1935, *De protection du sang allemand et de l'honneur allemand*, art. 1^{er} (point de vue : contemporain à la norme)).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 4/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 3/4 ; application : 4/4 ; effectivité : 2/4



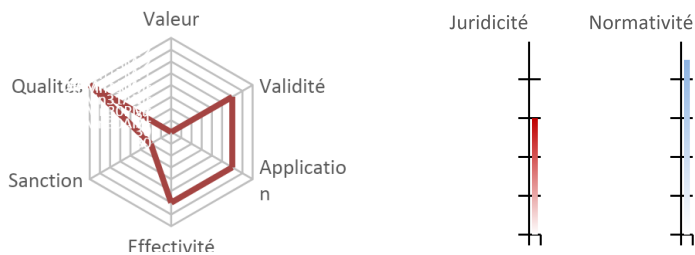
• *Explication* : Cette norme discriminatoire et antisémite ne revêt aucune valeur. — Elle est valide, formellement mais aussi matériellement, dans un ordre normatif étatique, soit un ordre normatif très développé juridiquement, comportant un grand nombre de normes secondaires, remplissant à la fois les fonctions de création, d'application et de juridiction, souverain et efficace. — Il s'agit d'une règle de comportement générale et obligatoire ; elle est claire, précise et compréhensible par ses destinataires. — L'ordre normatif de l'État allemand prévoit la sanction pénale du non-respect de cette norme ; toutefois, cette sanction n'est qu'à moitié effective car de nombreux contrevenants y échappent. — Les organes exécutifs de l'État allemand, dans leur ensemble, appliquent cette disposition. — Cette dernière est moyennement effective : tant matériellement que symboliquement, ses destinataires (la population allemande) se scindent en deux camps : d'une part, ceux qui la jugent légitime et nécessaire et qui s'y conforment strictement ; d'autre part, ceux qui la jugent injuste et qui, éventuellement, l'enfreignent.

➤ *Second exemple : une règle de droit nazi de 1941*

- *Norme étudiée* : « Les juifs doivent être éliminés physiquement » (ordre du Führer Adolf Hitler à Heinrich Himmler, chef des SS, et à Reinhard Heydrich, directeur de l'Office central de la sécurité du Reich, été 1941 (point de vue : contemporain à la norme)).

- *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 1/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 3/4



- *Explication* : Cette norme antisémite, arbitraire et violente contrevient à tous les principes naturels défendus par l'observateur ; elle n'a donc aucune valeur de son point de vue. — Elle est valide formellement et matériellement dans l'ordre normatif de l'État nazi puisque le Führer est habilité à prendre discrétionnairement toute décision ; toutefois, cet ordre normatif n'est plus aussi développé juridiquement qu'auparavant car l'arbitraire de quelques hommes (et surtout de l'un d'entre eux) a remplacé les normes procédurales dans beaucoup de domaines ; la souveraineté et l'efficacité, elles, s'attachent toujours à cet ordre normatif. — Il s'agit d'une norme de procédure, censée orienter le comportement de certains organes de l'État ; elle est obligatoire ; elle est aussi générale puisque, bien qu'alors communiquée à deux individus personnellement identifiés, ceux-ci ne sont que des canaux de transmission et la norme vise *in fine* tous les organes de l'État ; enfin, la norme étudiée est suffisamment claire et explicite pour pouvoir être comprise par ses destinataires. — L'ordre juridique positif ne prévoit pas expressément la sanction des destinataires de la norme (les officiers chargés d'organiser l'élimination physique des personnes d'origine juive) dans l'hypothèse où ils ne la respecteraient pas ; si cette sanction est certainement possible, ce n'est qu'en raison de l'arbitraire du régime nazi et en raison de l'obligation générale de loyauté qui, elle, est bel et bien portée par l'ordre normatif. — Les organes exécutifs de l'État nazi mettent concrètement en œuvre la norme ; mais ils relèvent donc d'un ordre normatif imparfait. — Ces organes exécutifs étant les destinataires de la norme, celle-ci est plutôt effective : dans leur ensemble, ils s'y conforment, bien qu'un certain nombre d'entre eux n'y adhèrent guère, si bien que l'effectivité comportementale est nettement supérieure à l'effectivité psychologique.

- *Note* : La question de savoir si le « droit » nazi peut être qualifié de droit (ou si les pouvoirs publics nazis peuvent être qualifiés d'« État ») a déjà été souvent posée, mettant notamment aux prises les jusnaturalistes (tenants de la non-juridicité des règles nazies) et les juspositivistes (tenants de leur juridicité). Peut-être faut-il préférer une réponse nuancée telle que celle selon laquelle la juridicité du « droit » nazi ne saurait être ni pleine ni nulle,

telle que celle selon laquelle il ne pourrait s'agir que de droit sous certains aspects et de non-droit sous d'autres aspects. Le critère de la valeur juridique, même s'il est subjectivement dépendant des opinions du chercheur, semble empêcher les normes nazies d'atteindre les niveaux les plus élevés de la force juridique. Mais il serait peut-être erroné d'estimer, contre la réalité historique, qu'elles n'étaient pas du droit, notamment sous l'angle de leurs effets et sous l'angle de leur lien avec des institutions étatiques.

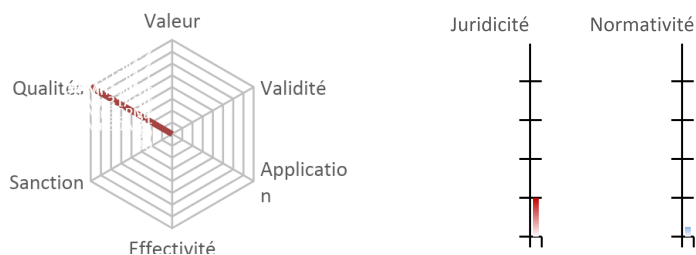
Espèce normative n° 37. — La loi du talion

➤ *Exemple* : « œil pour œil, dent pour dent »

- *Norme étudiée* : « Qui porte un dommage à quelqu'un subira une punition du même ordre que le tort qu'il a provoqué » (point de vue : en Europe occidentale et à l'ère contemporaine).

- *Niveau de juridicité* : ① (très faible)

- *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



- *Explication* : La loi du talion est contraire à différents idéaux républicains et notamment à celui selon lequel la justice ne saurait être rendue que par des tiers indépendants disposant du pouvoir officiel d'infliger des peines. — Elle n'intègre aucun ordre normatif minimalement développé et n'a donc aucune validité. — Elle satisfait en revanche à toutes les exigences nomo-qualitatives : c'est un précepte comportemental à la portée générale, obligatoire et suffisamment clair, précis et accessible. — Aucune sanction organisée ne l'accompagne dans un quelconque ordre normatif. — Aucun organe exécutif, même lié à un ordre normatif imparfait, ne la met en œuvre. — La loi du talion n'a d'effectivité matérielle et symbolique qu'au sein d'une partie très marginale de la population, notamment chez des bandes rivales prospérant grâce au trafic de drogue, ce qui ne suffit pas à remplir même faiblement le critère de l'effectivité.

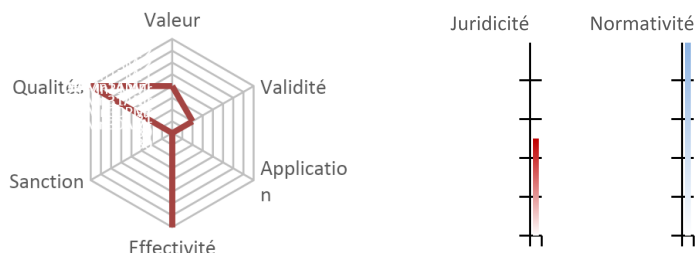
- *Note* : Cet exemple, avec bien d'autres présentés en ces pages, tend à montrer que le critère des qualités nomo-juridiques (fait d'être une règle de conduite, de procédure ou attributive, d'être obligatoire, d'être générale et d'être précise, claire et accessible) serait davantage un critère de reconnaissance des normes ou règles en général que de leur caractère spécifiquement juridique. Dès lors, avoir la signification de norme suffirait à accéder dans le même temps à la signification de norme juridique. Il est vrai qu'au sein de la pensée juridique collective beaucoup évoquent indistinctement des « normes » et des « normes juridiques » et que le panjuridisme (selon lequel toute norme serait juridique)

prend chaque jour un peu plus d'importance. Ainsi ce critère des qualités nomo-juridiques (plus « nomo » donc que « juridiques ») permet-il d'assurer une juridicité, certes faible ou très faible, à des normes qui, à l'image de la loi du talion, risqueraient sans cela de présenter un niveau de force juridique nul.

Espèce normative n° 38. — La spécification technique

➤ *Exemple : une norme technique permettant de standardiser la fabrication d'une catégorie d'objets*

- *Norme étudiée* : « La longueur entre A et B doit être de 146 mm ».
- *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)
- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : La norme technique se présente tel un objet normatif neutre axiologiquement. — Elle est entièrement valide dans un ordre normatif faiblement développé : celui formé par les acteurs économiques d'un secteur particulier. — Il s'agit d'une règle de conduite à l'intention des entreprises produisant l'objet en cause ; elle est obligatoire et générale puisque visant indistinctement tout acteur du secteur ; elle est claire et précise, aisément intelligible. — Si le non-respect de la spécification technique peut générer une forme de sanction, à savoir le rejet par les consommateurs et les partenaires économiques, aucune sanction n'est en revanche organisée dans un quelconque ordre normatif. — Aucun organe exécutif, qu'il soit étatique ou qu'il relève d'un ordre normatif moins développé, ne met en œuvre la norme technique. — Celle-ci est parfaitement respectée et jugée totalement légitime par ses destinataires pour lesquels elle n'est pas une contrainte mais plutôt une garantie.

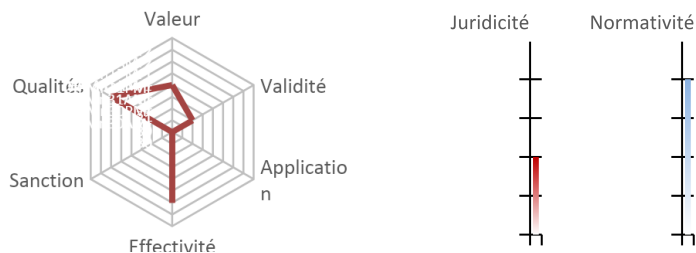
Espèce normative n° 39. — La norme comptable

➤ *Exemple : une norme IFRS (International Financial Reporting Standards)*

• *Norme étudiée* : « Une approche bilancielle (donnant priorité au bilan sur le compte de résultat) devrait être retenue ».

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : La norme ici étudiée ne présente pas de particularité du point de vue des valeurs portées par l'observateur. — Elle est formellement et matériellement valide au sein d'un ordre normatif peu développé juridiquement, en comparaison du niveau d'aboutissement d'un État : il compte beaucoup moins de normes de procédure et remplit imparfaitement les fonctions de création, d'application et de juridiction ; de plus, s'il est relativement efficace, sa souveraineté s'avère fort limitée. — Cette norme comptable constitue une règle de conduite générale ; elle est aisément compréhensible par ses destinataires ; en revanche, elle n'est pas conçue sur un mode prescriptif mais sur un mode incitatif, recommandatoire. — Aucune sanction organisée ne l'accompagne. — Aucun organe exécutif, même relevant d'un ordre normatif primaire, ne l'applique au sens du critère de l'application juridique. — Étant dans la majorité des cas acceptée et suivie, son effectivité est plutôt forte.

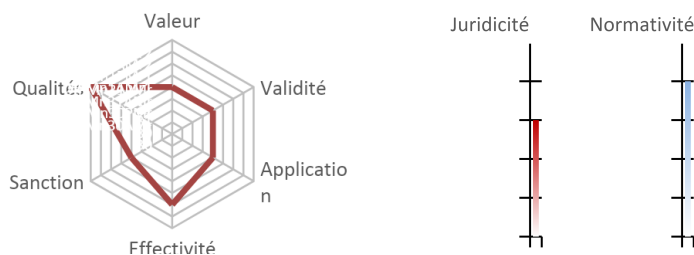
Espèce normative n° 40. — La norme managériale

➤ Exemple : une norme managériale ISO

• *Norme étudiée* : « Pour mettre en place un management de la santé et de la sécurité au travail, l'entreprise doit identifier les non-conformités facteurs de risques pour y remédier en mettant en place les actions correctives ou préventives nécessaires » (norme OHSAS (British Standard Occupational Health and Safety Assessment Series) 18001 sur les systèmes de management de la santé sécurité au travail convertie en norme ISO).

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 3/4



• *Explication* : Cette norme peut être jugée neutre au plan des valeurs défendues par le chercheur. — Elle est pleinement valide au sein d'un ordre normatif semi-développé, à savoir celui construit par l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO, organisation non gouvernementale représentant un réseau d'instituts nationaux issus de 165 pays), qui comporte un nombre plutôt significatif de normes de procédure et dont l'efficacité est importante. — Il s'agit d'une règle de conduite ; celle-ci est à la fois, générale, claire, précise et accessible ; elle est aussi obligatoire car, à l'égard du sous-critère du caractère prescriptif, il importe peu que la norme fonctionne sur la base du volontarisme, l'important étant sa formulation et sa portée obligatoires ; en d'autres termes, si ses destinataires sont des volontaires, la norme n'en est pas moins obligatoire à leur égard. — L'ordre normatif de l'ISO, moyennement développé, organise la sanction du non-respect de la norme ; cette sanction est effective. — Les organes exécutifs de l'ISO appliquent cette norme dès lors que les conditions sont réunies pour qu'elle le soit. — Dans l'ensemble, cette norme est plutôt bien acceptée et respectée par ses destinataires.

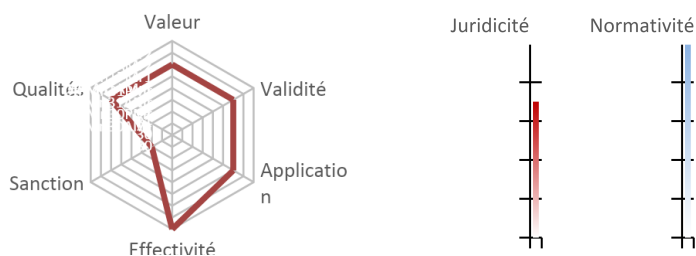
Espèce normative n° 41. — Le mode alternatif de résolution des conflits

➤ *Exemple : la procédure de résolution des litiges de l'AFNIC (Association française pour le nommage Internet en coopération), dont les décisions constituent la « jurisprudence du .fr »*

• *Norme étudiée* : « Le Collège considère que le requérant a démontré que le Titulaire du nom de domaine <bouyguestelecomm.fr> utilisait celui-ci aux fins de le vendre au Requérant dans un but spéculatif et qu'il existait un faisceau d'indices suffisant pour conclure à la mauvaise foi manifeste du Titulaire. Le Collège considère donc que l'enregistrement du nom de domaine <bouyguestelecomm.fr> par le Titulaire constitue une violation manifeste de l'article R. 20-44-45 du Décret. La transmission du nom de domaine au Requérant est accordée » (décision FR-00143, 12 avr. 2010).

• *Niveau de juridicité* : ⑦ (moyenne-forte)

• *Détail* : valeur : 3/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 1/4 ; application : 3/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Condamnant un individu s'étant rendu coupable d'un acte de typosquattage (consistant à enregistrer une adresse web faisant référence à une personnalité ou à une entreprise afin de bénéficier de sa notoriété ou afin de la lui revendre postérieurement (comme en l'espèce)), cette décision semble légitime. — Elle est valide formellement mais aussi matériellement dans un ordre normatif remarquablement développé : s'il n'est guère souverain car largement dépendant d'un ordre normatif étatique avec lequel il ne doit pas entrer en contradiction, il s'avère fort efficace et il comporte nombre de normes secondaires organisant la création des devoir-être, leur application, ainsi que la résolution des litiges. — La décision étudiée donne lieu à une règle de conduite obligatoire (le titulaire doit rendre le nom de domaine usurpé au requérant) ; celle-ci est aisément compréhensible ; en revanche, sa portée est individuelle puisqu'elle intéresse seulement les deux parties en conflit. — L'éventuel non-respect de cette norme individuelle est l'objet d'une sanction organisée dans l'ordre normatif de l'AFNIC ; toutefois, la portée de cette sanction est limitée et il est difficile de savoir si elle pourrait être effective. — Seul l'organe de résolution des litiges de l'AFNIC met en œuvre sa propre décision qui, en l'état, n'est pas appliquée par ailleurs par un quelconque organe étatique. — L'effectivité de la norme individuelle est totale : l'auteur de l'usurpation d'identité consent à transmettre le nom de domaine litigieux au requérant ; de plus, il n'estime pas la décision de l'organe de résolution des litiges infondée car il est conscient du caractère malhonnête de son acte.

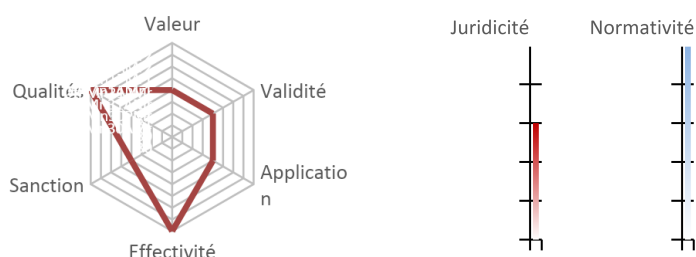
Espèce normative n° 42. — Le label

➤ *Exemple : un label alimentaire*

• *Norme étudiée* : « Le label “AB” (Agriculture Biologique) est accordé lorsqu’au moins 95 % des ingrédients sont issus de l’agriculture biologique, c’est à dire d’un mode de production respectueux de l’environnement et du bien être animal, qui interdit l’utilisation des produits de synthèse et des OGM, défini dans un cahier des charges très strict avec des contrôles systématiques ».

• *Niveau de juridicité* : ⑥ (moyenne)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 2/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 2/4 ; application : 2/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Subjectivement appréhendée, par un chercheur ne faisant pas du développement de l’agriculture biologique une priorité, cette norme ne saurait être jugée ni « bonne » ni « mauvaise ». — Elle est valide au sein d’un ordre normatif moyennement développé juridiquement, qui organise les trois fonctions de création, d’application et de juridiction, mais de manière très sommaire, loin du niveau de perfectionnement d’un État ; en revanche, cet ordre normatif est très performant normativement : ses normes sont respectées par leurs destinataires et atteignent leurs objectifs. — La norme étudiée est une norme de conduite ; elle est obligatoire et générale puisque visant tous les prétendants au label « AB » impersonnellement ; elle est également claire, précise et accessible. — La sanction du non-respect de cette norme est clairement établie dans l’ordre normatif du label : le retrait dudit label ou sa non-attribution ; et cette sanction est effective. — L’ordre normatif du label organise la réunion d’une commission dont l’objet est d’attribuer, maintenir ou retirer le label à l’aune de la présente norme ainsi que d’autres normes. — La norme ici en cause est parfaitement effective : ses destinataires (les prétendants au label « AB ») cherchent à s’y conformer au mieux et la jugent pertinente.

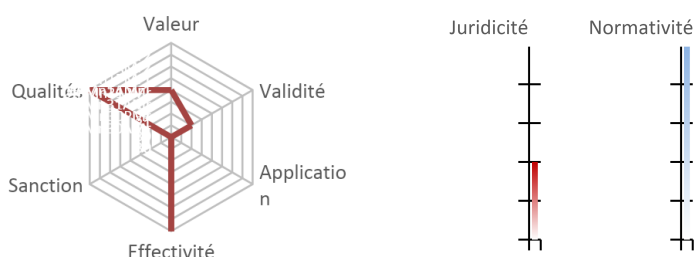
Espèce normative n° 43. — Le standard

➤ *Exemple : un standard informatique*⁴⁴⁰

• *Norme étudiée* : « Un programme PostScript est composé d'une séquence de mots séparés par des espaces, tabulation (TAB), retour chariot (CR), avance de ligne (LF), ou commentaires. L'interpréteur analyse chaque mot du programme PostScript séquentiellement en fonctionnant comme un calculateur en notation polonaise inverse, c'est-à-dire que chaque mot est évalué, puis le (ou les) résultat(s) de cette évaluation est (sont) placé(s) au sommet de la pile, et ainsi de suite » (standard ouvert PostScript, langage de description de page (textes, images, polices, couleurs etc.) mis au point par la société Adobe).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Cette norme d'ordre purement technologique ne peut qu'être jugée neutre en termes axiologiques ; comme l'internet et le web, elle est susceptible de servir les causes les plus louables comme les causes les plus détestables (en fonction de l'objet des pages web créées grâce à elle). — Elle est valide dans l'ordre normatif bâti par la société Adobe, lequel est très peu développé à tous les points de vue sauf sous l'angle de l'efficacité. — Elle constitue une norme de conduite obligatoire, générale et aisément compréhensible par ses destinataires qui sont des programmeurs informatiques (qu'elle s'appuie sur un langage excessivement spécialisé n'est donc pas un obstacle à la sécurité juridique). — Son non-respect n'est associé à aucune sanction. — Nul organe exécutif d'un quelconque ordre normatif ne l'applique. — Elle est parfaitement effective : tous les programmeurs souhaitant utiliser le standard ouvert PostScript s'y conforment, sans quoi les pages web qu'ils élaborent demeureraient inaccessibles.

⁴⁴⁰ Un standard est une norme de référence publiée par une entité privée autre qu'un organisme de normalisation national ou international ou non approuvée par un de ces organismes pour un usage national ou international. On ne parle de standard qu'à partir du moment où le référentiel a une diffusion large.

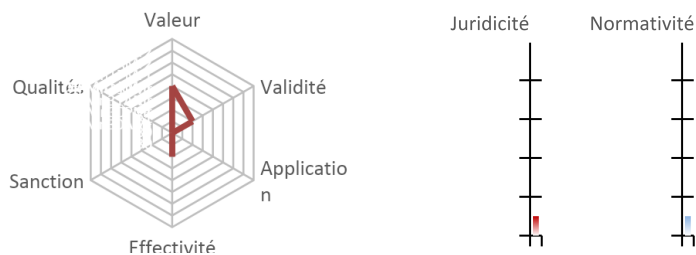
Espèce normative n° 44. — Le protocole

➤ Exemple : un protocole de communication

• *Norme étudiée* : « Le serveur utilise son numéro de séquence initial dans le champ “Numéro de séquence” du segment SYN/ACK (y par exemple) et ajoute le numéro de séquence du client plus un (x+1) dans le champ “Numéro d’acquittement” du segment » (TCP (Transmission Control Protocol), protocole de transport de données utilisé par Internet, qui découpe un message par paquets (coté émetteur) et le recompose après vérification (coté récepteur), documenté dans la RFC (Requests For Comments) 7931 de l’IETF (Internet Engineering Task Force)).

• *Niveau de juridicité* : ① (très faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : Cette disposition est purement technologique ; elle ne saurait apparaître ni légitime ni illégitime. — Elle ne prend place que dans un ordre normatif technologique très peu développé : celui de l’internet, que les spécialistes appellent « *The Code* » et auquel participent des institutions telles que l’Internet Engineering Task Force, auteur du texte étudié (une RFC (Requests For Comments)). — Il ne s’agit ni d’une norme comportementale, ni d’une norme procédurale, ni d’une norme attributive ; cette disposition est seulement déclarative, seulement descriptive de l’état de la technologie ; le caractère prescriptif manque donc nécessairement ; de plus, la généralité est absente dès lors que les destinataires sont absents : sans norme, il ne peut pas y avoir de généralité de la norme ; il en va à l’identique de la sécurité juridique : outre que la formulation est compréhensible seulement par les spécialistes de la technologie et non par tout utilisateur de la technologie, ce qui réduit drastiquement sa portée, le critère des qualités *nomo*-juridiques en général et la sécurité juridique en particulier ne se rapportent qu’à des normes. — Aucune sanction n’est attachée au non-respect de cette disposition. — Elle n’est appliquée par aucun organe juridictionnel ou administratif. — Si elle n’a aucune portée normative directe, elle n’en influence pas moins la structure de l’internet et, surtout, les activités en ligne ; elle présente ainsi un début d’effectivité normative, un début de normativité.

• *Note* : Le protocole informatique ne serait donc pas une « espèce normative » en bonne et due forme, si bien qu’il faudrait parler de « dispositif à la juridicité très faible » et non de « norme à la juridicité très faible ». Peut-être même faudrait-il y voir un « dispositif à la juridicité nulle » dès lors que la valeur et la validité, seuls critères minimalement

remplis, ne concernent le plus souvent, dans la pensée juridique collective, que des normes et non des considérations relatives au fonctionnement d'une technologie telle qu'un protocole informatique. Néanmoins, les spécialistes du droit de l'internet n'hésitent pas à avancer que « *Code is Law* » (i.e. « le code informatique est le droit de l'internet »). Il est vrai que le « *Code* » emporte des conséquences normatives certaines ; mais elles sont très indirectes, presque inconscientes, comme si, en matière technologique, une non-norme pouvait posséder un effet régulateur « naturel ».

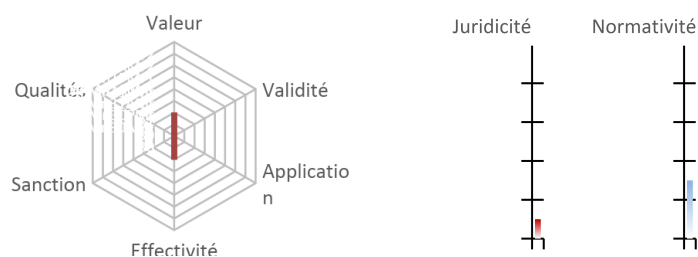
Espèce normative n° 45. — L'algorithme

➤ *Exemple : un algorithme informatique*

- *Norme étudiée* : La suite finie d'opérations et d'instructions constituant l'algorithme d'un moteur de recherche.

- *Niveau de juridicité* : ① (faible)

- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



- *Explication* : Cet algorithme, s'il présente une utilité incomparable en facilitant immensément l'utilisation des services du web, est parfois manipulé afin de promouvoir certains résultats de recherche au détriment d'autres ; cela incite à l'appréhender avec une certaine méfiance. — Il ne prend place dans aucun ordre normatif et ne revêt donc nulle validité. — Il ne s'agit pas d'une norme de conduite et encore moins d'une norme de procédure ou d'une norme attributive ; il en résulte qu'aucun sous-critère relevant des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être satisfait dès lors que celles-ci ne peuvent s'attacher qu'à des normes en bonne et due forme. — Par suite, un tel algorithme ne peut se lier à une norme de sanction. — Il n'est jamais appliqué juridictionnellement ou administrativement. — Il possède une normativité (une effectivité plus matérielle que symbolique) non négligeable : en mettant en avant certains résultats (donc certaines pages web), même si cela est normalement un pur résultat logique et mathématique, il oriente nécessairement les comportements des internautes (par exemple, il les invite à acheter un produit sur un site de e-commerce plutôt que sur un autre, à consulter un site d'actualité plus qu'un autre, à utiliser un comparateur de prix en particulier etc.).

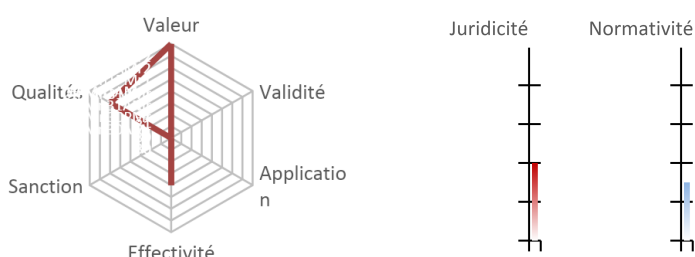
Espèce normative n° 46. — La meilleure pratique (« best practice »)

➤ *Exemple : une bonne pratique en matière de construction de sites web*

• *Norme étudiée* : « La prise en compte de l'accessibilité des contenus aux personnes handicapées devrait intervenir dès les premiers stades de conception d'un projet web » (bonne pratique en matière de création de sites et de pages web).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 3/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Cette norme semble très légitime en ce qu'elle poursuit un objectif d'accessibilité des technologies de l'information aux personnes en situation de handicap, donc, plus généralement, un objectif d'égalité entre personnes handicapées et non handicapées. — Elle n'est valide dans aucun ordre normatif minimalement structuré. — Il s'agit d'une règle de conduite dont la portée est générale et qui satisfait l'exigence de sécurité juridique puisqu'elle est claire, précise et accessible ; mais elle n'est pas obligatoire, seulement incitative, recommandatoire. — Aucune sanction ne s'y attache. — Aucun organe exécutif, étatique ou autre, ne l'applique concrètement. — Son effectivité est faible matériellement mais forte symboliquement (le bien-fondé d'une bonne pratique ne semble pouvoir qu'être largement accepté par ses destinataires, ce qui ne signifie pas *ipso facto* qu'ils se donnent les moyens de s'y conformer dès lors que cela génèrerait d'importantes contraintes).

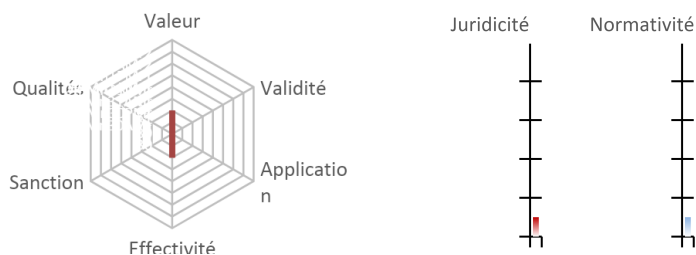
Espèce normative n° 47. — La statistique

➤ *Exemple : une statistique relative au marché français de l'édition*

• *Norme étudiée* : « La concentration du marché de l'édition est forte en France : les dix premiers groupes représentent 60,3 % du chiffre d'affaires du secteur en 2015 ; les deux premiers acteurs génèrent 23,1 % de ce chiffre d'affaires à eux seuls ; tandis qu'environ 1 000 éditeurs français ont une activité significative » (Syndicat National de l'Édition, « Les chiffres clés du livre et de l'édition, mars 2016).

• *Niveau de juridicité* : ① (très faible)

• *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : Cette statistique semble plutôt regrettable dès lors qu'elle présente une réalité dans laquelle le marché de l'édition français est fortement concentré, ce qui tend à diminuer le pluralisme ainsi que la possibilité pour les « petits » éditeurs de se développer et de concurrencer les leaders du secteur. — Nulle validité formelle ni matérielle ne s'attache à cette statistique. — Il ne s'agit ni d'une norme comportementale, ni d'une norme procédurale, ni d'une norme attributive, mais seulement de données factuelles, donc d'une description ; par suite, le caractère prescriptif manque nécessairement ; la généralité est quant à elle absente dès lors que les destinataires sont absents : le critère des qualités nomo-juridiques ne concerne, par définition, que ce qui constitue une norme ; de même, la sécurité juridique est absente dès lors que la norme est absente. — La statistique n'est visée par aucune norme de sanction d'un quelconque ordre normatif. — Aucun organe exécutif ne se propose de l'appliquer. — La statistique, si elle n'est pas une norme en soi, emporte un certain effet normatif en ce qu'elle incite les pouvoirs publics à intervenir, éventuellement au moyen de l'outil législatif ou réglementaire, ou du moins à songer à intervenir afin de diminuer le niveau de concentration dont elle atteste ; ainsi la normativité ou effectivité normative de la statistique n'est-elle pas nulle mais néanmoins faible.

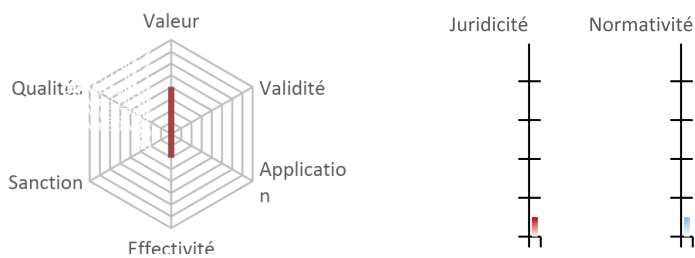
Espèce normative n° 48. — Le sondage

➤ *Exemple : un sondage relatif au marché français de l'édition*

• *Norme étudiée* : « 2 % des français déclarent avoir acheté un ou des livre(s) numérique(s) durant l'année 2015 » (Syndicat National de l'Édition, « Les chiffres clés du livre et de l'édition, mars 2016).

• *Niveau de juridicité* : ① (très faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : L'objet de ce sondage comme son résultat apparaissent relativement neutres du point de vue des valeurs portées par le chercheur. — Ce sondage ne revêt guère de validité juridique quelle qu'elle soit. — Il ne s'agit ni d'une norme comportementale, ni d'une norme procédurale, ni d'une norme attributive ; par conséquent, aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli (par définition, l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne portent que sur ce qui constitue une norme). — Il est impossible de trouver une quelconque sanction liée au sondage. — Aucun organe juridictionnel ou administratif ne le mobilise. — Une certaine effectivité s'y attache néanmoins dès lors que le constat du faible développement du marché du livre numérique peut inciter les pouvoirs publics à l'encourager en élaborant une réglementation moins contraignante que celle applicable au livre papier ; aussi la normativité ou effectivité normative du sondage ne semble-t-elle pas nulle.

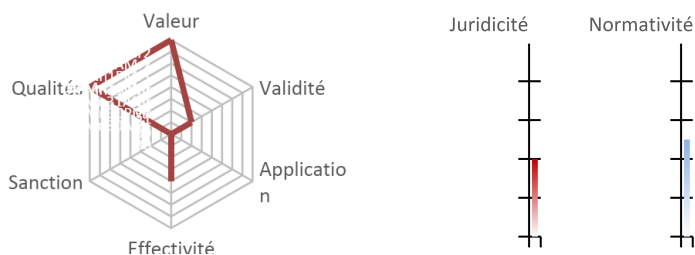
Espèce normative n° 49. — L'indicateur de performance

➤ *Exemple : un indicateur de responsabilité sociale et environnementale*

• *Norme étudiée* : « Les entreprises doivent s'engager en faveur de l'environnement en développant une politique de réduction de leurs consommations (papier, eau et énergie) et de diminution de leurs émissions de CO2 et de déchets » (indicateur de responsabilité sociale et environnementale des entreprises).

• *Niveau de juridicité* : ④ (faible)

• *Détail* : valeur : 4/4 ; validité : 1/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Poursuivant l'objectif ô combien impérieux de protection de l'environnement et notamment de limitation des émissions de CO2, cette norme peut être jugée légitime du point de vue subjectif du chercheur. — Elle prend place dans un ordre normatif faiblement développé, qui comprend peu de normes secondaires et qui n'est souverain et efficace que de manière limitée ; sa validité est donc faible. — Il s'agit d'une règle de conduite générale, dont les destinataires sont les entreprises ; sa formulation est suffisamment explicite pour répondre au besoin de sécurité ; elle est obligatoire. — Aucune sanction organisée ne l'accompagne. — Nul organe exécutif ne la mobilise. — Si son effectivité symbolique est élevée, son effectivité matérielle l'est nettement moins.

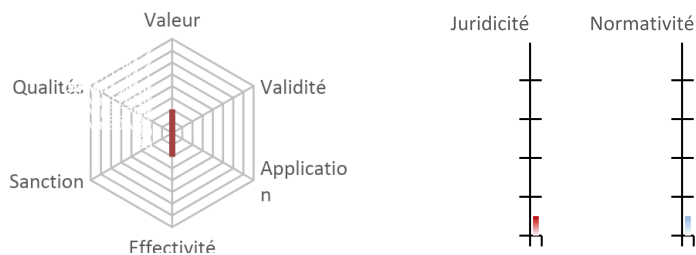
Espèce normative n° 50. — Le classement

➤ *Exemple : un classement des « meilleures » universités dans le monde*

• *Norme étudiée* : « 1. Université d'Harvard ; 2. Université de Stanford ; 3. Université de Berkeley ; 4. Université de Cambridge ; 5. Massachusetts Institute of Technology ; 6. Université de Princeton ; 7. Université d'Oxford ; 8. California Institute of Technology ; 9. Université de Columbia ; 10. Université de Chicago ; 39. Université Pierre et Marie Curie (Paris 6) ; 46. Université Paris-Sud (Paris 11) ; 87. École Normale Supérieure (Paris) » (classement académique des universités mondiales 2016 (ARWU), publié par l'Université Jiao Tong de Shanghai en Chine).

• *Niveau de juridicité* : ① (faible)

• *Détail* : valeur : 1/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 1/4



• *Explication* : Appréhendé subjectivement, ce classement paraît devoir être davantage dénoncé que loué eu égard à son objet, aux critères retenus afin de l'établir et à sa propension à mettre les établissements d'enseignement supérieur en concurrence plutôt qu'en situation de collaboration. — Il n'intègre aucun ordre normatif particulier et ne présente donc pas de validité. — Il ne constitue ni une norme comportementale, ni une norme procédurale, ni une norme attributive ; par suite, aucun sous-critère à l'intérieur du critère des qualités *nomo*-juridiques ne saurait être rempli dès lors qu'il ne s'agit pas d'une norme en bonne et due forme et que l'obligatorité, la généralité et la sécurité ne peuvent ici s'attacher qu'à de telles normes. — Ce classement n'est accompagné d'aucune sanction. — Il n'est utilisé par aucun organe exécutif. — Il présente une légère normativité (une effectivité plus matérielle que symbolique) en ce qu'il oriente, bien que dans une mesure limitée, les décisions prises par les organes de gouvernance de certaines universités (regroupement d'établissements, mutualisation de moyens, octroi de moyens supplémentaires aux sciences « dures » et retrait de moyens aux sciences « molles », encouragement de la recherche et délaissement de l'enseignement, démultiplication des manifestations scientifiques, recrutement de chercheurs renommés et/ou ayant une importante activité de publication scientifique etc.).

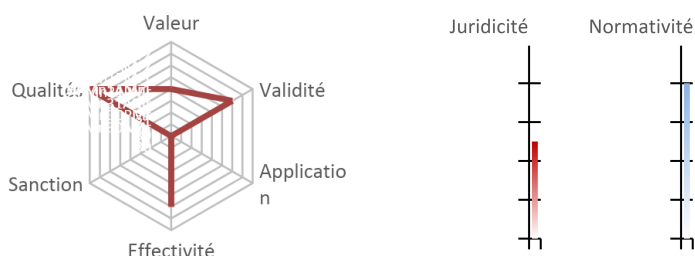
Espèce normative n° 51. — La règle de grammaire

➤ *Exemple : une norme relative à l'accord sujet-verbe*

• *Norme étudiée* : « 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 ».

• *Niveau de juridicité* : ⑤ (moyenne-faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 3/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4

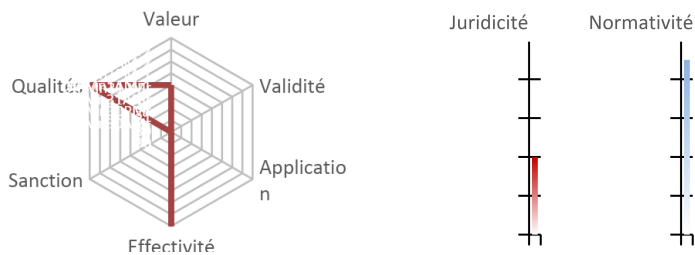


• *Explication* : Cette règle de grammaire n'interroge guère du point de vue des valeurs. — Étant édictée par l'Académie française, personne morale de droit public à statut particulier, elle est valide formellement dans un ordre normatif étatique, donc au sein d'un ordre normatif très fortement développé ; son objet est à ce point particulier au sein de l'ensemble du corpus juridique « officiel » qu'elle ne saurait remplir entièrement le sous-critère de la validité matérielle : si elle ne contrevient pas à des normes supérieures, elle ne vise pas davantage à en préciser ou concrétiser certaines, si bien que son lien avec l'ordre normatif étatique semble formel mais très peu matériel. — La règle de grammaire est une règle de conduite obligatoire, générale et impersonnelle ; de plus, son sens est clair et accessible à la plupart de ses destinataires (qui sont, tout d'abord, l'ensemble de la population française et, ensuite, l'ensemble de la francophonie). — L'ordre étatique n'organise aucune sanction en cas de non-respect de cette règle de grammaire. — Celle-ci n'est mobilisée et appliquée par aucun organe exécutif. — Tant comportementalement que psychologiquement, son effectivité est forte bien que déclinante ; une part toujours plus importante de ses destinataires l'ignorent ou s'en détournent.

Espèce normative n° 52. — La règle du jeu

➤ *Exemple : une règle du Monopoly*

- *Norme étudiée* : « Retournez à la case prison ; ne passez pas par la case départ ».
- *Niveau de juridicité* : ④ (faible)
- *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 4/4



• *Explication* : Une telle règle du jeu ne poursuit ni n'enfreint aucune valeur particulière ; elle apparaît ainsi neutre axiologiquement. — Elle intègre un ordre normatif excessivement peu développé (celui du jeu du Monopoly, qui est statique, très primaire et très peu organisé, comportant un très petit nombre de normes), de telle sorte qu'aucune validité juridique ne semble pouvoir être retenue. — En revanche, cette règle du jeu constitue une norme de conduite générale (applicable à tout joueur) et impérative ; elle est précise, dépourvue de toute ambiguïté et aisément compréhensible. — Aucune sanction des éventuels « tricheurs » n'est prévue. — Nul organe exécutif n'applique cette règle du jeu. — Elle est très largement respectée par ses destinataires, donc très effective, seuls quelques rares « tricheurs » tentant de la contourner.

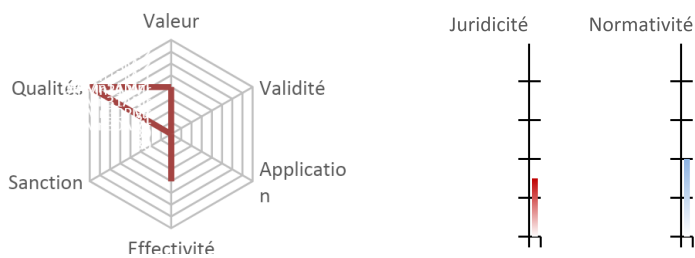
Espèce normative n° 53. — La règle de l'art

➤ *Exemple : une norme de la peinture classique*

• *Norme étudiée* : « Les points de distance des lignes de fuite principales doivent être situés de part et d'autre du point de fuite principal, à une distance égale à celle du peintre au tableau ».

• *Niveau de juridicité* : ③ (faible)

• *Détail* : valeur : 2/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 4/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 2/4



• *Explication* : Une telle règle de l'art poursuit uniquement une valeur esthétique ; elle ne paraît pas, aux yeux subjectifs du chercheur, devoir être jugée légitime car la beauté en cause n'est pas une beauté absolue mais une beauté relative, attachée à un style pictural donné et à laquelle d'aucuns n'adhèrent pas. — Cette règle ne fait partie d'aucun ordre normatif minimalement développé et n'est donc guère valide. — Elle remplit toutes les conditions nomo-qualitatives : il s'agit d'une règle de conduite prescriptive et générale puisque ses destinataires sont tous les peintres ; ceux-ci n'ont aucune peine à en saisir le sens et la portée. — Le non-respect de cette norme artistique n'est l'objet d'aucune sanction organisée. — Ladite norme n'est appliquée par aucun organe juridictionnel ou administratif relevant d'un ordre normatif minimalement développé. — Son effectivité est moyenne : tant symboliquement que matériellement, il se trouve aujourd'hui beaucoup de peintres qui s'efforcent à la respecter mais aussi beaucoup de peintres qui préfèrent suivre des canons baroques ou abstraits.

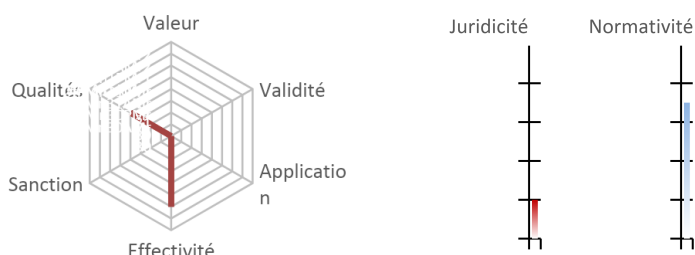
Espèce normative n° 54. — Le suivisme

➤ *Exemple : le panurgisme à l'intérieur d'une profession*

• *Norme étudiée* : L'usage récurrent du néologisme « dégagisme » par les journalistes politiques français durant l'hiver et le printemps 2017.

• *Niveau de juridicité* : ② (très faible)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4

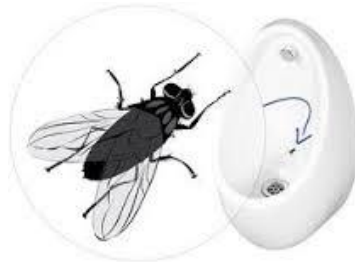


• *Explication* : Cette norme, consistant à utiliser dans les médias un terme fort familier, si ce n'est vulgaire, peut être regrettée du point de vue subjectif de l'observateur défendant un idéal de beauté de la langue française. — En tant que norme implicite et inavouée, elle ne relève d'aucun ordre normatif et n'a donc guère de validité. — Il s'agit d'une norme de conduite amenant ses destinataires à employer un certain mot malgré sa trivialité et sa malséance ; la portée de cette norme est générale : elle vise l'ensemble des journalistes politiques ; en revanche, elle n'est pas prescriptive mais seulement incitative en raison de son caractère largement inconscient ; enfin, ce caractère inconscient la rend difficile à saisir et à cerner, ce qui contrevient à l'exigence de sécurité. — Nulle sanction organisée n'accompagne cette norme. — Nul organe exécutif ne la met en œuvre. — Par nature, son effectivité est relativement forte, sans quoi elle n'existerait pas ; une frange non négligeable des journalistes se refusent néanmoins à employer le terme « dégagisme », malgré son omniprésence dans les textes et discours de leurs confrères, cela car ils le jugent par trop familier.

Espèce normative n° 55. — Le nudge

➤ Exemple : un nudge⁴⁴¹ utilisé dans certains lieux publics afin de diminuer les frais de nettoyage

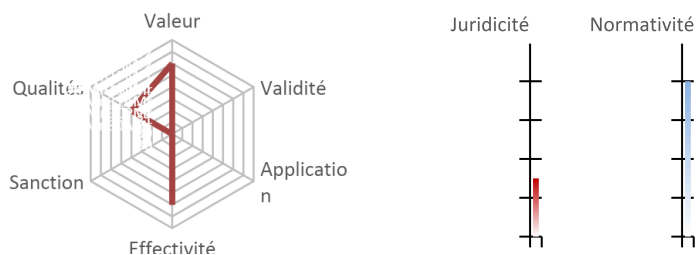
• Norme étudiée :



Coller une cible dans un urinoir (fausse mouche, mini-ballon et mini-but de football etc.) permettrait de réduire de 80 % les « débordements ».

• Niveau de juridicité : ③ (faible)

• Détail : valeur : 3/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 2/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 3/4



• Explication : Ce nudge paraît poursuivre deux fins plutôt légitimes : garantir la propreté des espaces publics et limiter les dépenses d'entretien. — Il ne présente pas de validité car il n'est lié à aucun ordre normatif. — Il consiste en un modèle de conduite dont la portée est générale, peu important qu'il ne s'adresse qu'aux hommes ; en revanche, il est purement incitatif et non obligatoire dès lors que son objet est de servir de guide comportemental inconscient ; ce caractère masqué de la norme nuit à la sécurité puisque beaucoup de ses destinataires ne sauraient prendre connaissance de son existence. — Il est impossible de trouver une sanction visant quiconque ne se conformerait pas au nudge. — Il est également impossible de trouver un organe juridictionnel ou administratif l'appliquant. — Si le nudge permet de modifier 80 % des comportements, cela signifie que son effectivité est importante ; il n'est toutefois possible de se prononcer qu'à l'égard de l'effectivité comportementale et non à l'égard de l'effectivité symbolique dès lors que le principe du nudge est d'agir sur les réflexes, sur les agissements spontanés, non sur les agissements réfléchis.

⁴⁴¹ Les nudges, qu'on peut traduire par « coups de pouce », sont des incitations comportementales qui persuadent inconsciemment d'agir d'une certaine façon.

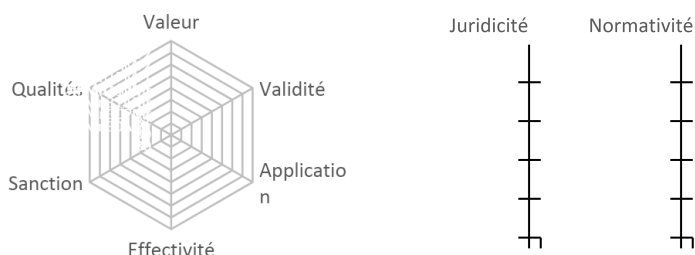
Espèce normative n° 56. — La loi économique

➤ *Exemple : la loi du marché*

• *Norme étudiée* : « Lorsque l'offre est supérieure à la demande, les prix ont tendance à baisser ; lorsque l'offre est inférieure à la demande, les prix ont tendance à augmenter ».

• *Niveau de juridicité* : ① (nulle)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 0/4



• *Explication* : Il s'agit ici d'une norme appartenant au genre des normes naturelles et non au genre des normes sociales. Or les critères de juridicité, tels qu'ils se retrouvent dans la pensée juridique collective, ne visent toujours que des normes sociales. Il est excessivement rare qu'un juriste s'intéresse à des normes naturelles. Il en résulte qu'aucun critère de juridicité ne saurait être rempli même faiblement par une telle loi économique. La valeur juridique, la validité juridique, les qualités nomo-juridiques, la sanction juridique et l'application juridique ne sauraient toucher des normes naturelles dès lors que seuls de très rares penseurs du droit imaginent que tel pourrait être le cas. Y compris l'effectivité, sur laquelle le panjuridisme s'appuie souvent, ne semble pas pouvoir, à l'aune de la psyché juridique collective, se rapporter à des normes naturelles.

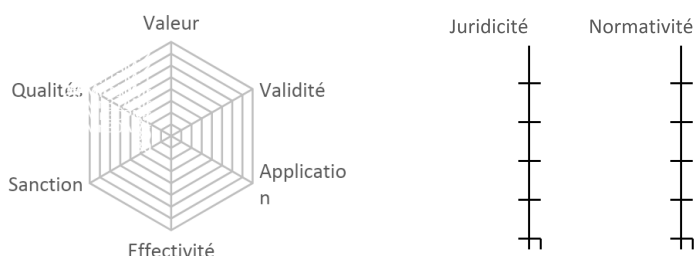
Espèce normative n° 57. — La loi physique

➤ *Exemple : la théorie de la relativité restreinte*

• *Norme étudiée* : « $E = mc^2$ (une particule de masse m isolée et au repos dans un référentiel possède, du fait de cette masse, une énergie E dont la valeur correspond au produit de m par le carré de la vitesse de la lumière) ».

• *Niveau de juridicité* : ① (nulle)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 0/4



• *Explication* : À l'identique de la loi économique, la loi physique appartient au monde des normes naturelles et non à celui des normes sociales. Dès lors, les critères de juridicité ne s'appliquant qu'à des normes sociales, la force juridique de « $E = mc^2$ » ne semble pouvoir qu'être nulle. De même, la normativité étant ici envisagée telle une qualité des normes sociales (lorsque, dans les faits, elles produisent d'importants effets de régulation et modèlent véritablement les comportements), la normativité de « $E = mc^2$ » ne paraît pas pouvoir exister. Seule est ici en cause la normativité sociale ; or la loi physique revêt sans doute une normativité physique mais non une normativité sociale (comme la loi économique ne saurait s'attacher qu'à une normativité économique).

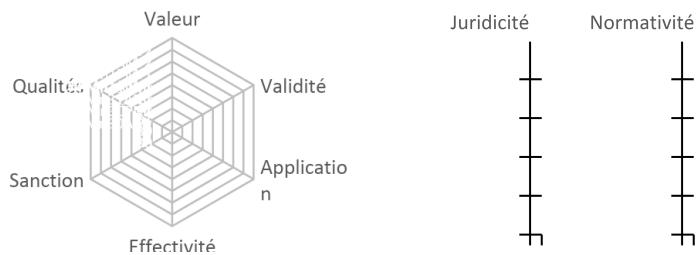
Espèce normative n° 58. — La norme personnelle

➤ *Exemple : une habitude individuelle*

• *Norme étudiée* : « Chaque mardi soir et chaque jeudi soir, M. B court dans le parc P durant une heure si les conditions climatiques le permettent ».

• *Niveau de juridicité* : ① (nulle)

• *Détail* : valeur : 0/4 ; validité : 0/4 ; qualités : 0/4 ; sanction : 0/4 ; application : 0/4 ; effectivité : 0/4



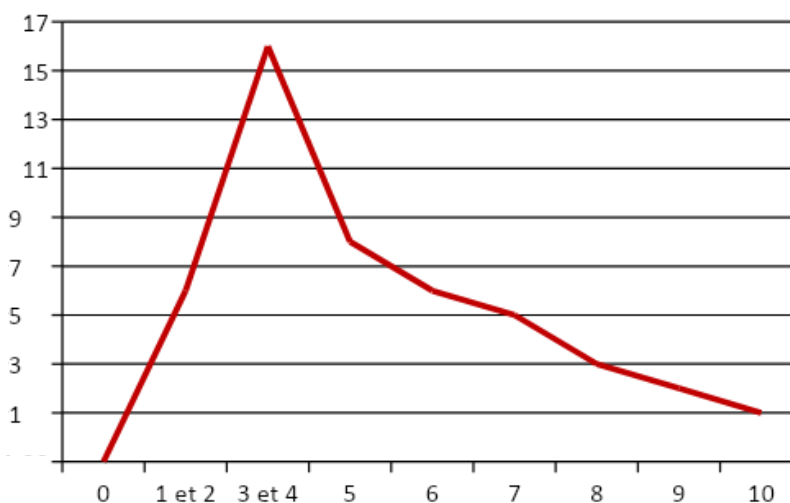
• *Explication* : La pensée juridique est ainsi construite que la juridicité ne saurait s'appliquer qu'à des normes appartenant au genre des normes sociales et non à des normes appartenant au genre des normes personnelles (*i.e.* intérieures, propres à un individu donné et souvent non extériorisées, à l'image d'une habitude individuelle). Partant, la norme étudiée présenterait nécessairement un niveau de juridicité nul. Quant à sa normativité, si elle est sans doute très forte en tant que normativité individuelle (l'habitude en question modèle sensiblement le comportement de M. B), la normativité interrogée en ces pages est toujours une normativité collective.

Les résultats de l'expérimentation de l'échelle de juridicité permettent de tracer la courbe des forces juridiques.

Ainsi, parmi les cinquante-cinq espèces de normes sociales examinées⁴⁴²,

- ⇒ ① : aucune ne présente une juridicité nulle
- ⇒ ① et ② : 7 présentent une juridicité très faible
- ⇒ ③ et ④ : 17 présentent une juridicité faible
- ⇒ ⑤ : 9 présentent une juridicité moyenne-faible
- ⇒ ⑥ : 7 présentent une juridicité moyenne
- ⇒ ⑦ : 6 présentent une juridicité moyenne-forte
- ⇒ ⑧ : 4 présentent une juridicité forte
- ⇒ ⑨ : 3 présentent une juridicité très forte
- ⇒ ⑩ : 2 présentent une juridicité absolue

Nombre d'espèces normatives par niveau de force juridique



Les textures normatives étudiées appartiendraient donc principalement à la catégorie des normes à juridicité faible. Ensuite, elles se répartiraient entre juridicité moyenne-forte, juridicité moyenne, juridicité moyenne-faible et juridicité très faible. Sur les cinquante-cinq formes de normativité sociale étudiées, seules neuf revêtent une juridicité forte, très forte ou absolue. En conséquence, les juristes autorisés à s'intéresser uniquement à ces normes là se couperaient de plus de quatre cinquièmes de l'univers

⁴⁴² La loi économique, la loi physique et la norme personnelle ne sont pas intégrées dès lors qu'elles ne sont pas des formes de normativité sociale. Lorsque plusieurs exemples ont été étudiés concernant une espèce normative donnée, la moyenne des résultats obtenus est prise en compte.

normatif. Mais l'accès aux normes à juridicité moyenne ou faible (donc partiellement juridiques) peut-il être légitimement refusé aux juristes ?

Dans le champ des normes sociales, si seules les normes dont le niveau de juridicité est de ① peuvent être comprises comme non juridiques, il est très incertain que de telles normes à la force juridique nulle existent. En effet, l'expérimentation de l'échelle de juridicité a permis d'observer qu'y compris une règle de grammaire, une règle du jeu ou une règle de l'art sont, dans une certaine mesure — en l'occurrence une mesure faible —, juridiques. Certes, selon les propriétés de la norme étudiée, le niveau de juridicité peut varier sensiblement, si bien que les normes fortement juridiques côtoient les normes moyennement ou faiblement juridiques. Il n'en demeure pas moins qu'aucune norme sociale extra-juridique n'a été rencontrée au cours de cette expérimentation et qu'il faut peut-être en conclure que toutes les normes sociales sont, plus ou moins fortement, juridiques.

Cette conclusion est primordiale aux yeux du juriste qui souhaite étudier, en qualité de juriste, certains objets normatifs originaux prospérant à l'ère contemporaine (chartes et codes privés, normes techniques, comptables ou managériales, labels, standards, best practices, rankings, nudges etc.). La règle de grammaire, la règle du jeu et la règle de l'art sont nettement moins juridiques que la plupart des normes supportées par la loi ou par les autres formes d'actes normatifs étatiques. Par exemple, la disposition de la Constitution de la V^e République française selon laquelle « le Président de la République est élu au suffrage universel direct »⁴⁴³ revêt une force juridique absolue (⑩). Toujours est-il 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 constitutionnelle, une différence de degré et non une différence de nature.

Pareille approche de la qualité juridique des normes peut déconcerter tant, dès lors qu'on s'intéresse aux normes juridiques, on imagine spontanément qu'il existerait d'innombrables normes non juridiques au sein d'une sphère parallèle et étanche par rapport à la sphère des règles de droit. Aussi convient-il à présent de réfléchir plus avant aux implications de l'échelle de juridicité et, en premier lieu, à la forme de panjuridisme doux ou tempéré qu'elle aboutit à consacrer.

⁴⁴³ Const. 4 oct. 1958, art. 6.

Titre 2. Les implications de l'échelle de juridicité : la conception graduelle du droit

Les mondes normatifs (droit, déontologie, morale, religion, technique etc.) ne seraient pas des univers juxtaposés mais des univers entremêlés. Certains attributs caractéristiques des règles de droit seraient donc partagés avec d'autres types de normes parce que ces derniers présenteraient une dimension juridique. Par exemple, tandis qu'une règle essentiellement morale peut être également juridique dès lors qu'elle remplit certaines conditions de juridicité, une règle essentiellement juridique peut être également morale dès lors qu'elle remplit certaines conditions de moralité⁴⁴⁴.

Aussi l'échelle de juridicité suppose-t-elle une conception graduelle de la qualité juridique : l'expérimentation précédente incite à retenir qu'il n'existerait pas une partition binaire du monde de la régulation sociale, avec le droit d'un côté et le non-droit de l'autre, mais diverses formes de semi-droit, de droit en développement et de début de droit aux côtés du droit en bonne et due forme (*chapitre 1*). Or il s'agit d'une divergence importante par rapport aux approches de plus en plus en vogue à mesure qu'on accepte d'étudier, dans le cadre des facultés de droit, des phénomènes normatifs originaux tels que le « droit global » — des approches qui tendent à placer toutes les normes examinées sous la coupe d'une seule et même juridicité, qu'il s'agisse de normes d'origine législative ou bien de normes issues de l'autorégulation d'un groupe de narcotrafiquants.

En prenant appui sur la définition lexicographique du droit et en observant qu'il y aurait beaucoup de normes faiblement juridiques et de normes moyennement juridiques aux côtés des normes fortement juridiques, l'échelle de juridicité espère parvenir à préserver

⁴⁴⁴ La généralité, l'impersonnalité et la permanence, notamment, ne seraient pas des critères de reconnaissance de toutes les normes, y compris les normes morales et religieuses, mais seulement des normes juridiques dès lors qu'un nombre significatif d'auteurs font de ces généralité, impersonnalité et permanence des marques de fabrique des règles de droit. Si les normes morales et religieuses sont générales, impersonnelles et permanentes, cela signifierait que, sous ces aspects, ces normes seraient juridiques.

l'autonomie du droit tout en augmentant les potentialités des recherches en droit (*chapitre 2*). Reste que cette proposition qu'est l'échelle de juridicité génère diverses difficultés auxquelles il importera de réfléchir afin de pouvoir en saisir la portée éventuelle mais aussi les limites incontournables (*chapitre 3*).

Chapitre 1. L'échelle de juridicité au service d'un panjuridisme modéré

Entre la proposition selon laquelle il faudrait que toutes les conditions de juridicité soient réunies pour qu'une norme puisse être qualifiée de « juridique » et celle selon laquelle chaque condition serait une voie d'accès particulière au monde du droit, l'échelle de juridicité conduit à avancer que toutes les conditions doivent être réunies pour qu'une norme puisse être qualifiée d'« absolument juridique » et que chaque condition est une voie d'accès particulière à la lisière du monde du droit. Ainsi cette échelle espère-t-elle conjuguer les diverses dimensions du concept de droit, en assumer les polarités contrastées. Une conception graduelle du droit permet de retenir que l'absence de réponse à un critère de juridicité fait perdre à la norme la part de juridicité correspondante, mais non toute juridicité. Une norme est donc juridique à hauteur du nombre de conditions qu'elle remplit et en fonction de la plénitude avec laquelle elle les remplit.

Or la plupart des normes étudiées au sein du titre précédent ne sont ni dans la situation où elles s'habilleraient de tous les attributs de la juridicité, ni dans la situation où elles ne s'habilleraient d'aucun de ces attributs, si bien qu'il semble inévitable d'admettre l'hypothèse de degrés de juridicité. Cependant, nombre de théoriciens du droit et de juristes, parce qu'ils recherchent ce qui serait le signe caractéristique et déterminant du droit, envisagent la juridicité tel un état qui pourrait seulement être ou ne pas être. Le droit serait un absolu ou ne serait pas ; nulle demi-mesure ne serait concevable⁴⁴⁵.

Contre cette vision d'un droit toujours entier et hermétique, l'une des premières conséquences de l'échelle de juridicité et, par suite, de la théorie syncrétique du droit est

⁴⁴⁵ C'est ainsi que raisonnait, par exemple, Hans Kelsen : il faisait de la validité le « mode d'existence spécifique des normes [juridiques] » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 18). La validité serait donc une propriété constitutive des règles de droit interdisant toute possibilité de normes semi-juridiques puisqu'une norme pourrait seulement être valide ou non-valide. Kelsen semble avoir ainsi proposé, en même temps qu'une « théorie pure du droit », une « théorie du droit pur », n'imaginant guère que la juridicité puisse connaître des nuances.

de retenir que la juridicité connaîtrait des paliers : le droit pourrait être fort ou faible, mais aussi très fort, très faible etc. Pareilles forces juridiques plurielles invitent à ne plus penser le droit de manière manichéenne : droit contre non-droit. L'expérimentation de l'échelle de juridicité enseigne que toute source de normativité sociale serait en même temps une source de droit. Mais la juridicité n'est pas la normativité : des règles très juridiques et peu normatives cohabitent avec des règles peu juridiques et très normatives. La normativité (fait d'être effectivement un modèle de conduite du point de vue de ses destinataires) n'est qu'un indice parmi d'autres de la juridicité (fait d'être une règle de droit). Une telle distinction n'est possible qu'à condition d'adopter des approches graduelles de cette juridicité et de cette normativité. Mais, si « l'unité du droit est une hypothèse douteuse »⁴⁴⁶, la juridicité graduelle est peut-être une hypothèse nécessaire et, plus encore, une observation inévitable.

Sans doute quelques rares théoriciens du droit ont-ils déjà soutenu que la juridicité « ne doit pas être envisagée sur un mode binaire valide/non valide, mais par degrés »⁴⁴⁷. Toujours est-il que « tout se passe classiquement comme s'il n'y avait pas de degrés dans le droit, ou bien on y est tout entier, ou bien on n'y est pas du tout et on parle d'autre chose »⁴⁴⁸. À l'instar de tout construit social et de tout construit intellectuel, le droit n'est-il pas inexorablement variable : variable dans le temps, variable dans l'espace, mais aussi variable dans sa nature et variable dans sa plénitude ? Il serait alors permis de retenir, après Jean Carbonnier, la thèse selon laquelle il se trouverait, aux côtés des normes les plus juridiques, des espèces de « sous-droit »⁴⁴⁹, car « le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons »⁴⁵⁰, car il « n'est pas la coulée de bronze que décrivent les juristes dogmatiques »⁴⁵¹ et car il connaît, comme les hommes et les sociétés qui en sont à l'origine, des forces et des faiblesses. L'échelle de juridicité permet de constater combien les normes sociales seraient dans leur grande majorité juridiques sous certains aspects et non juridiques sous d'autres.

Ensuite, une des conséquences de la juridicité progressive est de poser autrement cette question essentielle de la théorie juridique : une norme extra- ou para-étatique peut-elle être juridique ? En d'autres termes, du droit peut-il jaillir de foyers privés de normes indépendants des États ? Entre les étatistes, tenants de la non-juridicité des normes autres

⁴⁴⁶ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 58.

⁴⁴⁷ H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 1970, p. 90.

⁴⁴⁸ B. LATOUR, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, 2004, p. 273.

⁴⁴⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 360.

⁴⁵⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 92.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 93.

qu'étatiques, et les panjuridistes, tenants de l'entière juridicité de toutes les normes sociales, peut-être la force juridique graduelle peut-elle trouver sa place : une norme para-étatique et une norme étatique seraient toutes deux juridiques mais, généralement, la norme para-étatique profiterait d'une force juridique inférieure à celle de la norme étatique. Il existerait donc une hiérarchie des normes sous l'angle de leurs forces juridiques — et les normes publiques seraient globalement supérieures aux normes privées.

C'est pourquoi l'échelle de juridicité permettrait d'opposer un panjuridisme doux au panjuridisme brut selon lequel il n'existerait qu'une nature juridique mais aussi qu'un palier de juridicité. Ensuite, si l'échelle de juridicité sert le panjuridisme doux, ce panjuridisme doux permet de motiver l'expansion du terrain d'enquête des juristes. Cela ne serait pas anodin en des temps où la régulation étatique et inter-étatique est de plus en plus complétée et concurrencée par de nouveaux modes de régulation normative ou semi-normative que les juristes ne paraissent pas pouvoir ignorer.

Les organisations privées sont comme les institutions publiques des sources de normes. Et il semble que la régulation publique serait l'exception quand la régulation privée serait le principe. Mais ces considérations ne disent rien de la qualité juridique des normes en cause ni, par suite, de la compétence des juristes à en traiter. Si les États et les instances inter-étatiques produisent assurément du droit, qu'en est-il de la juridicité de toute la régulation non étatique ? Peut-être le droit est-il l'exception et le non-droit le principe. Les juristes seraient alors cantonnés à l'étude de ce qui vient des États ou va aux États. Toutefois, à l'ère contemporaine, les conceptions panjuridiques gagnent du terrain — en particulier grâce au pragmatisme juridique, à la sociologie du droit, à l'anthropologie du droit ou encore au pluralisme juridique. La difficulté sur laquelle ces conceptions panjuridiques achoppent est qu'elles intègrent toutes les formes de normes dans la sphère du droit sans justifier d'une quelconque manière cette intégration — tandis que, face à elles, l'étatisme juridique s'appuie sur un critère rigoureux : la validité dans un ordre normatif étatique. Aussi l'échelle de juridicité pourrait-elle conférer un peu d'assurance jus-théorique au panjuridisme, soit à nombre de travaux actuellement menés autour des normativités extra-étatiques. Si la question n'est plus de savoir si le droit est l'exception et le non-droit le principe mais si le fortement juridique est l'exception et le faiblement juridique le principe — ce que semble indiquer la courbe des forces juridiques précédemment esquissée —, c'est qu'il s'agit dans tous les cas de droit.

Seulement une telle position à l'égard du domaine juridique n'aboutit-elle pas à interdire toute autonomie du droit, donc à ruiner des décennies d'efforts jus-théoriques ? La différence entre le panjuridisme brut et le panjuridisme doux serait que ce dernier, loin de porter atteinte aux spécificités du juridique dans le social, les conforterait. En effet, si les normes absolument juridiques peuvent être différentes des normes fortement juridiques, elles-mêmes différentes des normes moyennement juridiques etc., cela provient de l'application de la définition lexicographique du droit, donc de critères de juridicités minutieusement arrêtés. D'ailleurs, entre les normes absolument juridiques et les normes très faiblement juridiques, les divergences paraissent beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus importantes que les convergences. Ainsi chaque niveau de force juridique présenterait-il au moins une certaine autonomie. Surtout, le droit se reconnaîtrait toujours à certaines caractéristiques, loin de se confondre sans autre forme de procès avec la normativité — ce qui constitue la marque du panjuridisme brut. Bien que conduisant à une forme de panjuridisme, l'échelle de juridicité n'invite en aucun instant à retenir qu'il suffirait de savoir ce qu'est une règle pour savoir ce qu'est une règle de droit ou qu'il suffirait de savoir ce qu'est la régulation pour savoir ce qu'est la régulation juridique.

Chapitre 2. L'échelle de juridicité protectrice de l'autonomie du droit

Au XXI^e s., un antagonisme se développe au sein des facultés de droit en raison de la volonté d'un nombre croissant de chercheurs en droit d'étudier les nouveaux types de normes qui apparaissent, régissant toujours plus d'activités. Or les théoriciens du droit, de tout temps, entendent consacrer et préserver l'autonomie du monde juridique, donc définir le périmètre du droit au moyen de critères précis afin de le séparer rigoureusement des modes de régulation sociale non juridiques. Cela les a le plus souvent amenés à attacher le droit à l'État — notamment avec les normativistes qui n'imaginent pas qu'il puisse exister du droit ailleurs que dans la « pyramide » étatique et avec les réalistes qui lient le droit à l'activité des tribunaux.

La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité essayent de dépasser cet antagonisme en retenant à la fois une définition du droit constituée de critères relativement fins et une conception panjuridique permettant d'analyser toute norme sociale en tant que norme juridique. Le panjuridisme est normalement l'adversaire de l'autonomie du droit : soit tout est droit, soit n'est droit que ce qui présente certaines caractéristiques. L'échelle de juridicité réussirait à associer ces deux alternatives — qui n'en seraient dès lors plus.

La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité défendraient donc l'autonomie du droit grâce à la définition lexicographique du droit : seules sont juridiques les normes revêtant certains traits distinctifs. Ensuite, il ne semble pas exister de normes sociales n'arborant aucun de ces traits distinctifs. Mais une norme peu juridique, ne satisfaisant qu'à un seul critère de juridicité, n'en est pas moins incomparable à une norme très juridique, réunissant tous les attributs de la juridicité. Aussi une norme faiblement juridique appartiendrait-elle au même genre mais non à la même espèce qu'une norme fortement juridique. S'il n'est plus question d'autonomie du droit par rapport au non-droit, il est encore question d'autonomie des normes fortement juridiques — qui répondent à tous les

critères de juridicité ou presque — par rapport aux normes moyennement ou faiblement juridiques.

À la question « qu'est-ce que le droit ? » — *i.e.* « qu'est-ce que l'objet d'étude des juristes ? » — les panjuridistes sont tentés de répondre qu'« il est inutile d'entrer dans ce genre de considérations »⁴⁵². Le caractère juridique des travaux reposant sur une telle prémisse se trouve peut-être compromis⁴⁵³ ; car il n'est, semble-t-il, pas inconsideré de convenir que la plupart des normes ou au moins certaines normes ne seraient pas juridiques et qu'il serait par conséquent déterminant de savoir séparer droit et non-droit au moment d'entreprendre une recherche juridique. Il paraît indispensable de définir — et ainsi circonscrire et borner — l'objet d'étude avant de l'étudier. On ne saurait connaître un objet sans savoir déjà le reconnaître⁴⁵⁴. Certainement le droit est-il voué à constituer une « notion à l'imprécision accueillante »⁴⁵⁵. Le danger est que, en venant à admettre toutes les normativités sous la bannière de la juridicité — et d'une même juridicité —, l'imprécision du droit risque de servir la dissolution du droit et, finalement, la disparition du droit, le concept de droit ne désignant plus aucun objet particulier⁴⁵⁶.

⁴⁵² Dans le cadre du panjuridisme brut, tout est droit, mais on ne sait pas vraiment ce qu'est le droit puisque la question « qu'est-ce que le droit ? » n'est guère posée. La spécificité de l'échelle de juridicité est d'associer le panjuridisme à une définition du droit : toutes les normes sont, dans une certaine mesure, juridiques, mais le concept de droit n'en désigne pas moins certains objets normatifs plus que d'autres.

⁴⁵³ En ce sens, on note que les auteurs en cause connaissent des « difficultés à préserver la juridicité de leur objet d'étude » (Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 9).

⁴⁵⁴ En témoignent, par exemple, ces explications issues 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 véricité-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 » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 9-10).

⁴⁵⁵ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 441.

⁴⁵⁶ De plus en plus de chercheurs « en droit », par exemple lorsqu'ils soutiennent une « redéfinition sociologique du droit qui dépasse l'opposition entre droit et mondes sociaux » (L. ISRAËL, « Question(s) de méthodes – Se saisir du droit en sociologue », *Dr. et société* 2008, p. 390) ou lorsqu'ils se penchent sur des problématiques nouvelles telles que celles relevant du « droit global », se montrent quelque peu insensibles à la spécificité du juridique au sein du social que des générations de penseurs du droit se sont évertuées à forger. Pour le panjuridisme brut, la question du sens du concept de droit serait inconséquente, seulement source de tergiversations intellectuelles sans portée pratique aucune. Pour le panjuridisme modéré, cette question serait la plus épineuse mais aussi la plus décisive, donc la première de toutes celles auxquelles quiconque s'intéresse au droit serait amené à répondre. De son point de vue, toute étude du droit qui se passerait de définition du droit — ou qui retiendrait simplement la définition implicite selon laquelle « la juridicité se confond avec la normativité » — *reposerait sur des fondations théoriques peu solides, donc peu porteuses. In fine*, ce serait jusqu'à l'existence des facultés de droit qui se trouverait mise en doute, les juristes n'ayant plus d'objets différents de ceux des sociologues, des psychologues, des économistes et des spécialistes des sciences de gestion à étudier.

Aussi l'intention de l'échelle de juridicité est-elle de répondre au besoin de plus en plus pressant d'équilibre entre autonomie du droit et ouverture du droit : grâce aux enseignements tirés de son expérimentation, le chercheur en droit peut se consacrer à tous les foyers de normes, y compris les plus originaux, tout en s'inscrivant — certes par un biais inhabituel et inattendu — dans la lignée des courants dominants de la pensée du droit contemporaine. 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 »⁴⁵⁷ n'en est plus une.

Pour reprendre l'exemple des travaux relatifs au pluralisme juridique, la seule voie envisageable afin d'accueillir entièrement le pluralisme juridique horizontal (différents types de sources du droit) sans ruiner le particularisme ontologique du droit résiderait dans le pluralisme juridique vertical (différents niveaux de force juridique). À l'époque actuelle, entrent en confrontation cette grandeur majestueuse de l'État qui invite au monisme juridique et cet éclectisme nébuleux du pluralisme juridique qui oblige au non étatisme. Or ce pluralisme juridique se laisse chaque jour davantage saisir telle une évidence tant la régulation normative est de moins en moins statocentrée et légicentrée, ce qui malmène le concept de droit et les habitudes des juristes. Ceux-ci sont de plus en plus tentés de s'éloigner des chemins balisés de la loi et de la jurisprudence. La spontanéité du chercheur est statofuge, tandis que les dogmes statopètes tendent à s'estomper.

L'enjeu, dès lors, serait double : d'une part, « sauver » une notion de droit qui semble de plus en plus se fragiliser et même entrer en crise à mesure que la panjuridisme et le pragmatisme juridique gagnent du terrain ; d'autre part, étendre l'horizon des juristes afin d'éviter qu'ils ne se coupent excessivement de la réalité des pratiques normatives. L'aspiration de l'échelle de juridicité est de répondre dans un même mouvement à l'un et à l'autre de ces défis pourtant *a priori* inconciliables.

Reste que les incertitudes quant à la frontière entre normes juridiques et autres normes sociales sont telles qu'il serait peut-être raisonnable de considérer qu'une telle frontière n'existerait pas. Cela justifierait le panjuridisme. Mais ce dernier encourt le reproche adressé à certaines conceptions émergentes du droit qui ne feraient que « standardiser » et « niveler » le droit, qui procèderaient d'une vision diluée et approximative de la juridicité

⁴⁵⁷ 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.

permettant à toute forme d'expression normative d'intégrer le monde du droit. Cela mènerait à la « mort du droit »⁴⁵⁸ par la disparition de tout signifié assorti au signifiant « droit », lequel ne serait plus qu'une coquille vide à ranger au banc de l'histoire. Parce qu'elle retient qu'il y aurait, entre les diverses normes sociales, non des variations de nature mais des variations dans leur degré de consolidation juridique, l'échelle de juridicité espère permettre au panjuridisme de ne plus encourir un tel reproche.

Par ailleurs, l'utilisation de cette échelle pose quelques difficultés qu'il importe de relever, soit afin de s'en prémunir, soit afin de relativiser la portée des résultats obtenus.

⁴⁵⁸ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 146.

Chapitre 3. Les limites de l'échelle de juridicité

Tout d'abord, l'échelle de juridicité est, comme la définition lexicographique du droit, relative : elle permet de mesurer une force juridique temporellement et géographiquement située⁴⁵⁹. Cette force juridique diffère en fonction du moment et du lieu⁴⁶⁰. Si l'échelle de juridicité en venait à présenter une quelconque utilité afin de mieux comprendre le concept de droit, celle-ci n'existerait dans tous les cas qu'ici et maintenant, en tout cas dans les termes retenus au sein de ces pages consacrées à la pensée juridique actuelle d'une communauté déterminée. Pour exporter l'échelle de juridicité, il faudrait reconsidérer entièrement la définition lexicographique du droit, donc la liste des critères de juridicité revêtant une force doctrinale significative. Sans actualisation, l'échelle de juridicité n'est transposable ni spatialement ni temporellement, cela car les critères de juridicité sont localisés et temporaires.

En l'état, une telle exportation de l'échelle de juridicité ne semble pas envisageable tant le phénomène juridique et, plus encore, la notion de droit paraissent historiquement et culturellement fixés. Si le droit est un sous-système au sein d'une société, il y aurait autant de droits que de sociétés et autant de différences entre les droits qu'entre les sociétés. Alors qu'un « choc des cultures » serait à l'œuvre, sans doute un « choc des cultures juridiques » l'est-il aussi. Or les systèmes juridiques concernés par l'échelle de juridicité exposée et expérimentée en ces pages sont uniquement ceux qui ont pour traits communs les critères de juridicité constitutifs de la définition lexicographique du droit. Par conséquent, l'échelle de juridicité ne saurait présenter de quelconque pertinence au-delà du territoire de la famille du droit civil (« *civil law* »), dont le berceau est la vieille Europe continentale, où s'est développé le droit romain duquel elle procède et qui continue de l'inspirer⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Peut-être certaines théories du droit (dites « générales ») négligent-elles le facteur-temps et le facteur-espace, alors que des usages linguistiques et des constructions psychiques ne sauraient accéder au caractère définitif de certaines vérités scientifiques.

⁴⁶⁰ Il faut rappeler le point de vue retenu au moment d'expérimenter l'échelle de juridicité : sauf contre-indication expresse, seule la qualité juridique des normes du point de vue d'un observateur français et contemporain a été recherchée.

⁴⁶¹ Peut-être même ne faudrait-il pas envisager que le « droit » existe ailleurs que dans les pays francophones dès lors que ceux qui traitent du « *law* », du « *recht* » ou du « *diritto* » ne s'intéresseraient pas exactement au même objet que ceux

Pour ce qui est de l'aspect temporel, l'échelle de juridicité ne saurait permettre de mesurer une juridicité éternelle. Mais elle pourrait idéalement suivre et intégrer les mutations de la pensée juridique. Et ce sont même ses prémisses méthodologiques qui pourraient être corrigées — il n'est, en effet, que possible de suivre Émile Durkheim lorsqu'il expliquait que ses formules, « résumé d'une pratique personnelle et forcément restreinte, devront nécessairement évoluer à mesure que l'on acquerra une expérience plus étendue et plus approfondie de la réalité sociale. En fait de méthode, d'ailleurs, on ne peut jamais faire que du provisoire ; car les méthodes changent à mesure que la science avance »⁴⁶². La mesure de la force juridique est une opération trop délicate et controversable pour qu'on puisse imaginer que l'échelle de juridicité ne serait pas vouée à connaître des changements plus ou moins substantiels à l'avenir⁴⁶³.

Dans le domaine du droit, qu'il soit théorique ou positif, tout est précaire et passager, en mouvement et contingent. En outre, tout y est localisé. Plus une recherche juridique se veut générale, plus elle risque de pécher par excès d'abstraction. Toute norme juridique et tout ordre juridique possèdent une unité d'espace et de temps : ils n'existent ni partout dans le monde ni de tout temps. Par conséquent, à la fois l'instrument d'étude et l'objet d'étude seraient foncièrement relatifs et, donc, limités. Le niveau de force juridique d'une norme donnée peut changer dans le temps — et tel est sans doute souvent le cas. Selon les circonstances et selon les mouvements de son environnement, la règle de droit émerge, se renforce, s'épuise et s'éteint. L'échelle de juridicité ne permet donc de mesurer la force juridique des normes qu'à un certain moment — et en un certain lieu. Toute norme connaîtrait nécessairement une histoire juridique, une trajectoire dans la juridicité, si bien que pourraient être tracées des courbes de juridicité des normes rendant compte de leurs creux et pics de force juridique. La valeur d'une norme, sa validité, ses qualités nomo-juridiques, sa sanction, son application et son effectivité ne sauraient demeurer inchangées. Le cheminement de la règle dans le droit dépend de sa capacité à remplir plus

qui évoquent le « droit » — les populations qui parlent d'autres langues que le français connaissent peut-être le droit sans connaître « droit » (i.e. le mot « droit »). Si un objet peut être présent dans la réalité sans mot pour le désigner, il ne saurait en revanche y avoir de signifié sans signifiant ; or l'échelle de juridicité ne porte pas sur des objets réels mais sur le sens attribué à des objets réels, cela au sein d'une communauté linguistique. Si les langues du monde ne possèdent guère de pur équivalent du terme « droit », cela signifierait que le « droit », les données « juridiques » et la « juridicité » n'y existeraient pas, en tout cas sous la forme intéressant la définition lexicographique du droit et l'échelle de juridicité.

⁴⁶² É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XI-XII.

⁴⁶³ Aussi faut-il redire combien ce texte ne s'envisage pas tel un ensemble d'affirmations visant à livrer clés en main la théorie syncrétique et l'échelle de juridicité au lecteur, mais plutôt tel un ensemble de propositions volontiers soumises à la discussion et à la critique.

ou moins bien les critères de juridicité au fur et à mesure que le temps s'écoule, mais aussi des changements pouvant affecter la liste des critères de juridicité.

Certains critères de juridicité ont, en outre, tendance à faire évoluer plus que les autres le niveau de juridicité des normes : la validité juridique et les qualités nomo-juridiques sont peu sujettes aux fluctuations ; la sanction juridique, l'application juridique et, surtout, l'effectivité le sont bien davantage ; quant à la valeur juridique, dépendante de l'appréhension subjective de la norme par l'observateur, elle est aussi mouvante que la psychologie humaine. La force juridique de nombreuses normes peut ainsi varier en raison de la diversité des aspirations axiologiques des chercheurs et selon qu'elles sont progressivement appliquées ou désappliquées par les organes exécutifs et respectées ou dérespectées par leurs destinataires⁴⁶⁴. De plus, la juridicité d'une norme donnée ne connaît pas que des changements temporels, verticaux ; elle connaît également des changements spatiaux, horizontaux⁴⁶⁵.

Enfin, exprimant la pensée juridique collective, l'échelle de juridicité ignore les différences de conception du droit qui existent entre les branches du droit et entre les branches de la recherche juridique. Certainement le droit des professeurs de droit international n'est-il pas tout à fait le même que celui des professeurs de droit commercial ; et sans doute le droit des historiens du droit n'est-il pas tout à fait le même que celui des sociologues du droit. Autant d'échelles de juridicité qu'il y a de branches du droit et de branches de la recherche juridique pourraient être élaborées. Une norme serait dès lors plus ou moins juridique selon la branche du droit et la branche de la recherche juridique dans le cadre desquelles elle est étudiée.

⁴⁶⁴ D'ailleurs, c'est aussi cette évolutivité temporelle de la juridicité des normes, rarement soudaine, le plus souvent lente et insidieuse, qui pourrait justifier d'abandonner toute approche manichéenne du droit au profit d'une conception graduelle.

⁴⁶⁵ Les critères de juridicité peuvent être sujets à variabilité géographique : si la valeur, la validité juridique et les qualités nomo-juridiques sont nécessairement satisfaites de manière homogène dans l'espace d'un ordre juridique, celui-ci peut être en revanche marqué par des disparités géographiques, par des phénomènes de localisme concernant la sanction juridique, l'application juridique et l'effectivité. Par ailleurs, l'effectivité peut être touchée par des formes de variabilité sociale : la réception de la norme est susceptible de différer en fonction du milieu social, de la profession, de la classe d'âge ou du sexe.

Conclusion

La théorie syncrétique du droit est le fruit d'une quête d'équilibre. En s'inspirant de la religion romaine qui accueillait jadis dans son panthéon tous les dieux grecs et étrusques, l'ambition est de concevoir une théorie du droit équilibrée, demeurant sur la *via media*, ne donnant pas la priorité à un pôle de juridicité au détriment des autres. Cette théorie poserait ainsi quelques jalons d'une nouvelle forme de rationalité jus-théorique marquée notamment par la modération. Aussi ne serait-ce pas par hasard qu'elle aboutit, avec l'échelle de juridicité, à mesurer la force juridique. Peut-être faudrait-il — dans le cadre de la pensée juridique et au-delà — se souvenir en permanence de l'éloge de la mesure par lequel Albert Camus conclut *L'homme révolté*⁴⁶⁶, se souvenir en permanence du goût de Montaigne, bon cavalier, pour le trot plutôt que pour le pas ou le galop, se souvenir en permanence des aphorismes de Pascal sur les rapports entre le juste milieu et la maïeutique⁴⁶⁷.

Alors que l'essence et les sens du droit se perdent dans de labyrinthiques mouvements sémantiques, beaucoup d'auteurs cherchant à imposer leur « critère générique stipulé »⁴⁶⁸ de juridicité, une nouvelle route du droit pourrait être explorée : celle du syncrétisme juridique. La subjectivité, la relativité et la contingence des observations touchant aux phénomènes dits « juridiques » semblent insuffisamment prises en compte. La conscience de cette subjectivité, de cette relativité et de cette contingence pourrait motiver le choix d'une définition lexicale du droit, donc d'une étude scientifique du concept de droit. Alors que le signifié de « droit » conserverait son obscurité malgré les nombreuses entreprises menées afin de l'éclaircir, il deviendrait nécessaire de concilier plutôt que trancher et exclure ; promouvoir une communion scientifique face à la confrontation des subjectivités qui est souvent la marque de la théorie juridique. Aux yeux de la théorie syncrétique, la

⁴⁶⁶ A. CAMUS, *L'homme révolté*, Gallimard, coll. Nrf, 1953.

⁴⁶⁷ B. PASCAL, *Pensées*, 1669.

⁴⁶⁸ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 200.

réalité du concept de droit ne saurait résider ailleurs que dans la combinaison des opinions actuellement recevables — c'est-à-dire non acceptables d'un point de vue personnel mais acceptées du point de vue de la pensée juridique collective. Aussi cette théorie ne saurait-elle donner raison à une position contre les autres. Pour elle, chacune forge une part de l'identité du droit et ce n'est que collectivement qu'elles répondent à la question « qu'est-ce que le droit ? ».

On note que, d'ordinaire, « chaque camp théorique ne tient guère à rencontrer l'adversaire, et plutôt que le dialogue constructif on préfère souvent le monologue, [...] s'enfermer dans des soliloques confortables »⁴⁶⁹. Le syncrétisme serait donc une intention épistémologique assez dissonante dans le concert moderne des théories du droit, où chacun est habitué à jouer sa propre partition plutôt qu'une partition commune. Si de nombreuses introductions au droit passent en revue différents critères potentiels de la règle de droit, c'est souvent afin d'essayer d'isoler celui qui serait le critère de reconnaissance du droit ; mais chacun ne pourrait-il pas constituer un critère de reconnaissance du droit ?

Toutefois, signe d'une éventuelle transition de la modernité juridique vers la postmodernité juridique, quelques théories pluralistes du droit se développent. Grâce à ces théories pluralistes, l'union doctrinale commence à remplacer les batailles doctrinales. La théorie syncrétique constitue une forme particulière de théorie pluraliste du droit : une théorie intégrale et fédératrice en ce qu'elle ne saurait refuser droit de cité à une quelconque conception du droit — sauf si elle est défendue par trop peu d'auteurs⁴⁷⁰. La théorie syncrétique aspire donc à une certaine complétude. Tandis que les théories du droit modernes, « voulant comprendre l'entier phénomène juridique par une clé d'explication unique, s'expose[nt] à laisser hors de [leur] champ d'analyse de nombreux aspects de la richesse de la mécanique du droit »⁴⁷¹, la théorie syncrétique espère traduire et témoigner de la diversité qui est la marque de la pensée du droit contemporaine, donc du droit contemporain.

L'acte de définition véritable serait une opération intellectuelle collective et non individuelle, car le fait qu'un signifié soit attaché à un signifiant est uniquement un usage. Dès lors, l'intérêt des définitions stipulatives serait seulement de susciter de nouvelles pistes de réflexion ; jamais elles ne permettraient de connaître le sens d'un mot. Ce sens se

⁴⁶⁹ J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 303-304.

⁴⁷⁰ À l'inverse, les théories pluralistes du droit associent habituellement différentes marques de juridicité au départ d'un tri personnel et subjectif. Bien sûr, toute théorie intégrale et fédératrice du droit ne peut qu'être utopique. Il s'agit de souligner ainsi seulement le projet particulier du syncrétisme juridique, sans ignorer qu'il ne saurait atteindre parfaitement son but.

⁴⁷¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 74.

construit et se consolide pas à pas, à mesure qu’au sein de la communauté linguistique on le confirme et on élimine ses concurrents par leur non-emploi. Pour ce qui est du concept de droit, plusieurs significations sont aujourd’hui toujours en conflit : il s’agit d’une lutte sémantique, autre forme de la « lutte pour le droit » décrite il y a longtemps par Rudolf von Jhering⁴⁷². L’usage est encore loin d’avoir tranché en faveur de l’un ou l’autre sens.

Or, sous cet angle, la théorie syncrétique ne saurait être d’un grand secours puisqu’elle tend à consacrer le pluralisme de la notion de droit et non à le réduire. Son souhait n’est pas de remédier à la polysémie du terme « droit » mais d’en tirer les conséquences, ce qui suppose de la reconnaître, de l’accepter. Les définitions sont des conventions de langage, donc des conventions sociales ; et la convention portant sur le mot « droit » comporte des clauses très diverses, parfois même antagonistes, tant et si bien que les juristes ne la ratifient jamais entièrement. Ce que la théorie syncrétique du droit propose, c’est justement de signer dans son ensemble ce contrat relatif au droit — et de forger quelques outils afin d’en assurer la bonne exécution⁴⁷³.

La théorie syncrétique compterait, en outre, au nombre des « théories ouvertes »⁴⁷⁴. Elle serait une théorie susceptible d’évoluer, de s’adapter sur le fond et/ou sur la forme, une théorie non dogmatique, non arc-boutée sur une quelconque vision du droit — une certaine orthodoxie juridique — qu’il s’agirait de défendre contre ses concurrentes. Elle entend ainsi se désolidariser de la tendance de la théorie du droit à constituer une force de conservation opposée au temps et à la société, forces de changement. De son point de vue, en effet, la définition du droit repose sur une pensée juridique collective par nature mouvante⁴⁷⁵. La théorie syncrétique entend refléter l’état actuel de cette pensée juridique collective. Loin de craindre les changements du droit, mais aussi loin de contraindre les changements du droit, elle souhaite seulement exprimer les changements du droit⁴⁷⁶.

⁴⁷² R. VON JHERING, *La lutte pour le droit* (1872), trad. O. de Meulenaere, Dalloz, 2006.

⁴⁷³ Comme l’anthropologue étudie le pluralisme des cultures sans s’inscrire personnellement dans l’une d’elles, le scientifique de la pensée juridique doit étudier le pluralisme des définitions du droit sans jamais prendre parti, se bornant à constater la signification du mot « droit ». Il serait ainsi possible de retenir, plus qu’une définition pluraliste ou plurielle, la définition lexicographique du droit, une définition située au carrefour des théories du droit.

⁴⁷⁴ C. THIBERGE, « “Force normative” et “validité plurielle” – Des alliées pour une “théorie ouverte du droit” ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Publications de l’Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013.

⁴⁷⁵ Les théoriciens du droit y sont d’ailleurs très minoritaires, quoiqu’ils l’influencent largement. Notamment, les approches panjuridiques et juspragmatistes, qui sont élaborées plus ou moins consciemment par des auteurs ne se présentant en aucun instant tels des théoriciens du droit, n’y pèsent pas moins que les ouvrages publiés sous le titre *Théorie du droit*.

⁴⁷⁶ Cela se traduit notamment dans le critère de l’effectivité, lequel semble être le dernier à avoir acquis une force doctrinale significative et lequel se distingue des autres critères en ce que cette effectivité n’a pas à être qualifiée de « juridique » — elle tend à se confondre avec la normativité : il s’agit du principal critère retenu par les panjuridistes.

Par ailleurs, si les définitions stipulatives permettent de gagner en personnalité mais font perdre en capacité de communication, la grande perplexité qui entoure actuellement la notion de droit pourrait légitimer les approches privilégiant la capacité de communication sur la personnalité, donc privilégiant l'esprit de synthèse et le dialogue théoriques sur l'individualisme et le monologue théoriques. Ce sont bien ces fins que la théorie syncrétique poursuit⁴⁷⁷. Elle invite à considérer davantage « le droit » que « mon droit » ; autrement dit, à ne pas entrer dans une forme de résistance théorique participant de la tension davantage que de la réconciliation des visions du droit. Tout juriste s'arrimerait subjectivement à « une certaine idée du droit » ; mais il serait aussi possible de s'arrimer objectivement à « l'idée de droit ». Pour cela, il faut convenir que la théorie du droit peut être affaire de connaissances scientifiques et non seulement affaire de croyances.

« Il n'est, enseigne-t-on, pas de point de vue pertinent à partir duquel la notion de droit se révélerait dans sa nudité, dans sa plénitude »⁴⁷⁸. La théorie syncrétique du droit se conçoit pourtant tel un point de vue à partir duquel il serait possible de constater et recueillir, objectivement et empiriquement, scientifiquement, la notion de droit. Pareille intention théorico-scientifique aboutit à renverser le rapport du théoricien du droit à la définition du droit. Aussi un autre objectif motivant l'élaboration de la théorie syncrétique et de l'échelle de juridicité est-il de songer aux formes que pourrait prendre une théorie scientifique du droit, donc une recherche descriptive et neutre axiologiquement en théorie du droit — même si la scientificité peut sans doute se comprendre telle une valeur. Alors qu'on rapproche (jusqu'à confondre) la théorie du droit et la philosophie du droit, il s'agit ici de tenter de lier la théorie du droit et la science du droit, d'essayer de contribuer au progrès des connaissances scientifiques relatives à la notion de droit. C'est à ces fins qu'une méta-théorie scientifique du droit est proposée : son rôle est d'inscrire plus fermement et expressément la théorie syncrétique dans un cadre scientifique.

Les théoriciens retiennent souvent des définitions stipulatives du droit parce qu'ils préfèrent mettre en avant certaines valeurs ou, plus simplement, certaines hypothèses, certaines analyses ou certaines propositions personnelles. Ils considèrent que procéder à des études objectives et empiriques de réalités données *a priori* serait le propre des

⁴⁷⁷ Encore faut-il rappeler combien cette théorie syncrétique est intimement dépendante des définitions stipulatives du droit antérieurement esquissées et combien elle ne saurait exister sans elles. La définition lexicographique du droit est forcément seconde chronologiquement ; son contenu repose entièrement sur les propositions personnelles qui ont rencontré un certain écho, un certain succès dans la psyché commune. Aussi la théorie syncrétique ne dénonce-t-elle ou critique-t-elle en aucun instant les définitions stipulatives ni ceux qui les élaborent puisqu'elle perdrait tout sens sans eux.

⁴⁷⁸ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 9.

scientifiques et qu'il serait impossible de faire à la fois œuvre théorique et œuvre scientifique. La théorie se distinguerait radicalement de la science ; s'il existe de nombreuses théories de la science, nulle théorie scientifique ne serait concevable. C'est pourquoi l'on pourrait juger que la théorie syncrétique du droit usurperait le titre de « théorie ». Les lignes de convergence ne peuvent que manquer entre qui entend déterminer l'essence métaphysique éternelle du droit et qui entend recueillir la définition lexicographique actuelle du droit.

Aussi faut-il soutenir qu'une « théorie scientifique » ne serait pas une *contradictio in adjecto*. Si le choix de faire œuvre stipulative et personnelle est généralement motivé par la poursuite d'un objectif axiologique ou critique, c'est-à-dire par l'insatisfaction du théoricien devant la pensée de son temps, il faut gager que des recherches jus-théoriques peuvent emprunter d'autres voies et notamment celle du syncrétisme juridique — qui suppose une approche scientifique. La théorie du droit ne serait dès lors plus le domaine réservé des opinions personnelles et collectives.

Nombre de juristes considèrent que le droit pourrait être une technique ou un art — art littéraire, art oratoire — mais non une science, car il n'offrirait aux éventuels chercheurs aucune vérité scientifique à étudier. Néanmoins, il se trouve également beaucoup de juristes qui retiennent que le droit pourrait être une science en même temps que l'objet d'une science. La théorie syncrétique, pour sa part, mise sur la possibilité de voir dans le concept de droit une réalité qu'un scientifique pourrait observer. Par suite, cette théorie constitue nécessairement une théorie des théories, une théorie transversale recoupant les théories préexistantes, une « science des théories du droit »⁴⁷⁹. L'un des premiers enjeux attachés à la théorie syncrétique et à l'échelle de juridicité consiste donc à élever la science juridique au niveau théorique, à rénover la théorie du droit en la soumettant à une rationalité scientifique.

Concrètement, le jus-syncrétiste, théoricien du droit devenu chercheur-scientifique, est conduit à mener une enquête de terrain afin d'observer et comprendre les représentations et les prémisses que mobilisent ceux qui pensent l'objet intellectuel « droit ». Ensuite, il isole et retranscrit les critères de juridicité actuellement influents au sein de la pensée juridique collective. Puis, appliquant ces critères de juridicité à diverses normes provenant

⁴⁷⁹ Émile Durkheim expliquait qu'« une science ne peut se regarder comme définitivement constituée que quand elle est parvenue à se faire une personnalité indépendante. Car elle n'a de raison d'être que si elle a pour matière un ordre de faits que n'étudient pas les autres sciences » (É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 143). Les théories du droit préexistantes et la pensée juridique collective constituent peut-être un tel « ordre de faits que n'étudient pas les autres sciences », si bien qu'une nouvelle science (la « science des théories du droit ») serait bel et bien envisageable.

de toutes les régions de la normativité sociale, il mesure la force juridique de chacune en suivant une méthode systématique. C'est ainsi qu'il lui serait possible d'arrêter, dans un cadre scientifique, la liste des sources de règles juridiques, donc d'établir la carte du droit et de tracer les frontières de la juridicité — si elles existent⁴⁸⁰.

La théorie, loin de s'en couper, doit être au service de la pratique. Elle ne saurait constituer une fin en soi et l'étude du concept de droit n'a de sens que parce que les moyens et les résultats de l'étude du droit positif en dépendent. Or la théorie syncrétique est aussi une théorie du pluralisme du droit. Elle soutient, grâce à l'échelle de juridicité dont l'expérimentation indique qu'il n'existerait guère de normes sociales non juridiques, le pluralisme juridique (selon lequel divers foyers de règles de droit concurrenceraient les États) contre le monisme juridique (selon lequel les États bénéficieraient du monopole de la production ou, du moins, de la validation des règles de droit). L'échelle de juridicité enseigne que toute norme sociale serait, plus ou moins parfaitement, une norme juridique et que toute source de normes sociales serait, plus ou moins parfaitement, une source de normes juridiques. Partant, toutes seraient susceptibles d'être analysées au sein de travaux juridiques.

Longtemps, la culture juridique occidentale a réduit l'empire du droit à l'empire de l'État, quand elle n'a pas conçu « État » et « droit » tels deux synonymes. Aujourd'hui, si cet étatisme juridique recule, il empreint toujours de nombreux pans de la recherche juridique. La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité permettraient d'ouvrir la notion de droit sans la dissoudre, d'élargir le champ de vision des juristes sans le flouter. Une telle expansion de l'univers juridique pourrait être bienvenue tant, si la prospérité de l'étatisme juridique a pu coïncider avec des temps dans lesquels l'État était l'acteur dominant, si ce n'est omnipotent, de la société, la pensée juridique serait désormais obligée de se confronter à la réalité d'un État contesté, d'un État concurrencé, d'une souveraineté évanescence et d'une gouvernance éclectique faite de formes multiples de normativité para-étatique — quand elle n'est pas anti-étatique. La « vision étriquée du droit moderne »⁴⁸¹ serait chaque jour un peu moins acceptable, risquant de cantonner les juristes à l'étude d'un « droit dogmatique » de théoriciens par trop éloigné du « droit réel » des praticiens⁴⁸².

⁴⁸⁰ Une telle orientation théorico-scientifique ne peut qu'engendrer de nouvelles controverses en même temps qu'elle essaye d'en résoudre d'anciennes. Aussi le texte qui s'achève ne visait-il bien qu'à proposer la théorie syncrétique et l'échelle de juridicité, ainsi que, et plus encore, à les soumettre à la discussion.

⁴⁸¹ F. TERRÉ, « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 65.

⁴⁸² En ce sens, les derniers ouvrages de théorie du droit ne manquent pas de remarquer que « l'Occident a imposé une conception qui lie le droit à l'État et il n'est pas facile de les détacher. Il le faut néanmoins si l'on veut saisir la réalité du

Néanmoins, 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 sont de mieux en mieux connues et de plus en plus populaires et beaucoup en viennent à regretter que « le positivisme juridique constitue, depuis l'âge moderne, un obstacle à la connaissance vraie du droit »⁴⁸³. Désormais, on entend « reconnaître une valeur juridique à des normes qui, depuis quelque temps déjà, régissent en coulisse et invisiblement des situations de plus en plus nombreuses »⁴⁸⁴. Pareille reconnaissance consiste inéluctablement en un acte théorique audacieux : la révision du concept moderne de droit. 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 réformation de la notion de droit opérée, passe de l'empire du non-droit à l'empire du droit. La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité souhaitent s'inscrire dans ce mouvement d'abandon des canons du droit moderne et d'édification d'un nouvel environnement théorique et épistémologique pour le droit et les juristes mieux adapté aux enjeux et aux réalités des modes de régulation du XXI^e s.

Le XX^e s. a porté à son apogée la radicalisation de la distinction droit/non-droit. Une acception progressive de la qualité juridique ne devrait-elle pas prendre le relais ? Les rapports, intrications et antagonismes entre ces trois entités que sont l'État, la société et le droit sont d'une telle complexité qu'il n'est peut-être pas possible (ou plus possible) de les traduire par de simples alternatives binaires. Les conclusions tirées de l'expérimentation de l'échelle de juridicité ne seraient pas insignifiantes à l'ère de la « crise du droit », laquelle consisterait déjà en une crise de la notion de droit ouvrant la voie vers un nouveau droit, donc vers une nouvelle conception du droit, vers un nouveau concept de droit. Si le droit positif est gagné par les questionnements et par l'inquiétude, c'est aussi l'identité du droit qui interroge et qui peut laisser le juriste dans une situation de perplexité et d'incertitude. L'heure serait à l'ouverture et à la souplesse dans le monde juridique. Cette ouverture et cette souplesse pourraient empreindre jusqu'aux réponses apportées à la question « qu'est-ce que le droit ? ».

droit » (R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 248).

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 203.

Le problème de l'actualisation du savoir juridique touche en particulier la possibilité et la réalité d'un « droit global » sans État, d'un droit transnational échappant aux lois étatiques et aux accords internationaux. Ce droit est parfois perçu comme une évidence, mais il est aussi souvent qualifié de « désordre » extra-juridique. Les résistances demeurent puissantes : on y voit des pérégrinations normatives qui, extérieures au droit, ne l'affecteraient guère. Ainsi la problématique essentielle pour la théorie juridique ne changerait-elle guère : « La question première et fondamentale posée par les instruments de “droit” mou est : font-ils partie du droit ? »⁴⁸⁵. Il ne serait pas temps d'abandonner la question « qu'est-ce que le droit ? » mais, au contraire, temps d'y apporter des réponses « postmodernes » capables de légitimer les nouveaux développements des sciences du droit.

La situation de la théorie du droit contemporaine, à qui il revient de se saisir de la question « qu'est-ce que le droit ? », est délicate. En effet, si de plus en plus de jus-scientifiques s'accommodent de l'existence de tout un pan de droit d'origine privée issu de l'autorégulation et parallèle aux lois, règlements et jurisprudences, il est rare que ces chercheurs justifient en théorie du droit l'agrandissement du domaine des sciences juridiques. Ils retiennent simplement que les nouveaux objets normatifs ne sauraient laisser les juristes indifférents, si bien que ces derniers ne pourraient qu'en faire, sans autre forme de procès et quoi qu'aient pu écrire les jus-théoriciens, de nouvelles espèces de droit. Ainsi une pensée du droit ignorant la question « qu'est-ce que le droit ? » s'insinuerait-elle, le juspragmatisme subrogeant progressivement le juspositivisme moderne.

Le souhait de la théorie syncrétique et de l'échelle de juridicité est de remplacer ce panjuridisme brut, qui tend à nier tous les efforts jus-théoriques actuels et passés, par un panjuridisme doux, tempéré, modéré, soit un panjuridisme capable d'accorder, avec les juspragmatistes, la qualité juridique à tous les objets normatifs produisant d'importants effets de régulation tout en préservant, avec les jus-théoriciens, l'autonomie du droit faisant qu'on ne saurait le confondre avec la morale, avec la religion ni avec aucune autre branche de la normativité sociale.

⁴⁸⁵ C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

Alors que le défaitisme autour de la notion de droit gagne du terrain⁴⁸⁶, le pari pris en ces pages était de regretter ce défaitisme — on pourrait aussi s’y accoutumer, mais la non-définition du droit provoquerait ipso facto la disparition du droit. Ensuite, l’enjeu était d’explorer de nouvelles voies possiblement ni dogmatiques ni sceptiques. En particulier, le concept de « force juridique » ou, mieux, de « forces juridiques » pourrait constituer une issue à la guerre du droit et du non-droit. Cette guerre cantonne les sciences juridiques dans des batailles d’abstractions, dans des manœuvres philosophiques qui freinent ou même empêchent les expéditions empiriques. Elle oblige les juristes soit à demeurer enfermés dans des prisons sémantiques sans fenêtres permettant d’entrevoir le monde extérieur, soit à s’évader de ces prisons sémantiques pour échapper au procès du concept de droit — en somme à fuir le droit.

Traduisant les idées de gradualité et de dynamique et, ce faisant, capables d’exprimer la singularité et la complexité du droit contemporain, les forces juridiques s’imposeront peut-être bientôt telles des évidences. Elles pourraient alors mettre fin au conflit des pensées juridiques, au profit d’une union théorique. Entre grand droit et non-droit, il y aurait bel et bien une place pour le demi-droit et le petit droit.

La théorie syncrétique du droit et l’échelle de juridicité, présentées dans le deuxième livre de ce mémoire qui s’achève, contribueraient à leur façon au pragmatisme juridique, en donnant toute sa place à l’effectivité parmi les critères de juridicité et en reposant sur des prémisses bien plus pragmatiques que dogmatiques — même si la recherche de scientificité est d’une certaine façon dogmatique. Ensuite, une autre façon de contribuer au pragmatisme juridique consiste à appliquer les propositions et préconisations épistémologiques des philosophes pragmatistes au droit et à la recherche juridique. Tel sera l’objet du troisième livre de ce mémoire.

⁴⁸⁶ Illustre ce phénomène de défaitisme, par exemple, qui écrit qu’« il ne faut pas perdre de temps avec la question du droit. Je veux éviter la question de la définition de “droit” [...]. Il est suffisant de dire que ces questions de définition et de frontière sont très sujettes à controverse. Des douzaines de chercheurs ont “ramé” là-dessus. Bien entendu, il n’y a pas, et il ne peut pas y avoir, un quelconque accord sur le sujet » (L. M. FRIEDMAN, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 118).

Livre III

La philosophie pragmatiste
et la recherche juridique

Introduction

L'objet du livre III de ce mémoire sera, au contraire de son livre I présentant 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. Ensuite, 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.

Le pari pris est que le pragmatisme pourrait permettre de renouveler 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 ce livre III 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 le livre I de ce mémoire a tenté de montrer en exprimant la réalité de différentes théories pragmatiques du droit. Le juspragmatisme pourrait être, plus ou moins

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 illusoire, mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, pt. 24). Mais, donc, il n'appartiendra pas à ce livre III d'envisager cette autre forme de pragmatisme juridique.

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 dernier². 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 »³. Et le pragmatiste est celui qui « est plus soucieux de l'action, de la réussite de l'action que de considérations théoriques ou idéologiques »⁴. Dans le langage commun, le pragmatisme est donc la qualité de ce qui est « réel, efficace, susceptible d'applications utiles, par opposition à ce qui est oiseux ou même purement verbal »⁵.

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 »⁶, qui « privilégie l'observation des faits par rapport à la théorie »⁷. C'est pourquoi il a été soutenu au sein du premier livre de ce mémoire 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

² 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.

³ 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).

⁴ V° « Pragmatique », in *Trésor de la langue française*.

⁵ V° « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 803.

⁶ V° « Pragmatisme », in *Trésor de la langue française*.

⁷ *Ibid.*

pratiques⁸. Ce courant s'est ensuite tellement développé qu'il est devenu, au début du XX^e s., la première grande philosophie des États-Unis⁹, le « cadeau fait par l'Amérique à la philosophie »¹⁰ — mais, en Europe, il est très longtemps resté majoritairement rejeté et même ignoré¹¹.

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 ont souhaité réinventer la relation entre la pensée et la réalité¹², que quelques moyens pragmatistes de renouveler la pensée juridique seront recherchés¹³. 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

⁸ 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 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.

⁹ Cf., notamment, A. SCHMITT, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines* 2010, n^o 124, p. 3 s.

¹⁰ S. GALETIC, « Présentation », in W. JAMES, *La volonté de croire*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2005.

¹¹ 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 pragmatiste 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.

¹² Cf. M. OLIVIER, *Peirce : la pensée et le réel*, Hermann, 2013.

¹³ 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.

les axiomes à partir desquels fonder les raisonnements déductifs¹⁴. 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 intellectualisme¹⁵. Pour Dewey, le pragmatisme serait surtout un « expérimentalisme »¹⁶. Si « la route se construit à mesure qu'on avance »¹⁷, 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. ?

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 établie¹⁸, à tel point que Peirce a tenté d'imposer le terme « *pragmaticism* » afin de se démarquer du pragmatisme de James¹⁹ et, plus généralement, de la lecture selon lui trop matérialiste, utilitariste et moralisatrice de ses sectateurs²⁰. 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 pragmatisme²¹. Dans le langage courant mais aussi et plus fortement dans le langage philosophique, le terme « pragmatisme » a été très tôt marqué par la polysémie; et il en va encore ainsi

¹⁴ 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie*, Gallimard, 2014.

¹⁷ J. DEWEY, *Expérience et nature*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2012.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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).

²⁰ 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.

²¹ 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.).

aujourd'hui²². Nul courant plus que le pragmatisme n'est marqué par une forte variabilité, par un contenu hétérogène et assez désordonné, parfois même par des contradictions²³.

C'est pourquoi le pragmatisme est 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 métaphysiques²⁴ — 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 sur les effets, à comprendre chaque conception et chaque théorie en fonction 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'art²⁵, 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 »²⁶ l'empirisme anglo-saxon dans la lignée de Locke, de

²² 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.

²³ Cf. R. SHUSTERMAN, « What Pragmatism Means to Me: Ten Principles », *Revue française d'études américaines* 2010, n° 124, p. 59 s.

²⁴ 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).

²⁵ 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.

²⁶ 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).

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 préexistante²⁷, 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 par l'objet de notre conception [car] la conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet »²⁸.

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 manichéennes²⁹. Ces pensées pragmatiste et juridique entretiennent néanmoins depuis longtemps des liens importants³⁰. On observe en ce sens combien « la culture juridique a eu une grande influence tant sur la formation que sur la formulation de la philosophie pragmatiste »³¹. Le pragmatisme découlerait du droit ; il serait même, pour les juristes, « un retour aux sources »³². Et le professeur Joël Moret-Bailly va jusqu'à soutenir que le pragmatisme se retrouverait largement dans « la manière de faire, de penser, voire d'envisager le monde des juristes »³³.

²⁷ Cf. D. LAPOUJADE, *William James – Empirisme et pragmatisme*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2007.

²⁸ Cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 29.

²⁹ 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).

³⁰ 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 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.

³¹ J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 188.

³² *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).

³³ *Ibid.*, p. 212.

Seulement cela se vérifie-t-il peut-être 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 du livre III de ce mémoire sera d'inviter ces derniers à se rapprocher du pragmatisme et de songer aux modalités de ce rapprochement.

Dans l'histoire de la pensée juridique, celle-ci 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.³⁴, 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 faits³⁵, a influencé de nombreux juristes dans toute l'Europe³⁶, mais aussi le mouvement réaliste américain et la « *sociological jurisprudence* ». Or, ainsi qu'expliqué au sein du premier livre de ce mémoire, ces courants de pensée juridique 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*³⁷. C'est principalement du côté de l'École de Bruxelles, qui se revendique depuis

³⁴ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), LGDJ, 1954.

³⁵ 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. « [Il] ne découvrira, écrit GénY, la 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.

³⁶ 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.

³⁷ En Europe, le pragmatisme juridique a été envisagé, en Espagne, dans les années 1920 par Quintiliano Saldaña (Q. SALDAÑA, *Teoría del derecho eficaz (pragmatismo juridico)*, 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 juridico*, 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, 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

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 la *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 juridiques³⁸, qui a donné au juspragmatisme une impulsion décisive³⁹. Une place à part peut aussi être réservée à Oliver Wendell Holmes, à sa conception de l'office du juge et à sa théorie prédictive du droit⁴⁰. 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. Tamanaha⁴¹ ou de

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.).

³⁸ 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.

³⁹ 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 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.

⁴⁰ Notamment, O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897, vol. X, p. 457 s.

⁴¹ Notamment, B. Z. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory – Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press (Oxford), 2000.

Roscoe Pound, tenant de la « *sociological jurisprudence* »⁴². Et Jules Coleman et son pragmatisme conceptuel⁴³ ou Brian Leiter et sa « jurisprudence naturalisée »⁴⁴ peuvent aussi être comptabilisés parmi les juspragmatistes, l'un et l'autre amenant à se concentrer sur les conséquences des applications des notions juridiques.

C'était cependant l'objet du premier livre de ce mémoire que de présenter ces conceptions pragmatistes du droit et de la science du droit déjà existantes parmi la pensée juridique contemporaine. En ce livre III, il s'agira non de rechercher ce que sont actuellement les travaux pragmatiques des juristes mais, d'un point de vue prospectif et modestement 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 française⁴⁵, cela non sans aviver quelques passions⁴⁶. 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 acteurs⁴⁷. L'action juridique et les acteurs juridiques pourraient-ils bientôt préoccuper davantage 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

⁴² 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 pertinent mais produisant à présent de mauvaises conséquences devrait être abandonné (B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921).

⁴³ J. COLEMAN, *The Practice of Principle – In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003.

⁴⁴ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, 2007.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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).

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 juréalisme. 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 produit⁴⁸. 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 ».

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 du premier livre de ce mémoire, un nombre grandissant de chercheurs en droit s'engagent sur des chemins théoriques et épistémologiques nouveaux, dont un certain nombre — y compris la théorie syncrétique décrite dans le deuxième livre — paraissent relever d'une forme de juspragmatisme, dépassant l'acception positiviste-normativiste du droit. Dès lors, si Hans Kelsen a été « le

⁴⁸ F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2000, p. 10.

plus grand juriste du XX^e s.»⁴⁹, érigeant la validité étatique en critère ultime de connaissance et de reconnaissance du droit, que réserve le XXI^e s. ?

Le positivisme-normativisme moderne, « désespérément froid »⁵⁰ car par trop rigide, caricatural et indifférent à la « vie du droit »⁵¹ aux yeux de nombre d'auteurs contemporains, n'est évidemment pas, comme toute théorie quels que soient ses mérites, irréfutable⁵². Principalement, on regrette son formalisme, son logicisme et son systématisme exacerbés, conduisant à ne pas s'intéresser au contenu ni à la pratique du droit⁵³. 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 »⁵⁴ apparaît de moins en moins correcte. Le « parfum d'aporie [...] de ces pures pétitions de principe »⁵⁵ 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 »⁵⁶, 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

⁴⁹ O. CAYLA, « Kelsen Hans », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 320.

⁵⁰ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 9.

⁵¹ Réf. à J. HILAIRE, *La vie du droit – Coutumes et droit écrit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994.

⁵² 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 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.

⁵³ 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).

⁵⁴ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 229.

⁵⁵ P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 564.

⁵⁶ 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 »⁵⁷.

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 »⁵⁸.

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 »⁵⁹, par leur confrontation au droit positif « véritable »⁶⁰ et à la conception du droit des citoyens-profanes qui ne le résumant nullement à la validité étatique, se concentrant surtout sur sa valeur subjective et effective, alors l'heure des théories pragmatiques du droit précédemment présentées pourrait sonner. 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, 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

⁵⁷ 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.

⁵⁸ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 266.

⁵⁹ P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 562.

⁶⁰ 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*.

du « droit pensé »⁶¹. Ainsi, concernant par exemple une recherche touchant au droit de l'environnement, serait-il 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 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 »⁶². 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

⁶¹ Il faudrait donc s'accorder avec qui regrette que, trop souvent, le vide législatif soit assimilé au vide juridique. 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)).

⁶² 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.

pratique »⁶³ 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 saisissable⁶⁴. Il semble délicat de percevoir sans hésitations ce 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*⁶⁵, 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 maïeutique⁶⁶.

Alors qu’on a pu, il y a peu, soutenir que la pensée juridique connaîtrait un « tournant pragmatiste »⁶⁷, l’enjeu, à travers le livre III de ce mémoire, 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 présentant un visage fort original à l’aune des canons modernes du droit. Celle-ci 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 chercheur en droit (*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

⁶³ Réf. à P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Minuit, 1980.

⁶⁴ 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).

⁶⁵ A. CAMUS, *L’homme révolté*, Gallimard, coll. Nrf, 1953.

⁶⁶ 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 »).

⁶⁷ 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.

l'atteindre. La recherche juridique mais aussi l'enseignement juridique pourraient en sortir enrichis.

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.

Chapitre préliminaire. Le pragmatisme juridique : une nouvelle philosophie du droit ou une non-philosophie du droit ?

Le pragmatisme est une pensée séditeuse en ce qu'elle instille le doute à l'égard de nombre d'habitudes essentielles à la philosophie. Elle va jusqu'à poser la question de l'utilité de l'activité philosophique. Pour Richard Rorty, le pragmatisme serait un remède contre les « crampes philosophiques » qui bloqueraient trop souvent les débats⁶⁸. Aussi une conséquence remarquable de la mise en rapport du pragmatisme et du droit serait-elle d'aboutir à remettre en cause la philosophie du droit — laquelle n'est déjà pas en odeur de sainteté dans les facultés de droit.

Plaider en faveur du pragmatisme juridique, ce ne serait donc pas plaider en faveur d'une nouvelle philosophie du droit mais plaider en faveur d'une prise de distance par rapport à la philosophie du droit. Si une philosophie se caractérise par sa « recherche de l'immuable et de l'ultime — ce qui est — indépendamment du temps et de l'espace »⁶⁹, donc par son attachement aux considérations métaphysiques⁷⁰, le pragmatisme tel qu'il a été décrit en ces pages serait par nature inconciliable avec toute intention philosophique. Il a été abondamment souligné combien le pragmatisme serait davantage une attitude ou une disposition d'esprit qu'une véritable doctrine philosophique. Et, si l'on parle par habitude de « philosophie pragmatiste » afin de désigner ce courant de pensée, il faut rappeler que Charles Sanders Peirce, William James et leurs acolytes ont baptisé « Club

⁶⁸ Th. McCARTY, « Ironie privée et décence publique », in J.-P. COMETTI, dir., *Lire Rorty – Le pragmatisme et ses conséquences*, L'éclat, coll. Lire les philosophes, 1992, p. 84.

⁶⁹ J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie* (1920), Gallimard, 2014, p. 30.

⁷⁰ Ainsi retient-on que « la philosophie paraît être essentiellement, et même, si l'on veut que le mot ait un sens propre et précis, exclusivement, la métaphysique ; [...] la science de la pensée en elle-même » (J. LACHELIER, « Observations sur la philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 773). La philosophie est encore définie en tant que « connaissance spéculative de la vérité vraie » (M. BLONDEL, « Observations sur la philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 776).

métaphysique » le cercle de réflexion qu'ils ont créé dans les années 1870 par goût de la provocation, non afin d'explicitier l'objet de leurs travaux.

Michel Villey, illustre défenseur de la philosophie du droit en France, écrivait : « Les problèmes philosophiques sont d'essence spéculative. Et ce sur quoi précisément spéculé la philosophie, c'est ce qui se trouve par excellence de stable dans la réalité : l'universel — la structure permanente des choses. Le marxisme dont nous sommes imbus a le tort majeur de confondre la philosophie avec une technique de l'action »⁷¹. Et les philosophes admettent généralement, à la suite d'Hegel, que « l'idéalité du fini est la principale proposition de la philosophie »⁷², que « toute véritable philosophie est un idéalisme »⁷³. Dès lors, nul ne commettrait une plus grande contradiction dans les termes que celui évoquant une « philosophie pragmatiste »⁷⁴. Surtout, et concrètement, un juriste s'adonnant à des activités pragmatiques ne pourrait tout à la fois s'adonner à des activités philosophiques.

Le pragmatisme paraît consacrer une approche des modes d'accès à la connaissance scientifique et non philosophique, empirique et non spéculative. Il invite à tirer cette connaissance de l'expérience ; or « la philosophie est enfermée dans un cercle de problèmes qui ont pour caractère commun de ne pouvoir être soumis au contrôle de l'expérience ; [...] elle n'est susceptible que d'opinions individuelles, et par là se rapproche de l'art »⁷⁵. « L'empirisme, note-t-on, doit être appelé une philosophie négative, ou même une négation de la philosophie »⁷⁶. Il semble donc qu'il faille s'accorder avec Richard Rorty lorsqu'il voyait dans le pragmatisme « une attitude [qui] conduit à une non-philosophie, au bout de laquelle se profilerait, à brève échéance, la mort de la philosophie »⁷⁷. Le pragmatisme juridique serait ainsi une approche du droit interdisant toute philosophie du droit, faisant de la philosophie du droit une perspective inconsistante, une perspective anti-pragmatique⁷⁸.

⁷¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 30.

⁷² G. W. F. HEGEL, « Théorie de l'être », in *Encyclopédie des sciences philosophiques*, 1817.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Et il en va encore ainsi dès lors que la philosophie se conçoit comme « ensemble des études qui concernent l'esprit, en tant qu'il se distingue de ses objets » (V° « Philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 775), ou comme « effort vers la synthèse totale, vers une conception d'ensemble de l'univers » (*ibid.*).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ J. LACHELIER, « Observations sur la philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 774.

⁷⁷ Cité par S. GILBERT, « Présentation », in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 20 (non souligné dans le texte original).

⁷⁸ Il y a quelques années, François Terré relevait que « nombre d'auteurs s'interrogent sur l'existence même de la philosophie du droit » (F. TERRÉ, « Préface », in M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. VI). Et Michel Villey notait que « la plus

Pourtant, beaucoup de pragmatistes sont présentés — et parfois se sont présentés — tels des philosophes. John Dewey, par exemple, affirmait que la philosophie serait imbue de soucis pratiques⁷⁹. Il s'élevait ainsi contre l'intellectualisme de la philosophie plutôt que de définir la philosophie par l'intellectualisme et de prendre ses distances par rapport à elle. Si la philosophie désigne la réflexion critique par opposition à la réflexion technique, il est vrai qu'une philosophie pragmatiste est envisageable⁸⁰. La philosophie du droit pourrait alors être pragmatique-critique⁸¹, mais à condition de se détacher du jusnaturalisme — ce qui ne semble ni possible ni souhaitable tant ils sont historiquement liés.

Partant, le développement du pragmatisme juridique dans les facultés de droit ne pourrait que conforter le constat que Michel Villey opérait dans les années 1980 :

*Ni la constitution sociale ni le régime des études depuis le début des temps modernes et plus encore au XX^e siècle n'offrent un terrain favorable à la bonne culture de la philosophie. L'Otium (statut des classes oisives) cesse d'être une valeur dans ce monde, seul le travail est honoré, la spéculation déconsidérée. Le triomphe des sciences et la division du travail ont conduit à spécialiser, c'est-à-dire à cantonner chacun dans une expérience toujours plus étroite, et disparaît le regard sur l'universel. [...] À l'éruption des techniques et des sciences modernes correspond un effondrement de la philosophie, la fièvre d'agir s'accompagnant d'un ralentissement de la pensée. Aussi nos sciences et nos techniques partent à la dérive, déchaînées, sans que nous ne sachions plus contrôler leurs principes et leur direction.*⁸²

Beaucoup jugeront que le pragmatisme, y compris juridique, serait plus encore que les positivismes modernes le grand fossoyeur de la pensée, y compris juridique. Il faut gager que le pragmatisme n'est pas la fin de la pensée mais une autre forme de pensée, suivant des chemins qui ne sont pas les chemins philosophiques : une pensée de l'action et pour l'action plutôt qu'une pensée de l'idée et pour l'idée, une pensée des problèmes concrets en prise avec les réalités de son temps plutôt qu'une pensée des permanences et de

malade des philosophies semble la philosophie du droit » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 31).

⁷⁹ J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie* (1920), Gallimard, 2014.

⁸⁰ En outre, si la philosophie « a pour centre le groupe formé par les trois sciences normatives fondamentales : éthique [ce qui est bien], esthétique [ce qui est beau] et logique [ce qui est vrai] » (V° « Philosophie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 776), alors le pragmatisme pourrait être considéré en tant que philosophie, notamment parce qu'il permet de répondre, par certaines de ses orientations, à la question de la logique, de définir la vérité. Mais d'autres branches du pragmatisme, qui visent à écarter des raisonnements tous les jugements de valeur, s'opposent à une telle philosophie.

⁸¹ B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 1. Toutefois, les auteurs écrivent aussi que « la philosophie juridique a toujours eu pour objet non seulement la question du droit, mais celle du droit juste. Philosopher, c'est, depuis les Grecs, réfléchir sur la double question de la vie bonne et de la cité juste » (*ibid.*, p. 8).

⁸² M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 31.

l'universel coupée des réalités de son temps, donc une pensée se voulant productive plutôt qu'une pensée assumant sa faible fécondité.

Dès lors, ce seraient non des philosophies du droit mais des théories du droit originales qui pourraient prendre appui sur les prémisses pragmatistes. Elles assigneraient aux scientifiques du droit des objets d'étude pragmatiques et des méthodes d'étude pragmatiques. Or il semble que déjà quelques théories pragmatiques du droit prospèrent, ce que le livre I de ce mémoire a souhaité montrer. D'autres pourraient bientôt être construites au départ du pragmatisme. Et ce serait même la pensée juridique dans son ensemble — à l'exclusion donc de la philosophie du droit — qui serait appelée à muer sous l'influence du pragmatisme, hypothèse que le livre III de ce mémoire tente de clarifier et d'approfondir.

Le pragmatisme serait un laboratoire important pour la pensée, la science, la création et l'application du droit de demain, ce qui le relie intimement à la prospective juridique objet du livre IV de ce mémoire. En des temps où l'on en vient à se demander avec insistance « à quoi (nous) sert le droit ? »⁸³, le juspragmatiste répondra que le droit peut encore (nous) être utile.

⁸³ J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Folio, coll. Essais, 2015 ; F. OST, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2016.

Première partie

Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception du phénomène juridique ?

La problématique de l'actualisation du savoir juridique touche actuellement de façon prégnante les questions de la possibilité et de la réalité d'un « droit global sans État »⁸⁴, dont l'un des plus anciens et des plus fervents défenseurs est symptomatiquement un avocat et non un universitaire⁸⁵. Les juristes s'opposent au sujet de l'existence d'un droit transnational échappant aux droits étatiques et au droit inter-étatique ; ce droit est parfois perçu comme une évidence face à laquelle il serait impossible de demeurer impassible⁸⁶, mais il est plus souvent qualifié de « désordre » fort peu juridique⁸⁷.

Pourtant, un « vaste marché global des droits »⁸⁸ apparaîtrait. Il s'agirait désormais moins d'étudier un « système ordonné de partage du gouvernement du monde entre États souverains »⁸⁹ qu'une « somme de contraintes et aussi d'opportunités »⁹⁰ pour des acteurs globaux de plus en plus nombreux et mobiles. À l'ère du droit global, les États ne seraient plus que des acteurs parmi d'autres dans la chaîne de production et de distribution du

⁸⁴ G. TEUBNER, *Global law without a state*, Dartmouth Publishing (Aldershot), coll. Studies in Modern Law and Policy, 1997.

⁸⁵ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 3^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2016 (1^{ère} éd. 1986).

⁸⁶ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 227.

⁸⁷ Réf. à Th. CAO-HUY, « Désordre, désordres – Le discours du désordre international », in J. CHEVALLIER et alii, *Désordre(s)*, Puf, 1997.

⁸⁸ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

droit ; et les praticiens du droit élaboreraient des « véhicules juridiques » désormais incontournables bien que très iconoclastes aux yeux du droit moderne : chaînes de contrats, instruments financiers, montages normatifs et fiscaux etc. De plus en plus de dispositifs de régulation originaux prospèrent. Il deviendrait impératif de mettre en lumière la « pannomie »⁹¹ de l'univers juridique contemporain, même si cette « pannomie » suit aussi souvent la voie du « bricolage » que celle d'une ingénierie sophistiquée.

Les enjeux en matière de compréhension du droit et de réinvention des études du droit deviendraient donc considérables. Il s'agirait de se concentrer sur la connaissance du droit « en actes », laquelle constituerait l'une des orientations majeures bien qu'encore souvent ignorée des recherches sur le droit. Face à pareils enjeux, le droit des juspragmatistes ne serait ni un droit théorique ni un droit pratique car le pragmatisme juridique amènerait à ne plus opposer les recherches théoriques et les recherches pratiques. « De triste coutume, souligne-t-on, le juriste oppose la théorie et la pratique. Dichotomie promue par l'analyse, classiquement binaire, d'obédience cartésienne, son application au droit ne précipita-t-elle pas le positivisme dans le dogmatisme au moment où il pensait, par ce dualisme, s'ouvrir à la science ? »⁹².

Le danger serait que les écoles s'éloignent dangereusement des palais et des cabinets⁹³. Il ne faudrait plus concevoir une théorie tel un ensemble de « connaissances abstraites et spéculatives indépendantes des applications »⁹⁴. Au contraire, la théorie devrait servir la pratique autant que la pratique servirait la théorie. Il s'agirait de dépasser le dualisme de la théorie et de la pratique afin de rendre les idées plus concrètes et les actions plus intelligentes. Une théorie devrait se comprendre en tant qu'explication synthétique et hypothétique d'un phénomène concret permettant de mieux le comprendre, de mieux l'anticiper et, par suite, de mieux agir sur lui. Dans le cadre d'une pensée de l'expérimentation, la recherche se conçoit tel un procès dynamique dans lequel la théorie

⁹¹ *Ibid.*

⁹² A. PABAUX, « Droit en contexte, droit exercé : la mètis ou les figures de l'habileté juridique », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 122.

⁹³ En ce sens, le professeur Joël Moret-Bailly écrit : « Il est courant, voire habituel, d'opposer une approche "théorique" du droit, qui serait l'apanage de l'Université, à une approche "pratique", portée par les professionnels, ce discours (facile ?) étant, de surcroît, souvent repris par les étudiants, désorientés par un décalage entre leur "droit vécu", souvent fait d'"irrespect" des règles, et la présentation systématique et magistrale des règles et des systèmes de droit, implicitement censés régler les conduites, cette présentation étant alors vue comme idéale, irréaliste sinon désincarnée, erronée, voire mensongère » (J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 211).

⁹⁴ V° « Théorie », in *Trésor de la langue française*. De même, dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande, une théorie est définie de la façon suivante : « Construction spéculative de l'esprit ; par opposition à la pratique, à l'ordre des faits : ce qui est l'objet d'une connaissance désintéressée, indépendante de ses applications ; par opposition à la connaissance certaine : construction hypothétique, opinion d'un savant ou d'un philosophe sur une question controversée » (V° « Théorie », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 1127-1128).

n'est pas première mais résulte du travail d'enquête — même si cette enquête, dans un premier temps du moins, peut constituer une fin de connaissance en soi⁹⁵.

Pour Charles Sanders Peirce, la signification d'un concept résiderait dans ses effets, dans ce qu'il fait. Le pragmatiste a dès lors vocation à critiquer les concepts et les théories qui n'emportent pas de conséquences tangibles⁹⁶. Il ne s'oppose pas à la théorie en tant que telle mais aux théories indifférentes à l'expérience. Toute théorie devrait être une « théorie de la pratique », si ce n'est une « théorie pratique ». La pensée devrait en permanence porter sur des objets réels, loin d'accepter le réalisme métaphysique des platoniciens ou le réductionnisme conceptuel des nominalistes. On pourrait porter l'attention sur des questionnements suprasensibles, mais seulement si cela présente un intérêt pratique et n'amène pas à se noyer dans un flot de conjectures sans aucun débouché pratique. Aussi la recherche juridique pragmatiste ne pourrait-elle qu'être fondamentalement tournée vers la pratique⁹⁷.

Le pragmatisme serait donc le grand médiateur de la théorie et de la pratique⁹⁸. En ce sens, William James pouvait avancer que toute distinction théorique devrait conduire à

⁹⁵ Ainsi que l'écrivait Savigny, la division entre théorie et pratique juridiques, « bonne et légitime, pourrait dégénérer en isolement funeste [...]. La division est bonne si chacune ne perd point de vue l'unité primitive, si le théoricien conserve et cultive l'intelligence de la pratique, le praticien l'intelligence de la théorie. Là où cette harmonie est détruite, là où la séparation entre théorie et pratique devient absolue, advient inévitablement le risque que la théorie devienne un jeu de l'esprit, la pratique un métier purement artisanal » (C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, 1848, p. XV (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 388)).

⁹⁶ Pour prendre un exemple tiré de l'histoire de la pensée juridique, François Gény pouvait observer qu'« il n'y a pas dans le sujet de droit autre chose qu'un concept ; et il est possible qu'il soit quelque jour remplacé par une autre représentation de l'esprit plus adéquate aux besoins de la vie juridique. En attendant, il rend des services précieux » (F. GÉNY, « Les bases fondamentales du droit civil », *RTD civ.* 1923, p. 815 (cité par L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 247)). Un concept juridique ne saurait donc être conservé que tant qu'il rend de tels « services précieux ».

⁹⁷ De ce point de vue, une telle recherche juridique concentrée sur les enjeux concrets et délaissant les enjeux abstraits et par trop intellectuels ne serait guère une nouveauté. Alors qu'Aristote déjà faisait du droit un savoir tendu vers l'action, une « science pratique » s'opposant aux « sciences spéculatives et poétiques » (ARISTOTE, *Métaphysique*, IV^e s. av. J.-C., L. E, chap. 1 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 326)), Jean Bodin, au XVI^e s., expliquait que le droit devait s'apprendre dans l'optique de « se préparer à gouverner les cités et à instruire les peuples » (J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576 (cité par J.-M. CARBASSE, « Professeurs à la faculté de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1246)), tâche ô combien pragmatique. Et on n'hésite pas à avancer que la doctrine serait principalement la source d'une production scientifico-pratique (O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 387), ou encore que « le droit est né de sa pratique » (Ch. CHÈNE, « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 617), formule qu'il faut comprendre comme signifiant que « la science du droit est née avec la pratique du droit », tant et si bien que les universitaires-juristes seraient un groupe particulier parmi l'ensemble des praticiens-juristes, non un groupe parallèle à lui.

⁹⁸ Cela a d'ailleurs pu déplaire fortement à certains représentants de la philosophie européenne moderne, notamment Russell et Popper, lesquels qualifiaient le pragmatisme de « philosophie pour ingénieurs », qui attend des théories qu'elles se conforment aux désirs des hommes d'action. Et Popper de juger que le pragmatisme induirait une confusion entre science et technique, en assimilant les théories scientifiques à de simples règles de calcul, des « règles computationnelles ».

une différence pratique. La pure théorie devrait être délaissée afin de se concentrer sur les considérations théoriques liées à des implications pratiques⁹⁹.

Mais il faudrait également se méfier de la pure pratique, en tout cas en tant que chercheur. Les travaux juspragmatistes ne sauraient être hostiles par principe aux réflexions théoriques ; ils devraient davantage reposer sur un savant équilibre entre données factuelles scientifiquement significatives et propositions théoriques tirées de ces faits ou expliquant ces faits. Sans cela, le chercheur risquerait de se perdre dans le matérialisme et dans un froid déterminisme. « Ce qu'il nous faut », affirmait James, « c'est une philosophie qui non seulement sollicite nos facultés intellectuelles d'abstraction, mais encore qui soit en prise directe avec le monde réel »¹⁰⁰. Être juspragmatiste, ce ne serait ainsi pas chercher à se passer de toute théorie mais lier le sens et la pertinence des théories aux actions et pratiques en découlant ou susceptibles d'en découler. Cela implique de procéder à un examen critique des faux-problèmes posés par une compréhension abstraite des constructions théoriques et, plus largement, intellectuelles.

S'appuyant sur l'exemple de l'enquête telle qu'elle se pratique dans les sciences de la nature, John Dewey invitait à abandonner l'opposition de la connaissance et de l'action, de la théorie et de la pratique, et incitait à suivre une méthode censée garantir, par la prise en compte permanente des conséquences, la sûreté des propositions et des jugements¹⁰¹. C'est bien ainsi que le juspragmatiste pourrait œuvrer. D'ailleurs, à l'occasion de ses travaux sur le droit, Dewey a pu regretter haut et fort que la philosophie du droit soit « piégée dans son refus de l'expérience » et que « le cadre intellectuel dans lequel ses problèmes se posent est un frein à l'élaboration d'instruments adéquats pour les résoudre »¹⁰². Il semble que la théorie du droit peine souvent à suivre la pratique du droit notamment parce qu'elle s'attache à des œuvres et à des noms qui, s'ils faisaient face au

⁹⁹ D'ailleurs, si le pragmatisme juridique peut parfois être considéré comme étant quelque-chose de « banal » et « peu stimulant intellectuellement », cela provient justement des réticences à construire une « grande théorie du droit » qui sont sa marque (Th. G. GREY, « Holmes and Legal Pragmatism », *Stanford Law Review* 1989, p. 814).

¹⁰⁰ W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2011. En ce sens, Raymond Saleilles pouvait enseigner que « le droit est une science positive, essentiellement positive, une science des réalités ; mais les réalités auxquelles il a à faire ne sont pas des réalités purement naturelles : elles répondent à la façon dont les hommes, vivant en société, conçoivent leurs relations soit entre eux, soit vis-à-vis des objets extérieurs ; c'est donc une science de relations et de relations conçues par l'esprit. Il est impossible, même si le droit échappe aux concepts purs, qu'il néglige la part faite aux conceptions de l'esprit » (R. SALEILLES, *La personnalité juridique – Histoire et théories*, 1910, p. 621 (cité par L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 245)).

¹⁰¹ J. DEWEY, *La quête de certitude – Une étude de la relation entre connaissance et action*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014. Dewey considérait ainsi que, « dans une philosophie reconstruite, une des tâches à accomplir consiste à rassembler et à présenter des raisons pour expliquer la disparition de l'ancienne séparation entre théorie et pratique » (J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie* (1920), Gallimard, p. 57).

¹⁰² 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. 73-74.

monde normatif du XXI^e s., reverraient sans doute leurs copies. Lorsqu’Hans Kelsen, au milieu du XX^e s., a envisagé l’ordre juridique sous une forme pyramidale, il pouvait constater que, de fait, l’ordre juridique présentait une forme pyramidale. Mais, aujourd’hui, il conviendrait au minimum de vérifier si ces propositions sont toujours « valides » plutôt que de les perpétuer sans contrôle tels des dogmes intouchables.

Or, comme Michel Villey le remarquait déjà il y a quelques temps, « l’objet des théories générales du droit est l’“analyse” et la mise en ordre des idées reçues dans le monde actuel. Délibérément, elles épousent les préjugés corporatifs, et se gardent de les mettre en question »¹⁰³. Le pragmatisme juridique aurait déjà vocation à libérer les juristes de ces préjugés corporatifs, tant en matière de définition de l’objet-droit qu’en matière de méthode d’étude de cet objet-droit.

Considérant que la théorie devrait se focaliser sur la pratique et que sa fin serait de lui donner sens, le pragmatisme juridique rejeterait toute intention de consacrer quelque théorie générale du droit abstraite et *a priori*, seule la compréhension empirique et expérimentée des normes et des institutions devant revêtir de l’importance aux yeux du chercheur. La théorie des juspragmatistes serait donc foncièrement pratique et, par suite, c’est tout le droit des juspragmatistes qui serait foncièrement pratique. Quand le penseur traditionnel tenterait, parfois au prix de grandes manœuvres conceptuelles, de faire entrer le réel dans son système, le penseur pragmatiste s’ouvrirait sans retenue à l’expérience, en acceptant la variabilité et la complexité, étant disposé à modifier — et à perfectionner — son système autant que ce que les faits lui dictent.

Mais il faudrait plus encore chercher à ne « faire système » en aucune manière¹⁰⁴. Le juspragmatiste serait donc celui capable d’œuvrer indépendamment de toute idée préconçue, sans ambition téléologique préétablie, sans dessein particulier autre que l’approfondissement de la connaissance du réel.

Avec le pragmatisme, les théories du droit devraient être considérées telles des théories scientifiques à part entière, c’est-à-dire telles des théories permises par l’observation de faits et permettant d’expliquer des faits. Or, en philosophie des sciences, une théorie

¹⁰³ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 22.

¹⁰⁴ James conseillait de ne pas chercher à exprimer le monde à travers des systèmes. Il écrivait ainsi que, bien souvent selon lui, « le monde auquel vous donne accès le philosophe est clair, limpide et noble. Il ne comporte aucune des contradictions de la vie réelle. [...] C’est un temple de marbre qui scintille au sommet d’une colline. Mais cette manière de concevoir les choses, trop bien définie, est vaine car l’univers réel est une chose ouverte. Or le rationalisme fabrique des systèmes, et les systèmes sont forcément clos » (W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d’anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2011).

scientifique doit répondre à plusieurs critères. Tout d'abord, les principes théoriques et les phénomènes observés doivent correspondre. Ensuite, une théorie doit permettre d'anticiper la réalité des faits. Enfin, la théorie doit résister à l'expérience et être compatible avec les nouveaux faits découverts à mesure des investigations — et, en cas d'incompatibilité, la théorie doit être immédiatement corrigée, si ce n'est invalidée. C'est ainsi à travers le temps que la force d'une théorie se mesurerait, en fonction de sa capacité à accueillir de nouvelles données factuelles, à résister aux expérimentations auxquelles les scientifiques procèdent.

On peut douter que les théories du droit, des jusnaturalistes aux juspositivistes, passent avec succès ces « tests scientifiques ». Peut-être les théories juspragmatistes pourraient-elles mieux y parvenir, notamment grâce à l'adaptabilité et à l'absence de dogmes qui les caractérisent. C'est d'ailleurs peut-être en raison de cette adaptabilité et de cette absence de dogmes qu'elles se présentent telles des « théories faibles ». Faire œuvre théorique ne serait jamais une fin ou une ambition du juspragmatiste.

Au-delà du problème des limites et potentialités théoriques du pragmatisme juridique, ce dernier ouvrirait la voie à des formes de techno-centrisme juridique et de conséquentialisme juridique au départ du critère général d'utilité. L'objet des juspragmatistes, ce serait le droit utile, le droit conséquent, le droit effectif. Avec le juspragmatisme, le droit se réduirait à ses effets, l'important serait que les normes et les institutions produisent des effets. Un gouvernement par un droit sans normes (au moyen de statistiques, de sondages, d'indicateurs, d'algorithmes ou encore de « *nudges* »¹⁰⁵) serait même parfaitement envisageable dès lors qu'il ferait preuve d'efficacité.

Aussi penser et étudier le droit reviendrait-il avant tout à penser et étudier les effets du droit (*chapitre 1*), si bien que l'on pourrait définir les concepts juridiques et en particulier la notion de droit en transposant la « maxime du pragmatisme » établie par Charles Sanders Peirce (*chapitre 2*). Ensuite, les juspragmatistes devraient se concentrer sur les « faits juridiques » et sur le « droit en action » (*chapitre 3*) ; recherchant avant tout l'utilité du droit (*chapitre 4*), leurs travaux pourraient aboutir à des propositions pragmatiques de rénovation du droit et de l'État, notamment celle consistant à développer l'évaluation (*chapitre 5*). Enfin, l'analyse du droit pourrait prendre une nouvelle orientation en liant les actes juridiques à des formes de « croyances juridiques », à la manière de William James (*chapitre 6*).

¹⁰⁵ Les « *nudges* », qu'on peut traduire par « coups de pouce », correspondent à un gouvernement des comportements pas la psychologie. On obéit à un « *nudge* », par exemple, lorsqu'on boucle sa ceinture de sécurité non en raison de l'interdiction de conduire sans ceinture mais parce qu'une alarme de plus en plus stridente retentit dans le véhicule.

Chapitre 1. L'effectivité du droit

Avec le juspragmatisme, le critère premier, si ce n'est unique, de la juridicité serait l'effectivité, donc la capacité des normes à modeler concrètement les comportements de leurs destinataires. Les juspragmatistes n'adhéreraient guère aux critères de juridicité consacrés au cours des siècles passés : valeur (jusnaturalisme du XIX^e s.) et validité (juspositivisme du XX^e s.). Plaçant l'expérience à l'origine des idées et se concentrant sur ce qui est plutôt que sur ce qui doit être, le pragmatisme invite à considérer qu'une chose est ce qu'elle fait, que son sens réside dans ses effets, qu'un objet inefficace n'existe pas¹⁰⁶. En droit, cela obligerait à rechercher ce que sont les normes et quels sont leurs effets mais interdirait de postuler un éventuel droit naturel ou de juger les normes à l'aune de valeurs ou considérations purement subjectives et abstraites¹⁰⁷.

Pourrait s'appliquer aux recherches en droit la célèbre conception pragmatiste de la vérité de William James : « Est vrai ce qui réussit »¹⁰⁸. Partant, seul le droit efficace, qui *de facto*

¹⁰⁶ Léon Duguit résumait ainsi la pensée pragmatiste dans cette formule : « Tout concept répond à une réalité dans la mesure, et seulement dans la mesure où il a une efficacité morale et sociale » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 235). Et d'ajouter : « Comme nécessairement il y a une échelle des valeurs morales et sociales, il y a des degrés de vérité conceptuelle, celle-ci étant d'autant plus forte et plus compréhensible qu'elle réalise une efficacité morale et sociale plus puissante et plus étendue » (*ibid.*) ; avant de conclure : « On aperçoit tout de suite le défaut saillant et la faiblesse irrémédiable du pragmatisme : ceux qui l'enseignent n'ont jamais dit ce qui constitue la valeur morale et sociale d'un effet susceptible de faire que le concept réponde à une réalité » (*ibid.*, p. 236-237).

¹⁰⁷ En cela, le juspragmatisme rejoint le positivisme kelsénien. Aussi Michel Villey pouvait-il noter que, « pour Kelsen, le juriste s'occupe de normes existantes "effectives". N'importe lesquelles ; ce peuvent être indifféremment les normes du droit hitlérien ou du régime staliniste ou de la République de Weimar. Le juriste est neutre ; peu lui importe que ces textes visent la domination de la race germanique sur le monde, l'élimination des bourgeois, l'épanouissement des libertés, ailleurs la justice. Il les enregistre. Le savant ne cultive d'autre "valeur" que de promouvoir le progrès des sciences positives, lesquelles n'ont pas à connaître du bien et du mal. Décider des valeurs relève d'une option irrationnelle, subjective de chaque être humain. Le savant n'a rien à en dire, sinon de les prendre comme elles se trouvent posées par quiconque. La science n'a pas compétence sur le Devoir-être. C'est un dogme que dicte Kant (Kelsen s'est formé dans l'idéalisme Kantien) ; le dogme général du positivisme. Jamais on n'a poussé si loin l'indifférence aux fins du droit. Le Kelsénisme mutile le droit par ablation de sa cause finale. Il entend faire de vos professeurs des savants neutres, cerveaux sans âme, êtres irresponsables, prodiguant leurs services à n'importe quoi. Le kelsénisme a eu du succès » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 137).

¹⁰⁸ W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2007, p. 120.

joue un rôle de régulation important, devrait intéresser le chercheur en droit. Et, s'il s'avérait que des formes privées de gouvernance prenaient la place de formes publiques de gouvernement de plus en plus obsolètes et ineffectives, alors ce chercheur devrait délaissier l'étude de ces dernières et se concentrer sur ces premières.

Ainsi que Léon Duguit le décrivait, « les concepts fondamentaux [du droit] répondent à une réalité, ont une valeur de vérité, parce qu'ils ont une efficacité indéniable, parce qu'ils permettent seuls d'atteindre effectivement les résultats auxquels tend nécessairement tout ordonnancement juridique de la société »¹⁰⁹. Mais, si un tel concept ne produisait plus ses effets, ne permettait plus d'atteindre les résultats attendus, ne parvenait plus à « informer la réalité » — pour reprendre une formule de François Génys¹¹⁰ —, il devrait être retranché de la liste des « concepts fondamentaux » et abandonné par la pensée juridique. Celle-ci devrait lui chercher un remplaçant plutôt que de vouloir le perpétuer au prix d'une séparation de plus en plus forte entre doctrine juridique et pratique juridique. Les concepts, notions et principes juridique ne trouveraient pas leur source et leur raison d'être dans une raison ultime s'imposant avec la force d'une vérité mathématique mais seraient des procédés imaginés par l'esprit humain afin de produire certains résultats pratiques. Ces concepts, notions et principes n'auraient de réalité que dans la mesure de leur effectivité. Il faudrait accepter sans réserve leur contingence et leur potentiel remplacement ou potentielle disparition.

Toute science doit déterminer les conditions d'après lesquelles ses propositions peuvent être tenues pour vraies. Or, avec le normativisme d'Hans Kelsen ou Herbert Hart, une proposition de droit décrit une règle juridique si cette règle est valide et existe dans l'ordre juridique. Cependant, la validité n'est pas une qualité empirique ; on ne peut donc pas la constater — cela d'autant plus que, si la validité dépend de la conformité à une norme supérieure, il arrive nécessairement un moment où le processus de validation des normes tourne en *regressio infinitum*.

Avec le juspragmatisme, le chercheur devrait s'intéresser à l'effectivité des normes qui, pour sa part, est une donnée empiriquement accessible. Cela emporterait des conséquences définitionnelles et, plus encore, méthodologiques : lorsque Dewey avance 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

¹⁰⁹ L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 243.

¹¹⁰ F. GÉNYS, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. I, 1914.

en cours »¹¹¹, il incite les juristes à « faire l'expérience du droit » au lieu de l'observer du haut d'une « tour d'ivoire ». Pour les tenants du pragmatisme juridique, la science du droit devrait donc suivre le modèle d'une véritable science empirique, constituée de propositions vérifiables et portant non sur des devoir-être mais sur des être, sur des faits empiriquement saisissables¹¹².

Certes, la « règle de reconnaissance », dans la théorie de Hart, est une pratique sociale que la science du droit doit constater dans la pratique effective des tribunaux et des autres autorités officielles¹¹³. Et Kelsen soutenait déjà qu'il ne faudrait appeler « droit » que ce qui s'avère constituer un ordre de contrainte efficace « en gros et de manière générale »¹¹⁴. Mais l'effectivité n'est alors qu'un mur porteur du droit parmi d'autres — au nombre desquels, notamment, l'hypothèse « logique » d'une norme fondamentale supposée. Il faut que, dans l'ensemble, les membres de la collectivité humaine se comportent selon les normes officielles pour que celles-ci constituent le droit¹¹⁵; ensuite, le juriste-chercheur n'aurait plus à se préoccuper de cette effectivité, sa tâche consistant à déterminer l'identité, le sens et la portée des normes valides dans l'ordre juridique. Avec le pragmatisme juridique, l'effectivité n'est plus une simple condition initiale de la juridicité disparaissant ensuite de l'analyse : la juridicité se réduit dans une large mesure, si ce n'est en totalité, à l'effectivité.

C'est ainsi que Karl Llewellyn, qui compta au nombre des premiers juspragmatistes, écrivait qu'« ignorer les effets du droit, c'est ignorer sa signification »¹¹⁶. Dans l'analyse

¹¹¹ 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. 77.

¹¹² Au-delà des effets qu'il produit, le droit serait aussi un objet empirique parce qu'il correspond à un ensemble de textes ou d'énoncés (une constitution, des lois, des décrets etc.) qui, autant que les activités des juristes et des destinataires des normes, seraient des faits, de sorte que la science du droit décrirait ces faits et que les propositions de droit seraient bien des « jugements de réalité » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 43).

¹¹³ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 138 (« la règle de reconnaissance [n'existe] que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que [les juristes] et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait »).

¹¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962.

¹¹⁵ « Il faut considérer, enseigne Michel Troper, que l'ordre juridique dispose du monopole de la contrainte, de sorte que les actes de contrainte de la bande de voleurs ne sont, de ce point de vue, pas des sanctions, mais des crimes. Sans doute pourrait-on penser que, du point de vue de la bande de voleurs, ce sont les contraintes prescrites par l'ordre juridique qui sont criminelles. Mais il suffit alors de rechercher quel est, des deux systèmes, le plus efficace. Si c'est celui des voleurs, il n'y a aucun inconvénient à le considérer comme un système juridique (et à le prendre comme objet de la science du droit), puisque cette appellation ne vaut pas prescription de lui obéir. Il est d'ailleurs assez fréquent qu'un groupe insurrectionnel soit désigné par le gouvernement comme une bande de voleurs et traité comme tel, puis que ce groupe s'impose sur une partie du territoire. Dans ce cas, du point de vue de la science du droit, il faut considérer qu'il y a deux systèmes juridiques efficaces et supposer une norme fondamentale pour chacun d'eux » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 52).

¹¹⁶ Cité par G. TUZET, « Pragmatisme et normativité », conférence au Collège de France, chaire Métaphysique et philosophie de la connaissance, 6 févr. 2013. Dans le même sens, Ferdinand Schiller considérait que « la vérité d'une affirmation se juge à la valeur de ses conséquences. Les conséquences vérificatrices sont des conséquences humaines et pratiques » (cité par L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 200).

de Llewellyn, le droit est appréhendé tel un instrument devant servir à réaliser certaines finalités sociales, culturelles ou économiques, non tel un ensemble de normes abstraites¹¹⁷. Il s'agit alors d'une conception du droit intéressée avant tout par les activités des gouvernants et des administrations, ainsi que par les comportements des justiciables et des juges. Pour Llewellyn, il faudrait se concentrer sur les effets et les conséquences du droit, donc observer la portée pratique des processus juridiques, car il n'y aurait qu'en eux que le droit fournirait sa pleine mesure¹¹⁸. En d'autres termes, il faudrait évaluer le droit à l'aune de ses implications pratiques. Richard Posner, qui est l'un des rares à avoir explicitement affiché sa filiation avec la pensée pragmatiste, soutenait pour sa part que « le droit n'est pas un texte sacré [...] mais une pratique sociale. La solidité des interprétations du droit et d'autres propositions juridiques est, ainsi, susceptible d'être évaluée avec justesse par l'examen de leurs conséquences dans le monde des faits »¹¹⁹.

Aussi le pragmatisme juridique se rattacherait-il aux théories sociologiques du droit, qui ont plus pour objet de rechercher le fondement et le fonctionnement du droit dans la société que d'exprimer et d'expliquer son contenu abstrait¹²⁰ — car c'est essentiellement au sein de la société que le droit produit ses effets. Et il se rattacherait aux théories économiques du droit, notamment au mouvement « *Law and Economics* » dont Richard Posner a été l'un des maîtres d'œuvre et qui se focalise sur les effets économiques du droit.

Reste que, à l'aune de ces éléments, il apparaît évident que la branche de la recherche juridique qui pourrait être le plus précieux allié du pragmatisme juridique serait la sociologie du droit. Juspragmatisme et sociologie juridique se rejoignent en de nombreux points. Si la législation et la jurisprudence autant que la doctrine ne devraient pas comprendre le droit indépendamment des faits sociaux qu'il doit saisir et auxquels il doit s'appliquer, tout juriste devrait être un juriste-sociologue¹²¹. Dès lors que la connaissance

¹¹⁷ R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1989, p. 185.

¹¹⁸ K. N. LLEWELLYN, *La voie cheyenne – Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. L. Assier-Andrieu, Bruylant-LGDJ, 1999.

¹¹⁹ R. POSNER, « A Pragmatist Manifesto », 1995 (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 avr. 2005).

¹²⁰ On peut y affilier, par exemple, la sociologie juridique de Max Weber, qui a souhaité retracer l'évolution du droit depuis une révélation prophétique dans les temps primitifs jusqu'à une rationalisation systématique de nos jours, ou l'œuvre d'Eugen Ehrlich, qui a identifié les sources du droit parmi les faits sociaux.

¹²¹ C'est ainsi que Roscoe Pound pouvait enseigner qu'« il est impératif de rechercher par un examen scientifique sérieux comment rendre notre production annuelle colossale de législation et de jurisprudence efficace. Un moyen disponible à cette fin est de se lancer dans une histoire juridique sociologique ; c'est-à-dire d'examiner non seulement l'évolution et le développement des doctrines, envisagées uniquement comme matériau juridique, mais quels effets sociaux les doctrines juridiques ont produit dans le passé et comment elles les ont produits. C'est pourquoi Kantorowicz appelle à une histoire du droit qui ne traitera pas des règles et des doctrines indépendamment de l'histoire économique et sociale de leur temps.

des effets d'une règle de droit n'est plus distincte de la connaissance de cette règle elle-même, le monopole disciplinaire des juristes dans la compréhension des règles de droit ne serait pas plus justifié que celui des sociologues dans l'étude des effets du droit. Avec le juspragmatisme, la science juridique risquerait donc de devenir une simple branche de la sociologie.

En outre, le pragmatisme juridique serait un conséquentialisme : lorsqu'une norme est édictée, l'important serait les conséquences qu'elle emporte et notamment sa capacité à générer l'équilibre social attendu, le droit pouvant être compris avant toute autre chose tel un outil de pacification des relations humaines¹²². Ainsi le juge Benjamin Cardozo pouvait-il clamer que « ce n'est pas l'origine mais le résultat du droit qui est l'essentiel »¹²³ ; et la vision du droit d'Oliver Wendell Holmes est connue pour être une approche conséquentialiste très inspirée du pragmatisme¹²⁴.

Or, en France en particulier, il suffit d'observer les titres et les thèmes des ouvrages parus au cours des dernières années pour constater qu'on continue à étudier bien plus souvent les sources que les destinataires des normes. Notamment, on s'intéresse beaucoup aux juges et peu aux justiciables. On continue à envisager le droit tel un système rigoureusement ordonné à base de validité plutôt qu'en tant qu'instrument de régulation sociale dont l'élément clé devrait être sa capacité à être un instrument de régulation sociale effectif. Ne faudrait-il pas accueillir, plutôt que l'image de la « pyramide » kelsénienne, trop simple et droite par rapport aux enjeux contemporains, la présentation du droit de Roscoe Pound selon laquelle celui-ci « 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 »¹²⁵ ? L'essentiel serait donc d'« étudier le fonctionnement social des normes et les effets qu'elles produisent lorsqu'elles sont appliquées »¹²⁶.

Il s'agit, au contraire, de montrer comment le droit du passé est né de conditions sociales, économiques et psychologiques, comment il était en harmonie avec elles ou s'y accommodait et jusqu'où nous pouvons continuer avec ce droit pour base ou nous en détourner, avec pour espoirs bien fondés de produire les résultats désiré » (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).

¹²² Ferdinand Schiller soutenait en ce sens que « la vérité d'une affirmation se juge à la valeur de ses conséquences. Les conséquences vérificatrices sont, cela va sans dire, des conséquences humaines et pratiques » (cité par L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 236).

¹²³ Cité par G. TUZET, « Pragmatisme et normativité », conférence au Collège de France, chaire Métaphysique et philosophie de la connaissance, 6 févr. 2013.

¹²⁴ W. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1965, p. 247.

¹²⁵ R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review* 1908, n° 8, p. 605.

¹²⁶ 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.

Par suite, si la réalité ou même la vérité du droit doit être recherchée dans ses effets et conséquences, alors cette réalité ou même vérité du droit devrait être recherchée dans ses applications. Et ces applications, bien qu'elles ne puissent s'y réduire, seraient déjà des applications juridictionnelles. C'est pourquoi les juristes dits « réalistes », pour qui le « vrai » droit se situerait dans les décisions individuelles des magistrats prises au cas par cas plus que dans les lois et règlements à portée générale et impersonnelle, ont pu être considérés comme les premiers juspragmatistes. Dewey indiquait ainsi que la connaissance du droit dépendrait de la connaissance de son application, à tel point qu'il n'y aurait pas de dichotomie entre l'existence du droit et son application¹²⁷. Une règle de droit ne prendrait vie et sens qu'au moment de son application et qu'à travers ses effets concrets sur les activités humaines.

Selon les réalistes, les effets juridiques seraient de type psychosocial. Le droit serait composé au moins autant de comportements que de normes et d'institutions. Ensuite, il s'agirait avant tout d'examiner les comportements des juges car les règles de droit n'existeraient que dans la mesure où elles sont effectivement appliquées en justice. Observer le droit, ce serait donc observer les normes que les magistrats mettent en œuvre au cas par cas. Et ces effets juridiques pourraient aussi être anticipés par les juspragmatistes — où revient la conception d'Oliver Wendell Holmes selon laquelle le scientifique du droit devrait produire des énoncés prédictifs des comportements des juges.

Par exemple, le juge Holmes définissait le droit sous l'angle de ses conséquences. Et les conséquences des décisions de justice devraient être évaluées, loin des normes officielles de l'ordre juridique positif, en fonction des attitudes sociales vis-à-vis de ce que le droit devrait être dans une société et à une époque données¹²⁸. En somme, le droit « en vigueur » des jusnormativistes et des juspragmatistes ne serait pas le même. Karl Llewellyn distinguait les « *paper rules* » (telles qu'elles sont exprimées dans les « *statutes* » et les livres de droit) et les « *real rules* », c'est-à-dire les règles effectivement mises en œuvre dans leurs pratiques quotidiennes par les juges et les individus (« *usual practices* »)¹²⁹. Pour les jusnormativistes, le droit serait fait de « *paper rules* » ; pour les juspragmatistes, le droit serait fait de « *real rules* ».

Il n'est pas rare que des réalistes américains soient qualifiés de « jusnaturalistes pragmatiques » attachés à « une nouvelle variété de droit naturel particulièrement ancrée

¹²⁷ 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. 77.

¹²⁸ O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897, p. 457.

¹²⁹ K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence: the Next Step », *Columbia Law Review* 1930, n° 30.

au sol »¹³⁰. Régulièrement, des juges des États-Unis écartent des règles légales ou même constitutionnelles au profit de « règles maquisardes »¹³¹, c'est-à-dire de « principes »¹³² ou « règles de discrétion »¹³³ qui, dans ce cas, se présentent à la fois comme des règles de droit naturel et comme des règles de droit positif. L'important est que ces juges tranchent les litiges soumis à eux en fonction des conséquences de leurs décisions plus qu'en fonction d'une application purement syllogistique des normes abstraites aux faits concrets. Ainsi s'inscrivent-ils dans la lignée du pragmatisme juridique. Peut-être pourrait-il en aller à l'identique dans la sphère du droit universitaire : le chercheur s'intéresserait alors au moins autant aux faits concrets qu'aux normes abstraites.

Par suite, ces considérations relatives aux effets du droit, qui pourraient focaliser l'attention des juristes « postmodernes », conduisent à poser la question suivante : ne serait-il pas possible et pertinent de définir les concepts juridiques et en premier lieu le concept de droit à travers la « maxime du pragmatisme » de Peirce — sur laquelle s'est construite, initialement et en partie, la pensée pragmatiste ? Car cette « maxime du pragmatisme » invite à définir les objets par leurs effets, conséquences et résultats pratiques.

¹³⁰ F. MICHAUT, *L'École de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain*, th., Université de Lille, 1985, p. 12 (cité par X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 132). Llewellyn lui-même adoptait une attitude prescriptive vis-à-vis des juges et défendait un « grand style d'interprétation » faisant appel aux principes intangibles de la raison (K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence, the Next Step », *Columbia Law Review* 1930).

¹³¹ Ch. PERELMAN, « À propos de la règle de droit – Réflexions de méthode », in Ch. PERELMAN, dir., *La règle de droit*, Bruylant (Bruxelles), 1971, p. 316 (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. 350).

¹³² R. DWORKIN, « Le positivisme », *Dr. et société* 1985, p. 35 (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. 350).

¹³³ J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p. 96 (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. 350).

Chapitre 2. La « maxime du pragmatisme » et le droit

Lorsque Charles Sanders Peirce a fondé le pragmatisme à la fin du XIX^e s., son intention était de proposer « une méthode pour décider de la signification de mots difficiles et de concepts abstraits »¹³⁴ et ainsi « rendre nos idées claires »¹³⁵. À ces fins, il a exposé ce qui est passé à la postérité en tant que « maxime du pragmatisme » (parfois désignée aussi en tant que « principe du pragmatisme »). Cette formule explicitant ce que devrait être l'objet de la connaissance est la suivante : il faudrait « 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 »¹³⁶.

Avec cette méthode de formulation des idées opposée aux approches cartésiennes et rationalistes, la définition d'un mot ne saurait être dissociée des effets pratiques observables et concevables de l'objet qu'il désigne — par exemple, la fragilité correspond à ce qui se casse en tombant ; l'obligation juridique renvoie à ce qui génère une sanction par un tribunal en cas de non-respect¹³⁷. Penser une chose reviendrait à concevoir l'ensemble de ses implications pratiques, seules ces dernières conférant un sens à l'objet pensé — objet n'existant pas *a priori* mais se révélant progressivement par l'expérience¹³⁸. Cette méthode de clarification conceptuelle ne permettrait-elle pas

¹³⁴ Ch. S. PEIRCE, « Comment rendre nos idées claires », *Revue philosophique* 1878 (cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 28).

¹³⁵ Pour Peirce, le pragmatisme est « une méthode de clarification conceptuelle qui doit, une fois éliminés les faux problèmes de la métaphysique traditionnelle, jeter les bases d'une nouvelle théorie de la signification et de la connaissance, au service d'une métaphysique purifiée dont la double caractéristique sera d'être scientifique et réaliste » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 9).

¹³⁶ Ch. S. PEIRCE, « Comment rendre nos idées claires », *Revue philosophique* 1878 (cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 29).

¹³⁷ De plus, grâce à cette maxime, il devient aisé d'identifier les opérations nécessaires pour vérifier ou réfuter une proposition : par exemple, si quelqu'un soutient qu'un objet est fragile tandis que quelqu'un d'autre affirme qu'il ne l'est pas, il suffit de laisser tomber cet objet et d'observer ce qu'il se passe. En outre, cette maxime permet de distinguer les propositions vérifiables ou falsifiables de celles qui ne le sont pas et qui, par conséquent, ne revêtent aucune signification et sont purement verbales et oiseuses.

¹³⁸ Comme André Lalande le décrivait, la « maxime du pragmatisme », dans l'intention de Peirce, « n'avait d'autre but que de débarrasser la philosophie du psittacisme et de la logomachie, en distinguant par un critérium précis les formules creuses et les formules vraiment significatives. Les effets pratiques qu'il vise, c'est l'existence d'une expérience possible

d'éclairer les concepts juridiques et notamment le premier d'entre eux, c'est-à-dire le concept de droit ?

Pareille proposition ne semble d'ailleurs guère novatrice puisque la théorie prédictive du droit d'Oliver Wendell Holmes dérive directement de la maxime pragmatiste de Peirce¹³⁹ : pour savoir ce qu'est une règle de droit, il faudrait chercher quels sont et quels pourraient être ses effets juridictionnels¹⁴⁰ ; et si ces effets ne paraissent pas pouvoir exister, alors c'est que la règle elle-même n'existe pas¹⁴¹. Définir le droit reviendrait donc à identifier ou imaginer ses effets. Pour mieux comprendre ce que les concepts juridiques désignent — et en premier lieu ce que le concept de droit désigne —, il s'agirait de rechercher empiriquement quels sont les effets que leurs objets produisent, ainsi que d'imaginer objectivement quels sont les effets qu'ils peuvent produire. Le sens et la portée de ces concepts ne déborderaient pas de ces effets réels et supposés¹⁴².

Dès lors, la détermination du sens devrait s'opérer en priorité « au contact de l'expérience et de l'action »¹⁴³. Où revient l'enjeu de ne plus opposer théorie et pratique mais, au contraire, de fondre la théorie dans la pratique. L'objectif, en adoptant la « maxime du pragmatisme », ne serait pas d'abandonner tout effort théorique mais de faciliter les efforts théoriques. En aucun cas il ne saurait être lieu de plaider pour une ambition intellectuelle réduite à la portion congrue ; cette ambition intellectuelle devrait en revanche se rapporter uniquement à l'action et à la pratique « conçues ». Ainsi pourrait-on évacuer des raisonnements tous les problèmes spéculatifs et métaphysiques sans implication ni conséquence concrète pour se concentrer sur ce qui présente un « sens pratique ».

Par exemple, à Léon Duguit qui clamait haut et fort que les concepts de sujet de droit et de droit subjectif devraient être purement et simplement évincés des réflexions juridiques,

qui sera ou ne sera pas conforme à l'anticipation de l'esprit » (V° « Pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 804).

¹³⁹ Les deux auteurs se fréquentaient intimement à Cambridge où, avec William James et leurs amis, ils ont fondé le « Club métaphysique » en janvier 1872.

¹⁴⁰ Holmes, dans son article « The Path of the Law » publié en 1897, résume sa conception du droit en ces termes : « Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit. Vous trouverez des faiseurs de manuels pour vous dire que c'est un système de raison, que c'est une déduction de principes de morale ou d'action admises, ou n'importe quoi qui peut ou non coïncider avec la décision. Mais si nous nous plaçons au point de vue de notre ami le méchant, nous verrons qu'il se moque de l'action ou de la déduction ; tout ce qu'il veut savoir, c'est ce que les tribunaux du Massachusetts ou d'Angleterre décideront en fait. Je suis assez de son avis. Les prophéties sur ce que feront en fait les tribunaux, sans aucune autre prétention, voilà ce que j'entends par "le droit" » (O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897, p. 457).

¹⁴¹ En outre, l'application au droit de la « maxime du pragmatisme » est l'une des voies explorées par le professeur Joël Moret-Bailly dans son « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit » (*Droits* 2013, n° 55, p. 193).

¹⁴² Par suite, pour résoudre une controverse quelconque, il faudrait se demander : « Quelle différence cela ferait en pratique si telle option plutôt que telle autre était vraie ? ». S'il semble qu'aucune différence concrète ne s'attache aux parties prenantes à la controverse, alors cette controverse est inutile, sans objet.

¹⁴³ C. TIERCELIN, C. S. Peirce et le pragmatisme, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 5.

il faudrait répondre que tel pourrait être le cas uniquement s'il s'avérait impossible de leur trouver quelque utilité en pratique ; en revanche, tant que le chercheur peut y attacher différents effets juridiques précisément identifiés, alors ils méritent de demeurer dans le vocabulaire des scientifiques du droit puisqu'ils sont favorables à une meilleure clarté intellectuelle de leur objet.

Peirce écrivait que « les éléments de tout concept pénètrent dans la pensée logique par la porte de la perception et ils sortent par la porte de l'action finalisée ; et tout ce qui est incapable de montrer son passeport, à l'une comme à l'autre des portes, doit se voir arrêté et interdit d'entrée par la raison »¹⁴⁴. En conséquence, tout concept devrait avoir des antécédents pratiques observables, expérimentables, et devrait avoir des conséquences pratiques en guidant des actions. Un concept juridique serait pertinent à la seule condition de s'articuler avec des effets pratiques. Il devrait être fait pour l'action juridique, donc pour les praticiens du droit, et ensuite seulement être réutilisé dans l'espace universitaire. Toute notion juridique devrait pouvoir être mise à l'épreuve des faits et ne saurait être conservée qu'à condition d'avoir permis de mieux concevoir certains d'entre eux.

Ensuite, la « maxime du pragmatisme » amène à procéder à des tests scientifiques : par exemple, si une hypothèse est fautive, elle ne permettra d'identifier aucun effet concret et elle devra être abandonnée. Ainsi les erreurs et les confusions des juristes seraient-elles limitées grâce à la mise en rapport permanente des objets juridiques conçus avec leurs effets concrets.

Le pragmatisme est donc une position épistémologique consistant dans la justification des idées par leurs effets. Une idée serait sans objet dès lors qu'elle serait sans effets. Voltaire était ainsi pragmatiste avant l'heure lorsqu'il faisait observer que, « si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer »¹⁴⁵, sous-entendant que Dieu existe (le concept de Dieu existe) parce qu'il produit des effets concrets dans les sociétés, notamment des effets de régulation. Sans Dieu, ces sociétés présenteraient des visages tout autres et, notamment, elles manqueraient d'ordre. N'en va-t-il pas peu ou prou de même concernant le Droit (le concept de Droit) ?

Et l'on pourrait rapprocher de la maxime pragmatiste l'explication de Descartes selon laquelle « on rencontre beaucoup plus de vérité dans les raisonnements que chacun fait touchant les affaires qui lui importent, et dont l'évènement le doit punir bientôt après s'il a

¹⁴⁴ Ch. S. PEIRCE, « La maxime du pragmatisme » (1903), trad. C. Tiercelin, P. Thibaud, in *Œuvres – I. Pragmatisme et pragmatisme*, Le Cerf, 2002 (cité par G. TUZET, « Pragmatisme et normativité », conférence au Collège de France, chaire Métaphysique et philosophie de la connaissance, 6 févr. 2013).

¹⁴⁵ VOLTAIRE, *Épîtres*.

mal jugé, que dans ceux que fait un homme de lettres dans son cabinet touchant des spéculations qui ne produisent aucun effet »¹⁴⁶. Ainsi la « vérité » du droit serait-elle mieux accessible au praticien, au fur et à mesure de ses activités juridiques quotidiennes, qu'au professeur ne rencontrant le droit qu'à travers les livres qu'il consulte à des fins de recherche.

Aussi les chercheurs-penseurs du droit pragmatistes devraient-ils se donner les moyens d'être mieux en prise avec les « faits juridiques », les moyens de casser la distance avec ce droit effectif qui, à en croire la « maxime du pragmatisme », serait le seul aspect du droit donnant à penser, si ce n'est le seul aspect du droit tout court.

¹⁴⁶ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, 1637, I, 7 (cité par V° « Pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 804).

Chapitre 3. Les faits juridiques et le droit en action

Au début du XIX^e s., du fait de la domination en France de l'École de l'exégèse, les juristes se bornaient à lire et à comprendre les codes — et il est vrai que ces codes tendaient à cannibaliser le droit et la justice. Plus tard, l'expérience a de plus en plus infirmé la prévalence des codes. Certains professeurs ont alors reconnu la « révolte des faits contre les codes »¹⁴⁷, révolte impliquant en particulier un fort développement des phénomènes jurisprudentiels ; d'autres ont persisté à promouvoir l'exégèse et le légicentrisme. C'est ainsi que, dans la doctrine, les normes effectives (des être) ont commencé à s'opposer aux normes valides (des devoir-être). Or le juspragmatisme inciterait inévitablement à délaisser l'étude des devoir-être au profit de l'étude des être — une règle de droit pouvant donc s'analyser tel un être. Le scientifique du droit devrait se préoccuper essentiellement des faits juridiques.

Se concentrer sur l'étude des faits juridiques, donc des activités et du fonctionnement concrets des normes et des institutions, ne serait pas sans importance à une époque doctrinale où l'on en vient de plus en plus régulièrement à regretter, par exemple, que les juristes-chercheurs adoptent une « approche trop légaliste, naïvement rationaliste et basée sur une méconnaissance du fonctionnement pratique du droit »¹⁴⁸. Il faudrait trouver les moyens d'envisager le droit à la manière de Léon Duguit, qui retenait une conception de la science du droit très influencée par la philosophie positiviste d'Auguste Comte¹⁴⁹. Pour l'illustre professeur bordelais, tout ce qui n'est pas tiré directement de l'observation de la

¹⁴⁷ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

¹⁴⁸ E. LAZEGA, « Quatre siècles et demi de New (New) Law & Economics : du pragmatisme juridique dans le régime consulaire de contrôle social des marchés », *Revue française de socio-économie* 2009, p. 106.

¹⁴⁹ Selon Auguste Comte, l'humanité aurait connu « trois états » : l'« état théologique », tout d'abord, dans lequel l'homme expliquait les phénomènes par l'action d'agents surnaturels ; l'« état métaphysique », ensuite, dans lequel les agents surnaturels étaient remplacés par des « forces abstraites », des abstractions personnifiées ; l'« état positif » ou scientifique, enfin, dans lequel l'esprit humain entend seulement découvrir, par l'usage combiné du raisonnement et de l'observation, les lois effectives de la nature et de la société (A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Bachelier, 1830). Plaider pour le pragmatisme juridique, ce serait plaider pour un droit entrant de plain-pied dans le troisième état : l'état positif ou scientifique.

réalité, tout ce qui s'attache davantage à l' « âge métaphysique » qu'à l' « âge positif », devrait être écarté de la recherche juridique car entravant le progrès de la connaissance jus-scientifique.

Or, si le « positivisme juridique » domine actuellement les facultés de droit, il est loin d'avoir porté jusqu'à son accomplissement le déploiement du positivisme en droit et, par suite, le déploiement de la science en droit. Le remplacement du jusnaturalisme par le juspositivisme ne s'est pas accompagné d'une élimination de tous les dogmes et de toutes les croyances parmi les universitaires-juristes. Peut-être le juspragmatisme permettrait-il de renforcer sensiblement le caractère scientifique de la science du droit, en la rendant plus empirique, en la conduisant à n'avoir plus d'égards que pour les seuls faits juridiques. Il ne s'agirait pas d'abandonner l'usage de tout concept mais de considérer que les constructions de l'esprit devraient être secondes, venant après l'observation directe et objective du réel. Les juristes ne chercheraient plus qu'à saisir des faits positifs et à les traduire sous la forme de lois scientifiques. C'est là la méthode des sciences modernes, qui longtemps est demeurée l'apanage des sciences naturelles avant de s'installer progressivement dans l'antre des sciences humaines et sociales.

Ce n'est pas une autre proposition que formulait John Dewey, selon qui connaître le droit, ce serait connaître une réalité sociale, un donné social, un ensemble de faits sociaux¹⁵⁰. Les faits juridiques seraient ainsi une catégorie de faits sociaux¹⁵¹. Surtout, le droit des juspragmatistes ne serait composé que de tels faits juridiques.

Pareille conception s'oppose à toute la tradition juspositiviste du XX^e s. et en particulier au normativisme selon lequel, à l'inverse, le droit ne connaîtrait nul fait car il serait composé uniquement de normes ; et les normes, loin de pouvoir s'analyser tels des faits, s'opposeraient aux faits. Pour Herbert Hart ou Hans Kelsen, il serait rigoureusement erroné de réduire le droit et les normes à des faits ou à des effets. Pourtant, lorsqu'Auguste Comte a doté le mot « positivisme » de son sens moderne, celui-ci est devenu synonyme de « scientisme », se définissant comme intention d'appliquer à toute question, même humaine, morale ou sociale, les méthodes scientifiques modernes et de s'en tenir à l'étude des faits et aux enseignements qu'eux seuls fournissent. Aussi, dans l'expression

¹⁵⁰ Dewey voyait dans le droit « un phénomène social de part en part ; social dans son origine, dans son but ou sa finalité, et dans son application » (J. DEWEY, « My Philosophy of Law », in Julius Rosenthal Law Foundation, *My Philosophy of Law – Credo of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, 1941, p. 76). Toute connaissance du droit en dehors du social serait donc une illusion : « Le “droit” ne peut être considéré comme une entité distincte, mais doit être appréhendé à travers les conditions sociales dans lesquelles il se produit, et saisi dans ses opérations et conséquences concrètes » (*ibid.*, p. 77).

¹⁵¹ Telle était déjà la méthode de Léon Duguit : « Élaborer un système basé sur la constatation des faits, sur la vérification des faits sociaux » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 187).

« positivisme juridique », le terme « positivisme » serait-il en partie dévoyé ; le juspragmatisme serait plus positiviste que le juspositivisme.

Toujours est-il que le normativiste verra une contradiction dans l'expression « pragmatisme juridique » puisque celle-ci conduit à mettre l'accent sur des faits quand le droit ne serait constitué que de normes. Michel Villey notait que, « quand les sciences des faits entrent dans la place du droit, il est difficile d'empêcher qu'elles n'y imposent leur hégémonie »¹⁵². Il semble toutefois que la place du droit se soit longtemps refusée à ouvrir la porte aux sciences des faits, reléguant notamment la sociologie du droit au rang de science très auxiliaire, l'essentiel de cette place du droit étant occupé par la « dogmatique juridique », donc par la technique des normes, par le maniement des devoir-être. Reste que les juspragmatistes considéreraient nécessairement que les données pertinentes pour le scientifique du droit seraient des faits, dans la lignée des réalistes¹⁵³ et des conceptions sociologiques du droit¹⁵⁴. La vérité scientifique ne serait alors rien d'autre que la concordance entre les faits et les discours.

Dès lors, une question cruciale est celle des conditions de production de cette concordance et, par suite, des connaissances. Sur ce point, la méthode de recherche du chercheur juspragmatiste, devant lui permettre de faire coller ses propositions et explications aux faits juridiques, s'organiserait nécessairement autour de l'enquête. L'enquête amène à plonger sans idée préconçue au cœur des données factuelles. Il s'agit ensuite de les recueillir et les ordonner, les trier, avant de pouvoir les analyser, les comprendre et les expliquer.

L'enquête suppose qu'il serait possible de découvrir la réalité indépendamment de toute opinion et de tout apriori, si bien que, à la différence des autres méthodes, elle permettrait d'invalider les croyances, de les critiquer ou les corriger¹⁵⁵. Dès lors, les faits pourraient dominer les croyances, l'emporter sur les croyances. Aussi Peirce y voyait-il le moyen d'améliorer les pratiques en empêchant que des croyances infondées les perturbent¹⁵⁶. Surtout, avec l'enquête, on construit strictement les connaissances sur les faits — par

¹⁵² M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 240.

¹⁵³ Par exemple, K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, 2^e éd., Stevens & Sons (Londres), 1971. Déjà Léon Duguit pouvait noter, à son époque, que « la doctrine réaliste a la prétention, que je crois justifiée, d'éliminer tout concept et de fonder le système juridique tout entier sur la simple constatation du fait social » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 217).

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ B. KARSENTI, L. QUÉRÉ, « La croyance et l'enquête – Aux sources du pragmatisme », *Raisons pratiques* 2005, n° 15.

¹⁵⁶ Ch. S. PEIRCE, *Œuvres philosophiques – Volume 2 : Pragmatisme et sciences normatives*, Éditions du Cerf, coll. Passages, 2003, p. 176.

opposition à l'approche selon laquelle la raison universelle serait capable de produire les connaissances. Nulle vérité absolue ne saurait exister ; la vérité se découvrirait à mesure des investigations, méthodologiquement, à base de validation par les faits et de raisonnements abductifs¹⁵⁷.

Il résulte de tout cela que nulle approche du droit ne semble plus s'opposer à la métaphysique¹⁵⁸ que l'approche pragmatiste, en raison du besoin de s'attacher aux faits et aux effets¹⁵⁹. Kant et Schopenhauer ont posé la distinction entre le phénomène (un fait à observer, objet de la physique) et la chose en soi (un concept à penser, objet de la métaphysique). Or beaucoup de pragmatistes se rejoignent dans la dénonciation des difficultés que suscite le besoin de certitude lorsqu'il se confond avec une quête de l'immuable et du permanent¹⁶⁰. Ils critiquent toutes les approches rationalistes ou transcendantales faisant appel à des explications « supraempiriques » ou « inexpérençables »¹⁶¹. Ils exigent une connexion étroite entre l'idée et l'action, afin d'abandonner aux philosophies spéculatives toutes les questions métaphysiques ne pouvant générer mieux que des discussions verbales insolubles. Il ne faudrait toujours retenir que les seuls problèmes présentant un intérêt pratique, empruntant leurs termes au monde des faits. Le pragmatisme s'oppose ainsi à l'idéalisme et se rapproche du

¹⁵⁷ Distinguée tant de la déduction que de l'induction, l'abduction, dans la théorie de l'enquête de Peirce, « couvre toutes les opérations par lesquelles théories et conceptions sont engendrées » (*ibid.*, p. 177). C'est ainsi « tout mode ou degré d'acceptation d'une proposition comme vraie, sur la base qu'un fait, ou que des faits ont été établis dont l'occurrence se produirait nécessairement ou probablement au cas où cette hypothèse serait vraie » (*ibid.*, p. 184). Il faudrait donc réajuster en permanence les hypothèses et les théories à l'aune des données factuelles recueillies.

¹⁵⁸ On conçoit classiquement la métaphysique en tant que « couronnement de la philosophie », en tant que « base nécessaire mais aussi sommet le plus élevé de la philosophie » — quand le pragmatisme entend demeurer très terre-à-terre — qui traite des choses au-dessus de la nature, donc au-dessus des expériences sensibles et du monde matériel (par opposition à la physique), qui s'intéresse aux vérités premières, absolues et éternelles, à l'être en tant qu'être, à l'essence des choses au-delà de leurs apparences contingentes que les sciences positives étudient. La métaphysique se consacre à ce que l'intelligence ne peut atteindre par la perception externe ou interne et qui fait appel à la « raison pure », indépendamment de toute expérience. Au sens kantien, la métaphysique est l'aspiration de l'être humain qui ne peut se contenter de « garder des yeux de taupe fixés sur l'expérience », alors qu'il serait « fait pour se tenir debout et contempler le ciel » (E. KANT, *Critique de la raison pure*, 1781). Cet être humain serait alors en mesure de « découvrir les postulats de la raison pratique (la liberté, l'immortalité de l'âme, l'existence de Dieu) qui sont à la fois indispensables et inconnaissables » (V° « Métaphysique », in *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010). La métaphysique est donc l'exact contraire d'une connaissance empirique des phénomènes tels qu'ils sont dans les faits.

¹⁵⁹ Cf. P. AUBENQUE, *Faut-il déconstruire la métaphysique ?*, Puf, coll. Collection de métaphysique, 2009.

¹⁶⁰ Notamment, J. DEWEY, *La quête de certitude – Une étude de la relation entre connaissance et action*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014.

¹⁶¹ S. MALDÉRIEUX, « Méthode ou métaphysique ? L'empirisme pragmatique de John Dewey », *Critique* 2012, p. 1050. Déjà d'Alembert, dans son *Essai sur les éléments de la philosophie* (1759), se montrait très critique à l'égard de la tournure métaphysique de la philosophie. Il enseignait que le seul problème de la métaphysique serait celui de l'origine des idées : « Presque toutes les autres questions qu'elle se propose sont insolubles ou frivoles ; elles sont l'aliment des esprits téméraires ou des esprits faux, et il ne faut pas être étonné si tant de questions subtiles toujours agitées et jamais résolues, ont fait mépriser par les bons esprits cette science vide et contentieuse qu'on appelle communément métaphysique ».

matérialisme, du réalisme et de l'empirisme¹⁶². Il s'élève contre cette métaphysique qui risque bien souvent de tourner en dogmatisme.

Pour ce qui est du droit, Kant distinguait deux questions principales : « *quid jus ?* » (qu'est-ce que le droit en soi ?), relevant des facultés de philosophie, et « *quid juris ?* » (quelle sera la solution de droit concrètement appliquée dans tel ou tel cas ?), à laquelle le juriste et les facultés de droit devraient répondre¹⁶³. « *Quid jus ?* » pose le problème de l'essence du droit, interroge l'idée de droit, les fondements du droit et le sens du droit tel qu'il devrait être idéalement. Le juspragmatiste ne saurait se saisir de pareille problématique qui devrait effectivement être abandonnée aux philosophes. Au juriste, il reviendrait de se concentrer sur la question « *quid juris ?* », c'est-à-dire sur la question du droit tel qu'il se donne à voir empiriquement, dans les faits¹⁶⁴.

Il conviendrait donc d'abandonner ce que Léon Duguit appelait la « méthode scolastique », qui raisonne au départ de concepts purement abstraits¹⁶⁵. Les notions juridiques abstraites et les concepts posés *a priori* seraient par trop métaphysiques pour pouvoir être acceptés dans le cadre du juspragmatisme. La science du droit ne devrait comporter que des observations factuelles issues de l'expérience et des développements intellectuels strictement construits à partir de ces observations factuelles. Un concept serait ainsi scientifique lorsqu'il traduit une réalité concrète saisie par l'expérience. Si la construction du savoir juridique requiert inévitablement quelques productions de l'esprit, devraient en être bannies toutes celles qui virent à la métaphysique, donc que les faits ne sauraient valider ou invalider parce qu'elles sont le fruit de l'imagination.

¹⁶² L'idéalisme désigne les courants philosophiques selon lesquels la nature ultime de la réalité reposerait sur l'esprit, sur des formes abstraites ou sur des représentations mentales. Toute existence et tout donné seraient donc subordonnés à la pensée. Les idées seraient premières et les faits seconds. La réalité serait abstraite et mentale plus que concrète et matérielle. Avec le réalisme et le matérialisme, au contraire, le monde externe connaîtrait une existence indépendante de la conscience et de la connaissance des hommes. Et l'empirisme de Locke ou Hume, soucieux de ne pas quitter le terrain de l'expérience sensible, est clairement hostile à la métaphysique et, plus généralement, à toute espèce de transcendance.

¹⁶³ E. KANT, « Premiers principes métaphysiques sur la doctrine du droit », in *Métaphysique des mœurs* (1795), trad. A. Renaut, Flammarion, 1994.

¹⁶⁴ Ainsi que l'exposait il y a déjà longtemps Léon Duguit, il importerait de rénover la science juridique en la rendant plus sociologique et expérimentale : le juriste-chercheur devrait « constater 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, 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). Duguit pouvait ainsi déclarer : « J'aime mieux parler ouvertement, jeter définitivement par-dessus bord ces concepts de droit subjectif, de sujet de droit et de personnalité, montrer qu'ils ne sont plus d'accord avec les besoins des sociétés modernes, qu'ils ne répondent à aucune réalité et que l'on peut beaucoup mieux, sans leur recours qu'avec leur aide, protéger les situations légitimes et garantir le commerce juridique » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 240).

¹⁶⁵ Certes il y a désormais plusieurs décennies, Duguit pouvait demander : « Toutes les sciences — qu'elles soient physiques, biologiques ou psychologiques expérimentales — se sont déliées des idées de ces substances spirituelles, essences qui expliquent tout, en essayant de leur substituer des réalités. Pourquoi le droit ne pouvait-il pas s'en défaire ? » (L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 188).

Le juspragmatisme inviterait à éliminer toute dimension métaphysique du droit et des études du droit. Il interdirait de chercher à dire ce que devrait être le droit mais aussi ce qu'est le droit dans son essence, dans son ontologie. Il s'opposerait à tout examen des normes et des institutions sous l'angle de quelques valeurs, fins ou principes « ultimes ». Il amènerait à adopter une attitude descriptive et explicative de faits juridiques, donc à se rapprocher de la sociologie juridique et à interroger en particulier le caractère instrumental du droit, ainsi que la manière dont le droit fonctionne effectivement.

Sans doute est-il vrai que « l'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et [qu']il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil »¹⁶⁶, c'est-à-dire que la science ne pourrait jamais consister en une transcription directe, complète et parfaite de la réalité nue, ce que beaucoup d'épistémologues ont noté. L'« empirisme immédiat », selon lequel des connaissances pourraient découler sans intermédiaire aucun de l'observation du réel, serait un « obstacle épistémologique »¹⁶⁷. Il faut gager cependant qu'un scientifique du droit peut chercher à analyser le droit tel qu'il se donne à voir de la manière la plus concrète, matérielle et effective. Si jamais un objet ne peut passer directement de l'observation à la connaissance, rien n'empêcherait d'essayer de le faire passer le plus directement possible de l'observation à la connaissance, c'est-à-dire le plus objectivement et empiriquement possible, donc en délaissant au maximum les théories antérieures et les concepts construits *a priori*. S'il serait naïf d'imaginer que le donné pourrait ne pas être sous l'influence du construit, qu'il ne subirait aucune déformation par le prisme du construit¹⁶⁸, le donné devrait être l'essentiel et le construit l'accessoire.

¹⁶⁶ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 242.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, LGDJ, 1954, p. 83. François Gény expliquait que la science du droit autant que le droit positif ne sauraient ni saisir ni retranscrire immédiatement des faits juridiques. Selon lui, ils consistent « éminemment en éléments dialectiques, capables de constituer une solide armature, qui puisse encadrer et réduire aux sanctions nécessaires tous les faits de la vie sociale. [...] Ce sont donc des vérités schématiques qui ne peuvent saisir les réalités morales, économiques, sociales, que par les arêtes vives qu'elles présentent au concept, donc en les déformant ou, plutôt même, en les transformant en entités idéales. De là suit que cette vérité est moins l'expression du donné de la vie sociale qu'un simple instrument technique, dont l'usage doit être dirigé et réglé en vue du but à atteindre » (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. I, 1914, p. 160-161). Ensuite, l'illustre professeur ajoutait que les procédés intellectuels et artificiels des juristes devraient être « sévèrement bridés », cela pour limiter autant que possible les excès inconséquents de logique et d'abstraction risquant d'éloigner excessivement les juristes des réalités sociales (*ibid.*, p. 164). Néanmoins, il affirmait que les procédés intellectuels et notamment les abstractions seraient « impérieusement nécessaires », à tel point que la devise du juriste pourrait être « vers l'unité par les approximations successives » (*ibid.*).

Loin de vouloir « inventer des métaphysiques qui nous égarent »¹⁶⁹ ni chercher à s'évader du monde du sensible pour envahir celui de l'intelligible, le pragmatisme compte parmi ses devises la prescription « soyons pratiques ». Celle-ci signifie que la réalité renvoie à « ce qui se fait ». « Ce qui existe réellement, ce ne sont pas les choses, mais les choses en train de se faire », écrivait William James¹⁷⁰. Anti-essentialiste, anti-fondationnaliste et anti-représentationnaliste mais foncièrement vérificationniste, le pragmatisme est une pensée de l'action par opposition aux philosophies des idées¹⁷¹. C'est moins l'action qui dériverait de la pensée que la pensée qui dériverait de l'action. Il faudrait être dans l'action et non dans l'idéalisme, encore moins dans l'idéologie. Cela ne signifie pas qu'il serait lieu de conserver seulement la pratique sans théorie mais qu'il conviendrait d'évaluer les systèmes intellectuels à l'aune de leurs mises en œuvre concrètes.

Le pragmatisme juridique serait ainsi la pensée du juriste pleinement inscrit dans le monde juridique, un monde en formation continue, qui change au long de mouvements ininterrompus — là où, avec le dogmatisme, « en déplaçant le questionnement des situations concrètes vers des problèmes de définitions et de déductions conceptuelles, on produit un dispositif de justification intellectuelle de l'ordre établi »¹⁷². Aussi Ludwig Wittgenstein était-il juspragmatiste lorsqu'il avançait que les propriétés des normes devraient être comprises telles des propriétés pratiques ; une norme ne s'exprimerait en tant que norme qu'au moment où elle guide les actions et les comportements humains et sociaux dans une certaine direction¹⁷³. L'important, face à une règle de droit, ce serait de saisir sa vie, non de décrire simplement son contenu abstrait.

Pierre-Joseph Proudhon lui-aussi faisait figure de pragmatiste avant l'heure lorsqu'il notait combien « toute idée, avec ses catégories, naît de l'action et doit revenir à l'action »¹⁷⁴. Pareil aphorisme pourrait servir de devise du pragmatisme, indiquant combien, avec lui, tout ne prendrait sens qu'en actes. Aussi une pensée pragmatiste du droit partirait-elle du droit en action et viserait-elle le droit en action, délaissant toute réflexion qui ne le

¹⁶⁹ J. DEWEY, *La quête de certitude – Une étude de la relation entre connaissance et action*, Gallimard, 2014.

¹⁷⁰ W. JAMES, *Essais d'empirisme radical* (1901), trad. G. Garreta, M. Girel, Flammarion, 2007.

¹⁷¹ « Un des signes de l'idée vraie, explique-t-on, est sa fécondité, son aptitude à “rendre”, à “travailler” efficacement ; cette aptitude ne se manifeste que par l'expérience, c'est-à-dire par l'épreuve de mise en action, en service ; cette expérience ne peut être réellement vérifiante qu'à la condition d'être une expérience réellement effectuée, réellement pratiquée. Partout la vérification doit être une œuvre, et non pas seulement un discours » (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. 805).

¹⁷² J. DEWEY, *Reconstruction en philosophie* (1920), Gallimard, 2014, p. 247.

¹⁷³ Cité par J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 177.

¹⁷⁴ P.-J. PROUDHON, *De la justice dans la révolution et dans l'église*, 1858.

toucherait guère¹⁷⁵. Puisque le pragmatisme juridique refuse qu'un modèle rationnel *a priori* puisse être valide, le chercheur devrait se plonger dans le droit en action afin de confirmer un modèle préalablement proposé ou, plus sûrement, afin d'élaborer *ab initio* un nouveau modèle précisément en rapport avec les activités concrètes des praticiens du droit. Si l'angle pragmatiste amène à définir les choses par ce qu'elles font, par leurs pratiques, c'est bien dans le droit en action — par opposition, notamment, au « droit des livres »¹⁷⁶ — qu'il faudrait rechercher la matière première susceptible d'intéresser le scientifique juspragmatiste.

Et, puisque le droit entre en action et prend vie en particulier à travers les applications juridictionnelles des normes, le rapport intime entre pragmatisme juridique et réalisme juridique se trouve confirmé¹⁷⁷. « La vie du droit, c'est son application », écrivait Roscoe Pound¹⁷⁸. Une approche réaliste de la décision judiciaire entend comprendre, au-delà du contenu du droit positif, ses ressorts non juridiques liés aux considérations politiques, économiques et sociales, à la moralité, à l'opinion publique, aux intérêts personnels etc. ; autant d'éléments qui influencent le droit en action tout en étant indifférents du point de vue des lois, celles-ci pouvant appartenir au corpus juridique positif depuis des décennies voire des siècles. Le réalisme aurait donc posé les bases d'une compréhension du droit en action, en particulier en matière de décisions judiciaires et de régulation jurisprudentielle.

Par ailleurs, considérant que « l'action est juge des pensées »¹⁷⁹, l'enjeu serait de limiter les divergences entre les théories et les pratiques juridiques. Les premières pourraient coller aux secondes dès lors que le penseur du droit s'obligerait à ne rien écrire sans s'être au préalable plongé dans le droit en action, sans s'être immergé dans l'univers juridique tel qu'il vit. Finalement, le théoricien et le scientifique du droit ne seraient jamais de simples théoricien et scientifique du droit ; ils devraient s'efforcer à muer en théoricien-praticien et en scientifique-praticien du droit ; ils seraient dès lors mieux en mesure de comprendre les réalités et les enjeux propres au milieu juridique.

¹⁷⁵ D'ailleurs, si le pragmatisme est une philosophie de l'action et si les actions sont déterminées notamment par des normes, la science juridique ne pourrait se passer du pragmatisme.

¹⁷⁶ Réf. à R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review* 1910, n° 44, p. 12 s.

¹⁷⁷ Les juristes réalistes comme John Chipman Gray, Karl Llewellyn ou Jerome Frank ont élaboré des analyses des décisions judiciaires dans le but de rendre compte du droit en action, compris telle une technologie de régulation sociale mise en œuvre activement par les tribunaux (notamment, R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 2^e éd., University of Pennsylvania Press, 1994 ; N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press (Oxford), 1995).

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, Puf, 1994, p. 116.

C'est ainsi que Charles Sanders Peirce a pu proposer son pragmatisme ou « pragmatisme » en opposition au « doute de cabinet » de Descartes. Et c'est ainsi que John Dewey en est venu à adopter une attitude pragmatiste située aux antipodes de l'approche « spectatoriale » de la connaissance : il ne faudrait pas se contenter de voir, de loin, les choses étudiées ; il faudrait les pratiquer, s'y initier, s'y confronter. Avec le pragmatisme, ce ne sont pas les yeux mais les mains qui permettent de connaître ; l'observation serait insuffisante à la construction d'un savoir sûr et il faudrait y ajouter la pratique. En d'autres termes, il serait préférable d'apposer sur les choses un point de vue interne — sans être pour autant intéressé — plutôt qu'un point de vue externe pour pouvoir bien les connaître.

Et cela s'appliquerait en particulier au droit, objet fort complexe qu'on ne pourrait que très schématiquement réduire à des lignes droites et à de belles formes géométriques. Approché « en situation », le droit se révèle peut-être plus éloigné de la « pyramide des normes » ou du syllogisme judiciaire qu'on ne pourrait le croire dès lors qu'on ne le rencontre qu'à travers les manuels des étudiants¹⁸⁰.

Enfin, lier la connaissance du droit au droit en action aurait pour conséquence de diminuer l'écart qui peut exister entre universitaires et praticiens. Les savoirs des uns et des autres tendraient à se rapprocher, non parce que les praticiens iraient vers les universitaires, mais parce que les universitaires iraient vers les praticiens et seraient bientôt autant qu'eux capables de savoir comment agir face à telle ou telle situation. Ainsi les facultés de droit s'immisceraient-elles dans les cabinets et dans les prétoires à la faveur du déploiement du pragmatisme juridique. Cela ne serait pas anodin tant on peut regretter « le décalage toujours plus intense entre le droit des livres et le droit en action »¹⁸¹. Le scientifique du droit pragmatiste pourrait étudier non seulement la loi et la jurisprudence mais aussi toutes les formes de droit vivant et de droit vécu qui prospèrent en marge du droit officiel. Ce « droit alternatif », qui se développe fortement à l'ère du droit global, les juspragmatistes seraient autrement capables d'en rendre compte que les juspositivistes modernes attachés à la validité d'État.

Les tenants du pragmatisme juridique, y compris dans les universités, feraient leur le discours suivant : « Nous sommes des êtres qui pouvons connaître parce que nous

¹⁸⁰ A. PABAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. *Quid iuris ?*, 2006.

¹⁸¹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 2003, p. 362.

pouvons agir : la connaissance suppose l'action »¹⁸². Par conséquent, les travaux des juspragmatistes auraient toujours pour fin d'augmenter l'utilité du droit. Le juspragmatisme, intéressé avant tout par le droit en action, serait un utilitarisme juridique. C'est ainsi, par exemple, que toute différence présumée dans la pensée juridique devrait se traduire par une différence observable dans la pratique juridique, sans quoi elle serait inutile et devrait être évincée des réflexions — car cet utilitarisme juridique serait aussi un utilitarisme doctrinal¹⁸³.

¹⁸² Ph. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 170.

¹⁸³ William James, par exemple, pouvait tenir le discours suivant : « Je me fatigue et je vous fatigue, je le sais, en cherchant vainement à décrire par des concepts et des mots ce qui, selon moi, excède en même temps toute conceptualisation ou verbalisation. Tant que l'on continue de parler, l'intellectualisme demeure sans conteste maître du terrain. On ne peut revenir à la vie en parlant. C'est un acte. [...] Les concepts au moyen desquels nous nous exprimons sont élaborés en vue de la pratique, et non du discernement » (W. JAMES, *Philosophie de l'expérience – Un univers pluraliste*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2007).

Chapitre 4. L'utilité du droit

Nombre de pragmatistes ont soutenu que l'intelligence aurait pour fonction non de connaître pour savoir mais de connaître pour agir¹⁸⁴. « La connaissance est un instrument au service de l'activité, la pensée a un caractère essentiellement téléologique », écrivait André Lalande au sujet du pragmatisme¹⁸⁵. Ce dernier est ainsi souvent résumé à un courant de pensée prenant pour critère de vérité le fait de fonctionner réellement, de réussir pratiquement. Et William James a pu soutenir, dans ses plus célèbres formules, que devraient être considérées comme « vraies » les propositions qui « réussissent », qui « donnent satisfaction » : « La vérité, écrivait-il, c'est ce qui nous apporte la plus grande somme de satisfaction ; c'est le nom de l'idée à laquelle il est bon, il est profitable de croire ; ce n'est rien d'autre que l'avantageux dans l'ordre de la pensée. Le caractère commun de toute idée vraie, c'est de répondre à nos idées, de réussir, de rapporter »¹⁸⁶.

Avec James, le pragmatisme s'oriente vers la psychologie de l'action, faisant correspondre la vérité et l'utilité : est vrai ce qui est utile. Plus encore, « les idées ne sont pas vraies ou fausses. Elles sont ou non utiles »¹⁸⁷. C'est pourquoi il semble inévitable de rapprocher le pragmatisme de l'utilitarisme et, par suite, de voir dans le pragmatisme juridique un utilitarisme juridique¹⁸⁸.

¹⁸⁴ V. LEE, « The Two Pragmatisms », *The North American Review* 1910, vol. 192, p. 449.

¹⁸⁵ V° « Pragmatisme », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 805.

¹⁸⁶ W. JAMES, *La volonté de croire* (1897), Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2005.

¹⁸⁷ W. JAMES, *Le pragmatisme – Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser* (1907), trad. N. Ferron, Flammarion, coll. Champs classiques, 2007.

¹⁸⁸ Si le pragmatisme est typiquement américain, l'utilitarisme est essentiellement britannique. C'est notamment le philosophe et juriste Jeremy Bentham qui a élaboré la doctrine de l'utilitarisme selon laquelle tous les actes répondraient à une quête de maximisation de l'utilité. Il a tout spécialement appliqué ses thèses au droit (J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 1811). Avec Bentham, l'utilitarisme était individualiste : chacun chercherait à satisfaire au maximum ses besoins personnels. L'utilitarisme a été par la suite envisagé sous l'angle de l'utilité sociale par John Stuart Mill puis par Rudolf von Jhering — qui a défini le droit par ses buts sociaux. Dans l'un de ses ouvrages, Michel Villey résume les travaux de Jeremy Bentham en rapport avec le droit : « Le savant moderne se débarrasse des superstitions qu'a forgées l'âge théologique ou la stérile "métaphysique". Il estime avoir découvert cette loi scientifique que toute action de l'homme serait mue par la recherche du plaisir, et la fuite des peines. Bentham imagine au surplus qu'il serait possible de construire une science des plaisirs et des peines. Science quantitative : elle

Les idées seraient des outils mentaux élaborés afin de résoudre des problèmes. Il en irait de même des normes juridiques. Et, si les idées des pragmatistes doivent être conservées et crues vraies tant qu'elles demeurent adaptées mais doivent être déclarées fausses aussitôt qu'elles deviennent inadéquates, un même sort devrait être réservé aux normes juridiques. C'est ainsi que Léon Duguit faisait observer que « les dogmes juridiques sont l'expression d'une réalité pragmatique, car seuls ils permettent de réaliser le but que poursuit tout ordonnancement juridique. Ils valent par leur efficacité morale et sociale ; il faut donc les conserver et en affirmer la réalité, car la vérité n'a d'autre fondement que l'efficacité, et la mesure de celle-ci est en même temps la mesure de celle-là »¹⁸⁹.

L'important, du point de vue de qui produit ou applique le droit, mais aussi du point de vue de qui étudie le droit, ce serait son utilité, c'est-à-dire sa capacité et sa manière de rendre service à la société et aux individus qu'il vise. Le droit devrait être jugé, et par suite conservé ou modifié, à l'aune de sa fonctionnalité et de son efficacité ou efficience, à l'aune de sa capacité à atteindre les objectifs qui lui ont été assignés par ses sources. Il en résulte que la qualité du droit se mesurerait selon ses conséquences pratiques et non selon des principes intangibles issus d'un droit naturel ou universel très hypothétique ou d'une conscience personnelle très subjective. Mais le pragmatisme juridique, parce qu'il se veut non dogmatique, ne saurait interdire d'évaluer par ailleurs le droit à d'autres points de vue et notamment sous l'angle de certaines valeurs. D'ailleurs, cela permettrait de ne pas trop sombrer dans le relativisme, lequel est souvent désigné tel un effet collatéral négatif du pragmatisme.

En ce sens, les réalistes américains ont adopté une forme plus finaliste et axiologique d'utilitarisme juridique, n'observant pas la capacité des normes à produire les effets voulus

mesure des degrés de plaisir. Bentham conçoit une science nouvelle de la législation, considérée comme un moyen de "maximation du plaisir" et de réduction de la quantité de peine, en nombre ou en intensité. Fabriquées consciemment dans ce but, les lois (que la fonction du juriste sera seulement d'appliquer) auront l'avantage d'être utiles. [...] Au temps de Bentham et en partie sous son influence, ou d'autres sectateurs de l'utilitarisme, le droit pénal va se réformer. Refondue, la liste des délits ; le délit, matière de la loi pénale, va s'identifier au comportement nocif, générateur de peine. Doivent disparaître du catalogue les offenses à Dieu (sacrilège, blasphème, hérésie) ou à la prétendue morale : les délits sexuels — la pédéastie (elle ne fait de peine à personne), le suicide. Il ne s'agit pas de voler au secours d'une vieille loi morale, qui manque de fondement scientifique. Par contre, restent le vol, l'homicide, les divers dommages. Quant à la peine, qui est l'instrument de la loi, on voit sa fonction : détourner ceux qui auraient l'idée de commettre des actes dommageables de l'intérêt escompté de l'opération, par la menace d'une peine supérieure au plaisir qu'ils y eussent trouvé ; ou si la menace est insuffisante, les mettre à l'abri. Meilleure technique : la prison. Aucune raison d'y ajouter un surcroît de supplices inutiles, des roues, des chevalets, des carcans. Le but est d'obtenir au total le chiffre optimum : accroissement du plaisir des uns, payé par la moindre quantité de souffrance pour les délinquants, ce qui devrait être l'objet d'un calcul précis. [...] Le droit ne poursuit plus le mirage d'une "justice" métaphysique ni l'accomplissement d'une morale non moins dépourvue de fondement scientifique. Il est mis au service des hommes. Un programme enfin réaliste. À quoi pourrait servir l'État, disait M. Giscard d'Estaing, s'il ne cherchait à promouvoir le "bonheur de chaque français" ; les voluptés de tous, le *Welfare* des Américains ? » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 112-114).

¹⁸⁹ L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 243.

mais jugeant ces normes en fonction de leur capacité à réaliser certaines fins particulières — dont la liste est arrêtée par le chercheur-observateur et non par les institutions officielles. « Les réalistes, explique-t-on, sont préoccupés par le fait que l’approche formaliste, qui par nature isole le droit d’autres sphères telles que la politique, l’économie ou la sociologie, conduit au fait que le droit est plein de “mauvaises” décisions, “mauvaises” au sens où elles ont un impact négatif sur la société, quand bien même elles s’ajustent parfaitement dans le système juridique. Les réalistes pensent tout simplement que le droit ne devrait pas être séparé de la société qui l’a créé et au bénéfice de laquelle il devrait être appliqué »¹⁹⁰. Mais les réalistes sont aussi utilitaristes lorsqu’ils examinent les décisions judiciaires à travers les motivations extra-juridiques qui poussent les magistrats à trancher dans un sens plutôt que dans un autre. Le juge ne déciderait pas en appliquant le syllogisme judiciaire mais en se basant sur des critères non explicites d’utilité dépendant des besoins respectifs des parties en procès mais aussi des besoins de la société¹⁹¹.

Toujours est-il que, avec le pragmatisme, le mètre-étalon servant à jauger la valeur d’une idée n’est plus un rationalisme désincarné mais l’impact empirique que cette idée engendre sur les pratiques concrètes¹⁹². Il s’ensuit que le mètre-étalon servant à évaluer la valeur d’une règle de droit devrait être sa capacité à modeler dans le sens désiré les activités de ses destinataires, cela à leur bénéfice et au bénéfice global du corps social. Cet utilitarisme amène à placer la mesure « coûts/bénéfices », cardinale dans l’analyse économique du droit, au cœur de la logique juridique. Notamment, une transaction est dite « Pareto supérieure » (du nom de l’économiste italien Vilfredo Pareto) lorsque chaque partie augmente son utilité grâce à elle.

Partant, si le pragmatisme juridique conduit à rapprocher la science juridique de la sociologie lorsqu’il invite les juristes à se concentrer sur l’effectivité du droit ou sur les faits juridiques, il aboutit aussi à rapprocher la science juridique de l’économie dès lors qu’il amène les juristes à se préoccuper de l’utilité des normes. Avec l’analyse économique du droit, le principe d’efficience économique est mis au premier plan ; et ce principe signifie qu’une norme serait « bonne » à mesure qu’elle permettrait de maximiser la richesse tout en engendrant le plus faible coût social¹⁹³. L’utilitarisme et le pragmatisme

¹⁹⁰ H. McCoubrey, N. G. White, *Textbook on Jurisprudence*, 2^e éd., Blackstone Press (Ashland), 1996, p. 192.

¹⁹¹ C’est ainsi que le juge Holmes pouvait soutenir que « ce qui est ressenti comme nécessité d’une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes 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*, MacMillan (Londres), 1881, p. 1).

¹⁹² A. Schmitt, « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d’études américaines* 2010, n° 124, p. 6.

¹⁹³ R. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1 s. ; R. Coase, *Le coût du droit*, trad. Y.-M. Morissette, Puf, 2000 ; R. Posner, « Wealth Maximization Revisited », *Notre Dame Journal of Law, Ethics*

sont donc au cœur de l'analyse économique du droit. Ainsi, selon Richard Posner, les juges seraient le vecteur de la maximisation du bien-être social des individus : ils chercheraient à maximiser leur richesse, c'est-à-dire l'utilité attendue par les parties en conflit. Autrement dit, les juges seraient les agents d'une allocation efficiente des droits. Et Posner de décrire un *common law* qui « mime le marché », qui serait animé par des institutions tendant à produire des règles juridiques économiquement efficientes¹⁹⁴.

En France, François Gény était pragmatiste-utilitariste lorsqu'il soutenait que « les règles juridiques et les solutions qu'elles consacrent sont essentiellement déterminées par le but pratique et la fin sociale des institutions. Voilà leur source, et, si l'on veut, voilà en même temps leur logique ; logique, vraiment sûre et féconde, parce qu'elle est faite tout entière de motifs moraux, psychologiques, économiques et qu'elle tend à réaliser l'équité objective, par la combinaison de l'idée de justice avec celle de plus grande utilité sociale »¹⁹⁵.

Toutefois, s'il fait peu de doute que les sources du droit sont mues par l'utilité de leur production normative, il semble que la pertinence et la congruence des textes soit trop rarement vérifiée par la suite. Oliver Wendell Holmes pouvait plaider pour une remise en cause permanente des normes visant à s'assurer de la pérennité de leur utilité. Or, remarquait-il, les législateurs ne se préoccupent souvent guère de la postérité de leurs lois passées. « Il est révoltant, écrivait-il, de ne pas disposer d'une meilleure justification à l'existence d'une règle de droit que le fait qu'elle ait été édictée sous Henri IV. Et il est encore plus révoltant que les justifications à son édicton se soient évanouies depuis, et que la règle ne persiste qu'en vertu de l'imitation aveugle du passé »¹⁹⁶.

and Public Policy 1985, p. 85 s. Lorsque, dans les années 1970, Richard Posner a entamé ses recherches d'analyse économique du droit, son intention était d'évaluer économiquement les lois et les décisions de justice en s'attachant aux comportements des acteurs. Or il a pu noter que ces comportements présentent deux caractéristiques : tout d'abord, les agents cherchent à maximiser leur satisfaction lorsqu'ils prennent une décision ; ensuite, les normes imposent un prix plus ou moins élevé aux actions des agents, susceptible de les encourager ou de les dissuader. Dès lors, la production sociale des règles s'effectue sous la pression du calcul utilitaire des individus, se traduisant notamment par des demandes formées devant les tribunaux.

¹⁹⁴ R. POSNER, « Wealth Maximization Revisited », *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 1985, p. 85 s.

¹⁹⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, LGDJ, 1954, p. 145. Dans le même sens, Raymond Saleilles notait que « la réalité juridique n'est pas un fait qu'on constate par l'observation mais un concept qui est vrai parce que c'est par lui qu'on arrive à protéger socialement des situations qu'il est légitime et socialement utile de protéger » (R. SALEILLES, *La personnalité juridique – Histoire et théories*, 1910 (cité par L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 244)).

¹⁹⁶ O. W. HOLMES, *La voie du droit*, trad. L. de Sutter, Dalloz, 2014, p. 27. Et d'ajouter que, « pour l'étude rationnelle du droit, l'homme de lettres peut bien être l'homme du présent, mais l'homme du futur sera l'homme de la statistique et le maître de l'économie » (*ibid.*).

Aussi le pragmatisme-utilitarisme pourrait-il amener les scientifiques du droit à promouvoir un droit positif plus pragmatique et, par suite, un État plus pragmatique, notamment en plaçant l'évaluation au premier rang des principes de la légistique.

Chapitre 5. De l'État pragmatique au droit pragmatique

Pour les pragmatistes, la connaissance doit servir à résoudre des problèmes concrets ; elle doit avoir pour finalité d'élaborer des solutions efficaces et non d'être accumulée afin d'augmenter la quantité de savoir. William James, ayant élaboré une psychologie et une philosophie de l'action, voyait ainsi dans les hommes des « animaux pratiques » dont l'esprit les aiderait à s'adapter à leur environnement¹⁹⁷. Dès lors, l'objectif des juspragmatistes ne serait-il pas prioritairement de permettre aux normes et aux institutions de s'adapter à leur environnement ?

Surtout à l'ère contemporaine, marquée par de profondes ruptures par rapport à la modernité du XX^e s., il semble que le déploiement d'une recherche juridique pragmatique doive servir au moins autant aux praticiens qu'aux universitaires, ces derniers se rapprochant toujours plus de ces premiers. Et les orientations juspragmatistes toucheraient davantage les moyens que les fins du droit. Les fins du droit, notamment l'idée de justice, ne seraient pas appelées à beaucoup évoluer ; dans tous les cas, le juspragmatisme n'aurait guère à se préoccuper de ces fins¹⁹⁸. En revanche, il devrait se concentrer sur les moyens d'atteindre ces fins, donc sur les modalités de l'élaboration du droit et sur leur rénovation potentielle¹⁹⁹ — ce que Jacques Chevallier appelle la « rationalisation de la production

¹⁹⁷ W. JAMES, *Philosophie de l'expérience – Un univers pluraliste*, Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2007.

¹⁹⁸ Pour l'expérimentalisme, l'intelligence humaine se traduirait dans la capacité de réaliser l'adaptation mutuelle des moyens et des fins. Aussi faudrait-il se méfier de la tentation de se couper des fins. Ne pas chercher à arrêter les fins, ce n'est pas ignorer les fins ; car on ne peut pas fixer les moyens sans connaître les fins. Sur ce point, il est important de relever la mise en garde formulée par Michel Villey : « Nos sommités intellectuelles sont maîtres de la science des moyens, de l'efficacité, mais sur tout le reste, et sur les fins, à force de ne pas les regarder, atteints de cécité. Cette cécité est contagieuse. Jacques Ellul compare notre société à une puissante locomotive ; lancée en avant, bien alimentée, desservie par des spécialistes qualifiés, toujours plus "fiable" et monstrueuse. Mais où elle voudra nous conduire, personne ne s'en préoccuperait » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 138).

¹⁹⁹ « Le juriste, écrivait en ce sens Michel Villey, est spécialiste des moyens. Il est un ingénieur. [...] Nos plus éminents publicistes analysent les divers régimes (parlementaire, présidentiel, à deux ou multiples partis politiques...) ou systèmes électoraux ; mais ils doivent aussi noter les défaillances de chacun et, s'ils ont l'esprit d'invention, produire de nouveaux modèles, calculer leurs effets, utiliser une méthode expérimentale, ainsi que le constructeur d'un port travaille sur des modèles réduits » (*ibid.*).

juridique »²⁰⁰. L'obligation de résultats qui incombe à l'État va forcément de pair avec une obligation de moyens²⁰¹.

Le pragmatisme juridique pourrait donc amener à entreprendre d'importantes réflexions sur les enjeux et les techniques légistiques, c'est-à-dire sur l'adaptation du droit et du droit de la création du droit à leur contexte, aux impératifs pratiques, à l'expérience sociale et aux « nécessités ressenties du temps présent »²⁰².

La recherche juridique, *a fortiori* dès lors qu'elle se conçoit telle une recherche pragmatique, pourrait déboucher sur des propositions concrètes, notamment des propositions de réformes. Et ces propositions elles-mêmes devraient logiquement être pragmatiques, donc viser l'action, l'utilité, l'efficacité. Il ne s'agirait pas de chercher à figer le droit dans de belles formes, à le systématiser et l'ordonner dans des schémas, mais de chercher à l'impulser, à lui donner vie, donc à l'inventer. Partant, si ces lignes plaident pour une rénovation de la science juridique à base de pragmatisme, cela pourrait impacter indirectement le droit positif et les pratiques juridiques en raison de l'influence des propositions doctrinales qui en résulteraient.

À l'heure de la « crise de l'État », qui est avant tout une crise de l'efficacité de ses interventions²⁰³, il pourrait être tentant d'inciter les pouvoirs publics à élaborer les cadres d'un « État pragmatique ». Si l'on peut être porté à associer le droit et l'État modernes avec certaines formes de dogmatisme, le droit et l'État postmodernes seront-ils empreints de pragmatisme²⁰⁴ ? Alors qu'on décrit un droit présentant de moins en moins le visage

²⁰⁰ J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. MORAND, dir., *L'État propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 42. Pour Jacques Chevallier, cela reviendrait à « s'interroger en permanence sur l'efficacité des normes édictées, sur la pertinence de leur contenu, sur le bien-fondé des procédures, et ne pas hésiter à les reconsidérer en cas de besoin » (*ibid.*). Le professeur souligne en particulier qu'« à une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre, sur la conformité des conduites et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés » (*ibid.*, p. 19). Également, K. GILBERG, *La légistique au concret : les processus de rationalisation de la loi*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2007.

²⁰¹ On relève combien, « avec la nouvelle rationalité juridique reposant sur l'efficacité, le droit et l'action publique ne se justifient plus que par leurs résultats » (J. COMMAILLE, « Effectivité », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 584). Seulement ces résultats ne peuvent-ils qu'être intimement liés aux moyens mis en œuvre.

²⁰² R. POSNER, *Economie Analysis of Law*, 3^e éd., Little Brown (Boston), 1986 (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. 332).

²⁰³ Ainsi observe-t-on que, « mis en cause en raison de ses pesanteurs et de son inefficacité, l'État providence traverse actuellement une crise. La montée de l'exclusion mine sa base sociale, tandis que la globalisation des activités et des échanges érode sa souveraineté en même temps que son pouvoir d'influence. Il assiste ainsi, plus en spectateur qu'en acteur, à la "troisième révolution industrielle" de l'informatique et des télécommunications, se bornant souvent à lever les "entraves" réglementaires qui font obstacle au libre jeu des marchés » (B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 5).

²⁰⁴ Celui-ci pourrait amener à considérer, par exemple, que « le maintien des réglementations en vigueur et *a fortiori* la mise en œuvre de mesures nouvelles sont subordonnés à leur efficacité » (*ibid.*). Les auteurs envisagent en ces termes essentiellement l'efficacité économique. Ils soulignent que, « suivant les thèses néolibérales de l'analyse économique du

d'une belle et noble « pyramide » mais de plus en plus le visage d'une « jungle normative » dans laquelle il ne serait plus un art mais un « sport de combat » livré au « bricolage »²⁰⁵, les enjeux semblent considérables.

Benoît Frydman, par exemple, invite les facultés de droit à se fondre dans une « philosophie de l'action, orientée vers l'innovation, qui cherche à élaborer des solutions pratiques aux questions et aux problèmes concrets que soulèvent la régulation et le respect des droits dans les environnements post-souverains »²⁰⁶. Tandis que le contexte au sein duquel le droit évolue ressemble de moins en moins à celui que le XIX^e s. puis le XX^e s. avaient proposé, de plus en plus d'activités et de relations transnationales supplantant les activités et les relations nationales, il deviendrait nécessaire que les chercheurs en droit, pragmatistes et au contact des réalités juridiques de terrain, conçoivent leur office non comme purement scientifique mais comme scientifique et pratique. Leurs recherches viseraient, certes, à approfondir les connaissances, mais ces connaissances devraient servir les légistes qui font et appliquent concrètement le droit. En particulier, le pragmatisme pourrait inspirer la légistique, art de concevoir et rédiger les textes de loi ou, plus généralement, les textes de droit.

Le premier des principes que les juspragmatistes souhaiteraient imposer à la légistique serait l'évaluation : au moment de créer des normes puis tout au long de la vie de ces normes, il importerait d'étudier leurs effets afin de vérifier leur pertinence, leur adéquation et, par suite, leur légitimité. Le droit devrait ainsi connaître un tournant réflexif, se prenant lui-même comme objet afin de mesurer sa capacité à produire les effets économiques et sociaux attendus, et favorisant la révisabilité des normes ou même de certains régimes juridiques dans leur ensemble en cas de besoin.

Les « lois expérimentales » pourraient dès lors se développer et les « montagnes » normatives régresser. En effet, il s'agirait désormais moins de songer en permanence à édicter de nouveaux textes que de chercher à modifier ou remplacer ceux dont il s'avère qu'ils perdent leur utilité à mesure que le monde, les cultures, les économies, les sociétés et les technologies muent. Comme l'expliquait Jean Carbonnier, les lois devraient puiser dans une seule source : l'utilité sociale²⁰⁷ ; il conviendrait donc de développer les moyens

droit, le droit n'a et ne doit avoir d'autre mission que de favoriser le développement de la production et des échanges, la maximisation des profits et l'allocation optimale des ressources » (*ibid.*).

²⁰⁵ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014.

²⁰⁶ B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », working paper de l'Université Libre de Bruxelles, n° 2014/3, p. 3.

²⁰⁷ J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 111.

de vérifier l'adéquation des lois à cette utilité sociale. Or, depuis les années 1990, l'évaluation du droit se développe, notamment sous la forme des études d'impact et de l'évaluation *a posteriori* des politiques publiques²⁰⁸. Le phénomène est tout spécialement patent en droit de l'Union européenne. Les juspragmatistes ne pourraient qu'inviter à l'amplifier et à le généraliser.

Au XXI^e s., de plus en plus de « marchands de droit » viennent concurrencer les États ; et les États entre eux se concurrencent. Les acteurs économiques transnationaux, innombrables, se trouvent en présence d'une mosaïque d'ordres juridiques au sein de laquelle ils sont libres de faire leur marché — d'où les expressions très en vogue en droit international privé de « *law shopping* » et « *forum shopping* »²⁰⁹. Or, ainsi qu'en témoignent notamment les enjeux environnementaux, il semble indispensable que les États continuent de régir par des normes fortes et précises de nombreuses activités. Seulement seraient-ils contraints de revoir leurs modes de régulation. Face à une « guerre des prix juridiques » très sauvage en raison des grandes disparités qui existent entre les ordres juridiques à travers le monde — les pratiques de *dumping* réglementaire visant à s'arroger d'importants avantages concurrentiels étant monnaie courante —, il semble indispensable d'explorer de nouveaux horizons légistiques. À l'heure de la globalisation du droit, les États, soucieux d'attirer le plus grand nombre d'activités, de fonds et d'investissements sur leurs territoires afin de générer des revenus, des emplois et de la croissance, souhaitent offrir des « paquets normatifs » attractifs aux multinationales et autres start-up. Ces dernières préfèrent logiquement les États les moins-disants sur le plan normatif, donc les moins contraignants. Mais les États ne peuvent pas non plus se passer de recettes fiscales, de prestations sociales et d'exigences environnementales. Ils se

²⁰⁸ En France, aux termes du décret du 22 janvier 1990, la démarche d'évaluation d'une politique de l'État a « pour objet de rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés ». Par ailleurs, la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 a donné une place importante aux études d'impact. Celles-ci doivent être annexées aux projets de loi depuis le 1^{er} septembre 2009. Elles comprennent des analyses portant sur les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que sur les coûts et bénéfices financiers attendus. Enfin, il est remarquable qu'une circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit précise que « l'analyse de la nécessité, de la proportionnalité et des effets prévisibles des règles de droit nouvelles est une méthode à laquelle l'administration doit s'attacher dans l'élaboration de toute norme législative ou réglementaire » (cité par J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 178).

²⁰⁹ L'idéal, mais qui relève de l'utopie, serait qu'un État fédéral mondial soit construit. En son absence, se développe entre les États ce qu'on appelle l'« effet Delaware », du nom de cet État qui, en supprimant la plupart des exigences et contraintes pesant sur les sociétés, a incité nombre de celles-ci à s'y immatriculer, entraînant par la même occasion les autres États des États-Unis dans une « course vers le bas » en matière de droit des sociétés, de droit social et de fiscalité.

retrouvent ainsi dans des situations délicates ; et des réformes profondes sont attendues. Pour ce qui est du droit, la voie du pragmatisme juridique pourrait être empruntée²¹⁰.

Capable de poser un regard critique sur le fonctionnement du droit et des institutions²¹¹ et évoluant loin du « ciel des concepts » et de « ces produits universitaires qui ont rompu toutes leurs amarres à la pratique réelle du droit »²¹², le juspragmatiste réfléchirait avant tout aux formes que pourrait prendre le droit le plus utile, donc le mieux adapté aux temps actuels. Déjà Aristote notait que « la communauté politique s'est constituée dès l'origine et se conserve en vue de l'utile. C'est l'utile aussi que visent les législateurs, et on appelle juste ce qui est d'utilité commune »²¹³. Le travail du juspragmatiste serait de montrer aux jurislatoeurs cet utile, ainsi que les moyens de l'atteindre. Et Aristote de prendre l'image des règles en plomb des architectes de Lesbos pour montrer combien il faut que les normes s'adaptent aux réalités²¹⁴. Le droit positif, instrument de régulation des sociétés, devrait donc faire preuve d'adaptabilité et de souplesse, abandonnant au maximum les rigidités qui risquent de le scléroser, autant de qualités que le pragmatisme pourrait

²¹⁰ Les spécialistes du droit global remarquent que les « *global players* », loin de vouloir s'émanciper du droit, sont en demande de normes et notamment de normes étatiques, cela afin de pouvoir s'appuyer sur la puissance publique et générer la confiance nécessaire aux échanges (B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), coll. L'économie de marché est-elle juste ?, 2014). L'observation sur le terrain des comportements de ces acteurs indique qu'ils sont en attente de lois, ne pouvant se satisfaire des seules lois naturelles et notamment de la « loi du marché ». Mais ils sont également exigeants à l'égard de ces lois, dont ils attendent qu'elles soutiennent leurs activités tout en ne leur imposant que les contraintes les plus légitimes. Et ces « *global players* », parfois aussi puissants que des États (peut-être même « souverains »), sont en mesure de développer leurs propres initiatives normatives. Ainsi le droit d'origine privée peut-il concurrencer le droit d'origine publique, *a fortiori* dès lors que ce dernier est touché par de graves carences — sur le fond, quand les textes adoptés ne répondent pas aux attentes, mais aussi sur la forme, par exemple lorsque les textes ne peuvent être adoptés qu'au terme de procédures longues et lassantes. Dans ce contexte et face à ces enjeux, il faut gager que le juspragmatisme pourrait être source de quelques enseignements importants. Comme l'explique Benoît Frydman, « la course vers le bas peut être retournée en course vers le haut si l'on parvient à mettre intelligemment en place les conditions et les instruments de nature à inciter les acteurs à y prendre part » (*ibid.*, p. 101).

²¹¹ C'est notamment à cela que devrait servir l'entrée dans une ère de pragmatisme juridique. Or, il y a maintenant quelques années, Michel Villey pouvait observer que « les jeunes technocrates qui sortent de nos facultés de droit ont fini par s'asservir si absolument à la société que tout leur propos est de servir à son fonctionnement et d'en accélérer la marche, de s'y plier, de s'adapter, de suivre son mouvement. [...] Comme ils ont été préservés de toute comparaison historique (l'histoire n'étant guère au programme), et que par ailleurs le "Meilleur des Mondes" fait aux technocrates une place confortable, ce régime leur semble excellent, et le positivisme scientifique peut les satisfaire » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 139).

²¹² R. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (cité par M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 188).

²¹³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 349 av. J.-C., VIII, 11 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 49).

²¹⁴ « Un mètre, assurément, reste un mètre, mais en même temps un mètre courbe pour mesurer un arc de sphère ou un mètre plat pour mesurer une surface plane, ce n'est pas la même chose. Normalement, ce qui est bon à mesurer l'un ne l'est pas pour l'autre. Or, ce qu'envisage Aristote, c'est un instrument qui s'adapte et se modifie suivant ce qu'il y a à mesurer, tel que ce qu'il y a à mesurer en modifie même la nature, comme une règle en plomb qui est bonne pour une surface ou une autre » (J. BENOIST, « Aristote, Éthique à Nicomaque », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 8). Et d'ajouter qu'« ainsi Aristote s'affirme comme le premier philosophe de la jurisprudence. [...] On a alors affaire à un droit qui est à l'épreuve du réel, et qui n'est pas un droit spécial, mais le droit lui-même, car le droit n'a précisément d'autre domaine que le réel (de l'action humaine) » (*ibid.*).

contribuer à développer²¹⁵. Dans les années 1940, Georges Gurvitch enseignait que « le droit fixé d'avance peut empêcher la vie juridique normale et n'avoir aucune prise sur les cas concrets : *summum jus summa injuria*, s'il se détache entièrement du droit souple et du droit intuitif »²¹⁶ ; une leçon que le juspragmatisme remettrait au goût du jour.

Déjà certains auteurs observent que « la transformation de l'État se fait sous le signe du pragmatisme »²¹⁷ et que « le droit post-moderne est un droit pragmatique »²¹⁸, acceptant que, désormais, « un pouvoir trouve sa légitimité non pas dans le fait d'être autorisé par une règle supérieure, mais dans le fait d'être effectivement obéi »²¹⁹. Notamment, les institutions publiques seraient gagnées par les analyses du courant « *Law and Economics* », lesquelles tendraient à devenir une « idéologie pragmatique dominante »²²⁰. L'efficacité économique serait le moteur et le guide de l'évolution juridique²²¹. Le « droit-valeur » laisserait la place à un « droit-outil » et, sous cet angle, le droit américain serait le modèle à suivre²²² — si bien que beaucoup constatent un mouvement d'« américanisation du droit »²²³. Ainsi l'État serait-il de plus en plus préoccupé par

²¹⁵ Cela permettrait de lutter contre cette « victoire du fait contingent, malléable et changeant sur les règles abstraites et générales, tutélaires et relativement permanentes du droit de l'État » que d'aucuns décrivent (S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 109).

²¹⁶ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 177. Le sociologue observait également que « la rigidité même du système de la souveraineté de la loi et du contrat, ne faisant appel qu'au droit organisé et fixé d'avance, précipite encore sa ruine en provoquant des conflits aigus avec le droit social spontané et souple engendré par la société économique » (*ibid.*, p. 238-239).

²¹⁷ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 140.

²¹⁸ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 137. Jacques Chevallier note que ce droit postmoderne est « sous-tendu par une volonté d'action sur le réel ; cette préoccupation d'efficacité modifie la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité. Ce droit apparaît comme un "autre droit", n'ayant plus guère à voir avec le "droit réglementaire" classique ; succédant au droit "abstrait, général et désincarné", "droit jupitérien" exprimant la transcendance étatique, il serait caractérisé par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir » (*ibid.*).

²¹⁹ F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes – Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », working paper de la Fondation pour l'innovation politique, nov. 2006, p. 6.

²²⁰ J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé – Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 109. L'auteur évoque également la « nouvelle religion au sein des institutions internationales principales comme la Banque Mondiale ou le FMI » (*ibid.*).

²²¹ Toutefois, suspectée d'habiller un ultralibéralisme économique, l'analyse économique du droit aboutit à des conclusions souvent contestées, notamment du fait des outils employés pour mesurer l'efficacité économique des règles (A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806).

²²² On décrit le *common law* tel « un droit non écrit [qui] ne peut être qu'un droit non écrit car il est autant une continuité toujours transitoire qu'un changement permanent ; autant un droit historique, traditionnel et coutumier qu'un droit moderne, contemporain et novateur ; autant un droit formaliste qu'informel » (É. PICARD, « Common law », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 244). Et d'ajouter que, « lorsque l'expérience concrète, qu'un anglais considère plus que tout autre chose, parce que sa mentalité le détourne vigoureusement de toute attitude dogmatique, viendrait à démontrer que la solution ancienne n'est pas adaptée, adéquate ou juste, il reconsidérerait la question et ajusterait la règle établie à mesure que se présente la nouveauté et à proportion des impératifs pratiques qu'elle recèle, sans entrer dans aucun débat » (*ibid.*).

²²³ 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 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.

l'efficacité de son action juridique. Il suivrait donc une orientation juspragmatiste dont les chercheurs devraient rendre compte et, plus encore, qu'ils devraient encourager.

L'efficacité du droit deviendrait la grande cause de la doctrine, la préoccupation majeure des légistes, modifiant en profondeur la logique de la production normative. Cette approche pragmatiste conduit à infléchir les conditions d'emploi de la technique juridique : outre l'évaluation des effets des normes précédemment évoquée, le droit « contractualisé » connaît un constant élargissement, c'est-à-dire que les destinataires des normes sont de plus en plus fréquemment associés à leur élaboration — les individus respecteront d'autant plus les lois qu'ils ont intérêt à le faire ; et ils auront d'autant plus intérêt à le faire qu'ils auront participé à leur édicition.

Ensuite, parmi bien d'autres propositions envisageables, les principes d'une légistique pragmatique, permettant de répondre à l'enjeu décisif de ne pas construire le droit de demain avec les outils d'hier, pourraient être les suivants :

- l'évaluation ;
- la participation et la contractualisation ;
- la corégulation ;
- la subsidiarité ;
- la souplesse, l'adaptabilité et la réactivité ;
- l'éducation et la transparence ;
- l'ouverture ;
- la modernisation technologique.

« Aujourd'hui, convient-on, la prime est à la flexibilité, à la rapidité, à l'innovation, à la compétitivité : toutes choses qui n'appartiennent pas au nombre des attributs des États, et qu'on trouve plus facilement dans les sociétés autorégulées »²²⁴. Mais l'État, s'ouvrant toujours plus au pragmatisme et moyennant quelques remises en cause et quelques sacrifices, ne pourrait-il pas lui aussi faire preuve de flexibilité, de rapidité, d'innovation et de compétitivité ? Ne pourrait-il pas abandonner le gouvernement et la réglementation au profit des plus pragmatiques « gouvernance » et « régulation » ? Seulement serait-il alors tentant de qualifier l'État d'« entreprise »²²⁵, la puissance publique ressemblant par trop aux « puissances privées », loin du particularisme traditionnel — et nécessaire ? — de la sphère publique. Déjà en 1994 Jacques Commaille affirmait qu'il était temps de recourir

²²⁴ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 22-23.

²²⁵ P.-P. VAN GEHUCHTEN, « "Gouvernance" : réseaux et pouvoirs (réflexions à partir d'un siècle de secteur public) », in G. DEMULJNCK, P. VERCAUTEREN, dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 102.

au « marketing politique »²²⁶, c'est-à-dire à un « processus de création de la norme analogue à celui suivi par un entrepreneur lorsqu'il lance un produit et qu'il se préoccupe d'abord de sa concordance avec les attentes de sa clientèle »²²⁷.

Le théoricien du droit Norberto Bobbio distinguait le droit positif et le droit naturel grâce au critère de l'efficacité, qui serait le propre du premier et qui manquerait au second²²⁸. Seulement cette efficacité tend-elle de plus en plus à se détacher du droit positif, compris comme droit de l'État. Le pragmatisme juridique, mettant l'accent sur cette problématique, serait dès lors un appel à y répondre et une voie pour y répondre. En étant en priorité attentif à l'opérationnalité²²⁹ et à l'efficacité²³⁰ des normes édictées, c'est-à-dire à leur capacité à « produire l'effet recherché »²³¹, il s'agirait de procéder à un changement de régime de la rationalité juridique : la rationalité du droit moderne résultait de ses qualités intrinsèques (systématicité, généralité, stabilité, prévisibilité) ; cette rationalité étant en « crise », elle aurait vocation à être remplacée par une rationalité d'ordre technico-économique, soit une « rationalité matérielle fondée sur l'efficacité des actions entreprises »²³². Désormais, la légitimité de la loi devrait « se mesurer à ses performances »²³³ ; elle ne serait plus assurée *a priori*, comme dans la pensée kelsénienne où la légitimité se résume à la validité dans l'ordre normatif étatique²³⁴. « La rationalité du droit ne se présume plus ; il doit apporter la preuve de son efficacité », avance ainsi Jacques Chevallier²³⁵, loin de la vision hobbesienne d'une loi qui serait un

²²⁶ J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois – Essai de sociologie politique du droit*, Puf, 1994.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ N. BOBBIO, « Quelques arguments contre le droit naturel », *Annales de philosophie politique* 1959, p. 176 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 340).

²²⁹ J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 6.

²³⁰ Notamment, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, dir., *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant (Bruxelles), 2012.

²³¹ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989, p. 130.

²³² J. COMMAILLE, « Effectivité », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 584.

²³³ F. OST, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 436. « La légitimité de la loi, écrit François Ost, se mesure à ses performances plus qu'à son contenu matériel (légitimité axiologique), à la régularité des procédures suivies (légitimité procédurale) ou à la normativité intrinsèque qu'elle représente (légitimité symbolique par préférence à la légalité même, à la figure du tiers arbitre). C'est la prise en compte des résultats obtenus qui fait toute la légitimité d'une législation qui se définit par son caractère programmatique. Autrement dit, la légitimité de cette législation reste toujours en suspens, dépendante de la preuve de l'accomplissement des performances escomptées » (*ibid.*).

²³⁴ Selon Kelsen, « le principe que les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre, est le principe de légitimité » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 209). Aujourd'hui, on lie de plus en plus ordinairement légitimité et efficacité (notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, dir., *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po-Dalloz, coll. Droit et économie de la régulation, 2004).

²³⁵ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 11.

« commandement adressé par un supérieur à un homme préalablement obligé de lui obéir »²³⁶.

Aussi le Conseil d'État incite-t-il les auteurs de textes à « s'interroger d'abord sur l'utilité et l'efficacité de leurs projets de réglementations »²³⁷ et convient-il que la « question fondamentale » serait : « Quelles sont les conditions à réunir pour assurer l'effectivité du nouveau dispositif ? »²³⁸. De plus en plus ordinairement, on fait dépendre l'effectivité des normes, leur réception et leur force normative de leur légitimité²³⁹. Le pragmatisme ne pourrait-il pas être une source de cette légitimité, quand le dogmatisme serait une source de discrédit ?

« À celui qui règne effectivement, il convient de porter la Couronne », disait le pape Zacharie à Pépin le Bref²⁴⁰. Et, « ne pouvant faire que le souverain légitime règne effectivement, on déclare le souverain effectif légitime »²⁴¹. Mais, si l'État doit toujours s'efforcer d'être le « souverain effectif », cela ne peut que signifier, en d'autres termes, s'efforcer d'être le détenteur du pouvoir légitime. « Qu'on imagine que seulement quelques milliers de citoyens refusent l'impôt ou le service militaire, professait Léon Duguit, et voilà l'État, prétendu tout-puissant, dans l'impossibilité matérielle d'assurer l'exécution d'une règle dont il aurait seul institué le caractère obligatoire »²⁴². L'État, suivant la célèbre définition de Max Weber, est « une entreprise politique de caractère institutionnel [...] [qui] revendique avec succès [...] le monopole de la contrainte physique légitime »²⁴³.

L'État moderne s'est imposé quand les légitimités sur lesquelles les pouvoirs du Moyen-Âge s'appuyaient se sont effondrées²⁴⁴. Mais rien n'assure aux bases de la légitimité étatique de toujours demeurer solides ; peut-être faudra-t-il ou faut-il déjà les

²³⁶ Th. HOBBS, « La loi, source unique du droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 301.

²³⁷ Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2^e éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 2.

²³⁸ *Ibid.*, p. 6. Et d'ajouter qu'« une option juridique ne saurait être retenue sans prendre en considération les conditions de son effectivité, [...] [ce qui est fait] parfois au terme du processus d'élaboration d'un projet de texte et qui gagnerait, au contraire, à être envisagé dès la phase initiale de conception » (*ibid.*).

²³⁹ C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 776.

²⁴⁰ Cité par É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1437.

²⁴¹ É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1437.

²⁴² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 114. Et d'ajouter que, « si l'impôt et le service militaire sont véritablement obligatoires, c'est que la norme qui les impose est une création spontanée de la vie sociale » (*ibid.*).

²⁴³ M. WEBER, *Économie et société*, t. I (1922), Plon, 1965 (non souligné dans le texte original).

²⁴⁴ Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 51.

refonder. Le contrat social serait « toujours à recommencer, à repenser et à refaire »²⁴⁵. Où revient cette question — mais cette fois visant le droit positif et non plus la doctrine — : l'heure du pragmatisme juridique serait-elle venue ? Conception de la démocratie faisant des méthodes de mise à l'épreuve et de vérification qui caractérisent l'esprit de laboratoire le modèle même de la tâche politique, ce pragmatisme ne saurait en tout cas laisser insensible.

Les pouvoirs publics, soucieux de donner aux lois leur « meilleure chance d'effectivité »²⁴⁶, devraient avoir à l'esprit que les hommes « n'aliènent leur liberté que pour leur utilité »²⁴⁷, qu'il n'y a pas d'autorité naturelle, uniquement une autorité consentie. En somme, le droit devrait être au service de ses destinataires et non au service de ses sources. Déjà Portalis, au moment de présenter son projet de Code civil, pouvait observer que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance »²⁴⁸ et que « le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées aux caractères, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites »²⁴⁹.

Par ailleurs, un dernier — et tout autre — apport du pragmatisme à la pensée juridique pourrait consister à analyser le droit et la doctrine tels des ensemble de « croyances stables » et d'« orientations d'habitudes d'action ».

²⁴⁵ S. GOYARD-FABRE, « Contrat social (doctrines) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 284.

²⁴⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 1994, p. 298.

²⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 2.

²⁴⁸ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

²⁴⁹ *Ibid.*

Chapitre 6. Le droit, source de croyances stables et d'habitudes d'action

Une question qui a grandement préoccupé Charles Sanders Peirce est celle de la nécessité pour l'homme de croire pour agir (croire en un dieu, croire en un but, croire en un destin etc., mais aussi croire au droit). Dès ses premiers écrits philosophiques²⁵⁰, sa proposition était que l'enquête et l'expérience viseraient non à établir des vérités naturelles et incontestables, mais à permettre d'agir en passant du doute irritant et inhibiteur à la sécurité des croyances²⁵¹. L'état de croyance serait un état d'équilibre, c'est-à-dire de repos, ce qui justifierait de le rechercher en permanence²⁵². Déjà Kant appelait « croyance pragmatique » l'adoption ferme d'une disposition d'esprit en raison de la nécessité d'agir²⁵³.

C'est ainsi que le pragmatisme peut être, sans se contredire, à la fois une philosophie de l'action et une philosophie de la croyance — mais à condition de considérer qu'une croyance qui n'agit pas n'existe pas ou, du moins, est infondée, inutile, sans objet²⁵⁴. Aussi, du point de vue du pragmatisme peircien, y a-t-il une équation et même une

²⁵⁰ Ch. S. PEIRCE, « The Fixation of Belief » (1877), in J. BUCHLER, dir., *The Philosophy of Peirce: Selected Writings*, AMS Press (New York), 1956.

²⁵¹ En ce sens, William James, dans *La volonté de croire*, explique que les croyances seraient le guide de la vie quotidienne ; et il soutient qu'il serait toujours préférable d'agir sur la base d'une croyance fautive plutôt que de ne pas agir du tout. James s'appuie d'ailleurs — et c'est là l'une des seules fois dans son œuvre — sur un exemple juridique : il note que le phénomène se retrouve en droit car un juge doit toujours trancher dans un sens ou un autre. Des croyances amèneraient les magistrats à prendre leurs décisions, donc à agir (W. JAMES, *La volonté de croire* (1897), Les empêcheurs de penser en rond, coll. Grande, 2005).

²⁵² G. TUZET, « La justification pragmatique des croyances », *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 2008, t. 133.

²⁵³ E. KANT, *Critique de la raison pure*, 1781 (cité par V° « Pragmatique », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10^e éd., Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2010, p. 803).

²⁵⁴ La croyance serait donc une « disposition à agir de nature extrinsèque et fonctionnelle » (J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 320). Et Peirce d'écrire que « la signification intellectuelle des croyances est toute entière contenue dans les conclusions qui peuvent en être tirées, et en dernier ressort dans les effets qu'elles ont sur notre conduite. [...] La signification intellectuelle de toute pensée réside en dernière instance dans ses effets sur nos actions » (cité par J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 322).

identité entre les croyances et les actes. Les croyances seraient donc indispensables, y compris au droit, en ce qu'elles permettraient de « sortir de l'état de malaise provoqué par les doutes pour atteindre [un] état satisfaisant »²⁵⁵.

Dans la pensée de Peirce, le terme « vérité » désigne des « croyances stables » ; et la fixation de ces croyances est le fruit d'un débat collectif soumis à des procédures de validation spécifiques²⁵⁶. Aux dires du philosophe, « le seul but de la recherche est de fixer son opinion, de passer d'un doute à un état de croyance fixé, l'enjeu étant de surmonter des doutes légitimes par l'établissement de croyances stables et, par là même, vraies »²⁵⁷. La vérité ne serait donc pas un objet factuel à constater mais un résultat psychologique qui « se fait »²⁵⁸.

Il est tentant de reconnaître dans cette description la tournure que prend bien souvent le travail doctrinal. Tout d'abord, la doctrine est collective, elle correspond à des travaux collectifs et non individuels — d'ailleurs, la doctrine est souvent présentée comme un « corps »²⁵⁹ ; or Peirce s'élevait contre l'isolement, l'autonomie et la conviction personnelle, contrairement à l'humilité des grands penseurs scolastiques²⁶⁰. L'important serait de fonder les connaissances sur un « contexte public de discussion, d'enquête et d'expérience »²⁶¹.

Ensuite, les professeurs débattent autour d'un point de droit positif ou d'une problématique plus théorique et, par la suite, une certaine conception émerge de la discussion, s'impose et finit par devenir un argument d'autorité, autrement dit une croyance stable que personne n'ose plus guère mettre en doute. Ainsi note-t-on combien « la doctrine a une remarquable capacité d'homogénéisation par mimétisme »²⁶². Quand les débats doctrinaux laissent place à la doctrine, le « savoir » ou la « science » en vient à

²⁵⁵ Cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 83.

²⁵⁶ Cité par J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 206.

²⁵⁷ Cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 83. En d'autres termes, « 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 » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 107).

²⁵⁸ Cela ne manque pas de contraster avec d'autres propositions pragmatistes tournées vers l'empirisme.

²⁵⁹ Cela expliquerait l'emploi ordinaire de la première personne du pluriel (« nous étudierons... », « nous pouvons en conclure... », « il nous semble... » etc.). Chaque auteur entendrait ainsi engager par ses écrits l'ensemble de la doctrine. En ce sens, Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, p. 167 (« à défaut d'organe dirigeant, le pouvoir doctrinal français est directement exercé par les maîtres, qui ont *ut singuli* le droit d'exprimer la *communis opinio doctorum*, d'engager la doctrine par leur signature »). Par ailleurs, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, F. TERRÉ, « Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997, p. 229 s.

²⁶⁰ Pour Peirce, il faudrait « donner une définition du réel indépendante des pensées de tout individu particulier, mais pas de la pensée en général. Aussi la réalité sera-t-elle indissociable de l'idée sociale de communauté » (C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 107).

²⁶¹ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 52.

²⁶² F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

se confondre avec la croyance. Une croyance ne se définit-elle pas comme quelque-chose que l'on accepte sans en vérifier la réalité ni même le sens ou la pertinence ?

Jusqu'au concept de droit pourrait s'analyser telle une croyance stable : une croyance relative au sens du mot « droit »²⁶³. Et, plus généralement, on a pu se proposer d'« élucider le phénomène juridique en comprenant cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée »²⁶⁴. Ensuite, si le pragmatisme peut inciter à comprendre le droit et la doctrine tels des ensembles de croyances stables, peut-être faudrait-il regretter cette situation et, en particulier, inviter les universitaires-juristes à plus souvent adopter un regard réflexif sur leurs travaux, à plus souvent mettre en doute les savoirs hérités du passé, à plus souvent réviser leurs acquis.

Reste que la description faite par Peirce des activités cognitives semble s'appliquer tout spécialement aux activités cognitives des juristes. Il est vrai que la stabilité et même l'ordre sont indispensables au droit, notamment sous l'angle de la sécurité juridique — une interprétation erronée mais unanimement partagée vaudrait ainsi mieux qu'un débat mettant aux prises des interprétations plus ou moins justifiées. Mais peut-être la solidité et la solidarité de la doctrine, parfois reçue depuis des siècles, ne sont-elles en réalité que des apparences de solidité et de solidarité, ne valant que tant que les croyances demeurent stables.

En outre, pour pouvoir être stables, l'important serait que les croyances ne se construisent pas au hasard mais en suivant des procédures et des codes précisément fixés. Or le travail doctrinal répond justement à des règles méthodologiques rigoureuses : plan binaire, normes de citation, raisonnement syllogistique, construction des introductions, hiérarchisation des sources, exclusion de la « politique juridique » etc. Positivement, ces règles, notamment formelles, assurent l'unité du droit universitaire, son grand « particularisme ontologique » et l'affirmation d'une École française de la recherche juridique. Négativement, elles favorisent un conformisme bridant toute velléité de réformer les approches scientifiques du droit. Mais les travaux de la doctrine juridique seraient bien dignes d'être qualifiés de « scientifiques ». Cela est décisif puisque Peirce distinguait quatre méthodes de fixation des croyances (l'obstination, la persécution,

²⁶³ C'est ainsi qu'on a pu souligner combien « la fixation de la signification — ou, pour le dire en d'autres termes, la détermination des effets de sens produits par les opérations de jugement — 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)

²⁶⁴ J. LENOBLE, « Au-delà du juge – Des approches herméneutique et pragmatique à une approche génétique du concept de droit », *European Journal of Legal Studies* 2007, n° 1, p. 3.

l'opinion publique et la recherche) dont seule la dernière serait capable de donner leur force aux croyances stables en les frappant du sceau de la science — « croyance stable » serait synonyme de « croyance scientifique » et même de « connaissance scientifique »²⁶⁵. Si la pensée juridique prend parfois des allures d'opinion publique, il semble qu'elle se construise bien plus sur des recherches que sur l'opinion, l'obstination ou la persécution.

Enfin, la théorie des croyances stables de Peirce pourrait permettre de comprendre, au-delà du fonctionnement de la doctrine, le fonctionnement du droit en général et notamment celui de la jurisprudence. En effet, cette jurisprudence, qui n'existe pas dans le droit officiel français — et même que le Code civil prohibe —, ne se développe-t-elle pas à base de dialogue collectif des juges aboutissant à la fixation de croyances stables quant aux interprétations à donner des lois et quant à l'existence de certaines règles non écrites ? Aussi la jurisprudence devrait-elle bien s'analyser telle une « autorité ».

Par ailleurs, le droit et la doctrine pourraient également, à travers le prisme pragmatiste, se comprendre en tant qu'« habitudes d'action », expression à nouveau empruntée au vocable peircien. Si les hommes peuvent nourrir des « attentes raisonnables relativement au comportement d'autrui »²⁶⁶, peut-être est-ce notamment parce que le droit oriente fortement ce comportement, parce qu'il génère des habitudes d'action. Les règles de droit pourraient dès lors se comprendre telles des « orientations d'habitudes d'action ». C'est la proposition formulée par le professeur Joël Moret-Bailly à l'occasion de son « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit ».

Le professeur explique que, selon Peirce, « toute conduite est soumise à des règles », notamment juridiques, et une habitude d'action se définit comme « ce sur la base de quoi un homme est disposé à agir »²⁶⁷. Aussi faudrait-il placer au cœur du fonctionnement du droit non le Parlement ou les tribunaux mais les individus récepteurs des normes, car ce sont eux qui doivent être « disposés à agir » en fonction des normes, donc qui doivent être prêts à se soumettre au droit. Et, s'ils sont ainsi prêts à se soumettre au droit, cela s'explique sans doute par des « croyances stables », croyances en la légitimité des autorités publiques ou, éventuellement, des organisations sociales productrices de normes. L'habitude d'action ne saurait être purement mécanique ou répétitive ; elle est consciente :

²⁶⁵ C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 91.

²⁶⁶ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Puf, coll. Quadrige grands textes, 2007.

²⁶⁷ Cité par J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 195. D'ailleurs, pour le professeur, il semble que la notion peircienne d'habitude d'action ait été construite sur l'exemple du droit (*ibid.*, p. 196). Il est vrai que c'est le juriste Nicholas St. John Green qui a fait connaître au « Club métaphysique » les idées du philosophe Alexander Bain sur la croyance comme habitude d'action (J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 56).

les citoyens se rendent compte qu'ils respectent le droit lorsqu'ils respectent le droit et, s'ils le font y compris lorsqu'ils en retirent un désagrément direct, c'est parce qu'ils en retirent également le bénéfice indirect consistant à préserver les termes du contrat social, lequel ne serait pas autre chose qu'une croyance stable généralisée donnant sa force à l'État.

Le professeur Moret-Bailly propose donc de reconsidérer la définition de la règle de droit afin d'y voir une « orientation d'habitudes d'action »²⁶⁸. Cela permettrait de mieux saisir divers aspects de la vie du droit qu'en se basant sur la conception impérativiste de la règle se bornant à la traduire en un commandement unilatéral dont l'existence dépendrait uniquement de son émetteur et aucunement de son récepteur. Si la règle de droit est une orientation d'habitudes d'action, le chercheur en droit devrait porter son attention autant sur le destinataire que sur l'origine de la règle afin d'observer les comportements de ce premier et de quelle manière il reçoit la règle.

Où revient la grande différence entre le juriste normativiste focalisé sur la validité et le juriste pragmatiste concentré sur l'effectivité : une loi parfaitement inscrite dans l'ordre juridique mais désuète et donc respectée par personne sera juridique aux yeux de l'un mais pas de l'autre ; et une règle sociale non étatique à laquelle le groupe en cause se conforme sans exception sera juridique aux yeux de l'autre mais pas de l'un²⁶⁹. Où revient, également, le lien intime que le pragmatisme invite à nouer entre le droit et la sociologie. Triompherait la pensée de Léon Duguit ou Gaston Jèze selon laquelle la légitimité du pouvoir politique s'éprouverait à mesure de son exercice et ne pourrait jamais être déduite de son origine²⁷⁰.

²⁶⁸ J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 196. Le lien entre les règles et les actions, donc entre les règles juridiques et les actions, fait peu de doute. François Gény parlait déjà de « règles d'action » (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. I, 1914, p. 97). Cf., notamment, A. JEAMMAUD, « Les règles de droit et les actions », *D.* 1993, p. 207 s. ; É. SERVERIN, « Agir selon les règles dans la sociologie du droit de Max Weber », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile*, L'Harmattan, 2000, p. 209 s.

²⁶⁹ Le professeur Moret-Bailly en tire d'autres enseignements. Il prend l'exemple du Code civil lorsqu'il « propose, par principe, à propos de différents contrats, des règles supplétives de volonté, que les acteurs choisissent de mobiliser ou non », ainsi que l'exemple de « certaines règles fiscales qui proposent aux contribuables intéressés des régimes fiscaux avantageux, mais sans les obliger à y souscrire. Ces règles proposent bien aux acteurs des principes d'action, mais sans les imposer, et qui feront l'objet de délibérations par ces derniers » (*ibid.*). Le professeur évoque également le Code pénal, qui n'interdit pas d'adopter certains comportements tels que le vol ou le meurtre mais fixe les conséquences juridiques de l'adoption de ces comportements (*ibid.*). Selon Beccaria, inspirateur du système pénal moderne, la norme pénale s'adresse à un individu libre qui fera un choix raisonnable par rapport à celle-ci : commettre l'infraction ou non en fonction des conséquences de cette dernière. Il suffirait dès lors, sous un angle utilitariste, que le désagrément lié à la peine soit supérieur au gain offert par la commission de l'infraction pour éviter cette dernière (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764).

²⁷⁰ Notamment, G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, p. 18 (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. 30) ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 171 (« la loi émane des gouvernants ; quels qu'ils soient, ils ne peuvent

Avec la conception du droit comme ensemble d'orientations d'habitudes d'action, il faudrait donc, pour comprendre le droit, comprendre comment l'acteur qui concrètement et quotidiennement est confronté au droit l'appréhende. Tel était déjà le point de vue qu'adoptait le juge Holmes à travers sa théorie prédictive du droit : le scientifique du droit devrait se mettre dans la peau du « *bad man* » ou de l'homme ordinaire afin de cerner ses attentes à l'égard du droit et de la justice. Il en résulte que la valeur d'une règle de droit (sa force juridique ou, du moins, sa force normative) ne lui serait plus octroyée uniquement par son organe-auteur mais aussi et tout autant par ses acteurs-récepteurs. Peut-être y a-t-il là une voie intéressante à approfondir à l'heure où les juristes semblent de moins en moins pouvoir se passer de l'étude des nouvelles formes de normativité telles que les codes de conduite privés, les normes comptables, les normes managériales, les normes techniques, les standards, les indicateurs de performance etc. Un dispositif à vocation normative quel qu'il soit deviendrait justiciable d'une analyse juridique — ou plutôt socio-juridique — dès lors qu'il génère des habitudes d'action, donc dès lors qu'il fonctionne effectivement comme un ensemble d'orientations d'habitudes d'action. La recherche juridique en sortirait grandie, tant eu égard à son objet sensiblement élargi qu'eu égard à sa capacité à suivre les mouvements du monde et des sociétés d'aujourd'hui.

À l'aune du chapitre qui s'achève ainsi que des chapitres précédents, et considérant que « la vie du droit, ce n'est pas la logique mais l'expérience »²⁷¹, il semble qu'une science juridique pragmatiste ne pourrait guère s'accomplir de la même manière que la science juridique moderne, bâtie sur le normativisme du XX^e s. L'objet de la prochaine partie sera de réfléchir aux orientations que cette science juridique pragmatiste pourrait suivre en termes méthodologiques et, plus généralement, sous l'angle de l'attitude du chercheur.

se maintenir au pouvoir que si leurs actes et leurs décisions répondent aux tendances, aux besoins, aux aspirations, aux sentiments de la masse des individus composant le groupe. Le plus souvent, la loi positive est acceptée par cette masse et c'est pour cela qu'elle est obéie »).

²⁷¹ O. W. HOLMES, *The Common Law*, MacMillan (Londres), 1881, p. 1.

Seconde partie

Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception de la science juridique ?

Charles Sanders Peirce l'expliquait déjà à son époque : le pragmatisme est avant tout un état d'esprit, une attitude ou, s'il peut être un peu plus sophistiqué, une méthode²⁷². Cette seconde partie du livre III de ce mémoire visera à proposer quelques pistes afin d'identifier ce que pourrait être un état d'esprit, une attitude ou une méthode pragmatiste chez les juristes. Et, si cet état d'esprit, cette attitude ou cette méthode peut assurément toucher tout juriste et notamment les juges et les avocats²⁷³, il s'agira ici de se concentrer sur les chercheurs en droit, donc sur les juristes pragmatistes qui pourraient se trouver parmi les universités.

Le pragmatisme n'est ainsi pas une doctrine, pas un ensemble d'idées de fond, mais davantage un mode d'approche des choses qui met l'accent sur l'action, sur les effets, sur les conséquences. Au-delà, il peut aussi inviter à poser un regard critique, libre et indépendant sur l'objet observé, rejetant toutes les formes d'influence, de conservatisme et de suivisme. N'y a-t-il pas là une voie intéressante à explorer pour les universitaires-juristes, une voie qui permettrait de renouveler les sciences du droit, la recherche juridique, la pensée du droit et la doctrine juridique ? La dimension critique de l'attitude pragmatiste doit permettre de dépasser les obstacles à la « créativité de l'agir », à la liberté

²⁷² De même, Léon Duguit, qui a été l'un des rares juristes français à étudier le pragmatisme juridique, pouvait constater combien celui-ci « n'est ni une école ni une doctrine ; il est une méthode » (L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, p. 176 (cité par S. GILBERT, « Présentation », in L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 41)).

²⁷³ Cf., notamment, M. BRINT, W. WEAVER, dir., *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, 1991.

de la recherche. Le pragmatisme, tel que William James notamment le concevait, n'est pas un système et encore moins une doctrine constellée de dogmes, mais une discussion, un mouvement ; moins une organisation définitive d'idées qu'une impulsion générale dont la recherche juridique pourrait profiter. Tel est le pari que ces lignes souhaitent prendre.

Le pragmatisme entend favoriser l'ouverture de la recherche, la libre discussion, les droits de la critique. De ce point de vue, il se rapproche d'une éthique scientifique : les chercheurs, en y adhérant, seraient mieux capables de contribuer au progrès scientifique, au développement des savoirs²⁷⁴. En effet, les pragmatistes sont sous l'influence des thèses darwinienne : pour eux, il n'existe guère d'espèces fixées pour toujours ; tout serait en mouvement et aucune connaissance ne saurait être acquise pour toujours. Cela ne pourrait-il pas s'appliquer au droit ? Ce dernier ne pourrait-il pas adopter l'esprit expérimental des pragmatistes ? Avec cet esprit expérimental, nulle thèse ne saurait être à l'abri d'une révision future justifiée par de nouvelles expériences²⁷⁵. Là où les cartésiens entendent se fonder sur des prémisses exactes afin d'aboutir à la vérité, les pragmatistes jugent qu'il faudrait au contraire tester les croyances de façon à pouvoir, à travers l'enquête et la discussion, identifier et éliminer les erreurs²⁷⁶.

Ensuite, le pragmatisme renvoie dos-à-dos les deux tentations jumelles de l'aspiration métaphysique à des fondements permanents et de l'acceptation relativiste de la perte de tout repère. Ces deux tentations semblent exister en droit, quoique de moins en moins et quoique la première plus que la seconde. Reste que le pragmatisme serait une position équilibrée dont la recherche juridique pourrait profiter, surtout dès lors qu'elle aspire à la scientificité. Avec l'« attitude empiriste » décrite par James, et intimement liée au pragmatisme, il importe de se tenir rigoureusement sur le plan de l'expérience : « L'expérience seulement, mais toute l'expérience, tel est l'unique principe de James »²⁷⁷. Or cet empirisme n'a jusqu'à présent guère été considéré tel un principe-cadre des sciences juridiques, notamment en raison de la « loi de Hume » et de la dissociation radicale entre être et devoir-être. Mais, avec le pragmatisme, tout devoir-être peut s'analyser tel un être ; il est permis d'étudier l'existence d'une norme et ses effets concrets.

²⁷⁴ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 159.

²⁷⁵ Le pragmatisme se rapproche donc du scepticisme, mais en rejetant tout scepticisme radical. Le scepticisme est une approche philosophique selon laquelle la pensée humaine ne pourrait déterminer quelque vérité avec certitude. Il ne s'agirait pas de rejeter la recherche, mais au contraire de ne jamais l'interrompre en prétendant être parvenu à une vérité absolue.

²⁷⁶ Cette méthode est ainsi proche de celle de Karl Popper et en particulier de l'idée de réfutabilité. Tel est notamment le cas avec la méthode de l'« abduction » promue par Peirce, laquelle serait « la seule espèce de raisonnement susceptible d'introduire des idées nouvelles » (cité par C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 96).

²⁷⁷ S. MADELRIEUX, *William James – L'attitude empiriste*, Puf, 2008.

Le juriste devrait en quelque sorte muer en sociologue-juriste, étudiant ce que fait le droit plutôt que ce qu'est le droit, donc se consacrant non plus à la technique ou dogmatique juridique mais à l'examen des conséquences sociales, économiques et morales des normes.

Et bien d'autres prémisses pragmatistes pourraient être éventuellement adoptées avec profit par les chercheurs en droit. Notamment, il pourrait être bénéfique de suivre la pensée de Dewey lorsqu'elle invite explicitement les théoriciens du droit à plus d'humilité conceptuelle et à une plus grande implication dans la compréhension des phénomènes sociaux et culturels du présent. Comme il ne faudrait pas séparer radicalement être et devoir-être, il ne faudrait pas séparer radicalement théorie et pratique du droit. Penser le droit, en tant que juspragmatiste, conduirait nécessairement à penser la pratique du droit. Il faut rappeler le précepte posé par Peirce selon lequel toute idée qui n'aurait pas de conséquences en pratique devrait être éliminée des raisonnements et des discours. La pensée juridique se fait parfois excessivement abstraite, nébuleuse, évasive ; une pensée du droit pragmatique serait en permanence en prise avec les faits juridiques.

Et cela s'appliquerait *a fortiori* aux sciences du droit. Déjà François GénY soutenait qu'une science juridique ne pourrait se baser que sur le donné, donc sur l'observation de la réalité²⁷⁸. Et, si une grande partie de l'œuvre de François GénY se concentre sur le construit au-delà du donné, l'important serait de faire reposer le construit sur le donné, loin des spéculations et autres stipulations très éloignées du droit concret et pratique²⁷⁹.

La recherche juridique, pour devenir pragmatique, pourrait s'engager dans les quatre voies suivantes : se concevoir telle une recherche sociologique, conduisant à procéder à des enquêtes de terrain et à se baser sur une approche empirique (*chapitre 1*), se focaliser sur le droit tel qu'il est pratiqué au quotidien par les juristes et se rapprocher sous certains aspects des sciences expérimentales (*chapitre 2*), chercher à se préserver du diktat des aprioris et des idées préconçues, donc permettre au jugement critique de se libérer grâce à l'indépendantisme et au libéralisme (*chapitre 3*) et, enfin, accepter le « darwinisme juridique », c'est-à-dire refuser tout conservatisme de principe risquant de freiner l'adaptation de la pensée juridique aux mutations du droit effectif (*chapitre 4*).

²⁷⁸ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. III, 1924.

²⁷⁹ Ainsi le pragmatiste considérerait-il qu'« assurément, il faut toujours que la raison critique finisse par être satisfaite, et c'est toujours elle qui juge en dernier ressort. Mais cette raison souveraine n'est pas tout faite en nous d'avance ; elle a à se faire graduellement, et ne devient décidément compétente qu'après s'être transformée ou plutôt informée par l'effet même de l'expérience qu'elle a vécue » (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).

Chapitre 1. L'empirisme

Peut-être, pour un juspragmatiste, est-il impossible de trouver sans chercher. « *Fabricando fabri fimus* »²⁸⁰, disait-on déjà dans la Rome antique. Il n'est cependant pas rare, dans le domaine de l'étude et de la pensée du droit, que des conclusions soient proposées spontanément, sans qu'aucune enquête « de terrain » n'ait été au préalable entreprise²⁸¹. Pourtant, « *res ipsa loquitur* »²⁸², notaient également les romains, à la suite des grecs. Il faut dire qu'Aristote²⁸³, les sophistes et les épicuriens furent de premiers empiristes, donc peut-être aussi de premiers pragmatistes. La méthode des juspragmatistes serait en tout cas foncièrement sociologique. Elle supposerait, avant toute autre chose, d'entreprendre des enquêtes de terrain juridiques.

Les conclusions des travaux devraient être tirées *a posteriori*, non *a priori* en sélectionnant en opportunité les arguments allant dans le sens de la thèse défendue. Il reviendrait aux scientifiques du droit pragmatistes de limiter au strict minimum les structures conceptuelles — sans vouloir les supprimer totalement, car de simples données et observations ne sauraient constituer une science²⁸⁴ — et de constater le maximum de

²⁸⁰ « La pratique fait l'ouvrier » ou « c'est en forgeant qu'on devient forgeron ».

²⁸¹ Par exemple, les options épistémologiques des jusnaturalismes, mais aussi celles des théories positivistes, ne permettent pas d'en faire des théories scientifiques puisqu'elles « déterminent *a priori* leur capacité explicative des théories juridiques, indépendamment de l'observation de leur pertinence quant à l'analyse du phénomène juridique » (R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 166). Et Carré de Malberg, ainsi que le note l'un de ses commentateurs, pouvait poursuivre l'ambition de « rechercher l'essence » des objets théoriques en cause, c'est-à-dire les « idées dont la valeur de vérité est indépendante de leurs réalisations empiriques » (É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Puf, coll. Léviathan, 2003, p. 336).

²⁸² « Les faits parlent d'eux-mêmes ».

²⁸³ Cf. J. BENOIST, « Aristote – Éthique à Nicomaque, livre V », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 1-2. L'auteur souligne notamment qu'Aristote refusait de séparer de l'être sensible sa structure intelligible et de faire de celle-ci un domaine de réalité séparé, ce que Platon appelait les « Idées » ; et qu'Aristote n'adoptait pas, comme le faisait Platon, l'attitude du philosophe législateur, qui se place dans la position, fictive, d'édicter lui-même ce que devrait être le droit, mais il essayait davantage de comprendre, de fait, ce qu'était le droit concrètement.

²⁸⁴ « Une pure collection de données d'observation ou d'expérience ne constitue pas une science : les "faits" doivent être ordonnés, interprétés, expliqués. En d'autres termes, c'est seulement lorsqu'elle est soumise à un traitement théorique qu'une connaissance des faits devient une science » (A. KOYRÉ, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Gallimard, 1973, p. 328 (cité par Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM (Aix-en-Provence), 1993,

données factuelles. Leur propos devrait donc être descriptif, principalement, et explicatif, ensuite, éventuellement critique ou prospectif, mais en aucun cas stipulatif, normatif, politique ou polémique.

Même si nombre d'auteurs considèrent encore que les sciences du droit ne sauraient être que des sciences normatives et non des sciences empiriques et causales²⁸⁵, il devient de plus en plus ordinaire de plaider en faveur du sociologisme au sein de la recherche jus-scientifique ; et beaucoup de professeurs de droit soutiennent désormais que « l'utilisation par le droit de la méthode sociologique est devenue une nécessité impérative »²⁸⁶. Ils suivent ainsi la méthode préconisée en son temps par Léon Duguit, selon laquelle

Il faut constater 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. [...] Je persiste à penser que 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. Je persiste à penser que 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 toute la vaine dialectique que l'on prétend y rattacher. [...] J'ai un profond respect pour les croyances religieuses sincères ; j'admire les rêveries métaphysiques traduites en un beau langage ; mais les unes et les autres n'ont que faire pour la découverte de la vérité positive. [...] Dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique ; on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement et exclusivement réaliste. [...] L'intuitionnisme d'un Bergson, l'immanentisme d'un Blondel, le

p. 207)). Et on peut plaider pour un « équilibre entre la réflexion ésotérique sur des mondes imaginaires et le traitement irréflecti des données » (A. SUPLOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012). Kant, pour sa part, retenait, de façon très imagée, qu'« une doctrine uniquement empirique du droit est une tête qui peut être belle, mais dont il est simplement dommage qu'elle ne possède point de cervelle » (I. KANT, « Doctrine du droit », in *Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philolenko, Vrin, 1979 (cité par J. JIANG, « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 628)).

²⁸⁵ Une part non négligeable de la doctrine juge ainsi que le droit ne serait pas un phénomène empirique et/ou que la science juridique ne pourrait pas être une science empirique (par exemple, L. HABIB, « L'impur objet de la science du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 102 ; O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 64). Par ailleurs, d'aucuns rejettent les travaux « englués dans la factualité et dans l'empirie » (S. GOYARD-FABRE, *Critique de la raison juridique*, Puf, 2003, p. 20). Hart ne voyait dans l'empirisme qu'une « prétention sans substance » (H. L. A. HART, « Le réalisme scandinave », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* 2000, n° 4, p. 43 (cité par É. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Dr. et société* 2002, p. 61). Et Michel Troper de noter qu'« il semblerait qu'on ne puisse éviter le Charybde d'une science du droit comme science du devoir-être que pour tomber dans le Scylla d'une science empirique dépourvue de toute spécificité et indissociable de la sociologie » (M. TROPER, « Kelsen, Ross et la validité », *Dr. et société* 2002, p. 57). Plus généralement, on constate que la science et la pensée, en France, peinent à mettre en avant l'empirisme et demeurent très cartésiennes (D. BOURCIER, P. VAN ANDEL, *De la sérendipité dans la technique, la science et le droit*, Hermann, 2013).

²⁸⁶ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 200.

*mysticisme d'un Hauriou, me laissent totalement indifférent. J'admire leur talent ; j'aime les sonorités poétiques de la philosophie bergsonienne ; je m'incline devant l'obscurité transcendante de Blondel et d'Hauriou ; mais je persiste à penser qu'on ne peut arriver à la connaissance de la petite part de réalité qu'il nous est permis d'atteindre que par l'observation directe des faits qui tombent sous la prise des sens. Tout le reste c'est de l'imagination, du mysticisme, du sentiment, de la poésie, ce n'est pas de la connaissance du réel.*²⁸⁷

Partant, à l'aune d'une approche pragmatique et non dogmatique, bien des professeurs en viennent-ils à retenir des définitions et des positions plus proches du droit tel que l'expérience quotidienne le révèle et à affirmer, par exemple, contre l'article 5 du Code civil²⁸⁸, qu'en droit français les juges disposent effectivement de la capacité de prononcer des arrêts de règlement²⁸⁹ ; ils se proposent d'étudier les changements et l'instabilité du milieu juridique, contre toute essence atemporelle du droit²⁹⁰ ; ou ils entendent se concentrer sur les coutumes et usages, qui ne se définissent pas autrement que telles des créations de droit par des faits²⁹¹.

Georges Gurvitch retenait que « toutes les conceptions du droit sont purement constructives », alors qu'« une réalité ne peut jamais être construite dans sa spécificité, elle ne peut qu'être retrouvée, saisie dans une expérience particulière, où elle est éprouvée, vécue immédiatement »²⁹². Et de citer Henri Bergson qui écrivait qu'« une existence ne peut être donnée que dans une expérience »²⁹³. Le juspragmatiste devrait suivre le sociologue et le philosophe. Et il devrait suivre Maurice Hauriou, qui se disait « positiviste comtiste »²⁹⁴ et qui expliquait que « la méthode positive pratiquée sincèrement [l'avait] mis à l'abri de l'influence des doctrines spéculatives »²⁹⁵. Également à l'instar de Raymond Carré de Malberg lorsqu'il entendait trouver le ferment de sa théorie de l'État dans les institutions positives et uniquement en elles²⁹⁶, il importerait de

²⁸⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. XVI, 3 et 77. Cela amenait Léon Duguit à demander : « Pourquoi inventer toutes ces entités imaginaires, droit subjectif, souveraineté, sujet de droit ? » ; et à répondre que « tout cela s'évanouit à la simple observation des faits » (*ibid.*, p. 674).

²⁸⁸ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

²⁸⁹ Par exemple, J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, coll. Cours, 2013, p. 266.

²⁹⁰ Par exemple, J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Dr. et société* 2010, p. 305.

²⁹¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 327.

²⁹² G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 13-14.

²⁹³ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant*, 1934, p. 59 (cité par G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 14).

²⁹⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. VII.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. XXIV.

²⁹⁶ 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, p. 16 (« nous douterions qu'il pût être reconnu une force juridique absolue à une logique qui prendrait son point de départ ailleurs que

se borner à observer le droit positif et à en rendre compte de la manière la plus directe et transparente possible.

En toute science, il est reconnu que « les connaissances jaillissent avant tout de l'expérience »²⁹⁷. Pour reprendre la définition qu'en donnait Georges Gurvitch, l'expérience est la « connaissance acquise par une longue série d'observations qui ne peut jamais être close »²⁹⁸; étant précisé qu'il semble nécessaire de séparer l'« expérience spontanée » (le vécu immédiat) et l'« expérience réfléchie », donc l'expérience analysée et expliquée, qui seule pourrait être qualifiée de « connaissance »²⁹⁹. Les enquêtes de terrain ont vocation à permettre de forger directement des expériences spontanées et indirectement des expériences réfléchies. Elles seraient indispensables à toute science pragmatiste, y compris à une science juridique pragmatiste.

Avec le besoin de mener des enquêtes de terrain, l'empirisme et l'objectivité se placent au cœur de la recherche juridique. Peut-être sont-ce les deux principes-cadres de la méthode pragmatiste. Empirisme et objectivité formeraient un couple indissociable et, par définition, jamais des observations empiriques ne sauraient comporter de jugements de valeur³⁰⁰, même si le pragmatisme autorise sans aucun doute à proposer subséquemment des commentaires critiques. Ainsi foncièrement empiriste, le juspragmatisme contribuerait à renforcer les liens entre droit et sociologie.

dans les institutions positives elles-mêmes. C'est pourquoi il nous semble qu'une théorie sur la formation du droit dans les divers États ne mérite de prendre place dans la théorie générale de l'État qu'autant qu'elle extrait ses matériaux ou éléments de justification des concepts et des systèmes de droit public qui, à une époque déterminée, se trouvent consacrés par les Constitutions et les lois de l'ensemble des États »).

²⁹⁷ É. KLEIN, « Comment savons-nous ce que nous savons ? », conférence à l'Agora des savoirs, Centre Rabelais de Montpellier, 2 nov. 2011.

²⁹⁸ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 19.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰⁰ M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 313.

L'empirisme, doctrine scientifique promue, en même temps que la modernité de la pensée, par Bacon, Locke, Hume, Bentham puis Auguste Comte, consiste à fonder le savoir sur l'expérience, sur les enquêtes de terrain précédemment évoquées, donc sur l'observation objective des faits, sur des « démonstrations par le fait »³⁰¹. Il faudrait, pour adopter une démarche pragmatiste, établir les connaissances à partir d'expériences spontanées, donc à partir de faits bruts, immédiatement accessibles sans besoin de reconstructions intellectuelles, se donnant à voir sans aucun travestissement.

Une telle aspiration à l'empirisme n'est néanmoins guère originale et la théorie du droit cherche souvent à imposer une science empiriste du droit³⁰², considérant que les normes juridiques seraient des faits³⁰³ — des « faits normatifs »³⁰⁴ en quelque sorte — susceptibles de donner lieu à des « jugements de réalité »³⁰⁵, *i.e.* des vérifications empiriques.

L'empirisme est de plus en plus en vogue parmi les sciences humaines et sociales. Au sein de celles-ci, « tout discours dogmatique est désormais disqualifié d'office »³⁰⁶. Cette plus ou moins grande prospérité de l'empirisme n'est d'ailleurs sans doute pas sans lien avec la plus ou moins grande prospérité du pragmatisme dans les différents champs de la connaissance. Le mouvement d'« empirisation » de la recherche ne semble toutefois toucher qu'à la marge la recherche juridique, encore souvent arc-boutée sur l'impossibilité de comprendre des devoir-être à l'aune de faits. Il n'en demeure pas moins que de plus en plus d'universitaires-juristes estiment qu'« il conviendrait de rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et de mettre résolument nos idées en accord avec les faits »³⁰⁷.

Les jusnaturalistes, les juspositivistes et les jusrationalistes objecteront que toute connaissance présupposerait l'intervention de la raison, en particulier du jugement qui serait un élément constitutif et formateur du fait — selon Gaston Bachelard, les faits

³⁰¹ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XII.

³⁰² Par exemple, M. TROPER, *Philosophie du droit*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 62 ; A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, *passim* ; É. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007, n° 59, p. 59.

³⁰³ Par exemple, V. PETEV, « Une conception socio-axiologique du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 70.

³⁰⁴ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, spéc. p. 17 (« la réalité du Droit saisie par l'expérience juridique est intermédiaire entre le monde des faits sensibles et le monde idéal ; l'expérience juridique, étant à mi-chemin entre l'expérience du sensible et l'expérience du spirituel, n'a pour données primordiales ni des valeurs idéales ni des faits sensibles mais des "faits normatifs", des faits sensibles incarnant par leur existence même des valeurs »).

³⁰⁵ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 55.

³⁰⁶ M. GIREL, « La production du doute et de l'ignorance dans les sciences », *Questions d'éthique*, France culture, 25 avr. 2013.

³⁰⁷ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDJ* 1982, p. 289.

n'existeraient pas en tant que tels et seraient toujours fabriqués par la raison³⁰⁸. Même Georges Gurvitch reconnaissait que « le connu est toujours plus complexe et plus artificiel que le donné, car il suppose une synthèse réfléchie ne pouvant jamais exprimer adéquatement les données éprouvées. L'expérience intégrale de l'immédiat n'est qu'un des éléments constitutifs de la connaissance [...], la racine qui lui procure sa nourriture »³⁰⁹.

Peut-être, d'un point de vue pragmatiste, ne faut-il pas ignorer ni nier ces considérations, notamment le fait qu'il y aurait toujours dialectique et interaction entre le sujet connaissant et l'objet de connaissance³¹⁰, mais s'efforcer à donner la priorité aux expériences spontanées et aux expériences réfléchies. Ainsi, loin de faire prévaloir l'observateur par rapport à l'objet observé, tout chercheur quel qu'il soit devrait peindre le même portrait de l'objet observé, c'est-à-dire peindre sa réalité concrète et uniquement sa réalité concrète. Ensuite, à chacun d'en proposer des commentaires critiques ou prospectifs — on parle ainsi parfois de « positivisme critique »³¹¹. Mais, au départ, il y aurait toujours l'expérience du sensible et tout expérimentateur placé dans de mêmes conditions devrait effectuer les mêmes constats et obtenir les mêmes résultats. C'est parce que l'agent est interchangeable que l'expérience est dite scientifique et que l'observation est objective³¹². Au moment de débiter ses recherches, le juspragmatiste devrait être mu par la volonté d'être non un acteur mais un simple spectateur aussi transparent que possible, un prisme ou, mieux, un miroir non déformant. Si l'élément étudié présente certains traits particuliers, l'enjeu prioritaire serait de les refléter aussi exactement qu'il est possible de le faire, tant dans leur quantité que dans leur qualité.

Bien sûr, il s'agit là d'un idéal qui ne saurait jamais correspondre à la réalité des activités jus-scientifiques. Et Jean Carbonnier pouvait reprocher aux juristes leur « tendance à prendre pour réalité sociologique leurs propres expériences du droit, qui sont pourtant

³⁰⁸ Dans un passage célèbre de *La formation de l'esprit scientifique*, Bachelard soutient que « la connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais "ce qu'on pourrait croire" mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit » (G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique – Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Vrin, 1938, p. 13 (cité par Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM (Aix-en-Provence), 1993, p. 23)). Également, G. BACHELARD, *La philosophie du non – Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique* (1940), Puf, coll. Quadrige grands textes, 2005.

³⁰⁹ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 51 (souligné dans le texte original).

³¹⁰ 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. 474.

³¹¹ L. WINTGENS, *Droit, principes et théories – Pour un positivisme critique*, Bruylant (Bruxelles), 2000.

³¹² Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 209.

limitées, déformées et déformantes »³¹³. Le juspragmatisme, d'ailleurs, devrait amener le chercheur à faire preuve de lucidité quant aux limites intrinsèques de ses activités scientifiques. Toutefois, cela ne saurait empêcher de chercher à améliorer la qualité de ses travaux scientifiques. Or on voit dans l'idéalisme — idéalisme platonicien notamment, qui s'oppose à l'empirisme et au réalisme³¹⁴ — la « pathologie typique des penseurs modernes et contemporains de la philosophie, mais aussi de la science du droit, qui perdent le contact avec le monde [...] et font tourner la pensée sur soi-même »³¹⁵. L'empirisme et le pragmatisme pourraient être des « remèdes » importants. Les ouvrages issus de la recherche jus-scientifique ne devraient s'intéresser à aucun objet non observable et ne devraient contenir aucune proposition aprioristique, aucun élément immobile et intangible, aucun concept ou principe « pur » car déduit de la seule « Raison », aucune définition strictement abstraite, aucun élément sans rapport avec la pratique juridique, aucun élément créé et non constaté.

L'empirisme consiste donc à faire primer l'expérience sur toute autre forme d'accès à la connaissance, considérant que les faits seraient les seuls critères de la certitude véritable, de la certitude non convictionnelle, et qu'ils orienteraient les jugements plus qu'ils seraient orientés par eux³¹⁶. Les faits seraient des « données primitives avec lesquelles il est impossible de négocier »³¹⁷, y compris les faits normatifs ou faits juridiques, et nul ne pourrait avoir raison contre les faits³¹⁸. La connaissance pragmatique reposerait dès lors avant tout sur de simples « jugements d'existence » consistant à constater que quelque-chose est matériellement et effectivement³¹⁹. Ainsi le savoir produit serait-il un savoir empirique, un savoir spontané³²⁰.

Il reviendrait donc au chercheur d'aborder le droit tel un ensemble d'être et non tel un ensemble de devoir-être. Il pourrait dès lors admettre que « la connaissance juridique a pour objet des normes juridiques »³²¹, mais à condition de sous-entendre qu'une norme est un fait — ou, du moins, que son existence est un fait. Il lui incomberait de comprendre la

³¹³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 155.

³¹⁴ É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1297.

³¹⁵ M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969 (cité par A. PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit – Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Dr. et société* 2009, p. 70).

³¹⁶ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 20.

³¹⁷ É. KLEIN, « Comment savons-nous ce que nous savons ? », conférence à l'Agora des savoirs, Centre Rabelais de Montpellier, 2 nov. 2011.

³¹⁸ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 149.

³¹⁹ É. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Dr. et société* 2002, p. 64 ; É. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007, n° 59, p. 59.

³²⁰ Cela conduit à parler également de « sensualisme » puisque la priorité est donnée à ce qui se donne à voir aux sens.

³²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 6.

science du droit en tant que « science des faits, et non science des normes supposées situées dans un autre monde que celui des faits »³²².

Tout apriorisme serait en conséquence exclu, à la suite de la célèbre incrédulité de Saint Thomas qui disait ne toujours croire qu'en ce qu'il voyait³²³. Cela, cependant, n'interdit pas d'émettre des hypothèses dès lors que celles-ci sont ensuite confirmées ou infirmées par une enquête de terrain³²⁴. L'approche empirique prohibe toute forme de spéculation et l'ensemble des propositions du chercheur doivent pouvoir être confirmées empiriquement, pouvoir être dites « vraies » ou « fausses », une proposition étant vraie si l'état de choses qu'elle décrit existe réellement et peut être observé³²⁵. Essentiellement, l'examen empirique du droit devrait amener à constater la répétition de certains « faits juridiques » et, par induction, à en tirer des conclusions générales. La connaissance empirique s'oppose à la connaissance analytique qui porte sur des constructions conceptuelles et qui, elle, peut être plus ou moins pertinente et efficace cognitivement et explicativement mais ne peut pas être dite « vraie » ou « fausse »³²⁶.

Partant, les sciences du droit, avec l'empirisme, se fonderaient, épistémologiquement parlant, dans un cadre sociologique, celui d'un positivisme sociologique³²⁷ et d'une véritable science sociale³²⁸, afin d'adopter les modes d'étude classiques en sociologie³²⁹ et une conception expressive du droit³³⁰. Les scientifiques du droit, pragmatistes, devraient considérer avec Émile Durkheim que, « si les faits sont intelligibles tout entiers, ils suffisent à la science [...] car il n'y a pas alors de motif pour chercher en dehors d'eux les raisons qu'ils ont d'être »³³¹. Si la science, chez Aristote (*Épistémè*), est la « connaissance

³²² É. MILLARD, « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Présentation », *Dr. et société* 2002, p. 15.

³²³ L'incrédulité de Saint Thomas lui donne une place unique dans le récit des apparitions de Jésus. Dans l'*Évangile de Jean*, il refuse de croire avant d'avoir vu les marques de la Crucifixion.

³²⁴ Par exemple, J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits* 2004, n° 39, p. 107 s.

³²⁵ Cf. É. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Dr. et société* 2002, p. 61 s. L'empirisme, ainsi que l'expliquait Karl Popper, conduit à ériger la « falsifiabilité » (ou « réfutabilité ») en critère exclusif de la science : pour faire partie de la science empirique, un système doit « pouvoir être réfuté par l'expérience » (K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique* (1959), Payot (Lausanne), 1973, p. 32), pouvoir être confronté à des données positives le confirmant ou l'infirmant. Il s'agit là d'un « signe rassurant de l'exigence et de la vitalité de la science » (Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 209). Les apports de toute science du droit devraient donc être falsifiables, être susceptibles de se voir potentiellement invalidés par des tests reproductibles (W. SABETE, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », *Arch. phil. droit* 1999, p. 303).

³²⁶ Éric Millard propose l'exemple suivant : « Si je définis la loi comme l'acte voté par le législateur selon la procédure législative, il est nécessairement vrai que la loi du 9 décembre 1905 est une loi ; et que les lois constitutionnelles de 1875 ne sont pas des lois » (É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 25).

³²⁷ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004 ; J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Helbing-Lichtenhahn (Bâle), 1997.

³²⁸ É. MILLARD, « Ross Alf – On Law and Justice », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 490.

³²⁹ P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Dr. et société* 1986, p. 129.

³³⁰ É. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Dr. et société* 2002, p. 61.

³³¹ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. IX.

des choses qui ne peuvent être autrement qu'elles ne sont, de ce qui existe nécessairement »³³², une étude scientifique du droit serait forcément une étude pragmatique du droit, forcément une étude empirique du droit, forcément une « étude sociologique du droit »³³³.

Qu'on soit juriste-chercheur ou juriste-praticien, être pragmatiste en droit signifierait se concentrer avant tout sur la matière première juridique, c'est-à-dire sur les normes et les institutions. Les méthodes de la recherche en droit relèvent combien « le retour aux textes est pour le chercheur en droit l'équivalent du retour aux faits pour le chercheur en sciences dures »³³⁴. Plus encore, le juspragmatiste ne devrait pas revenir de temps à autre aux textes normatifs mais ne jamais s'en départir³³⁵.

C'est pourquoi le droit pragmatique paraît s'opposer au droit théorique et, plus encore, au droit philosophique, si bien que les théories pragmatiques du droit examinées au sein du premier livre de ce mémoire seraient souvent des théories faibles se bornant à consacrer implicitement un « panjuridisme brut ». Le chercheur juspragmatiste, avec Durkheim et les sociologues, procéderait à des « démonstration[s] par le fait »³³⁶, ce qui, inévitablement, interdirait de s'engager dans des réflexions d'ordre spéculatif, détachées des faits ou, du moins, cherchant à dépasser ou à transcender les faits. Le juspragmatiste, attaché à la pratique juridique, se sentirait concerné par les faits juridiques bien plus que par les fictions, les abstractions et les idéaux juridiques. S'il est vrai que « les fictions, en droit, servent à contrer les réalités »³³⁷, il faudrait alors choisir entre réalité et fiction et le pragmatiste comme le praticien choisiraient toujours la réalité, ce qui peut aussi vouloir dire choisir le fait contre la norme³³⁸, ou bien encore choisir la norme effective contre la

³³² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (vers 340 av. J.-C.), Vrin, coll. Textes philosophiques, 1994 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 325).

³³³ Par exemple, T. PARSONS, *Essays in Sociological Theory Pure and Applied*, The Free Press (New York), 1957 ; P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Dr. et société* 1986, p. 127 s.

³³⁴ R. ROMI, *Méthodologie de la recherche en droit*, 2^e éd., Litec, coll. Objectif droit, 2010, p. 21.

³³⁵ C'est également cela qui justifierait de n'interroger que les aspects pratiques et concrets des problématiques et d'ignorer leurs aspects théoriques et philosophiques, mais aussi leurs aspects politiques ou autrement polémiques, lesquels, s'ils permettent certainement de contribuer à l'évolution de la pensée juridique, n'obligent qu'à de rares « retours aux textes » et « retours aux faits ». Et Gaston Jèze pouvait enseigner que « toute théorie juridique qui n'a pas pour point de départ l'observation minutieuse des faits et qui n'en est pas la synthèse exacte et adéquate est dénuée de valeur » (G. JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence », *RDP* 1914, p. 313 (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)).

³³⁶ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XII.

³³⁷ P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale – Cours au Collège de France (9/10) », *L'Éloge du savoir*, France culture, 3 mai 2013.

³³⁸ Cf. I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, Puf, coll. Quadriges manuels philosophie, 2005.

norme valide. Avec Spinoza, il faudrait « prendre la réalité pour ses désirs et non ses désirs pour la réalité »³³⁹.

La recherche juridique comprise comme recherche empirique pourrait donc amener les professeurs de droit à produire des « études de praticien »³⁴⁰. Par ailleurs, le pragmatisme juridique pourrait aussi — bien que ce soit cette fois une proposition entièrement prospective, très éloignée des activités actuelles des chercheurs en droit — conduire la recherche juridique à emprunter certaines de leurs méthodes aux sciences expérimentales.

³³⁹ Cité par R. ENTHOVEN, « Le réel et son double – Clément Rosset », *Le gai savoir*, France culture, 14 oct. 2012.

³⁴⁰ En ce sens, il est remarquable qu'un professeur écrive, en préface d'un ouvrage, que son auteur, « par sa méthode et son style, pense et écrit en avocat, c'est-à-dire en praticien du droit, placé en première ligne pour connaître *in concreto* les dérives du droit moderne, ce qui n'est pas fréquent dans la production intellectuelle ordinaire où les théoriciens sont nombreux mais coupés de la pratique, et où les praticiens qui écrivent sont rares » (Ph. NÉMO, « Préface », in P. SIMON, *Le droit naturel – Ses amis, ses ennemis*, François-Xavier de Guibert, 2006). Si est pragmatique ce qui concerne les faits, ce qui s'attache à l'action pratique, à ses résultats et à ses conséquences, ce qui juge la valeur des choses à l'aune de leur possibilité d'application concrète, ce qui œuvre dans le but de produire des effets en pratique, alors le juspragmatisme devrait conduire la recherche juridique à se rapprocher intimement de la pratique juridique. Ainsi le juspragmatiste devrait-il s'intéresser à ce que font les choses, non à ce que sont les choses. À moins qu'on puisse savoir ce qu'une chose est en étudiant ce qu'elle fait puisqu'« une chose est ce qu'elle fait » (F. S. COHEN (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)), qu'elle est les effets pratiques qu'elle produit (M. OLIVIER, *Peirce : la pensée et le réel*, Hermann, 2013). Tout spécialement, le juspragmatisme pourrait être le cadre préférentiel des travaux relatifs aux enjeux et techniques légistiques, c'est-à-dire relatifs à l'adaptation du droit et du droit de la création du droit aux mouvements de leur environnement et de leur contexte. Mais ce serait aussi, au-delà du monde de la recherche, dans le domaine jus-politique qu'il deviendrait aujourd'hui plus indispensable qu'hier de s'inscrire dans la lignée des manuels de droit dont « l'objectif est d'offrir aux étudiants, aux praticiens et à tous les juristes une réponse aussi concrète, utile et pragmatique que possible aux questions qu'ils rencontrent » (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruylant (Bruxelles), 2010, p. 2 (cité par B. FRYDMAN, « La méthode pragmatique du professeur van Ommeslaghe », allocution prononcée à l'occasion de la conférence Perelman exceptionnelle, 26 nov. 2010)).

Chapitre 2. L'expérimentalisme

Le juspragmatiste préférerait le cas concret au concept vaporeux. Déjà Descartes invitait ses lecteurs à construire leurs connaissances « à partir du particulier et non à partir du général »³⁴¹. Et on observe que « rien n'est compréhensible sans exemples »³⁴², mais à condition de ne pas choisir ces exemples en opportunité, donc *a posteriori* afin de servir sa démonstration³⁴³. Les exemples, pour être pertinents, devraient toujours, d'une part, être acceptés *a priori* et, d'autre part, correspondre à « des situations moyennes et normales », non à « des cas extrêmes [et] des possibilités extraordinaires »³⁴⁴.

Par conséquent, plutôt qu'à des exemples multiformes et parfois hasardeux, il pourrait être tentant d'étudier un « sujet d'expérience », c'est-à-dire un ensemble d'exemples unitaire, représentatif ou symptomatique de la réalité contemporaine du droit. C'est pourquoi il serait permis d'interroger, à l'aune du « virage pragmatiste » que la recherche juridique prendrait, la possibilité d'introduire la notion d'« expérience scientifique » et le procédé de l'expérience scientifique parmi les sciences du droit. Les chercheurs en droit pourraient-ils véritablement travailler au sein de laboratoires et au moyen d'instruments de laboratoire ?

³⁴¹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode – Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*, Leyde, 1637.

³⁴² M. OLIVIER, *Peirce : la pensée et le réel*, Hermann, 2013.

³⁴³ On note ainsi que « l'exemple est un allié dangereux pour qui cherche à évaluer le changement, dans la mesure même où il a été sélectionné en raison de son exemplarité et, donc, plus ou moins consciemment, du fait de son adéquation privilégiée au modèle théorique qu'il a pour fonction d'illustrer » (D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 53). Et de citer Jean Rivero qui disait que, si « l'océan est peuplé d'une infinité de sardines et de quelques cœlacanthes », il serait peu judicieux de « penser une théorie générale du peuplement halieutique à partir de la seule observation des cœlacanthes » (*ibid.*, p. 64).

³⁴⁴ 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, Sirey, 1920, p. XIII-XIV.

L'attrait des juristes pour les sciences expérimentales comme pour le pragmatisme demeure une chose peu répandue, pour ne pas dire inexistante. Sans doute s'appuie-t-on régulièrement sur des métaphores tirées du jargon scientifique, mais, concrètement, les juristes ne procèdent jamais à de véritables expériences scientifiques³⁴⁵. Pourtant, il est généralement admis que, en tant que science sociale, le droit ne se situerait pas en dehors du champ scientifique et que nulle de ses composantes n'interdirait une pratique scientifique³⁴⁶. Le fait que la recherche juridique soit « un travail scientifique »³⁴⁷ et le fait que le premier critère d'évaluation de pareille recherche doive être son « efficacité scientifique »³⁴⁸ ne sont jamais mis en doute, ce qui importe étant « moins le résultat que la manière d'obtenir le résultat »³⁴⁹ et autant la méthode empruntée que l'objectif poursuivi. Seulement les plus fortes conséquences de ces affirmations ne sont-elles jamais tirées ; « science sociale », le droit ne devrait pas, ni ne pourrait, quêter le statut de science expérimentale. Pourtant, « le rôle du juriste [n'est-il pas] de faire œuvre de clinicien, pas de prêtre ou d'apprenti-sorcier »³⁵⁰ ? Aussi le chercheur en droit pourrait-il appuyer ses pratiques scientifiques sur des procédures précises, rigoureuses et pérennes, donc expérimentales.

En particulier, l'affirmation du pragmatisme chez les juristes inciterait à se demander s'il serait possible d'étudier le droit au moyen d'instruments de mesure — ceux-ci étant les outils les plus essentiels à tout scientifique — ou bien si le statut particulier des sciences humaines et sociales rendrait cette ambition inconséquente et les résultats potentiels nécessairement trop approximatifs. Les chercheurs en droit n'ignorent pas combien un caractère imparfait marquera toujours, quels que soient les efforts entrepris, les « sciences littéraires » en général et les sciences du droit en particulier. Ces « sciences à la cuillère » ne seront jamais des « sciences au microscope ». Cependant, le juspragmatisme ne permettrait-il pas de remédier, forcément de façon fragmentaire et dans une mesure modeste, à certaines de ces imperfections ? En somme, il s'agirait de transformer le droit universitaire en une « science à la petite cuillère » quand il se présenterait aujourd'hui

³⁴⁵ Du moins au niveau de la recherche juridique puisque les législateurs, eux, recourent parfois aux « lois expérimentales ».

³⁴⁶ R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridique : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 178.

³⁴⁷ R. ROMI, *Méthodologie de la recherche en droit*, 2^e éd., Litec, coll. Objectif droit, 2010, p. 45.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ F. ROUVIÈRE, « Itinéraire de la recherche en droit – Le plan de la thèse », conférence à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 3 mars 2012.

³⁵⁰ A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3^e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence (Aix-en-Provence), 2002, p. 37.

davantage telle une « science à la grande cuillère » dans laquelle la « culture corporative » l'emporterait encore sur la « culture scientifique »³⁵¹.

Toutefois, si la « culture corporative » domine peut-être la « culture scientifique » parmi les chercheurs en droit, ce n'est pas fatalement pour de mauvaises raisons, tant s'en faut. Il importe de se méfier de la « loi de la bipolarité des erreurs »³⁵², cette sorte de balancier intellectuel qui ne permet à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements qu'en succombant aussitôt aux fourvoiements opposés. Et il convient de garder à l'esprit que « les nombres à eux seuls peuvent être aveugles et sans signification ; des données littéraires et qualitatives, sans nombres ni statistiques, ne sont souvent rien d'autre qu'histoires et impressions. Réunissez-les, et ils auront plus de sens ensemble qu'ils n'en avaient isolément »³⁵³. De ces points de vue également, le pragmatisme pourrait s'avérer utile en ce qu'il penche du côté de l'équilibre plus que du côté du manichéisme, en ce qu'il pousse à refuser tout système de certitudes mais aussi à rejeter tout scepticisme de principe.

Par suite, une recherche serait foncièrement juspragmatiste dès lors qu'elle consisterait en la conduite et en l'exposé des résultats d'une expérience scientifique. Intimement liée au pragmatisme, l'expérimentation est la « méthode scientifique [qui] exige l'emploi systématique de l'expérience et de l'observation contrôlée afin de vérifier les hypothèses avancées et d'acquérir des connaissances positives dans les sciences expérimentales »³⁵⁴. La science du droit pourrait-elle devenir une telle science expérimentale ? S'il est permis d'en douter pour des motifs ontologiques³⁵⁵, de telle sorte que ces réflexions sont forcément très éloignées de la réalité des activités quotidiennes des chercheurs en droit, elle pourrait néanmoins, avec l'aide des prémisses pragmatistes, s'en rapprocher. Mais il ne saurait donc s'agir que d'un pari sur l'avenir, que d'une proposition audacieuse. Jusqu'à présent, on n'a que très exceptionnellement procédé à des expériences en droit.

³⁵¹ F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éditions, 2013, p. 234.

³⁵² G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20.

³⁵³ L. M. FRIEDMAN, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 116.

³⁵⁴ V° « Expérimentation », in *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010 (non souligné dans le texte original).

³⁵⁵ Ce n'est bien sûr pas par hasard que les sciences humaines et sociales sont qualifiées de « molles » par opposition aux sciences « dures » ou « exactes » que sont les mathématiques, la physique, la chimie, la biologie, la géologie ou encore l'informatique. Il serait difficile de suivre qui considère que « le droit est une science naturelle comme la botanique ou la zoologie, une science de faits susceptibles d'observation scientifique, et non pas un ensemble de concepts cérébraux » (E. PICARD, *Le droit pur* (1908), Kessinger Publishing (Whitefish), 2010) ; que « les sciences morales ne procèdent pas autrement que les sciences naturelles » (A. JOURDAN, *Le droit français*, 1875, p. 20 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 310)) ; ou que « nous étudions le droit d'un point de vue analytique et synthétique, comme le chimiste étudie les corps qu'il décompose et classifie. [...] Par leur nature même, nos conclusions sont tout aussi rigoureuses que celles de la science des corps matériels » (E. ROGUIN, *La règle de droit*, F. Rouge (Lausanne), 1889, p. VI (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 310)).

Une telle ambition « scientifique » est même relativement iconoclaste. Mais le juspragmatisme, en ce qu'il tendrait à renverser le juspragmatisme moderne, n'est-il pas, au moins parmi les facultés de droit françaises, une forme d'iconoclasme ?

Reste que, si expérimenter signifie « essayer ou tester les qualités de quelque chose »³⁵⁶, « mettre à l'essai ce qui est nouveau dans son usage et dans sa pratique »³⁵⁷, alors sous cet angle aussi faire œuvre pragmatique s'opposerait radicalement au fait de faire œuvre stipulative, péremptoire, spéculative ou métaphysique. Les commentaires devraient être seconds par rapport aux données factuelles qui devraient primer et pouvoir s'exprimer de la manière la plus brute. Procéder à des expériences est dès lors peut-être la meilleure façon d'aboutir à un tel résultat et de faire de la science juridique une science « endurcie » grâce au pragmatisme.

Par ailleurs, l'expérience désigne également la « connaissance acquise soit par les sens, soit par l'intelligence, soit par les deux, et s'opposant à la connaissance innée impliquée par la nature de l'esprit ; [le] fait d'acquérir, volontairement ou non, ou de développer la connaissance des êtres et des choses par leur pratique et par une confrontation plus ou moins longue de soi avec le monde »³⁵⁸. Où l'importance d'une approche empirique et sociologique apparaît clairement. Dans ce dernier sens au moins, il n'existerait pas de science sans expérience ni de science sans pragmatisme. D'ailleurs, la langue anglaise étiquette comme « sciences » les champs de la connaissance qui recourent à de vraies méthodes scientifiques, c'est-à-dire qui vérifient leurs hypothèses empiriquement, par des observations, des tests et des expériences³⁵⁹. La langue française, pour sa part, définit la science comme tout « ensemble structuré de connaissances qui se rapportent à des faits obéissant à des lois objectives et dont la mise au point exige systématisation et méthode »³⁶⁰. Partant, une activité serait d'autant plus scientifique qu'elle obéirait à des méthodes rigoureuses, objectives et empiriques et qu'elle exclurait toute subjectivité et toute improvisation. Or rien ne paraît plus méthodique qu'une expérience.

Peut-être la valeur scientifique d'une étude juridique est-elle, comme dans d'autres domaines, proportionnelle à sa faculté à être testée, réfutée et invalidée par l'expérience³⁶¹,

³⁵⁶ V° « Expérimenter », in *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010.

³⁵⁷ V° « Expérimenter », in *Trésor de la langue française*.

³⁵⁸ V° « Expérience », in *Trésor de la langue française*.

³⁵⁹ L. M. FRIEDMAN, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 116.

³⁶⁰ V° « Science », in *Trésor de la langue française*.

³⁶¹ K. POPPER, *Conjectures et réfutations – La croissance du savoir scientifique*, trad. M.-I. Launay, M.-B. Launay, Payot (Lausanne), 1985, p. 65.

ce que Karl Popper appelait « falsifiabilité »³⁶². Acquérir de l'expérience en procédant à des expériences serait ainsi tout à fait normal au sein des sciences du droit. Cela pourrait même devenir une exigence scientifique en même temps qu'une exigence pragmatique.

Il n'en demeure pas moins, parmi ces sciences du droit qui sont beaucoup plus humaines que naturelles, qu'il est inévitable, à la suite de Max Weber, de « se résoudre dès le départ à une réussite incomplète »³⁶³. Il importe de ne pas ignorer ni nier les nombreux « obstacles épistémologiques »³⁶⁴ qui freinent ou malmènent les démarches des scientifiques du droit. Il demeure et demeurera toujours une différence irréductible de qualités entre les objets d'étude des sciences naturelles et ceux, fluctuants, contingents et plus ou moins incertains et flous, des sciences sociales. Quant aux droits — *i.e.* au droit dans ses différents aspects —, objets de recherche des sciences du droit, il n'est pas rare qu'ils s'avèrent fort ambigus, évanescents et protéiformes. Les normes, les institutions et les pensées du droit ne sont compréhensibles que par le biais d'intermédiaires cognitifs qui tendent nécessairement à les déformer, à les subjectiver, loin des objets saisissables et palpables qui intéressent les sciences naturelles. Généralement, les sciences juridiques se consacrent à des formations psychiques collectives, à des conventions langagières relatives, problématiques et fragiles. Partant, les expériences juridiques ne sauraient être que des expériences limitées.

Et le pragmatisme, à l'évidence, ne saurait être ni un aboutissement ni un moyen ultime de perfectionner la recherche juridique. Mais il pourrait s'avérer utile à différents égards, *a fortiori* en des temps où l'on en vient de plus en plus à regretter la tendance au dogmatisme et, par suite, à la frilosité des facultés de droit³⁶⁵.

Les juspragmatistes, mieux que les juspositivistes modernes et, plus encore, mieux que les jusnaturalistes, seraient en mesure de « critiquer et désorganiser le complexe impur des intuitions premières »³⁶⁶, de ne pas céder aux « passions »³⁶⁷, de s'échapper des idoles,

³⁶² K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique* (1934), trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, Payot (Lausanne), 1973. Pour l'illustre philosophe des sciences, la pratique scientifique dépendrait de la possibilité de réaliser la dérivation d'« énoncés de base » susceptibles d'être confrontés à la réalité, un « énoncé de base » étant « un énoncé qui peut servir de prémisses dans une falsification empirique ; en bref, c'est l'énoncé d'un fait singulier » (*ibid.*, p. 40). Plus clairement, être scientifique, ce serait « émettre des hypothèses puis observer empiriquement si elles sont vérifiées » (J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits* 2004, n° 39, p. 107). *Cf.*, également, Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM (Aix-en-Provence), 1993, p. 25.

³⁶³ M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1920), Pocket, coll. Agora, 1967, p. 23.

³⁶⁴ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique – Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Vrin, 1938.

³⁶⁵ En ce sens, par exemple, 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.

³⁶⁶ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique – Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Vrin, 1938, p. 14 (cité par Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM (Aix-en-Provence), 1993, p. 23).

« sortes de fantômes qui nous défigurent le véritable aspect des choses [...] et que nous prenons pourtant pour les choses mêmes »³⁶⁸. Il leur appartiendrait de contredire qui annonce que le social, donc le juridique, ferait la part belle au « triomphe des illusions sur l'esprit scientifique »³⁶⁹ et à « l'abolition du réel par l'hyperréel »³⁷⁰, c'est-à-dire par les modèles. Aussi une implication nécessaire et cardinale du juspragmatisme pour le chercheur en droit serait-elle de légitimer son émancipation par rapport aux dogmes et autres idées préconçues qui pourraient freiner et désorienter ses entreprises scientifiques.

³⁶⁷ Réf. à N. ROULAND, *Du droit aux passions*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Iségoria, 2005.

³⁶⁸ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 18^e éd. (1937), Puf, 1973, p. 18.

³⁶⁹ J. BAUDRILLARD, *À l'ombre des majorités silencieuses – La fin du social*, Denoël, 1982, p. 87 (cité par A. CARTY, « Du Postmodernisme en théorie et en sociologie du droit, ou Rousseau et Durkheim lus par Baudrillard », *Dr. et société* 1989, p. 383).

³⁷⁰ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 18^e éd. (1937), Puf, 1973, p. 8.

Chapitre 3. Le libéralisme

Aujourd'hui plus qu'hier — et peut-être moins que demain —, penser le droit loin de tout préjugé, cela grâce aux prémisses juspragmatistes, semble constituer un enjeu important : les normes et les institutions effectives ne peuvent évoluer substantiellement, si ce n'est radicalement, et la pensée du droit demeurer inerte ou détourner le regard en direction des lois et jurisprudences rassurantes. La science juridique ne saurait ignorer le « droit vivant » et le « droit vécu »³⁷¹. Pour rendre compte du droit tel qu'il se donne à voir dans les faits, spécialement du point de vue de ceux qui le pratiquent, il serait indispensable de l'appréhender loin des influences et des traditions héritées d'un passé qui ressemble chaque jour un peu moins au présent.

C'est pourquoi l'on pourrait parler d'« indépendantisme » juridique ou scientifique, l'indépendantisme étant un « ensemble d'attitudes ou comportements faisant de l'indépendance un système de conduite ou d'action »³⁷². Et l'on pourrait également évoquer le « libéralisme », celui-ci étant une « indépendance d'esprit, en particulier à l'égard des dogmes », une « attitude de respect à l'égard de l'indépendance d'autrui, de tolérance à l'égard de ses idées, de ses croyances, de ses actes », ou encore une « attitude ou doctrine favorable à l'extension des libertés et en particulier à celle de la liberté de pensée »³⁷³. Les chercheurs en droit ne sauraient, en s'enfermant dans le formalisme, se contenter d'étudier un « droit momifié et adoré pour lui-même » à travers un « culte idolâtre du “droit pour le droit”, un paganisme juridique qui fait du droit une nouvelle religion centrée sur elle-même, alors qu'il doit être une science insérée dans la réalité »³⁷⁴.

³⁷¹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 366.

³⁷² V° « Indépendantisme », in *Trésor de la langue française*.

³⁷³ V° « Libéralisme », in *Trésor de la langue française*.

³⁷⁴ M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, 1979, p. 101 et 103 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 573).

Le libéralisme ici en cause n'est donc pas un libéralisme économique ou moral, ni un libéralisme juridique et politique, mais un libéralisme scientifique, un libéralisme épistémologique, un libéralisme dans les modalités et la conduite de la recherche. Un besoin important pour la recherche juridique contemporaine et de demain serait de prendre quelques distances avec ce que Pierre Bourdieu appelait le « fantasme de l'appareil »³⁷⁵. Le chercheur en droit ne devrait pas se lier *ab initio* à des paradigmes, des principes ou même des réflexes quels qu'ils soient³⁷⁶. Or le pragmatisme, en tant que disposition de l'esprit, attitude, méthode ou mode de pensée, invite à faire preuve de liberté intellectuelle. Cette invitation pourrait être reçue autant en droit qu'elle l'est ailleurs.

Par suite, cette liberté intellectuelle serait un moyen essentiel afin de favoriser le progrès des connaissances juridiques. Parce qu'il s'oppose au dogmatisme, le pragmatisme conduit à redouter toutes les formes de suivisme, de conformisme ou de panurgisme. En droit comme dans les autres sphères de la connaissance, il peut servir à s'élever sans crainte contre certains dogmes reçus sans discussion depuis des générations et qui, peut-être, mériteraient aujourd'hui d'être reconstruits sur des bases actualisées, si ce n'est, pour certains, abandonnés. Comme l'a écrit Michel Villey dans sa *Critique de la pensée juridique moderne*, il faudrait, pour réfléchir utilement, « s'affranchir de l'opinion dominante de son époque »³⁷⁷. C'est exactement ce à quoi le pragmatisme incite. Or Villey constatait et regrettait que « les Précis de droit se recopient l'un sur l'autre, pour l'essentiel, s'appuient sur une doctrine reçue, une doctrine commune »³⁷⁸. C'est exactement contre un tel lissage des pensées et des pratiques scientifiques que le pragmatisme s'élève³⁷⁹. Si ce courant de pensée est pluriel et ne connaît que quelques

³⁷⁵ P. BOURDIEU, « Droit et passe-droit », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1990, n° 81-82, p. 88 (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. 323).

³⁷⁶ En ce sens, Jacques Vanderlinden avance qu'« il est préférable de ne jamais penser en termes de paradigmes, si ce n'est celui de l'immense relativité de tout savoir et de la nécessité de sans cesse le remettre en question. [...] Le paradigme — en tant que conception théorique dominante qui a cours à une certaine époque dans une communauté scientifique — est une telle source de reproduction de l'ordre établi, de conformisme à l'égard du “scientifiquement correct”, de fermeture des esprits, que je préfère essayer de m'en passer plutôt que d'y succomber » (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).

³⁷⁷ M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1976, p. 17. Mais Michel Villey pouvait aussi écrire que « le conformisme, qui peut se justifier dans la dogmatique juridique, ou s'imposer dans certains régimes politiques, répugne à la philosophie » (M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 34).

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 27.

³⁷⁹ À propos des sources de l'obsolescence malheureusement rapide de beaucoup d'ouvrages censés contribuer à la recherche juridique, Guy Thuillier écrit : « Si on s'interroge sur les raisons profondes de l'obsolescence rapide de ces travaux, on s'aperçoit qu'on a été trop docile, trop bien élevé : on a été où vont les autres, par habitude, par paresse, par pression du groupe, sous prétexte d'avoir une audience, d'exercer une influence, on n'a pas su marquer sa différence, apporter des “innovations”, on n'a pas assez pris de risques ; or à quoi sert de publier un livre s'il n'est pas “risqué” ? On a cédé à la mode, on a fait “comme les autres”, on n'a pas réussi à construire une œuvre : or l'officium du juriste

lignes communes pour beaucoup de divergences entre les positions de ses défenseurs et protagonistes, cela constituerait une force plus qu'une faiblesse ; car chaque pragmatiste pourrait ainsi suivre sa voie sans que lui soient imposés quelques canons dogmatiques, sans devoir suivre impérativement la route d'une école donnée avec le risque de s'en retrouver exclu sitôt qu'un chemin de traverse serait emprunté. Si Michel Villey en appelait à « la liberté et [au] sursaut critique »³⁸⁰, il semble que le pragmatisme juridique soit une réponse à cet appel. Il permettrait de résister à la puissance des autorités et même de contester qu'il existe quelque autorité véritable. Le chercheur pragmatiste ne devrait jamais se départir de la « vigilance critique »³⁸¹ qui permet de ne pas suivre la voie officielle au seul motif qu'elle est la voie officielle ou la voie commune au seul motif qu'elle est la voie commune.

Les pragmatistes tentent de résister au besoin de certitudes, au besoin de posséder *ab initio* des fondements absolus à partir desquels engager ses activités scientifiques. C'est ainsi que le pragmatisme promet plus que tout autre mode de pensée le libéralisme intellectuel. Partant, le pragmatisme juridique refuserait toutes garanties immuables et incontestables et conduirait non au doute et au scepticisme mais à une pleine et entière libre discussion. On pourrait donc continuellement chercher à améliorer ses pratiques et, par conséquent, chercher à perfectionner ses connaissances. Aucune proposition ni expérimentation ne saurait être interdite *a priori*, sans égard pour ses conséquences, pour les bénéfiques et les travers qu'elle pourrait générer.

La recherche juridique, d'un point de vue pragmatiste, devrait donc être une recherche libre et critique, mais aussi une recherche ouverte, tant à la discussion qu'au changement. Déjà dans certaines écoles de droit on se propose de « former des juristes libres, c'est-à-dire outillés pour poser un regard critique sur le discours dont ils sont les héritiers et capables de construire l'avenir juridique de nos sociétés »³⁸². Et déjà des professeurs de

n'est pas d'être un pion interchangeable sur l'échiquier » (G. THULLIER, « Obsolescence des travaux juridiques », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1102 (souligné dans le texte original)). Par ces mots, l'auteur vise particulièrement les jeunes chercheurs, soulignant combien il est « difficile d'écrire à 25 ou 30 ans car l'on subit la pression des modes universitaires » (*ibid.*). Ce serait non une possibilité mais une exigence première — en même temps que délicate à satisfaire — que de proposer des réflexions librement construites, loin des habitudes, de la pression du groupe et des modes dénoncées. Une méthode de la thèse en droit note que « l'esprit de système est bon et même nécessaire s'il est hypothèse prolongée et se fleurit de points d'interrogation. S'il se veut passage en force d'arguments d'autrui, il devient caricatural » (J.-M. MOUSSERON, « Guide de la thèse en droit », [en ligne] <daniel-mainguy.fr>).

³⁸⁰ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 27.

³⁸¹ J.-P. COMETTI, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Folio, coll. Essais, 2010, p. 286.

³⁸² Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, « De futurs juristes libres et responsables ! Manifeste pour la formation en droit », *RIEJ* 2016, n° 76, p. 175.

droit préfèrent la « liberté de penser » à l' « autorité de la doctrine »³⁸³. Ce sont ces voies que le juspragmatisme invite à approfondir, ce pourquoi Léon Duguit avait déjà il y a longtemps plaidé, dénonçant le fait que « la jurisprudence [*i.e.* la doctrine juridique] a ses dogmes qui établissent une servitude, et depuis des siècles les juristes sont, comme les théologiens, enchaînés par eux »³⁸⁴.

Le chercheur, libéré de toutes les formes d'influence *a priori* qui pourraient l'amener à rechercher la réalité aux yeux des autres, aux yeux des maîtres, plutôt que la réalité aux yeux des faits, aux yeux de la science, aux yeux de la logique, serait mieux en mesure de saisir les modes de régulation contemporains et leurs conséquences. C'est pourquoi le pragmatisme juridique irait nécessairement de pair avec une méfiance à l'égard du juspositivisme moderne et des habitus universitaires qu'il a produit. Dans le domaine de la recherche juridique tel que la modernité l'a formaté, « l'âge, le tempérament, les ambitions et la carrière limitent la capacité à penser par soi-même »³⁸⁵. En matière d'intelligence des faits et de réflexion au-delà des faits, il semble pourtant indispensable d'emprunter la voie

³⁸³ 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.

³⁸⁴ L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008, p. 162. Et Duguit d'expliquer que « les juristes pénétrés, comme les théologiens, d'esprit déductif, confiants dans la puissance de la méthode rationnelle, formulent, comme eux, des concepts *a priori*, auxquels, comme eux aussi, ils croient d'une fois aveugle, ne soupçonnant pas qu'on puisse prétendre que derrière ces concepts il n'y a que le vide, le néant » (*ibid.*, p. 240). Penser librement, dans l'espace de l'une ou l'autre branche de la recherche juridique, semble être une entreprise délicate et Émile Durkheim pouvait regretter que « nous sommes encore trop accoutumés à trancher [les] questions d'après les suggestions du sens commun pour que nous puissions facilement le tenir à distance des discussions sociologiques. Alors que nous nous en croyons affranchis, il nous impose ses jugements sans que nous y prenions garde » (É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. VII). Avec Durkheim, il conviendrait de s'imposer la scientificité, donc l'objectivité et l'empirisme, et la criticité comme principes, de tout mettre en œuvre afin d'éviter de se laisser guider par ce « sens commun ». Il faudrait, avec le sociologue, « Penser librement, se détacher des “habitudes collectives” : c'est ce qui est surtout évident de ces croyances et de ces pratiques qui nous sont transmises toutes faites par les générations antérieures ; nous les recevons et les adoptons parce que, étant à la fois une œuvre collective et une œuvre séculaire, elles sont investies d'une particulière autorité que l'éducation nous a appris à reconnaître et à respecter. Or il est à noter que l'immense majorité des phénomènes sociaux nous vient par cette voie. [...] Une fois que l'assemblée s'est séparée, que les influences sociales ont cessé d'agir sur nous et que nous nous retrouvons seul avec nous-même, les sentiments par lesquels nous sommes passés nous font l'effet de quelque-chose d'étranger où nous ne nous reconnaissons plus. Nous nous apercevons alors que nous les avons subis beaucoup plus que nous les avons faits. Il arrive même qu'ils nous fassent horreur tant ils étaient contraires à notre nature. [...] Ce que nous disons de ces explosions passagères s'applique identiquement à ces mouvements d'opinion plus durables qui se produisent sans cesse autour de nous, soit dans toute l'étendue de la société, soit dans des cercles plus restreints, sur les matières religieuses, politiques, littéraires, artistiques, etc. » (*ibid.*, p. 7-11). Aussi Durkheim reste-t-il l'archétype du chercheur — très paradoxalement puisqu'il est un modèle en ce qu'il invite à ne pas avoir de modèle — : « Parce que la sociologie est née des grandes doctrines philosophiques, elle a gardé l'habitude de s'appuyer sur quelque système dont elle se trouve solidaire. C'est ainsi qu'elle a été successivement positiviste, évolutionniste, spiritualiste, alors qu'elle doit se contenter d'être la sociologie tout court » (*ibid.*, p. 139). Duguit, qui fréquentait Durkheim à Bordeaux, retenait une conception de son office peu ou prou similaire et que le chercheur en droit pourrait faire sienne : « Je ne saurais trop protester contre la tendance [...] d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays serait une norme de droit devant laquelle le juriste devrait s'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit*, le problème de l'État, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 175).

³⁸⁵ G. THUILLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1145.

de la liberté et d'écouter la voix de la liberté, ce qui ne signifie ni « penser à contre-courant » ni « penser avec le courant », mais « penser loin du courant », indépendamment du courant³⁸⁶. Le cadre du juspragmatisme pourrait contribuer à favoriser cette libre-pensée que des chercheurs en droit peuvent être tentés de s'interdire, parfois presque explicitement — mais cela concerne surtout les plus jeunes de ces chercheurs.

Une conséquence du positivisme juridique moderne est de lier la force des arguments à leurs origines plus qu'à leurs contenus : un doctorant, par exemple, ne pourrait dans tous les cas avoir raison contre Kelsen, même si ce dernier reverrait peut-être assez largement sa copie s'il écrivait aujourd'hui. Le juspositiviste semble plus préoccupé par « ce qu'en pensent les autres » et par « ce qu'en pensent les maîtres » que par « ce que j'en pense ». Il en irait tout au contraire avec le juspragmatisme.

Beaucoup de pensées collectives qui paraissaient très solides se sont finalement effondrées suite à l'affirmation d'une pensée concurrente qui semblait longtemps isolée et inacceptable, si ce n'est intolérable. Qu'on se rappelle Galilée reconduit au cachot, son procès achevé, et marmonnant : « Et pourtant elle tourne... ». Aucune « révolution scientifique » ne serait envisageable s'il était défendu de libre-penser, *a fortiori* en sciences humaines et sociales. Aussi le pragmatisme serait-il un cadre épistémologique particulièrement propice aux « révolutions scientifiques ».

Pourtant, en droit, on enseigne aujourd'hui encore très habituellement que les travaux de recherche auraient pour fonction essentielle de permettre aux enseignants-chercheurs de montrer à leurs pairs qu'ils ont rigoureusement intériorisé les habitus du corps des universitaires-juristes, intériorisé les dogmes (notamment formels) qui sont la marque de la doctrine juridique³⁸⁷. Les éventuelles « découvertes scientifiques » ne seraient que secondaires ; parfois, elles ne seraient même pas souhaitables car pas acceptables en ce qu'elles remettraient en cause certains acquis. Le chercheur ne devrait pas poursuivre l'objectif d'ouvrir de nouvelles voies dans la montagne de la pensée juridique. Au contraire, il lui appartiendrait avant tout de prouver que les codes et la hiérarchie propres

³⁸⁶ Montaigne disait : « Je m'instruis mieux par opposition aux modèles que par leur imitation, et en les évitant qu'en les suivant » (M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. III, chap. 8). Une réflexion doctrinale qui se bornerait à se fondre dans les traces des théories majoritaires, que cela soit par opportunité ou par manque de recul ou de maturité, n'en serait peut-être pas véritablement une. Il serait éminemment nécessaire de songer à la pertinence de toute proposition au départ d'une parfaite — ou plutôt d'une plus parfaite — indépendance d'esprit. Contrairement à Montaigne, qui entendait réfléchir contre les modèles, il s'agirait de réfléchir loin des modèles, indépendamment d'eux.

³⁸⁷ Par exemple, H. CAPITANT, *La thèse de doctorat en droit*, 3^e éd., Dalloz, 1935 ; R. GASSIN, « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *RRJ* 1996, p. 1167 s.

au milieu sont compris et acceptés, par exemple en publiant des « notes de jurisprudence » techniques sur le fond et standardisées sur la forme³⁸⁸.

En ce sens, il est remarquable que William James a écrit un pamphlet contre le doctorat (intitulé « La pieuvre du doctorat »), lui reprochant d'enfermer la pensée dans des attentes et des structures l'empêchant de s'exprimer et de poursuivre une réflexion originale. Il se trouve peut-être dans un tel texte pragmatiste des pistes de réforme structurelle à entreprendre. Le pragmatiste ne saurait accepter l'idée que le suivisme et le conformisme seraient les meilleures garanties d'un travail de qualité. Prenant un accent voltairien, il en viendrait à clamer : « Je ne suis pas d'accord avec les recherches que vous menez, mais je me battrais pour que vous ayez le droit de les mener ».

Le chercheur pragmatiste serait donc celui qui est convaincu que « l'activité de la doctrine, comme toute activité scientifique, suppose la possibilité même de rechercher la vérité, ce qui implique non seulement la liberté mais aussi la critique qui est inhérente à l'éthos scientifique »³⁸⁹. Déjà Savigny insistait sur l'indissociabilité du chercheur, du sens critique et de l'indépendance d'esprit, ajoutant que « le conformisme est incompatible avec l'esprit de recherche »³⁹⁰. D'un point de vue pragmatiste, l'intérêt et la portée de réflexions quelles qu'elles soient dépendraient principalement de la capacité à faire œuvre libre et critique, donc de la capacité à faire abstraction de l'« influence morale du passé »³⁹¹ et des précédents ou préjugés de toutes sortes, de la capacité à « gouverner librement sa pensée »³⁹².

³⁸⁸ Ainsi le directeur d'une thèse qui a été reconnue comme de grande qualité par le milieu professionnel mais non par le milieu universitaire d'expliquer que, « dans l'univers de l'académisme, il n'est pas bon de travailler sur des sujets nouveaux, [...] et plus encore de soutenir fortement des idées hétérodoxes. L'on peut y avoir raison avant tous les autres, mais il n'est pas recommandé de le faire savoir trop tôt » (L. RAPP, « Préface », in M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 16).

³⁸⁹ É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », in *Mélanges Rolland Drago*, LGDJ, 1989, p. 12.

³⁹⁰ C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin, 1848 (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 387).

³⁹¹ G. POSTEMA, « On the Moral Presence of our Past », *Revue de droit de McGill* 1991, p. 1153 s.

³⁹² G. THUILLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1145. Il faudrait ajouter la capacité à suivre la première des règles du *Discours de la méthode* : « Ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire éviter soigneusement la précipitation et la prévention ; et ne comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute » (R. DESCARTES, *Discours de la méthode – Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*, Leyde, 1637). Une recherche critique devrait donc se concevoir comme entourée de certaines normes de discussion impliquant des présupposés logico-sémantiques proches du cartésianisme. Ces normes seraient, notamment, les suivantes : « Chacun doit pouvoir mettre en question toute affirmation quelle qu'elle soit » ; et « aucun locuteur ne doit être empêché par une pression autoritaire de mettre à profit ses droits établis de prendre part à la discussion » (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp (Francofort-sur-le-Main), 1983 (cité par 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)). Ces prémisses seraient les « présupposés transcendants » de toute *disputatio*, indétachables d'une « morale de la discussion » (J. HABERMAS, *Morale et communication* (1986), Flammarion, coll. Champs, 1999 (cité par P. LIVET, « Argumentation et rhétorique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture*

La « capacité doctrinale » serait donc la capacité à penser par soi-même³⁹³. Un chercheur qui, *ab initio*, s'auto-imposerait des barrières ou des interdits, qui se refuserait le droit à la libre critique, non parce qu'il jugerait cela pertinent mais parce que *magister dixit* (« le maître l'a dit »), ne ferait guère œuvre pragmatique. Car suivre cet adage latin, sans prendre de recul ni s'autoriser quelque « marge de pensée », amène à conforter la « pensée unique » et le « prêt-à-penser » que d'aucuns dénoncent très au-delà de la sphère juridique³⁹⁴.

Le juspragmatiste serait, au contraire, en mesure d'emprunter à cette « intelligence sans attache » dans laquelle le philosophe Karl Mannheim voyait le modèle même du grand chercheur³⁹⁵. Dans le cadre du pragmatisme, il faudrait sans cesse se risquer à « inquiéter les certitudes »³⁹⁶, à « produire l'insécurité culturelle dont nous avons besoin pour comprendre l'actualité »³⁹⁷, à prendre le « temps de penser »³⁹⁸ et l'espace de penser, c'est-à-dire se fermer au flux des influences et s'ouvrir au monde des réalités brutes.

Par conséquent, d'un point de vue juspragmatiste, la force et le succès d'un écrit juridique devraient peut-être dépendre de son taux d'innovation. La rénovation de la culture juridique française qui a marqué le début du XX^e s. n'aurait pas été possible si de jeunes professeurs ne s'étaient pas libérés du pseudo-savoir existant pour se consacrer au savoir en devenir, restant à bâtir. Les propositions et orientations de Capitant, Gény, Lévi-Ullmann, Pic, Thaller, Barthélémy, Duguit, Esmein, Hauriou ou Michoud³⁹⁹ ne seraient pas aujourd'hui encore reconnues si ces auteurs n'avaient pas innové grandement, quitte à faire preuve d'un iconoclasme mal accepté par les pairs de l'époque, tenants de l'orthodoxie juridique — alors liée à l'École de l'exégèse⁴⁰⁰.

juridique, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 85)). Elles seraient essentielles à tout progrès du savoir scientifique, y compris à tout progrès du savoir juridique.

³⁹³ G. THUILLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1145.

³⁹⁴ Cf., par exemple, C. HAGÈGE, *Contre la pensée unique*, Odile Jacob, 2012.

³⁹⁵ Cité par J.-A. MAZÈRES, « Préface », in J. JIANG, *Théorie du droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, p. 8.

³⁹⁶ A. CAILLÉ, S. DUFOIX, dir., *Le tournant global des sciences sociales*, La découverte, 2013.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Réf. à M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits* 1994, n° 20, p. 97 s.

³⁹⁹ Telle est la liste des auteurs auxquels une contribution est consacrée dans 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, p. 69), s'est attaché, avec la parution en 1899 de la première édition de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Marescq-Ainé, 1899), à la destruction pure et simple de la « méthode classique » dont il dénonçait le caractère abusivement abstrait. Il s'est alors attaqué sans détour aux plus glorieux commentateurs du Code civil. Pourtant, il a très vite emporté la conviction de

Encore faut-il souligner que, sous l'angle pragmatiste, penser librement, ce n'est pas penser différemment ; c'est penser indépendamment, objectivement, rationnellement, logiquement, constructivement. Plaider pour la liberté du chercheur, ce n'est en aucun instant soutenir l'anarchie scientifique, théorique ou doctrinale⁴⁰¹. La « souveraineté » de l'esprit devrait simplement amener à des libres-propositions qui, bien que peut-être fausses ou du moins incorrectes, contribuent à enrichir ou même à créer la discussion, à susciter le débat et la réfutation, donc la réflexion de laquelle peut jaillir quelque progrès du savoir.

Et encore faut-il souligner que, sous l'angle pragmatiste, la libre recherche devrait amener à faire de l'équilibre et de la mesure des principes essentiels des réflexions. Or, par une sorte de rétroaction, équilibre et mesure interrogent la libre-pensée et posent la question d'une libre-pensée modérée. Certainement importe-t-il d'« aller au-delà de la fausse impression d'immobilisme ou de continuité des mondes du droit si souvent cultivée par les juristes eux-mêmes »⁴⁰². Mais, tout d'abord, cela ne saurait s'appliquer identiquement à toutes les branches de la recherche juridique et à toutes les branches du droit. Il existe des problématiques et des objets à propos desquels il ne reste plus grand chose à penser librement, en tout cas dans un cadre juridiquement conséquent, logique et rationnel. Ensuite, il y a nécessairement des limites à la libre-pensée résultant du besoin de méthode, donc du besoin de faire œuvre méthodique. Il ne s'agit en aucun instant de travailler sans méthode et à base d'intuition et d'improvisation uniquement.

La leçon formulée par Savigny serait à retenir : il existerait « une double contrainte s'impos[ant] à tout travail juridique doctrinal : d'un côté, le respect de l'héritage scientifique légué par la tradition et les maîtres du passé ; de l'autre, le tout aussi nécessaire esprit critique grâce auquel les notions classiques subissent l'épreuve de la vérification scientifique »⁴⁰³. C'est bien dans la mesure, l'équilibre et la prudence que se trouveraient les moyens épistémologiquement et pragmatiquement les plus efficaces d'accéder à quelques connaissances concernant le droit. Aussi le scientifique

beaucoup de ses contemporains (Ch. JAMIN, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 382), simplement parce que ses thèses, bien qu'inédites et assez iconoclastes, leur sont apparues plus justes que celles qui jusqu'alors dominaient la pensée *jus-civiliste* collective. Loin de l'École de l'exégèse, Gény encourageait les interprètes de la loi à s'affranchir de la volonté du législateur dès lors que des difficultés nouvelles apparaissaient et à préférer la « libre recherche scientifique ». Ces conseils pourraient, à l'heure de l'internet, de la globalisation et de la postmodernité, être étendus à toutes les strates de la recherche juridique. Il faudrait savoir s'affranchir des « normes » du passé dès lors que ce qui est étudié ou pensé aujourd'hui n'existait pas dans ce passé et, partant, ne pouvait guère être pris en compte.

⁴⁰¹ Cf. P. FEYERABEND, *Contre la méthode – Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. B. Jurdant, A. Schlumberger, Le Seuil, 1979.

⁴⁰² J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Dr. et société* 2010, p. 313.

⁴⁰³ C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin, 1848, p. XIII (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 387).

juspragmatiste ne devrait-il en aucun instant chercher à ébranler la culture juridique héritée du passé. Au contraire, une approche libérée de tout apriori pourrait très bien aboutir à la conclusion selon laquelle les propositions classiques seraient les plus pertinentes ou selon laquelle la modernité de la pensée juridique serait plus conforme aux « faits juridiques » qu'une hypothétique postmodernité de la pensée juridique.

Il serait donc tout à fait possible et même banal que les analyses et pensées du droit du juspragmatiste s'avèrent proches de certaines des analyses et pensées du droit classiques et largement partagées. L'exigence pragmatiste serait que cela ne soit pas la conséquence d'un quelconque attachement dogmatique à ces analyses et pensées préexistantes mais le résultat d'une recherche entreprise à l'aune des six éléments qui, selon Karl Popper, permettent de savoir si une théorie mérite d'être remplacée par une autre — le critère transversal, éminemment pragmatique, étant l'adéquation par rapport aux faits que vise la théorie — :

Une théorie t2 paraît [...] mieux correspondre aux faits que t1 lorsque :

- 1. t2 formule des assertions plus précises que ne le fait t1, et celles-ci résistent à des tests plus précis ;*
- 2. t2 prend en compte et explique davantage de faits que t1 [...] ;*
- 3. t2 décrit ou explique les faits de manière plus détaillée que t1 ;*
- 4. t2 a subi avec succès des tests où t1 avait échoué ;*
- 5. t2 a permis de nouveaux tests expérimentaux qui n'avaient pas été envisagés avant que cette théorie n'ait été conçue [...], et a subi ces tests avec succès ;*
- 6. t2 a permis d'unifier ou de relier divers problèmes qui étaient jusque-là sans rapport.⁴⁰⁴*

En guise de conclusion quant au besoin de penser librement en droit, besoin impliqué par le pragmatisme juridique, il est tentant de prêter la plume à Guy Thuillier, dont les conseils, prodigués au sein d'un article intitulé « Penser par soi-même en droit », ne semblent pouvoir qu'être bien accueillis par d'éventuels juspragmatistes.

Penser par soi-même est chose difficile, pénible : or trop souvent le juriste ne fait pas d'effort pour penser par lui-même, il se contente de « faire comme les autres », de mettre ses pas dans les pas d'autrui, il vit commodément à louage, il subit des influences, la pression du groupe — qu'il soit juge, administrateur ou professeur — est très forte, les entraves au jeu de la pensée sont nombreuses. La pensée est en quelque sorte liée, prévisible, asservie (« le maître l'a dit » est une formule dangereuse), l'esprit perd sa souplesse, sa flexibilité, on ne sait plus imaginer, inventer, créer. [...] Il faut savoir désapprendre, c'est-à-dire se décharger d'un excès de savoir, rompre avec les coutumes de pensée, les habitudes corporatives, tenter de refaire son esprit, se

⁴⁰⁴ K. POPPER, *Conjectures et réfutations – La croissance du savoir scientifique*, trad. M.-I. et M. B. de Launay, Payot (Lausanne), 1985, p. 343-344.

débarrasser des préjugés et conventions qui s'attachent indûment à l'officium.⁴⁰⁵

Le juspragmatiste, libre penseur du droit, pourrait s'accorder en définitive avec les conceptions dominantes issues de la modernité juridique. Si celles-ci lui semblent cohérentes et pertinentes, cette continuité entre modernité et postmodernité serait fort heureuse. Reste que l'important, différenciant le moderne et le postmoderne, ne serait pas la fin mais bien le moyen. Alors que d'aucuns annoncent le « crépuscule de la modernité »⁴⁰⁶, il serait temps de reconsidérer beaucoup des fondements de cette modernité en droit. Dès lors, il faudrait, pragmatiquement, s'évader des axiomes classiques, ce que soulignent ceux qui critiquent des juristes français « souvent dans un profond sommeil » et qui seraient incapables de voir et donc de prendre en compte les évolutions alentour⁴⁰⁷. Peut-être pareil constat est-il excessif. Il faut en tout cas se donner les moyens d'éviter qu'il ne devienne une réalité.

De plus en plus de chercheurs en droit regrettent que leur espace de pensée soit « monoculturel »⁴⁰⁸, imprégné du « positivisme ambiant »⁴⁰⁹. Ils souhaitent se libérer des « rhétoriques de la modernité »⁴¹⁰ pour donner « force normative » à de nouveaux paradigmes⁴¹¹. Toutefois, l'ambition du juspragmatiste ne devrait pas être de faire œuvre

⁴⁰⁵ G. THUILLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1145 (souligné dans le texte original). Pour reprendre à nouveau quelques explications d'Émile Durkheim, penser librement reviendrait à faire preuve de « maturité intellectuelle » et « ce que réclame [la méthode sociologique], c'est que le sociologue se mette dans l'état d'esprit où sont physiiciens, chimistes, physiologistes, quand ils s'engagent dans une région encore inexplorée de leur domaine scientifique. Il faut qu'en pénétrant dans le monde social il ait conscience qu'il pénètre dans l'inconnu ; il faut qu'il se sente en présence de faits dont les lois sont aussi insoupçonnées que pouvaient l'être celles de la vie quand la biologie n'était pas constituée ; il faut qu'il se tienne prêt à faire des découvertes qui le surprendront et le déconcerteront. Or il s'en faut que la sociologie en soit arrivée à ce degré de maturité intellectuelle » (É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XIV).

⁴⁰⁶ Y.-Ch. ZARKA, « L'ombre du Léviathan », *Cités* 2004, n° 18, p. 3.

⁴⁰⁷ X. DE LEMOS CAPELLER, « Globalisation des échanges et espaces juridiques – Présentation du dossier », *Dr. et société* 1997, p. 10. Par exemple, Norberto Bobbio enseignait que, « quant au positivisme comme théorie, il s'appuie sur un jugement de fait, ou plutôt sur une série de jugements de fait, et peut être résumé dans cette formule : "Il est en fait vrai que le droit en vigueur est un ensemble de règles de conduite, qui, directement ou indirectement, sont formulées et mises en valeur par l'État". Qui veut repousser cette théorie ne devra pas diriger sa critique à prouver qu'elle ne sert pas au but, mais il devra prouver qu'elle est fautive, c'est-à-dire que les faits dénoncés par elle ne se sont pas vérifiés du tout, ou ne se sont pas vérifiés de la manière dont ils ont été interprétés. Qu'il soit bien clair cependant que ce second type de réfutation ne contient ni n'absorbe le premier ; on peut prouver que la théorie est fautive entièrement ou partiellement sans avoir pour cela prouvé l'inopportunité du mode d'approcher le droit ; du moment qu'il est vrai que certaines erreurs de fait peuvent être imputables à la mauvaise assiette de la méthode, les deux choses ne s'impliquent pas » (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 30).

⁴⁰⁸ Ch. ÉBERHARD, « Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste – Défi pour une théorie interculturelle du droit », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2003, n° 2, p. 4.

⁴⁰⁹ A. SÉRIAUX, « Droit naturel », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 509.

⁴¹⁰ Réf. à M. M. CARRILHO, *Rhétoriques de la modernité*, Puf, 1992.

⁴¹¹ Réf. à É. GAILLARD-SEBILEAU, « La force normative du paradigme juridique », in C. THIBERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 171 s.

révolutionnaire mais simplement de faire œuvre objective et empirique, éventuellement œuvre critique et prospective. Cela implique que les reproches potentiellement adressés à la modernité juridique ne sauraient être purement subjectifs et partisans, ou alors ils ne seraient pas admissibles. En conséquence, la critique ne saurait être une fin en soi ; elle ne pourrait que faire suite à une approche objective et empirique des données et des enjeux en cause. Un juspragmatiste ne saurait « regretter » ou « dénoncer » quoi que ce soit *ab initio*. *Ab initio*, il s'agirait uniquement de chercher à « se rendre indépendant des préjugés que sa formation est susceptible d'avoir fait naître dans son appréhension du droit »⁴¹².

Émile Durkheim remarquait combien « les croyances et les pratiques nous sont transmises toutes faites par les générations antérieures ; nous les recevons et les adoptons parce que, étant à la fois une œuvre collective et une œuvre séculaire, elles sont investies d'une particulière autorité que l'éducation nous a appris à reconnaître et à respecter »⁴¹³. L'autorité et la pression du passé et des enseignements reçus sont indéniables et il est impossible de s'en détacher totalement. Et cela semble se vérifier en droit plus qu'ailleurs. Toujours est-il qu'il faudrait, avec Olivier Beaud, considérer que « la tradition juridique doit être écartée lorsqu'elle survit seulement par inertie »⁴¹⁴ ; mais à condition de trouver les moyens d'une telle mise à l'écart de la tradition juridique puisque la difficulté est que, souvent, ce qui survit par inertie, ou par « mode »⁴¹⁵, paraît survivre du fait de ses apparentes légitimité et pertinence. L'épistémologie pragmatiste recèlerait nombre de ces moyens de se défaire de l'influence de la modernité juspositiviste. C'est pourquoi une épistémologie juridique pragmatiste pourrait être la bienvenue, alors que l'époque semble de plus en plus marquée par de grandes « manœuvres juridiques ».

Il serait donc nécessaire, en tant que juriste pragmatiste, de retenir et, surtout, d'appliquer dans ses activités scientifiques la liberté intellectuelle de Descartes. L'auteur du *Discours de la méthode* expliquait en effet :

Je me suis aperçu que dès mes premières années j'avais reçu quantité de fausses opinions pour véritables et que ce que j'ai depuis fondé sur des principes aussi mal assurés ne pouvait être que fort douteux et incertain, de façon qu'il me fallait entreprendre sérieusement, une fois en ma vie, de me défaire de toutes les opinions que j'avais reçues jusqu'alors en ma créance et

⁴¹² J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Dr. et société* 2010, p. 296.

⁴¹³ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 11.

⁴¹⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 17.

⁴¹⁵ Par exemple, S. SUR, « Les phénomènes de mode en droit international », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Pedone, 2001, p. 49 s.

*commencer tout de nouveau dès les fondements si je voulais établir quelque-chose de ferme et de constant dans les sciences.*⁴¹⁶

Le progrès des connaissances ne saurait se nourrir de la pensée unique ni de la soumission à une quelconque orthodoxie⁴¹⁷. Alors qu'est annoncée la « fin des certitudes »⁴¹⁸, il deviendrait chaque jour un peu plus important d'adopter une attitude pragmatiste et de n'accueillir aucune théorie ou explication tel un donné intouchable⁴¹⁹.

Par suite, le juspragmatisme pourrait motiver nombre de nouvelles recherches et nombre de nouvelles discussions, y compris autour de problématiques semblant avoir été résolues depuis longtemps. Ce serait plus encore dès lors qu'une problématique paraît avoir été résolue depuis longtemps qu'il importerait de la réinterroger à l'aune de l'actualité des faits juridiques, car il faudrait accepter que tout en droit est susceptible de changement et même que tout en droit change, bien que plus ou moins fortement selon les époques et selon les circonstances. Le pragmatisme juridique serait ainsi, en outre et enfin, un darwinisme juridique — *i.e.* un évolutionnisme juridique.

⁴¹⁶ R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, 1641.

⁴¹⁷ J. COMMAILLE, « Hommage à Pierre Bourdieu », *Dr. et société* 2002, p. 7.

⁴¹⁸ Réf. à I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, Odile Jacob, coll. Sciences, 1996.

⁴¹⁹ Reste que, en droit au moins autant qu'en sociologie, « quand, comme condition d'initiation préalable, on demande aux gens de se défaire des concepts qu'ils ont l'habitude d'appliquer à un ordre de choses, pour repenser celles-ci à nouveaux frais, on ne peut s'attendre à recruter une nombreuse clientèle » (É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 144). Cela ne devrait pas constituer un obstacle interdisant au chercheur de penser. Pour Gaston Bachelard, une science doit inlassablement « recommencer, renouveler, réorganiser » (cité par A. VAN REETH, « Les vertus du non (4/4) : La philosophie du non de Gaston Bachelard », *Les nouveaux chemins de la connaissance*, France culture, 17 oct. 2013). Certainement pareille observation s'applique-t-elle à plus forte raison à l'égard de la pensée — dont la pensée du droit —, qui ne saurait jamais s'achever et devrait sans cesse se renouveler et se réorganiser.

Chapitre 4. Le darwinisme

Les pragmatistes contemporains, à l'image de Richard Rorty ou Hilary Putnam, estiment pour beaucoup qu'il n'existerait aucune méthode rationnelle permettant de rechercher une quelconque vérité, ni « discours de la méthode » (cartésianisme), ni « logique de la découverte scientifique » (popperisme). La voie à suivre serait dès lors celle de la discussion ou, mieux, celle de la libre discussion au sein d'une communauté scientifique.

Cette libre discussion, accompagnant l'examen objectif et empirique de la réalité des faits, permettrait d'affiner continuellement les connaissances. C'est pourquoi une marque du pragmatisme serait son évolutionnisme ou darwinisme. Le droit peut-il s'engager sur ce chemin de l'évolutionnisme ou darwinisme, acceptant la propension au changement de tous les aspects du droit et, par suite, du savoir sur le droit ? Au moins à l'échelle française, on constate qu'il préfère s'appuyer sur diverses rigidités donnant l'impression d'un droit et d'une science du droit gravés dans le marbre. C'est ainsi que Paul Amselek, par exemple, note combien « les juristes n'envisagent pas un seul instant que les choses pourraient être autrement qu'elles sont »⁴²⁰. Le juspragmatiste, pour sa part, gagera que le savoir juridique devrait évoluer à mesure que le droit effectif évolue et, plus largement, à mesure que la société évolue. La pensée juridique d'aujourd'hui ne saurait dès lors être identique à celle d'hier tout comme à celle de demain.

Pragmatiques, les chercheurs chériraient ou, du moins, toléreraient l'évolution et rejetteraient le conservatisme, que celui-ci vise l'objet d'étude ou la méthode d'étude. Or, dans l'antre des sciences sociales, les juristes sont souvent désignés par les scientifiques des autres disciplines, sans doute parfois de façon excessive, tels des conservateurs — même si le dogmatisme est partout présent⁴²¹. Ils sont régulièrement raillés, si ce n'est

⁴²⁰ P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *Arch. phil. droit* 1968, p. 169 (cité par C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 93).

⁴²¹ On observe que, parmi la société dans son ensemble, « la tentation, rassurante, est de s'accrocher aux formes existantes et familières qui nous ont accompagnées jusqu' alors. Il est plus facile de penser adaptation que rupture »

déconsidérés ou même dénoncés, de ce fait⁴²². Rémy Cabrillac observe ainsi, de façon symptomatique, que les métaphores en droit se réfèrent presque toujours au style classique et presque jamais au style baroque, jugé trop révolutionnaire⁴²³. Et Christian Atias de relever combien les universitaires-juristes seraient « naturellement conservateurs »⁴²⁴ et combien « être conservateur serait même pour le juriste une qualité indispensable »⁴²⁵; tandis que Georges Gurvitch, il y a maintenant de nombreuses années, notait déjà à quel point les transformations de la technique et de la pensée juridiques s’accomplissent « avec infiniment plus de difficulté et de lenteur que les variations de l’expérience juridique et de la réalité du droit »⁴²⁶ et à quel point la science du droit serait frappée par « un retard perpétuel, non seulement sur l’expérience juridique, mais aussi sur la philosophie du droit et sur la sociologie juridique »⁴²⁷.

Georges Gurvitch observait également que « les juristes ont une tendance invétérée au dogmatisme et au conservatisme »⁴²⁸ et que « la croûte conceptuelle particulièrement épaisse caractérisant toute technique juridique conduit à “momifier” les catégories et les formules employées, ce qui provoque de grandes lenteurs et de graves difficultés d’adaptation »⁴²⁹. Le constat opéré par l’illustre sociologue est-il encore valable aujourd’hui — si tant est qu’il l’ait été dans les années 1930 et 1940 ? Le juspragmatisme serait en tout cas un moyen de faire en sorte qu’il le soit de moins en moins en désinhibant la recherche juridique.

On remarque encore que les juristes ne chercheraient que rarement à réinventer ou à actualiser leur discipline, qu’ils seraient « sujets à l’inertie, à la résistance au changement conceptuel [...] et au déterminisme social »⁴³⁰, que leurs savoirs et savoir-faire seraient presque toujours en retard et de ce fait inadéquats⁴³¹. À l’aune de ces explications, l’immixtion du pragmatisme et, plus particulièrement, du darwinisme dans les facultés de

(J.-P. CORNIOU, *Le Web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 3). Par ailleurs, P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en occident*, Fayard, 1999.

⁴²² Par exemple, P. BOURDIEU, « La force du droit – Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, n° 64, p. 3 s. ; P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991 ; A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société – Du XIX^e siècle à nos jours*, Puf, coll. Sup, 1975.

⁴²³ R. CABRILLAC, « Le recours à la métaphore architecturale en droit : l’exemple des codes », Colloque transdisciplinaire Droit et Architecture – Reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leurs mutations, LID2MS, Aix-en-Provence, 11 avr. 2013.

⁴²⁴ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 148.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ G. GURVITCH, *L’expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 86.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 8.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁴³⁰ D. DE BÉCHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 39.

⁴³¹ E. PUTMAN, « Éditorial », *RRJ* 2012, p. 1599 ; également, CIEDEL, *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2001.

droit pourrait obliger les juristes à une réelle transformation de leur manière d'appréhender la recherche juridique. Mais ils pourraient se convaincre que ce darwinisme serait une disposition de l'esprit indispensable au chercheur.

Nulle science ni pensée véritable ne serait possible sans ouverture au darwinisme, sans reconnaissance et acceptation de l'évolutivité et de la non-fixité des choses. Tout chercheur pragmatiste serait disposé, au terme d'une discussion libre mais éclairée, vive mais raisonnée, à reconnaître que l'explication ou la théorie la plus pertinente à propos d'une problématique donnée ne serait pas du tout ou pas exactement celle qu'il a pu proposer par le passé et à subroger à ses anciennes conclusions impropres de nouvelles conclusions plus congruentes. L'attitude pragmatiste-évolutionniste serait donc intimement liée à la possibilité d'une libre discussion, préservée de toute forme de dogmatisme, et l'une ne saurait aller sans l'autre.

Le savoir se développerait à mesure que les doutes remplaceraient les convictions et les certitudes⁴³², les doutes autorisant l'évolution au contraire des convictions et des certitudes qui, en tant que manifestations du dogmatisme, semblent forcément hostiles à toute remise en cause. Les scientifiques du droit, pragmatiques, humbles, objectifs et disponibles intellectuellement, dont les parcours épistémiques et épistémologiques seraient uniquement tracés par des recherches empiriques et par des discussions libres et ouvertes, se tiendraient donc en permanence prêts à corriger leurs affirmations, théories et autres conclusions antérieures, cela pour la seule mais bonne raison qu'une nouvelle donnée ou une nouvelle explication aurait émergé et qu'il importerait d'en tenir compte afin de mettre les discours en conformité avec les réalités.

En des temps où le droit postmoderne et le droit global paraissent prendre progressivement la place du droit moderne et des droits étatiques, un nombre croissant de juristes invitent leurs contemporains à « privilégier le dynamique sur le statique, les mouvements sur les modèles »⁴³³, cela dans le but de mieux exprimer toute la complexité et toute la mobilité du droit effectif⁴³⁴. Christian Atias relevait que « l'aptitude des juristes

⁴³² Il faut rappeler, avec Montaigne, que « nous progressons dans le savoir quand nous remplaçons une conviction par un doute » (M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. III, chap. 8).

⁴³³ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

⁴³⁴ La recherche juridique devrait s'inscrire dans la lignée des observations de Maurice Hauriou selon lesquelles « l'édifice tout entier repose sur l'observation ; or l'observation est sous la dépendance des faits et de leur interprétation qui est toujours susceptible de progrès. Dans une première synthèse, les pièces détachées ont toutes été ajustées, l'ensemble paraît satisfaisant, on produit son système, on publie son livre. Puis, du temps passe, on continue à observer et à réfléchir, on aperçoit de nouveaux détails, auxquels il conviendrait de faire une place, la valeur de ces détails nouveaux modifie souvent celle des éléments anciens ; on reprend l'analyse, on retaille les pièces, on refait sa construction, elle a changé de forme puisqu'elle est une résultante, mais, dans l'ensemble, elle paraît mieux répondre à la réalité — on fait une nouvelle édition considérablement remaniée — ; et ainsi de suite. Au lecteur superficiel, ces remaniements périodiques peuvent donner l'impression d'une pensée subjective qui se cherche ; au lecteur averti et qui

à accueillir l'innovation est un facteur déterminant dans la formation de leur savoir »⁴³⁵. C'est pourquoi, au-delà de sa pertinence et de sa légitimité objectives relativement aux données factuelles recueillies, le succès d'une nouvelle théorie ou autre proposition juridique dépendrait étroitement de la disposition du public des juristes à l'accueillir sans préjugé conservateur ou conformiste. Aussi l'appel pragmatiste lancé à l'acceptation du changement en droit ne s'adresse-t-il pas uniquement au chercheur qui écrit ; il s'adresse aussi et peut-être surtout au chercheur qui lit. Il concerne l'ensemble de la pensée juridique, active et passive, et même l'ensemble des juristes.

Néanmoins, l'orthodoxie juridique paraît s'estomper peu à peu à l'ère contemporaine, y compris en France — alors que dans certains pays, par exemple en Belgique ou au Québec, elle semble en passe de n'être bientôt plus qu'un lointain souvenir. De plus en plus de chercheurs en droit voient dans une pensée statique et immuable une bien fade et sinistre pensée et abordent les essais innovants sans préconçu négatif, au contraire. Aussi faudrait-il parier sur le futur dépassement de la description du juriste qu'esquissait Georges Ripert, selon laquelle « tout juriste est le successeur d'un pontife. [...] Le texte promulgué au Journal officiel devient sacré. Les Universités et les tribunaux sont les édifices consacrés au culte. À tout le moins, les juristes sont les défenseurs de l'ordre établi, non pas seulement par devoir, mais aussi par conviction de la beauté de cet ordre »⁴³⁶. Plus la pensée postmoderne, dont le pragmatisme pourrait être la base, se développera contre les dogmes et les œillères conceptuelles modernes, plus ce portrait semblera appartenir au passé.

remarque qu'on va toujours dans la même direction, ils doivent donner celle d'un laboratoire où l'on travaille toujours avec la même méthode et avec les mêmes idées directrices et où l'on publie des résultats successifs, dont quelques-uns se détruisent, mais dont la grande majorité s'accumulent d'une façon cohérente. Et, sans doute, il vaudrait mieux alors garder par devers soi tous ces remaniements préalables et ne publier que les résultats définitifs, faire comme Montesquieu pour *L'Esprit des lois*, raturer pendant vingt ans son manuscrit. Oui, mais, depuis Montesquieu, on s'est aperçu qu'il n'y a jamais de résultats définitifs » (M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XXVIII-XXIX). C'est ainsi qu'il s'agirait d'envisager le travail de chercheur en droit, dont la tâche consisterait à fournir des explications et des propositions, afin de comprendre le droit dans ses multiples dimensions, qui ne sauraient procéder que d'ajustements continus et d'affinements permanents. Cette tâche supposerait de convenir que nul conservatisme, nul dogmatisme ne devrait venir empêcher ou freiner ces ajustements et ces affinements. « Le vieil idéal scientifique de l'épistémê, précisait Karl Popper, l'idéal d'une connaissance absolument certaine et démontrable, s'est révélé être une idole. L'exigence d'objectivité scientifique rend inévitable que tout énoncé scientifique reste nécessairement et à jamais donné à titre d'essai. En effet, un énoncé peut être corroboré mais toute corroboration est relative à d'autres énoncés qui sont également proposés à titre d'essai » (K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique* (1959), Payot (Lausanne), 1973, p. 286). Aussi le chercheur devrait-il accepter *ab initio* la relativité de sa production littéraire et scientifique et la potentialité de devoir tôt ou tard la reconsidérer, plus ou moins entièrement.

⁴³⁵ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 57.

⁴³⁶ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 3.

Depuis Jacques Cujas, dont l'approche des phénomènes juridiques était marquée par les idées d'évolutions historiques et de changements d'époques⁴³⁷, les juristes qui nient la réalité de la « vie du droit »⁴³⁸ se sont sans cesse confrontés à ceux qui la reconnaissent ou même la promeuvent. Si les premiers ont longtemps paru l'emporter, peut-être ne pourra-t-il plus en aller ainsi à l'avenir. Il deviendrait de moins en moins acceptable de « se contenter, sa vie durant, de décliner le même Décalogue, [ce qui] est moins faire œuvre de constance que d'autosatisfaction [et] ce qui est, sans doute, la gémulation la plus ridicule »⁴³⁹. Un nombre croissant d'auteurs en appellent pragmatiquement à une « ingénierie juridique toujours plus innovante »⁴⁴⁰, à une « pensée renouvelée du droit, innovatrice plutôt que conservatrice »⁴⁴¹, ou à une « refonte de l'outillage théorique des juristes »⁴⁴². Le pragmatisme pourrait être au cœur de ces mouvements épistémologiques, peut-être d'ailleurs assez inconsciemment — comme s'il devait s'imposer naturellement car il serait indissociable de « l'époque ».

Cependant, si le pragmatisme implique l'acceptation sans arrière-pensée du changement, il interdit en revanche de vouloir, de quelque manière que ce soit, forcer ou imposer ce changement. Seul le changement objectivement et empiriquement motivé devrait s'imposer à l'esprit du chercheur. Il faudrait repenser la pensée du droit ou repenser sa pensée du droit seulement en cas de « changements de circonstances de fait ou de droit », pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel — des changements qui paraissent se démultiplier au XXI^e s., confirmant à la fois que le droit possède une histoire et que cette histoire s'accélère. En revanche, le chercheur mû par l'ambition de faire œuvre révolutionnaire ou iconoclaste, animé par des considérations politiques ou autrement idéologiques, ne saurait s'inscrire dans un cadre pragmatiste⁴⁴³. En somme, seul le droit effectif ferait foi.

Le pragmatisme impliquerait donc également de savoir résister à la « mode de voir du changement partout »⁴⁴⁴. En premier lieu, le chercheur devrait prendre garde à ne pas

⁴³⁷ X. PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590) – Le droit à l'épreuve de l'humanisme*, th., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2012.

⁴³⁸ Réf. à J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908 ; J. HILAIRE, *La vie du droit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994.

⁴³⁹ J.-M. MOUSSERON, « Guide de la thèse en droit », [en ligne] <daniel-mainguy.fr>.

⁴⁴⁰ E. PUTMAN, « Éditorial », *RRJ* 2012, p. 1599.

⁴⁴¹ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 16.

⁴⁴² D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 269.

⁴⁴³ Il ne faudrait surtout pas suivre Descartes qui, dans le cours de ses *Méditations métaphysiques*, faisait table rase de tous les enseignements passés et était conduit à mettre en doute l'existence de toute chose, y compris du monde et de lui-même (R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, 1641).

⁴⁴⁴ A. JEAMMAUD, É. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263.

ériger en cas général ce qui ne serait qu'un exemple faisant face à d'innombrables contre-exemples⁴⁴⁵. Quand quelques exceptions au principe apparaissent, ce dernier n'en demeure pas moins le principe, jusqu'à ce que les exceptions deviennent si nombreuses et puissantes qu'elles aboutissent à le renverser. Il serait en conséquence important de toujours mesurer quantitativement l'ampleur des phénomènes supposément nouveaux et de fonder ses conclusions sur l'étude d'un échantillon suffisamment représentatif — où revient l'expérimentalisme décrit précédemment.

En résumé, ce chapitre sur le darwinisme juridique visait à souligner combien le pragmatisme juridique aurait vocation à assurer l'adaptation du droit universitaire au droit effectif. Rien dans le droit ne saurait être universel ni intemporel. Le juriste-chercheur pourrait se convaincre que « la pensée naît d'évènements de l'expérience vécue et doit leur demeurer liée comme aux seuls guides propres à l'orienter »⁴⁴⁶. Ainsi deviendrait-il juspragmatiste. Tocqueville pouvait observer combien, en toute population — par exemple dans la population des chercheurs en droit —, l'expérience est non seulement la seule source légitime de changement mais aussi la seule source possible de changement⁴⁴⁷.

Cela suppose notamment qu'une théorie du droit repose sur le droit effectif et puisse être invalidée par l'étude du droit effectif. Or cette prémisse n'est pas admise par tous les théoriciens du droit, beaucoup d'entre eux préférant voir, avec Gaston Bachelard et loin du pragmatisme, un « monstre épistémologique [dans] l'idée d'une coïncidence entre pensée et réalité, [dans] l'idée d'une adéquation entre théorie et expérience »⁴⁴⁸. Toutefois, comme Norberto Bobbio le constatait, la réduction théorique du droit à la seule normativité étatique a coïncidé, au début et au milieu du XX^e s., avec la réalité d'une production de la majeure partie des normes par les organes de l'État, si bien que la théorie se serait alors bornée à retranscrire la pratique⁴⁴⁹. Ne faudrait-il pas s'assurer du fait que la

⁴⁴⁵ « L'exemple, note-t-on, est un allié dangereux pour qui cherche à évaluer le changement, dans la mesure même où il a été sélectionné en raison de son exemplarité et, donc, plus ou moins consciemment, du fait de son adéquation privilégiée au modèle théorique qu'il a pour fonction d'illustrer » (D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 53). Et de citer Jean Rivero selon qui, si « l'océan est peuplé d'une infinité de sardines et de quelques cœlacanthes », il serait peu judicieux de « penser une théorie générale du peuplement halieutique à partir de la seule observation des cœlacanthes » (*ibid.*, p. 64). Sur ce point, il est remarquable que les ouvrages de référence en matière de droit dit « postmoderne » pèchent souvent par leurs manques d'illustrations concrètes venant attester de la congruence des propositions avancées.

⁴⁴⁶ H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et alii, Gallimard, coll. Folio essais, 2011, p. 26.

⁴⁴⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 244.

⁴⁴⁸ G. BACHELARD, *Essai sur la connaissance approchée*, Vrin, 1928, p. 43 (cité par Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM (Aix-en-Provence), 1993, p. 23).

⁴⁴⁹ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 27.

réalité du droit effectif serait aujourd'hui toujours la même avant de perpétuer ce positivisme étatique issu d'un siècle passé ?

Maurice Hauriou pouvait regretter que son « emploi d'une méthode d'observation des faits tellement positive, tellement rigoureuse, tellement sincère » amenait nombre de ses contemporains à « ne pas en comprendre les exigences parce qu'ils s'attend[aient] à des systèmes achevés et que [ses] travaux n'[étaient] en réalité que les bulletins successifs d'un laboratoire de recherches »⁴⁵⁰. Le juspragmatiste, à l'inverse, embrasserait les exigences scientifiques de l'illustre professeur. Il les ferait siennes. À ses yeux, le chercheur serait pareil à un juge instruisant pragmatiquement à charge et à décharge, non pareil à un avocat défendant dogmatiquement une position donnée *a priori*, au besoin en en faisant payer le prix à la réalité des faits en l'étalant sur un lit de Procuste.

⁴⁵⁰ M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XXVI (souligné dans le texte original).

Conclusion

Au sein du livre III de ce mémoire qui s'achève, il s'est agi de confronter non le pragmatisme et le droit des praticiens mais le pragmatisme et le droit des universitaires⁴⁵¹, cela afin de reconsidérer les manières de connaître et de reconnaître le droit. 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 était de présenter quelques voies pragmatistes que les chercheurs en droit pourraient emprunter à l'avenir, subrogeant progressivement le pragmatisme juridique postmoderne au positivisme juridique moderne⁴⁵².

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

⁴⁵¹ 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.

⁴⁵² 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 « *pragmaticism* ». 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 pragmatism* » afin de marquer la rupture avec le « *premier pragmatism* » du 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).

vient aujourd'hui à considérer qu' « une approche pragmatique du droit est largement banale »⁴⁵³, 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 pourraient 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 possédant de nouvelles attentes à l'égard du droit. Non sans peine, certains professeurs sont parvenus à susciter d'importantes révisions des habitudes jus-universitaires⁴⁵⁴. 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 technologiques⁴⁵⁵. 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 »⁴⁵⁶ est au droit moderne⁴⁵⁷. 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 réclameraient⁴⁵⁸. Peut-être le pragmatisme juridique

⁴⁵³ Th. C. GREY, « Holmes and Legal Pragmatism », *Stanford Law Review* 1989, p. 814.

⁴⁵⁴ 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.

⁴⁵⁵ J. DEWEY, *Expérience et nature*, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2012.

⁴⁵⁶ Le pragmatisme juridique semble plus proche du positivisme tel que conçu par Auguste Comte que le « positivisme juridique ».

⁴⁵⁷ 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).

⁴⁵⁸ R. RORTY, *Conséquences du pragmatisme*, Le Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1999.

est-il l'attitude jus-épistémologique la mieux adaptée à la culture 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 »⁴⁵⁹. Il semble que les regrets formulés il y a longtemps par François GénY à propos du peu d'intérêt des jurisconsultes pour l'épistémologie juridique restent d'une certaine actualité : « La plupart pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes et étroites »⁴⁶⁰. 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 du livre III de ce mémoire 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 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.

⁴⁵⁹ J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François GénY – Controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 132.

⁴⁶⁰ 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).

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 bien 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 qu'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 normatifs⁴⁶¹.

⁴⁶¹ 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

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 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 »⁴⁶², 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 »⁴⁶³. 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 »⁴⁶⁴ ? 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 presque scolastique, sans grand intérêt pour la pratique »⁴⁶⁵. Le chercheur

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).

⁴⁶² X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 15.

⁴⁶³ B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 16.

⁴⁶⁴ 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.*).

⁴⁶⁵ B. FRYDMAN, « La pensée juridique de Xavier Dieux », in X. DIEUX, *Droit, morale, et marché*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013, p. 16.

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 juridique⁴⁶⁶.

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.*⁴⁶⁷

Il deviendrait donc ô combien nécessaire d'élargir et 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 traite⁴⁶⁸. 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

⁴⁶⁶ 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).

⁴⁶⁷ 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.

⁴⁶⁸ M. TROPER, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015, p. 123.

comprendre les particularités de son objet »⁴⁶⁹. 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 mot⁴⁷⁰. N'y a-t-il aucune différence de nature entre l'ordre du percepteur des impôts et celui du 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'État⁴⁷¹. 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” »⁴⁷². 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 « américanisation de la

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 63.

⁴⁷⁰ 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).

⁴⁷¹ G. CALAFAT, A. FOSSIER, P. THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7.

⁴⁷² S. DESMOULIN-CANSELIER, « Du droit comme discours et comme dispositif », *Tracés* 2014, n° 27, p. 151.

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 »⁴⁷³. Villey décrivait : « On veut être actif, efficient, servir les “affaires”. On reproche à la philosophie d’être une discipline inutile »⁴⁷⁴. 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 plonger⁴⁷⁵. 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 :

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...⁴⁷⁶

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

⁴⁷³ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit* (1984-1986), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 4.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ 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 ».

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 10.

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'efficiencia supérieure du *common law* par rapport au droit écrit de tradition civiliste ; ils s'ouvriraient au « *doing business* »⁴⁷⁷ 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 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 »⁴⁷⁸. L'enjeu, en « pragmatissant » le droit des universités, serait d'y réintroduire le droit des praticiens afin d'éviter qu'il ne se coupe 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

⁴⁷⁷ 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.

⁴⁷⁸ M. MONIN, « Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990, p. 27.

par un idéal de justice ? S'il faut se méfier du « labyrinthe des mots »⁴⁷⁹, ne convient-il pas de prendre également garde à l'« opium des résultats »⁴⁸⁰ ? Le pragmatiste juge l'arbre à ses fruits ; mais n'importe-t-il pas de le juger aussi à ses racines ? Sous cet angle, peut-être faudrait-il, si ce n'est préférer, du moins associer la prospective juridique au pragmatisme juridique. Cet autre mode d'approche du monde juridique rejoint le pragmatisme à travers beaucoup de ses prémisses tout en donnant une place importante à la question des fins du droit et en se consacrant à un objet original : le droit du futur. Aussi le dernier livre de ce mémoire sera-t-il consacré à cette potentielle nouvelle branche de la recherche juridique que serait la prospective juridique.

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 ».

⁴⁷⁹ C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Puf, coll. Philosophies, 1993, p. 9.

⁴⁸⁰ S. GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, 2007, p. 101.

Livre IV

La prospective juridique

Il n'est pas de vent favorable pour celui qui ne sait où il va.

Sénèque

Introduction

La prospective est une anticipation scientifique et critique visant à éclairer l'action présente à la lumière des futurs possibles et du futur souhaitable. En connaissant mieux le futur, on peut agir plus efficacement aujourd'hui.

Est-il possible d'adopter une telle approche en droit ou, du moins, à l'égard du droit ? Il s'agira en ces pages de réfléchir à la possibilité et à l'opportunité d'importer les fins et les moyens de la prospective au sein de la recherche juridique.

Comme l'a écrit Paul Valéry, « nous entrons dans l'avenir à reculons »⁴⁸¹. Or, dans un monde qui change chaque jour un peu plus vite et plus profondément, une telle attitude, repli sur le passé plutôt qu'ouverture au futur, n'est peut-être pas la mieux appropriée. En droit, quelques leçons intéressantes pour les juristes et les légistes pourraient être tirées de la prospective, cela afin de mieux comprendre, analyser, expliquer, produire et appliquer le droit — cet objet de plus en plus complexe et incertain, mais aussi de plus en plus archaïque parce qu'il ne change pas aussi rapidement que son environnement, parce qu'il ne s'adapte pas autant que nécessaire aux nouvelles sociétés, économies, cultures, technologies etc.

⁴⁸¹ Cité par G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 88.

I. La prospective

Chaque homme, lorsqu'il agit, le fait à l'aune d'une certaine conception de l'avenir, qu'il soit proche ou plus lointain. Choix des études, choix d'un emploi, choix d'un lieu de résidence etc., on saisit des occasions, mais celles-ci ne se présentent que parce qu'on imagine un futur donné et qu'on ignore les autres futurs possibles. Il ne s'agit cependant pas là de prospective. Celle-ci consiste en une approche moins spontanée et instinctive, plus objective, méthodique et raisonnée, plus scientifique.

Si chacun se fait une idée de l'avenir et de son avenir, la prospective vise à identifier les avènements les plus plausibles à grand renfort de documentation, d'identification des facteurs clés, d'auditions d'acteurs clés et d'experts et d'élaboration de scénarios. Elle recherche, en outre, les moyens de faire advenir, parmi ces avènements possibles, l'avenir le plus souhaitable — qui a été choisi cette fois de manière plus subjective. Démarche consistant, par une approche rationnelle et holistique, à préparer demain (et après demain) dès aujourd'hui, sa définition générale (*A*) est le fruit d'une histoire récente (*B*). Et les écoles française et américaine de la prospective doivent être précisément distinguées (*C*) — le livre IV de ce mémoire se plaçant essentiellement dans les pas de l'école française.

A. Définition de la prospective

Depuis toujours, les hommes souhaitent maîtriser les changements, agir plutôt que subir, ce qui, dans un monde incertain, suppose, si ce n'est une certaine confiance en l'avenir, du moins une volonté de faire l'avenir. La prospective entend ainsi servir l'action présente en l'éclairant par le futur — non le futur qui sera dans l'absolu, par définition inconnaissable, mais le futur qui pourrait être et le futur qui devrait être.

*L'étude scientifique des avenir possibles
et la réflexion critique quant à l'avenir souhaitable*

La prospective se définit comme l'étude scientifique des avenir possibles et la réflexion critique quant à l'avenir souhaitable. Apparaissent ainsi les deux branches cardinales de la prospective : la prospective exploratoire, scientifique et objective, et la prospective stratégique, critique et normative.

Sa version exploratoire en fait une science humaine et sociale répondant à des fins propres et s'appuyant sur des moyens spécifiques, tandis que ses aspects stratégiques l'apparentent à un courant philosophique original. Mais ces deux branches sont bien les deux jambes d'un seul et même corps ; l'une ne saurait se passer de l'autre car l'une n'a que peu d'intérêt sans l'autre. C'est pourquoi il faut comprendre la prospective comme un tout. Il serait notamment vain de réfléchir à l'avenir souhaitable sans avoir au préalable étudié les avenir possibles. Si l'objectif est de rendre le souhaitable plus probable, il est indispensable de savoir ce qui est possible et ce qui est impossible.

À l'inverse, une recherche se bornant à identifier les futurs potentiels, sans prendre position quand à un futur désirable, est envisageable. Une recherche prospective purement scientifique n'est donc pas une incongruité, au contraire. Mais elle semblera souvent incomplète dès lors que la prospective est au service de l'action efficace et de la prise de décision éclairée. La construction de scénarios correspond au volet exploratoire, préactif et préventif de la prospective. Celui-ci est indispensable à son volet stratégique, proactif et volontariste, qui intervient logiquement en second.

Quatre attitudes sont ainsi possibles face à l'avenir, dont seules les deux dernières peuvent impliquer des recherches prospectives :

Attitudes face à l'avenir	Types de scénarios privilégiés	Stratégies privilégiées
Passive	Pas de scénarios	Fil de l'eau
Réactive	Pas de scénarios	Adaptative
Pré-active	Exploratoires	Préventive
Pro-active	Stratégiques	Volontariste

Prospective, projection, prévision, planification, prédiction, futurologie, science fiction...

Le mot « prospective » provient des termes latins « *pro* », pour « en avant », et « *specto* » ou « *spectare* » signifiant « regarder ». Étymologiquement, la prospective consiste donc à regarder en avant et son antonyme est la rétrospective, lorsqu'on regarde en arrière. La prospective désigne donc une branche de la recherche dont l'objectif est d'éclairer l'action présente à la lumière des futurs. Pour cela, elle s'appuie sur des outils relativement sophistiqués permettant de préfigurer le plus pertinemment possible ces futurs.

La prospective doit être distinguée des autres modes d'appréhension du futur. La confusion entre prospective, projection, prévision, planification, prédiction et futurologie est à l'origine de beaucoup d'incompréhensions.

Une projection est le prolongement mathématique dans le futur d'une évolution passée en appliquant certaines hypothèses d'extrapolation ou d'inflexion de tendances. Elle ne constitue une prévision que si elle est assortie d'une probabilité puisque une prévision consiste en l'appréciation avec un degré déterminé de confiance, donc une probabilité, de l'évolution d'une grandeur à un horizon donné et en fonction de conjectures données⁴⁸². Généralement, la prévision prend la forme d'une estimation chiffrée à partir des données du passé et de certaines hypothèses. Avec elle, l'avenir est conçu telle la continuité du passé, alors que la prospective accorde tout autant d'importance aux ruptures, aux revirements et aux inflexions. Cela constitue une différence essentielle.

La planification, pour sa part, est la fixation d'objectifs à atteindre à long ou très long terme, ainsi que des moyens censés permettre de remplir ces objectifs⁴⁸³. Dans ce cas, et à la différence de la prospective stratégique, la fixation d'un futur désiré est la base de tout le processus. On ne choisit pas un futur souhaitable parmi des futurs possibles qui auraient été déterminés au préalable car on considère que tout est possible à condition de le vouloir.

Enfin, la prédiction ou divination est l'action d'annoncer à l'avance, tel l'oracle de Delphes, un événement grâce à une inspiration surnaturelle, par voyance ou prémonition. Et la futurologie (concept anglo-saxon) désigne un ensemble de recherches « scientifiques » sur l'avenir qui se rapprochent de la prédiction en ce qu'elles visent à

⁴⁸² Par exemple, R. Saint-Paul, P.-F. Ténrière-Buchot, *Innovation et évaluation technologiques – Sélection des projets, méthodes de prévision*, Entreprise moderne d'édition, 1974 ; É. Jantsch, *La prévision technologique*, OCDE, 1968.

⁴⁸³ Par exemple, E. Jantsch, H. Ozbekahn, *Vers une théorie générale de la planification – Prospective et politique*, OCDE, 1969 ; P. Schwartz, *The Art of the Long View – Planning for the Future in an Uncertain World*, Doubleday, 1991 ; R. Ayres, *Prévision technologique et planification à long terme*, Hommes et Techniques, 1972.

envisager avec certitude ce qui, par nature, est absolument incertain⁴⁸⁴. La futurologie est, par ailleurs, largement impactée par des biais idéologiques et par une grande place laissée à l'imaginaire qui la rendent approximative. La prospective s'appuie, pour sa part, sur des canons, formes et procédés scientifiques devant la rendre plus fiable.

L'intérêt de la science fiction aux yeux des prospectivistes

La science fiction est peut-être le domaine privilégié de la futurologie. Or celle-ci est toujours accompagnée d'images — pessimistes le plus souvent — d'un projet social radical. Il n'est en tout cas pas permis de considérer que les auteurs de romans d'anticipation seraient des prospectivistes. En revanche, les écrits, par exemple, de Jules Verne et Albert Robida en France, H. G. Wells (*La Guerre des mondes*) et de George Orwell (1984) au Royaume-Uni, Isaac Asimov (*Fondation*), Ray Bradbury (*Chroniques martiennes*) ou Robert Heinlein (*L'Histoire du futur*) aux États-Unis peuvent être regardés, avec recul mais aussi intérêt, par les prospectivistes, d'autant que beaucoup de ces auteurs, à l'image de Jules Verne, H. G. Wells et Isaac Asimov, étaient des scientifiques de formation.

Les auteurs de science-fiction accordent à la dynamique des sciences et des techniques un rôle déterminant dans l'évolution des sociétés, tandis qu'en prospective, on insiste sur le pouvoir d'anticipation et d'autodétermination des hommes. Le facteur technologique, surtout à l'époque actuelle et *a fortiori* au cours des prochaines décennies, ne peut cependant qu'être mis au cœur du jeu du futur. À l'inverse de la science fiction, la prospective n'a, en revanche, guère de vocation littéraire.

En définitive, il est donc assez aisé, parmi toutes les publications sur le futur, de distinguer celles qui ne relèvent pas de la prospective⁴⁸⁵.

L'utilité des prévisions et projections pour la prospective

Foncièrement informative, pragmatique et tournée vers l'action, la prospective est une discipline d'aide à la décision pratiquée aussi bien à l'intérieur de l'État que parmi diverses organisations publiques et privées⁴⁸⁶. Une prospective exploratoire est un panorama des futurs possibles (« futuribles ») en fonction des déterminismes du passé, des

⁴⁸⁴ Par exemple, E. Cornish, *Futuring – The Exploration of the Future*, World Future Society, 2004.

⁴⁸⁵ Par exemple, P. Papon, *Bref récit du futur*, Albin Michel, 2012.

⁴⁸⁶ J. Darcet, « Introduction », in *Étapes de la prospective*, Puf, coll. Bibliothèque de prospective, 1967, p. 1.

variables du présent, des acteurs et de leurs projets et des potentialités du futur. Chaque scénario, mêlant différentes hypothèses, peut faire l'objet d'une appréciation chiffrée, donc d'une prévision. Et, si la prévision est plutôt de court terme et la prospective davantage de long terme, nul doute que cette dernière peut faire appel à cette première. « Il faut, à la fois, savoir dans quelle direction l'on marche et s'assurer de l'endroit où l'on va poser le pied pour le prochain pas », écrivait ainsi Gaston Berger, fondateur de l'École française de la prospective⁴⁸⁷.

La prospective peut aussi prendre appui sur des projections, parmi d'autres outils. En revanche, elle ne saurait aller de pair avec la futurologie ou la prédiction, trop abstraites et aléatoires, ni avec la planification, cette dernière étant excessivement arbitraire pour pouvoir s'associer avec elle, même dans son volet stratégique.

Non prédire l'avenir mais construire l'avenir

Contrairement à beaucoup d'approches de l'avenir, la prospective ne prétend en aucun instant prévoir ou prédire quoi que ce soit. Ses finalités sont l'action et la décision ; et l'action et la décision présentes, non l'action et la décision futures. Or, pour agir, il convient de savoir ce que peut être demain et ce que devrait être demain⁴⁸⁸. L'objectif n'est donc pas de prédire l'avenir mais de construire l'avenir — là où la futurologie tend à confondre ces deux aspects avec une approche performative du futur : quand prédire le futur, c'est faire le futur.

Pour cela, la prospective se penche davantage sur le présent que sur le futur ; et peut-être même plus sur le passé que sur le futur. En effet, ce qui l'intéresse est l'action présente ; et, pour concevoir l'avenir, les seules données exploitables ont trait à l'actualité et au passé. L'avenir n'est pas prédéterminé. Il ne saurait, dès lors, quels que soient les méthodes utilisées et les progrès des systèmes experts, de l'intelligence artificielle et des méthodes et outils en général garantissant une certaine rigueur et une certaine fiabilité dans la réflexion, être anticipé à l'avance. « Toute forme de prédiction est une imposture », écrit Michel Godet, figure de proue de la prospective en France⁴⁸⁹. Toute science du futur est impossible.

⁴⁸⁷ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 90.

⁴⁸⁸ Par exemple, L. Armand, M. Drancourt, *Plaidoyer pour l'avenir*, Calmann-Lévy, 1962.

⁴⁸⁹ M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 31.

L'anticipation, un art et une science

Ce que peut faire un scientifique, c'est explorer les futurs possibles afin de faciliter les prises de décisions en permettant d'opérer un recul critique sur l'action — au lieu d'agir dans l'urgence et la précipitation. La prospective montre ainsi que l'anticipation est un art mais qu'elle peut aussi être une science. Il s'agit toutefois d'une science du présent et du passé au moins autant que du futur. Le futur n'existe pas et n'est pas davantage prédéterminé. Il serait donc vain de le rechercher. Il est inconnaissable. Les prospectivistes expliquent ainsi que « la prospective n'a pas pour objet de prédire l'avenir — de nous le dévoiler comme s'il s'agissait d'une chose déjà faite — mais de nous aider à le construire. Elle nous invite donc à le considérer comme à faire, à bâtir, plutôt que comme quelque chose qui serait déjà décidé et dont il conviendrait seulement de percer le mystère »⁴⁹⁰. Ce faisant, la prospective possède une double fonction de réduction des incertitudes face à l'avenir et de priorisation, par la légitimation, des actions.

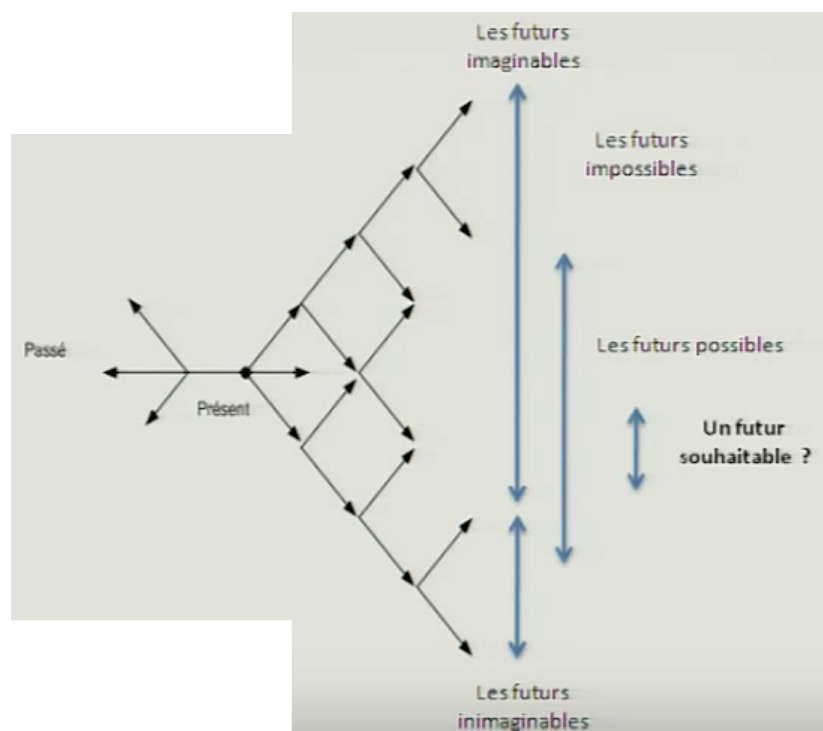
Les avenir possibles et concevables, objet d'étude de la prospective

En même temps, tout n'est pas possible — au moins avec la même probabilité. Le futur est ouvert en ce que divers avenir pourraient potentiellement advenir. Mais le nombre d'avenir à la fois possibles et concevables n'est pas illimité. Ce sont ces avenir à la fois possibles et concevables qui constituent l'objet d'étude de la prospective. Et cet objet est abordé avec des moyens d'investigation aussi scientifiques que possible, loin de la boule de cristal et du marc de café.

On a l'habitude de se représenter le temps sous l'aspect d'une ligne, avec un instant « t » (comme « temps »), un avant qui est passé et un après qui est à venir. Mais, si la direction du passé est donnée, celle du futur ne l'est pas. Elle est multiple, hétérogène et, dès lors, affaire de projets et de volonté — ainsi que, pour une part non dérisoire, de hasard. Pour s'aventurer dans le champ des possibles de manière éclairée plutôt qu'en toute improvisation, il y a la prospective. C'est pourquoi deux principes constitutifs de la prospective sont que la volonté humaine est capable d'influencer l'avenir de manière à

⁴⁹⁰ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 7.

favoriser ce qui est désirable et que cette capacité fonde une obligation morale de réfléchir à l'avenir et à ses trajectoires possibles⁴⁹¹.



Ph. Durance, « Libérer l'innovateur : la prospective en pratique », ESSEC, 9 juin 2011

Ce graphique montre comment les futurs peuvent être formalisés. Tel est le travail du prospectiviste : situé au moment présent, donc au carrefour des temps, conscient d'un passé plus ou moins incertain dont il faut tirer les leçons, il identifie les acteurs et facteurs clés, détermine différentes hypothèses et, à partir de ces dernières, conçoit des scénarios comme autant de futurs possibles pour, parmi eux, déterminer un futur souhaitable — en ayant à l'esprit que certains futurs imaginables sont impossibles et, surtout, que certains futurs possibles sont unimaginables.

La « puissance de l'imprévisible »⁴⁹² oblige à une certaine modestie dans les résultats et les propositions. Les méthodes formelles de la prospective n'ont pas la prétention de permettre des calculs véritablement scientifiques. Il s'agit seulement d'apprécier et de mettre en rapport, de façon aussi objective et empirique que possible, des réalités aux multiples inconnues. Le prospectiviste se distingue ainsi du prévisionniste, prolongateur

⁴⁹¹ Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVI.

⁴⁹² N. Taleb, *Le cygne noir – La puissance de l'imprévisible*, Les Belles Lettres, 2008.

de tendances, et du visionnaire qui conçoit un scénario unique à partir d'une révélation métaphysique.

Le futur comme le passé s'effacent⁴⁹³. Seul le présent existe vraiment et l'office du prospectiviste n'est en réalité pas si différent de celui de l'historien : ce dernier sait que le passé est multiple et incertain, qu'il est une reconstitution forcément partielle et partielle, qui pourrait être bouleversée par de nouvelles découvertes. À bien des points de vue, la prospective se rapproche donc de l'histoire. Toutes deux portent sur des faits qui, par nature, ne sont jamais donnés : le passé n'est plus, l'avenir n'est pas encore, tous deux sont hors de la vie et de l'existant.

*La prospective à la croisée de la science et de la philosophie,
mais pas un système ni une doctrine*

La prospective est tout à la fois une science et une philosophie — il faut gager qu'une telle situation épistémologique n'est ni contradictoire ni malvenue, mais au contraire très porteuse pour le savoir et les connaissances, ainsi que pour l'action⁴⁹⁴. La prospective, scientifique et critique donc, n'est en revanche pas un système et encore moins une doctrine. Chaque prospectiviste peut être amené à identifier des futurs désirables et d'autres qu'il faudrait craindre, mais la prospective, en soi, est neutre et ouverte.

Ce qui l'intéresse se résume à ses moyens et principes méthodologiques propres et originaux, permettant d'élaborer les scénarios des futurs prévisibles, et à l'état d'esprit nécessaire afin de s'orienter vers un futur souhaitable. Si elle fait appel à la liberté et à l'imagination tant des prospectivistes que des acteurs concernés, elle se caractérise surtout par la rigueur des méthodes qu'elle déploie afin de poser les problématiques adéquates, décrire le système étudié, identifier les données clés (acteurs et variables), élaborer les scénarios en réduisant les incohérences et en renforçant la plausibilité et orienter les actes des hommes vers un futur donné.

⁴⁹³ P.-A. Taguieff, *L'effacement de l'avenir*, Galilée, 2000.

⁴⁹⁴ M. Godet, « Penser et agir autrement », *L'ENA hors les murs* 2016, n° 458, p. 7.

Si la prospective n'est pas un domaine constitué académiquement — et telle est peut-être sa chance⁴⁹⁵ —, elle repose sur un héritage important bien que récent. Il existe une histoire de la prospective dont les prospectivistes actuels sont les héritiers.

B. Histoire de la prospective

L'avenir a toujours été source d'inquiétudes et de pessimisme ou d'espérances et d'optimisme. Et les hommes ont de tout temps souhaité le connaître ou, du moins, l'imaginer à l'avance. La demande de discours sur le futur est une constante de l'histoire des sociétés. Depuis l'Antiquité, toutes sortes de pratiques sont ainsi apparues afin de diminuer l'incertitude liée au futur, souvent de manière assez décevante, si ce n'est captieuse, spécieuse et dolosive.

L'histoire des futurs est d'ailleurs tout à fait passionnante⁴⁹⁶. Et, dans cette histoire, la prospective n'occupe qu'une place limitée, notamment parce qu'elle est d'apparition récente et parce qu'elle demeure l'apanage de quelques érudits et de quelques passionnés⁴⁹⁷.

Devins, oracles et prophètes : rationalisme et libre-arbitre contre fatalisme et déterminisme

Longtemps, les « recherches » sur le futur se sont limitées à différentes techniques de divination et de consultation des auspices. Le « devin » accédait, par et pour ses prédictions, à un statut proche de la prêtrise. En Grèce, l'oracle de Delphes est resté célèbre. Des femmes, les pythies, entraient en transe en articulant leurs prédictions. Au Moyen-Orient et en Europe occidentale, les druides, marabouts, sahirs et autres sorciers

⁴⁹⁵ Cependant, cela aboutit à une pluralité de prospectives qui, parfois, n'ont plus qu'un tronc commun très limité. Pour ne prendre qu'un exemple, on propose une « prospective conceptive » consistant en une « prospective non prédictive, qui se concentre davantage sur les changements de paradigmes susceptibles de se produire, et sur les possibilités ainsi ouvertes par les paradigmes émergents » (G. Amar, « Prospective conceptive : pour un futur ouvert – Approche théorique et illustration dans le monde du transport », *Futuribles* 2014, n° 404). La tentative la plus récente est celle d'une prospective « systémique » qui « se proclame non seulement l'héritière achevée de toutes celles qui l'ont précédée (marxiste, structuraliste, positiviste), mais déclare en outre constituer une rupture épistémologique définitive » (P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet de la revue du CERAP* janv. 1997, p. 2).

⁴⁹⁶ Cf. B. Cazes, *Histoire des futurs – Les figures de l'avenir de Saint Augustin au XXI^e siècle*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2008 ; G. Minois, *Histoire de l'avenir – Des prophètes à la prospective*, Fayard, 1996.

⁴⁹⁷ Cf. S. Cordobes, Ph. Durance, *Attitudes prospectives – Eléments d'une histoire de la prospective en France après 1945*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007.

ont progressivement abandonné leur fonction prédictive aux religieux, sous la forme de la prophétie et de l'eschatologie.

En parallèle, d'autres formes de prédiction du futur sont apparues, telles que la géomancie ou le tarot. Plus tard, quand, au siècle des Lumières, l'influence des religions régressa au profit de celle de la science, les récits du futur s'appuyèrent davantage sur des évaluations et des concepts scientifiques⁴⁹⁸. C'est ainsi qu'ont été rendues possibles des œuvres littéraires telles que celle de Jules Verne.

La prospective est une manière fondamentalement différente d'envisager l'avenir, qui va de pair avec la montée du rationalisme et du libre-arbitre dans les sociétés modernes. Elle rompt ainsi avec le fatalisme et le déterminisme (un seul futur à découvrir) qui jusqu'alors marquaient les travaux sur l'avenir même les plus sérieux. La prise de conscience de la maîtrise par l'homme de son destin a justifié le développement de différents principes de responsabilité — par exemple le principe de précaution —, ainsi que l'apparition de la prospective comme nouvelle branche parmi les sciences humaines et sociales.

Gaston Berger ou le lien intime entre la prospective et la France

Toute histoire intellectuelle possède son contexte d'émergence, ses maîtres et ses institutions de référence. Concernant la prospective, tout cela est intimement lié à la France. Tandis que les fins et les moyens qu'elle désigne ne sont apparus qu'un peu plus tôt au XXe siècle, en Amérique du nord, le concept de prospective, sous cette dénomination, a été créé à la fin des années 1950 par le philosophe français Gaston Berger. Celui-ci était alors directeur général de l'enseignement supérieur au ministère de l'éducation nationale et professeur de philosophie à l'université. Gaston Berger est ainsi considéré comme le père de la prospective.

Observant que l'étude du futur n'avait pas encore été systématiquement entreprise, il a posé les jalons de ce nouveau champ de recherche à l'occasion d'un article séminal publié en 1957 dans *La Revue des Deux Mondes*⁴⁹⁹. Il en décrit la nécessité, les fondements et l'utilité. Jusqu'à présent, « prospective » n'avait été utilisé qu'en tant qu'adjectif féminin de « prospectif ». Gaston Berger est le premier à utiliser le mot en tant que substantif. Peu après, toujours en 1957, il fonde le Centre International de Prospective. Constitué d'une trentaine de membres, professeurs mais aussi chefs d'entreprise et hauts fonctionnaires, le

⁴⁹⁸ Par exemple, P.-S. De Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, Courcier, 1816.

⁴⁹⁹ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 419 s. Également, G. Berger, « L'attitude prospective », *Prospective* 1958, n° 1 ; G. Berger, *Phénoménologie du temps et prospective*, Puf, 1964.

Centre a permis de consolider et diffuser la prospective, sans parvenir toutefois à en faire une science sociale institutionnellement reconnue comme telle⁵⁰⁰. Gaston Berger a également fondé la revue *Prospective*, qui, bien qu'un temps poursuivie sous l'intitulé *Prospectives*, a cessé de paraître en 1973⁵⁰¹. Les années 1960 ont peut-être constitué l'« âge d'or » de la prospective en France⁵⁰². Il reste néanmoins aujourd'hui beaucoup de prospectivistes actifs ; et des recherches et réflexions sur la prospective sont encore régulièrement menées⁵⁰³.

Gaston Berger était un disciple du philosophe Maurice Blondel, qui considérait l'avenir tel un domaine à construire à partir des matériaux et des contraintes du passé : « L'avenir ne se prévoit pas, il se prépare », disait-il⁵⁰⁴. Gaston Berger allait plus loin encore en considérant que « l'avenir est la raison d'être du présent »⁵⁰⁵ et qu'une grande partie des actions s'expliquent par les projets qui les justifient⁵⁰⁶.

L'accélération du temps et du changement et le besoin croissant d'anticipation

La prospective est née sur la base d'une critique de la décision publique et de la séparation du pouvoir et du savoir, des fins et des moyens⁵⁰⁷. Le constat opéré par Gaston Berger et par ceux qui l'ont suivi dans l'aventure de la prospective était que, en des temps où le changement n'avait de cesse de s'accélérer sous l'effet des techniques nouvelles (nucléaire, cybernétique, astronomie (premier satellite en 1957), aéronautique etc.), un nouveau mode d'approche de la prise de décision était nécessaire.

⁵⁰⁰ C'est à partir de là que certaines grosses firmes industrielles ont commencé à ouvrir, à côté ou au-delà de leurs services de prévision, des « départements du futur » ou des « bureaux des hypothèses » au sein desquels on s'applique à concevoir, d'une manière aussi objective et rationnelle que possible, les différents traits que pourrait prendre le visage du monde de demain.

⁵⁰¹ Les premiers travaux de prospective ont notamment été publiés dans la revue *Analyse & prévision* de la SEDEIS (Société d'études et de documentation économiques, industrielles et sociales), dans les *Bulletins de la SEDEIS*, puis, à partir de 1974, dans la revue *Futuribles*.

⁵⁰² Cf. G. Berger, J. de Bourbon-Busset, J. Massé, *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007. Un premier volume de l'illustre collection « Que sais-je ? » des Presses universitaires de France est paru dès 1962 (A.-C. Decouflé, *La prospective*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1962 ; du même auteur également *Traité élémentaire de prévision et de prospective*, Puf, 1978).

⁵⁰³ Par exemple, J. Lesourne, *Les temps de la prospective*, Odile Jacob, 2012 ; C. Dartiguepeyrou, dir., *Prospective d'un monde en mutation*, L'Harmattan, 3 vol., 2012.

⁵⁰⁴ Cité par Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVII.

⁵⁰⁵ Cité par Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVII.

⁵⁰⁶ À l'occasion de ses travaux philosophiques précédents, il s'était notamment consacré à ce que la pensée existentielle a nommé les « conditionnements » de la liberté. L'étude de ces conditionnements, données incontournables de toute action possible, est devenue l'un des éléments importants de la prospective.

⁵⁰⁷ Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1.

Le contexte des années 1950/1960 dans lequel la prospective a émergé était à bien des égards similaire à celui d'aujourd'hui. Les nouvelles technologies de l'époque chamboulaient de nombreux secteurs. D'aucuns estimaient que les découvertes faites par la science posaient autant, voire plus, de problèmes qu'elles n'en solutionnaient. L'accélération du temps était devenue un fait d'expérience pour la plupart des décideurs. Or des défauts d'anticipation faisaient que, souvent, les conséquences des décisions se produisaient dans un monde totalement différent de celui dans lequel elles avaient été préparées, provoquant en conséquence de nombreux dysfonctionnements.

Face à des situations nouvelles qui se succèdent de plus en plus vite, les méthodes classiques principalement tournées vers le passé, les habitudes et les traditions ne suffisaient plus⁵⁰⁸. Pour décider, il était désormais temps de se projeter dans le futur au lieu de se retourner en direction du passé. Dans son texte fondateur, Gaston Berger, animé de préoccupations humanistes, explique ainsi :

Notre civilisation s'arrache avec peine à la fascination du passé. De l'avenir, elle ne fait que rêver et, lorsqu'elle élabore des projets qui ne sont plus de simples rêves, elle les dessine sur une toile où c'est encore le passé qui se projette. Elle est rétrospective avec entêtement. Il lui faut devenir « prospective ». [...] L'homme a mis des milliers d'années pour passer de la vitesse de sa propre course à celle que peut atteindre un cheval au galop. Il lui a fallu vingt-cinq ou trente siècles pour parvenir à couvrir cent kilomètres dans une heure. Cinquante ans lui ont suffi pour dépasser la vitesse du son. [...] Quand tout se transforme lentement, les mêmes structures complexes se maintiennent et les surprises ne sont pas trop à craindre. Cette foi dans la stabilité s'est longtemps exprimée par l'idée générale de « nature ». Des équilibres avaient été reconnus, dans beaucoup de domaines, qui tendaient à se rétablir d'eux-mêmes lorsqu'ils avaient été altérés. [...] Dans ce monde mobile, qui se transforme sous nos yeux et que nous contribuons nous-mêmes à transformer, il n'est pas surprenant que soient peu efficaces des procédés fondés sur la permanence et sur l'habitude qu'elle engendre. Des forces nouvelles sont à l'œuvre et elles font craquer les cadres traditionnels où nous avons coutume d'inscrire nos modestes changements. Pour faire face à des situations originales, nous sommes condamnés à un effort d'invention qui ne saurait se suspendre.⁵⁰⁹

Et de noter par ailleurs :

Nous avons à faire face à des situations vraiment nouvelles, dans lesquelles nous ne saurions nous laisser guider sans examen par des habitudes de pensée ou d'action dont certaines sont devenues inadéquates ; d'autre part nous avons à notre disposition des moyens d'investigation et d'action si largement accrus [...] que notre vision du monde en est transformée et qu'il

⁵⁰⁸ Cf. G. Minois, *Histoire de l'avenir – Des prophètes à la prospective*, Fayard, 1996.

⁵⁰⁹ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 419-421.

*nous faut soumettre à la critique les notions qui semblaient les plus évidentes et les mieux assurées.*⁵¹⁰

Le philosophe stigmatise ainsi une certaine paresse intellectuelle conduisant à voir dans l'existant un décor fixe voué à demeurer en l'état. Rompant avec cette tendance à prendre des décisions en se référant à un contexte considéré comme immuable, il propose la prospective. Il faudrait abandonner les outils d'analyse du passé (extrapolation de statistiques, recherche d'antécédents et de précédents) au profit d'instruments d'analyse du futur. Il n'a cependant jamais affirmé qu'il faudrait oublier le passé — et aucun prospectiviste sérieux ne le soutient. Au contraire, la connaissance de l'histoire des idées, des techniques ou encore des sociétés est indispensable en prospective.

Les autres précurseurs de la prospective

Gaston Berger est mort en 1960, peu de temps après ses premiers travaux sur la prospective. D'autres précurseurs peuvent être signalés : en 1959, l'ingénieur Pierre Massé confrontait « Prévision et prospective » ; en 1960, l'économiste et philosophe politique Bertrand de Jouvenel forgeait le concept de « futuribles » pour indiquer que, si le passé est incorrigible, l'avenir, en revanche, est ouvert à plusieurs futurs possibles, qu'il est donc synonyme de liberté, de pouvoir et de volonté⁵¹¹ ; l'économiste Jean Fourastié enseignait la prospective au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM) ; et, en 1962, l'académicien Jacques de Bourbon-Busset esquissait des « Réflexions sur l'attitude prospective ».

Un peu plus tard, l'économiste et statisticien Michel Godet, auteur d'une thèse sur la crise de la prévision et l'essor de la prospective⁵¹², a contribué fortement à préciser les

⁵¹⁰ G. Berger, *Traité pratique d'analyse du caractère*, Puf, 1964 (cité par J. Darcet, « Introduction », in *Étapes de la prospective*, Puf, coll. Bibliothèque de prospective, 1967, p. 8).

⁵¹¹ Il appela « Futuribles » le comité international de réflexion qu'il venait de créer, dont les travaux relevaient souvent plus de l'anticipation spéculative mais qui a depuis largement repris à son compte l'héritage du Centre d'études prospectives de Gaston Berger. « Futuribles » est également le nom donné à une revue mensuelle francophone de prospective, fondée par Bertrand de Jouvenel en 1974, dont l'objectif est de fournir à ses lecteurs une analyse des grands enjeux du monde contemporain et de ses évolutions possibles. Dans son ouvrage sur le sujet de 1964, Bertrand de Jouvenel n'utilise d'ailleurs pas une seule fois le mot « prospective », ce qui témoigne de sa volonté de forger un autre courant de pensée (B. de Jouvenel, *L'Art de la conjecture*, Éditions du Rocher, 1964). En 1967, Futuribles est devenu une association internationale. Futuribles se présente désormais tel un centre indépendant d'études et de réflexion, de type *think tank*, qui assure une veille et mène des études de prospective afin de contribuer à une meilleure compréhension de la dynamique du monde contemporain à moyen et long terme. Hugues de Jouvenel, le fils de Bertrand de Jouvenel, est actuellement rédacteur en chef de la revue *Futuribles* et président de l'association Futuribles International.

⁵¹² M. Godet, *Crise de la Prévision, essor de la prospective*, Puf, 1977.

méthodes de la prospective⁵¹³, en particulier de la prospective dite « stratégique », mais en indiquant bien que celle-ci a dans tous les cas besoin d'un important travail préalable de prospective exploratoire⁵¹⁴.

La prospective au service des pouvoirs et politiques publics

Reste que Gaston Berger est bien le pionnier en même temps que le principal théoricien de la prospective et, dès 1955, il proposait un « Essai d'anthropologie prospective ». La prospective a été perpétuée par un groupe d'« activistes du futur » qui, situés au premier rang des pouvoirs économique et politique français, en ont diffusé les principes et les ont appliqués au moment de préparer certaines politiques publiques.

Aujourd'hui, la prospective a conquis de nombreux acteurs, publics comme privés, et sa renommée a largement dépassé les frontières françaises⁵¹⁵. Initialement, elle a été intimement liée à l'appareil étatique, se présentant telle une activité publique bienvenue au moment d'élaborer et évaluer les politiques⁵¹⁶. Il existe des commissions, équipes, directions ou départements dédiés à la prospective dans différents ministères. Mais le développement de la prospective stratégique à l'initiative de Michel Godet lui a permis de conquérir les entreprises.

⁵¹³ Notamment, M. Godet, *Prospective et planification stratégique*, Economica, 1985 ; M. Godet, « La prospective, pourquoi faire ? », *Analyse financière* 1979, n° 39, p. 6 s. ; M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983. Quelques autres œuvres pourraient être citées, qui ont également permis de préciser les fins et moyens du courant français de la prospective. Notamment, A. Tiano, *La méthode prospective*, Dunod, 1975.

⁵¹⁴ Michel Godet préside le Cercle d'Action pour la Prospective, qui a mis en ligne gratuitement et en quatre langues les logiciels et outils de la prospective stratégique depuis 2003.

⁵¹⁵ Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1.

⁵¹⁶ La reconnaissance officielle de la prospective a été le fait du commissaire général au Plan, Pierre Massé, puis de Jérôme Monod dès la création, en 1963, de la délégation à l'Aménagement du territoire. Imaginée au départ dans un contexte éducatif, la prospective française a élargi son champ de vision jusqu'à une ambition planificatrice, étayant « l'ardente obligation » que le Général De Gaulle assignait au Plan. Le rôle du Commissariat général du Plan, installé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour coordonner l'effort de reconstruction et assurer la nécessaire concertation entre les acteurs, fut donc important. Et beaucoup d'initiatives d'études de prospective vinrent de la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR), tandis qu'une forte culture prospective s'est déployée au sein de la Direction générale de la recherche scientifique et technique. Les militaires étaient aussi de la partie : la première unité introduisant le mot « prospective » dans le vocabulaire administratif fut le Centre de prospective et d'évaluation du ministère de la défense, fondé par Hugues de l'Estoile en 1964. Plus tard, quand, à la fin des années 1980, le Centre de prospective et d'évaluation du ministère de la recherche et de la technologie (1982-1992), transformé ensuite en Agence pour la diffusion de l'information technologique, a souhaité élaborer un scénario du XXI^e siècle, à partir d'enquêtes systématiques et au moyen d'un réseau international de veille technologique, elle s'est notamment appuyée sur l'ethnotechnologie, soit l'analyse des systèmes techniques, du processus d'innovation et des interactions technologie-société. Cette discipline nouvelle devait permettre une prospective mieux fondée.

Prospectives (au pluriel)

Les idées phares de la prospective ne sont pas absolument novatrices. Elles imprégnent déjà les réflexions d'Aristote, séparant la cause efficiente, provoquant l'effet, et la cause finale, justifiant les actes par un projet, ou de Sénèque selon qui « il n'est pas de vent favorable pour celui qui ne sait où il va ».

La prospective, en raison de ses origines historiques mais aussi de ses prolongements actuels, est toutefois bel et bien une singularité française. Mais elle n'est pas une exclusivité française⁵¹⁷ et, aujourd'hui, il existe essentiellement deux grands pôles et deux grandes écoles de prospectivistes : la France et les États-Unis. Ils se distinguent sur de nombreux points, bien qu'ils s'appuient sur un tronc commun.

Pour ce qui est de l'École française de prospective, continuateur des jalons posés il y a 60 ans par Gaston Berger, elle est reconnue pour son approche originale, articulant anticipation, réflexion stratégique et mobilisation des hommes. Aujourd'hui, de nombreux enseignements de prospective sont dispensés, notamment au CNAM et par l'association Futuribles. Mais la prospective demeure mal identifiée scientifiquement et institutionnellement — ce dont elle pourrait se réjouir. Les prospectivistes ont ainsi des origines très variées : philosophes, ingénieurs, sociologues, historiens, géographes etc. Et on voit dans l'existence d'une chaire *ad hoc* au CNAM un « symbole à la fois de la nécessité de la reconnaissance disciplinaire, et donc de l'institutionnalisation, et de la volonté de rompre avec toute forme de conservatisme ou, mieux, d'académisme »⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Au niveau international, il existe deux organisations principales : la WFS (World Future Society), d'obédience surtout américaine, qui édite la revue *Futurist* et organise un symposium annuel ; et la WFSF (World Futures Studies Federation), qui a été créée avec le parrainage de l'UNESCO et qui constitue un club de professionnels véritablement international.

⁵¹⁸ O. Faron, « La prospective, une science neuve et utile ! », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 8. Le CNAM (Conservatoire national des arts et métiers) a joué un rôle de marqueur, tant au niveau national qu'au niveau international, de l'affirmation de la prospective par la création d'une chaire *ad hoc* au début des années 1980. Aujourd'hui, la chaire de prospective et développement durable des entreprises, des territoires et des réseaux est occupée par Philippe Durance, qui a succédé à Michel Godet. Par ailleurs, les activités des prospectivistes se sont développées, depuis 2003, dans le cadre du Cercle des entrepreneurs du futur. Celui-ci a permis de mettre gratuitement en ligne et en trois langues (français, anglais, espagnol) les outils logiciels développés notamment par Michel Godet afin d'identifier les variables clés, analyser les jeux d'acteurs, construire les scénarios, les probabiliser, choisir de façon multicritère en avenir incertain. En 2010, le Cercle des entrepreneurs du futur est devenu un programme commun du CNE (Centre national de l'entrepreneuriat), un institut du CNAM, et de la Fondation Prospective et Innovation.

C. Écoles française et américaine de la prospective

Il est difficile de traduire le terme « prospective » en anglais⁵¹⁹, langue qui n'a jamais connu de véritable équivalent : ni *futureology*, ni *futures studies*⁵²⁰, ni *futures research*⁵²¹, ni *forecasting* — ce dernier renvoyant à la modélisation économique et à la prévision technologique⁵²². On peut éventuellement évoquer des « *scenarios* » ou des « *future-oriented studies* » ou se référer à des expressions telles que « *creating futures* »⁵²³. Au début des années 1990, le groupe de prospective de la Commission européenne s'appelait *Forward Unit*.

Le Foresight, équivalent de la prospective exploratoire

Le terme qui semble le plus proche de « prospective » est cependant « *foresight* », apparu il y a une vingtaine d'années à peine. Longtemps, les anglo-saxons ont d'ailleurs utilisé le terme français « prospective » afin de désigner cette discipline particulière⁵²⁴. Le recours à « *foresight* » pour renvoyer à l'équivalent de la prospective est toutefois aléatoire et, dans le « rapport Brundtland » par exemple, publié par les Nations unies en 1987, le terme était déjà utilisé, mais dans le sens d'intuition d'un avenir à deviner⁵²⁵. Aussi propose-t-on de parler plus exactement de « *strategic foresight* »⁵²⁶.

Mais le *foresight* anglo-saxon repose sur l'idée d'un avenir à connaître quand la prospective française s'attache davantage à un avenir à construire. Telle est la grande césure entre les deux approches, dont la conséquence est que les prospectivistes français

⁵¹⁹ En ce sens, M. Godet, *From Anticipation To Action – A Handbook of Strategic Prospective*, Unesco Publishing, coll. Future-oriented Studies, 1994.

⁵²⁰ Par exemple, E. Masini, *Why Futures Studies?*, Grey Seal, 1993.

⁵²¹ Par exemple, J. C. Glenn, Th. J. Gordon, *Futures Research Methodology*, American Council for the United Nations University, 2003.

⁵²² Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XIII.

⁵²³ M. Godet, *Creating Futures – Scenario-Planning as a Strategic Management Tool*, 2e éd., Economica-Brookings, 2006.

⁵²⁴ En 1996, l'économiste Ben R. Martin publia un article qui forgea le concept de *foresight*, affirmant pour la première fois l'équivalence avec le français « prospective » : « *The starting point of foresight, as with la prospective in France, is the belief that there are many possible futures* » (cité par Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XIII).

⁵²⁵ G. H. Brundtland, *Our Common Future – Notre avenir à tous*, Éditions du Fleuve, 1989.

⁵²⁶ Notamment, Ph. Durance, J. Coates, M. Godet, dir., *Strategic Foresight*, Elsevier, 2010 ; P. Bishop, *Strategic Foresight*, University of Houston, 2007.

sont placés en situation d'acteurs, au contraire des prospectivistes américains qui sont seulement des informateurs, des éclaireurs.

Toujours est-il que, si la prospective est aujourd'hui un monde contrasté, que ce soit dans ses conceptions, ses principes ou ses pratiques, il existe principalement deux écoles bien distinctes : l'École française de la prospective et l'École américaine de la prospective.

Ce champ de recherche et les méthodes qui l'accompagnent se sont en effet développés, bien que sous des formes variables, dès l'immédiat après Seconde Guerre mondiale aux États-Unis. Les dirigeants américains, et notamment le ministère de la Défense, ont pris conscience que la manière de faire la guerre venait de connaître et allait encore connaître de profondes évolutions (radars, troupes aéroportées, déplacement des champs de bataille et, surtout, arme nucléaire). C'est pourquoi on a souhaité, dès 1945, conduire les premières études à visée véritablement exploratoire, que l'on définit aujourd'hui comme « prospectives ». Dès lors, il s'est agi d'étudier le futur dans un cadre rationalisé, scientifique et de plus en plus institutionnalisé⁵²⁷.

De profondes différences entre les écoles française et américaine de la prospective

La pratique française de la prospective s'est enrichie de certaines influences nord-américaines⁵²⁸. À l'inverse, l'impact de la prospective française aux États-Unis n'a été que marginal, au contraire d'autres parties du monde qui l'ont bien davantage accueillie, notamment l'Amérique du Sud⁵²⁹. Aujourd'hui, la prospective des États-Unis demeure largement imprégnée par un esprit de lutte et de conquête, souvent lié à l'armée

⁵²⁷ Mais déjà en 1933 le président Franklin Roosevelt avait fait œuvre pionnière en créant une « Commission présidentielle de recherche sur les tendances sociales », puis en commandant un rapport sur « les tendances technologiques et la politique gouvernementale » (H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 16). Après la Seconde Guerre mondiale, l'armée de l'air américaine permit à la prospective américaine de prendre son essor en commandant une étude sur les progrès techniques qui pouvaient avoir un intérêt militaire (Th. von Karman, « *Towards New Horizons* », 1947) et, plus encore, en menant un projet de recherche-développement (projet Rand) sur les aspects non terrestres des conflits internationaux. S'en est suivie la naissance de la Rand Corporation (bureau d'études généraliste à vocation prospective créé en 1948) afin de travailler sur les problématiques de défense et les usages pouvant être faits à cette fin des nouvelles technologies. C'est dans le cadre de cette Rand Corporation qu'ont ensuite été développées la plupart des méthodes « formalisées » de prospective, notamment la méthode de Delphes et la méthode des scénarios (*ibid.*). Quelques temps plus tard, ont encore été créés l'Institute for the Future, le Future Group, le Hudson Institute, la fondation Resources for the Future ou encore la Commission on the Year 2000, à l'initiative du Congrès américain dans le cadre de l'Academy of Arts and Science.

⁵²⁸ Par exemple, T. Durand, « Management stratégique de la technologie : dix enseignements », *Futuribles* nov. 1989, n° 137-4.

⁵²⁹ Ph. Durance, « La prospective en France et aux États-Unis : influences et différences », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinée intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 95.

et dont l'objectif est de conquérir les esprits et d' « américaniser » le monde⁵³⁰. Toutefois, la prospective américaine s'est aussi déployée dans un cadre universitaire, par exemple avec des travaux sur la dynamique du changement lorsque celui-ci est voulu et préparé par l'homme⁵³¹.

Les deux principaux foyers des méthodes d'anticipation, après la Seconde Guerre mondiale, étaient donc dès l'origine profondément différents. D'une part, les États-Unis renaient des approches très pointues mais idéologiquement orientées de « *technological forecasting* » développées dans un cadre essentiellement militaire ; d'autre part, en France, on a plaidé autour de Gaston Berger pour une prospective initialement moins perfectionnée méthodologiquement mais fondée sur une grande liberté d'esprit, une approche critique des décisions, et des réflexions sur les finalités des actes et sur les valeurs à défendre.

La prospective d'inspiration française n'a jamais souhaité promouvoir des intérêts particuliers, d'entreprise ou même d'État. Elle a toujours défendu une inspiration humaniste, l'intérêt général, qu'il soit français mais aussi européen ou même mondial, de l'humanité tout entière, suivant en cela la philosophie des Lumières. Il est évident que, selon qu'on fonde une discipline sur des préoccupations militaires ou bien sur des aspirations humanistes, celle-ci prend un tour très différent.

Ainsi deux grandes écoles de prospective, l'une américaine et l'autre française, se sont-elles affirmées en parallèle et ont-elles tracé leurs routes assez indépendamment l'une de l'autre. Ces écoles conservent en commun quelques grands principes et tout d'abord l'idée que l'avenir peut être influencé par les actes d'aujourd'hui afin de favoriser ce qui est désirable. En outre, toutes deux ont comme objectif l'information des dirigeants et, donc, l'anticipation des futurs possibles. Elles laissent une grande place à la prospective exploratoire, indispensable au travail de prospective stratégique qui ne peut venir que dans un second temps.

Mais, surtout, ces deux écoles se distinguent à bien des égards. La prospective américaine met l'accent sur l'innovation, ne voit guère d'autres facteurs clés que la technologie et la

⁵³⁰ La CIA produit périodiquement un rapport de prospective mondiale, qui est traduit dans de nombreuses langues mais qui constitue davantage un instrument d'influence en vue de l'américanisation du monde qu'une recherche prospective en bonne et due forme.

⁵³¹ R. Lippitt, J. Watson, B. Westley, *The Dynamics of Planned Change – A Comparative Study of Principles and Techniques*, Harcourt, Brace, 1958 ; R. N. Cooper, R. Layard, *What the Future Holds – Insights from Social Science*, Massachusetts Institute of Technology Press, 2002 ; J. Forrester, *World Dynamics*, Massachusetts Institute of Technology Press, 1971.

recherche- développement⁵³². La prospective française donne beaucoup plus de place à la simple action, individuelle et collective. Et, si elle prête attention au facteur technologique ainsi qu'au facteur économique, elle considère également les données sociales, politiques ou même démographiques. Elle choisit parmi les scénarios possibles un futur souhaitable et, volontariste, elle ambitionne d'agir dans le présent afin de rendre ce futur souhaitable le plus probable possible.

Par ailleurs, alors que la méthode des scénarios a été imaginée aux États-Unis, elle a été largement perfectionnée par les prospectivistes français — à tel point que les américains parlent désormais de « méthode française » au sujet des scénarios et de leur élaboration afin d'explorer les futurs possibles à l'aune des états des lieux, des hypothèses d'évolution et des tendances observées. L'École américaine, pour sa part, désigne par « *foresight* » uniquement un résultat, réduisant le rôle du prospectiviste à fournir à des clients donnés des images des futurs, sans que ces derniers accordent une quelconque importance aux moyens mis en œuvre pour les établir⁵³³.

Le *foresight* se rapproche ainsi d'une science du futur, comme il existerait une science du passé avec l'histoire⁵³⁴. En conséquence, le processus de création de ces visions d'avenir n'implique pas les destinataires des travaux, qui sont pourtant des acteurs essentiels. En France, au contraire, on a l'habitude de faire participer très directement les experts et les acteurs et, en premier lieu, ceux qui ont commandé l'étude prospective. « Il est fondamental que les bénéficiaires de ce travail en soient eux-mêmes les producteurs », expliquent Michel Godet et Philippe Durance⁵³⁵. En outre, limiter le *foresight* à un résultat l'éloigne de la prise de décision et de la préparation de l'action. Il s'agit simplement de modifier la perception de la situation du commanditaire de l'étude prospective. Avec le « style français », la prospective est directement reliée à l'action et, pour cela, est stratégique. « L'étude des futurs possibles et souhaitables n'a pas d'intérêt si elle n'est pas destinée à influencer concrètement l'action », indiquent encore Michel Godet et Philippe Durance⁵³⁶.

⁵³² Par exemple, J. P. Martino, *Technological Forecasting for Decision Making*, McGraw Hill, 1993 ; R. U. Ayres, *Technological Forecasting and Long-Range Planning*, McGraw Hill, 1969 ; M. J. Cetron, *Technological Forecasting – A Practical Approach*, Gordon and Breach, 1969 ; E. Jantsch, *Technological Forecasting in Perspective*, OCDE, 1967.

⁵³³ Par exemple, O. Helmer, *Looking Forward – A Guide to Futures Research*, Sage Publications, 1983.

⁵³⁴ Par exemple, A. Wilson, F. Zwicky, *New Methods of Thought and Procedure – Contributions to the Symposium on Methodologies*, Springer, 1967.

⁵³⁵ Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XV.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. XVI.

Les différences entre les écoles américaine et française de la prospective sont synthétisées dans le tableau suivant⁵³⁷ :

Strategic Foresight et la Prospective : Quelle différence ?

	Strategic Foresight	La prospective
Attitudes et Objectifs	Plutôt centrée sur la prédiction et l'anticipation	Plutôt centrée sur la proactivité et la construction de l'avenir
Facteur clé de l'innovation	Essentiellement la technique Et la R&D (Technology Foresight.)	Le changement technique c'est important, mais ce n'est pas l'essentiel 80% de l'innovation est low-tech (sociale, politique, managériale,...)
Méthodes de prévision	Grande influence de la Rand Corporation pour des approches rationnelles (analyse de systèmes, Delphi) et d'Herman Kahn (scénarios).	Les mêmes influences + sources philosophiques et historiques Méthodes de jeux d'acteurs et de projets
Place des scénarios	Central et portant sur un nombre limité de variables (GBN). Souvent décalés "out-of-the-box" Utilisés aussi pour le <i>storytelling</i> , le consensus et la communication.	Central avec aussi des pensées à contre-courant et non conventionnelles, mais avec plus de viables prises en compte Des méthodes plus rigoureuses comme l'analyse morphologique, mais dont le succès conduit à des abus Succès questionnable parce que la construction de scénario n'est pas une fin en soi Trop de scénarios et pas assez de projets
Résultat final & rôle du futuriste et du prospectiviste	Rapports remis aux clients qui donnent des connaissances et des visions partagées Ces visions sont principalement produites par le Futurologue en tant qu'expert dans le domaine Futuring est utilisé comme processus d'approbation.	La remise de rapports aux clients est moins importante que le processus d'implication des clients comme producteurs de réflexion Le but du <i>process de Futuring</i> est l'appropriation par les utilisateurs finals Le Prospectiviste est un <i>coach</i> qui facilite la production collective de connaissance. Son expertise n'est pas nécessairement dans le domaine. Il apporte des méthodes rigoureuses et participatives pour la réflexion collective

L'inorganisation de la prospective à l'échelle internationale

Logiquement, la prospective est encore moins stabilisée et institutionnalisée à l'échelle mondiale qu'à l'échelle nationale. En fonction des pays, ce ne sont pas les mêmes disciplines et encore moins les mêmes méthodes et les mêmes objectifs qui sont mobilisés dans le cadre de la prospective ou de ses équivalents les plus proches. Le *foresight* des États-Unis est très proche d'une science (molle plutôt que dure) du futur⁵³⁸ — quand il est le fait d'universitaires et non du gouvernement ou de l'armée. La prospective française ajoute tout un pan téléologique, critique et finaliste au pan scientifique.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. XIX.

⁵³⁸ Par exemple, E. Cornish, *The Study of the Future – An Introduction to the Art and Science of Understanding and Shaping Tomorrow's World*, World Future Society, 1977 ; E. Cornish, *Futuring – The Exploration of the Future*, World Future Society, 2004.

Il n'existe guère et ne semble pas pouvoir exister d'Académie internationale de prospective. Il n'y a pas davantage de structuration de la prospective ni de communauté scientifique autour de la prospective en Europe.

Pour autant, à l'échelle internationale, on a depuis longtemps pris conscience de l'intérêt des recherches prospectives, sans pour autant choisir entre approche américaine et approche française. Celles-ci ne sont pas inconciliables et il est possible d'emprunter à la fois à l'une et à l'autre afin de suivre une troisième voie hybride⁵³⁹.

Quant à la prospective juridique esquissée en ces pages, elle s'appuie principalement sur l'École française de la prospective. En effet, l'association de l'approche scientifique et de l'approche critique et téléologique qu'elle opère semble bienvenue dans le domaine du droit.

⁵³⁹ L'essor de la prospective au niveau international date des années 1960/1970. En 1972, la World Future Studies Federation a été créée. Depuis longtemps, les Nations unies encouragent la prospective et tous ses grands organismes disposent de services de statistique et de prospective. L'IIASA (International Institute for Applied Systems Analysis) avait lancé une Commission mondiale pour le futur et un exercice prospectif de longue durée (1972-1980). Les conférences mondiales de l'énergie, de Rio, de Kyoto et de Paris, ou encore le GIEC (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat) ont élaboré et fait connaître de nombreux scénarios prospectifs qui ont contribué à modifier les décisions des élus et le comportement d'un grand nombre d'acteurs. L'OCDE prête également beaucoup d'attention à la prospective, à l'image du programme Interfuturs (Interfuturs, *Face aux futurs*, OCDE, 1979). Quant à l'Union européenne, la Commission européenne a créé le programme FAST (Forecasting and Assessment in Science and Technology). La prospective anglo-saxonne y domine et la Commission européenne appréhende la prospective à travers le prisme du *technology foresight*, concentré sur la technologie (Commission européenne, Institute for Prospective Technological Studies (IPTS), *Scenario Building, Convergences and Differences, Proceedings of Profutures Workshop*, 1995).

II. La prospective et la recherche juridique

L'objet de cet ouvrage est de réfléchir à la possibilité et à l'opportunité d'associer la prospective à la recherche juridique. Plus encore, il s'agit de poser quelques jalons afin de faire, peut-être, de la prospective juridique une nouvelle branche de la recherche juridique (A). Pour cela, il importe de définir tout d'abord cette recherche juridique et les branches qui la constituent car, « aussi incroyable que cela puisse paraître, les juristes ne savent pas répondre à une question aussi simple que celle de savoir ce qu'est une recherche juridique »⁵⁴⁰.

Ensuite, interroger la possibilité d'une prospective juridique permet de questionner l'actualité et l'avenir des objets et des moyens de la recherche juridique. Ainsi ce travail s'inscrit-il dans le cadre de l'épistémologie juridique, discipline consistant à étudier les connaissances juridiques et, plus particulièrement, les modes de formation des connaissances juridiques⁵⁴¹. L'épistémologue du droit procède à l'examen critique des intentions, des principes, des hypothèses, des méthodes et des résultats des sciences et des pensées du droit, cela afin d'évaluer leurs légitimités respectives et d'envisager leurs évolutions possibles. En ces pages, il convient d'examiner les intentions, les principes, les hypothèses et les résultats de la prospective juridique, mais aussi et avant tout, puisque celle-ci reste à construire, de proposer ces intentions, principes, hypothèses et résultats (B).

La recherche désigne l'ensemble des travaux menés méthodiquement par les spécialistes d'une matière donnée afin de faire progresser la connaissance de cette matière. La

⁵⁴⁰ F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in A. Flückiger, Th. Tanquerel, dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 117.

⁵⁴¹ Il devrait aller de soi que, parmi les facultés de droit du moins, on connaisse depuis longtemps le droit et on sache depuis longtemps comment connaître le droit. Pourtant, si la connaissance du droit est imparfaite, la connaissance de la connaissance du droit est, elle, balbutiante et même, sous bien des aspects, embryonnaire, pour ne pas dire inexistante. L'épistémologie juridique est encore loin d'avoir apporté aux scientifiques et aux penseurs du droit tous les enseignements qu'elle est en mesure de leur fournir. Pour que les « sciences » du droit deviennent des sciences véritables, il faudrait que l'épistémologie juridique, qui permet d'identifier les forces et les faiblesses cognitives et scientifiques du droit, gagne en attractivité et en notoriété, passe du rang de discipline-accessoire au rang de discipline-cadre de la recherche juridique. Connaître sa connaissance, étudier ses études, élaborer une science de sa science est indispensable au progrès et à la consolidation de cette connaissance, de ces études et de cette science. Le droit doit en prendre conscience.

recherche juridique est donc l'ensemble des travaux menés méthodiquement par les spécialistes du droit afin de faire progresser la connaissance du droit, l'ensemble des études et des activités scientifiques et intellectuelles portant sur les normes, les institutions, les pratiques, les comportements et les opinions juridiques et visant à approfondir le savoir juridique. Il faut espérer que la prospective juridique permette d'améliorer la connaissance du droit en invitant les juristes et tous ceux qui étudient le droit ou travaillent avec le droit à s'intéresser au futur du droit et au droit en action. Favorisant ainsi le renouvellement de la recherche juridique, la prospective juridique, que quelques chercheurs ont déjà expérimentée plus ou moins volontairement et consciemment (*D*), pourrait prospérer (*C*), d'autant plus que le besoin d'analyses jusprospectives semble grandir fortement à l'ère contemporaine (*E*).

Enfin, il est ici question de prospective juridique et non de droit prospectif — expression un peu mieux connue dans la doctrine juridique française, notamment en raison de l'existence déjà ancienne de la *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*. Or, si une étude de prospective juridique peut amener à réfléchir à quelque droit prospectif, les deux ne sauraient être confondus : un droit qualifié de « prospectif » est, par opposition au droit « positif », un droit qui n'existe pas mais qui pourrait et/ou devrait exister dans le futur ; une prospective qualifiée de « juridique » est une discipline académique dont l'objet est d'examiner ce que sera le droit demain, donc examiner le droit prospectif. Mais les expressions « prospective juridique » et « droit prospectif » ne sauraient être utilisées alternativement et indistinctement. Le livre IV de ce mémoire porte directement sur la prospective juridique et indirectement, parce que l'objet de cette prospective juridique est le droit prospectif, sur ce dernier.

A. La nouveauté de la prospective juridique

La recherche juridique est plurielle, en premier lieu parce que le droit qui constitue son objet peut se comprendre comme phénomène juridique, comme notion de droit, comme droit positif ou même comme recherche juridique. Elle est surtout plurielle car composée de diverses branches. Il faut ainsi distinguer les branches du droit positif (droit public, droit privé, droit international public ou privé, droit civil, droit commercial, droit constitutionnel, droit administratif etc.) et les branches de la recherche juridique.

L'identification des branches de la recherche juridique conduit à étudier les activités de ceux qui observent et analysent le droit ; elle repose sur la particularisation de leurs intentions, méthodes et objets d'étude. L'identification des branches du droit positif, pour sa part, amène à étudier les destinataires et les objets des normes en vigueur. Les branches de la recherche juridique sont indifférentes aux branches du droit positif et inversement. Aussi une étude de prospective juridique peut-elle porter sur le droit, le droit public ou le droit privé comme sur une branche plus spécifique du droit positif.

Treize branches de la recherche juridique

Pour l'heure, il semble possible de recenser treize branches de la recherche juridique : la théorie du droit, la philosophie du droit, la science du droit positif (qui, consistant à comprendre, expliquer et interpréter les lois et les jurisprudences, occupe au moins 90 % des juristes⁵⁴²), l'histoire du droit, le droit comparé, la sociologie du droit, l'anthropologie du droit, l'analyse économique du droit, la linguistique juridique, la méthodologie juridique, l'épistémologie juridique, la légistique et la politique juridique⁵⁴³. Quant à la science politique et à la science administrative, il s'agit peut-être de disciplines intimement liées à la recherche juridique mais sans en faire partie.

La prospective juridique pourrait-elle se rajouter à la liste des branches de la recherche juridique ? Et cela serait-il bénéfique à la connaissance du droit ? Le livre IV de ce mémoire a pour objectif, si ce n'est de convaincre, du moins d'apporter un début de justification à l'éventuel attrait de certains chercheurs en droit pour la prospective. Pour cela, il importe de définir aussi précisément que possible cette discipline, à travers ses objets et ses méthodes.

⁵⁴² « Le droit positif, notait Charles Eisenmann, apporte au juriste toute une série de réglementations, de systèmes d'organisation politique ou gouvernementale divers ; il les lui offre pour ainsi dire "en vrac", tous ensemble comme à "l'état brut" : et c'est à lui juriste [...] qu'il appartient et incombe de mettre l'ordre intelligible, l'ordre de la connaissance dans cette masse de matériaux » (Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit* 1966, p. 25).

⁵⁴³ Quelques explications doivent être apportées au sujet de l'exclusion de la géographie juridique du nombre des branches de la recherche juridique. Celle-ci est actuellement à l'état embryonnaire ; il semble n'exister, en France, aucun spécialiste de cette discipline qui, distincte du droit comparé, consisterait à évaluer les rapports entre l'espace et les normes afin de pouvoir estimer dans quelle mesure les dimensions du territoire, sa situation sur la carte du monde, la présence plus ou moins importante de montagnes ou de frontières maritimes etc. influencent les régimes juridiques, du droit constitutionnel au droit commercial. La géographie juridique ne paraît pas être, pour l'heure, suffisamment développée pour justifier de considérer qu'elle constituerait, autant que l'histoire du droit ou que l'analyse économique du droit, une branche de la recherche juridique. La géographie présente un grand intérêt du point de vue de beaucoup de sciences sociales, mais le droit fait partie de celles qui lui en accordent le moins.

La prospective juridique, branche embryonnaire de la recherche juridique

Or, si, pour circonscrire le champ d'une branche de la recherche juridique, il convient d'étudier les activités de ceux qui observent, analysent, critiquent et proposent le droit, il n'existe pour l'heure pratiquement aucun « jusprospectiviste » (prospectiviste du droit) dont on pourrait prendre les activités comme sujet d'étude. Aussi une recherche sur la prospective juridique ne peut-elle, aujourd'hui, que prendre un tour largement stipulatif. Il convient néanmoins de s'appuyer sur l'héritage de la prospective tel que précédemment présenté, en particulier dans son volet français. Ensuite, tout l'enjeu est d'évaluer la pertinence du rapprochement entre cette prospective et le droit.

L'exercice de particularisation de chacune des branches de la recherche juridique, qu'il s'agisse de la prospective juridique ou de toute autre, est dans tous les cas très important tant des prémisses propres à chaque spécialité dépendent les orientations et les conclusions des travaux des chercheurs. Il semble donc décisif, pour tout scientifique ou penseur du droit, d'être conscient de la discipline dans laquelle il s'inscrit, de ses spécificités et des conséquences qui en résultent. La prospective juridique ne saurait échapper à la règle.

Plus encore, s'agissant d'une branche de la recherche juridique pour l'instant seulement à un stade embryonnaire, qui existe à l'état de proposition mais certainement pas à l'état de discipline bien établie et institutionnalisée, cet exercice de particularisation de ses objets et de ses méthodes revient à répondre à la question de sa possibilité. Ensuite, si une telle branche de la recherche juridique était possible, encore faudrait-il convaincre les chercheurs en droit de sa pertinence afin qu'ils soient de plus en plus nombreux à s'inscrire dans son cadre. Ainsi, la prospective juridique pourrait émerger véritablement et s'affirmer progressivement telle une branche de la recherche juridique à part entière.

B. La possibilité de la prospective juridique

La prise en compte du futur devient un champ de réflexion et une nécessité à différents égards dans de nombreuses disciplines. De plus en plus de sociologues spéculent sur l'avenir des institutions et des mentalités, les économistes se consacrent depuis fort longtemps à la prévision, qui constitue l'une de leurs activités essentielles, sans laquelle ils

ne pourraient envisager convenablement l'évolution des marchés, des monnaies ou des cours des matières premières, les managers et les comptables recourent à la planification. Dans un nombre croissant de situations, il s'avère indispensable de réfléchir au futur. Mais *quid* du droit ? Et, si le droit s'ouvrait à une telle réflexion sur le futur, celle-ci devrait-elle prendre la forme de la prospective, spécialement dans sa version française ?

Selon une formule souvent citée de l'économiste et prospectiviste Jacques Lesourne, « l'avenir est le fruit du hasard, de la nécessité et de la volonté ». Le droit aussi est le résultat du mariage de la nécessité, de la volonté et d'une part de hasard. Surtout, l'avenir du droit, qui intéresse la prospective juridique, est tout autant le fruit du hasard, de la nécessité et de la volonté. Ainsi, et *a priori*, comme tous les domaines de la société, du développement et des relations entre l'homme et son environnement qui font l'objet de réflexions et travaux prospectifs (prospective économique, sociologique, démographique, énergétique, technologique, géostratégique, sociale, urbaine, territoriale etc.), le droit serait justiciable d'une approche prospective.

Le futur du droit, objet insaisissable ?

On peut se demander s'il ne serait pas excessivement présomptueux de vouloir déchiffrer l'avenir du droit, alors que celui-ci est déjà si difficile à interpréter dans son état présent. Mais cette difficulté touche la prospective en général ; et cette dernière est parvenue à la surmonter, notamment en insistant sur le fait qu'elle n'est aucunement une science du futur dans le sens d'un ensemble de méthodes censées permettre de déterminer à l'avance le futur, mais plutôt un ensemble de moyens dont la finalité est de mieux construire ce futur en agissant dans le présent.

La prospective juridique pourrait permettre de répondre aux besoins de normes et d'institutions à venir avec efficacité et célérité, en adaptant les régimes juridiques et même les pratiques, les procédés et tout le système juridique. Si les lois s'empilent, les institutions et les normes évoluent peu ou, en tout cas, trop doucement dans un environnement et face à des enjeux qui changent toujours plus rapidement. Le risque est donc que les institutions et les règles de droit soient de plus en plus inadaptées. La prospective juridique serait une réponse à ce risque.

La définition du droit, limitée à une prospective juridique ?

La principale limite à la possibilité d'une prospective juridique se rattache peut-être à la définition qu'on donne classiquement du droit : ensemble de normes positives, donc de lois, de jurisprudences ou encore de coutumes aujourd'hui existantes. Ainsi étudier l'avenir du droit, par définition inexistant, serait-il non seulement sans intérêt mais aussi impossible. Les précurseurs de la prospective juridique soulignaient combien « l'idée même d'une prospective du droit, c'est-à-dire d'une interrogation sur les devenir possibles de l'ordre et de la pratique juridiques, ne semble pas devoir s'imposer comme une évidence »⁵⁴⁴.

Mais c'est l'objet même de toute prospective que de se pencher sur un futur qui n'existe pas. Et la prospective juridique comme la prospective en général s'intéresse autant à ce qui est qu'à ce qui pourrait être et qu'à ce qui devrait être, donc autant au droit positif existant qu'au droit qui pourrait exister et qu'au droit qui devrait exister.

De la prospective plus que du droit

Comme le sociologue de la musique fait de la sociologie et non de la musique, comme le sociologue du droit fait de la sociologie et non du droit, le prospectiviste du droit fait de la prospective et non du droit. Les branches de la recherche juridique ont en commun leur objet : le droit. Ensuite, il n'y a guère que la science du droit positif qui est l'apanage des juristes. Les autres travaux sur le droit sont le fait d'historiens, d'économistes, de philosophes, de politistes, de sociologues, d'anthropologues etc. — qu'ils le soient de formation ou par destination. La prospective, pour sa part, repose sur une forte interdisciplinarité et appelle des recherches systémiques et globales. La prospective juridique peut donc être le fait de juristes, de sociologues ou encore d'économistes souhaitant réfléchir au droit en action à l'aune du futur du droit.

En d'autres termes, une prospective juridique n'est possible qu'à condition de ne pas imaginer pouvoir la réserver à des juristes et à des facultés de droit coupés des autres disciplines. Pour élaborer des scénarios pertinents quant à l'avenir du droit, il importe de maîtriser le contenu du droit positif actuel, l'histoire du droit et les enseignements qu'elle

⁵⁴⁴ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 9.

apporte, mais aussi et tout autant l'environnement du droit, qui implique de nombreux facteurs sociologiques, politiques, culturels, économiques, technologiques et autres.

Pour reprendre le célèbre mot d'Hans Kelsen, une prospective juridique est concevable, mais elle ne saurait constituer une « pure » science du droit débarrassée de toute donnée extra-juridique⁵⁴⁵, enfermée dans un « *sollen* » placé à l'abri du « *sein* ». Or on souligne combien « la démarche prospective n'est pas naturelle au juriste, en raison notamment de l'absence de réflexion sociologique »⁵⁴⁶. Mais la même difficulté se pose concernant l'absence de réflexion économique ou politique, habituellement exclue sans ménagement de toute recherche en droit au nom de frontières disciplinaires infranchissables que la prospective invite pourtant à reconsidérer. D'un point de vue dogmatique, en droit et dans la recherche juridique « tout se tient » ; et les branches du droit ou de la recherche juridique sont toutes celles d'un même arbre, donc faites du même bois : le droit. La prospective juridique, elle, n'a par nature d'égards que pour la forêt dans son ensemble, constituée d'arbres d'autres espèces qui influencent le développement et l'aspect de l'arbre du droit. En d'autres termes, si une prospective juridique est possible, une prospective purement juridique ne l'est guère.

La prospective juridique sans objet ?

Même fondamentalement pluridisciplinaire ou interdisciplinaire, une prospective tournée vers le champ du droit est-elle concevable ? On a pu soutenir l'impossibilité de toute prospective prenant le droit pour objet en raison des théories marxistes selon lesquelles le droit positif ne serait qu'un reflet passif de la réalité économique et sociale, une simple superstructure institutionnelle, de telle sorte que toute tentative de recherche prospective sur le droit ne pourrait que se dissoudre dans la classique prospective économique et sociale⁵⁴⁷. Pareille vision marxiste a cependant perdu beaucoup de son influence.

Dans le même sens, certains prospectivistes soulignent l'existence de multiples interactions entre les différents phénomènes sociaux, dont le droit, ainsi que l'unicité du fait social, si bien qu'il serait impossible de procéder à des investigations prospectives

⁵⁴⁵ Hugues de Jouvenel, président de l'association Futuribles et rédacteur en chef de la revue du même nom, est diplômé en droit, spécialité criminologie. Mais les prospectivistes viennent d'horizons divers : économie, écoles de l'administration publique, notamment.

⁵⁴⁶ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 10.

⁵⁴⁷ A. Sayag, « Quelle prospective juridique ? », colloque du 5 juin 1985, [en ligne] <creda.cci-paris-idf.fr>.

dans une discipline aussi spécifique que le droit. Le découpage fausserait *a priori* toute analyse sectorielle.

Il ne semble toutefois pas interdit, quand bien même le droit serait intimement dépendant de son environnement politique, économique et social — ce qu'il est très certainement —, à moins de se couper dangereusement du monde et des sociétés qu'il est supposé réguler, de procéder à une analyse globale afin d'en tirer des résultats concentrés sur les aspects et problématiques juridiques.

Le droit dans toutes ses dimensions

Dans une recherche de prospective juridique, si le droit doit être le point d'arrivée afin d'assurer sa juridicité, il ne peut en revanche être qu'un point de départ parmi d'autres, sous peine de faire reposer l'étude sur des acteurs clés et des variables clés qui ne seraient pas les bons. La prospective juridique ne saurait en particulier reposer sur toute approche dogmatique ni sur quelque analyse focalisée sur les textes normatifs et délaissant toute la pratique du droit, tout le droit effectif et tout le droit en action. Il est impératif, en revanche, qu'elle appréhende le droit dans toutes ses dimensions, de façon systématique et globale.

Le cadre juridique est généralement un facteur clé et les législateurs ou jurislatoeurs en général sont des acteurs clés des recherches prospectives. En revanche, une prospective consacrée au droit, une étude du droit à venir au service du droit en action, serait une nouveauté ou quasi-nouveauté. Il faut en tout cas gager que le droit peut devenir l'objet d'une prospective et, par suite, que cette prospective juridique pourrait devenir une branche de la recherche juridique.

Ensuite, une recherche en prospective juridique peut être macro-juridique, relative à un système ou un ordre juridique donné, aussi bien que micro-juridique, touchant à une branche du droit ou même un régime juridique particulier⁵⁴⁸. Et la prospective juridique, comme la prospective, se scinde en deux branches interdépendantes : l'une exploratoire, objective et scientifique ; l'autre stratégique, normative et critique.

Peut-être l'obstacle le plus important à toute affirmation d'une prospective juridique n'est-il pas d'ordre épistémologique, théorique ou logique mais tient-il au certain conservatisme imprégnant les facultés de droit — en France du moins. Ainsi les premiers

⁵⁴⁸ Sur la distinction de la recherche macro-juridique et de la recherche micro-juridique, cf. B. Barraud, « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », *RRJ* 2017, p. 501 s.

auteurs à avoir envisagé de mener des recherches jusprospectives observaient-ils : « On a été frappé par la manifestation d'un clivage entre enseignants — qui appréhendent beaucoup les évolutions — et praticiens »⁵⁴⁹. La prospective juridique pourrait ainsi intéresser les professionnels-praticiens davantage que les universitaires. En général, ces premiers sont plus que ces derniers demandeurs de changement, de prévision et d'adaptation. À l'université, on ne peut que s'étonner, au moins dans un premier temps, face à la démarche prospective tant on est, par tradition, surtout porté vers l'analyse rétrospective des normes et des institutions. Dans les cabinets d'avocats et parmi les autres lieux où le droit se pratique, on ne peut en revanche qu'être très préoccupé par les besoins et les changements du droit, ainsi que par les décisions juridiques et le droit en actes.

Si un certain nombre d'universitaires-juristes pourraient ne pas voir d'un bon oeil la proposition d'une prospective juridique, cela ne saurait de toute manière lui interdire de se développer puisque la prospective juridique n'a pas besoin des facultés de droit ni même des juristes dans leur ensemble — ils n'ont pas le monopole de l'étude du droit.

La prospective juridique pour réconcilier le fait et le droit

Il faut cependant espérer que la prospective juridique convainque au moins autant les juristes que les économistes ou les sociologues, cela alors qu'on déplore chaque jour un peu plus des travaux universitaires sur le droit tendant à se couper du droit réel, du droit effectif et du droit en action. La prospective juridique, associée au pragmatisme juridique dont elle est proche tant du point de vue des fins (l'action) que du point de vue des moyens (l'approche scientifique et critique)⁵⁵⁰, sans quoi elle ne saurait produire de résultats congruents, conformes aux faits juridiques, permettrait aux chercheurs en droit de mieux comprendre les phénomènes de « guerre des normes », de concurrence des normativités, de plurinormativité, d'internormativité, les normes qui émergent de la pratique, 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* etc.

⁵⁴⁹ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 26.

⁵⁵⁰ Cf. B. Barraud, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2017.

Le juriste qui se bornerait à n'étudier que les seules lois et jurisprudences positives passerait peut-être à côté des éléments les plus remarquables du droit contemporain. La prospective juridique a ainsi vocation à réconcilier le fait et le droit. Faut-il rappeler, avec Jean Carbonnier, combien, « dans le divorce du fait et du droit, c'est le droit qui a tord »⁵⁵¹ ?

Reste que, si la possibilité d'une prospective juridique se vérifiait, encore importerait-il de démontrer plus avant son utilité, donc qu'elle pourrait permettre à la recherche juridique de progresser, à la connaissance du droit de se renforcer et à la pratique du droit de s'améliorer, toutes regardant désormais dans des directions vers lesquelles elles n'avaient encore jamais osé se tourner.

Dans son article fondateur de 1957, Gaston Berger écrit :

*Si l'humanité d'aujourd'hui avait de son avenir cette vision relativement claire que la prospective voudrait lui donner, elle serait invitée à la prudence. Elle apprendrait à surveiller sa marche, à bien calculer ses mouvements et à prendre à temps les précautions nécessaires. Elle pourrait découvrir aussi dans cette vision assez de possibilités exaltantes pour que ses futures obligations lui paraissent légères et pour qu'elle renaisse à l'espérance en découvrant un sens à sa destinée.*⁵⁵²

Finalement, pour justifier la possibilité et même l'opportunité d'une prospective juridique, peut-être suffit-il d'avancer que le droit peut parfaitement se reconnaître dans cette description, lui qui a besoin de prudence et qui est même la prudence en soi. N'est-il pas vrai qu'en droit plus que partout ailleurs « le présent devient écrasant, alors que le passé s'estompe et que l'on n'ose pas parler d'avenir »⁵⁵³ ?

Cette situation, résultat de l'accélération du temps qui fait qu'on ne parvient plus à traiter toutes les données nouvelles qui apparaissent quotidiennement, n'enlève rien au besoin de prendre du recul et de regarder devant soi. Comme le déclame un poète contemporain, « pour aller de l'avant, il faut prendre du recul, car prendre du recul, c'est prendre de l'élan »⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ J. Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013, p. 91.

⁵⁵² G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 426.

⁵⁵³ O. Faron, « La prospective, une science neuve et utile ! », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinette intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 9.

⁵⁵⁴ MC Solaar, « Le bien, le mal », avec Guru, *Jazzmatazz Vol. 1*, EMI Music Studios, 1993.

C. L'opportunité de la prospective juridique

L'absence d'auteurs iconiques et d'œuvres largement diffusées, connues et reconnues, ainsi que le caractère encore marginal, méconnu et informel de la prospective parmi les sciences humaines et sociales, peuvent faire douter de son opportunité — et une prospective juridique ne pourrait que connaître le même sort. D'aucuns doutent que puisse exister une science de l'avenir⁵⁵⁵. Une science de l'avenir du droit ne peut qu'être encore plus discutable et susciter la méfiance, en particulier des juristes. Si une telle « science » de l'avenir du droit doit être abordée avec des pincettes et entourée de réserves, il faut cependant soutenir qu'elle pourrait rendre quelques services au droit ou, plus exactement, à ceux qui le font, le pratiquent, l'étudient ou l'enseignent.

L'évolution réglementaire ou celle du système juridique joue un rôle central, en tant que facteur clé, dans tout travail de prospective⁵⁵⁶. Mais qu'en est-il d'une étude prospective dont cette évolution réglementaire ou cette évolution du système juridique ne serait pas un facteur clé mais son objet même ?

Le droit français « malade » de son manque de prospective ?

Les pionniers de la prospective juridique, dans les années 1980, estimaient déjà que « l'enquête prospective fait espérer un apport neuf, en fait indispensable, aux connaissances sur le droit »⁵⁵⁷. Cela ne peut qu'être plus vrai aujourd'hui, alors que les demandes de droits se multiplient, que le rapport entre droit positif conforme aux besoins actuels de normes et droit positif archaïque est de plus en plus déséquilibré — à l'avantage du droit inadapté — et que la confiance dans la loi et, plus généralement, dans le droit n'avait jamais été aussi faible depuis l'affirmation de la démocratie, c'est-à-dire depuis près de deux siècles.

⁵⁵⁵ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 8.

⁵⁵⁶ Par exemple, une étude géopolitique, réalisée par le Centre d'analyse et de stratégie du ministère des affaires étrangères (CAPS), qui explore, à l'horizon 2030, huit mondes possibles en fonction de la distribution de la puissance (entre dispersion et concentration) et de la nature des relations (entre compétition et coopération), retient plusieurs cadres juridiques dominants possibles : droit international classique de type interétatique, hégémonie du droit américain ou « dispositif multi acteurs » (cité par M. Delmas-Marty, « Où va le droit ? Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ? », *JCP G* 2018, p. 677).

⁵⁵⁷ J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 235.

Si la France est « malade de son manque de prospective »⁵⁵⁸, il semble que le droit français et peut-être le droit en général soient tout spécialement touchés par ce trouble : « Le droit est en crise parce que le législateur, trop loin des réalités, n'a pas de vision globale ni de projet cohérent tout en produisant une législation trop ambitieuse et parce que, en conséquence, la difficulté éprouvée à maîtriser le droit à appliquer, à en découvrir les véritables fondements, entraîne incertitude et insécurité »⁵⁵⁹. Et de dénoncer « la médiocrité de la législation provoquant l'écart entre les règles et les pratiques »⁵⁶⁰. Le droit positif se retrouve chaque jour un peu plus en décalage par rapport aux besoins et aux défis juridiques, ce qui semble justifier une prospective juridique dont la vocation serait de réduire ce décalage, donc de permettre au droit positif, de la loi aux pratiques quotidiennes des juristes, d'être autant que possible adaptable et adapté à son contexte et à l'état de la société qu'il a pour mission de réguler. En ce sens, il a déjà été souligné combien « la prospective juridique est un instrument essentiel de réflexion sur la politique législative, c'est-à-dire sur les meilleurs voies et moyens de l'intervention de l'État. Il faut sauvegarder la primauté de la loi en restaurant la qualité. L'enjeu en vaut la peine car il en va de la sécurité [...] et de la sauvegarde de l'État de droit »⁵⁶¹.

C'est pourquoi, en droit plus que nulle part ailleurs, il faudrait « réhabiliter l'avenir »⁵⁶², c'est-à-dire accepter d'envisager cet objet original, fonctionnant à base de normes et d'institutions, qu'est le droit non seulement en fonction de ce qu'il est et de ce qu'il a été, mais aussi en fonction de ce qu'il pourrait être et de ce qu'il devrait être. Ainsi conçus, les travaux relatifs au droit pourraient se tourner vers de nouveaux horizons porteurs dans un contexte d'accélération du temps et de dissolution de l'espace qui est un défi de taille pour un droit habituellement territorialisé et lent⁵⁶³.

La prospective en réponse aux crises du droit

Si la prospective vise à préparer les esprits aux changements attendus, possibles, nécessaires ou (quasi-)inévitables, elle pourrait en théorie apporter beaucoup aux juristes tant ceux-ci sont de plus en plus souvent critiqués en raison de la tendance qui serait la

⁵⁵⁸ J.-L. Guigou, *Réhabiliter l'avenir – La France malade de son manque de prospective*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2009.

⁵⁵⁹ A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 3.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ A. Sayag, « Quelle prospective juridique ? », colloque du 5 juin 1985, [en ligne] <creda.cci-paris-idf.fr>.

⁵⁶² J.-L. Guigou, *Réhabiliter l'avenir – La France malade de son manque de prospective*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2009.

⁵⁶³ Par exemple, L. Sfez, *L'administration prospective*, Armand Colin, 1970.

leur, en France du moins et surtout dans les universités, à ne pas toujours accepter le changement et à s'arc-bouter à certains passés plutôt que de se tourner vers les futurs pour les accueillir pleinement. Si, en droit, on peut avoir du mal à le reconnaître, vu de l'extérieur le constat est sans appel : « Le conservatisme traditionnel du juriste ne le prédispose guère à imaginer les transformations du droit »⁵⁶⁴. Or plus le droit, dans toutes ses dimensions, sera conscient des possibilités et des limites de ces futurs, plus il sera adapté, pertinent et effectif, ce qui en fait une condition *sine qua non* du renforcement de sa légitimité, donc de sa force, de sa puissance, peut-être même de sa raison d'être. En somme, plaider pour la prospective juridique et la mettre en œuvre, c'est plaider pour et mettre en œuvre ce qui serait une solution essentielle aux crises du droit.

Comme Gaston Berger l'a écrit, « nous avons à vivre non point dans un monde nouveau dont il serait possible au moins de faire la description, mais dans un monde mobile, c'est-à-dire que le concept d'adaptation doit être généralisé pour rester applicable à nos sociétés en accélération »⁵⁶⁵. Le droit ne saurait être exclu du périmètre de cette adaptation, au contraire dès lors que c'est dans une large mesure lui qui est à la manœuvre ; et la prospective juridique serait le principal outil au service de cette adaptation.

*La prospective juridique, un nouveau point de vue
pour les acteurs de terrain et pour les chercheurs*

Ensuite, peut-être cette prospective juridique pourrait-elle concerner davantage les praticiens, acteurs de terrain, que les universitaires — la prospective est aujourd'hui, en France en tout cas, surtout utilisée dans son versant stratégique par les entreprises et les administrations, qui ont d'ailleurs tendance à l'internaliser, ce qui atteste de son succès, mais un succès dans le monde professionnel bien plus que dans le monde académique. La prospective juridique pourrait ainsi prospérer au sein de certaines sociétés privées et de certaines administrations et institutions, ou encore au sein des cabinets d'avocats et parmi d'autres professions juridiques⁵⁶⁶.

Cependant, les facultés de droit pourraient elles aussi tirer parti de l'éventuelle émancipation de ce qui constituerait alors une nouvelle branche de la recherche juridique.

⁵⁶⁴ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 10.

⁵⁶⁵ G. Berger, « Éducation et société », *Prospective* 1967, n° 14.

⁵⁶⁶ Par exemple, L. Sfez, *L'administration prospective*, Armand Colin, 1970.

Celle-ci permettrait au savoir juridique de progresser en ouvrant de nouvelles portes et en s'aventurant sur des chemins encore inexplorés. Alors qu'on peut être tenté de mener des recherches sur des sujets épuisés depuis longtemps, à propos desquels il ne resterait plus grand chose à dire ou, du moins, à découvrir, l'apport de la prospective juridique, défrichant tout un nouveau pan du droit, pourrait être important.

Vers de nouvelles formes de pédagogie et d'apprentissage : savoir-faire et ouverture disciplinaire plutôt que savoir-savoir et enfermement disciplinaire

Le droit ne serait pas moins que les autres disciplines académiques touché par les difficultés que Gaston Berger soulignait déjà à l'aube de la prospective :

Se posent aux éducateurs des problèmes auxquels on n'a pas encore donné toute l'importance qu'ils méritent. Les ingénieurs que nous formons dans nos Facultés et dans nos Écoles seront au travail dans cinq ou six ans. Les maîtres que nous instruisons communiqueront leur savoir à des élèves qui aborderont leur propre vie professionnelle dans quinze ans. C'est donc à ce monde futur qu'ils doivent être adaptés et non à celui où nous vivons, encore moins au monde de notre enfance dans lequel chacun de nous a toujours tendance à se replacer inconsciemment. Quand on songe à la manière dont se transmettent aujourd'hui les connaissances et les méthodes et qu'on évoque la vitesse avec laquelle le monde se transforme, on ne peut manquer d'être confondu. Un professeur de cinquante ans transmet à ses élèves, qui s'en serviront dix ou quinze ans plus tard, des connaissances qu'il a lui-même reçues vingt-cinq ou trente ans auparavant. La « période » de communication du savoir est ainsi d'une quarantaine d'années, c'est-à-dire qu'elle est deux fois plus longue que celle qui mesure les grandes transformations dues à l'homme. Nous savons bien que nos professeurs, nos ingénieurs, nos médecins ont généralement assez de conscience professionnelle et qu'ils ont conservé assez de curiosité pour se « tenir au courant ». Peut-on prétendre cependant que nos institutions les y aient aidés ? Oserait-on même affirmer qu'ils ont tous résisté à la fatigue, au découragement, à l'usure et qu'ils sont tous restés des inventeurs ?⁵⁶⁷

Or ce risque que se creuse un fossé entre les enseignements du passé et les besoins du présent et du futur est encore plus fort aujourd'hui — alors que les révolutions, notamment technologiques, s'enchaînent à un rythme effréné — que lorsque Gaston Berger a rédigé son article fondateur de la prospective. Et le philosophe d'ajouter — enseignement que les facultés de droit pourraient entendre — :

⁵⁶⁷ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 421.

Il ne s'agit plus de multiplier le nombre des classes et le nombre des maîtres, mais de retrouver la signification profonde de l'éducation et d'inventer les méthodes qui conviennent à un univers en accélération. On s'apercevra qu'il est urgent de se défendre contre l'accumulation des connaissances, si parfaitement symétrique de l'embouteillage de nos rues et de nos routes.⁵⁶⁸

Ainsi les enseignements et les études juridiques pourraient-elles délaissier la récitation d'un droit positif temporaire et souvent dépassé au profit d'une recherche-action dans laquelle la prospective juridique trouverait toute sa place, accompagnant l'instauration de nouvelles formes de pédagogie et d'apprentissage tournées vers le savoir-faire et l'ouverture disciplinaire plutôt que vers le savoir-savoir et l'enfermement disciplinaire.

*Ne pas chercher la solution de problèmes dépassés
ni poursuivre des luttes devenues sans objet*

Gaston Berger invite par ailleurs à

Nous contraindre à une révision permanente de nos objectifs et de nos problèmes. Il est triste sans doute de voir des hommes de bonne volonté arrêtés par des difficultés réelles. Il est encore plus attristant de les voir épuiser leurs forces à chercher la solution de problèmes dépassés ou à poursuivre des luttes qui sont devenues sans objet.⁵⁶⁹

Pareille invitation ne saurait concerner les juristes moins que les autres. Pourtant, ceux-ci risquent tout particulièrement de se confronter à des problèmes dépassés au détriment des problèmes réels et actuels, si bien que leur besoin de prospective serait véritable. Le conservatisme est une menace pour le droit d'autant plus grande qu'elle est insidieuse, la propension des uns à se tourner vers hier plutôt que vers demain renforçant celle des autres à travers une légitimation par l'habitude. Or pareille attitude, qui est loin d'être partagée par tous mais qui est néanmoins relativement répandue, n'est plus viable au XXI^e siècle. Elle risque d'entraîner des ruptures et, finalement, un décrochage difficile à rattraper.

Le monde du droit est peut-être un milieu dans lequel il est plus qu'ailleurs bienvenu d'entreprendre des travaux prospectifs paradoxalement en raison de l'inertie et des réticences au changement qui l'accompagnent. La prospective, ayant pour fin d'anticiper l'avenir pour agir aujourd'hui, trouverait ainsi toute sa place alors que l'environnement du droit évolue en permanence, appelant l'évolution permanente du droit lui-même. Elle

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 424.

⁵⁶⁹ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* nov. 1960, n° 6, p. 10.

pourrait permettre aux juristes de mieux accepter les mouvements alentour et donc de mieux les prendre en compte dans leurs activités. Par exemple, des « *think tanks* » (réservoirs de pensée) juridiques pourraient se développer autour de recherches jusprospectives. Une fois arrivé au pouvoir — quelle qu'en soit la forme, « *soft* » ou « *hard power* » —, on pourrait ainsi mettre en œuvre les idées exprimées.

*Le particularisme ontologique du monde des juristes
comme justification d'une prospective ad hoc*

En même temps, une prospective juridique serait absolument respectueuse de la culture juridique, des traditions et habitus des juristes, lesquels seraient nécessairement des facteurs clés pris en compte dans l'anticipation des futurs du droit. Une lacune qui atteint parfois les travaux prospectifs est le manque d'informations historiques et/ou culturelles. Être résolument tourné vers l'action ne doit pas conduire à l'amnésie ni à renier ses origines ou les signes d'appartenance à une communauté. « Si l'on ne sait pas d'où l'on vient, on oublie qui on est et la projection dans l'avenir risque d'être une fuite en avant désordonnée »⁵⁷⁰. La prospective fait le lien entre le passé et l'avenir. Et faire le lien entre le passé du droit et l'avenir du droit n'est pas une aventure vide de sens. Mais en aucun instant il ne saurait s'agir de se risquer en direction du droit du futur en omettant tout ce qui fait l'histoire du droit et la culture juridique. Au contraire, ce sont cette histoire et cette culture qui justifient l'existence d'une prospective juridique *ad hoc*⁵⁷¹. Le particularisme ontologique du monde des juristes est tel qu'il paraît autoriser des recherches prospectives prenant ce monde pour objet. Et en aucun instant ces recherches n'auraient vocation à trahir, à aller contre ni même à ignorer ou à minimiser la culture particulière des juristes.

L'anticipation, qualité du « bon » juriste ?

Le jeu du droit ressemble sous bien des aspects, et surtout du point de vue des praticiens, au jeu d'échecs qu'évoquait Gaston Berger :

Si l'on veut rapprocher la réflexion qui doit précéder toute action de celle d'un joueur d'échecs, mesurant ses possibilités, supputant les conséquences de chacun des coups qu'il peut risquer, anticipant les réactions de l'adversaire, il faut dire que dans le jeu qu'il nous faut

⁵⁷⁰ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 118.

⁵⁷¹ On enseigne que « la prospective devra s'exprimer dans des univers variés où la relation au temps, à la nature, aux familles, aux richesses, à la connaissance etc. prend des formes différentes. Une prospective qui ne respecterait pas ces hypothèses de vie glisserait sur les populations concernées comme l'eau sur les plumes d'un canard » (*ibid.*). Le droit peut sans doute constituer l'un de ces univers.

*jouer aujourd'hui, les règles se modifient sans cesse, tandis que les pièces changent de nombre et de propriétés au cours même de la partie.*⁵⁷²

N'est-il pas vrai que, aujourd'hui et en matière juridique, « les règles se modifient sans cesse, tandis que les pièces changent de nombre et de propriétés au cours même de la partie » ? Il semble que, de plus en plus, l'anticipation devient une qualité première du « bon » juriste. Elle doit lui permettre de prévenir l'obsolescence rapide de ses recherches et, plus généralement, de toutes ses activités à l'heure où les normes et, plus encore, les objets que les normes doivent régir changent chaque jour un peu plus rapidement et radicalement — à tel point qu'on s'interroge sur la capacité de la doctrine à suivre les mutations du droit et à en rendre compte, alors pourtant que ce droit lui même peine à s'adapter aux évolutions environnantes.

La prospective juridique en gestation

Pour l'heure, si quelques rares travaux se sont déjà inscrits, plus ou moins entièrement et plus ou moins consciemment, dans le champ de la prospective juridique, celle-ci demeure encore loin de constituer une nouvelle branche de la recherche juridique. L'affirmation et la confirmation d'une branche de la recherche juridique, comme l'affirmation et la confirmation d'une branche du droit positif, sont tributaires de divers facteurs et, pour l'instant, aucun ne répond à l'appel s'agissant de la prospective juridique.

Une branche du droit apparaît dès lors qu'un ensemble normatif apporte la preuve de son « authentique particularisme »⁵⁷³. S'agissant d'une branche de la recherche juridique, cet authentique particularisme reposerait davantage sur un corpus doctrinal original suffisamment fourni, avec ses principes propres, ses ouvrages de référence et même des enseignements *ad hoc* dans les universités. À l'évidence, tout cela fait jusqu'à présent défaut s'agissant de la prospective juridique.

Cette dernière, loin d'avoir déjà pris son envol, est seulement en gestation, cela depuis de nombreuses années. Or, pour se développer, en raison de ses origines, de ses influences mais aussi de son objet même, elle serait nécessairement amenée à prendre ses distances

⁵⁷² G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 421.

⁵⁷³ A. Jeammaud, « Droit du travail », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 472. L'auteur précise qu'il faut qu'il existe des lois spécifiques (voire un code spécifique), une identification et une synthèse doctrinales, un enseignement propre, des principes généraux particuliers ou encore des interprétations jurisprudentielles spéciales (*ibid.*).

avec nombre des usages et des cadres habituels des chercheurs en droit⁵⁷⁴. Cela constitue un frein, si ce n'est insurmontable, en tout cas important.

À l'aube du III^e millénaire, l'environnement du droit évolue de plus en plus vite et de plus en plus profondément. Il est dès lors attendu de ce droit qu'il suive ce mouvement et que lui-même évolue de plus en plus vite et de plus en plus profondément, ce qu'il fait partiellement, fébrilement, maladroitement. Cela tend à accroître le nombre des vides, des incertitudes, des fragilités et des lacunes juridiques.

La recherche juridique, pour remplir son office, ne peut demeurer accrochée à quelques mythes et préceptes *a priori* hérités d'un passé qui n'est plus et que le présent va rejoindre bien vite. Il faut rappeler combien les conditions qui favorisent l'intuition scientifique sont « le profond désir de savoir, le stock de connaissances en mémoire, le sentiment de liberté, l'aptitude à briser la routine, la discussion avec d'autres chercheurs, la lecture d'articles pertinents et la sérendipité »⁵⁷⁵. Si certaines de ces conditions ne sont pas réunies, le progrès de la recherche juridique se trouve entravé. Et ce sont autant d'éléments tout particulièrement indispensables à la prospective juridique.

Les travaux de ceux qui étudient et pensent le droit ne sauraient présenter le même visage au XX^e siècle et au XXI^e siècle — et un même constat peut être dressé s'agissant des travaux de ceux qui fabriquent ou appliquent le droit. La prospective juridique invite notamment à réfléchir à l'opportunité de développer l'interdisciplinarité en droit ou avec le droit, ou encore à l'opportunité d'adopter un point de vue critique. À l'ère de l'internet, à l'heure de la globalisation et des grandes mutations spatiales et temporelles du droit, alors que tout s'accélère et que tout se rapproche et se dissout, tandis que le nombre des publications juridiques explose, la recherche juridique est appelée à se réinventer dans des proportions non négligeables.

Peut-être la prospective juridique pourrait-elle apporter sa pierre à cet édifice de la recherche juridique. Plus globalement, peut-être pourrait-elle contribuer au renouveau de certaines pratiques des juristes. C'est pourquoi il est tentant de reprendre, prolonger et

⁵⁷⁴ « Le temps de la revendication de l'autonomie d'une jeune branche du droit par rapport à son tronc commun, explique-t-on, est toujours suivi par celui de la réconciliation, car la jeune branche du droit joue [...] un rôle de laboratoire où de nouvelles solutions sont éprouvées, qui, lorsqu'elles sont jugées satisfaisantes, irradiant en dehors de ses frontières » (J. Robichez, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation – Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th., Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 1999 (cité par J. Hervois, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 444)). Sans doute en va-t-il de même s'agissant d'une branche de la recherche juridique par rapport au tronc commun de cette recherche juridique.

⁵⁷⁵ W. B. Cannon, *The Way of an Investigator – A Scientist's Experiences in Medical Research* (1945), Hafner, 1965 (cité par S. Catellin, « Sérendipité et réflexivité », *Alliage* 2012, n° 70).

approfondir les premiers travaux jusprospectifs entrepris il y a déjà longtemps par des chercheurs en droit français.

D. Les prémices de la prospective juridique

Beaucoup d'écrits sur le droit sont prospectifs car, en droit, comme en sociologie ou en histoire, c'est le propre des théoriciens, des philosophes et de tous ceux qui prennent le temps de la réflexion que de formuler des questions et des spéculations sur l'avenir. En ce sens, Mireille Delmas-Marty a depuis longtemps souligné l'intérêt des « forces imaginantes du droit »⁵⁷⁶. Il ne s'agit toutefois, dans ce cas, que de prospective au sens large, de prospective implicite et souvent inconsciente.

En revanche, aucun ouvrage ni aucun article substantiel n'a, semble-t-il, été consacré jusqu'à présent à la prospective juridique (ou « *legal foresight* » en anglais) conçue telle une branche de la recherche juridique répondant à des fins particulières et usant de moyens propres. Et rares sont les travaux à revendiquer une approche prospective.

Des travaux « prospectifs » au sens le plus large

Par exemple, dans la base de références bibliographiques Doctrinal, 190 titres d'articles sur 465 000 notices comportent le terme « prospectif » ou « prospective », ce qui correspond à 0,04 % des articles, soit un tous les 2 500. Et il ne s'agit jamais du substantif « prospective »⁵⁷⁷. L'intention prospective est donc bel et bien présente dans les recherches juridiques, quoique seulement à la marge — mais les travaux de science du droit positif, consistant à décrire, expliquer et interpréter les lois et jurisprudences en vigueur, tendent à cannibaliser la recherche juridique. L'adjectif « prospectif » est cependant utilisé très majoritairement dans son sens le plus courant et les auteurs qui y recourent n'envisagent guère de s'inscrire dans le cadre de cette discipline originale qu'est

⁵⁷⁶ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Le Seuil, 3 vol. : 2004, 2006, 2007. Également, M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998.

⁵⁷⁷ Cependant, à titre de comparaison, si « histoire » et « historique » engendrent 1 115 résultats, « sociologie » et « sociologique » n'apparaissent guère plus souvent : 105 résultats. « Philosophie » et « philosophique » donnent 135 résultats, « anthropologie » et « anthropologique » 28 résultats et « épistémologie » et « épistémologique » 23 résultats. Il ne faut donc pas exagérer l'absence de volonté prospective parmi les travaux en droit ou sur le droit.

la prospective. Celle-ci demeurant assez confidentielle, ils en ignorent souvent jusqu'à l'existence ou, du moins, ils n'en maîtrisent guère les objets et méthodes particuliers.

Les juristes et, plus généralement, ceux qui étudient le droit ou travaillent avec le droit sont toutefois de plus en plus nombreux à être frappés par le « choc du futur »⁵⁷⁸, à avoir « l'appétit du futur »⁵⁷⁹. Tout d'abord, il arrive que des prospectivistes « de métier » se consacrent au droit (largement compris)⁵⁸⁰. Ensuite, ce sont aussi des professeurs de droit qui imaginent ce que pourrait être le futur de leur monde, le droit, parfois en choisissant un horizon lointain. Mais il ne s'agit jamais de prospective en bonne et due forme, suivant les principes et méthodes préconisés par les théoriciens de la prospective — et cet exercice d'anticipation est parfois vu comme quelque-chose de ludique, presque de distrayant, mais pas comme quelque-chose de véritablement sérieux, susceptible d'emporter des conséquences concrètes⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Réf. à A. Toffler, *Le choc du futur*, Denoël, 1971.

⁵⁷⁹ J. De Courson, *L'appétit du futur – Voyage au cœur de la prospective*, Charles Léopold Mayer, coll. Essai, 2005.

⁵⁸⁰ Par exemple, J. Lesourne, *Démocratie, marché, gouvernance : quels avènements ?*, Odile Jacob, 2004.

⁵⁸¹ Par exemple, en matière de « justice prédictive », on imagine ce que pourrait être le discours du « Haut ministre suprême de la justice universelle prononcé à l'occasion du 200e anniversaire du logiciel "Pythie" (Paris, 15 févr. 2940) » : « Nous fêtons aujourd'hui les 200 ans du méga logiciel "Pythie", qui naquit le 15 février 2740 et qui est l'infailible oracle de la justice, perpétuellement connecté à chacun de nous. Nous savons tous que Pythie ne se trompe jamais, que Pythie sait tout, voit tout et entend tout, que Pythie rend toujours une décision juste baignée par la lumière immortelle de l'équité et que les justiciables se soumettent d'eux-mêmes à la vérité absolue de Pythie. Grâce à son analyse sensorielle et connectée de tous les individus vingt-quatre heures sur vingt-quatre, Pythie pénètre dans le tréfonds des consciences de chacun et connaît la vérité vraie. On le sait : Pythie détecte toute tentative de mensonge de la part de ceux, très rares, qui auraient la folie de tenter de le tromper. Pythie, fort de la compilation de milliards de milliards de données, prévient la plupart des conflits entre les êtres humains et résout toujours les quelques-uns qui ont pu échapper à sa vigilance constante en rendant une décision dont il assure l'exécution dans ses moindres détails. Louons donc Pythie, notre oracle, qui porte le nom d'une prêtresse qui, dans les temps les plus antiques, transmettait aux hommes les messages des Dieux ! Vous aurez du mal à croire qu'il fut une époque lointaine et archaïque où la justice était l'affaire des humains, alors même que nous savons tous, vous et moi, que le Droit est bien trop important pour être confié à des hommes et femmes. Et, pourtant, aussi incroyable que celui puisse paraître, nos historiens l'affirment et il faut les croire. Jadis, de simples humains, nommés "avocats", choisissaient des stratégies judiciaires pour le compte des justiciables, écrivaient beaucoup et même parlaient encore davantage lors d'étranges cérémonies nommées des "plaidoiries" où ils étaient tout de noir vêtus. Et puis, des hommes et des femmes — oui, vous avez bien entendu : des hommes et des femmes ! — rendaient la justice. On les appelait des juges. Eux aussi étaient en noir, parfois en rouge. Il y avait même quelques personnes appartenant à une organisation étrange dénommée "doctrine" qui se permettaient ensuite de critiquer les décisions rendues ou de suggérer des évolutions du droit. Comment pouvait-on oser critiquer une décision dont nous savons aujourd'hui qu'elle est forcément infailible ? Il est vrai que, en ces temps lointains, les lois étaient faites par des êtres humains qui se réunissaient dans de curieux cénacles. De même, certains avaient même la prétention, dans ce qui était appelé alors une "Université", d'éduquer leurs concitoyens en leur expliquant l'inexplicable pour un humain : le Droit et la justice. Aujourd'hui, on n'arrive pas à croire qu'un simple cerveau humain puisse connaître l'immensité des données détenues par Pythie pour légiférer, enseigner, critiquer et décider. Pour fêter les 200 ans de Pythie, j'ai donc demandé à nos historiens de tenter de dater précisément le tout début de cette merveilleuse évolution qui, durant des siècles et des siècles, a permis de créer Pythie. Comme toujours, il y a eu beaucoup de controverses entre nos historiens. Mais, finalement, un consensus relatif s'est fait autour d'une date : mai 2017, soit il y a plus de neuf cents ans. À cette époque très lointaine et peu documentée, il semble que certains de ceux que l'on appelait des « juges » aient essayé un logiciel de justice prédictive dans deux villes, que l'on dénommait Douai et Rennes, devenues de simples quartiers de notre mégapole. Nos historiens affirment que ce logiciel extrêmement sommaire est peut-être le plus ancien ancêtre connu de Pythie que nous louons tous » (Ch. Caron, « Louons le méga logiciel "Pythie", notre oracle infailible de la justice ! », *Comm. com. électr.* 2017, n° 7, p. 1).

Même parmi les pouvoirs publics, et contrairement aux entreprises beaucoup plus à l'écoute des méthodes formalisées de prospective, on lance souvent des exercices de prospective sans former les membres des comités de réflexion à ces méthodes. Or, si proposer une vision de demain est à la portée de chacun, élaborer des scénarios plausibles de ce que pourrait être l'avenir afin d'agir aujourd'hui plus efficacement requiert une certaine rigueur intellectuelle — paradoxalement à base d'indiscipline intellectuelle⁵⁸² — et surtout le respect de quelques principes et de quelques procédés permettant de renforcer la scientificité, donc de diminuer la subjectivité, des résultats. La prospective, pour présenter un quelconque intérêt, ne peut s'improviser ou se faire en dilettante. Elle suppose un investissement total de chacun des participants et un véritable professionnalisme. Or — et c'est là l'un des grands défis que la prospective, notamment juridique, doit relever —, elle ne se voit allouer que peu de moyens, quand ce n'est pas aucun moyen, alors pourtant qu'il lui faut d'importants moyens humains et matériels pour fonctionner.

Les autorités publiques à l'initiative de la prospective juridique

Divers travaux prenant le droit pour objet et revendiquant explicitement une approche prospective — mais donc sans nécessairement s'appuyer sur les méthodes élaborées par les prospectivistes — ont déjà été menés. Il s'est agi notamment de réflexions conduites par les collectivités territoriales⁵⁸³, depuis toujours en avance en la matière par rapport aux services centraux et surtout aux ministères, bien que certains possèdent des équipes, directions ou départements dédiés à la prospective. Il existe par ailleurs des postes de chargé d'études prospectives, comme à la CNIL. Les études prospectives initiées par la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) doivent être signalées⁵⁸⁴, tout comme la forte culture prospective de la Direction générale de la recherche scientifique et technique.

La prospective en général et la prospective juridique en particulier sont longtemps demeurées propres aux personnes publiques, notamment afin d'élaborer et évaluer les

⁵⁸² M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 31 s.

⁵⁸³ P. Dommergues, *La Prospective au cœur des régions*, Syros, 1993.

⁵⁸⁴ Notamment, DATAR (Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale), *La méthode des scénarios – Une réflexion sur la démarche et la théorie de la prospective*, La documentation française, coll. Travaux et recherches de prospective, 1975.

politiques publiques. Et ces autorités ont produit de nombreux documents (rapports, livres blancs etc.) relevant de la prospective au sens plus ou moins large⁵⁸⁵.

Les fameuses études du Conseil d'État sont un bon exemple en ce qu'elles comprennent souvent un volet prospectif. Ainsi, en 2017 par exemple, le Conseil d'État s'est intéressé à « la puissance des évolutions en cours [qui] rend nécessaire d'analyser les atouts et les faiblesses de notre système juridique pour être à la fois en capacité d'anticiper les évolutions du droit et des politiques publiques et d'y apporter les réponses d'ensemble, conçues au niveau européen et national »⁵⁸⁶. Et de souligner combien son ambition était d'« anticiper pour ne pas être dépassé et sécuriser notre système juridique »⁵⁸⁷. En l'occurrence, il s'est penché sur « les enjeux du numérique » et a exploré « les possibilités d'adaptation du droit à une société dominée par les plateformes Internet et le phénomène d'ubérisation »⁵⁸⁸. Ainsi l'institution du Palais-Royal invite-t-elle à une véritable révolution juridique dans le but d'aboutir à un droit mieux adapté au monde technologique actuel. Elle va même jusqu'à proposer de nouveaux processus d'élaboration des normes tournés vers la prospective⁵⁸⁹.

Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique

Du côté de la recherche académique, une étude de prospective juridique pionnière a été menée en France au milieu des années 1980, en association entre des professeurs de droit de l'Université Paris 1 et des membres du Laboratoire de prospective appliquée⁵⁹⁰. Ceux-ci pouvaient alors observer que,

⁵⁸⁵ Par exemple, le rapport sur l'application du décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 *Relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)* remis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) au Gouvernement ou bien le rapport sur les modalités de régulation des algorithmes de traitement des contenus remis en 2017 par le Conseil général de l'économie (CGE) à la secrétaire d'État au Numérique présentent des contenus largement prospectifs, amenant à prendre des décisions aujourd'hui afin de préparer l'avenir.

⁵⁸⁶ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, La documentation française, 2017.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ *Ibid.* Après deux précédentes études, la première en 1998 intitulée *Internet et les réseaux numériques* et la deuxième en 2014 sur *Le numérique et les droits fondamentaux*, le Conseil d'État poursuit ainsi sa réflexion sur l'évolution des politiques publiques du numérique, en s'attachant en particulier à l'ébranlement des économies et des modèles sociaux traditionnels qui est en cours ou à venir.

⁵⁸⁹ « Une révision des législations est nécessaire, en y associant tant les acteurs de la nouvelle économie que ceux de l'économie traditionnelle. Le Conseil d'État recommande en ce sens que préalablement à chaque réforme législative ou réglementaire, une révision complète du droit applicable soit menée par des instances composées de l'ensemble des acteurs du secteur ; l'étude d'impact accompagnant le projet de réforme devrait rendre compte des résultats de cette évaluation (proposition n° 20). Le Conseil d'État propose enfin d'expérimenter une nouvelle méthodologie d'élaboration de la décision publique, selon des modalités inspirées des méthodes dites « agiles » mettant en réseau l'État, les collectivités publiques et toutes les parties concernées (proposition n° 21) » (*ibid.*).

⁵⁹⁰ A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984.

*Si la prospective du droit, c'est-à-dire des concepts et des systèmes juridiques, peut être tentée, peu de juristes s'y risquent. Les écrits des utopistes et leurs constitutions idéales ou la politique-fiction ne sauraient en effet être considérés comme le substitut d'une prospective juridique véritable. La prospective juridique demeure donc, a priori, un sujet à peu près intact.*⁵⁹¹

La recherche ainsi entreprise a pris pour objet une branche du droit particulière, intimement liée à des facteurs politiques et économiques : le droit commercial. Comme l'expliquaient ses auteurs, tout l'enjeu était, dans un contexte où les juristes baignent dans un normativisme kelsénien qui les oblige à consacrer toute leur attention aux normes et à ignorer les faits, de se concentrer sur « la vie pratique et les comportements du monde des affaires face à la législation »⁵⁹² et d' « aborder l'ordre juridique à la fois dans ses aspects normatifs et pratiques, étroitement solidaires mais souvent opposés »⁵⁹³, parlant même d' « ensemble indissociable que forment l'ordre et la pratique juridiques »⁵⁹⁴.

Cependant, loin d'aller jusqu'à élaborer des scénarios des avenir possibles et de rechercher parmi eux la voie à suivre afin d'atteindre un avenir désirable, ces chercheurs, comme ils l'ont expliqué, se sont bornés à « recenser les phénomènes du présent jugés porteurs d'avenir et les grands axes de convergence des experts interrogés »⁵⁹⁵. Ils se sont « limités à une prospective d'extrapolation »⁵⁹⁶. Il s'est donc agi essentiellement de réunir et synthétiser les opinions diverses des experts du droit commercial quant à l'avenir de celui-ci.

Cette étude prospective de 1984 n'en a pas moins posé quelques jalons d'une prospective juridique :

*La prospective juridique ne prétend pas décrire le contenu du droit de demain. Elle a une finalité plus humble, mais peut-être plus utile. Elle doit s'astreindre au travail plus ingrat qui consiste à peser les tendances, discerner quelques faits significatifs et détecter les germes de crise. Son but est donc de tenter de déceler par avance les futurs points de tension possibles d'un système ou d'un sous-système juridique donné.*⁵⁹⁷

Les trois objectifs de l'étude [étaient] : réflexion sur l'état actuel du droit des affaires ; mise à jour des points de tension ou de rupture perceptibles dans son application ; identification

⁵⁹¹ A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 10.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 5.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁹⁵ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. X.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 15.

*d'axes d'évolution susceptibles d'affecter les transformations de ce droit, en distinguant le possible du souhaitable.*⁵⁹⁸

*La conclusion essentielle de la recherche est qu'il est inutile de vouloir éluder les difficultés : le droit des affaires, ne pouvant échapper aux changements, doit se préparer à les affronter, plutôt que de les ignorer pour s'y soumettre ensuite au dernier moment, dans les plus mauvaises conditions de l'improvisation. Il faut donc se donner le temps de la réflexion préalable et préventive sur les points de tension qui ont les plus grandes probabilités de se présenter ; il faut encore, et surtout, proposer une méthode de recherche qui puisse aider le législateur à trancher la difficulté dans les meilleures conditions : identifier les symptômes d'une crise particulière, certes, mais aussi se doter d'une méthode thérapeutique générale — tels pourraient être les enseignements fondamentaux d'une réflexion prospective systématique.*⁵⁹⁹

C'est la voie ainsi ouverte que la prospective juridique peut suivre et que le livre IV de ce mémoire tentera de préciser et d'approfondir. Bien que cette recherche sur l'avenir du droit des affaires soit tombée dans l'oubli et n'ait guère suscité de vocations au sein des facultés de droit et dans les universités plus généralement, elle semble avoir néanmoins montré que la prospective juridique peut remplir la double condition de possibilité et d'opportunité indispensable au développement d'une nouvelle branche de la recherche juridique.

La Revue de droit prospectif, créée en 1976

La dimension et l'ambition prospectives dans la recherche juridique sont néanmoins plus anciennes que ces travaux touchant au droit commercial. Dès 1976, en France, l'Association des étudiants en doctorat de l'université d'Aix-Marseille III a créé une novatrice *Revue de droit prospectif*. Celle-ci affichait sur sa couverture son intention à travers un mot de Pierre Teilhard de Chardin : « Rien ne vaut la peine d'être trouvé que ce qui n'a jamais existé encore. La seule découverte digne de notre effort est de découvrir l'Avenir »⁶⁰⁰. À l'occasion de l'avant-propos du premier numéro de la revue, son directeur de la publication expliquait : « Notre créneau essentiel se situera dans la détermination, l'étude et le développement d'une notion nouvelle : le "droit prospectif" »⁶⁰¹. Puis, au sein du premier article du premier numéro, intitulé « Pour une approche prospective de la recherche juridique » et long de seulement deux pages, les responsables de la revue détaillaient leur objectif :

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁹⁹ J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 236-237.

⁶⁰⁰ P. Teilhard de Chardin, « La découverte du Passé », in *Œuvres*, Le Seuil, 1957, p. 269.

⁶⁰¹ D.-Y. Meducin, « Avant-propos », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 1.

Enfermés dans les conceptions étroites du positivisme volontariste hérité du XIXe siècle, les juristes n'ont pas encore pris conscience de la nécessité d'une réflexion permanente sur l'avenir. Leur attitude a certes évolué, depuis le temps où triomphait « l'École de l'Exégèse », qui voyait dans le Droit l'expression d'une sagesse excluant toute critique de la loi positive. Mais ils sont toujours fascinés par l'observation du présent dans ses réalités concrètes. Le Droit positif constitue l'essentiel de leurs préoccupations. Ils cherchent à le décrire, l'expliquer, l'analyser, l'interpréter. Loin de nous l'idée de nier l'utilité d'un tel travail ; il est nécessaire, et même indispensable, car le Droit positif est utilisé en permanence dans la vie quotidienne. Mais il ne doit pas être exclusif. Le Droit, ensemble de règles procédant d'une souveraineté destinées à organiser la vie en société, est une matière en perpétuelle évolution, qui, comme l'écrivait Carré de Malberg, « ne saurait, par ses propres moyens, empêcher d'une façon absolue qu'il ne se produise des divergences et même des oppositions plus ou moins violentes entre la règle idéale et la loi positive » (R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, t. I, Sirey, 1920, p. 209). Les juristes doivent s'efforcer, non seulement de déceler ces oppositions, mais également, dans une optique prospective, de définir les moyens de les atténuer dans l'avenir. C'est, en effet, dans cette direction qu'il leur faut regarder ; ils doivent laisser libre cours à leur imagination pour élaborer des « conjectures » qui seront autant d'images possibles du futur. La réflexion sur le Droit positif et sur sa pratique les amènera à proposer des réformes, à établir des projets. Un débat s'instaurera qui pourra faire évoluer le Droit vers un modèle toujours plus proche d'un idéal, celui-ci ne pouvant jamais être atteint puisqu'il est par essence subjectif. Ils ne sont pas de simples commentateurs de la loi. Leur rôle est non seulement de décrire et d'analyser les textes et la pratique, mais de construire des modèles théoriques anticipant l'évolution du Droit et décrivant ce qui devrait être.⁶⁰²

Ainsi le droit prospectif pourrait-il se définir par opposition au droit positif et la prospective juridique se caractériser par opposition à la science du droit positif — largement dominante dans la recherche juridique à l'époque comme aujourd'hui. Cependant, les créateurs de la *Revue de droit prospectif* ne voyaient pas de différence véritable entre science du droit positif et prospective juridique, expliquant que « le Droit prospectif est le prolongement du Droit positif. Droit positif et Droit prospectif ne sont pas deux disciplines différentes, mais deux aspects différents et complémentaires du Droit : la frontière entre les deux n'est pas matérielle, mais temporelle »⁶⁰³. Aussi semble-t-il possible et même nécessaire de prolonger, approfondir et détailler l'heureuse initiative des étudiants en doctorat de l'université d'Aix-Marseille III, car la prospective juridique paraît bel et bien pouvoir répondre à un objet et à une méthode propres.

⁶⁰² J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 7. Plus tard, dans le cinquième numéro de la *Revue de droit prospectif*, son directeur rappelait son intention d'origine en ces termes : « Notre ambition était d'ouvrir la voie à une nouvelle approche de la recherche juridique, qui aurait trouvé sa place au sein de celle-ci, en faisant éclater quelque peu le carcan positiviste dans lequel elle est enfermée. L'idée qui sous-tend cette notion de "Droit prospectif" est une nouvelle manière d'envisager la recherche juridique, qui opère un renversement complet de la démarche adoptée jusqu'ici ; elle tient en deux mots : "construire l'Avenir" ». J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 1.

⁶⁰³ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

La Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, une revue généraliste sous l’angle des branches du droit et sous l’angle des branches de la recherche juridique

Avec le numéro 8 de 1979-1980 (paru en 1981), la *Revue de droit prospectif* a été rebaptisée *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*⁶⁰⁴. L’aspect prospectif a ainsi été rétrogradé au second plan afin d’ouvrir la revue à l’ensemble de la recherche juridique, y compris l’histoire du droit ; cela même si, dans l’esprit des responsables de la nouvelle revue, la recherche juridique était intimement liée à la prospective juridique puisque cette première se trouvait définie comme « la quête du meilleur Droit »⁶⁰⁵, tandis que « l’attitude prospective » était conçue comme « fondamentalement une attitude de recherche »⁶⁰⁶.

Les éditoriaux publiés dans les numéros suivants témoignent du fait qu’il s’est dès lors agi d’une revue principalement consacrée à la recherche juridique : publier les résultats de cette recherche, mais aussi des articles critiques et réflexifs à son sujet⁶⁰⁷. De fait, la *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, dans les années 1980, s’est surtout orientée vers la théorie et la philosophie du droit⁶⁰⁸.

L’aventure de la *Revue de droit prospectif*, devenue *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n’a guère permis de préciser l’objet et la méthode de cette prospective juridique. Si le sens et la portée de l’expression « droit prospectif » n’ont

⁶⁰⁴ La revue, publiée par les Presses universitaires d’Aix-Marseille (PUAM), continue aujourd’hui de paraître trimestriellement. Elle est devenue trimestrielle plutôt que semestrielle à compter du numéro 7.

⁶⁰⁵ D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1979-1980, n° 8, p. 3. L’auteur souligne que cette quête « a toujours été nécessaire et les innovations juridiques, spécialement les fictions juridiques, comme toutes les autres innovations technologiques ont joué leur partie dans le progrès des sociétés. [...] Elle est d’autant plus nécessaire aujourd’hui pour trois raisons. Premièrement, le droit va devoir régler et encadrer de fantastiques mutations technologiques (informatique, nucléaires, biologiques etc.) avec toutes les conséquences politiques et sociales. Deuxièmement, le Droit et la science du Droit, sous l’effet de l’inflation législative et réglementaire, sous l’effet de la multiplication du contentieux et de l’attrait excessif qu’il a suscité, ont dévié vers l’éclatement et la parcellisation. Il faut donc redéfinir, à un niveau interdisciplinaire, des principes fondamentaux. Troisièmement, alors que les milieux économiques et sociaux, les collectivités locales font une place grandissante aux juristes et prennent conscience de l’importance du Droit, curieusement certaines administrations de l’État, spécialement celles qui jouent un rôle normatif important, véhiculent un esprit délibérément ajuridique, voire antijuridique, qui débouche sur des contresens dommageables » (*ibid.*, p. 4).

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁰⁷ Ainsi ces éditoriaux ont-ils abordé de façon récurrente la problématique des méthodes des études et enseignements juridiques, la question de la réforme des universités, celle de la place des chercheurs en droit parmi les sciences sociales, celle de la scientificité des « sciences » du droit, celle des bouleversements au sein des facultés de droit induits par l’informatisation, notamment concernant les pratiques de recherche, ou le problème du manque de moyens humains, financiers et matériels de la recherche académique en droit. Toutefois, en 1983, l’aspect prospectif était encore mis en avant, aux côtés de la recherche juridique : « Que ce numéro de la Revue ouvre pour 1983 une année vraiment nouvelle pour la prospective et la Recherche Juridique » (D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1983, n° 15, p. 8).

⁶⁰⁸ Qualitativement et quantitativement, l’essentiel de ses articles appartenait à la rubrique « Les pages de philosophie du droit » et, écrits par les plus éminents juristes, abordaient des thématiques telles que la définition du droit, la frontière entre droit et morale, les sources du droit etc.

guère été définis⁶⁰⁹, son caractère novateur n'en est pas moins remarquable. Toutefois, l'objectif originel semble avoir été, plus que d'étudier le droit sous un angle prospectif et donc véritablement original, d'offrir un nouveau support de publication aux doctorants et jeunes chercheurs en droit⁶¹⁰. Aussi est-il difficile d'affirmer qu'une véritable revue de prospective juridique existerait déjà tant la *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* et, avant elle, la *Revue de droit prospectif* ont toujours été des revues généralistes, loin de se concentrer ni même d'insister vraiment sur l'approche prospective du monde juridique⁶¹¹. D'ailleurs, dès le cinquième numéro de la *Revue de droit prospectif*, ses promoteurs avaient dû se résoudre à concéder :

Nous sommes un peu déçus car [notre] appel semble ne pas avoir été entendu. Certes, nous ne nous attendions pas à bouleverser du jour au lendemain des habitudes trop anciennes pour changer en si peu de temps. C'est pourquoi, tout en créant cette tribune pour qu'une voix

⁶⁰⁹ Dans le premier numéro de la *Revue de droit prospectif*, il était expliqué que, « dans le prochain numéro, Jean-Marc Zaorski publiera un article dans lequel il tentera de définir la notion de “droit prospectif” » (J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8). Mais un tel article sur un tel sujet ne sera jamais publié et, plus tard, les limites de la revue étaient expliquées par le fait que « nous n'avons pas encore défini (si ce n'est en une phrase lors du lancement de la Revue, ce qui, nous l'avouons, est notablement insuffisant) la notion de “Droit prospectif” » (J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan “prospectif” d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 2).

⁶¹⁰ Ainsi écrivaient-ils, en présentation du premier numéro : « Soyons réalistes : il est extrêmement difficile à un étudiant de troisième cycle, dans les conditions actuelles de l'édition des revues juridiques, de publier le résultat de ses travaux de recherches, quel qu'en soit le mérite. Notre principal souci peut se résumer à une effective démocratisation de la publication des articles de fond dans le domaine de la science juridique » (D.-Y. Meducin, « Avant-propos », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 1) — et non dans celui, autrement précis, de la prospective juridique. Quant à l'avant-propos du deuxième numéro de la revue, il ne parlait pas d'étude des futurs du droit ni d'anticipation des défis à venir mais seulement de « contributions à l'étude de l'évolution du Droit » (J.-M. Zaorski, R. Gheventian, « Le temps qui passe... », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 2, p. 1), évolution pouvant être passée, actuelle ou à venir.

⁶¹¹ Par exemple, les premiers numéros de la *Revue de droit prospectif* comportaient les articles suivants, plus ou moins d'ordre prospectif — mais il est vrai que tout sujet peut-être abordé sous un angle prospectif et que la seule lecture de l'intitulé d'un article permet difficilement de savoir quelle intention épistémologique a animé son auteur — :

- « Décentralisation et efficacité du pouvoir » ;
- « Existe-t-il en France un Droit Administratif économique ? » ;
- « La contribution du Conseil Constitutionnel à la protection des libertés publique » ;
- « Le liberté de la critique en matière de produits et services » ;
- « L'hypothèse d'un modèle algérien de coopération pour le développement, analysée à travers l'évolution de la coopération franco-algérienne » ;
- « L'élection du Parlement européen au suffrage universel direct : une étape vers une Communauté Politique européenne ? » ;
- « L'article 19 de la Constitution du 4 octobre 1958 ».

Quant au numéro 2 de la revue, paru en 1976 également, il comportait les articles suivants :

- « Hypothèses sur l'évolution du droit en fonction de la rareté de certains biens nécessaires à l'homme » ;
- « Les formes nouvelles d'Administration » ;
- « Les clauses compromissaires dans les traités internationaux conclus depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine maritime et aérien » ;
- « Réflexions sur le Droit administratif du développement » ;
- « Une nouvelle Constitution soviétique ? L'impossible choix » ;
- « Contrôle de constitutionnalité et protection des libertés : le rôle de la Cour Suprême canadienne et du Conseil Constitutionnel » ;
- « Un exemple d'informatique juridique : la constitution d'un fichier des textes applicable aux départements et territoires d'outre-mer ».

Aujourd'hui, l'angle prospectif n'est que peu utilisé par les contributeurs de la *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* et par les membres de son comité de lecture au moment d'évaluer les articles qui leur sont proposés.

*nouvelle puisse se faire entendre, nous avons annoncé, par prudence, que nous publierions aussi des études “classiques”. Or il se trouve qu’au fil des numéros celles-ci l’ont très nettement emporté, en nombre, sur les études spécifiquement prospectives. Ainsi disparaissait le critère de l’originalité de la Revue, et la justification de son titre. [...] Pourquoi le cacher ? Nous ne sommes pas satisfaits du résultat obtenu. Nous éprouvons quelques difficultés à trouver des articles “prospectifs”, non pas tellement en raison d’un manque d’intérêt pour celle nouvelle démarche, que, semble-t-il, du fait de la crainte qu’inspire toujours l’inconnu.*⁶¹²

Plus tard, les nouveaux responsables de la revue ont souhaité « un approfondissement et un élargissement de sa vocation initiale »⁶¹³, précisant que « la *Revue [de] Droit Prospectif* a l’ambition de devenir la Revue, spécifique et nationale, de la Recherche en Droit »⁶¹⁴. Plus tard encore, l’objectif est devenu « l’information et la formation de la communauté des juristes chercheurs »⁶¹⁵, « servir de trait d’union entre les chercheurs en droit »⁶¹⁶, cela dans un contexte d’urgence lié au constat selon lequel « le secteur juridique est devenu un véritable “département sinistré” de la recherche en sciences humaines »⁶¹⁷.

Mais l’intention initiale des créateurs de la revue était bien prospective, et en cela ils ont été des précurseurs, ainsi que l’expliquait son premier directeur de la publication au sein des deuxième et troisième numéros :

*La prospective n’a pas pour but de deviner l’Avenir, mais d’aider, par la réflexion, à le construire. Il ne faut donc pas chercher, dans les études que nous publions, une prévision des prochaines années. Personne ne peut dire aujourd’hui ce qui se produira, et celui qui voudrait le faire s’exposerait à être contredit par les faits. Un tel travail, dont l’utilité serait relative, relèverait de la politique fiction, mais pas de la prospective. L’attitude prospective consiste à regarder au loin devant nous, pour éclairer le chemin sur lequel nous nous engageons.*⁶¹⁸

*Le Droit et la Prospective ne sont pas incompatibles, bien au contraire. Si les juristes se sont jusqu’à présent beaucoup plus intéressés au passé et au présent, il leur faut maintenant prendre conscience de la nécessité de regarder l’avenir, cet espace de temps libre qui s’offre à nous pour la construire. En s’intéressant à l’avenir, le juriste a une attitude “prospective” ; il essaye de saisir une évolution pour la guider, l’infléchir. Le Droit prospectif, c’est la recherche “prévisionnelle” ou “projectuelle” des tendances possibles ou souhaitables de l’avenir du Droit, l’anticipation construite par la pensée de ce que pourrait être ou devrait être le Droit dans l’avenir.*⁶¹⁹

⁶¹² J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d’un bilan “prospectif” d’activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 2.

⁶¹³ D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1980, n° 8, p. 3.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1982, n° 12, p. 5.

⁶¹⁶ D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1981, n° 11, p. 246.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 245.

⁶¹⁸ J.-M. Zaorski, R. Ghevoitian, « La Prospective et l’Europe », *Revue de droit prospectif* 1977, n° 3-4, p. 1.

⁶¹⁹ J.-M. Zaorski, « Le 25 février 1976 à la Faculté de Droit d’Aix-en-Provence », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 2, p. 5. Il faut donc comprendre « Droit prospectif » comme « recherche juridique prospective » et non comme « normes, institutions et système juridiques prospectifs » — mais peut-être mieux vaut-il, afin d’éviter toute confusion, parler de « prospective juridique » afin de désigner cette recherche juridique prospective.

Et les fondateurs de la *Revue de droit prospectif*, convaincus de l'intérêt du champ de recherche qu'ils tentaient de défricher et de stimuler, de conclure qu'« à une époque où il devient fondamental d'anticiper l'évolution de nos sociétés pour mieux la guider, la canaliser, l'infléchir même, l'utilité d'une recherche axée sur l'avenir du Droit ne saurait être sérieusement contestée par l'homme de progrès »⁶²⁰.

La Revue pratique de la prospective et de l'innovation, créée en 2016

Une telle approche se retrouve aujourd'hui chez d'autres responsables de publications. Ainsi les éditions LexisNexis ont-elles lancé en 2016, en partenariat avec le Conseil National des Barreaux, une *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* — une revue juridique (comme son nom ne l'indique pas) principalement destinée aux avocats. L'éditeur la présente en ces termes : « Première revue en France sur les questions de prospective et d'innovation tournée vers le droit, la justice et la société, la revue propose d'explorer le monde de demain, d'apporter vision et réflexion sur les pratiques nouvelles qui bousculent l'ordre professionnel établi »⁶²¹. L'objectif est de « penser demain pour agir aujourd'hui, innover, emmener les professionnels du droit vers une démarche prospective, en un mot leur permettre d'avoir un coup d'avance », ajoute Caroline Sordet, directrice éditoriale de LexisNexis⁶²². Et, pour Louis Degos, rédacteur en chef et président de la commission prospective du Conseil National des Barreaux, « cette nouvelle revue ne permettra pas de deviner l'avenir, mais elle a l'ambition de rechercher quels sont les défis et les questions auxquels font face les professionnels du droit, ou qu'ils devraient se poser »⁶²³. Les textes publiés par cette revue sont en effet, plutôt que des recherches de prospective juridique au sens strict, des travaux touchant aux branches du droit émergentes, encore incertaines, appelant de nouvelles solutions juridiques à la fois formelles et matérielles, ainsi que des travaux sur l'évolution des professions juridiques et tout d'abord du métier d'avocat. La commission prospective du Conseil National des Barreaux et la commission prospective de l'ordre des avocats de Paris⁶²⁴ font penser aux États-Unis, où une *Commission on the Future of Legal Services* a été créée en 2014 au sein de l'*American Bar Association*, favorisant ainsi la réflexion prospective par et pour les avocats.

⁶²⁰ D.-Y. Meducin, « Avant-propos », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

⁶²¹ [En ligne] <lexisnexis.fr>.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Notamment, Commission prospective de l'ordre des avocats de Paris, *Livre blanc – Avocat : l'avenir d'une profession*, Descartes et Cie, 2006.

Les premiers numéros de ce semestriel ont été consacrés à l'impact de la révolution numérique sur les professions juridiques : justice prédictive, *legaltechs*, *blockchains*, *smart contracts*, juristes-codeurs, *open data*, protection des données etc. Il semble effectivement que les facteurs clés de l'évolution du droit soient à rechercher en priorité parmi les technologies numériques et l'intelligence artificielle. Ainsi la revue est-elle encore décrite en ces termes : « Les technologies vont vite. Parce que des intelligences artificielles sont capables de réaliser certaines tâches dévolues aux juristes, les avocats, et avec eux toute la communauté juridique, doivent se préparer au changement et surfer sur la vague technologique, afin de capter de nouveaux marchés »⁶²⁵.

*Depuis longtemps des recherches sur l'avenir du droit
et de plus en plus de recherches sur l'avenir du droit*

Par ailleurs, un certain nombre de textes relatifs à l'avenir du droit — ou plus exactement d'une branche du droit ou d'un régime juridique donné — peuvent être rapprochés de la prospective juridique au sens le plus large, certains remontant jusqu'à Hans Kelsen⁶²⁶. Cependant, ces travaux n'empruntent généralement que très peu à la prospective telle que conçue par ses pères fondateurs. D'ailleurs, l'adjectif « prospectif » ne s'y retrouve que rarement, tandis que le substantif « prospective » est encore plus absent. À de rares exceptions près⁶²⁷, il n'existe donc guère de travaux juridiques qui se présentent sous un

⁶²⁵ [En ligne] <lexisnexis.fr>.

⁶²⁶ Notamment, H. Kelsen, « The International Law of the Future », *Proceedings of the Institute of World Affairs* 1946, p. 190 s. ; J.-C. Goldsmith, « Esquisse d'un portrait du droit pour le prochain siècle », in *Dossier 2001*, 1980 ; J.-P. Henry, « Vers la fin de l'État de droit », *RDP* 1977, p. 1207 s. ; M. Waline, « Hypothèses sur l'évolution du droit en fonction de la raréfaction de certains biens nécessaires à l'homme », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 2.

⁶²⁷ Notamment, M. Jeantin et alii, *Prospective du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999 ; E. Heurgon, J. Landrieux, *Prospective pour une gouvernance démocratique*, Éditions de l'Aube, 2000 ; J.-F. Flauss, dir., *Droits sociaux et droit européen – Bilan et prospective de la protection normative*, Anthemis, coll. Droit & Justice, 2003 ; M. Delmas-Marty, R. Guillaumond, *La constitutionnalisation du droit en Chine et en France – Rétrospective, perspectives, prospective*, Pedone, 2017 ; F. Ferrand, B. Pireyre, dir., *Prospective de l'appel civil*, Société de législation comparée, coll. Colloques, 2016 ; A.-V. Le Fur, *Le cadre juridique du crowdfunding – Analyses prospectives*, Société de législation comparée, coll. Trans Europe Experts, 2015 ; M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, 2017 ; J.-B. Geffroy, *Finances publiques et politique familiale – État des lieux et éléments de prospective*, L'Harmattan, coll. Finances publiques, 2009 ; S. Lacour, *La sécurité de l'individu numérisé – Réflexions prospectives et internationales*, L'Harmattan, coll. Master études juridiques, 2008 ; Centre de recherche sur le droit des affaires, *Les PME et le droit de la concurrence – Analyse critique, comparative et prospective*, LexisNexis, coll. Le droit des affaires, 2009 ; M. Trannois, B. Vincendeau, *La réglementation des jeux d'argent en ligne en Europe – État des lieux et perspectives*, Publications de l'Université de Cergy-Pontoise-LEJEP, 2016 ; L. Aynès, *Le contrat de financement – Étude comparative et prospective du crédit bancaire*, LexisNexis, coll. Le droit des affaires, 2006 ; M. Bourgeois, *La notion juridique d'impôt – Étude positive et prospective du droit belge à la lumière du droit européen*, Larcier, 2017 ; *The Future Prospects for Intellectual Property in the EU : 2012-2022*, Bruylant, 2012 ; Ph. Kahn, dir., *L'exploitation commerciale de l'espace : droit positif, droit prospectif*, LexisNexis, 1992 ; L. Grard, *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire : contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, th., Université de Bordeaux 1, 1992.

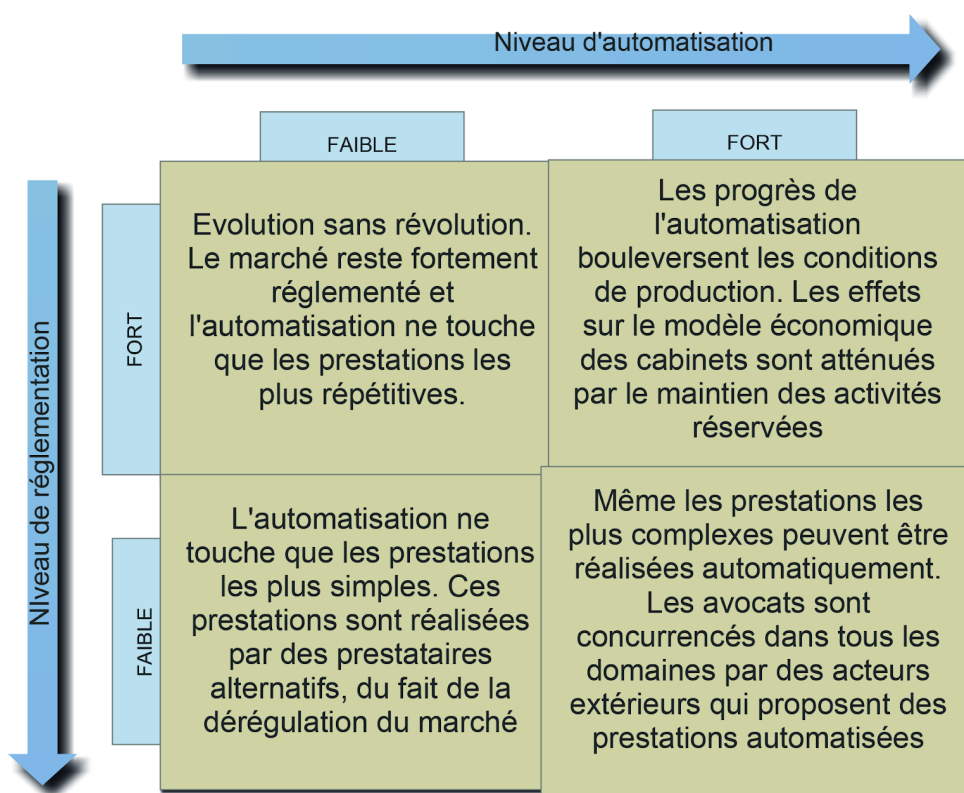
libellé et avec une intention explicitement prospectifs. Et ceux qui affichent l'étiquette de la prospective le font le plus souvent sans développer plus avant les fins et les moyens de la prospective juridique⁶²⁸ — comme si « prospectif » et « prospective » étaient « à la mode », « vendeurs », ce qui est tout le contraire de l'intention de s'inscrire dans un cadre épistémologique particulier, avec ses objectifs et ses méthodes propres ; on utilise le terme afin d'évoquer l'idée d'une réflexion tournée vers l'avenir mais pas afin d'indiquer l'appartenance à une branche de la recherche juridique donnée. Il faut dire qu'une recherche jusprospective en bonne et due forme suppose des investigations, des explications, des constructions et des résultats quantitativement importants, si bien qu'elle ne semble pas compatible avec le format de l'article, même si le ou les auteur(s) est(sont) doté(s) d'un grand esprit de synthèse⁶²⁹.

Certains textes sont cependant davantage que d'autres élaborés en termes prospectifs. En témoigne celui-ci, dont l'auteur s'interroge sur l'avenir des professions réglementées dans le contexte de la révolution numérique. Il identifie deux facteurs clés : le degré d'automatisation des services juridiques que permettra l'intelligence artificielle et le degré de réglementation du marché des services juridiques. À partir de ces facteurs clés, il propose quatre scénarios⁶³⁰ :

⁶²⁸ Néanmoins, par exemple, B. Bernard, A. Drumaux, J. Mattijs, *La justice pénale en prospective – Six scénarios à l'horizon 2020*, Bruylant, 2012.

⁶²⁹ Ainsi, pourtant, G. Timsit, « Modèles, structures et stratégies de l'administration – Éléments pour une prospective administrative », *RDP* 1980, p. 937 s. ; V. Delval, « Le juge, le droit souple et le régulateur : bilan et prospective », *Procédures* 2017, n° 5, p. 7 s. ; M. Delmas-Marty, « Où va le droit ? Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ? », *JCP G* 2018, p. 677 s. ; L. Degos, « Les avocats, à la fois pour eux-mêmes, pour leur cabinet, pour la profession, [...] ne peuvent pas se passer de prospective », *JCP G* 2017, p. 638 s. ; J.-B. Seube, « Les clauses "religion compatible" en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 31 mars 2017, p. 53 s. ; L. Castex, « Les éternités numériques : un essai d'analyse prospective », *RLDI* 2017, n° 126, p. 49 s. ; P. Murat, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 777 s. ; G. Vidigal, « Targeting Compliance : Prospective Remedies in International Law », *Journal of International Dispute Settlement* 2015, p. 462 s. ; B. Du Marais, « L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », *Politiques et management public* 2002, vol. 20, p. 121 s. ; M. Bonnin, « Prospective juridique sur la connectivité écologique », *Revue juridique de l'environnement* 2008, vol. 33, p. 167 s. ; I. Daugareilh, « Responsabilité sociale des entreprises transnationales : analyse critique et prospective juridique », *Journal de droit européen* 2011, p. 1 s. ; F. Thebault, « Privatisation des monopoles et gestion du domaine public : essai de prospective juridique », in F. Thebault et alii, *La propriété en mutation*, Presses universitaires de Rouen, 1997, p. 127 s. ; C. Hannoun, « La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique », in *Mélanges Alain Sayag*, Litec 1997, p. 283 s. ; E. Vergès, « La responsabilité du fait des nanotechnologies : entre droit positif, droit prospectif et science-fiction », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies* 2008, p. 85 s. ; J.-B. Seube, « Les clauses "religion compatible" en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 31 mars 2017, p. 53 s. ; N. Cuzacq, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : éléments de droit positif et de droit prospectif », *RRJ* 2009, p. 657 s. ; S. Legac-Pech, « Principe généraux du droit et droit prospectif », *LPA* 24 juin 2011, p. 4 s. ; I. Daugareilh, « Responsabilité sociale des entreprises transnationales : analyse critique et prospective juridique », *Journal de droit européen* 2011, p. 1 s.

⁶³⁰ Th. Wickers, « Les perspectives des professions réglementées – L'appropriation des technologies numériques par les professions réglementées – L'exemple des avocats », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2018, n° 3, p. 42.



Une même ambition prospective se retrouve, par exemple, chez qui se propose, au sujet des algorithmes de « justice prédictive », d'« anticiper une mutation du procès compte tenu de l'évolution de son environnement, qui rétroagit sur lui, plutôt que de prendre pour point de départ de la réflexion les caractéristiques intrinsèques actuelles du procès, pour tenter de dégager leurs évolutions probables »⁶³¹.

Autres présences de la prospective dans le monde du droit

Encore faut-il signaler, renforçant la thèse de la possibilité et de l'opportunité de la prospective juridique, l'existence d'un centre de recherche Droits et perspectives du droit (EA 4487) à l'Université Lille 2 et d'un Centre de documentation et de prospective juridique euro-africaine, ainsi que l'organisation récente de plusieurs manifestations professionnelles et/ou scientifiques retenant une approche prospective⁶³². Quant à

⁶³¹ J.-B. Duclercq, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131. L'auteur souligne qu'il ne s'agit ainsi « ni de verser dans le fantasme journalistique, qui se veut alarmant, d'une captation forcée du pouvoir juridictionnel par les algorithmes, ni d'exprimer un jugement de valeur sur la meilleure manière de concevoir le procès » (*ibid.*).

⁶³² Notamment, l'association des avocats et des huissiers de justice Eurojuris a consacré son congrès des 19 et 20 janvier 2017 à la thématique « Le Droit est mort, vive le Droit ! ». Selon les termes de l'association, il s'agissait, lors de ce « congrès de prospective du droit », de « réinventer nos professions et construire le droit de demain » ([en ligne] <eurojuris.fr>).

l'Observatoire prospectif des métiers et des qualifications dans les professions libérales, il a rédigé en 2016 une étude intitulée « Cabinets d'avocats – De l'état des lieux à la prospective »⁶³³. La démarche de l'Observatoire consiste cependant moins à envisager des futurs possibles qu'à faire œuvre pédagogique au départ d'une radiographie statistique de la profession d'avocat concentrée sur la démographie et sur l'emploi des avocats. Les enjeux n'en sont pas moins grands et le besoin de prospective réel. Comme le note Louis Degos, « les avocats, à la fois pour eux-mêmes, pour leur cabinet, pour la profession, mais aussi pour le rôle sociétal plus vaste qu'ils jouent dans un État de droit, ne peuvent pas se passer de prospective. Sans prospective, les avocats subissent les changements de la société, par impréparation ils s'accrochent au *statu quo*, ils risquent de ne plus comprendre ce qui se passe, et pire, ils risquent de ne plus être compris »⁶³⁴.

E. L'avenir de la prospective juridique

D'autres acteurs du droit appelés à faire davantage œuvre prospective sont les éditeurs spécialisés. En effet, les éditeurs historiques, parce qu'ils n'ont pas vu venir les risques liés aux nouvelles technologies de communication, n'ont pas travaillé leur référencement en ligne et ont par conséquent disparu de nombre de résultats de recherches juridiques au profit de sites web souvent moins sérieux, plus « amateurs », mais gratuits et bien référencés par les moteurs de recherche car non situés derrière des barrières payantes et habitués par nature au besoin vital de visibilité en ligne. Si les éditeurs traditionnels,

⁶³³ Dans ce texte, trois scénarios concernant l'évolution de la profession d'avocat sont esquissés, en insistant sur la problématique cardinale du niveau d'activité et de la répartition des tâches entre avocats et non avocats. Parmi ces trois scénarios, les deux premiers sont plutôt pessimistes : marché « atone » (A) ou baissier (B). Le scénario C (croissance) est lui plus optimiste. Dans l'hypothèse A (atone), la demande de prestations juridiques faite aux avocats stagne mais les prestataires non avocats parviennent à gagner des parts de marché. Seuls les avocats exerçant de manière très autonome et maîtrisant les nouvelles technologies sont en position favorable. Dans l'hypothèse B (baisse), la stagnation de la demande s'accompagne, cette fois, d'une croissance nette de l'offre en ligne par les non avocats proposant des prestations standardisées à faible coût. Cette concurrence a pour conséquence une baisse à la fois des parts de marché des avocats et du prix des prestations. Alors que les grands cabinets délivrant des prestations à haute valeur ajoutée et en mesure d'investir dans la communication préservent leur position, les cabinets plus petits voient leur rentabilité affectée. Le chiffre d'affaires global de la profession tend à décroître. Dans l'hypothèse C (croissance), l'étude suppose que la demande de prestations juridiques augmente grâce à l'apparition d'une clientèle « dormante » attirée par les nouveaux types de prestations et les nouveaux modes de publicité. Le marché des prestations standardisées à prix réduit se développe sans toutefois empiéter sur le marché des prestations juridiques classiques. Les cabinets proposant ces prestations s'appuient pour ce faire sur du personnel moins onéreux que les avocats (juristes, secrétaires et assistants). Les grands cabinets d'affaires sont les principaux bénéficiaires de ces tendances. Les petits cabinets autonomes ont tendance à se rassembler et l'on assiste à un mouvement de concentration du secteur. OMPL, *Cabinets d'avocats – De l'état des lieux à la prospective*, Publications de l'OMPL, 2016.

⁶³⁴ L. Degos, « Les avocats, à la fois pour eux-mêmes, pour leur cabinet, pour la profession, [...] ne peuvent pas se passer de prospective », *JCP G* 2017, p. 638.

aujourd'hui, réagissent⁶³⁵ en s'ouvrant à l'*open data* et à l'*open access*, ils se trouvent aux prises avec certaines *legaltechs* et leur manque de prospective pourrait leur être préjudiciable, si ce n'est, à plus ou moins long terme, fatal⁶³⁶. Anticiper l'évolution des attentes et des usages aurait permis aux éditeurs d'avoir un coup d'avance, alors qu'aujourd'hui ils ont plutôt un coup de retard.

*La prospective et la prospective juridique, solutions à l'impréparation
des pouvoirs publics face aux révolutions actuelles et à venir*

Bien des travaux prospectifs à la fois originaux, intéressants et utiles, prenant le droit comme sujet principal, pourraient être menés. Par exemple, on pourrait interroger la tendance des nouvelles technologies à être régulées par des puissances privées plutôt que par la puissance publique, avec *in fine* la perspective, si ce n'est de sa disparition, de l'effacement de l'État. Cette privatisation des modes de régulation, de gouvernement ou de « gouvernance » ne posera-t-elle pas des problèmes, qu'il faudrait savoir anticiper et avoir anticipés, du point de vue de l'intérêt général, du service public, de l'ordre public et des droits et libertés fondamentaux ? Il s'agirait alors de réfléchir aux solutions à déployer afin que l'État et les organisations internationales restent au centre du jeu du droit et ne deviennent pas de simples faire-valoir ou lointaines cautions⁶³⁷. Contre l'idée, avancée par le Conseil constitutionnel, que les droits et libertés ne pourraient être appréhendés qu'« en l'état actuel des connaissances et des techniques »⁶³⁸, il importerait de plus en plus, à mesure que l'évolution accélérée de la puissance informatique, des algorithmes et autres technologies révolutionnent le monde, de pouvoir lire ces droits et libertés à l'aune du futur.

⁶³⁵ Cf. C. Szejnhorn, « L'*Open Access* et l'édition juridique : l'exemple de la disruption Open Dalloz », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 97 s.

⁶³⁶ On observe que « deux éléments essentiels ont été bouleversés : l'accès des juristes à l'information juridique et ce pourquoi ils sont prêts à payer. [...] Les *legaltechs* déplacent la valeur de la qualité du contenu fourni vers les fonctionnalités techniques d'exploration et de consultation de ces données brutes : accéder simplement à l'information compterait ainsi plus que l'information à laquelle on accède » (*ibid.*, p. 97). L'auteur note ainsi que « la valeur payante se retrouve désormais à deux niveaux : l'analyse éditoriale des données dites "sources" et les services associés à l'exploration de ces données. [...] Prenant acte du déplacement dans la chaîne de valeur de l'offre payante, l'éditeur choisit de concentrer l'espace payant sur sa doctrine à forte valeur ajoutée. [...] De fait, dès ses premiers pas d'avocat, Désiré Dalloz avait le projet de rendre le droit plus accessible avec son *Recueil de jurisprudence générale* réunissant pour la première fois dans un même ouvrage la législation, la jurisprudence et la doctrine. À l'époque, la diffusion du droit passait par l'impression d'ouvrages et de journaux. Aujourd'hui, cela passe par internet. Dont acte. Finalement, ce qui semble être une révolution dans le secteur du droit n'est rien d'autre qu'une "mise à jour" du projet Dalloz, avec les nouveaux moyens de diffusion mis à sa disposition » (*ibid.*).

⁶³⁷ Cf. B. Barraud, *Le renouvellement des sources du droit – Illustrations en droit de la communication par internet*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Inter-normes, 2018.

⁶³⁸ Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

De même, s'agissant d'une technologie « disruptive » telle que celle des *blockchains*, il paraît indispensable que les professionnels du droit (avocats, directeurs juridiques, notaires etc.), mais aussi les législateurs et les jurislatoeurs tels que les juges, anticipent leur probable développement et les conséquences qui en résulteraient, car elles pourraient aller jusqu'à subroger l'État⁶³⁹. Le juriste qui, dans les années à venir, sera confronté à ce phénomène devra l'avoir anticipé très tôt plutôt qu'ignoré jusqu'au dernier moment.

Les résistances existent, mais l'exemple de la généralisation du digital montre combien il vaut mieux accompagner le mouvement que se laisser dépasser aveuglément. Il convient de comprendre les phénomènes émergents et porteurs d'avenir et d'en anticiper les évolutions futures afin d'élaborer à l'avance ou, du moins, à temps les rénovations dont le corpus juridique et les politiques publiques auront besoin. Comme le souligne le Conseil d'État au sujet du défi de l'« uberisation »⁶⁴⁰, « la concurrence des plateformes invite les services publics à réfléchir à leur valeur ajoutée, à repenser leur organisation et leur fonctionnement, voire à se poser la question de la pertinence même de leur existence »⁶⁴¹. Entre ceux qui, à la fin des années 1990, ont soutenu, parce que c'était la solution la plus facile, que l'internet ne remplacerait jamais le minitel et ceux qui ont prêté attention à cette mutation technologique, ce sont évidemment ces derniers qui en ont le plus tiré profit.

On souligne souvent l'impréparation des pouvoirs publics face à la révolution numérique. Celle-ci n'a été que peu et mal anticipée par ceux qui prennent les grandes décisions pour l'avenir d'un pays ou du monde⁶⁴². Un même constat peut sans doute être opéré s'agissant des défis liés au réchauffement climatique ou à la finance mondiale. Quant aux prises de conscience politiques, elles sont trop souvent tardives et peu avisées. La prospective en général et la prospective juridique en particulier ont vocation à éclairer ceux qui font et appliquent la régulation d'objets extraordinaires tels que les *blockchains* ou l'intelligence artificielle, cela au service de l'intérêt général et de la protection des droits et libertés fondamentaux.

⁶³⁹ Cf. B. Barraud, « Les blockchains et le droit », *RLDI* 2018, n° 147, p. 48 s.

⁶⁴⁰ L'« uberisation » de l'économie au moyen de certaines plateformes numériques se traduit par la substitution progressive de ces plateformes aux intermédiaires habituels mais aussi, au-delà, aux institutions. Ainsi, de nouvelles formes d'organisation des échanges et des relations apparaissent. Comme y invite le Conseil d'État, mieux vaut accompagner cette « uberisation » que la subir de manière passive (Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, La documentation française, 2017).

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² Même le « rapport Gallois » (L. Gallois, *Le pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, La documentation française, 2012), dont l'objectif était pourtant de faire œuvre prospective, n'a proposé que des observations évasives sur le sujet.

Alimenter régulièrement la réflexion prospective doit permettre de préparer le terrain de l'avenir, le rendre plus accueillant, moins austère et sauvage. En révélant au plus vite certains enjeux, certains manques et certaines dérives, on doit pouvoir éviter de fabriquer un droit à l'obsolescence programmée, si ce n'est un droit mort né, et éviter de pratiquer un droit en décalage avec son environnement. L'effort prospectif permet, malgré les bouleversements extraordinaires du monde contemporain, d'associer le droit à plus d'assurance et de solidité et à moins d'urgence et de fébrilité.

Dernier exemple

Pour prendre un tout autre et dernier exemple, une analyse prospective incite à plaider pour des mandats (de député, de Président de la République etc.) de 5, 6 ou 7 ans non renouvelables. Ainsi les principaux jurislèateurs seraient-ils peut-être davantage disposés à répondre aux enjeux de long terme qu'aux enjeux de court terme, à favoriser un intérêt général global tant spatialement que temporellement. Ils seraient possiblement plus portés à anticiper les changements sur le temps long, au lieu de privilégier les réponses produisant des effets immédiats mais néfastes à plus lointaine échéance. Le temps politique apparaît ainsi trop court par rapport aux rythmes de l'économie, de la société ou encore de l'écologie — tandis qu'il devient trop long par rapport au rythme des technologies.

La prospective invite à privilégier l'avenir plutôt que l'immédiat. Il est paradoxal et sans doute regrettable que beaucoup de décideurs, notamment publics, fassent primer l'immédiat sur l'avenir. Ainsi faudrait-il trouver les moyens institutionnels pour qu'on s'attache non plus à ce qui pourra être annoncé au journal de 20 heures mais à ce dont on tirera les bénéfices de longues années durant, même si ce n'est pas dès demain.

La prospective juridique, entreprise risquée mais précieuse

Dans son article fondateur de 1957, Gaston Berger remarquait combien « partout apparaissent des “décalages” auxquels nous ne saurions rester indifférents. Les conséquences de nos actes se produiront dans un cadre tout différent de celui où nous les aurons préparés »⁶⁴³. Dans un monde de plus en plus complexe, incertain et anxiogène, malgré les progrès des sciences — si ce n'est en raison des progrès des sciences tant on

⁶⁴³ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 421.

souligne le « potentiel quasi-infini de la technique, accompagné de promesses toujours plus impressionnantes, mais le plus souvent déconnectées de réflexions éthiques »⁶⁴⁴ —, et tandis que d’aucuns observent de tels décalages en particulier parmi les juristes, légistes et tous ceux qui travaillent dans ou avec le droit, une prospective juridique a vocation à apporter un peu de quiétude et d’optimisme.

Il ne faut pas avoir peur d’envisager ce que sera le droit de demain et il faut se préparer dès aujourd’hui afin de lui permettre de revêtir toujours des valeurs humanistes, au service de l’intérêt général, du service public et de l’ordre public. Et, face à de tels enjeux, il importe sans doute de suivre le conseil des premiers jusprospectivistes : « Si la prudence est de mise devant un terrain non défriché, elle ne doit pas dégénérer en timidité paralysante »⁶⁴⁵. La prospective juridique mérite peut-être que quelques entreprises risquées soient menées en son nom — sans doute d’une manière quelque peu hésitante et avec les incertitudes du vocabulaire inévitables en toute recherche inédite à la fois sur la forme et sur le fond.

De tout cela, il ressort qu’une prospective juridique semble à la fois possible et de plus en plus opportune. Pourtant, seules des ébauches de prospective juridique ont été jusqu’à présent proposées — car cette potentielle branche de la recherche juridique reste peu et mal connue. Aussi s’agira-t-il, en ces pages, de tenter de synthétiser l’objet et la méthode de la prospective juridique, sans quoi elle ne saurait prendre corps, grandir, s’épanouir et conquérir son autonomie dans le champ de la recherche juridique.

⁶⁴⁴ Ph. Durance, « De l’industrie au développement durable : la prospective en transition », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d’une indisciplinée intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 12.

⁶⁴⁵ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. IX.

III. Objet(s) et méthode(s) de la prospective juridique

Tandis que Rabelais souhaitait, comme en témoigne la lettre de Gargantua à son fils Pantagruel, que ce dernier devint un « abîme de science »⁶⁴⁶, Montaigne préférait, à l'inverse, « un homme à la tête bien faite plutôt qu'un homme à la tête bien pleine »⁶⁴⁷. S'opposent ainsi compétences et connaissances. Le savoir semble importer moins que le savoir-faire et il conviendrait de chercher à être « mieux-savant plutôt que plus-savant »⁶⁴⁸.

Dans cette perspective, l'intention première de la prospective juridique est d'interroger les savoir-faire et, plus encore, les savoir-savoir de ceux qui, à l'intérieur ou à l'extérieur des facultés de droit, étudient les normes, les institutions et les pensées juridiques ou créent, pratiquent ou interprètent les règles de droit. Il s'agit surtout d'envisager de nouvelles manières de forger les connaissances juridiques, de nouvelles manières d'envisager la recherche juridique : en se tournant vers l'avenir du droit.

Cet ouvrage a ainsi pour objet non le contenu mais les moyens de la connaissance juridique. Plus exactement, en posant la question de la prospective juridique, il ne se demande pas « que sera le droit ? » mais « comment répondre à la question “que sera le droit ?” ? ». Il s'agit ainsi d'une esquisse de théorie de la prospective juridique, envisageant sa ou ses fin(s) et son ou ses objet(s) puis son ou ses moyen(s) et sa ou ses méthode(s).

*L'ambition de la prospective juridique : devenir une discipline ad hoc
dans le monde du droit et dans le monde de la prospective*

Alors qu'à l'ère contemporaine il est de plus en plus vrai que, chaque jour, « demain est déjà là »⁶⁴⁹ et que, y compris en droit, le paradigme conformiste de la continuité tend à perdre de son influence, l'absence d'une prospective juridique véritable parmi les

⁶⁴⁶ F. Rabelais, *Gargantua*, 1534.

⁶⁴⁷ M. De Montaigne, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. I, chap. 25.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Réf. à J.-P. Bailly, *Demain est déjà là – Prospective, débat, décision publique*, Éditions de l'Aube, 1999.

branches de la recherche juridique apparaît préjudiciable aux savoir-faire et aux savoir-savoir des juristes et autres intellectuels ou praticiens concernés de près par le monde juridique. Acquérir le statut de véritable discipline, ce à quoi la prospective juridique doit au moins aspirer, présenterait trois avantages principaux :

** La profondeur : en définissant ce qui relève légitimement de son domaine de connaissances, une discipline peut pousser au développement d'une expertise (une spécialisation) en approfondissant parallèlement la théorie et la pratique.*

** L'identité : la spécialisation et le vocabulaire technique qui l'accompagne permettent au praticien (de l'apprenti au maître), comme au profane, d'identifier une discipline et d'être assuré de sa pertinence dans un domaine intellectuel spécifique.*

** La légitimité : la profondeur et l'identité aident à élever la responsabilité et à donner de la légitimité, qui sont les deux bases de la confiance (sans pour autant la garantir). Elles incitent à constituer et à développer un fonds pour la discipline, à construire son capital de réputation et la notoriété de son exigence de qualité.⁶⁵⁰*

La prospective juridique, dès lors que les conditions de sa possibilité et de son opportunité seraient définitivement vérifiées, aurait donc tout à gagner à se constituer en discipline *ad hoc*, suffisamment autonome et indépendante mais sans se couper des autres branches de la recherche juridique ni des autres sciences humaines et sociales. C'est pourquoi il peut sembler opportun de tenter de contribuer à son affirmation en exposant ce qui pourrait constituer son contenu à la fois en termes d'objet(s) et en termes de méthode(s).

Les jusprospectivistes, au moins durant les premiers temps, ceux des hésitations d'une nouvelle discipline encore fragile, devront fournir quelques efforts afin de préciser le domaine et le cadre de la prospective juridique avant d'entreprendre des travaux concrets relevant de ce domaine et de ce cadre. Sans cela, l'exploitation des futurs possibles et souhaitables demeurerait trop aléatoire pour pouvoir être regardée avec sérieux. En toute science, la qualité des processus et des résultats dépend étroitement du niveau de perfectionnement et en même temps d'acceptation unanime de la théorie qui lui attribue son objet et sa méthode, donc ses principes directeurs, sa carte, sa boussole et ses jumelles. Se ranger derrière une discipline constituée et reconnue apporte les garanties indispensables quant aux savoirs mobilisés, au sérieux et à la légitimité de la démarche, ainsi qu'à la visibilité des résultats. Par conséquent, soit l'anticipation du droit à venir afin de définir et utiliser plus efficacement les normes et les institutions possibles et

⁶⁵⁰ R. Miller, « Anticipation : la discipline de l'incertitude », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 364.

souhaitables deviendra une branche de la recherche juridique en bonne et due forme, soit elle périlitera.

La nécessaire modestie de la prospective juridique

S'intéresser à une branche de la recherche juridique qui n'existe pas est une aventure périlleuse. Mais, si celle-ci pouvait permettre d'ouvrir de nouvelles voies dans l'accès au droit (sous toutes ses formes), alors il faut en passer par là. Bien sûr, telle qu'esquissée en ces pages, la prospective juridique ne peut que présenter un état encore très imparfait et très incomplet. Mais peut-être ces tâtonnements seront-ils instructifs et lui permettront-ils de progresser, de s'affirmer.

L'avenir du droit est un sujet d'étude ô combien spécifique, incomparable à tout autre. L'accident y est toujours possible et la liberté largement présente. Dans ces conditions, il ne saurait être question d'établir et de systématiser un ensemble de recettes ou de procédés qu'on pourrait ensuite appliquer systématiquement, en toute assurance et d'une manière presque automatique. Puisque ce sujet d'étude n'existe pas réellement, qu'il peut être imaginé sous des formes multiples mais certainement pas calculé, l'observation de l'avenir est inévitablement marquée par la subjectivité de celui qui regarde, quels que soient les moyens mis en œuvre.

La méthode ne peut dès lors que revêtir des ambitions modestes : apporter un peu d'assurance et de réconfort au chercheur et un peu de structure et de cohérence à la discipline. Aussi l'attitude prospective, c'est-à-dire l'état d'esprit à adopter pour se consacrer à un futur à la fois incertain, multiple et intimement dépendant des actions présentes, est-elle au moins aussi importante que les préconisations techniques visant à identifier les acteurs et variables clés, à consulter les experts et à élaborer des scénarios⁶⁵¹.

Conjuguer l'objet et la méthode de la prospective juridique au singulier

Réflexion sur l'avenir du droit permettant de l'anticiper mais aussi de le forger et de le forcer en agissant dans le présent sur le droit positif, la prospective juridique se rapproche

⁶⁵¹ Gaston Berger a parfaitement décrit cette situation : « Il ne s'agit point de découvrir une articulation autrefois inaperçue et qui nous permettrait d'avoir sur elle des prises plus sûres parce qu'elle nous livrerait la clef de son fonctionnement. [...] La méthode que nous cherchons ici n'est pas dans les choses, mais dans l'homme. Elle n'est pas une loi de l'objet, mais une règle pour le sujet. Ce que l'on semble perdre en rigueur objective se regagne en exigence subjective : il s'agit, pour mieux agir, de nous transformer nous-mêmes. Nous sommes aux antipodes du mécanisme, qui facilite toutes les opérations. Au point où nous nous plaçons, il ne s'agit pas de supprimer les difficultés et les risques, mais de se préparer à les affronter » (G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 2).

d'une science de l'action et de la pratique mais ne saurait constituer en soi une théorie de l'action et de la pratique⁶⁵². C'est pourquoi il faut prêter attention à la méthode qu'elle préconise peut-être plus qu'à l'objet qu'elle définit. Dans une certaine mesure même, en prospective, l'objet tend à rejoindre la méthode puisque cette discipline se caractérise avant tout par une démarche originale, qui repose sur des principes directeurs indispensables et sur des moyens techniques parmi lesquels les chercheurs sont libres de piocher.

La prospective juridique aspirant à devenir une branche de la recherche juridique à part entière, son objet (*première partie*) et sa méthode (*seconde partie*) doivent se préciser et s'affirmer. Mais il faut donc insister plus longuement et plus minutieusement sur ses principes et étapes méthodologiques que sur ses branches et objectifs. Il n'est pas rare que des théories scientifiques se concentrent sur l'objet de la science qu'elles définissent et éludent en tout ou partie les pourtant indispensables questions de méthode. S'agissant de la prospective juridique, consciente que vouloir étudier l'avenir sans outils précis et rigoureux serait à raison regardé comme une intention fort inconséquente, il importe d'insister sur ces outils et, plus encore, sur les principes devant guider leur maniement — *a fortiori* dès lors qu'il s'agit d'une discipline nouvelle, en gestation, donc initialement plurielle parce que ceux qui peuvent s'en revendiquer abordent des objets et appliquent des méthodes divers et variés, loin de produire des travaux homogènes relevant d'une « école » précisément identifiable.

Mariar la réflexion et l'action juridiques

Mariant la réflexion et l'action juridiques, la prospective juridique, devenant un domaine de connaissances et de compétences spécial, pourrait permettre aux juristes et à tous les observateurs et praticiens du droit de « penser et agir autrement »⁶⁵³ (ce qui est aisé) mais pas inconséquemment — là est toute la difficulté. Donnant à penser et à faire, amenant les acteurs à réfléchir et les penseurs à agir, invitant à questionner le présent à l'aune de ses enjeux critiques et en délaissant toute forme de conformisme, autorisant à s'évader des schémas réducteurs et inhibiteurs et à ne pas obéir aux injonctions paradoxales paralysantes, la prospective juridique ne serait sans doute pas la moins originale des branches de la recherche juridique.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ Slogan de l'École française de la prospective ([en ligne] <laprospective.fr>).

Mais le seul critère pour la juger devrait être sa capacité à engendrer de nouveaux savoirs sur le droit et de nouveaux savoir-faire en droit. Or il n'est pas impossible que l'étude méthodique du droit à venir, du droit du futur, du droit prospectif, afin *in fine* d'agir pour renforcer les qualités formelles et substantielles du droit, soit en mesure de produire ce résultat.

Comme aimait à le répéter l'académicien Jean d'Ormesson, « je m'intéresse à l'avenir parce que c'est là que j'ai l'intention de passer le temps qu'il me reste à vivre »⁶⁵⁴. Alors autant faire en sorte que cet avenir, entreprise ouverte accompagnant autant de chances que de risques, soit paisible et serein plutôt qu'obscur et craint, ce qui suppose de le préparer dès maintenant. Tel est le sens, en matière de régulations, de normes et d'institutions, mais aussi de professions juridiques, de doctrine, de pensée juridique et de culture juridique en général, de la prospective juridique.

⁶⁵⁴ Cité par Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 109.

Première partie

Objet de la prospective juridique

Circonscrire l'objet d'une prospective spécifique au droit suppose d'avoir au préalable défini ce qu'est le droit⁶⁵⁵. Cela constitue un premier obstacle de taille à une prospective juridique stable et homogène car portant sur un objet stable et homogène. La prospective juridique des normativistes, réduisant le droit à la « pyramide » de l'ordre juridique étatique, ne peut qu'être très différente de celle des réalistes, focalisés sur l'application-crédation juridictionnelle des normes, ou de celle des jusnaturalistes.

On pourrait retenir, d'un point de vue pragmatiste et panjuridiste, que le droit serait l'ensemble des normes produites par les institutions sociales puissantes — la puissance étant la capacité d'imposer psychologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires et l'État étant, pour l'heure, la plus puissante de toutes les institutions sociales, donc la source principale, mais non exclusive, des règles de droit⁶⁵⁶. On pourrait aussi adhérer à une approche syncrétique et graduelle de la théorie du droit pour estimer qu'une norme serait juridique à mesure qu'elle remplirait les critères de juridicité dominants dans la pensée juridique collective actuelle, à savoir la valeur, la validité, l'obligatorité, la généralité, l'abstraction et l'impersonnalité, la sanction, l'application et l'effectivité⁶⁵⁷. Cependant, avec le pragmatisme juridique et toutes les formes de pensée

⁶⁵⁵ Par exemple, selon les précurseurs de la prospective juridique, celle-ci « a pour objet l'ensemble constitué par l'ordre juridique et par la pratique du droit, que l'on peut définir à son tour comme le système des processus d'investissement de la loi par la société » (A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 14).

⁶⁵⁶ Cf. B. Barraud, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Inter-normes, 2017, n° 3 et 79.

⁶⁵⁷ Cf. B. Barraud, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2018. La définition du droit exposée dans ce texte est une définition lexicographique, une définition scientifique. Il s'agit de constater ce qu'est le droit, quelles sont ses propriétés, au terme d'une enquête objective et empirique, excluant tout jugement subjectif et toute proposition personnelle. Comme la religion romaine qui accueillait dans son Panthéon tous les dieux grecs et étrusques, la théorie syncrétique réunit toutes les définitions du droit actuellement en vigueur dans la pensée juridique. Dans ce cadre, les diverses théories du droit ne sont plus des

du droit en action, la prospective juridique voit nécessairement dans l'effectivité un critère de juridicité dominant ou même discriminant et déterminant⁶⁵⁸.

« Qu'est-ce que le droit ? » est peut-être la plus essentielle des problématiques auxquelles les juristes doivent répondre. Or peu de questions touchant à l'homme et aux sociétés ont suscité des réponses aussi diverses et parfois antagonistes que « Qu'est-ce que le droit ? ». Dans le vaste paysage des théories juridiques, il est difficile de savoir avec précision ce qu'est le droit. Pour entamer une étude de prospective juridique, comme toute étude dont le droit est objet, il est pourtant indispensable de disposer d'un objet-droit homogène et stable, dont l'identité est finement établie et les frontières nettement tracées, donc de s'appuyer sur une définition du droit largement acceptable et largement acceptée. Pour observer le droit et laisser de côté le non-droit, sans confondre l'un avec l'autre, il importe de s'accorder sur ses spécificités parmi les différents modes de régulation sociale, cela afin de délimiter le champ des normes juridiques et donc circonscrire et borner l'objet d'étude. Or peut-on reconnaître le droit sans le connaître ?

Cependant, ces pages ne sauraient être le lieu où répondre plus avant à la question « Qu'est-ce que le droit ? ». Il convient ici de se concentrer sur l'aspect prospectif de la prospective juridique et de renvoyer à d'autres travaux quant à son aspect juridique⁶⁵⁹. La problématique de la définition du droit intéresse en effet toute personne qui le produit, l'applique, l'enseigne ou l'étudie. Elle n'est pas spécifique à la prospective juridique puisqu'elle concerne la recherche juridique et les activités juridiques dans leur ensemble — ce qui pose d'importantes difficultés pour la compréhension mutuelle, la communication et l'échange tant le droit des anthropologues du droit, par exemple, ne ressemble guère à celui des historiens du droit, lui-même très différent du droit des économistes du droit etc. ; et il existe bien des antagonismes entre les visions du droit retenues parmi les philosophes du droit ou parmi les théoriciens du droit, tandis que les

concurrentes, mais des associées. Elles ne s'opposent plus, mais se complètent. Ensuite, en appliquant les critères de juridicité ainsi recensés à une norme donnée, on peut mesurer son niveau de force juridique sur l'échelle de juridicité. Cette échelle permet d'interroger les dimensions du droit. Or son application à de multiples formes de normativité indique que, dans le monde des normes sociales, les normes fortement juridiques côtoieraient les normes moyennement juridiques et les normes faiblement juridiques. En revanche, il ne semble guère exister de normes sociales non juridiques — les différences entre normes seraient de degré et non de nature. Ainsi l'échelle de juridicité invite-t-elle à retenir une conception graduelle du droit et un panjuridisme modéré. L'intérêt de cette nouvelle forme de rationalité de la pensée juridique est d'autoriser le juriste à s'ouvrir à tout type de normes sociales tout en sauvegardant l'autonomie conceptuelle du droit.

⁶⁵⁸ Les premiers juristes à avoir songé à une prospective juridique pouvaient ainsi relever combien « le concept juridique n'est ni plus ni moins contingent que la loi. Il suffit de constater les contradictions de plus en plus nombreuses entre la référence de principe à tel concept et son défaut manifeste d'application à tel ensemble de situations concrètes » (A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 14).

⁶⁵⁹ Cf. B. Barraud, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie synchrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2018.

scientifiques du droit positif eux-mêmes possèdent des conceptions parfois discordantes des limites du domaine juridique.

La description de l'objet de la prospective juridique conduit à présenter ses deux branches — la prospective juridique exploratoire et la prospective juridique stratégique — (*titre 1*) puis ses principaux objectifs (*titre 2*). Ces branches et ces objectifs sont ce qui particularise la recherche juridique prospective. En témoignent les fondateurs de la *Revue de droit prospectif* lorsqu'ils insistent sur le besoin que les juristes cessent d'étudier exclusivement le droit positif et acceptent de s'intéresser au droit prospectif, c'est-à-dire aux futurs du droit, se tournant ainsi vers un objet inhabituel et original, encore très peu étudié. Ainsi écrivaient-ils que

Les juristes ont établi, une fois pour toutes semble-t-il, une frontière entre ce qui est et ce qui devrait être, qu'ils s'interdisent de franchir. Seul le premier domaine, dans lequel peut s'exercer l'observation concrète des phénomènes dans le temps et dans l'espace, dans la plus pure tradition du positivisme, relève de la « science juridique » ; le reste est qualifié par eux d'utopie, et ils refusent de s'y risquer. Ils se querellent pour des détails, mais ils oublient l'essentiel. Le passé les intéresse, dans la mesure où il leur permet souvent d'expliquer le présent ; le futur leur fait peur. Ils craignent de s'égarer dans les chemins incertains de l'avenir et de l'idéal. Or un esprit créateur n'a pas le droit de reculer devant la tâche merveilleuse qui s'offre à lui de participer à la construction de l'Avenir.⁶⁶⁰

⁶⁶⁰ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 7-8.

Titre 1. Les branches de la prospective juridique

La recherche juridique se distingue de la science juridique au sens large en ce qu'elle comprend des travaux non scientifiques mais subjectifs, orientés axiologiquement et parfois fort personnels, à l'instar des écrits des philosophes du droit. La recherche juridique intègre en son sein la science du droit tout en la dépassant en différents points, lorsqu'elle poursuit l'ambition de faire progresser la connaissance du droit sans faire progresser la connaissance scientifique du droit. Aussi peut-on opposer les sciences du droit, objectives et empiriques, et les pensées du droit, personnelles et critiques.

Pareille distinction se retrouve à l'intérieur même de la prospective juridique, dont les deux branches sont la prospective juridique exploratoire, soit une prospective objective et empirique, visant à déterminer les scénarios des futurs du droit possibles au départ de procédés et protocoles formels précisément arrêtés (*chapitre 1*), et la prospective juridique stratégique, soit une prospective personnelle et critique dont le but est d'identifier un avenir souhaitable ainsi que les moyens de le faire advenir (*chapitre 2*). La *summa divisio* de la prospective juridique consiste donc à séparer la prospective juridique exploratoire, scientifique ou technique et la prospective juridique stratégique, normative ou critique.

Il faut toutefois relativiser et même ne donner qu'une importance secondaire à cette *summa divisio*. Ces deux formes de prospective juridique n'ont en effet que peu de sens et d'intérêt l'une sans l'autre : la prospective juridique stratégique serait nécessairement mal avisée et peu utile sans un travail de prospective juridique exploratoire préalable l'éclairant et rendant pertinentes ses propositions ; tandis que, si une recherche de prospective exploratoire seule est moins inconcevable, elle apparaîtra incomplète si elle n'est pas mise au service d'une réflexion sur les avènements qui, parmi ceux qui sont possibles, devraient être privilégiés (*chapitre 3*).

C'est pourquoi, après avoir dans ce chapitre séparé les objets de la prospective juridique exploratoire et de la prospective juridique stratégique, cette potentielle nouvelle branche de la recherche juridique sera envisagée telle une discipline unitaire, à la fois scientifique

et critique, que ce soit à travers ses objectifs, ses principes directeurs ou ses étapes méthodologiques. Il n'en demeure pas moins que certains de ces objectifs, principes ou étapes concernent davantage la prospective juridique exploratoire quand d'autres impactent prioritairement la prospective juridique stratégique. Épistémologiquement, il demeure donc important de distinguer l'un et l'autre niveaux de la prospective juridique et d'avoir conscience de cette *summa divisio*, sans quoi cette discipline excessivement indisciplinée présenterait un visage trop contrasté et baroque pour être sérieuse.

Par ailleurs, et enfin, la prospective juridique devra être comparée aux branches de la recherche juridique qui en sont les plus proches. Si l'analyse économique du droit ou, à un degré moindre, la philosophie du droit pourraient être évoquées, il faudra surtout insister sur la légistique et sur la politique juridique (*chapitre 4*).

Chapitre 1. La prospective juridique exploratoire

Du point de vue de la prospective juridique exploratoire, l'avenir du monde juridique est un territoire à explorer au moyen des instruments les plus scientifiques possible. Il s'agit ici de fournir un travail objectif et empirique d'anticipation afin de ne pas se laisser surprendre par l'avenir et se retrouver à devoir en permanence gérer les urgences. La prospective juridique exploratoire consiste donc, au moyen d'outils formalisés non impératifs mais recommandés, à identifier les tendances profondes ou émergentes du présent, les acteurs forts et les variables clés afin de déterminer le spectre des futurs possibles, y compris ceux pouvant résulter de discontinuités ou de ruptures. Le futur du droit est déjà là dans le présent, mais il faut beaucoup d'acuité, de perspicacité et aussi d'intuition pour le percevoir.

La recherche juridique, depuis longtemps, consiste à étudier le passé du droit (histoire du droit) ou son présent — en séparant les travaux de droit privé et les travaux de droit public. La prospective juridique exploratoire serait, pour les scientifiques du droit, une branche de la recherche juridique moins originale en raison de son angle d'approche, scientifique, qu'en raison de son objet : les futurs du droit possibles.

Or un tel sujet d'étude ne semble pas dénué d'intérêt, surtout à une époque où le droit évolue (et doit évoluer) de plus en plus vite parce que son environnement évolue de plus en plus vite. Il devient impératif de prévoir au plus tôt les changements du droit. Et cela concerne tant les professionnels, qu'ils soient jurislètes, conseillers ou autres juristes ou acteurs du monde juridique, que les universitaires chargés d'approfondir et perfectionner la connaissance du droit. Jusqu'à présent, on a abondamment étudié le passé et le présent du droit ; mais on a seulement occasionnellement et loin de tout cadre scientifique cherché à déterminer son futur. La prospective juridique exploratoire a vocation à combler ce creux dans la recherche juridique et, par conséquent, dans le savoir juridique.

Les problèmes actuels que le droit pose aux juristes, mais aussi que les faits, les sociétés, les économies, les technologies et les cultures posent au droit, sont source d'inquiétude et

il devient chaque jour un peu plus légitime de vouloir décrypter les avenir possibles afin de se rassurer ou, du moins, de s'éclairer. Mais encore faut-il ne pas œuvrer au hasard et à tâtons. L'étude de ces futurs qui ne sont pas écrits à l'avance mais dont certains adviendront nécessairement suppose méthode et rigueur. Elle implique d'identifier, comme pour déchiffrer une partition musicale, les temps dans lesquels s'inscrivent les différentes composantes, d'isoler les événements révélateurs de l'avenir, de détecter les ruptures potentielles et les continuités, permanences et inerties plausibles, de comprendre et expliquer les processus en cours etc. En suivant des protocoles précis et éprouvés, il devient possible de construire des scénarios du futur plus fins et plus exacts, donc davantage susceptibles de se réaliser que si l'on interroge le futur sans méthode, en essayant de le deviner à partir d'intuitions peu et mal fondées plutôt qu'à l'aune de travaux scientifiques, objectifs et empiriques.

L'activité de veille et d'anticipation est indispensable si l'on veut favoriser un futur un tant soit peu choisi — c'est-à-dire que la prospective juridique exploratoire est nécessaire à la prospective juridique stratégique, autre façon d'envisager le futur du droit cette fois non plus en recherchant ce qu'il pourrait être mais en se demandant ce qu'il devrait être et par quel chemin y parvenir. Il s'agit alors de faire le choix d'un avenir préférentiel et d'élaborer un projet et une stratégie pour lui donner toutes les chances d'advenir.

Avec la prospective juridique exploratoire, il s'agit donc de se demander quels sont les futurs du droit possibles — le droit pouvant être conçu dans toutes ses dimensions (système juridique dans son ensemble, ordre juridique, branche du droit, régime juridique, profession, doctrine, concept, modalités de recherche ou d'enseignement etc.). Avec la prospective juridique stratégique, il s'agit cette fois de réfléchir au futur du droit souhaitable.

Chapitre 2. La prospective juridique stratégique

La prospective juridique stratégique repose sur l'idée, affirmée par Gaston Berger et par ses continuateurs, qu'il importe de « considérer l'avenir non comme une chose déjà décidée et qui, petit à petit, se découvrirait à nous, mais comme une chose à faire, dont la nature dépendra à la fois de nos forces, de notre habileté, de notre courage et d'un certain nombre de circonstances que nous ne pourrons jamais prévoir dans tous leurs détails »⁶⁶¹. Dès lors, si le futur est pour partie incontrôlable, il est aussi et surtout le fruit des décisions prises et des orientations choisies aujourd'hui.

Cela vaut à plus forte raison s'agissant du droit qui, à moins d'adopter un point de vue jusnaturaliste, est très essentiellement une construction humaine et sociale, un pur produit de volontés. Certes, sa formalisation, sa structure et son contenu dépendront partiellement de données extérieures et de circonstances non maîtrisables, mais ils seront surtout ce qu'on aura décidé, directement en tant que jurislatureur ou interprète officiel, ou indirectement en tant que citoyens ayant la capacité d'attribuer le pouvoir politique à certains hommes plutôt qu'à d'autres.

Les jusprospectivistes peuvent éventuellement se borner à explorer scientifiquement les futurs possibles. Mais, pour faire œuvre concrète et utile, pour être des acteurs du droit en action, il leur incombe d'aller plus loin, d'identifier des objectifs stratégiques face aux enjeux à venir et de déterminer les actions et moyens pouvant permettre d'atteindre ces objectifs.

La prospective juridique stratégique a notamment pour finalité d'alimenter, éclairer et donc faciliter les décisions dans les organisations. C'est pourquoi il est logique qu'elle procède de l'initiative de personnes publiques ou privées désirant agir dans un monde moins incertain, voulant devenir la source des événements juridiques plutôt que de subir les événements juridiques⁶⁶².

⁶⁶¹ G. Berger, « L'attitude prospective », *Cahiers de prospective* 1958, n° 1, p. 6.

⁶⁶² Par exemple, J. Lesourne, Ch. Stoffaës, dir., *La prospective stratégique d'entreprise – Concepts et études de cas*, Inter-Éditions, 1996.

Mais cette prospective peut aussi être le fait d'universitaires, de centres de recherche souhaitant « faire » le droit d'une façon originale. On qualifie souvent la doctrine de « source du droit » — source matérielle et non formelle, ce qui empêche de la placer au même niveau que la loi, la jurisprudence ou la coutume. La prospective juridique stratégique pourrait présenter quelque intérêt aux yeux d'enseignants-chercheurs aspirant à être des acteurs véritables du droit participant pleinement à sa fabrication, loin de se borner à connaître et retranscrire son état actuel sans se préoccuper de ses évolutions futures.

La prospective juridique stratégique (ou normative) est donc une prospective plus philosophique et critique, moins technique et formelle que la prospective juridique exploratoire (ou scientifique). L'avenir est « domaine de liberté, de pouvoir et de volonté »⁶⁶³. Il est ainsi une construction, le fruit de choix stratégiques opérés dès aujourd'hui, loin de toute fatalité et de toute prédétermination. La prospective juridique stratégique consiste en conséquence non à investiguer les futurs possibles mais à déterminer le futur souhaitable et à agir en sa faveur, c'est-à-dire à réfléchir aux politiques et aux stratégies qui pourraient être déployées afin de le réaliser.

Pareille réflexion quant au futur souhaitable n'aurait cependant aucun ou très peu de sens sans recherche préalable des futurs possibles, tandis qu'un travail de prospective juridique exploratoire non poursuivi sous l'angle de la prospective juridique stratégique semblerait fort incomplet et limité. C'est pourquoi il importe de mêler prospective juridique exploratoire et prospective juridique stratégique, mais tout en ayant conscience des objets différents de l'une et de l'autre et du fait que, à tout moment de la recherche, on se situe toujours soit dans le cadre scientifique et technique de l'une, soit dans le cadre normatif et critique de l'autre.

⁶⁶³ H. De Jouvenel, « Genèse et éthique de la prospective », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinologie intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 48.

Chapitre 3. L'association de la prospective juridique exploratoire et de la prospective juridique stratégique

Il y a deux manières de construire des scénarios mêlant présent et futur du droit. Soit on part des faits et tendances du présent pour dessiner des images réalistes du futur. Il s'agit d'une approche exploratoire : exploration du présent vers le futur. Soit on choisit *ab initio* un futur du droit donné et on redescend vers le présent en essayant de trouver les évolutions et ruptures qui pourraient permettre à ce futur du droit d'advenir. Il s'agit cette fois d'une approche normative. Le danger, en procédant ainsi, est de s'arrêter sur un futur souhaitable qui n'est pas possible et donc d'aboutir à des réflexions et propositions très peu pertinentes et utiles. Certes, une fois les chemins entre présent et futur du droit établis, on peut les décrire dans les deux sens. Il semble cependant indispensable de toujours commencer une étude jusprospective par le présent (système juridique, ordre juridique, branche du droit, régime juridique etc. positif) pour ensuite avancer pas à pas vers le futur (système juridique, ordre juridique, branche du droit, régime juridique etc. souhaitable). Toute recherche de prospective juridique débiterait donc par une phase de prospective juridique exploratoire (indispensable) et se poursuivrait par une phase de prospective juridique stratégique (non indispensable mais fortement recommandée).

*La préférence souvent donnée à la prospective stratégique
par rapport à la prospective exploratoire*

Dans l'ensemble, la prospective stratégique semble de plus en plus l'emporter sur la prospective exploratoire — ce qui pose des difficultés eu égard au besoin de travaux de prospective exploratoire préalables pour pouvoir pertinemment réfléchir au futur souhaitable (parmi les futurs possibles). Cela s'explique déjà par les moyens moins lourds à mettre en œuvre dans le cadre de la prospective stratégique, des moyens ainsi plus aisément appropriables, dépendant de réflexions personnelles quand la prospective exploratoire suppose un examen minutieux de multiples faits et de multiples variables,

ainsi que des démonstrations complexes. Beaucoup d'exercices de prospective se veulent désormais plus modestes et, surtout, plus directement opérationnels. Les investigations quant aux futurs possibles, bien que toujours plus indispensables à mesure que s'accroissent les incertitudes, occupent sans doute un peu moins l'attention que les réflexions relatives au futur souhaitable.

Pareil succès de la prospective stratégique par rapport à la prospective exploratoire pourrait se retrouver en matière de prospective juridique. Mais, puisque la prospective juridique stratégique ne peut se passer de la prospective juridique exploratoire, il importe de toujours associer l'une à l'autre et, pour éviter que l'aspect normatif et critique triomphe de l'angle objectif et empirique — quand ils sont supposés marcher main dans la main —, mieux vaut opter pour la prospective juridique dans son ensemble, donc s'interdire de choisir entre prospective juridique exploratoire et prospective juridique stratégique. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique les juristes risquent fort de comprendre la prospective juridique dans son sens le plus large, la résumant à une attitude prospective et assimilant cette attitude prospective au volet stratégique de la prospective. Au sens strict, en revanche, la prospective juridique doit bien emprunter autant à la prospective exploratoire qu'à la prospective stratégique.

Dialectique et complémentarité de l'anticipation et de l'action

Comme le résume Hugues De Jouvenel,

Nous sommes tous dans la position du navigateur qui doit simultanément : – S'efforcer d'anticiper le vent, les récifs et le mouvement des autres navigateurs qui croisent aux alentours : là est la fonction d'anticipation sur son environnement stratégique ; éventuellement parlera-t-on en l'espèce d'instruments de veille, d'anticipation et de scénarios exploratoires ; – Agir (en tenant compte de toutes ses forces et faiblesses) pour au minimum éviter de chavirer, au mieux se rendre au plus vite à bon port. Ce « bon port » constitue le projet. Sa réalisation passera éventuellement par un exercice de planification, voire de programmation, l'établissement d'une stratégie et, donc, l'adoption d'instruments de pilotage. L'anticipation et l'action entretiennent une relation dialectique permanente. Cette dialectique repose sur deux logiques différentes mais complémentaires.⁶⁶⁴

La prospective juridique doit donc procéder à la fois d'une approche *de lege lata*, interrogeant ce que le droit pourrait être, et d'une approche *de lege feranda*, recherchant ce que le droit devrait être. Uniquement descriptive ou uniquement prescriptive, elle

⁶⁶⁴ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 37.

manquerait une partie de son objet. En ce sens, les fondateurs de la *Revue de droit prospectif* insistaient, en 1976 déjà, sur le fait que

*Le Droit est l'un des derniers domaines de la recherche scientifique moderne axé essentiellement sur l'étude du passé et du présent. Il est indispensable et urgent que cette optique se modifie et que la doctrine juridique joue enfin le rôle incitatif et directif des réformes que le personnel politique, qui en est, en définitive, responsable, attend d'elle. Son influence n'en sera que grandissante et sera la source d'une « stratégie juridique prospective ».*⁶⁶⁵

*Le point de vue jusprospectif : considérer l'avenir du droit
comme territoire à explorer et comme terrain à construire*

La prospective juridique peut porter sur tout type d'élément de nature juridique. Elle peut aborder, sous un angle macro-juridique, le système juridique global ou un ordre juridique déterminé ou bien, sous un angle micro-juridique, une branche du droit ou un régime juridique particulier. Les spécificités de l'objet de la prospective juridique tiennent à l'aspect prospectif et non à l'aspect juridique. Mais tel est le cas de toutes les branches de la recherche juridique : l'analyse économique du droit, la sociologie juridique, l'histoire du droit, l'anthropologie juridique, la philosophie du droit etc. se distinguent en raison de leurs points de vue respectifs sur le droit (économique, sociologique, historique, anthropologique, philosophique etc.).

Aussi faut-il insister sur l'originalité du point de vue prospectif. La prospective juridique se présente tel un instrument d'aide à la compréhension, à la vision, à la décision et à l'action au service de tous les acteurs du droit quels qu'ils soient. Elle invite les juristes — mais aussi et tout autant les non-juristes intéressés de près, pour une raison ou une autre, par le droit — à considérer l'avenir du droit comme terrain à explorer et comme terrain à construire.

Dès lors, mieux vaut envisager cette prospective juridique comme un tout, donc ne s'intéresser qu'à la prospective juridique dans son ensemble. Chaque branche de la recherche juridique suit un chemin spécifique, distinct et indépendant de ses consœurs. À l'inverse, au sein de la prospective juridique, les prospectives juridiques exploratoire et stratégique sont les deux membres d'un même corps. Elles sont intimement liées, interdépendantes, unies dans leur diversité de fins et de moyens, et il serait malvenu de présenter l'une puis l'autre. Il n'en importe pas moins de ne pas méconnaître les

⁶⁶⁵ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

différences d'objets (et de méthodes) entre la prospective juridique exploratoire et la prospective juridique stratégique. Mais un exercice de prospective juridique complet doit normalement emprunter à l'une et à l'autre.

Caractère scientifique et caractère critique des deux branches de la prospective juridique

Si le besoin de scientificité des travaux ne touche pas identiquement toutes les branches de la recherche juridique, car certaines peuvent ou doivent par définition se passer de la science, il en va peut-être différemment du besoin d'adopter une posture critique par rapport à l'objet traité, par rapport aux résultats obtenus et par rapport au contexte et à l'environnement au sein desquels se situe la réflexion. En effet, le point de vue critique est celui qui permet le mieux de penser le droit, au-delà de ou après son étude. Or, de la philosophie du droit à la science du droit positif, de l'épistémologie juridique à la sociologie du droit, toutes les branches de la recherche juridique obligent, à un moment ou à un autre et plus ou moins complètement, à penser le droit ou, du moins, à penser un droit. La « pure » science du droit est possible, mais elle n'est pas souhaitable. La recherche juridique désigne un ensemble d'activités universitaires notamment parce que celui qui s'adonne à cette recherche doit toujours analyser, commenter, abstraire, réfléchir, proposer, déplorer, soutenir, loin de se contenter d'une simple description de l'état actuel du droit positif ou du phénomène juridique qu'il observe. Le savoir juridique est au moins autant le résultat de la pensée critique du droit que le résultat de l'étude scientifique du droit. Et la prospective juridique ne saurait faire exception.

Les évolutions paradigmatiques et « révolutions scientifiques » que la recherche juridique requiert peut-être et qui, en tout cas, ne sauraient être approchées *a priori* de façon négative ont besoin de la pensée critique pour advenir. Une recherche critique est une recherche qui accueille la discussion et exclut le subjectivisme, ainsi qu'une recherche qui accepte le changement et refuse le conservatisme. Le sens critique est donc indispensable à la pensée en droit comme à la pensée du droit en ce qu'il autorise la libération de cet imaginaire et de cette intelligence juridiques souvent menacés par l'emprisonnement dans des carcans dogmatiques fort peu profitables au développement de la recherche juridique et, par conséquent, au perfectionnement du savoir juridique.

Ainsi, s'intéresser aux futurs du droit uniquement sous un angle scientifique et descriptif, sans être impossible ni inconséquent, ne saurait-il donner lieu à des travaux de même portée que ceux qui, après avoir ainsi sondé l'avenir du droit objectivement et

empiriquement, saisissent les résultats obtenus d'un point de vue critique afin de s'arrêter sur un futur désirable.

En prospective, il y a une prospective plus scientifique et technique, celle du CNAM et de Michel Godet, et une prospective plus philosophique et critique, celle de Thierry Gaudin, par exemple. Mais l'une emprunte beaucoup à l'autre et Michel Godet est aussi une figure de la prospective stratégique, tandis que les recherches prospectives philosophiques et critiques s'appuient forcément sur des éléments concrets précis. Il semble donc nécessaire d'affirmer mais aussi tempérer la séparation de la prospective exploratoire et de la prospective stratégique.

Dans la suite du livre IV de ce mémoire, il ne s'agira par conséquent pas de présenter la prospective juridique exploratoire puis la prospective juridique stratégique mais uniquement d'interroger la prospective juridique comprise comme un tout ne méritant pas d'être découpé davantage. Tout d'abord, les objectifs qu'elle poursuit seront détaillés — plus tard, seront abordés, cette fois en interrogeant non plus ses objets mais ses méthodes, ses étapes et principes, en n'oubliant pas que certains se rattachent principalement à la prospective juridique exploratoire, d'autres à la prospective juridique stratégique et d'autres, enfin, au tronc commun de la prospective juridique.

Auparavant, il semble intéressant, afin de mieux cerner l'objet de la prospective juridique, de la comparer avec les branches de la recherche juridique qui s'en rapprochent le plus.

Chapitre 4. Les branches de la recherche juridique proches de la prospective juridique

À certains égards, la prospective juridique se rapproche de la philosophie du droit et de l'analyse économique du droit. Mais elle possède surtout des points communs avec la légistique et avec la politique juridique. Celles-ci sont, comme la prospective juridique, par nature fort politiques. Elles consistent à interroger l'évolution du contenu du droit (le droit tel qu'il devrait ou devra être), ainsi que des manières de le produire et de le mettre en forme, cela afin de faire face à certains défis actuels ou à venir. En cela, la légistique et la politique juridique se rapprochent de la prospective juridique, bien qu'elles se consacrent beaucoup plus au court terme.

Selon un aphorisme attribué au médecin et psychologue Gustave Le Bon, « on ne fait pas le droit ; il se fait »⁶⁶⁶. Pour un juriste, un légiste, un jurisconsulte ou un jurislatureur, cependant, il est difficile de ne pas estimer que les règles de droit ne seraient pas données mais construites. C'est pourquoi la légistique, la politique juridique et la prospective juridique sont possibles. « Si je pouvais, expliquait Montesquieu, faire en sorte que ceux qui commandent augmentassent leurs connaissances sur ce qu'ils doivent prescrire, et que ceux qui obéissent trouvassent un nouveau plaisir à obéir, je me croirais le plus heureux des mortels »⁶⁶⁷. Telle est à la fois la volonté de la légistique, celle de la politique juridique et celle de la prospective juridique, toutes trois tournées vers l'avenir du droit et vers le droit en action. Leur ambition commune est de contribuer au « progrès juridique »⁶⁶⁸, sous différentes formes et à plus ou moins long terme. La prospective juridique, la politique juridique et la légistique sont donc les branches de la recherche juridique qui possèdent la vocation politique la plus forte. Elles témoignent, au-delà des relations intimes entre

⁶⁶⁶ Cité par A. Sériaux, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 87.

⁶⁶⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748 (cité par Ch. Behrendt, F. Bouhon, *Introduction à la théorie générale de l'État – Recueil de textes*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 126).

⁶⁶⁸ J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1914, p. 333.

politique et droit, de la présence de la politique dans le droit, que celui-ci soit entendu en tant que droit positif ou en tant que domaine de recherche⁶⁶⁹.

L'illustre professeur de droit public Léon Duguit écrivait que « la puissance publique sera d'autant mieux obéie qu'elle sera plus volontairement acceptée par les gouvernés. C'est la mission de l'art politique de trouver les procédés de gouvernement les plus propres à faire accepter volontairement par les sujets les commandements de l'autorité publique »⁶⁷⁰. La légistique, la politique juridique et la prospective juridique correspondent à cet « art politique »⁶⁷¹.

Cependant, légistique, politique juridique et prospective juridique se distinguent en différents points. Tout d'abord, tandis que la politique juridique est foncièrement idéologique et subjective, la prospective juridique est à la fois scientifique et critique, donc beaucoup plus objective. Quant à la légistique, on y voit un art plus qu'une science⁶⁷². Pour autant, l'objectif de la légistique est bien d'« aboutir à des lois quasi-scientifiques »⁶⁷³. Mais elle n'est pas en soi scientifique ; ce sont les moyens qu'elle propose qui peuvent l'être⁶⁷⁴. En outre, la légistique se juridicise de plus en plus, se traduisant par des normes positives — et souvent des normes positives haut placées dans la hiérarchie des normes⁶⁷⁵. La politique juridique et la prospective juridique, à l'inverse, ne peuvent pas se retrouver incarnées dans le droit applicable. Par nature, elles ne peuvent porter que sur un droit futur, qui reste à faire.

⁶⁶⁹ Cf. *Arch. phil. droit* 1971, « Le droit investi par la politique ».

⁶⁷⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3e éd., De Boccard, 1928, p. 48.

⁶⁷¹ Et Duguit d'ajouter : « Le tout de l'art politique est d'adapter les formes et les procédés du gouvernement aux croyances religieuses et morales, aux besoins économiques du pays et de faire en sorte que les sujets soient profondément convaincus que les gouvernants gouvernent dans l'intérêt de tous et non pas dans leur intérêt personnel » (*ibid.*).

⁶⁷² Cité par J.-P. Duprat, « Genèse et développement de la légistique », in R. Drago, dir., *La confection de la loi*, Puf, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 11. Également, D. Rémy, *Légistique – L'art de faire les lois*, Romillat, 1994.

⁶⁷³ J.-C. Bécane, M. Couderc, J.-L. Héryn, *La loi*, 2e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 174.

⁶⁷⁴ Cf., en particulier, J.-F. Perrin, « Possibilités et limites d'une "science de la législation" », in P. Amselek, dir., *La science de la législation*, Puf, 1988, p. 21 s.

⁶⁷⁵ P. De Montalivet, « La juridicisation de la légistique – À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *Cahiers des sciences morales et politiques* 2005, n° 23, p. 99 s. Par exemple, Cons. const., déc. 16 déc. 1999, n° 99-421, *Loi habilitant le Gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de certains codes par ordonnance* (objectif d'intelligibilité et d'accessibilité du droit) ; Cons. const., déc. 14 janv. 1999, n° 98-407, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse* (principe de clarté du droit). Cf., également, L. Milano, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006, p. 637 s.

La légistique tournée vers le futur du droit

La légistique n'en demeure pas moins fort politique, *a fortiori* si, comme l'aurait dit Victor Hugo, « la forme est le fond qui remonte à la surface ». Elle comporte un sens étroit et un sens large. Au sens étroit, qui tend à l'assimiler partiellement à la méthodologie juridique, elle désigne « l'étude des modes de rédaction et de formulation des lois »⁶⁷⁶. C'est là le sens que retiennent différents professeurs⁶⁷⁷. Ainsi conçue, elle s'intéresse à une certaine forme de droit positif et non au droit prospectif.

Au sens large, celui correspondant à la branche de la recherche juridique ici en cause, il s'agit d'analyser et proposer des modes de création et d'application du droit. La légistique est alors par essence tournée vers le futur. Et elle s'avère, ainsi comprise, triplement plus large : en ce qu'elle ne se borne pas à l'étude mais amène à faire aussi œuvre prospective, si ce n'est prescriptive ; en ce qu'elle inclut dans son objet non seulement la rédaction des textes mais aussi tous les autres éléments qui contribuent à la création du droit ; en ce qu'elle s'intéresse, au-delà de la création de la loi, à toute la création et à toute l'application du droit⁶⁷⁸.

Certains retiennent des conceptions de la légistique plus précises mais qui concordent avec l'acception large ici retenue : « [La légistique] tend à déterminer des règles de

⁶⁷⁶ A.-M. Leroyer, « Légistique », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 922.

⁶⁷⁷ Par exemple, J.-L. Bergel, « Méthodologie juridique », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1024. Pour le professeur Jean-Louis Bergel, la légistique serait ainsi la partie de la « science de la législation » consacrée à la rédaction des lois.

⁶⁷⁸ À l'aune de ce dernier point, peut-être faudrait-il préférentiellement parler de « juristique » plutôt que de « légistique » ; seulement ce premier terme est-il quasiment inconnu de la littérature juridique et, lorsqu'il a été employé, cela a été dans un tout autre sens : M. Alliot, « Anthropologie et juristique – Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP* 1983, n° 6, p. 83 s. L'auteur explique que, dans le vocabulaire d'Henri Lévy-Bruhl, la juristique est la « science des lois qui gouvernent les lois ». Mieux vaut suivre l'usage que font du terme « légistique », notamment, le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement qui, dans leur « guide de légistique », expliquent que cette dernière recouvre « l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs : lois, ordonnances, décrets, arrêtés » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2e éd., [en ligne], 2007, p. 2). La légistique déborde donc du cadre de la loi pour concerner tout le droit et, par exemple, un enjeu important qui la concerne réside dans l'amélioration de la qualité formelle des décisions de justice. D'aucuns débattent de l'art et de la manière de rédiger les jugements, du « style judiciaire » (par exemple, *Cahiers de méthodologie juridique* 2000, « La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice » ; F.-M. Shroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978 ; P. Mimin, *Le style des jugements*, Librairie technique, 1978 ; L. Cadet, « La qualité de la norme juridictionnelle », in M. Fatim-Rouge Stéfani, L. Gay, J. Pini, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, p. 235 s. ; F. Martineau, « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *La qualité des décisions de justice*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 97 s.). Et, en droit positif, diverses réformes ont été entreprises afin d'améliorer la relation entre juges et justiciables. Notamment, une circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire a entendu éliminer les « locutions archaïques et surannées » et traduire en français les expressions latines ou étrangères en usage dans la langue du palais.

rédaction des textes qui favorisent leur interprétation, leur combinaison et leur codification ; elle cherche aussi à standardiser les formules pour faciliter l’informatisation ; elle se penche, enfin, sur les modalités d’application pour lever les incertitudes et sur l’ensemble de l’ordonnancement pour le rationaliser »⁶⁷⁹. Pareille définition n’invite pas à observer les règles de rédaction des textes mais à les « déterminer », donc à les formuler, à les proposer aux pouvoirs publics, seuls capables de les faire ensuite entrer dans le corpus du droit positif de la création du droit — *i.e.* le droit constitutionnel.

La légistique au service du droit en action

L’attitude du spécialiste de la légistique est alors assez similaire à celle du spécialiste de la prospective juridique. Et, sous cet angle, la prospective juridique pourrait être très utile à la légistique. Cette dernière s’avère très normative⁶⁸⁰. La prospective juridique l’est aussi lorsqu’elle prend la forme de la prospective juridique stratégique. La légistique consiste, aux différents niveaux de la vie du droit positif, à proposer des méthodes censées permettre d’améliorer la qualité du droit, d’en accroître l’efficacité⁶⁸¹. Pragmatique, elle entend donc servir, comme la prospective juridique, le droit en action.

Parce que le droit a besoin de rationalité, loin de toute improvisation, les jurislatoeurs qui le conçoivent doivent appliquer différentes techniques afin de confectionner le « meilleur droit » sous différents angles : sécurité juridique, pertinence des normes retenues, possibilité d’évolutions futures etc. La légistique comme la prospective juridique peuvent alors être d’un grand secours, indiquant les pièges auxquels prendre garde et les opportunités à saisir.

Ensuite, là où la méthodologie juridique étudie scientifiquement l’état actuel de ces diverses techniques, la légistique s’attache aux évolutions qu’elles pourraient ou devraient connaître afin de pouvoir élaborer de « meilleurs textes de droit ». Le légiste qui se consacre à la légistique, suivant la définition qu’en donne le professeur Jacques Chevallier, « cherche à déterminer les meilleures modalités d’élaboration, de rédaction,

⁶⁷⁹ C. Wiener, « Crise et science de la législation en France », in Z. Bankowski et alii, *La science de la législation*, Puf, 1988, p. 87. La légistique appréhendée en tant que réflexion sur les modes de création du droit correspond donc à la définition qu’un auteur a pu en donner en 1983 : « Discipline qui étudie l’activité de production normative et qui définit les techniques adaptées à la gestion de cette production » (J.-M. Woehrling, « L’évolution du rôle du droit dans l’action administrative », *RF adm. publ.* 1983, p. 146 (cité par A.-M. Leroyer, « Légistique », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 923)).

⁶⁸⁰ Notamment, C. Bergeal, *Savoir rédiger un texte normatif – Loi, décret, arrêté, circulaire*, 2e éd., Berger-Levrault, 1997 ; A. Flückiger, *(Re)faire la loi – Traité de légistique à l’ère du droit souple*, Stämpfli, 2019.

⁶⁸¹ On observe l’« essor de l’idéologie de l’efficacité » (J. Commaille, « Code civil et nouveaux codes sociaux », in J. Commaille et alii, *Le Code civil 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 71).

d'édiction et d'application des normes »⁶⁸² — il se penche donc sur le droit qui pourrait ou devrait être dans l'avenir. Et le professeur d'ajouter : « La qualité du droit suppose l'amélioration de ses conditions de production. Cet objectif est au centre d'une nouvelle discipline : la "légistique", qui vise à étudier l'activité de production normative et à définir les techniques adaptées à la gestion de cette production »⁶⁸³. Dès lors, il s'agit plus de propositions personnelles que d'observations objectives et empiriques, même si les premières, pour être pertinentes, ne peuvent se passer des dernières.

La légistique intéressée par la forme du droit

Par ailleurs, tandis que la prospective juridique s'intéresse au fond comme à la forme du droit, que ce soit à propos d'un objet micro-juridique ou d'un objet macro-juridique, la légistique est purement formelle. Elle se désintéresse en effet de la détermination du fond du droit pour se concentrer sur la recherche des modes de détermination du fond du droit les plus pertinents⁶⁸⁴. Ainsi, si elle présente des aspects plus politiques que scientifiques, la légistique ignore cependant les problématiques les plus politiques : celles qui touchent aux orientations à donner aux régimes juridiques, au contenu substantiel du droit, ce qui est l'affaire de la politique juridique et de la prospective juridique. La légistique ne se consacre qu'aux modalités techniques de la confection et de l'application du droit. La politique juridique et la prospective juridique, elles, peuvent amener à inviter les pouvoirs publics et autres acteurs du droit à opérer des changements dans le contenu substantiel des *devoir-être*⁶⁸⁵.

⁶⁸² J. Chevallier, « L'évaluation législative : un enjeu politique », in J.-L. Bergel, A. Delcamp, A. Dupas, dir., *Contrôle parlementaire et évaluation*, La documentation française, coll. Notes et études documentaires, 1995, p. 15.

⁶⁸³ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 152.

⁶⁸⁴ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 276 ; C. Zolinski, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in M. Behar-Touchais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 52.

⁶⁸⁵ On retient néanmoins que la légistique se scinde en une partie formelle et une partie matérielle (Ch.-A. Morand, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. Morand, dir., *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 37 s.). Raymond Carré de Malberg sépare la « force formelle de la loi » et la « force matérielle de la loi » (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, p. 281). La légistique cherche à conforter l'une comme l'autre, mais seulement en quêteant les moyens pertinents à ces fins, non en investissant directement le domaine du fond du droit. La « légistique formelle » (ou « nomographie » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2005)) porte sur le système de communication, sur « les procédés de mise en forme des projets normatifs » (Ch.-A. Morand, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. Morand, dir., *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 37) ou, dit autrement, sur le codage juridique de la volonté politique. On a pu la définir comme « la recherche de procédés, de règles et de formules destinés à une rédaction correcte et à une meilleure appréhension des textes normatifs, et s'efforçant de parvenir à cette fin par l'harmonie, la clarté et le rejet des différences non fondées » (C. Lambotte, *Technique législative et codification*, Story Scientia, 1988, p. 10 (cité par K. Gilbert, *La légistique au concret – Les processus de rationalisation de la loi*, th., Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2007)). Elle cherche à fournir des principes permettant d'améliorer la compréhension et

La légistique, branche de la recherche juridique encore méconnue

En France, la légistique n'a jamais connu d'essor véritable et elle demeure, aujourd'hui, une branche de la recherche juridique relativement secondaire⁶⁸⁶. Longtemps, après que Montaigne a affirmé que « les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles sont lois »⁶⁸⁷, les juristes français ont retenu soit que la législation serait *a priori* rationnelle, soit que l'effort de rationalisation devrait être laissé à la seule appréciation du législateur⁶⁸⁸. Cette façon d'appréhender la matière continue d'empreindre dans une certaine mesure la psyché juridique collective ; et un auteur pouvait récemment s'inquiéter du « risque de voir s'enfler un thème nouveau et jusqu'à présent discret, celui des interrogations sur la qualité de la loi »⁶⁸⁹, avant de demander : « Mesure-t-on ce que cette seule question a d'iconoclaste ? La loi, produit de la souveraineté nationale, expression de la volonté générale, est nécessairement bonne du seul fait qu'elle est la loi »⁶⁹⁰. La légistique est donc, bien qu'à un degré moindre par rapport à la prospective juridique, une branche de la recherche juridique émergente, en devenir, mais encore fragile et incertaine.

Enfin, à l'identique de la prospective juridique, la légistique déborde de beaucoup le cadre de la recherche universitaire et nombreux sont les travaux dans ce domaine réalisés par ou

l'accessibilité des textes juridiques. L'accent est mis sur le perfectionnement du message normatif et des modalités de sa réception. La « légistique matérielle » (ou « nomologie » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2005)), de son côté, concerne le système d'action que représente la création du droit. Elle découpe le processus de formation et de mise en œuvre des textes juridiques en plusieurs étapes (1. Définition du problème ; 2. Fixation des objectifs ; 3. Choix des instruments et des alternatives ; 4. Évaluation prospective ; 5. Adoption du texte à portée normative ; 6. Mise en œuvre ; 7. Évaluation rétrospective) et cherche à donner à chacune d'elles des conseils méthodiques pour améliorer l'efficacité ou l'efficience du droit. Mais elle n'entend en aucun instant dire au juriste ce que devrait être le droit ; même « matérielle », la légistique cherche seulement à dire au juriste comment devrait être établi le droit. Dit autrement, la légistique matérielle concerne la manière de rechercher la matière quand la légistique formelle se rapporte à la manière d'exprimer la matière. En France, la légistique formelle paraît s'être autrement développée que la légistique matérielle (K. Gilbert, « Une production du droit mieux raisonnée ? La diffusion de la légistique en droit français », *Le courrier juridique des finances et de l'industrie* juin 2008, p. 47 s.), si bien que, aujourd'hui, il appartiendrait aux chercheurs de principalement songer à la légistique matérielle, donc aux procédés tels que, par exemple, celui des études d'impact ou celui des lois expérimentales et des « périodes d'essai législatives ». Reste que la légistique amène à aborder des problématiques multiples et diversifiées, allant de la question de la codification à celle de l'évaluation des effets du droit, de la question de la législation par références à celle des formulations d'objectifs, de la question des consultations préalables à celle des études d'impact, de la question du respect d'un principe de subsidiarité à celle, globale, des modes de gouvernance. C'est, notamment, le fameux problème de la « simplification du droit », régulièrement remis sur la table, qui est au cœur des préoccupations.

⁶⁸⁶ Cf. J.-P. Duprat, « Genèse et développement de la légistique », in R. Drago, dir., *La confection de la loi*, Puf, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 9 s.

⁶⁸⁷ M. De Montaigne, *Les essais*, Abel Langelier, 1588.

⁶⁸⁸ Aussi observe-t-on que « la loi est souvent parée de toutes les vertus, du fait de son écriture sous une forme officielle et publiée : elle est claire, fixe, accessible, connue de tous, rationalisée, délibérée, bref, elle incarne la raison faite droit » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 54).

⁶⁸⁹ G. Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 115.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

pour les pouvoirs publics. Les études annuelles du Conseil d'État constituent de très bons exemples⁶⁹¹.

L'intérêt grandissant de la légistique

Que ce soit dans l'espace universitaire ou dans l'espace politique, la légistique pourrait prospérer tant sont croissantes les critiques adressées à des textes juridiques mal faits, aussi bien qualitativement que quantitativement⁶⁹². Les lois seraient devenues trop nombreuses et largement inintelligibles, à tel point qu'une distance dangereuse apparaîtrait entre elles et leurs destinataires⁶⁹³. « La loi, relève-ton, est de plus en plus insuffisante tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration »⁶⁹⁴. Or « des lois mal conçues ou mal rédigées peuvent faire plus de mal que de bien »⁶⁹⁵. La « rationalisation de la production juridique » devient donc l'un des enjeux les plus actuels⁶⁹⁶, tandis que la qualité du droit s'affirme telle une condition nécessaire à la bonne application du droit et au respect des règles juridiques.

⁶⁹¹ Notamment, EDCE 1991, *La sécurité juridique* ; EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*. Les textes relatifs à la légistique sont moins souvent des ouvrages doctrinaux que des circulaires et autres actes administratifs visant à préciser les modalités du choix du vocabulaire, de la longueur des phrases, de la ponctuation, de la structure des textes etc. Par exemple, Circ. 26 août 2003, *Relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation* ; Circ. 30 sept. 2003, *Relative à la qualité de la réglementation* ; Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2e éd., [en ligne], 2007 ; *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La documentation française, 2002 ; *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La documentation française, 2004. Il existe une mission « Qualité de la norme » au sein du « Service de la législation et de la qualité du droit » rattaché au Secrétariat général du Gouvernement. Néanmoins, cf. *Dr. et société* 1998, n° 40, « Produire la loi » ; *Dr. et société* 1994, n° 27, « Production de la norme juridique ».

⁶⁹² Ainsi un auteur peut-il observer combien les nouvelles formes d'intervention de l'État et la complexité des sociétés industrialisées modernes exigent des modalités d'intervention normative plus souples et sans doute plus complexes. « Il en résulte une sophistication croissante des techniques de rédaction normative, écrit-il. La loi peut inciter, offrir des alternatives, distinguer entre conformité et compatibilité, programmer, s'appuyer pour partie sur des dispositifs conventionnels » (C. Bergeal, *Savoir rédiger un texte normatif – Loi, décret, arrêté, circulaire*, Berger-Levrault, 1997).

⁶⁹³ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 431. Les auteurs soulignent que, en conséquence, « s'amorce progressivement, dans le raisonnement juridique, un affranchissement à l'égard des textes, corrélatif à la montée en puissance des juges » (*ibid.*). Déjà en 1949 Georges Ripert remarquait que « l'effectivité des lois est allée en déclinant à l'époque moderne car la surabondance des textes, l'inflation législative, a entraîné un moindre attachement et respect pour chaque loi. C'est un fait psychologique que l'attention faiblit lorsqu'elle porte sur un objet trop étendu » (G. Ripert, *Le déclin du droit – Études sur la législation contemporaine* (1949), LGDJ, 1998). Cf., également et par exemple, F. Terré, « La "crise" de la loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 17 s. ; A. Viandier, « La crise de la technique législative », *Droits* 1986, n° 4, p. 75 s. ; P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A* 2005, p. 1035 s. ; P. Mazeaud, « La qualité de la loi n'est plus ce qu'elle était », *Gaz. Pal.* 16 mars 2007.

⁶⁹⁴ J.-C. Bécane, M. Couderc, J.-L. Héryn, *La loi*, 2e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 54. Ces auteurs notent aussi que, « depuis 1880, la loi subit une dépréciation continue » (*ibid.*).

⁶⁹⁵ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 275. Et d'ajouter que « la loi est un instrument dangereux qu'il ne faut manier qu'avec prudence et circonspection » (*ibid.*).

⁶⁹⁶ Cf. J. Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. Morand, dir., *L'État propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 11 s. Le professeur Jacques Chevallier souligne en particulier qu'« à une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre, sur la conformité des conduites et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés » (*ibid.*, p. 19).

Le célèbre juriste italien Norberto Bobbio observait qu'on peut « soit agir sur les comportements de façon à obtenir que les actions des individus correspondent le plus possible à ce que disent les règles ; ou bien agir sur le droit de façon à obtenir que ce que disent les règles corresponde le mieux possible à ce que font les individus »⁶⁹⁷. À l'ère de la mondialisation, il semble que la seconde alternative doive de plus en plus l'emporter sur la première, ce qui place les questions d'ordre légistique et jusprospectif au premier rang des préoccupations.

Faire le droit est définitivement une mission aussi complexe que décisive au cœur du jeu social, *a fortiori* dès lors que, « de manière symétrique et inverse de l'historien chargé de reconstituer une réalité qui a cessé d'exister, le législateur est chargé, lui, de figurer dans la loi une réalité qui n'existe pas encore »⁶⁹⁸. La mission du législateur est ainsi foncièrement prospective, mais aussi et surtout politique puisqu'il ne s'agit pas de prévoir ce qui sera mais de dicter par des normes ce qui sera ; et la légistique est là pour donner toutes leurs chances à ces normes de produire leurs effets.

Reste que légistique, politique et prospective peuvent marcher ensemble. En tout cas semble-t-il que la politique et le droit qui en est le fruit aient fortement et de plus en plus besoin de l'éclairage de la prospective et de l'outillage de la légistique⁶⁹⁹.

La politique juridique, un point de vue subjectif, dogmatique et court-termiste

La politique juridique, quant à elle, se distingue de la légistique en ce que, si cette dernière aboutit à prescrire aux jurisluteurs les moyens adéquats afin de déterminer le contenu du droit le plus pertinent et de l'exprimer de la meilleure manière, elle consiste à prescrire aux jurisluteurs des devoir-être ou des ensembles de devoir-être apparaissant comme les plus opportuns — par exemple en plaidant pour ou contre la réforme de tel ou tel régime juridique.

⁶⁹⁷ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, 1998, p. 169.

⁶⁹⁸ G. Timsit, « Raisonement juridique », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1291.

⁶⁹⁹ « La structure rationnelle du droit et de l'administration est sans aucun doute importante car le capitalisme d'entreprise rationnel nécessite la prévision calculée, non seulement en matière de techniques de production, mais aussi en matière de droit », notait Max Weber (*L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1920), Pocket, coll. Agora, 1967, p. 19). Pour lui, « seul l'Occident a disposé pour son activité économique d'un système juridique et d'une administration atteignant un tel degré de perfection légale et formelle » (*ibid.*). L'objectif de la légistique est d'indiquer aux pouvoirs publics les moyens de faire en sorte qu'il continue d'en aller ainsi.

Ensuite, la politique juridique suppose un point de vue très orienté, très subjectif et court-termiste, caractéristiques qui la différencient nettement du point de vue jusprospectif. Les précurseurs de la prospective juridique notaient : « Nous en sommes revenus à une société féodale, dans laquelle il est impossible de s'attaquer à des droits acquis sans provoquer une levée immédiate de boucliers, au nom de la défense d'intérêts supérieurs que l'on a parfois du mal à apercevoir. La défense des positions acquises passe avant la recherche du progrès ; or, avec la mentalité d'assistés dont nous faisons preuve, celles-ci sont de plus en plus nombreuses »⁷⁰⁰. Il semble toutefois que des discours relevant d'une telle « mentalité d'assistés » et de la défense des positions et droits acquis ne puissent relever que de la politique juridique. La prospective juridique doit justement permettre de les dépasser.

Il n'en est pas moins possible — et même pertinent tant une solution ne revêt pas, en soi, moins d'importance et de légitimité qu'une explication — d'envisager les normes juridiques sous un angle pleinement politique et aucunement scientifique, ce qui signifie aussi sous un angle souvent polémique et très partial, partisan même, amenant à plaider pour une cause, loin de tout argument juridique ou derrière des arguments juridiques de façade, et à avancer des propositions toujours contestables et non des descriptions par définition vraies. C'est à cet instant que la doctrine fait de la politique, ce qui la rapproche de l'attitude jusprospective dans son versant stratégique. La prospective juridique entend toutefois conserver un certain recul, adopter un point de vue plus équilibré entre approche scientifique et raisonnement critique.

La politique juridique consiste à affirmer, subjectivement, ce que devraient être les normes constitutives du droit ou, du moins, constitutives d'un régime juridique donné, éventuellement afin de s'adapter au changement et préparer l'avenir — mais parfois aussi afin de conserver certaines valeurs ou promouvoir certains archaïsmes. Il semble que ce soit à ce moment là que la doctrine et la dogmatique juridiques portent le mieux leurs noms, davantage que lorsqu'elles se bornent à décrire le contenu du droit positif et ses diverses interprétations possibles. Le juriste fait œuvre doctrinale ou dogmatique quand il suggère — ou, selon le ton adopté, cherche à imposer — de nouvelles normes ou lorsqu'il suggère, ou cherche à imposer, un choix entre différentes interprétations d'une norme donnée.

⁷⁰⁰ J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 3.

Discuter, remettre en cause et proposer le droit positif

Contrairement à la prospective juridique et à la légistique, encore peu plébiscitées, la politique juridique possède de nombreux adeptes au sein des facultés de droit autant que dans les cabinets d'avocats. On souligne à quel point de plus en plus de chercheurs en droit tendent à « transgresser la frontière webérienne entre le savant et le politique »⁷⁰¹, à « céder à la tentation d'instrumentaliser le droit positif selon une inclination qui répond davantage à l'office de l'avocat qu'à celui de la science du droit »⁷⁰².

En revanche, sa faible structuration et le manque de principes directeurs et de méthode font de la politique juridique une branche de la recherche juridique précaire et qui ne semble pas pouvoir un jour s'affirmer davantage. Les juristes l'apprécient tant qu'elle demeure à l'arrière-plan, pour ne pas dire cachée, car on peine à assumer le fait de quitter le cadre scientifique au profit du cadre politique.

Toujours est-il que des professeurs de droit sont tentés d'utiliser leur savoir « non pas comme des savants mais comme des juges dont les décisions n'énoncent ni des vérités ni des mensonges mais des verdicts souverains »⁷⁰³. L'objet de la politique juridique est ainsi de discuter, remettre en cause et proposer le droit positif, donc réfléchir aux réformes à mener, à l'avenir du droit, mais un avenir à court terme.

Les polémiques universitaires ayant accompagné la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est une illustration paroxystique de cette politique juridique et des dérives auxquelles elle peut aboutir⁷⁰⁴. Le projet REGINE (Recherche et études sur le

⁷⁰¹ A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ Ainsi quelques-uns sont-ils tentés de « prendre des libertés avec les données du droit positif, sous l'influence de [leurs] préférences éthico-politiques » (J. Roux, « Le "mariage pour tous" et la Constitution : La méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6). Cela a pu se vérifier, par exemple, lorsque certains ont souhaité engager, en leur qualité de professeurs de droit, de spécialistes du droit, une « offensive doctrinale contre [ou pour] le projet de loi sur le mariage pour tous » (A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4). Les débats, en 2012 et 2013, ayant entouré la future loi relative au mariage des couples de personnes de même sexe (L. n° 2013-404, 17 mai 2013, *Ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*) ont en effet constitué un modèle du genre (cf. R. Garron, « Un exemple d'erreur de méthode : la loi sur le "mariage pour tous" », *RRJ* 2014, p. 1625 s.). C'est ainsi que différents enseignants-chercheurs des facultés de droit (pas moins de 180 selon leur propre décompte) ont adressé une pétition aux sénateurs de la République afin de protester contre le projet de loi relatif au « mariage pour tous », afin de contrecarrer son adoption. Or ils n'agissaient pas de la sorte à titre personnel et privé mais bien en se fondant sur leurs titres et savoirs académiques. Et leur intention était plus précisément de « propager toute une série de jugements qui, à l'examen, [étaient] bien plus des jugements de valeur que des analyses juridiques. [...] En d'autres termes, bien qu'ils prétend[aient] parler au nom du droit, ces juristes exprim[aient] surtout leurs préférences personnelles » (P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez, É. Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, p. 784). Divers professeurs de droit, dont certains très éminents (par exemple, Ph. Malaurie, « Le mariage homosexuel et l'union

genre et les inégalités dans les normes en Europe), se proposant d'« ancrer la théorie féministe du droit dans le paysage de la recherche juridique française et de montrer que les inégalités de genre ne se donnent pas seulement à voir dans le droit mais sont également produites par le droit », est un autre exemple de ce à quoi la politique juridique peut aboutir, loin de toute forme de scientificité. C'est encore de politique juridique qu'il s'agit lorsqu'un professeur de droit publie, en cette qualité, un article sur « les liens entre pouvoir et violences sexuelles », invitant la société à « rompre avec la tendance historique

civile », *JCP G* 2012, n° 1096 ; P. Delvolvé, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro* 8 nov. 2012), ont donc délaissé la casquette scientifique au profit de la casquette politique. Il s'en trouve même qui sont allés jusqu'à écrire en se camouflant derrière un pseudonyme (Lucie Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7 s.). Sous couvert d'arguments juridiques se réduisant le plus souvent à l'idée qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République rendrait inconstitutionnelle la loi autorisant le mariage homosexuel (notamment, F.-X. Bréchet, « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G* 2012, doctr. 1388 ; A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5 ; J. Roux, « Le "mariage pour tous" et la Constitution : La méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6), ces professeurs ont surtout voulu s'élever contre pareil texte au motif que ledit mariage entre personnes de même sexe serait « de nature à traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française » (L. Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7). Ainsi en est-on venu à dissimuler l'intention juspolitique en avançant que l'on n'écrivait « ni en politique, ni en religieux, ni en sociologue, mais en juriste d'aujourd'hui » (*ibid.*, p. 7) ; ainsi a-t-on essayé de « techniciser les enjeux philosophiques pour mieux offrir à ses propres convictions éthiques le sceau de la vérité » (A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4). Très critiques, loin de toute approche du problème en cause objective et à finalité descriptive et explicative, les auteurs en question ont dénoncé le fait que la nouvelle devise de la République serait « tout se vaut, rien ne vaut » (A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5), ont dénoncé « le positivisme "éclairé" qui prétend écrire dans le Code civil que deux hommes ou deux femmes peuvent se marier, ou dans le Code de l'urbanisme que la terre est plate, ou dans une directive communautaire que les vaches sont carnivores » (*ibid.*). Selon l'opinion éminemment politique, éminemment idéologique même, et fort peu scientifique de ces chercheurs en droit aspirant à justifier l'inconstitutionnalité d'une loi autorisant le mariage des couples homosexuels, « il est bien évident que la République n'a pas créé l'hétérosexualité du mariage qui est intemporelle et universelle ; elle se borne à la reconnaître ». Cette hétérosexualité nécessaire du mariage serait « une norme anthropologique immémoriale et universelle, "la plus vieille coutume de l'humanité" selon la belle formule de Jean Carbonnier » (J. Roux, « Le "mariage pour tous" et la Constitution : La méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *RDLF* 2013, n° 6 ; citation de J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, 20e éd., Puf, coll. Thémis, 1999, p. 368). La posture consistant à chercher à faire passer pour des arguments rationnels d'experts ce qui ne sont que des arguments politiques, que l'expression d'opinions teintées d'idéologie, n'est pas sans évoquer les analyses de Pierre Bourdieu lorsque celui-ci dénonçait « le tour de passe-passe [...] par lequel le juriste donne comme fondé a priori déductivement quelque chose qui est fondé a posteriori opportunément » (P. Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel, J. Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, p. 95 (cité par X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23)). Et d'autres professeurs d'observer que le discours de leurs collègues animés par l'intention de s'élever d'une façon ou d'une autre contre un projet de loi en profitant des tribunes auxquelles ils ont accès peut reposer « sur la conviction que le Code civil traduirait une réalité anthropologique, historique, voire biologique. Autrement dit, ce discours tend à naturaliser les règles, à assimiler *Sein et Sollen* » (X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2013, n° 23). Et d'autres encore de profiter des mêmes tribunes pour s'élever très directement contre cette politique juridique aux allures de « croisade » (A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, n° 4), qui conduit à prendre des « libertés avec l'éthique du juriste universitaire » (*ibid.*) : « Être professeur de droit n'autorise pas pour autant à "parler au nom du droit" et à s'opposer, par principe, aux bouleversements du droit positif. [...] Il convient donc de dénoncer la méthode fallacieuse utilisée par nos collègues qui consiste à se fonder sur leur qualité de "juristes" pour dire ce qui est bien et ce qu'il faut penser. [...] Juristes, taisons-nous ! Laissons le législateur faire son travail et ne donnons pas à l'avenir la couleur de nos propres angoisses » (P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez, É. Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, p. 784 s.). Les auteurs notent aussi que « tout un chacun peut le vérifier, aucun des arguments de nos "résistants" [...] n'est finalement juridique. Il s'agit au contraire d'affirmations morales qui essentialisent des catégories juridiques dans le but d'empêcher ou de faire apparaître comme impossibles les modifications du droit positif voulues par le législateur » (*ibid.*).

que nous avons de définir toutes les questions de sexe comme des questions privées » et à mettre ainsi un terme à l'indulgence dont jouissent les « hommes à femmes », avant de conclure que « les démocraties paritaires doivent se redéfinir sur ces bases »⁷⁰⁵. Et est à l'identique en cause la politique juridique quand un autre professeur de droit signe, toujours en cette qualité, une « pétition contre l'intitulé du ministère de l'immigration et de l'identité nationale » dont les promoteurs « demandent solennellement au Président de la République de revenir à des choix plus conformes aux traditions démocratiques de la République française »⁷⁰⁶.

La politique juridique partisane et idéologique

La prospective juridique se rapproche donc de la politique juridique du point de vue de ses fins, mais seulement en partie. La politique juridique est, au contraire de la prospective juridique qui est critique, partisane et idéologique⁷⁰⁷. Il est évidemment impossible de rattacher des propos tels que « l'application du terme “mariage” à deux hommes ou deux femmes soulève une sérieuse question de logique rationnelle et universelle »⁷⁰⁸ à la science du droit positif ou à toute autre science du droit et pas davantage à la prospective juridique, laquelle accepte seulement la critique conçue en tant que jugement objectif, réellement motivé. Il faut distinguer le commentaire explicatif, du chercheur s'adonnant à une science du droit, et le commentaire idéologique, propre au chercheur s'adonnant à la politique juridique. Les sciences du droit visent à connaître et expliquer le droit ; la politique juridique cherche à influencer le droit, à influencer l'évolution des normes législatives et jurisprudentielles. Les discours des scientifiques du droit ne comportent que

⁷⁰⁵ *Libération* 18 mai 2011.

⁷⁰⁶ *Libération* 22 juin 2007.

⁷⁰⁷ Les chercheurs en droit adeptes de la politique juridique peuvent ainsi, loin de toutes considérations objectives d'ordre technico-juridique, en venir à soulever « l'argument sémantique que lorsqu'un mot d'une langue a été conçu pour décrire un fait, il se pose une réelle question rationnelle et intellectuelle sur l'usage possible du même mot pour désigner soudain le fait contraire. On s'abstiendra d'invoquer ici l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, mais il n'en demeure pas moins que l'application du terme de “mariage” à deux hommes ou deux femmes soulève une sérieuse question de logique rationnelle et universelle » (A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5). Et de commenter dans le même sens : « Si les députés démocrates-chrétiens qui ont déposé à l'assemblée constituante de 1946 leur amendement sur les PFRLR visant la protection de l'enseignement confessionnel se voyaient ainsi enrôlés au service de l'idéologie soixante-huitarde du “vivre sans contraintes et jouir sans entraves”, ils se retourneraient assurément dans leurs tombes ! Il est d'ailleurs piquant que ceux qui défendent le mariage gay au nom de cette idéologie relativiste du “chacun ses valeurs” n'hésitent pas à prôner parallèlement l'enseignement d'une “morale républicaine” à l'école, laquelle comporte, entre autres, l'apprentissage forcé des “valeurs” gay et de l'idéologie du genre, tandis que le Code pénal s'enrichit chaque jour de nouvelles incriminations liberticides tendant à réprimer l'expression d'opinions contraires aux nouvelles valeurs “imposées” » (B. Dageron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux, Ph. Stoffel-Munck, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *D.* 2013, p. 933).

⁷⁰⁸ A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, n° 5.

des assertions vraies ou fausses ; les discours jus-politiques sont constitués d'opinions et de croyances toujours subjectives et contestables.

La politique juridique est par conséquent la branche de la recherche juridique à laquelle l'étiquette de « recherche juridique » s'applique le moins naturellement, car une « recherche à caractère politique » est peut-être une contradiction dans les termes. La prospective juridique, constituée d'observations scientifiques et de propositions critiques, est bien davantage susceptible de se voir attribuer l'étiquette de la « recherche juridique ». Avec les sciences du droit, il s'agit « uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est »⁷⁰⁹, étant accepté que le juriste a en charge de « connaître le droit pour ainsi dire du dehors et, sur la base de cette connaissance, [de] le décrire [et de] l'analyser »⁷¹⁰.

Mais il n'est pas inconséquent, bien que cette attitude soit moins naturelle parmi des facultés de droit qui sont entrées dans l'ère moderne en s'émancipant du monde politique⁷¹¹, de vouloir « dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait »⁷¹². Telle est la vocation de la politique juridique, qui le fait de façon radicale, mais aussi de la prospective juridique (dans son versant stratégique), qui remplit cette fonction de façon nettement plus modérée et, peut-être, constructive.

À travers ses rapports annuels, le Conseil d'État se met « au service d'une réflexion sur la cohérence, la complétude, la pertinence et l'effectivité de notre ordonnancement juridique face aux mutations, toujours plus profondes, de notre monde, de nos sociétés et de nos modes de vie »⁷¹³. C'est aussi ce que fait tout juriste dès lors qu'il décide de s'insérer dans le cadre de la politique juridique ou dans celui de la prospective juridique. Mais ce dernier se distingue de ce premier tant sous l'angle de son objet que sous l'angle de sa méthode. Tout d'abord, ce sont les objectifs qu'elle poursuit qui singularisent la prospective juridique. Ces objectifs peuvent rejoindre ceux de la politique juridique ou ceux de la légistique, mais les uns et les autres ne se recouvrent toujours qu'en partie.

⁷⁰⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Ph. Raynaud, « Anciens et modernes », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 47.

⁷¹² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

⁷¹³ J.-M. Sauvé, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 5.

Titre 2. Les objectifs de la prospective juridique

Parce qu'elle s'intéresse à la fois aux droits qui pourraient être et au droit qui devrait être, la prospective juridique se définit par des objectifs pluriels et variables mais non dénués de points communs, en premier lieu car il s'agit toujours de mettre en rapport et comparer le présent du droit et l'avenir du droit. Ces objectifs peuvent être synthétisés en quatre points principaux intimement liés. Tout d'abord, la prospective juridique conduit à évaluer les changements et les besoins du droit (*chapitre 1*). Ensuite, elle vise à influencer le présent du droit à l'aune de son futur (*chapitre 2*). Elle invite, par ailleurs, à interroger les fins au moins autant que les moyens du droit (*chapitre 3*). Enfin, et plus globalement, la prospective juridique vise à favoriser le droit en action, à éclairer les décisions et autres actes des juristes (*chapitre 4*).

Ainsi conçue, peut-être cette prospective juridique pourrait-elle présenter une certaine utilité dès lors que, comme Thomas Hobbes le remarquait déjà au XVII^e siècle, « étant donné que toutes les choses qui se sont produites jusqu'ici, ou se produiront dorénavant, ont une cause, il est impossible à un homme qui s'efforce continuellement de s'abriter des maux qu'il redoute et de se procurer le bien qu'il désire de ne pas être dans un souci perpétuel de l'Avenir »⁷¹⁴. Les juristes ne sont pourtant que peu préoccupés par l'avenir du droit, focalisés qu'ils sont sur son actualité et sur son passé. Le pari de la prospective juridique est qu'ils pourraient et même qu'ils devraient l'être davantage — il n'est pas insensé d'imaginer que les juristes pourraient vouloir s'abriter, et abriter la société, des maux juridiques et se procurer, et procurer à la société, le bien juridique, si bien qu'ils seraient dans un souci perpétuel de l'avenir du droit.

⁷¹⁴ Th. Hobbes, *Léviathan*, Sirey, 1971, p. 105 (cité par J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8).

Chapitre 1. Mesurer les besoins du droit

Il faut, avant toute chose, admettre que le droit est contingent, situé dans le temps (et dans l'espace). Il n'y a pas de droit naturel, intemporel, universel pour un juspragmatiste conscient de la relativité de toutes les constructions humaines et sociales telles que les dieux ou les religions. Le droit prospectif n'est donc à rechercher dans une nature des choses immuable que lorsque les hommes, de fait, recherchent le droit positif dans une nature des choses immuables, car il s'agit alors d'un élément important de compréhension du devenir de ce droit — mais sans ignorer que cette nature des choses immuables a déjà souvent changé et, surtout, changera encore dans le futur.

Ensuite, pour anticiper le droit de demain, il importe de prévoir ses besoins ainsi que les besoins auxquels il devra répondre. Le droit est un outil et un fruit politique. Il est intimement lié à des enjeux et mécaniques politiques, eux-mêmes intimement liés à des enjeux et mécaniques sociaux et culturels. Si une science juridique peut être « pure », à la suite d'Hans Kelsen et des normativistes, une prospective juridique, en revanche, ne saurait faire l'impasse sur ces données d'ordre politique et social puisque ce sont elles qui, avec d'autres facteurs, feront que le droit du futur, sur le fond surtout mais aussi sur la forme, suivra un chemin plutôt qu'un autre.

L'effectivité est sans doute le critère de juridicité prédominant aux yeux des jusprospectivistes, bien plus que la validité ou que tout autre, puisqu'ils s'attachent avant tout au droit en action, donc au droit qui fonctionne dans les faits, qui seul régule véritablement les conduites et les relations sociales⁷¹⁵. Or le droit effectif est par définition celui qui répond aux besoins, quand le droit désuet est celui qui n'y répond pas ou peu.

⁷¹⁵ Les précurseurs de la prospective juridique écrivent par exemple que « les matériaux que le discours juridique impose à la prospective de la pratique du droit comportent dans les faits nombre de concepts et de normes exsangues, de lois moribondes et de jurisprudence avortée. Le prévisionniste doit connaître les indices d'obsolescence et de désuétude afférents aux concepts, voire aux principes généraux du droit, afin de les écarter au profit de ceux qui "marchent" » (A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 15).

La prospective juridique étudiant le droit effectif, elle doit donc rechercher les besoins auxquels il devra répondre. Ainsi devient-il possible d'évaluer les changements du droit.

Permettre au droit de demain d'être en adéquation avec les besoins de demain

La prospective juridique, au-delà de son intérêt scientifique qui est ce qui intéresse avant tout les universitaires, peut permettre de repérer les tensions et imperfections du droit avant que l'échéance d'une réforme ne surgisse, cela afin de conduire à temps les investigations et réflexions pour comprendre les données de fait et de droit, en tirer les conséquences et préconiser des solutions pertinentes. En ce sens, des juristes peuvent écrire que « la doctrine remplit une fonction sociologique en veillant à l'adaptation du droit aux évolutions de la société. La préparation de la réforme des lois bioéthiques, par exemple, témoigne de cette fonction de droit prospectif confiée à la doctrine »⁷¹⁶. La « fonction de droit prospectif » serait donc d'assurer la bonne adaptation du droit aux mutations économiques, sociales et culturelles, donc de permettre au droit de demain d'être le mieux en adéquation avec les besoins de demain.

Ce rôle sociologique de la prospective juridique, associant changements et besoins du droit, est ce qui la définit tout particulièrement. Et les précurseurs de la prospective juridique n'ont pas manqué de poser la question suivante : « Comment négliger l'intérêt qu'il y a à repérer, avec une précocité suffisante, les tensions qui affectent telle institution en train d'évoluer, qui vont susciter par conséquent des difficultés dans l'application des normes qui la gouvernent et finalement justifier une modification de celles-ci ? »⁷¹⁷. Peut-être est-ce là une préoccupation que devraient partager tous les experts du droit, notamment s'ils participent concrètement ou souhaitent participer à son évolution. Et d'ajouter qu'« une étude préalable faite à temps, éclairant les données de fait et de droit, les implications de telle ou telle solution envisagée, est un passage obligé de l'application de la méthode sociologique en législation. Que le législateur contemporain l'ignore souvent, on le voit par trop d'exemples de lois ineffectives, aux effets manqués ou même pervers »⁷¹⁸.

⁷¹⁶ S. Druffin-Bricca, L.-C. Henry, *Introduction générale au droit*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2017, p. 46.

⁷¹⁷ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. IX.

⁷¹⁸ *Ibid.*

La prospective juridique pour répondre aux crises du droit

D'autres promoteurs d'une prospective juridique à la fin des années 1970 soulignaient déjà que « l'on est en droit de s'étonner de ce que l'on ne se préoccupe pas d'anticiper l'évolution des normes positives afin d'être en mesure de les adapter à temps à celle de la société, voire de la devancer. La prospective permet d'agir au lieu de réagir »⁷¹⁹. *A fortiori* à l'aube du III^e millénaire, dans un contexte de crises de plus en plus fréquentes et variées, le droit semble difficile à connaître et à reconnaître, mais aussi et plus encore à faire, à interpréter et à appliquer. La puissance publique est concurrencée par des puissances privées, les sources de normes (juridiques ?) se démultiplient, la loi se retrouve désacralisée et contestée, la jurisprudence peine à jouer pertinemment son rôle de complément du droit, les juges sont submergés et les législateurs déconnectés etc.

Il y aurait beaucoup à dire des crises du droit et de sa complexification contemporaine. Or la prospective juridique peut permettre de prévenir de telles crises et de mieux saisir cette complexification. L'idéal serait de trouver quelques critères systématiques pour identifier et mesurer les changements du droit. À défaut, au moins faudrait-il au plus tôt se pencher sur ces changements afin de ne pas se trouver pris par surprise. Il est temps de penser — et apprendre à penser — les continuités, les évolutions et les ruptures du droit. Et la prospective juridique pourrait peut-être présenter quelque intérêt dans ce cadre.

Les sciences sociales, en général, éprouvent des difficultés à donner du sens à des situations d'imprévisibilité et de rupture telles que le droit, comme d'autres phénomènes sociaux, en connaît actuellement. Même la sociologie admet ne proposer que des ressources théoriques et empiriques insuffisantes pour analyser des changements brusques et imprévisibles, des ruptures de sens ou des bifurcations⁷²⁰. Mais les études sur le droit manquent peut-être plus que les autres d'approches dynamiques et adaptatives permettant de comprendre du mieux possible le futur, spécialement dans ses rapports avec le présent, et le présent, spécialement dans ses rapports avec le futur.

⁷¹⁹ J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 2.

⁷²⁰ Ph. Durance, « Penser la rupture », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 371.

Une question d'efficacité et d'effectivité du droit

Prendre conscience des évolutions intra-juridiques et para-juridiques est important parce que ce travail d'anticipation doit permettre de les infléchir, si nécessaire, quand il est encore temps. Identifier les points de tension à venir, c'est se donner les moyens de confectionner dans les temps de meilleurs textes de droit, notamment des lois, afin d'intervenir efficacement. C'est principalement ici que la prospective juridique se rapproche de la légistique. Des évaluations, des expérimentations, des livres blancs ou verts peuvent être rapprochés de l'analyse prospective du droit largement comprise. Et les premiers jusprospectivistes n'envisageaient pas autrement leur mission : « Analyser les modes de travail et d'intervention du législateur, en particulier sa plus ou moins grande difficulté à maîtriser la matière, et même les concepts, au moment de légiférer »⁷²¹. Et d'ajouter qu'un travail de prospective juridique doit amener à « prévoir les domaines où le législateur devra intervenir plus ou moins rapidement. De l'analyse des faits porteurs du présent se dégagent un certain nombre de constats de changements dont il est aisé d'apercevoir les grands axes »⁷²².

Les auteurs prenaient à leur époque les exemples suivants : « On ne pourra se contenter d'extrapoler le droit existant. La maîtrise du fond des océans, de la haute atmosphère, voire de l'espace, ouvre de nouveaux marchés : comment les vieilles notions de souveraineté et de propriété, consubstantielles au sol terrestre, pourraient-elles les régir ? Il faudra bien construire des régimes juridiques adéquats »⁷²³. Trop souvent, les juristes, parce qu'ils travaillent dans l'urgence, sans vision et sans anticipation des besoins et des changements à venir, ne parviennent qu'à résoudre des difficultés immédiates sans perspectives à long terme. Cela a notamment pour grave conséquence de générer des rigidités institutionnelles et réglementaires, dans un contexte qui appelle toujours plus de souplesse, de rapidité et d'efficacité.

Beaucoup de branches du droit, comme le droit des affaires, ont besoin de suivre de près les changements de leur environnement, de répondre de façon appropriée aux nouveaux besoins, et requièrent donc une grande efficacité pour avoir une utilité et même un sens⁷²⁴.

⁷²¹ A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 5.

⁷²² J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 237.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Ainsi, focalisés sur le droit des affaires, les précurseurs de la prospective juridique écrivaient : « Sans doute les hommes qui légifèrent n'ont-ils pas à adopter systématiquement le point de vue des praticiens et hommes d'affaires ;

Instaurer une dynamique de projets

Telle était déjà la vision des fondateurs de la prospective : amener le changement de la société par elle-même, en provoquant une prise de conscience partagée des enjeux posés par l'avenir⁷²⁵. Et Michel Godet de plaider pour une dynamique de projets, écrivant que « la prospective, c'est une société de projets au pluriel, et non un projet de société »⁷²⁶. À l'échelle du droit, une telle dynamique de projets suppose de substituer une vision de long terme à la vision de court terme, ce qui implique de recourir à la prospective mais aussi de résoudre certaines dérives de la démocratie, les élections pouvant difficilement permettre aux long-termistes de l'emporter sur les court-termistes.

Reste que « projet » vient du latin « *pro-jeter* » signifiant jeter en avant, dans un temps à venir, l'image d'un avenir souhaitable. Il est ainsi difficile d'imaginer une dynamique de projets et une société de projets dont la prospective ne serait pas l'une des sciences les plus essentielles.

La nature humaine juridique, source de prévisibilité du droit

Par ailleurs, si, de fait, le monde juridique change, beaucoup de problèmes demeurent substantiellement identiques, se présentant éventuellement sous des formes changeantes, car ils sont liés à un invariant qui est la nature humaine. Les hommes conservent, à mesure que le temps passe, des conduites et des réactions très similaires qui les amènent à générer les mêmes difficultés et à y répondre en des termes proches ou équivalents. Les invariants de la nature humaine sont source de prévisibilité.

Or il existe certainement une nature humaine juridique. Et cette nature humaine juridique est un élément important à étudier et à intégrer dans le cadre de la prospective juridique. Le danger qui menace souvent le prospectiviste est de s'attacher au futur avec l'idée préconçue qu'il sera inévitablement différent du présent et du passé. De ce point de vue,

mais, le plus souvent, ils ne sont guère préparés à le bien comprendre. Il leur manque un ensemble suffisant de données, et la conséquence est fréquemment d'isoler leur travail de la réalité quotidienne du monde des affaires. Porté à multiplier les textes en quête d'éventuelles améliorations, le législateur est même incertain quant à la connaissance ou aux conséquences des règles déjà posées et de leur spécificité. Le risque est alors de méconnaître la souplesse nécessaire au droit des affaires, le besoin de constante adaptation, la cohérence que ce droit devrait avoir. Un mécanisme constitutionnel pesant fera encore que les réactions législatives n'interviendront pas toujours avec la rapidité indispensable » (*ibid.*, p. 236).

⁷²⁵ Ph. Durance, « De l'industrie au développement durable : la prospective en transition », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinette intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 13.

⁷²⁶ M. Godet, « Le plaisir de l'indisciplinette intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinette intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 34.

en même temps qu'il doit être pris en compte par le jusprospectiviste, la tendance au conservatisme des juristes pourrait permettre une prospective juridique plus juste, moins sensationnelle et plus conforme aux réalités — du moins en matière de prospective juridique exploratoire, la prospective juridique stratégique impliquant au contraire une certaine appétence pour le changement et même pour la rupture.

En tant qu'anticipation de l'avenir du droit, la prospective juridique s'attache autant aux nécessités et projets du futur qu'aux forces du passé comme les inerties et les déterminismes. Les besoins du droit en dépendent intimement puisqu'ils ne sont que ce que les hommes et les sociétés décident pour eux-mêmes.

Inerties, déterminismes et habitudes face aux projets d'avenir

Le présent est donc autant le fruit du futur que du passé, l'action étant déterminée par les projets et par les habitudes. C'est aussi de cette manière que se définit la prospective juridique. Cependant, si elle ne se ferme pas au passé, le futur en étant souvent la continuité, en passant par l'instant présent, la prospective juridique s'intéresse en premier lieu au futur du droit — forcément influencé par son passé — ; et cela afin d'agir dans et sur le présent du droit. Mais l'anticipation doit aussi et impérativement être celle des inerties et des déterminismes — on n'est ni totalement libre ni totalement prédéterminé. Il peut être tentant de privilégier, dans l'anticipation, ce qui va changer. Mais c'est bien sûr une erreur que d'oublier de relever ce qui ne va pas changer.

D'aucuns se trompent face à l'avenir parce qu'ils veulent à tout prix le plier sur un lit de Procuste, sur-estimant la vitesse et la quantité des changements et sous-estimant ce qui, venant du passé, sera toujours là dans le futur. Demain n'est jamais absolument différent d'hier et Gaston Berger pouvait convenir que « l'idée même de révolution est une idée dépassée. Les révolutionnaires sont, en effet, aussi peu adaptés que les conservateurs à un univers en accélération »⁷²⁷.

Et d'ajouter :

Ce que nous devons apprendre, ce n'est pas à changer une fois, c'est à nous transformer sans cesse pour être toujours adaptés. Le difficile n'est pas de savoir être grands, mais de savoir grandir. Cessons d'avoir le comportement d'un Bernard l'Ermite, qui passe de coquille en coquille, à travers les crises, pleines de risques, de ses déménagements successifs. A la raideur

⁷²⁷ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective nov.* 1960, n° 6, p. 12.

*de ces paliers discontinus, substituons la souplesse d'une permanente adaptation, seule capable de suivre la rapide cadence de notre progrès.*⁷²⁸

Telle est à la fois la richesse et la difficulté de la prospective juridique : ne valant qu'à l'égard d'un présent déterminé, situé entre un passé et un futur donnés — ce futur étant voué à disparaître —, elle constitue un travail infini, à recommencer continuellement. Bien sûr, il est possible d'envisager une recherche de prospective juridique sur un sujet et à un moment particuliers, mais, en soi, la prospective juridique est un processus continu parce que l'évolution du droit, de ses variables, acteurs et facteurs clés est continue. Par suite, la prospective juridique étant au service de l'action, elle doit permettre, jour après jour, d'adapter du mieux possible le présent du droit à son futur. Et, puisque chaque jour le futur devient le présent, une prospective juridique n'a de sens qu'à condition de ne pas être un travail ponctuel mais de consister en un ensemble de recherches de long terme et suivies.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 13.

Chapitre 2. Analyser le présent du droit

On pourrait retenir l'adage « Le futur dépend de ce que tu fais du présent » ; et convenir que « la prospective se nourrit d'un paradoxe impossible : dessiner l'avenir avec les préoccupations du moment »⁷²⁹. Mais la prospective juridique invite plutôt à considérer que le présent dépend de ce que l'on veut faire du futur. Il s'agit donc de voir le présent du droit avec les yeux du futur — et non le futur du droit avec les yeux du présent.

D'un point de vue proactif, l'objet de la prospective juridique est ainsi d'agir dès maintenant en fonction des enjeux, problématiques, conditions et circonstances à venir. Il s'agit alors de fabriquer et appliquer le droit aujourd'hui (qu'il s'agisse du macro-droit ou d'un micro-droit) non en fonction de données juridiques ou parajuridiques passées ou de données juridiques ou parajuridiques actuelles mais à l'aune de données juridiques ou parajuridiques futures.

La conviction à l'origine de la prospective a été résumée par le philosophe Maurice Blondel : « L'avenir ne se prévoit pas, il se prépare »⁷³⁰. De même pour un jusprospectiviste, l'avenir du droit ne se prévoit pas, il se prépare. Il s'agit moins de prédire le futur visage et le futur contenu du droit que de les concevoir et d'agir afin de les faire advenir. Comme l'observait Gaston Berger, « nous nous attardons à traiter dans tous les détails des questions dépassées, cependant que l'avenir se crée dans le désordre »⁷³¹. Le droit, aujourd'hui surtout, semble répondre tout particulièrement à ce constat. Et Gaston Berger de souligner la « nécessité pressante de remettre en question les formules traditionnelles et la manière de poser les problèmes. Il ne s'agit plus de répondre aux problèmes d'hier, mais de leur substituer les nouveaux problèmes dont la solution s'impose dès que nous regardons au loin et que nous savons où nous voulons aller »⁷³².

⁷²⁹ L. Sfez, « Prospective », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1267.

⁷³⁰ Cité par H. De Jovenel, « Genèse et éthique de la prospective », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une discipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 47.

⁷³¹ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 10.

⁷³² *Ibid.*, p. 9.

Liberté et responsabilité à l'égard du futur : le triomphe du positivisme juridique

La prospective, dans son ensemble, est le résultat d'une grande révolution de la pensée puisque les philosophies longtemps dominantes, imprégnées par la préconception d'un système autorégulé ou régulé par une ou des divinité(s), dont l'homme ne serait qu'un sujet passif⁷³³, ont été subrogées par des philosophies telles que celle des Lumières au sein desquelles l'homme est un acteur qui décide de son devenir⁷³⁴. La fois auparavant accordée à l'autorégulation des systèmes, faisant qu'une « science » du futur ne pouvait être que le fait de devins, a laissé la place à la conscience humaine de la liberté et de la responsabilité⁷³⁵. Cette évolution des mentalités a autorisé la prospective⁷³⁶. En matière juridique, un tel mouvement correspond à l'avènement, en tant que philosophie du droit dominante, du juspositivisme en lieu et place du jusnaturalisme — juspositivisme aujourd'hui concurrencé par le juspragmatisme qui ouvre plus encore la voie à la prospective juridique en attirant l'attention non plus sur les lois et jurisprudences positives mais sur le droit en action, non plus sur la validité mais sur l'effectivité⁷³⁷.

Le droit est néanmoins un domaine dans lequel les hommes ont eu très tôt conscience de leur pouvoir et de leur puissance. Même lorsque le droit naturel dominait les pensées du droit, les hommes avaient à l'esprit leur capacité à orienter, au moins partiellement, le sens des lois, distinguant d'ailleurs le droit positif et le droit naturel. Aussi la prospective aurait-elle pu apparaître à l'initiative de juristes et de politistes plutôt qu'à l'initiative d'économistes et de philosophes — mais tel n'a pas été le cas.

Reste que la prospective juridique conduit, à la suite de Gaston Berger, à « considérer l'avenir [du droit] non plus comme une chose déjà décidée et qui, petit à petit, se

⁷³³ Cf. J. Lesourne, *Les systèmes du destin*, Dalloz, 1976.

⁷³⁴ Cf. J. Lesourne, *Les mille sentiers de l'avenir*, Seghers, 1981.

⁷³⁵ Cf. É. Schweisguth, « La montée des valeurs individualistes », *Futuribles* 1995, n° 200, p. 131 s. « La légitimité des valeurs traditionalistes, écrit l'auteur, est fondée sur un ordre des choses réputé supérieur aux consciences individuelles et que les individus doivent respecter sans pouvoir le remettre en cause, qu'il s'agisse d'un ordre naturel, surnaturel, social, moral ou autre. Ancrées dans la tradition, ces valeurs prônent fréquemment la subordination de l'individu à son groupe d'appartenance et aux autorités établies. Elles prescrivent aux individus des rôles sociaux et des normes de comportement non susceptibles de remise en cause. [...] Le principe de l'individualisme consiste au contraire à subordonner l'ordre des choses aux désirs, aux besoins, à la raison ou à la volonté des individus humains. Les valeurs ne sont pas acceptées comme des données intangibles, mais jaugées à leur niveau d'adéquation à ce qui est considéré comme bon pour les individus. La seule loi de Dieu, de la nature, de la cité ou de la tradition n'est pas légitime en elle-même. C'est en l'individu et en lui seul que réside le principe de ce qui est bon » (*ibid.*, p. 131).

⁷³⁶ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, *Futuribles*, coll. Perspectives, 2004, p. 7.

⁷³⁷ Cf. B. Barraud, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2017.

découvrirait à nous, mais comme une chose à faire »⁷³⁸. Et Bertrand de Jouvenel, autre fondateur de l'école française de la prospective, écrivait dans le même sens que,

*À l'égard du passé, la volonté de l'homme est vaine, sa liberté nulle, son pouvoir inexistant [...]. Le passé est le lieu des faits sur lesquels je ne puis rien. Il est aussi du même coup le lieu des faits connaissables. Alors, au contraire, que l'avenir est pour l'homme, en tant que sujet connaissant, domaine d'incertitude, et pour l'homme, en tant que sujet agissant, domaine de liberté et de puissance.*⁷³⁹

Admettre l'influence de l'avenir sur le présent

Le passé du droit ne doit aucunement être oublié. Il est lourd d'enseignements. Mais il y a déjà de nombreux spécialistes qui l'étudient, qui relèvent ses erreurs, ses faiblesses, ses succès, ses forces. Le futur du droit lui aussi peut être lourd d'enseignements. C'est pourquoi la prospective juridique doit permettre d'agir dans le présent du système, des ordres, des régimes et des normes juridiques à l'aune de ce qu'ils pourraient être et de ce qu'ils devraient être plus tard — en n'omettant pas qu'une bonne connaissance de l'histoire est indispensable à toute anticipation de l'avenir puisque, souvent, l'histoire se répète⁷⁴⁰ ; la prospective reconnaît donc l'immense importance de l'histoire, laquelle a tendance à être cyclique comme les saisons ou l'économie⁷⁴¹.

La prospective juridique peut ainsi se définir tel un ensemble de recherches, de réflexions, de constructions et de propositions visant à éclairer l'action juridique présente à la lumière des futurs possibles et souhaitables du droit. Ainsi conçue, la prospective juridique s'intéresse paradoxalement autant à l'actualité du droit qu'à son avenir ; ou plutôt, si elle s'intéresse au futur du droit, c'est afin d'intervenir dans son présent. Il faut donc admettre que l'avenir influence le présent — ce qui est le cas depuis longtemps, comme en témoigne la théorie de John Maynard Keynes selon laquelle l'épargne s'explique par des projets et/ou des craintes relatifs aux futurs.

Les projets (et craintes) juridiques et politiques expliquent et donnent sens aux actions actuelles. Le présent du monde juridique serait donc la conséquence de ce qu'il s'est passé dans ce monde et dans son environnement par le passé, mais aussi de ce qu'il s'y passera dans le futur. La prospective juridique devient de la sorte le lieu d'épanouissement de

⁷³⁸ G. Berger, « L'attitude prospective », *Prospective* 1958, n° 1, p. 2.

⁷³⁹ B. De Jouvenel, *L'art de la conjecture*, Éditions du Rocher, 1964.

⁷⁴⁰ Cf. D. Bell, *L'historien entre l'ethnologue et le futurologue*, Mouton, 1972. Selon l'historien Georges Santayana, « ceux qui ne reconnaissent pas les erreurs du passé sont condamnés à les répéter » (cité par K. Valaskakis, « La prospective en trois leçons : mon apprentissage personnel », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinette intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 58).

⁷⁴¹ Cf. P. Vendryes, *De la probabilité en histoire*, Economica, 1998.

l'analyse rétrospective : l'avenir est la clé d'explication du présent — et le présent est la clé d'explication du passé⁷⁴².

Réflexion et action juridiques présentes à l'aune du futur du droit

Imaginer l'avenir autrement suppose de changer le présent. La prospective juridique est tout le contraire d'un attentisme juridique ; elle est un activisme juridique, notamment si elle prend la forme d'une « prospective créative » orientant l'action des juristes, légistes, jurisconsultes ou jurislatores⁷⁴³. « Les réflexions prospectives, écrivait Gaston Berger, n'aboutissent pas à des révélations sensationnelles, mais à des recommandations importantes parce qu'elles sont immédiatement applicables. Regarder l'avenir lointain n'est pas rêver et attendre. C'est faire tout de suite ce qui est en notre pouvoir pour le préparer »⁷⁴⁴.

Les hommes, les sociétés et les organisations, ainsi que le droit qui se trouve au carrefour des uns et des autres, s'orientent et agissent en fonction de leurs visions de l'avenir. Il en résulte que la prospective peut jouer un rôle stratégique en faisant évoluer ces visions⁷⁴⁵. Ensuite, il reste à espérer que le souhaitable et le vraisemblable puis le vraisemblable et la réalité se recouvrent ; mais chacun peut agir afin de renforcer la probabilité que tel soit le cas. Et la mission de la prospective juridique est, à l'échelle du droit, en intervenant sur lui et sur ce qui l'entoure et l'influence, de rendre le souhaité plus vraisemblable et le redouté moins vraisemblable.

La prospective est paradoxalement aussi un art du présent : elle est « l'art de jeter la lumière là où le regard du décideur a de l'ombre car, comme l'exprime un proverbe japonais, “c'est au pied du phare qu'il fait le plus sombre” »⁷⁴⁶. La prospective juridique, comme sa grande sœur la prospective, consacre donc le présent comme lieu cardinal de réflexion et d'action⁷⁴⁷. C'est autant le présent du droit que son avenir qu'il s'agit de construire — ou reconstruire. Et, lorsqu'on se fonde sur l'avenir pour agir aujourd'hui,

⁷⁴² Un auteur explique ainsi : « Tourné vers l'avenir, repoussant un déterminisme désuet qui prétendrait expliquer le présent par la seule considération du passé, il m'a paru nécessaire de penser l'avenir pour revenir expliquer le présent. Admirable leçon d'Hegel, qui déclare que les choses sont ce qu'elles adviennent en leur postérité, en sorte que tout savoir est rétrospectif » (Ch. Goux, « La prospective est inhérente à l'homme », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 25).

⁷⁴³ A. Rojey, *La prospective créative – Pour bâtir une vision d'avenir qui oriente l'action*, Vitrac, coll. Management, 2014.

⁷⁴⁴ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 7.

⁷⁴⁵ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 54.

⁷⁴⁶ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 2.

⁷⁴⁷ Ph. Durance, « Penser la rupture », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 377.

l'image qu'on se fait de cet avenir dépend de l'état du présent (ainsi que du passé), si bien que la prospective juridique fonctionne à base de rétroactions du présent sur lui-même — mais elle ne tourne pas pour autant en rond puisqu'elle vise à confectionner un monde juridique le plus désirable possible.

Court, moyen, long ou très long terme

La prospective juridique incite à agir moins qu'on le fait classiquement, en raison des modèles habituels de pensée juridique, à l'aune du passé du droit et davantage à l'aune de son futur — même si c'est toujours dans le présent qu'on agit⁷⁴⁸. Se pose ensuite la question des pas de temps que les jusprospectivistes doivent retenir. Sur ce point, les choix des prospectivistes sont très variables, même si beaucoup se basent sur des données de long ou même très long terme⁷⁴⁹. Il n'en est pas moins possible — et peut-être judicieux — de procéder à des recherches sur le court terme ou sur le moyen terme, c'est-à-dire, pour être concret, à partir de deux à cinq ans.

Cependant, seule l'analyse sur une longue durée permet d'éliminer les « effets de période » et les données contingentes qui ne font que passer, permettant d'appréhender la dynamique profonde des systèmes⁷⁵⁰ et d'« analyser, à l'abri de la tempête, les ressorts profonds de l'évolution »⁷⁵¹. Peut-être une prospective sur 10 ou 20 ans est-elle la plus raisonnable, la plus pertinente⁷⁵². Au-delà de 25 ans, on se rapproche nécessairement de la futurologie⁷⁵³.

⁷⁴⁸ Gaston Berger a décrit les travers des habitudes de pensée et le besoin de prospective en ces termes : « Les procédés les plus fréquemment utilisés pour suggérer ou justifier les décisions entrent généralement dans l'une des catégories suivantes : l'action envisagée invoque un précédent, s'appuie sur une analogie ou repose sur une extrapolation. Précieux pour suggérer des hypothèses, ces comportements ont aussi l'avantage de nous épargner la perte de temps à laquelle nous obligerait la décision peu raisonnable de tout soumettre à l'analyse. Il faut savoir utiliser l'habitude puisqu'elle nous libère des travaux de routine et rend notre esprit disponible pour les inventions indispensables. Mais, dans un monde en accélération, l'habitude voit son domaine légitime se restreindre singulièrement. Le précédent n'est valable que là où tout se répète. L'analogie ne se justifie que dans un univers stable où les causes profondes se trouvent engagées dans des formes extérieures aisément reconnaissables. Quand les transformations sont négligeables ou très progressives, les mêmes ensembles complexes se maintiennent longtemps et les surprises ne sont pas trop à craindre. Mais quand tout change vite, les ensembles se désagrègent... Quant à l'extrapolation, elle se contente de prolonger la tendance actuelle qui n'est que la résultante des causes profondes. Croire que tout va continuer sans s'être assuré que ces mêmes causes continueront à agir est un acte de foi gratuit » (G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 90-91).

⁷⁴⁹ Par exemple, P. Papon, *Bref récit du futur – Prospective 2050, science et société*, Albin Michel, coll. Bibliothèque Sciences, 2007.

⁷⁵⁰ T. Gordon, O. Helmer, « Prospective à long terme », *Bulletin SEDEIS, Futuribles* 1965, n° 38.

⁷⁵¹ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 47.

⁷⁵² Par exemple, M. Halévy, *Prospective 2015-2025 – L'après-modernité*, Dangles, coll. Prospective, 2013.

⁷⁵³ Notamment, P. Schwartz, *The Art of the Long View*, Doubleday Currency, 1991.

En tout cas tout exercice de prospective juridique devrait-il reposer sur des horizons ou dates-butoir (2025, 2030, 2040, 2050, par exemple) — qui peuvent être parfois en même temps des échéances légales. Cela doit notamment permettre aux différents jusprospectivistes étudiant un même objet de faire coïncider leurs scénarios ou calculs de tendances.

La prospective juridique au sens strict — il en va différemment de la prospective juridique au sens large, simplement comprise comme attitude prospective — ne semble pas pouvoir porter sur l'avenir immédiat du droit, *a fortiori* en des temps où les choses évoluent de plus en plus rapidement et de plus en plus radicalement. Comme Gaston Berger l'enseignait,

*L'attitude prospective ne nous tourne pas seulement vers l'avenir. Il faut ajouter qu'elle nous fait regarder au loin. À une époque où les causes engendrent leurs effets à une vitesse qui ne cesse de croître, il n'est plus possible de considérer simplement les résultats immédiats des actions en cours. Notre civilisation est comparable à une voiture qui roule de plus en plus vite sur une route inconnue lorsque la nuit est tombée. Il faut que ses phares portent de plus en plus loin si l'on veut éviter la catastrophe. La prospective est ainsi essentiellement l'étude de l'avenir lointain.*⁷⁵⁴

La prospective est ainsi censée éclairer les juristes en donnant des coups de projecteur sur l'avenir du droit, mais non son avenir le plus proche, qui n'est pas réellement son avenir tant il deviendra très vite son présent, plutôt son avenir à moyen ou long terme. « Voir loin » (10, 15, 20, 30 ou 50 ans) est d'ailleurs l'un des principes des prospectivistes, cela afin de s'extraire véritablement du présentisme, donc des problématiques de court terme non nécessairement décisives pour l'avenir⁷⁵⁵. L'enjeu est de parvenir à se représenter la situation actuelle au travers de sa dynamique temporelle longue. Et ces coups de projecteur visent moins à prévoir ce qui va se passer qu'à agir dans le présent pour décider de ce qui va se passer.

Réhabiliter le temps long

La « bonne » prospective juridique, c'est-à-dire utile aux juristes, aux légistes, aux gouvernants, dégage les évolutions potentielles par rapport auxquelles les décisions et

⁷⁵⁴ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 88.

⁷⁵⁵ Un spécialiste, Thierry Gaudin, travaille même à l'horizon 2100, ce qui est constitué un très long terme (Th. Gaudin, *2100 – Récit du prochain siècle*, Payot, 1990 ; Th. Gaudin, *2100 – Odyssée de l'espèce*, Payot, 1993 ; où l'auteur propose de travailler sur douze programmes planétaires pour le XXI^e siècle). Dans des matières telles que les technologies, par exemple, le rythme des mutations est tel qu'il semble nécessaire de travailler à plus court terme.

pratiques actuelles ont tendance à s'aveugler. Dans un monde juridique marqué par la montée du flou et des incertitudes et par le risque de ruptures de tendances, non seulement à long terme mais aussi à moyen et court termes, l'effort de prospective, de mise en lumière des scénarios les plus probables, paraît plus que jamais bienvenu afin d'éclairer l'action. Une approche préventive, consistant à anticiper les problèmes futurs afin de mieux s'y préparer et d'engager des moyens pour les éviter, est sans doute plus appropriée et plus efficace car, en général, la prévention coûte moins cher que la réparation⁷⁵⁶.

« Plus un arbre met de temps à pousser, moins il faut tarder pour le planter », suggère Michel Godet⁷⁵⁷. Et il n'y a que sur le moyen terme et sur le long terme que l'on dispose d'assez de liberté de manœuvre pour engager de véritables transformations. La prospective juridique pourrait permettre de réhabiliter le temps long contre le court-termisme de plus en plus écrasant. Les textes et pratiques juridiques les plus solides et durables se construisent patiemment, pas à pas, durant des décennies.

Cela s'oppose au rythme de l'action politique et juridique qui, dans un régime démocratique et médiatique contemporain, rend les positions des décideurs (et même certaines institutions) précaires — par exemple, en France, un préfet reste en moyenne 15 mois à son poste, tandis que la réforme constitutionnelle de 2000 a fait passer la durée des mandats des présidents de la République de sept à cinq ans. Ceux qui font et appliquent le droit sont toujours plus intéressés par les réformes qui produiront des effets immédiats et délaissent celles qui produiront des effets sans doute plus solides mais à long terme — sous le règne d'un temps de plus en plus court, dans l'immédiateté des médias, on est surtout préoccupé par ce que l'on pourra annoncer au journal de 20 heures, favorisant sa très prochaine réélection.

*À l'université, une grande place réservée à l'histoire du droit
et très peu de place donnée à la prospective du droit*

Les premiers professeurs à s'être intéressés à la prospective juridique notaient combien, « si les juristes sont restés à l'écart de toute démarche prospective, c'est qu'habituellement certes à situer leurs réflexions dans le temps, c'est seulement vers le passé qu'ils se tournent pour y saisir l'origine et l'explication des institutions d'aujourd'hui »⁷⁵⁸. Cette situation est

⁷⁵⁶ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983, p. 6.

⁷⁵⁷ M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 38.

⁷⁵⁸ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. X.

d'ailleurs consacrée administrativement et institutionnellement puisque, aux côtés du droit privé et du droit public, le Conseil national des universités comprend une section *ad hoc* d'histoire du droit (section 03). Il s'agit d'une « démarche traditionnelle, amplement justifiée, irrécusable donc, mais qui peut et doit être complétée par une analyse plus systématique des perspectives d'avenir, et aussi utilisée à cette fin »⁷⁵⁹.

Dans l'absolu, il ne semble pas moins légitime de s'intéresser au futur du droit que de s'intéresser à son passé. Peut-être même, sous un angle juspragmatiste, le passé n'étant plus à faire, est-il plus judicieux de s'enquérir de l'avenir. Aussi l'habitude de donner une place immense, dans les facultés de droit, à l'histoire du droit et très peu de place à la prospective juridique pourrait-elle subir quelques critiques. Des recherches mais aussi des enseignements de prospective juridique ne pourraient-ils pas contribuer à améliorer les connaissances et les pratiques juridiques ?

Mais encore faut-il insister sur le besoin de bonne vision et compréhension du passé du droit, donc sur le besoin d'histoire du droit — mais surtout d'histoire récente du droit —, pour pouvoir envisager pertinemment son avenir. En ce sens, les premiers jusprospectivistes soulignaient que « les transformations de l'ordre juridique ne peuvent être repérées et comprises qu'à partir de l'héritage qu'elles modifient, mais sur lequel elles sont fondées. À l'évidence, la prospective ne peut mieux assurer ses conjectures qu'en dominant sérieusement le présent par une sérieuse approche du passé »⁷⁶⁰. Le passé du droit influence le futur du droit, rendant fort importante l'histoire du droit qui permet de comprendre son actualité et de préparer son avenir. La prospective juridique doit donc également prêter attention à l'histoire du droit.

Vénération du droit positif et oubli du droit prospectif

Gaston Berger, au milieu du XXe siècle, dressait le constat suivant : « Chacun continue à vivre sur des idées vieilles de quatre ou cinq générations. On présente, au milieu du XXe siècle, des revendications qui correspondent à des situations du XIXe. On esquisse même, avec les moyens de 1960, des révolutions qui auraient eu un sens vers 1830 »⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 4. Et les premiers jusprospectivistes d'ajouter que « l'histoire, apportant une profondeur particulière au champ d'investigation, aide à mieux définir les symptômes, à éclairer les causes et déjà, par là même, à entrevoir au moins ce qu'il faudrait éviter, sinon vraiment les bases de quelques remèdes » (J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 235).

⁷⁶¹ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 12.

Dire que le droit, au début du XXI^e siècle, serait dans une même situation serait sans doute excessif. Il n'en paraît pas moins, dans nombre de ses dimensions, se tourner plus souvent vers son passé que vers son avenir, se reposer sur ce qui a été fait et chercher à le conforter plutôt que d'imaginer ce qu'il reste à construire et les moyens d'y parvenir. À bien des égards et dans de nombreuses situations, les juristes vénèrent le droit positif et délaissent le droit prospectif. La *lex lata* l'emporte outrageusement sur la *lex feranda*. On estime qu'il n'appartiendrait pas aux juristes, bien qu'ils soient les meilleurs connaisseurs du droit, de ses forces et de ses faiblesses, de s'enquérir du droit tel qu'il pourra être ni du droit tel qu'il devra être.

La prospective juridique, en tant que potentielle nouvelle branche de la recherche juridique, invite ces juristes à opérer un saut quantique et à ne plus s'imaginer être les gardiens des lois, jurisprudences et usages existants et applicables, mais plutôt des ouvriers du droit œuvrant chaque jour à sa construction, à son adaptation, parfois même à ses révolutions nécessaires. Comme l'a écrit Paul Valéry, « nous abordons l'avenir à reculons ». La prospective juridique oblige au contraire à regarder l'avenir du droit en face, à l'affronter plutôt que l'esquiver, à le saisir dans sa nature originale (inexistant et évanescent mais inéluctable) et à lui appliquer des méthodes particulières, incomparables à celles des sciences des droits positif et passé.

Certainement, dans le monde des juristes, le futur est-il un « choc »⁷⁶² et engager des recherches relatives aux droits en devenir, vouloir explorer des avenir multiples, indéterminés et incertains, n'est-il ni naturel ni stimulant au premier abord. Une fois ce « choc » absorbé, une fois l'étonnement des débuts passé et les oppositions spontanées surmontées, il faut cependant gager que la prospective juridique pourrait donner lieu à des travaux riches d'enseignements. Rien ne saurait justifier que les juristes n'aient pas eux aussi des conduites d'anticipation⁷⁶³ ; et l'objet de la prospective juridique est de permettre à ces conduites d'être moins aléatoires et maladroites en éclairant les futurs possibles et souhaitables du monde juridique.

Par suite, parce que les jusprospectivistes doivent aussi envisager leur office tel un activisme juridique, tourné vers le droit en action, vers le droit en construction, leur démarche doit être guidée par une quête de scientificité, lorsqu'ils recherchent les futurs droits possibles, mais aussi par des considérations axiologiques et critiques, lorsqu'ils se demandent lequel de ces droits possibles serait le « meilleur droit ».

⁷⁶² Réf. à A. Toffler, *Le choc du futur*, Denoël, 1974.

⁷⁶³ Cf. Ph. Gabilliet, *Les conduites d'anticipation – Des modèles aux applications*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2008.

Chapitre 3. Interroger les fins du droit

La pluralité de l'avenir du droit et la liberté des humains, individuellement et surtout collectivement en formant société, s'expliquent mutuellement : le droit du futur sera une construction humaine et sociale, un choix humain et social, le fruit d'une volonté humaine et sociale. Même lorsque des déterminismes et des inerties existent, ceux-ci sont des produits humains et sociaux — mais inconscients et involontaires. C'est pourquoi l'avenir du droit n'est pas écrit et reste à faire ; et la conscience de cette situation est ce qui doit guider le jusprospectiviste.

La démarche prospective admet qu'à tout instant l'avenir est multiple et que c'est de la confrontation des différents acteurs en présence et de leurs projets que naîtra tel ou tel futur⁷⁶⁴. Or le jusprospectiviste n'est pas un spectateur passif devant cette situation ; il en est un acteur, une partie prenante. C'est parce qu'à tout instant plusieurs futurs du droit demeurent possibles que l'avenir du droit est incertain. Cela implique de choisir un futur désirable et d'œuvrer afin qu'il se réalise, qu'il advienne, donc qu'il triomphe des autres futurs possibles.

Or, pour ainsi aspirer à ce que le droit prenne une forme et un fond donnés, il faut être mu par certaines valeurs. De ce point de vue, et très paradoxalement, la prospective juridique se rapproche des modes d'appréhension du droit des jusnaturalistes — la différence, essentielle toutefois, est que le jusprospectiviste considère que le droit est et sera entièrement une construction humaine et sociale, loin d'être ambiant dans la nature ou d'être dicté par quelque force surnaturelle ou spirituelle. Dans son volet stratégique, la prospective juridique s'accompagne donc de nécessaires considérations axiologiques et ressemble alors à la politique juridique, bien qu'elle doive pour sa part s'appuyer sur des travaux préalables de prospective juridique exploratoire et être critique, donc non radicalement subjective mais modérément subjective, consistant davantage en un jugement objectif.

⁷⁶⁴ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* 1983, p. 6.

Le finalisme de la prospective juridique

La prospective juridique se traduit par « la recherche d'actions à longue portée propres à rendre ce qui sera le présent de nos successeurs meilleur qu'il n'eût été sans elles »⁷⁶⁵. Ainsi faut-il se placer dans les pas de Gaston Berger et considérer qu'être prospectif

*Revient à juger ce qu'aujourd'hui nous sommes à partir de l'avenir, au lieu de faire la démarche inverse, qui est la démarche courante, et qui vise à décider de l'avenir d'après ce que nous sommes actuellement. Les fins deviennent alors plus importantes que les moyens. Elles ne sauraient sans doute nous dispenser de les mettre en œuvre, mais elles leur commandent et, si cela est nécessaire, elles les suscitent.*⁷⁶⁶

La prospective en général et la prospective juridique en particulier constituent donc des finalismes, c'est-à-dire des systèmes de pensée qui admettent la finalité comme principe d'explication des phénomènes. Par opposition au mécanisme, il s'agit d'accepter l'existence de causes finales comme origine de toute chose⁷⁶⁷. Mais ces causes sont humaines et sociales, non attachées à quelque intention naturelle ou surnaturelle. Simplement s'agit-il de comprendre que les actes individuels et collectifs sont ce qu'ils sont parce que les hommes et les sociétés qu'ils forment poursuivent des buts déterminés. Le jusprospectiviste ne doit pas verser dans la spéculation ni dans la métaphysique. Son finalisme peut parfaitement aller de pair avec son pragmatisme⁷⁶⁸.

Sénèque, dans ses *Lettres à Lucilius*, écrit qu'« il n'est pas de vent favorable pour celui qui ne sait où il va ». Cela montre combien la prospective juridique n'a de sens que pour celui qui est animé par une intention, donc motivé par une certaine conception du droit, de son rôle, des buts qu'il doit poursuivre, de sa fonction sociale et de son contenu idéal. L'exercice du pouvoir politique, qui est la source première et essentielle du droit, suppose « l'existence d'une raison motrice, d'un système d'idées et de valeurs en vertu duquel nous sommes capables de définir un objectif, de nous forger une vision d'un futur

⁷⁶⁵ B. De Jouvenel, *Arcadie – Essais sur le mieux-vivre*, SEDEIS, coll. Futuribles, 1968, p. 275 (cité par J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8).

⁷⁶⁶ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 3.

⁷⁶⁷ En tant que doctrine provenant de l'Antiquité gréco-romaine, et que l'on retrouve par exemple chez Aristote, la téléologie vise l'explication des phénomènes par l'intervention d'une cause finale (le *telos*) : un phénomène A sera expliqué par la nécessité d'une cause finale postérieure B (le *telos*). La téléologie s'oppose à la vision mécaniste de l'explication des phénomènes, notamment au sein des sciences du vivant et de la cybernétique. Ces dernières inventèrent la notion de téléonomie (caractère nécessaire mais non intentionnel) dans les années 1960 pour intégrer des lois mécaniques donc scientifiques dans le concept de finalisme.

⁷⁶⁸ Cf. E. D'Hombres, E. Gabellieri, Ph. Durance, dir., *Gaston Berger – Humanisme et philosophie de l'action*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2012.

souhaitable »⁷⁶⁹. Simplement, mais fondamentalement, l'ambition du jusprospectiviste est d'œuvrer à un monde juridique meilleur en rendant le souhaitable plus probable. Si ce monde connaît des inadaptations, des travers, des manques, l'enjeu est que son avenir ne prolonge pas son passé et son présent mais présente un visage différent. C'est pourquoi il faut agir aujourd'hui en fonction de cet avenir. Demain doit prolonger aujourd'hui en ce qu'il a de meilleur et rompre avec aujourd'hui en ce qu'il a de pire — tel est peut-être l'enseignement moral simpliste mais incontestable de la prospective⁷⁷⁰.

La volonté humaine est capable d'influencer le futur du droit de façon à favoriser ce qui est le plus désirable dans le système et les normes juridiques ; et cette capacité fonde une obligation morale de réfléchir à ce futur du droit et à ses trajectoires possibles. Tout cela semble légitimer une prospective juridique ; et légitimer une prospective juridique stratégique reposant sur les données fournies par la prospective juridique exploratoire.

Être jusprospectiviste : avoir un projet pour le droit

Les pères fondateurs de la prospective se sont accordés sur la primauté des fins par rapport aux moyens et Bertrand De Jouvenel expliquait dans le même sens :

Je suis tenté de comparer la projection de l'image « là-bas » au jet de la corde de l'alpiniste qui s'accroche « là-haut » : dans l'un et l'autre cas, il y a d'abord lancement, grâce à quoi, ensuite, l'acteur se dirige vers le point d'accrochage. Il y a pourtant cette différence que le point fixe du grimpeur existe objectivement et lui fournit une aide concrète, tandis que le projet formé n'existe que subjectivement et fournit seulement un excitant moral. Puisque j'ai risqué cette métaphore, j'en userai encore pour comparer « l'intention » à la corde tendue grâce à quoi l'alpiniste se hale vers son but. C'est par la force de l'intention qu'il a des chances de réaliser son projet : in tendere, c'est tendre, se tendre, faire effort vers un but.⁷⁷¹

Pas de prospective juridique sans intention sous-jacente, sans fins derrière elle pour la pousser, lui permettre d'avancer, lui indiquer la direction, lui donner un sens. Un jusprospectiviste ne saurait se borner à être un scientifique étudiant objectivement et empiriquement les droits du futur, se contenter de travaux de prospective juridique exploratoire. Toute recherche en prospective juridique semble donc s'appuyer sur une réflexion quant aux fins — mais celle-ci est souvent implicite tant, parfois sans même s'en rendre compte, tout juriste mène forcément une telle réflexion. Ce qui définit le jusprospectiviste est qu'il a un projet pour le droit, qu'il est proactif. C'est pourquoi il

⁷⁶⁹ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 39.

⁷⁷⁰ Notamment, J. Fourastier, *Essais de morale prospective*, Gonthier, 1966.

⁷⁷¹ B. De Jouvenel, *L'art de la conjecture*, Éditions du Rocher, 1964, p. 58.

paraît difficile d'envisager la prospective juridique exploratoire sans la prospective juridique stratégique qui en est le prolongement naturel. Le jusprospectiviste remet les fins et les valeurs au centre des activités, des pratiques et des décisions juridiques, contre le positivisme-scientisme-technicisme dominant. Être prospectif, c'est avoir « l'idée de la construction volontariste d'un plan d'actions pour provoquer les changements souhaités et la réalisation d'un projet »⁷⁷².

« Penser à l'Homme » : éclairer l'action à l'aune de l'intérêt général et universel

Au moment de fonder l'école française de la prospective, Gaston Berger a affirmé qu'un de ses principes directeurs devait être « penser à l'Homme »⁷⁷³, c'est-à-dire faire de l'amélioration de la condition humaine le grand objectif de la prospective. Cette dernière, pour Gaston Berger et ses continuateurs, doit ainsi éclairer l'action non à l'aune d'intérêts particuliers, d'entreprise ou même d'État, mais à l'aune de l'intérêt général et universel. C'est en cela que la prospective peut se comprendre tel un courant de pensée humaniste procédant de la philosophie des Lumières. Elle doit donc aller très au-delà de la simple identification scientifique des futurs possibles ; sa tâche est de s'élever contre ceux de ces futurs qui pourraient être défavorables aux hommes et défendre celui pouvant le plus profiter à l'humanité.

Critique, la prospective s'oppose toutefois à tous les dogmatismes et ne saurait être dogmatique elle-même. Elle accepte toutes les valeurs, si ce n'est sans les juger, du moins sans les exclure. « Penser à l'Homme » est une invitation, non une obligation ; et il existe des prospectivistes qui mettent leur expertise au service d'intérêts corporatistes ou au service d'une entreprise ou même d'une personnalité donnée, se souciant dès lors peu de l'intérêt général et universel.

Saisir les problèmes juridiques par les fins et non par les moyens

Dans les organisations, on se préoccupe généralement des moyens puis on leur recherche des fins. En d'autres termes, on se satisfait d'obtenir quelque-chose de matériel et, ensuite,

⁷⁷² Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XIV.

⁷⁷³ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 92. Le philosophe expliquait ainsi que « la prospective ne s'attache qu'aux faits humains. Les événements cosmiques ou les progrès de la technique ne l'intéressent que par leurs conséquences pour l'Homme. Nous ne prétendons pas que l'Homme soit "la mesure de toutes choses". Dans les études prospectives, c'est lui, du moins, qui donne l'échelle » (*ibid.*).

on lui trouve une utilité quelconque, plus ou moins réelle et plus ou moins artificielle. Il faudrait, à l'inverse, commencer par se fixer des objectifs précis puis rechercher les moyens de les réaliser. De même concernant le droit positif qui devrait répondre à des fins préétablies, on ne saurait se satisfaire de régimes juridiques construits sans suivre une ligne directrice forte mais à mesure d'interventions ponctuelles, sans cohérence d'ensemble. Un jusprospectiviste doit donc saisir les problèmes juridiques par les fins et non par les moyens, afin de permettre au droit de gagner en puissance axiologique.

Gaston Berger allait jusqu'à écrire que « le véritable but de la pensée n'est pas de voir plus loin, mais de voir plus neuf et plus profond, et une telle vision est en même temps amour »⁷⁷⁴. Ce serait donc jusqu'à l'amour (de l'Homme, de la Société) qui devrait guider le prospectiviste. En tout cas le rôle du jusprospectiviste semble-t-il aller bien au-delà de l'activité scientifique d'anticipation des futurs du droit possibles : s'adonner à la critique constructive des décisions et des activités au départ de réflexions sur les finalités de l'action juridique et sur les valeurs juridiques essentielles.

La prospective juridique se rapproche dès lors du pragmatisme juridique en ce qu'elle s'enquiert des décisions et actes efficaces ; mais efficaces seulement afin d'atteindre les finalités poursuivies. Reste que, si la prospective juridique se préoccupe des fins du droit, les moyens de les concrétiser l'intéressent également et les fondateurs de la *Revue de droit prospectif* pouvaient convenir que « la recherche prospective est une continuelle marche en avant de l'esprit vers l'inconnu pour tenter de définir un "idéal concret" et les moyens d'y parvenir »⁷⁷⁵.

Les utopies juridiques

La prospective juridique pourrait même faire usage d'utopies juridiques⁷⁷⁶. En grec, « *utopia* » signifie « nulle part » ; c'est un « pays qui n'existe pas »⁷⁷⁷. Une utopie juridique permet, en jouant sur le contraste par rapport au droit tel qu'il est aujourd'hui, de montrer ce qui devrait être et qui n'est pas dans le monde juridique. Il a déjà été démontré à quel point certaines utopies inexprimées mais répandues dans le corps social ou

⁷⁷⁴ Cité par Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 123.

⁷⁷⁵ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

⁷⁷⁶ L'utopie est un concept inventé par Thomas More au XVIe siècle afin de critiquer les pratiques de son temps (Th. More, *L'Utopie* (1517), Flammarion, 1987).

⁷⁷⁷ Ph. J. Bernard, *De l'utopie moderne et de ses perversions*, Puf, 1997.

politique ont été des « moteurs de l'histoire »⁷⁷⁸. Les utopies juridiques pourraient-elles constituer le moteur de l'histoire juridique ? C'est en tout cas le pari que les jusprospectivistes font lorsqu'ils s'arrêtent sur un droit futur plus que tout autre souhaitable.

Des dystopies juridiques, visions d'un monde du droit dans lequel tout se passerait mal, pourraient également être utilisées. Mais mieux vaut sans doute agir dans le but de faire advenir un futur souhaitable plutôt qu'agir afin de ne pas faire advenir un futur détestable.

La détermination la plus objective du futur souhaitable

Dans le cas de la politique juridique, le juriste affirme de manière péremptoire et faiblement motivée qu'une conception du droit serait « meilleure » que les autres. Ce n'est pas ainsi que le jusprospectiviste travaille. Il doit être capable de se mettre à la place du groupe, d'adopter le point de vue de la collectivité des juristes, car ce en vue de quoi il œuvre, ce n'est pas le futur préférentiel en son for intérieur, sous l'angle de sa subjectivité partielle et contestable, mais le futur préférentiel le plus objectif possible. Le déterminer suppose donc, non une brève réflexion personnelle, mais plutôt la consultation des acteurs, parties prenantes et personnes intéressées, ainsi qu'un effort d'objectivité — sans ignorer que cette objectivité n'est qu'une subjectivité consciente d'elle-même, une subjectivité éclairée et canalisée. Dans l'idéal, le jusprospectiviste devrait parvenir à révéler le choix d'un futur du droit souhaitable opéré de manière collective au sein de l'organisation, à l'aune de ses forces et faiblesses et des défis qui se posent et se poseront à elle.

On pourrait craindre, étant donnée la domination dans les facultés de droit et, plus généralement, dans la pensée juridique contemporaine du positivisme et du normativisme kelsénien, que le droit soit plus que tout autre domaine touché par la « crise des fondements »⁷⁷⁹. Or on ne va jamais très loin lorsqu'on n'a pas de but. Les premiers jusprospectivistes pouvaient affirmer que « la volonté, moteur de l'action, doit être motivée, tendue vers un but à atteindre. C'est le rôle de la Prospective de fixer des buts »⁷⁸⁰. Peut-être l'essor de la prospective juridique pourrait-il aider à limiter les dérives du scientisme-technicisme juridique, qui fait que beaucoup de juristes conçoivent leur

⁷⁷⁸ Cf. J. Attali, M. Riot-Sarcey, A. Touraine et alii, *Les Utopies, moteurs de l'histoire – Les rendez vous de l'histoire*, Pleins feux, 2001.

⁷⁷⁹ Réf. à G. Poirié, *La crise des fondements*, Institut stratégique comparé, 1994.

⁷⁸⁰ J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 3.

travail comme consistant uniquement à comprendre, décrire et expliquer les lois et jurisprudences positives.

Idéalement, les prospectivistes du droit pourraient se structurer en organisation indépendante exerçant un rôle de contre-pouvoir, de critique et de proposition afin de ne pas abandonner les choix et les grandes orientations à des instances politiques souvent peu respectueuses de l'intérêt général et de l'avenir à moyen et long termes. En tout cas leur office est-il bien d'agir ou, plutôt, de faire agir ; et faire agir afin d'atteindre des objectifs humanistes, protecteurs de l'intérêt général et universel à moyen et long termes.

Humanisme et philosophie de l'action se marient ainsi dans la prospective⁷⁸¹. Or le droit est le premier des moyens d'action des hommes et des sociétés afin de se réguler et poursuivre, ensemble, cet intérêt général et universel. Cela semble justifier le besoin de prospective juridique. Sous l'angle des fins servant de guide aux prospectivistes, la prospective juridique pourrait être la plus importante de toutes les branches de la prospective.

⁷⁸¹ Cf. E. D'Hombres, E. Gabellieri, Ph. Durance, dir., *Gaston Berger – Humanisme et philosophie de l'action*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2012.

Chapitre 4. Éclairer les activités du droit

Michel Godet distingue trois attitudes face à l'incertitude et aux potentialités de l'avenir : passive (subir le changement), réactive (attendre le changement pour réagir dans l'urgence en n'ayant plus le choix) et prospective dans le double sens de la pré-activité et de la pro-activité. « La préactivité, écrit-il, c'est se préparer aux changements anticipés, alors que la pro-activité, c'est agir pour provoquer les changements souhaités »⁷⁸². Ce qui caractérise la prospective juridique est ainsi le fait d'être au service de l'action juridique et, nécessairement, au service de l'action politique — même si tous les actes juridiques ne sont pas politiques et si tous les actes politiques ne sont pas juridiques. Tel est le cas même lorsqu'on envisage la prospective comme un mode de pensée, comme une philosophie, car il s'agit alors d'un mode de pensée de l'action, d'une philosophie de l'action.

Appliquée au droit, la prospective sert et favorise le droit en action, c'est-à-dire la préactivité juridique — afin de se préparer aux changements du droit et en tirer parti en élaborant les scénarios des futurs possibles et en réduisant les incertitudes et le flou — et la proactivité juridique, afin de provoquer certains changements du droit, favoriser l'avènement d'un futur souhaité. Dans ce dernier cas, les expressions « volontarisme juridique » ou « activisme juridique » pourraient même être utilisées. Alors que les ouvriers du droit, des juges aux jurislatoeurs, interviennent souvent de manière réactive et urgente, quand ils ne demeurent pas passifs face à certains événements ou phénomènes que le droit devrait pourtant saisir, stopper ou réorienter, la prospective juridique a vocation à renforcer les importances respectives de la préactivité juridique et de la proactivité juridique.

Parce que tout ne peut pas être anticipé et parce que tout ce que l'on veut ne peut pas devenir réalité — prendre ses désirs pour des réalités est un travers dangereux —, il faut, pour que l'anticipation éclaire l'action, un savant mélange de réactivité, de préactivité et de proactivité. La réactivité est inévitable car l'incertitude est inévitable y compris en droit,

⁷⁸² M. Godet, *De l'anticipation à l'action*, Dunod, 1991, p. 13.

quels que soient les efforts jusprospectifs qu'on déploie. Ensuite, tout juriste, et notamment le jurislatureur qui produit le droit, devrait associer l'attitude préactive de l'assureur, qui anticipe des avènements possibles sans être certains et s'y prépare, et l'attitude proactive de l'entrepreneur, qui innove afin d'atteindre certains objectifs qu'il s'est donné, provoquer des changements souhaités⁷⁸³. L'innovation juridique, légistique en premier lieu, est un des grands enjeux du droit du XXI^e siècle⁷⁸⁴. Le droit et ses acteurs se reposent peut-être encore trop sur des formes et des procédures du passé, inadaptées au monde flexible et global d'aujourd'hui.

Qu'on se souvienne du savant Louis Pasteur qui disait que « le hasard ne favorise que les esprits bien préparés »⁷⁸⁵. Or les juristes ne sont sans doute pas ceux qui doivent le moins préparer leurs esprits à l'avenir, qu'il s'agisse de l'avenir du droit en tant que tel, dans ses formes et dans ses contenus, ou de l'avenir de son environnement proche ou même lointain — le droit est un rouage cardinal du système global du monde. Si, parmi tous les droits possibles, l'un d'entre eux est plus que les autres souhaitables — et tel est forcément le cas, malgré la relativité de ce droit préférentiel —, il devient important d'adopter les dispositions d'esprit et les comportements permettant de rendre ce souhaitable plus probable. Aussi, entre la préactivité et la proactivité, est-ce cette dernière qui constitue la posture prospective par excellence — alors que la passivité et la réactivité ne sont guère des attitudes prospectives mais, au contraire, celles contre lesquelles la prospective lutte.

Rendre les actes juridiques plus efficaces

« Le temps, selon Gaston Berger, n'est pas cette sorte de substance continue et fluide qui s'écoulerait régulièrement et le long de laquelle se déposeraient les événements. Pour l'homme, passé et futur n'ont de sens concret, de sens humain, que lorsque nous les rapportons à notre action : le passé, c'est ce qui est fait, l'avenir, c'est ce qui est à faire »⁷⁸⁶. Ainsi, et bien qu'on puisse en douter au premier abord dès lors que la prospective est tournée vers le futur, rien ne paraît plus intimement lié à cette prospective que l'action — une action présente déterminée par un ou des avenir(s)⁷⁸⁷. La prospective

⁷⁸³ Cf. Th. Gaudin, *De l'innovation*, Éditions de l'Aube, 1998.

⁷⁸⁴ A. Flückiger, *(Re)faire la loi – Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Stämpfli, 2019.

⁷⁸⁵ Cité par M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durand, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 31.

⁷⁸⁶ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 1.

⁷⁸⁷ Notamment, A.-C. Decouflé, « Prévision, prospective et action », in *Les sciences de l'action – Théorie et pratique*, Les encyclopédies du savoir moderne, 1974 ; M. Godet, *From Anticipation To Action – A Handbook of Strategic Prospective*, Unesco Publishing, coll. Future-oriented Studies, 1994.

est donc proche du pragmatisme et la prospective juridique proche du pragmatisme juridique⁷⁸⁸.

En ce sens, Gaston Berger enseignait encore que « la prospective ne vise pas à satisfaire notre curiosité, mais à rendre nos actes plus efficaces. Elle ne veut pas deviner, mais construire. Ce qu'elle préconise, c'est une attitude pour l'action. Se tourner vers l'avenir, au lieu de regarder le passé, n'est donc pas simplement changer de spectacle ; c'est passer du "voir" au "faire". [...] L'avenir est affaire de volonté. Prendre l'attitude prospective, c'est se préparer à faire »⁷⁸⁹. L'objectif du jusprospectiviste est de rendre les actions juridiques plus prudentes car mieux éclairées, les rendre plus fécondes, plus productives. Il ne s'agit pas de rendre la critique plus acerbe. La critique elle-même n'est pas une fin mais un moyen au service de l'action. Les effets réels des créations et applications juridiques doivent être conformes ou quasi-conformes à ceux qui étaient espérés.

« Science de l'action et de l'antifatalité »⁷⁹⁰ et en même temps « philosophie de l'action et philosophie en action »⁷⁹¹, la prospective considère que « ce qui est à faire est plus important que ce qui est déjà fait »⁷⁹². Les juristes s'attachent habituellement au droit qui est déjà fait, afin de le comprendre et l'expliquer, plus rarement le critiquer, et délaissent le droit qui est à faire, considérant que ce ne serait ni un objet scientifique ni un objet juridique — car politique. Mais le droit d'aujourd'hui sans le droit de demain n'est que peu de choses, tandis que le droit sans la politique n'est rien, et inversement. Si l'on peut sans peine distinguer une science juridique et une science politique, se pose la question de savoir qui doit se saisir du contenu du droit tel qu'il reste à écrire ou à modifier (aucune, les deux, l'une des deux ?). La science politique ne saurait s'intéresser au contenu du droit, *a fortiori* lorsqu'il appartient à un futur incertain. En revanche, la science juridique peut s'en préoccuper ; et la prospective juridique la presse de le faire, même si elle conçoit que la science juridique ainsi conçue perd de sa scientificité et se rapproche de la politique juridique — qui n'est aucunement scientifique.

⁷⁸⁸ Cf. B. Barraud, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2017.

⁷⁸⁹ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 1.

⁷⁹⁰ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* 1983, p. 6. Gaston Berger écrivait ainsi que « peut-être fallait-il que l'homme développât sa puissance jusqu'au point où il l'a aujourd'hui portée, pour s'aviser que l'avenir n'est ni un mystère absolu, ni une fatalité inexorable. Bergson avait bien compris que l'accroissement de notre pouvoir sur la nature est susceptible de modifier notre conscience du temps. [...] Alain écrit : "Tant que l'on n'a pas bien compris la liaison de toutes choses et l'enchaînement des causes et des effets, on est accablé par l'avenir". La prospective est attentive aux causes. Ainsi nous libère-t-elle du fatalisme » (G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 87 et 92).

⁷⁹¹ Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPPI* 2016, n° 1.

⁷⁹² G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective* 1960, n° 6, p. 2.

S'attacher à l'aspect volontaire d'un droit en construction permanente

Le déterminisme ne résiste pas à la détermination. L'avenir en général et l'avenir juridique plus encore sont les produits de la volonté des hommes et des organisations. Chacun peut agir et, agissant, influencer le futur, donc prendre en mains son avenir. Y compris le futur du droit est un mille-feuilles de pages presque blanches, dont certaines seulement sont grisées par l'héritage du passé⁷⁹³ — certes lourd en droit puisque constitué de toutes les lois et jurisprudences non abrogées et non désuètes, ainsi que de tous les usages dans et hors des facultés de droit. Une prospective juridique qui virerait à la prédiction du futur du droit serait donc une imposture ou, du moins, une entreprise très spéculative et aléatoire. La véritable prospective juridique affirme que l'avenir du droit est ouvert et qu'il appartient à chacun, à son échelle et en fonction de ses moyens, de travailler à son élaboration, donc de s'inscrire dans une optique de droit en action, de droit en construction permanente. La prospective juridique permet au juriste et à tous ceux qui touchent au droit de prendre conscience de leur capacité à réaliser leurs projets malgré ou grâce à l'incertitude du lendemain⁷⁹⁴.

On souligne souvent la difficulté tenant à la séparation des acteurs et des penseurs du droit : les acteurs du droit sont sur-sollicités et agissent dans la précipitation ; les penseurs du droit prennent le temps de définir et analyser leur objet mais ne sont que rarement appelés à agir, donc à faire, directement ou indirectement, le droit. La prospective juridique, conception pragmatique du droit, vise à réconcilier acteurs et les penseurs du droit en mettant les uns au service des autres et les autres au service des uns.

En définitive, toute recherche de prospective juridique ne servant pas, en tout ou partie, l'action juridique devrait être écartée⁷⁹⁵. Si l'avenir du droit est le fruit du hasard, de la nécessité et de la volonté⁷⁹⁶, les hommes ne pouvant intervenir sur le hasard ni sur la nécessité qui sont contingents et incertains — mais pas imprévisibles pour ce qui est de la nécessité —, la prospective juridique se concentre sur l'aspect volontaire de l'avenir du droit et cherche à rendre la volonté juridique la plus pertinente et légitime possible.

⁷⁹³ Notamment, M. Godet, *L'avenir autrement*, Armand Colin, 1991.

⁷⁹⁴ En ce sens, Ph. Durance, « De l'industrie au développement durable : la prospective en transition », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une discipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 12.

⁷⁹⁵ En ce sens, J. Lesourne, « De la réflexion à l'action », *Futuribles* déc. 1983.

⁷⁹⁶ Notamment, Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, 2011.

Éclairer les prises de décisions des hommes de droit

« Quand il y a urgence, c'est qu'il est déjà trop tard », aurait dit Talleyrand⁷⁹⁷. La mission de la prospective juridique est de permettre aux acteurs et décideurs du droit d'agir à temps et non dans l'urgence, ainsi que de façon pertinente plutôt qu'à tâtons ou à l'aveuglette. L'avenir se construit et l'anticipation doit servir l'action concrète, donc aboutir à des prises de décisions effectives⁷⁹⁸. Et ces prises de décisions ne sont libres que lorsqu'elles ont été suffisamment préparées⁷⁹⁹. Michel Godet prévient : « La bonne prévision n'est pas celle qui se réalise, mais celle qui mène à l'action, donc je me sens acteur et j'essaye d'alerter les dirigeants »⁸⁰⁰. Le prospectiviste serait donc comme la vigie du Titanic : son ambition n'est pas de dire qu'on a percuté l'iceberg mais d'annoncer le risque pour le contourner, éviter la collision en permettant au capitaine de prendre à temps les décisions qui s'imposent dès lors qu'il voit suffisamment loin et clair devant le paquebot.

Telle est également la mission du jusprospectiviste à l'égard des décideurs et de tous les acteurs juridiques au sens le plus large. Le grand projet de Gaston Berger, que la prospective juridique entend mener à l'échelle du monde du droit, était de réconcilier la sagesse et la puissance, donc le philosophe et le décideur, le penseur et l'acteur, l'expert et le politique. Les mieux informés ne seraient que rarement les plus concernés, et vice versa ; c'est contre ce travers que la prospective juridique entend réagir.

Gaston Berger, dès ses textes fondateurs de la prospective, décrivait la situation suivante :

Un grand nombre de nos organisations privées et la plupart de nos administrations publiques sont dépourvues des moyens d'information, de prévision et de préparation des décisions qui leur seraient indispensables. On fait des efforts désespérés pour accroître la puissance du moteur qui nous entraîne, mais on néglige de régler les phares et l'on ne veut pas faire les frais d'un essuie-glace, qui permettrait d'y voir clair par tous les temps... Écrasés par des besognes mineures, les chefs prennent sur leur sommeil le temps d'une réflexion hâtive. On ne sait pas très bien où l'on va, mais on y va vite. On demande aux bureaux pris par les affaires courantes et aux savants pris par leurs enseignements et par leurs recherches d'élaborer les réformes par

⁷⁹⁷ Cité par Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1.

⁷⁹⁸ Notamment, P. Gabiliet, *Les conduites d'anticipation – Des modèles aux applications*, L'Harmattan, 2008.

⁷⁹⁹ « Tomber sous l'empire de la nécessité est la conséquence de l'imprévoyance, décrit Hugues De Jouvenel. Le moyen qu'il n'en soit pas ainsi est de prendre conscience des situations en formation quand elles sont encore modelables, avant qu'elles n'aient pris une forme impérieusement contraignante. Autrement dit, sans activité prévisionnelle, il n'y a pas de liberté de décision : les décideurs sont acculés à gérer les urgences, ne disposant en l'occurrence guère de liberté d'action » (H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 33).

⁸⁰⁰ M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 38.

*surcroît. Pour utiliser l'heureuse expression d'un ingénieur, on fait réparer la gare par ceux qui assurent la marche des trains.*⁸⁰¹

Il y aurait donc un décalage — et bien souvent il s'avère difficile de contester que tel soit le cas — entre la réalité des données des problèmes et la conscience qu'en ont ceux qui ont le pouvoir de résoudre ces problèmes. Cela concerne en tout premier lieu le niveau politique. Et celui-ci n'est, dans une large mesure, pas un autre que le niveau juridique puisque le droit est l'instrument de la politique, puisqu'il n'est pas autre chose que ce qu'en font les institutions et les administrations, mais aussi tous ceux qui jouissent, d'une manière ou d'une autre, d'une puissance — dès lors qu'on retient du droit la définition selon laquelle il serait l'ensemble des normes produites par les institutions sociales puissantes, la puissance étant la capacité d'imposer psychologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires et l'État étant, pour l'heure, la plus puissante de toutes les institutions sociales, donc la source principale, mais non exclusive, des règles de droit.

*« Gouverner, c'est prévoir » : le lien nécessaire entre
le pouvoir et la volonté d'explorer et préparer le futur*

Philosophie, théorie ou conception du droit en action comme le pragmatisme juridique, la prospective juridique invite à se poser les questions « qui sommes-nous ? que pouvons-nous faire ? que voulons-nous faire ? comment le faire ? ». Elle est donc tournée vers l'action bien plus que vers la réflexion ; et les réflexions qu'elle admet sont celles qui concernent les actes concrets, pour les comprendre s'ils ont déjà eu lieu et surtout pour les préparer s'ils n'ont pas encore eu lieu. C'est pourquoi elle se met au service de ceux qui détiennent le pouvoir et la puissance, de ceux qui, de fait, prennent les décisions et dessinent ainsi le visage du monde juridique de demain.

Cela se traduit par une méthode formelle qui permet d'aller, dans les organisations de toutes tailles, y compris publiques et y compris étatiques, de l'anticipation à la stratégie puis au plan d'action. L'objet de la seconde partie du livre IV de ce mémoire sera de présenter les étapes concrètes et les principes transversaux de cette méthode propre à la prospective juridique. Celle-ci doit notamment permettre d'anticiper les circonstances qui existeront au moment où se réaliseront les actions préparées aujourd'hui, mais aussi

⁸⁰¹ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 422. Et Gaston Berger d'expliquer par ailleurs que « la prospective ne prétend pas nous donner le moyen de supprimer tous les risques et de donner à nos actions une structure parfaitement rationnelle. Elle se contente de nous inviter à des actes aussi raisonnables que possible. [...] L'esprit prospectif n'est en aucune manière celui d'une planification universelle et inflexible : il ne prédétermine pas, il éclaire » (G. Berger, « L'attitude prospective », *Cahiers de prospective* 1958, n° 1, p. 6-7).

d'identifier les facteurs que l'on maîtrise ou que l'on peut influencer et ceux qui sont hors de portée.

Il y a un lien nécessaire entre le pouvoir et la volonté d'explorer et préparer le futur. « Gouverner, c'est prévoir », selon une formule du journaliste et homme politique français Émile De Girardin. Or on gouverne principalement, si ce n'est essentiellement ou même exclusivement — selon la définition qu'on en retient —, par le droit. Mais il faut aussi gouverner le droit, afin que, formellement et substantiellement, il ne se pervertisse pas ou ne sombre pas dans l'archaïsme. La prospective juridique se justifierait donc à différents titres. Elle peut, typiquement, aider des décideurs à évaluer les chances de succès d'un nouveau concept juridique ou d'une nouvelle technologie juridique en tenant compte de son environnement institutionnel, économique, social, culturel, technologique etc..

Dans ce cadre, la prospective juridique exploratoire est importante, afin que les décideurs bénéficient d'une vue panoramique et de jumelles efficaces pour cerner les futurs possibles, mais la prospective juridique stratégique l'est plus encore, puisqu'il s'agit surtout de mettre en lumière le futur le plus souhaitable et de tracer le chemin permettant de l'atteindre⁸⁰².

C'est pourquoi tout jusprospectiviste peut ou même doit se considérer tel un acteur, loin de se borner à un rôle de scientifique purement neutre et objectif, ne prenant jamais sa part de responsabilité dans les décisions⁸⁰³. Les prospectivistes du droit ont forcément un pouvoir ; et il leur incombe de l'exercer. Leur travail ne saurait donc se limiter à des investigations scientifiques ; il consiste également à définir un projet, à fixer des objectifs et à identifier des moyens pour atteindre ces objectifs. On ne saurait néanmoins attendre des jusprospectivistes qu'ils dictent scientifiquement aux décideurs la marche à suivre et les routes à emprunter. Il ne peut s'agir que de dessiner la carte, de tracer les différentes voies et de proposer une boussole pour s'orienter, donc d'identifier les problématiques essentielles, les tendances lourdes, les incertitudes majeures, les risques de rupture, les stratégies potentielles, avec leurs avantages et leurs inconvénients⁸⁰⁴.

⁸⁰² Notamment, J. Lesourne, Ch. Stoffaës, dir., *La prospective stratégique d'entreprise – Concepts et études de cas*, Inter-Éditions, 1996.

⁸⁰³ M. Godet, *Prospective et planification stratégique*, Economica, 1985 ; M. Godet, « Prospective et stratégie : approches intégrées », *Futuribles* 1989, n° 137.

⁸⁰⁴ En ce sens, les fondateurs de la *Revue de droit prospectif* observaient déjà que « la tâche essentielle du juriste prospectif sera d'établir des projets à partir des tendances que l'on peut percevoir dans l'évolution future du Droit positif ou des souhaits que l'on peut formuler au sujet de cette évolution » (J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8).

Faire participer les parties prenantes

La prospective juridique entend agir sur le présent dans le but de rendre plus probable un scénario du futur désirable. Pour cela, la participation des parties prenantes, qui décident et agissent au quotidien, est indispensable. Elle garantit le recensement et la prise en compte d'un maximum de données pertinentes dans le cadre de la prospective juridique exploratoire, ainsi qu'un choix consensuel du scénario le plus souhaitable dans le cadre de la prospective juridique stratégique. En outre, cela favorise la participation effective de chacun pour donner des chances à ce scénario d'advenir. C'est pourquoi les jusprospectivistes et les acteurs juridiques, sans en venir à ne faire qu'un, ce qui serait une confusion des genres regrettable, doivent se rapprocher et entretenir des liens intimes. En tout cas, du point de vue des jusprospectivistes, n'est-il peut-être pas concevable de faire de la prospective juridique en demeurant en haut d'une tour d'ivoire, sans entrer dans l'arène des décideurs et de tous ceux qui agissent concrètement.

La prospective juridique au service de la stratégie juridique

L'office des jusprospectivistes consiste donc à venir en aide des décideurs, notamment en les aidant à élaborer une stratégie dite « des 3 V » :

1. La vision (où peut-on aller en fonction de l'image que l'on a de notre organisation dans son environnement ?) ;
2. La visée (quelles sont les cibles et quelles sont les ambitions ?) ;
3. Les vecteurs (quelles sont les routes à emprunter et quelles sont les trajectoires à suivre ?).

Plus finement, les jusprospectivistes peuvent soutenir les décideurs juridiques en procédant à des analyses multicritères des options stratégiques⁸⁰⁵. Il s'agit alors :

1. D'identifier les changements qui seront quoi qu'il arrive nécessaires ;
2. De repérer et recenser les options stratégiques possibles ;
3. De déterminer les conséquences de chacune des options retenues sur le système général en cause ;

⁸⁰⁵ Cf. B. Roy, *Méthodologie multicritère d'aide à la décision*, Economica, 1985 ; P. Vincke, *L'aide multicritère à la décision*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989.

4. À partir de ces conséquences, de définir les critères d'évaluation et d'évaluer les différentes options ;
5. De choisir des objectifs et une politique ;
6. D'arrêter une stratégie en classant les meilleures options par rapport à ces objectifs et à cette politique, ainsi que par rapport à leurs conséquences.

L'avenir du droit, domaine de volonté et de responsabilité

Pour la prospective juridique, l'avenir du droit est à la fois domaine de volonté et domaine de responsabilité. Qu'il soit domaine de volonté signifie qu'il est ouvert, qu'il est affaire de liberté, donc qu'il sera une construction humaine et sociale. Le droit étant entièrement une construction humaine et sociale, son avenir lui-même sera pleinement une construction humaine et sociale. Les prospectivistes séparent classiquement les variables que les acteurs et décideurs peuvent influencer et celles qui sont hors de tout contrôle, cela afin de se concentrer sur les premières. Dans le monde purement juridique, toutes les variables sont maîtrisables, même si de grandes inerties et forces de résistance existent, tandis que l'environnement du droit est composé d'un nombre important de variables que le droit peut influencer — et, souvent, qu'il est chargé d'influencer, tandis qu'elles l'influencent en retour. L'avenir du droit est donc plus que tout autre domaine de volonté.

Et il est plus que tout autre domaine de responsabilité, c'est-à-dire que ceux qui ont le pouvoir ou la puissance de faire le droit doivent s'en saisir et agir, prendre des décisions, opérer des choix afin de donner à ce droit le meilleur contenu et la meilleure forme, cela en prenant en compte le futur à court terme mais aussi et plus encore le futur à moyen et à long termes. C'est pourquoi la prospective juridique entend imposer aux décideurs une éthique de la responsabilité et pourquoi elle se tourne vers le stratégique et non vers l'opérationnel — le stratégique concerne les nouvelles activités, les innovations et les irréversibilités ou réversibilités difficiles⁸⁰⁶, tandis que l'opérationnel touche à la gestion quotidienne et à l'efficacité immédiate, beaucoup plus importantes à court terme mais beaucoup moins à long terme.

Il est aisé de critiquer la prospective juridique, d'y voir une entreprise inconséquente, sans objet, sans motif et/ou sans fondement. Le philosophe Hegel, dans ses *Principes de philosophie du droit*, pouvait écrire que, « lorsque la réflexion et la conscience subjective

⁸⁰⁶ Par exemple, F. Zwicky, *Discovery, Invention, Research – Through the Morphological Approach*, The Macmillan Company, 1969.

considèrent le présent comme vain, le dépassent et prétendent savoir mieux, elles se trouvent dans le vide, et comme elles n'ont de réalité que dans le présent, elles sont elles-mêmes vanité »⁸⁰⁷. Aussi la prospective juridique, comme sa grande sœur la prospective, afin d'acquérir davantage de visibilité, de personnalité, de solidité et de structure, doit-elle s'appuyer sur des méthodes formelles précisément déterminées et sur des principes épistémologiques puissants, déterminants et discriminants.

⁸⁰⁷ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, coll. Tel, 1940, p. 38.

Seconde partie

Méthode de la prospective juridique

« L’avenir n’est pas seulement ce qui peut “arriver” ou ce qui a le plus de chances de se produire. Il est aussi, dans une proportion qui ne cesse de croître, ce que nous aurons voulu qu’il fût »⁸⁰⁸, résume Gaston Berger. La prospective juridique ambitionne ainsi de permettre aux juristes et à tous les acteurs qui, d’une manière ou d’une autre, donnent au droit une figure plutôt qu’une autre, l’engagent sur une voie donnée plutôt que sur une autre, d’agir et prendre des décisions de manière plus lucide, en laissant le moins de place possible à l’aléa et aux atermoiements et le plus de place possible aux choix éclairés, favorisant l’avènement d’un futur du droit souhaité.

Ainsi conçue, la prospective juridique, sans réhabiliter les théories du droit naturel aux yeux desquelles le droit devrait simplement être constaté et non créé volontairement, se présente telle une philosophie du droit en action plaçant au cœur du travail du juriste les valeurs et les fins qu’il entend défendre afin de donner au droit de demain un maximum d’efficacité et de légitimité — là où le positivisme qui s’est imposé au cours du XX^e siècle préconise une approche technique et mécaniste du droit dans laquelle le juriste fait primer l’adage « *dura lex sed lex* » sur toute approche personnelle, qu’elle soit le fait d’un individu ou bien d’une organisation ou collectivité donnée.

La prospective juridique conduit à un examen scientifique et critique du droit à l’aune de son avenir, non afin de l’appliquer précisément et rigoureusement mais afin de contribuer à son amélioration. Pour cela, cette possible nouvelle branche de la recherche juridique s’appuie sur une méthode relativement précise et complexe qu’il importe à présent de

⁸⁰⁸ G. Berger, « L’attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L’Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 92.

décrire. Sans elle, en effet, il lui manquerait l'un des deux éléments essentiels à la caractérisation d'une discipline académique — un objet d'étude et une méthode d'étude.

Plus exactement, la prospective juridique s'appuie sur des principes-cadres — principalement l'examen scientifique associé à l'analyse critique — (*titre 2*) et sur des étapes techniques (*titre 1*). L'ensemble vise à conférer aux travaux intégrant son champ le minimum nécessaire de cohérence et d'homogénéité que leur objet, seul, ne leur garantit pas. Il serait cependant dommageable que cet ensemble méthodologique aboutisse à brider ces travaux.

C'est pourquoi il faut d'ores et déjà souligner qu'en aucune manière la prospective juridique ne saurait impliquer de respecter scrupuleusement la totalité de ces principes-cadres et de ces étapes techniques. Elle est peut-être avant tout une philosophie du droit dans le sens d'un mode spécial d'approche du droit, d'une conception du monde juridique tournée vers l'action, vers le futur, vers l'innovation, vers les évolutions et révolutions en cours et à venir. Ainsi conçue, la prospective juridique reposerait surtout sur un mélange d'indiscipline intellectuelle et de liberté d'esprit et d'initiative. Il faut donc insister sur le fait que les principes-cadres et étapes techniques décrits dans cette seconde partie sont proposés et non imposés. Le chercheur est libre de s'en inspirer, de les appliquer en tout ou partie, de prendre ses distances par rapport à eux autant qu'il l'estime nécessaire. Mais cela concerne moins les principes-cadres que les étapes techniques et, parmi les principes-cadres, l'approche à la fois scientifique et critique semble constituer l'élément le plus déterminant, donc le moins dérogeable si l'on entend demeurer dans le cadre jusprospectif.

La prospective juridique est avant tout un état d'esprit et un angle original d'approche du droit, que celui-ci soit compris comme concepts juridiques transversaux, système juridique global, branche du droit, régime juridique particulier, professions juridiques, doctrine, enseignements et recherches juridiques etc. Une *Revue (Internationale) de Prospective Juridique (R(IPJ))* pourrait être créée. Il ne serait pas attendu des auteurs y contribuant qu'ils se conforment scrupuleusement à toutes les exigences formelles impliquées par la prospective juridique mais seulement qu'ils en respectent les lignes directrices générales, donc qu'ils adoptent la disposition d'esprit d'un jusprospectiviste, objectif, pragmatique et critique, tourné vers le droit du futur afin d'en tirer aujourd'hui les conséquences et de servir le droit en action.

Seuls des jusprospectivistes « de métier » — ils pourraient exister — seraient amenés à suivre minutieusement les différentes étapes méthodologiques et à appliquer les grands

principes d'une recherche à la fois scientifique, critique, interdisciplinaire et collective. Pour le reste, sans doute la prospective juridique a-t-elle surtout vocation à constituer un cadre épistémologique général, aux côtés notamment du pragmatisme juridique, afin de donner aux travaux des juristes et à tous les travaux en droit ou autour du droit une nouvelle impulsion. Ainsi une *Revue de Prospective Juridique* serait-elle avant tout une *Revue des futurs du droit et du droit en action*. Pour résumer son ambition profonde en un mot, la prospective juridique aura échoué si l'on n'y voit pas un nouveau souffle et une nouvelle orientation donnés à la recherche juridique.

Titre 1. Les étapes de la prospective juridique

La prospective connaît presque autant de méthodes différentes que de prospectivistes différents, même si des écoles se démarquent. Cela constitue à la fois une limite et une raison de ses succès. Les principes fondamentaux de la prospective eux-mêmes interdisent qu'une manière d'envisager le travail prospectif triomphe de toutes les autres et s'impose à tous les prospectivistes. Les étapes de la méthode jusprospective telles que présentées dans ce chapitre suivent les grandes lignes de la méthode prospective française, en particulier telle que conçue par Michel Godet⁸⁰⁹. Mais d'autres chemins pouvaient, peuvent et pourront être empruntés.

Une démarche de prospective juridique « type » comprend quatre étapes principales :

1. L'identification des grands enjeux et la définition de la problématique (*chapitre 1*) ;
2. Le recueil des données et la recension des acteurs, facteurs et tendances clés (*chapitre 2*) ;
3. L'élaboration des hypothèses et la formulation des scénarios (*chapitre 3*) ;
4. La proposition d'un avenir souhaitable et la construction d'une stratégie (*chapitre 4*).

D'autres voies méthodologiques pourraient être suivies⁸¹⁰ et il ne s'agit nullement, en ces pages, de chercher à imposer une doctrine de la prospective juridique — ce qui serait contre-productif mais aussi contre-nature. Cette prospective juridique peut très bien s'accommoder d'autres façons de mener les recherches et d'échafauder des conclusions et des propositions. La présente méthode jusprospective est une méthode parmi différentes possibles, l'important étant qu'elles respectent toutes les mêmes principes cardinaux,

⁸⁰⁹ Cf. M. Godet, *Manuel de prospective stratégique – Tome 2 : L'art et la méthode*, 3e éd., Dunod, coll. Progrès du management, 2007.

⁸¹⁰ Par exemple, E. Masini, *Penser le futur – L'essentiel de la prospective et de ses méthodes*, Dunod, 2000 ; F. Hatem, *La prospective – Pratiques et méthodes*, Economica, 1993 ; J. C. Glenn, J. Th. Gordon, *Futures Research Methodology*, American Council for the United Nations University, 2003 ; R. J. Lempert, S. Popper, S. C. Bankes, *Shaping the Next One Hundred Years – New Methods for Quantitative, Long-Term Policy Analysis*, Rand Corporation, 2003.

qu'elles poursuivent toutes les mêmes objectifs finaux et qu'elles s'attachent toutes aux mêmes objets de base.

Chapitre 1. Identifier les grands enjeux et définir la problématique

La prospective juridique est tout d'abord un art de poser les « bonnes » questions de droit, d'identifier les « vrais » problèmes juridiques. Il est bien connu en psychologie, selon une formule anglo-saxonne, que « *for a hammer, every problem is a nail* » (« pour un marteau, tout problème est un clou »)⁸¹¹. Une grande menace à laquelle beaucoup de décideurs succomberaient serait de confondre leurs propres difficultés, limitées et contingentes, avec les véritables difficultés, les seules auxquelles ils devraient répondre en usant de leurs prérogatives. De plus, la lumière crée l'ombre et l'attrance naturelle pour les sujets d'actualité, qui sont par définition aussi soudainement brûlants que rapidement éteints, empêche d'accéder aux problèmes profonds et durables, aux conséquences les plus fortes. Pour la prospective juridique, ce qui se cache et se cachera encore longtemps dans l'ombre peut être plus important que ce qui est mis à l'instant actuel en lumière. Le critère déterminant est l'impact à moyen et long termes.

Les prospectivistes insistent sur le besoin de « se poser les bonnes questions »⁸¹². Le premier et peut-être le principal problème en prospective est celui du problème. Avant de chercher des réponses, il faut déjà trouver des questions. Il est d'ailleurs probable que, comme pour tout travail universitaire, identifier la principale question à laquelle on devra répondre soit à la fois l'étape la plus décisive et l'étape la plus ardue. « Avant tout, il faut savoir poser les problèmes, écrivait Gaston Bachelard. Et, quoi qu'on en dise, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes »⁸¹³. De mauvaises questions ne peuvent pas donner lieu à de bonnes réponses mais seulement à des discussions stériles puisque dépourvues de véritable objet. En revanche, un problème bien posé est déjà en partie résolu car la première difficulté qu'il pose est celle de sa formulation.

⁸¹¹ A. H. Maslow, *Psychology of Science*, Reconnaissance, 1966.

⁸¹² Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, 2011, p. 30.

⁸¹³ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 29.

Oser poser des questions innovantes

La mission des jusprospectivistes est tout d'abord de mettre en lumière les grandes problématiques du droit, qui sont décisives pour son avenir, et d'éliminer les problématiques plus secondaires. De ce point de vue, il existe un lien de parenté entre la prospective juridique et l'histoire du droit : « Les faits ne sont pas des objets bruts qui sont là, attendant d'être découverts par l'historien. [...] Les historiens doivent savoir ce qu'ils cherchent ; c'est dire qu'il existe aussi de mauvaises questions : alors c'est tout l'ensemble qui est faux, même si dans cet ensemble chaque fait est exact »⁸¹⁴.

Le jusprospectiviste se rapproche aussi et peut-être plus encore de l'innovateur juridique. Bien souvent, il doit endosser le costume inconfortable de celui qui dérange et oblige à se poser les « vraies » questions, celles qui gênent parce qu'elles portent sur le changement et sur ce qu'on connaît peu et mal. Mais, puisque l'avenir est moins à découvrir qu'à inventer, les plus remarquables jusprospectivistes ne semblent pouvoir être que des « avocats de l'avenir »⁸¹⁵, soutenant les innovations et le progressisme juridiques contre le conservatisme et le suivisme juridiques.

En sciences de gestion, on utilise le concept de « silence organisationnel » pour indiquer que, dans beaucoup d'organisations, notamment les sociétés politiques, on n'ose guère poser ni même penser les « vrais » problèmes. La prospective juridique doit servir à briser ce « silence organisationnel » qui limite la pensée et la construction de l'avenir en bridant l'expression d'idées différentes. Les organisations sont souvent marquées par un mimétisme qui enchaîne l'innovation : on « fait comme les autres » plutôt que de « faire au mieux » ; on répond à des automatismes au lieu de réfléchir aux nouvelles possibilités. Les idées à la mode doivent pourtant être approchées avec méfiance : elles sont bien souvent source d'erreurs d'analyse et de prévision. Les idées reçues sont peu remises en question, alors qu'elles formatent les esprits et influencent les décisions. Les informations importantes peuvent être bloquées par le conformisme du consensus, qui pousse à se reconnaître dans l'opinion dominante et à rejeter l'avis minoritaire, par essence inconfortable pour la réflexion⁸¹⁶. La prospective juridique a pour objectif de permettre

⁸¹⁴ J. G. Droysen, *Précis de théorie de l'histoire* (1882), Le Cerf, 2002.

⁸¹⁵ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 6.

⁸¹⁶ « Il est judicieux de se demander, explique Philippe Durance, pourquoi telles ou telles questions ne sont jamais abordées, chaque organisation ayant des sujets tabous. L'un des enjeux de la prospective est de briser ce silence organisationnel, qui limite la capacité à voir loin et large, qui restreint l'expression d'idées différentes, car divergentes. Dans les processus d'expression collective propres à toutes les organisations humaines, la rationalité du collectif, si elle n'est pas correctement gérée, n'est pas toujours supérieure à celle de l'individu isolé. Mis à part le classique biais de

aux solutions innovantes, quels que soient leurs domaines, des normes les plus techniques aux concepts les plus théoriques, d'avoir leur chance dans un monde juridique changeant et, surtout, dans un environnement parajuridique toujours plus fluctuant.

Or, avant de pouvoir proposer les solutions les plus innovantes, il convient déjà de poser les questions les plus innovantes. Il est cependant vrai que, à bien des égards, le monde du droit évolue mais les problèmes qu'il pose demeurent substantiellement les mêmes, seuls les contextes et les environnements changeant véritablement. L'invariant de la nature humaine et sociale fait que les problématiques juridiques essentielles étaient, sont et seront fondamentalement les mêmes hier, aujourd'hui et demain. Les hommes et les sociétés conservent, au cours du temps, des comportements et des intuitions similaires qui les amènent, une fois placés devant des situations proches, à réagir de manière comparable, donc prévisible. Cet aspect tend à faciliter en partie le travail de problématisation du jusprospectiviste, dont l'objectif doit toujours être de faire œuvre réaliste et non œuvre révolutionnaire — on peut être à la fois innovant et réaliste au niveau des propositions, les observations et constats, eux, doivent être uniquement réalistes.

Identifier les questions clés du futur du droit

La première étape — peut-être, donc, la plus décisive — d'un travail de prospective juridique consiste à identifier les questions clés du futur du droit auxquelles il faudra apporter des réponses, cela en n'ayant peu d'égards pour le fait qu'elles puissent mettre mal à l'aise. Il s'agit d'isoler les problématiques cardinales du domaine dans lequel la recherche est entreprise — le système juridique, un ordre juridique national ou international, une branche du droit, un régime juridique, une règle de droit, une profession juridique, un problème théorique, un concept, les modalités d'enseignement ou de recherche juridique etc. Le sujet et, par suite, les investigations peuvent dès lors être recentrés, précisés, réorientés ; et le problème juridique principal auquel l'étude de prospective juridique sera consacrée peut être défini.

confirmation (le fait que la plupart des individus ne s'intéressent qu'aux informations qui confortent leurs pensées, ce qui conduit les groupes à n'étudier que les sujets les plus évidents), le silence qui peut s'installer contribue à atténuer les signaux faibles, y compris de signaux d'alerte, ou les désaccords. À terme, cette situation peut conduire à la catastrophe » (Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1).

Clarté et précision de la problématique

La définition de la problématique de l'étude doit être aussi claire et précise que possible, ce qui suppose de ne pas passer à l'étape suivante, celle des recherches, tant que l'on ne sait pas encore suffisamment bien ce que l'on cherche. Cette problématique, dans sa formulation, ne doit pas prêter à confusion et doit être finement délimitée, surtout dès lors que différents chercheurs et différents acteurs sont invités à contribuer à la recherche. Et il faut d'autant plus prêter attention à la bonne formulation de la problématique qu'en posant la question d'une certaine manière on oriente forcément la réponse dans une certaine direction⁸¹⁷.

Plus la définition du sujet d'une étude de prospective juridique sera précise, plus il sera aisé de procéder efficacement aux étapes suivantes, notamment l'identification des acteurs, facteurs et tendances clés de l'avenir du droit.

Le choix d'un horizon temporel

En outre, toute recherche de prospective juridique suppose d'arrêter un horizon de travail, c'est-à-dire une date dans le futur, plus ou moins lointaine, qui sera celle du droit prospectif étudié (2025, 2030, 2050 etc.). On considère généralement que le « bon » horizon d'une étude prospective serait l'horizon des ruptures. Mais encore faudrait-il tout d'abord mener l'étude avant d'en pouvoir préciser le terme, ce qui ne convient pas. Surtout, les ruptures sont rarement soudaines ; elles sont plutôt une succession de microruptures, voire d'inflexions à peine perceptibles, donnant lieu, en s'additionnant, à une dynamique nouvelle⁸¹⁸.

L'horizon temporel ne peut donc être défini qu'approximativement en fonction des inerties, des évolutions en cours et anticipées et de la nécessité de gommer les « effets de période », sources de turbulences nuisibles à l'appréhension correcte de la dynamique profonde du système⁸¹⁹. Il faut également prendre en compte l'échéancier des décisions que les acteurs éventuellement à l'origine de l'étude doivent prendre. Toujours est-il que

⁸¹⁷ Michel Godet utilise souvent cette boutade : « La manière de poser la question change la réponse : par exemple, si vous demandez à un curé “est-ce que je peux fumer quand je prie ?”, il vous dira “non”, si vous lui demandez “est-ce que je peux prier quand je fume ?”, il vous dira “oui” ».

⁸¹⁸ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 57.

⁸¹⁹ Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, 2011, p. 30.

la définition d'un espace temporel est importante puisqu'une recherche de l'état du droit en 2025 est très différente d'une recherche de l'état du droit en 2050 ou en 2100.

Une fois la problématique de l'étude de prospective juridique définie, ce qui peut prendre un temps relativement long et qui constitue peut-être l'étape la plus importante de toutes, il convient de procéder à un recensement objectif et empirique des données pertinentes et utiles afin de pouvoir élaborer ensuite, à partir de ces données, des scénarios quant à l'avenir de cette problématique.

Chapitre 2. Recueillir les données et recenser les acteurs, facteurs et tendances clés

Une recherche de prospective juridique débute par un effort important de définition et de documentation — la plupart des défaillances dans les études prospectives sont dues à une connaissance trop maigre des réalités concrètes. Des informations fiables et un langage commun sont des préalables indispensables. Avant d’interroger le(s) futur(s), il faut déjà s’intéresser au présent et au passé, c’est-à-dire constituer une base d’informations entrant dans le périmètre du sujet défini. En prospective juridique, on passe en réalité un temps beaucoup plus long à étudier le présent et le passé qu’à étudier l’avenir — puisque ce dernier n’est pas directement observable. Les scénarios du futur sont déduits de ce qu’il s’est passé hier et de ce qu’il se passe aujourd’hui.

La valeur d’un modèle dépend du nombre, de la précision et de l’exactitude des données de départ, d’où l’importance essentielle du travail de définition des objets et de collecte des informations. Or les mutations et, surtout, les continuités à venir s’ancrent dans les évolutions passées et dans l’état du présent : dynamiques profondes, rythme des évolutions (notamment technologiques, économiques, sociales et culturelles), conduites et attentes des acteurs, conséquences des innovations et des changements dans l’environnement etc.

Le recensement de l’existant précède donc l’élaboration de scénarios de l’avenir. Un exercice de prospective juridique oblige à rechercher et enregistrer les données fondamentales de l’évolution du droit. Les tendances doivent être établies, en séparant celles qui sont lourdes et durables de celles qui sont légères et passagères. Une tendance est une série d’évènements convergents et, en cela, significatifs⁸²⁰. On distingue les tendances et variables conjoncturelles (de court terme), tendanciennes (de moyen terme) et

⁸²⁰ Cf. G. Erner, *Sociologie des tendances*, Puf, 2008.

structurelles (de long terme)⁸²¹. Une attention toute particulière doit être portée aux tendances émergentes, car elles sont le terreau de futurs possibles.

Pour identifier ainsi toutes les tendances et isoler celles qui pourraient avoir un impact décisif sur les futurs du droit, il importe d'analyser les acteurs et leurs environnements, ainsi que les différents facteurs qui les influencent, en insistant sur ceux qui sont vraiment déterminants, qui sont les vrais moteurs du futur. Les contraintes, les projets, les intentions, les pouvoirs et les autres moyens d'action des acteurs, ainsi que leurs objectifs et terrains d'action plus ou moins convergents ou divergents, les conflits d'intérêts qui peuvent surgir et les alliances qui peuvent se nouer doivent être intégrés dans l'analyse.

Cela signifie qu'une recherche de prospective juridique ne saurait étudier seulement le droit positif. Il est indispensable de se pencher sur tous les éléments susceptibles d'avoir un impact, d'une manière ou d'une autre, sur le contenu et la forme de ce droit positif — s'il est l'objet de la recherche. En particulier, le contexte socio-économique, les phénomènes socio-politiques, les mouvements démocratiques (résultats d'élections) ou autrement politiques, les rapports de forces entre puissances privées et puissance publique, les objectifs poursuivis par les légistes et jurislates jouant un rôle à l'égard de ce droit positif, leurs préoccupations dominantes, la pratique de ce droit positif, donc son appréhension par les juristes, son évolution au cours des dernières années ou dernières décennies, les aspirations d'origines diverses quant aux réformes qu'il faudrait mener, l'évolution des problèmes auxquels ce droit est supposé répondre ou encore les points de tension entre acteurs et préoccupations de ces acteurs doivent être pris en considération.

Intégrer les discontinuités et les ruptures

Les ruptures possibles dans le système juridique, la branche du droit, le régime juridique, la pensée du droit etc. doivent également être inventoriées. Les ruptures se définissent comme des retournements rapides, voire brutaux, par rapport à des tendances que l'on imaginait bien établies⁸²². Elles sont à la fois redoutées par les prospectivistes, qui peinent à les prévoir, et recherchées par eux puisqu'elles constituent des moments de basculement, des changements majeurs et soudains impactant durablement l'évolution d'une ou plusieurs variables ou même d'un système dans son ensemble⁸²³.

⁸²¹ G. Berger, *Les conditions de l'intelligibilité et le problème de la contingence*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2010.

⁸²² Cf. A. Gras, *Sociologie des ruptures*, Puf, 1979 ; M. Bessin, C. Bidart, M. Goussetti, *Bifurcations – Les sciences sociales face aux ruptures et à l'événement*, La découverte, 2010.

⁸²³ Ph. Durance, « Penser la rupture », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 372.

Il est ô combien plus aisé d'anticiper des situations qui se bornent à poursuivre les tendances du passé, éventuellement en les accentuant ou en les atténuant, que des retournements instantanés et brutaux⁸²⁴. Mais la particularité de la prospective juridique est d'être une démarche qui intègre les ruptures et donc qui, au lieu de postuler la permanence du changement (demain différera d'aujourd'hui exactement comme aujourd'hui diffère d'hier), tâche de prendre en compte les discontinuités, qu'elles soient subies ou voulues, pouvant être dues à des facteurs tels que l'irruption d'innovations, l'apparition d' « acteurs briseurs d'habitudes »⁸²⁵ ou « la volonté humaine de modifier les règles du jeu »⁸²⁶.

Voir demain en regardant ailleurs

Afin d'identifier les ruptures mais aussi toutes les évolutions du droit possibles, il est utile d'observer ce qu'il se passe à l'étranger. On peut ainsi voir demain en regardant ailleurs. Que ce soit dans le cadre de la prospective juridique exploratoire ou bien dans le cadre de la prospective juridique stratégique, on doit se projeter dans le temps et on peut se projeter dans l'espace. En allant sur des terrains qui connaissent des situations qu'on pourrait retrouver chez soi dans quelques années — il s'agit alors souvent des États-Unis, par exemple en matière de justice dite « prédictive » et, plus généralement, de « *legaltechs* » —, on étudie le futur. On peut procéder à un travail de *benchmarking* : quelles procédures fonctionnent bien à l'étranger ? quelles normes existent chez soi mais nulle part à l'étranger ? etc. En outre, cela permet de s'évader de l'actualité locale, une difficulté de la prospective étant de donner trop d'importance, souvent inconsciemment, à cette actualité qui n'est pourtant qu'éphémère, passagère et localisée.

Par ailleurs, on pourrait idéalement aller jusqu'à rechercher les utopies qui donnent un sens aux actes des juristes, légistes et autres jurisconsultes, qui donc constituent les moteurs de leurs actions. Ces utopies sont les « moteurs de l'histoire »⁸²⁷, toutes les organisations courent après une utopie, un point d'accomplissement, plus ou moins inaccessible⁸²⁸. Ces utopies, bien que difficiles à formaliser, sont un objet d'étude particulièrement porteur pour la prospective juridique.

Au-delà, les représentations des acteurs, les croyances, les valeurs et les idées préconçues qui les animent doivent être recensées. Le jusprospectiviste doit à la fois les prendre en

⁸²⁴ J. Durand, « Prospective, discontinuité, instabilité », *Futuribles* 1975, n° 4, p. 399 s.

⁸²⁵ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, *Futuribles*, coll. Perspectives, 2004, p. 47.

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ J. Attali, M. Riot-Sarcey, A. Touraine et alii, *Les utopies, moteurs de l'histoire*, Pleins feux, 2001.

⁸²⁸ Ph. J. Bernard, *De l'utopie moderne et de ses perversions*, Puf, 1997.

compte dans son travail de prospective juridique exploratoire et les combattre dans son travail de prospective juridique stratégique. Déconstruire et reconstruire les représentations dominantes est souvent nécessaire afin de favoriser l'avènement d'un futur souhaité.

Une étude préalable la plus complète possible

Le travail de collecte de données juridiques et para-juridiques doit porter sur des aspects quantitatifs, statistiques, mais aussi sur des aspects qualitatifs, des « variables molles » telles que les stratégies des acteurs, leurs projets, leurs valeurs, leurs comportements, leurs relations etc. — la prévision reposant uniquement sur des facteurs quantitatifs, chiffrables, mesurables, a montré ses limites en ne permettant pas de prévoir certaines crises. L'impossibilité de prévoir l'avenir en fonction des seules données du passé explique l'impuissance des modèles économétriques classiques qui n'intègrent pas de paramètres qualitatifs non quantifiables⁸²⁹. Le travail sur les facteurs qualitatifs doit être d'autant plus important que toute quantification aboutit à privilégier les aspects quantifiables au détriment des aspects non quantifiables. Or il convient de prendre en compte autant d'éléments différents que possible pour affiner au maximum les futures conclusions et propositions. Le mérite des prospectivistes est de s'attacher à des phénomènes souvent négligés mais qui influencent de manière certaine et même déterminante le futur.

Sans doute les facteurs qui impactent l'avenir du droit sont-ils si divers et variés qu'on ne peut prétendre à une quelconque exhaustivité en la matière. Il n'en faut pas moins procéder à l'étude préalable la plus complète et minutieuse possible car c'est un gage important de la réussite d'une étude de prospective juridique. La qualité — et aussi la quantité — de la documentation initiale est décisive pour la suite. C'est grâce à cela qu'on peut dépasser les préjugés des participants ou des destinataires de l'étude et faire prévaloir un principe de réalité⁸³⁰.

Faits porteurs d'avenir (ou signaux faibles)

Il importe encore de relever le maximum de faits porteurs d'avenir (appelés aussi « signaux faibles »). Un fait porteur d'avenir ou signal faible est un événement isolé susceptible d'agir comme précurseur de tendance ou, à l'inverse, comme point d'inflexion

⁸²⁹ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983, p. 8.

⁸³⁰ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 51.

d'une tendance observée⁸³¹. Le bon jusprospectiviste est celui qui identifie le plus finement et exactement les faits porteurs d'avenir et signaux faibles du droit, bien avant qu'ils ne se transforment en tendances. Les innovations, qu'elles soient juridiques (formellement ou matériellement) ou extra-juridiques mais destinées à être saisies par le droit, constituent d'importants signaux faibles pour la prospective juridique. De rupture ou incrémentales, elles ne sont par définition pas encore entrées dans les mœurs et nombre d'entre elles seront finalement définitivement rejetées.

Par principe, la portée d'un signal faible ou d'un fait porteur d'avenir est incertaine. Aussi, pour opérer le tri au sein des innombrables faits qui constellent la réalité, le jusprospectiviste doit-il se documenter et suivre en continu l'actualité juridique, ainsi que l'actualité générale. Mais il doit aussi compter sur son intuition, qui constitue alors un sérieux accélérateur de connaissance⁸³² — en même temps qu'un accélérateur d'erreur.

Isoler dans une actualité juridique et extra-juridique foisonnante les événements qui préfigurent éventuellement l'avenir est une tâche difficile, aux résultats aléatoires, et sans doute les jusprospectivistes ne doivent-ils pas y consacrer trop d'énergie. Dans tous les cas, leur fragilité intrinsèque fait qu'il ne faut jamais surestimer un fait porteur d'avenir ou un signal faible ; il convient de toujours leur réserver une place secondaire dans l'élaboration des scénarios. Et ils témoignent des limites de la rationalité et de la scientificité de la prospective juridique. Personne, en effet, n'a jamais pu expliquer comment on pouvait les repérer dans la masse des informations ni comment on pouvait les expérimenter, les mettre à l'épreuve afin de tester leur importance à l'égard de l'avenir⁸³³.

Établir une matrice d'analyse structurelle et étudier les relations d'influence-dépendance

Une fois achevée la recherche des données du passé et du présent en lien avec l'objet, le jusprospectiviste dispose normalement d'une solide base de travail. Celle-ci doit permettre de comprendre la structure et le fonctionnement du système en cause, son environnement immédiat, ses acteurs clés et ses facteurs clés. C'est alors qu'il devient possible de se projeter dans le futur du droit avec un minimum, si ce n'est de certitudes, d'assurance.

⁸³¹ Cf. Ph. Cahen, *50 réponses aux questions que vous n'osez même pas poser ! Signaux faibles et scénarios dynamiques pour vitaliser la prospective*, Kawa, 2012 ; Ph. Cahen, *Signaux faibles – Mode d'emploi*, Eyrolles-Éditions d'Organisation, 2010 ; F. Chateauraynaud, T. Torny, *Les sombres précurseurs – Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éditions de l'EHESS, 2005.

⁸³² Ph. Cahen, *Signaux faibles – Mode d'emploi*, Eyrolles-Éditions d'Organisation, 2010.

⁸³³ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 6.

Une analyse structurelle peut à présent être entreprise⁸³⁴. L'analyse structurelle est normalement menée par un groupe de travail composé d'acteurs et d'experts. Les trois phases de la méthode sont les suivantes :

1. Le recensement des variables

La première étape consiste à recenser les variables les plus caractéristiques du système étudié et de son environnement (donc variables internes et externes). Durant cette phase, il faut tâcher d'être le plus exhaustif pour ne fermer aucune porte.

2. La description des relations entre les variables

Avec une approche systémique, une variable n'a de sens qu'à travers les relations qu'elle entretient avec les autres variables. C'est pourquoi l'analyse structurelle s'efforce à identifier ces relations entre variables, cela au moyen d'un tableau à double entrée appelé matrice d'analyse structurelle. Pour chaque couple de variables, il faut se demander s'il y a une relation d'influence directe entre elles. Si non, on note 0. Si oui, on relève que cette relation d'influence directe est faible (1), moyenne (2), forte (3) ou potentielle (4).

3. L'identification des variables clés avec la méthode Micmac

la méthode Micmac a été développée en 1971 par Michel Godet. Cette phase consiste à identifier les variables clés parmi toutes les variables, c'est-à-dire celles qui jouent un rôle cardinal dans l'évolution du système. On opère en premier lieu un classement direct en cumulant les résultats obtenus au terme de l'étape précédente, puis un classement indirect dit « Micmac » (pour « matrice d'impacts croisés multiplication appliqués à un classement »). Ce classement indirect est obtenu après élévation en puissance de la matrice. La comparaison de la hiérarchie des variables dans les différents classements (direct, indirect et potentiel) est riche d'enseignements. Elle permet de confirmer l'importance de certaines variables, mais aussi de reconnaître des variables qui, en raison de leurs actions indirectes, jouent un rôle important — et que le classement direct ne permet pas de déceler.

Les résultats relatifs aux influences et dépendances de chaque variable peuvent être représentés sur un plan, l'axe des abscisses correspondant aux dépendances et l'axe des ordonnées aux influences. On peut alors repérer en un coup d'œil les variables les plus influentes du système.

⁸³⁴ Notamment, M. Forse, *L'analyse structurelle du changement social*, Puf, 1991.

À partir de la liste des acteurs du changement et des facteurs de changement — dans l'idéal, il faudrait définir chacun dans un glossaire —, on les associe autant que possible à des indicateurs et on distingue les variables internes qui caractérisent le phénomène étudié et les variables externes propres à son environnement explicatif. Puis, il convient d'identifier les relations entre acteurs et variables. Peut alors être établie une matrice d'analyse structurelle révélant les impacts croisés des variables. Les divers facteurs et acteurs sont indiqués en lignes et en colonnes afin de pouvoir examiner, de manière systématique, les relations de causalité qui les lient plus ou moins fortement⁸³⁵ :

action sur de	Liste des variables internes	Liste des variables externes
Liste des variables internes	1	2
Liste des variables externes	3	4

1 : relations entre les variables internes

2 : action des variables internes sur l'environnement

3 : action de l'environnement sur les variables internes

4 : relations entre les variables externes

Ensuite, un plan des influences et des dépendances peut être esquissé à partir de cette matrice dont le remplissage peut permettre, pour chaque variable, de calculer un « indice de motricité », parfois appelé aussi « indice d'influence » (mesurant l'intensité avec laquelle cette variable agit sur le système), ainsi qu'un « indice de dépendance » (mesurant l'intensité avec laquelle cette variable est régie par le système)⁸³⁶. Toutes les variables peuvent ensuite être exprimées à travers un « graphique de motricité-dépendance » (ou « d'influence et de dépendance ») permettant de situer les

⁸³⁵ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 59.

⁸³⁶ *Ibid.*

variables les plus motrices du système étudié⁸³⁷. Il est possible d'étudier de cette façon soit les relations d'influence- dépendance entre acteurs-clés, soit les relations d'influence-dépendance entre les facteurs-clés, soit les relations d'influence-dépendance entre toutes les variables.

Les influences des variables peuvent être notées sur une échelle allant de 0 (aucune influence directe) à 3 (influence forte), 1 désignant une influence faible et 2 correspondant à une influence moyenne. Par exemple, on peut dresser un tableau prenant en compte différentes variables (sachant qu'une variable n'agit jamais sur elle-même)⁸³⁸ :

influence de :		sur ->			Inf.	
		1	...	4	5	
1	Métropolisation	0	...	2	2	4
⋮	⋮	⋮			⋮	⋮
4	Apports migratoires	0		0	3	3
5	Marché du travail	3	...	3	0	6
Dépendance		3	...	5	5	13

Variables les plus dépendantes

Variable la plus influente

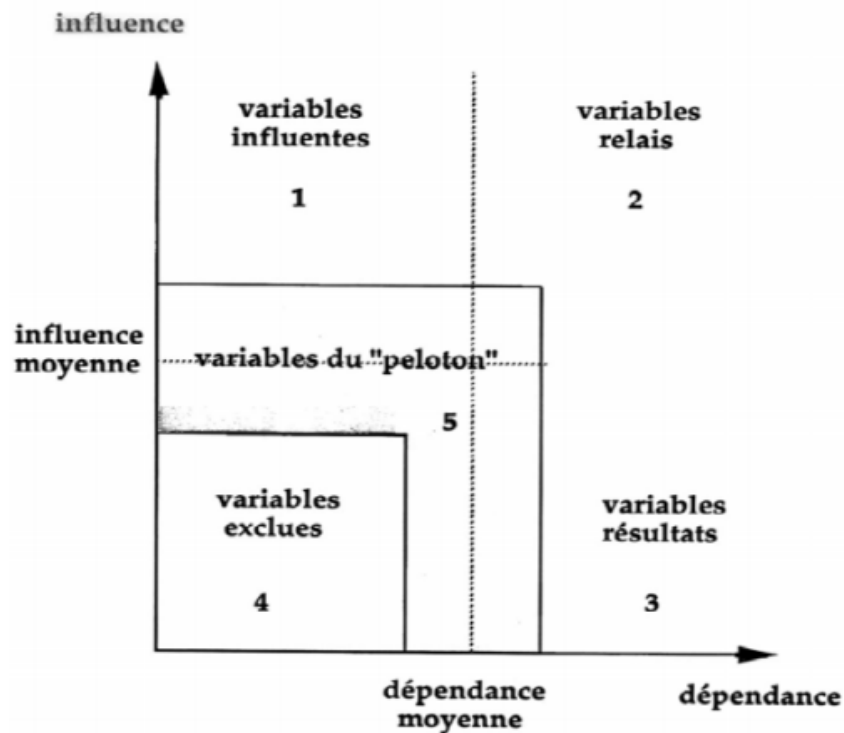
La somme des influences directes constitue un indicateur d'influence et la somme des dépendances est un indicateur de dépendance. On détermine ainsi en un coup d'œil les variables les plus dépendantes des autres et celles qui influencent le plus les autres.

Ensuite, ces résultats peuvent être réorganisés afin de faire apparaître les variables exclues (ni dépendantes ni influentes), les variables influentes (des variables d'entrées), les variables résultats (des variables de sorties, les plus dépendantes), les variables relais (à la fois influentes et dépendantes), ainsi que les variables moins importantes sans être exclues, dites du « peloton »⁸³⁹.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ M. Godet, « Synthèse du cours de Michel Godet », 2011/2012, [en ligne] <www.lapropective.fr>.

⁸³⁹ *Ibid.*



Une telle analyse structurelle sert à orienter le travail de prospective juridique — celui-ci doit porter principalement sur les variables influentes (d'entrées) et sur les variables relais.

Étudier les rapports d'influence-dépendance et les rapports de forces des acteurs

Par ailleurs, il peut être utile d'étudier les stratégies des acteurs de la scène juridique grâce à la méthode dite « MACTOR ». On s'intéresse alors aux acteurs gravitant autour des variables les plus influentes et les plus dépendantes, c'est-à-dire les variables d'enjeu, dont l'avenir devrait dépendre le plus intimement. Certains acteurs sont plus déterminants que d'autres relativement à ces variables d'enjeu. MACTOR fonctionne avec une dizaine, quinzaine ou vingtaine d'acteurs clés recensés. On réalise alors des fiches pour chacun (intitulé, définition, motivations, objectifs poursuivis, problèmes rencontrés, moyens d'action, références (sources des informations)).

À partir de ces données, un tableau « stratégie des acteurs » peut être construit, toujours en notant, par exemple au moyen d'une échelle allant de 0 à 3, les rapports d'influence-dépendance entre les acteurs⁸⁴⁰ :

⁸⁴⁰ *Ibid.*

Action de sur ↓ →	A	B	C
A	B : ... P : ... M : ...		
B		B : ... P : ... M : ...	
C			B : ... P : ... M : ...

B : buts ; P : problèmes ; M : moyens

	Acteur 1	Acteur 2	Acteur 3	Influence
Acteur 1	0	1	1	2
Acteur 2	2	0	3	5
Acteur 3	1	2	0	3
Dépendance	3	3	4	10

On peut également utiliser une échelle un peu plus sophistiquée allant de 0 à 4⁸⁴¹ :

0 : aucune ou pratiquement aucune influence

1 : gestion (influence sur les modes opératoires)

2 : projets (influence sur les projets)

3 : missions (influence sur les missions, un acteur est alors assez puissant pour amener un autre à changer de métier, par exemple)

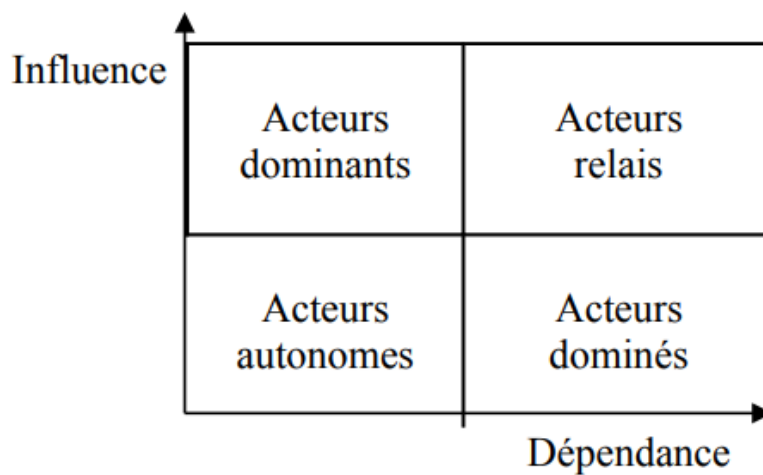
4 : existence (un acteur a la capacité de supprimer un autre)

⁸⁴¹ *Ibid.*

Acteurs \ Acteurs	Fournisseurs sans R&D	Fournisseurs avec R&D	Distribution agricole	Distri. agri. intégrée en aval	Agriculteurs intégrés en filière	Agriculteurs hors filière	Grandes IAA	Petites IAA	Grande distribution	Autres formes de distribution	Restauration hors domicile	Organisations prof. agricoles	Pouvoirs publics nationaux	Pouvoirs publics régionaux	Organisations Internationales	Médias	Associations Consommateurs	Associations Environnement
Fournisseurs sans R&D	0	2	1	1	0	1	0	0	0	0	0	1	1	1	0	1	0	0
Fournisseurs avec R&D	2	0	2	3	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1
Distribution agricole	3	2	0	1	2	1	0	1	0	0	0	2	0	1	0	1	0	1
Distri. agri. intégrée en aval	3	3	1	0	3	1	1	2	0	1	0	3	1	2	0	1	1	1
Agriculteurs intégrés en filière	2	2	3	3	0	1	0	1	1	1	0	3	2	2	0	0	0	0
Agriculteurs hors filière	2	2	3	3	1	0	0	0	1	1	0	3	1	1	0	0	0	0
Grandes IAA	3	2	3	3	3	1	0	1	3	3	3	1	2	2	2	2	1	1
Petites IAA	2	2	2	2	1	0	1	0	1	2	1	0	1	2	1	1	0	0
Grande distribution	1	1	1	3	3	1	3	4	0	2	1	1	2	1	2	1	2	1
Autres formes de distribution	0	0	1	3	1	1	1	2	1	0	0	0	1	2	0	1	0	0
Restauration hors domicile	0	0	0	1	0	0	2	2	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0
Organisations prof. agricoles	2	2	2	2	3	2	1	1	1	1	0	0	2	2	1	1	1	1
Pouvoirs publics nationaux	3	3	3	3	4	4	3	4	3	3	3	2	0	2	2	2	1	1
Pouvoirs publics régionaux	2	2	3	3	3	3	3	3	2	2	3	1	2	0	1	2	1	1
Organisations Internationales	3	3	3	3	4	4	3	4	2	2	3	2	3	3	0	1	1	1
Médias	2	2	2	2	2	2	2	3	2	3	3	1	3	3	1	0	3	2
Associations Consommateurs	2	2	2	2	2	2	3	2	3	2	2	1	2	2	2	2	0	1
Associations Environnement	2	2	2	2	2	2	3	2	2	1	0	1	3	3	2	2	1	0

Ici également, la somme des influences directes est un indicateur d'influence et la somme des dépendances constitue un indicateur de dépendance.

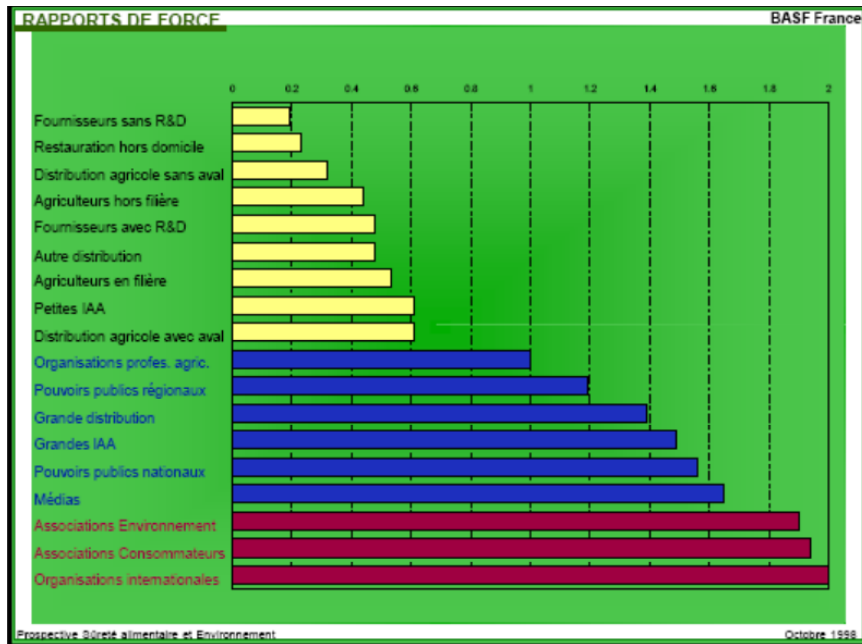
Et, à nouveau, un plan des influences-dépendances directes et indirectes des acteurs peut être établi à partir de la matrice acteurs/acteurs⁸⁴² :



⁸⁴² Ibid.



On peut ensuite calculer les rapports de forces entre acteurs : un acteur est d'autant plus puissant au sein d'un système et donc influent de manière déterminante sur le contenu et l'évolution de ce système qu'il possède une influence forte et une dépendance faible. On obtient ainsi une « échelle de puissance des acteurs »⁸⁴³ :



Certains de ces acteurs sont très indépendants. Il est donc difficile d'agir sur eux et il faut se concentrer sur les acteurs influençables dans le cadre de la prospective juridique

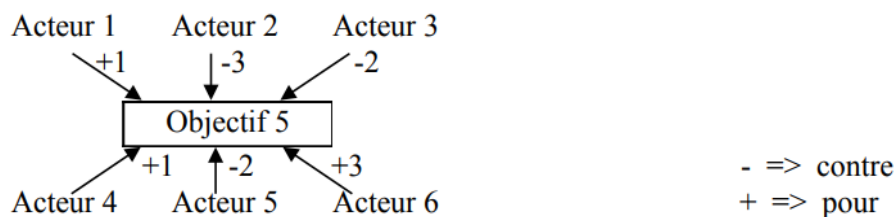
⁸⁴³ Ibid.

stratégique. Tous n'en doivent pas moins être pris en compte dans le cadre de la prospective juridique exploratoire.

Dans ce cadre, l'analyse structurelle peut également être utile. Celle-ci, liée à l'analyse systémique, a pour objectif de conférer une structure à une réflexion collective. Il s'agit de donner forme à un système au moyen d'une matrice mettant en relation tous ses éléments constitutifs. Et il importe d'insister sur les variables les plus influentes et dépendantes, donc les plus essentielles à l'évolution du système.

Étudier les rapports entre acteurs et objectifs clés

Par ailleurs, peuvent être analysées les relations entre acteurs et objectifs clés, donc le positionnement des différents acteurs par rapport aux grands objectifs liés à la problématique juridique étudiée, constitutifs en quelque sorte du champ de bataille de l'avenir du droit. Il faut donc identifier les enjeux stratégiques et les objectifs correspondants, ainsi que les acteurs appelés à jouer un rôle afin d'atteindre ou d'empêcher d'atteindre ces objectifs. Puis, on note, par exemple en allant de -3 (très opposé) à +3 (très favorable), la position de chaque acteur par rapport à chaque objectif⁸⁴⁴ :



⁸⁴⁴ *Ibid.*

On peut aussi, en ne tenant pas compte de l'intensité, présenter les résultats de la façon suivante⁸⁴⁵ :

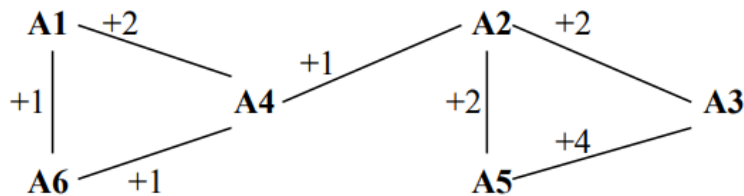
	O1	O2	O3	O4	O5		Σ				
A1 Acteur 1	+1	+1	0	0	+1		3				
A2 Acteur 2	-1	0	+1	-1	-1		4				
A3 Acteur 3	-1	0	-1	+1	-1		4				
A4 Acteur 4	0	+1	+1	0	+1		3				
A5 Acteur 5	-1	0	-1	+1	-1		4				
A6 Acteur 6	0	0	0	0	+1		1				
Nombre d'accords (Σ+)							+1	+2	+2	+2	+3
Nombre de désaccords (Σ-)							-3	0	-2	-1	-3
Nombre de positions							+4	+2	+4	+3	+6

On peut identifier les convergences et les divergences et construire une matrice des convergences et une matrice des divergences⁸⁴⁶ :

	A1	A2	A3	A4	A5	A6		A1	A2	A3	A4	A5	A6	
A1		0	0	2	0	1		A1		2	2	0	2	0
A2	0		2	1	2	0		A2	2		2	1	2	1
A3	0	2		0	4	0		A3	2	2		2	0	1
A4	2	1	0		0	1		A4	0	1	2		2	0
A5	0	2	4	0		0		A5	2	2	0	2		1
A6	1	0	0	1	0			A6	0	1	1	0	1	
Nbr. de conv.	3	5	6	4	6	2		Nbr. de diverg.	6	8	7	5	7	3

Nbr. de conv. = nombre de convergences ; Nbr. de div. = nombre de divergences

Et l'on peut dessiner un graphique des convergences et un graphique des divergences⁸⁴⁷ :



Dans cet exemple, deux ensembles d'acteurs se distinguent. A5, notamment, n'a aucune convergence d'objectif avec A4 et a beaucoup de convergences avec A3 et A2.

⁸⁴⁵ Ibid.

⁸⁴⁶ Ibid.

⁸⁴⁷ Ibid.

Si l'on intègre l'intensité des relations, on peut pondérer les convergences par cette intensité et obtenir un tableau tel que celui-ci⁸⁴⁸ :

	Objectifs																			
Acteurs	Objectifs																			
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
Fournisseurs sans R&D	1	-2	0	-2	0	0	0	0	-2	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Fournisseurs avec R&D	3	3	1	2	0	0	0	0	2	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Distribution agricole	2	2	1	1	1	1	-3	2	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Distrib. agr. intégrée en aval	3	3	3	2	2	2	-3	2	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Agriculteurs Intégrés en filière	3	3	2	1	2	1	2	3	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Agriculteurs hors filière	2	1	0	1	0	0	3	3	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Grandes IAA	4	3	3	3	4	-1	-3	0	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Petites IAA	4	3	3	2	4	0	0	2	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Grande distribution	4	3	3	2	1	3	2	3	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Autres formes de distribution	4	3	3	2	2	-3	2	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Restauration hors domicile	4	2	3	1	0	0	0	1	-3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Organisations prof. agricoles	2	2	0	1	0	0	1	2	2	0	1	2	4	2	2	-3	-2	0	3	2
Pouvoirs publics nationaux	4	3	2	1	0	0	0	3	-3	4	1	3	1	2	1	0	0	2	2	-2
Pouvoirs publics régionaux	4	3	2	1	0	0	1	3	-3	4	1	2	2	3	1	1	-1	2	2	-3
Organisations Internationales	4	2	0	0	0	0	0	1	-2	0	1	2	1	1	0	0	0	1	2	-2
Médias	0	0	1	3	0	0	0	1	4	-1	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0
Associations Consommateurs	4	3	3	2	0	0	3	2	3	0	3	2	2	0	0	1	0	2	3	-3
Associations Environnement	3	3	2	2	0	0	1	2	4	2	1	1	-1	0	0	0	0	3	2	-3

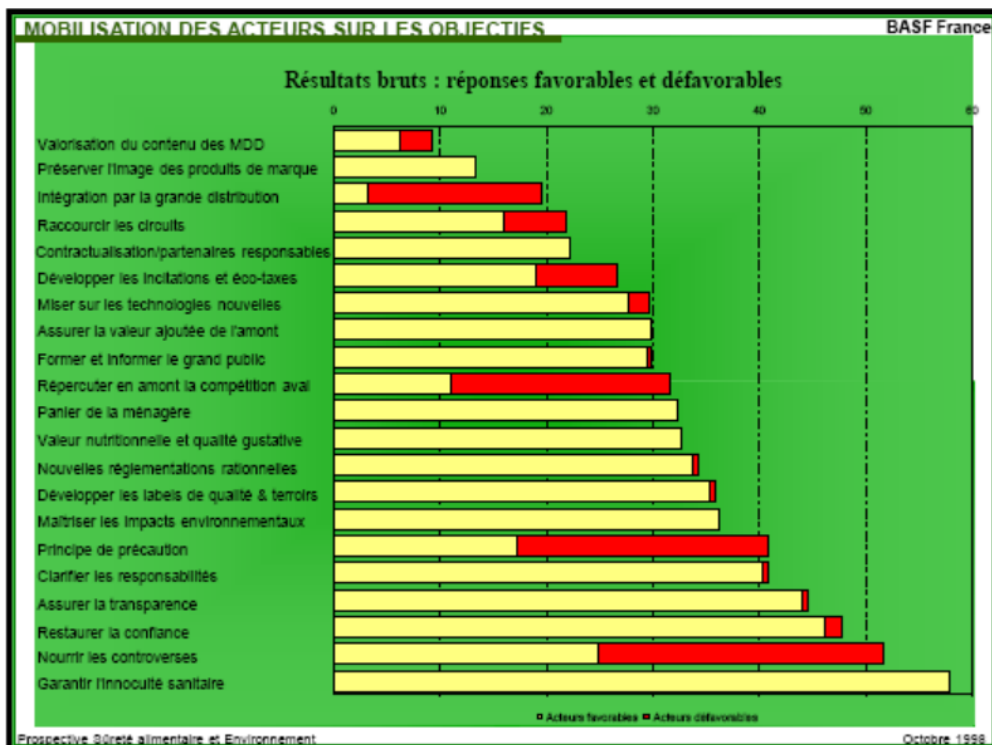
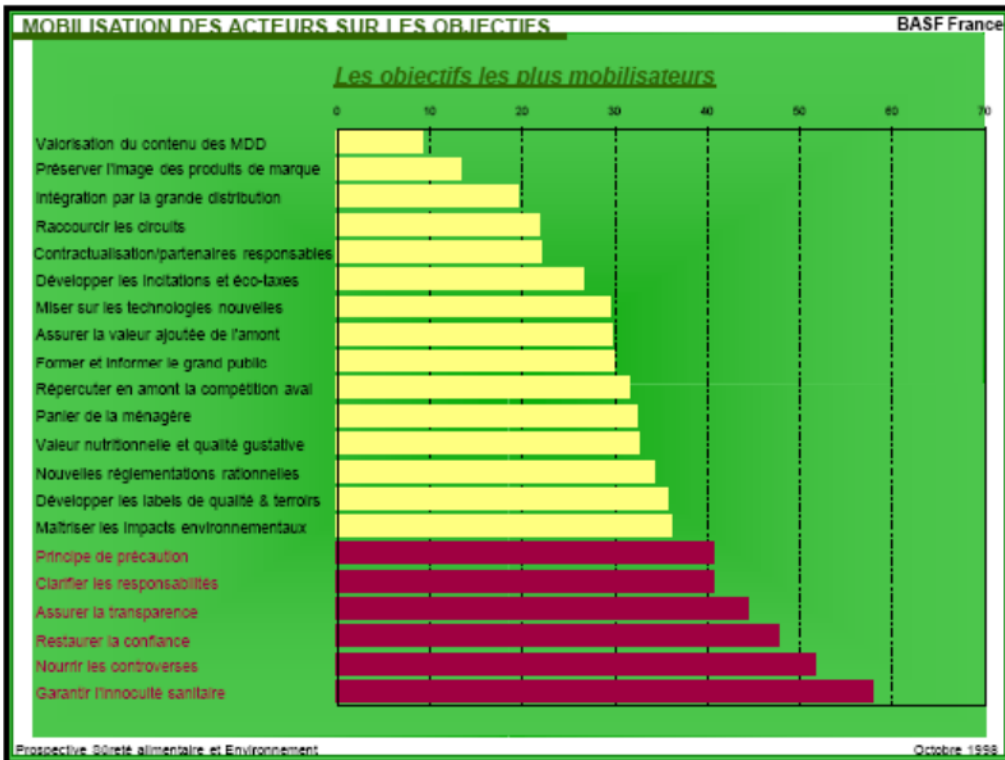
Ici, les notes +4 et -4 indiquent qu'un acteur est très favorable ou très opposé à un objectif, par exemple s'il met en jeu son existence même (s'il vient à se réaliser ou, à l'inverse, à ne pas se réaliser). Quand on additionne les résultats d'une ligne, on obtient la somme de tous les objectifs qui concernent un acteur. Surtout, l'addition des chiffres d'une colonne permet de constater si un objectif est très important ou non dans le jeu d'acteurs.

Des objectifs sont très mobilisateurs, d'autres non. Certains s'avèrent consensuels quand d'autres sont sources de conflits. Ces derniers peuvent engendrer une opposition d'intérêts forte lorsqu'ils sont très importants à la fois aux yeux de ceux qui sont « pour » et aux yeux de ceux qui sont « contre ».

On peut également prendre en compte les rapports de forces, donc la puissance et la capacité à défendre ses intérêts de chaque acteur. Puis, il convient de lister les objectifs et d'observer quels sont ceux qui sont les plus mobilisateurs et les plus clivants, donc ceux qui vont nourrir le jeu des acteurs et les dynamiques d'évolution du système, constituant les facteurs clés de ces dynamiques⁸⁴⁹ :

⁸⁴⁸ Ibid.

⁸⁴⁹ Ibid.



Dans le dernier tableau, sont additionnés les acteurs qui sont « pour » l'objectif et ceux qui sont « contre », en pondérant dans l'idéal par l'importance de l'objectif en question pour chacun et par les rapports de forces ou par la puissance de chacun.

À l'issue de ce travail d'analyse et de synthèse des pouvoirs et puissances des acteurs clés par rapport aux autres acteurs clés, aux facteurs clés et aux objectifs essentiels — travail assurément aussi nécessaire que fastidieux pour qui entend procéder à une recherche de prospective juridique la plus scientifique possible —, on peut visualiser les forces et faiblesses de chacun, les jeux d'alliances et les conflits qui pourraient naître. Le jusprospectiviste dispose désormais d'une vision plus claire et précise de la situation et de l'état du problème étudié, de ses acteurs et facteurs clés déterminants pour l'évolution du système. Il est alors possible de passer à l'étape suivante : l'élaboration de scénarios de futurs du droit possibles.

La prospective juridique, démarche ouverte

Le futur du droit est déjà en germe dans le présent du droit. En effet, ses signes précurseurs peuvent être observés dès aujourd'hui. Sous cet angle, trois types de futurs doivent être distingués. Tout d'abord, les « futurs contingents » sont le résultat de l'influence de facteurs externes⁸⁵⁰. Ensuite, les « futurs d'optimisation » correspondent à une continuité systémique ; ils « colonisent » l'avenir car des tendances actuelles perdurent⁸⁵¹. Les « futurs inédits », enfin, ne possèdent pas de cause immédiate mais se produisent inopinément et modifient le présent⁸⁵². Ces futurs sont plus ou moins aisés à déceler en observant l'état actuel des acteurs et des facteurs. Reste que telle est bien la mission du jusprospectiviste : concevoir ce que pourrait être le droit du futur à l'aune de ce qu'il est aujourd'hui — mais aussi de ce qu'il a été dans le passé.

Comme le disait le futurologue Herman Kahn, « il y a deux grandes erreurs quand on étudie le futur : croire qu'une tendance actuelle va se prolonger dans l'avenir et croire qu'une tendance actuelle ne va pas se prolonger dans l'avenir »⁸⁵³. Dans ces conditions, le travail du jusprospectiviste est évidemment difficile. C'est pourquoi, avant de se poser la question des tendances qui seraient révélatrices du futur ou la question des faits qui

⁸⁵⁰ R. Miller, « Anticipation : la discipline de l'incertitude », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 367.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ Cité par K. Valaskakis, « La prospective en trois leçons : mon apprentissage personnel », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 60.

seraient porteurs d'avenir, il convient de recenser toutes les informations pouvant potentiellement fournir des enseignements. Le futur du droit présente forcément des visages multiples et ce n'est qu'une fois que le futur sera devenu présent qu'on pourra savoir quelles données étaient effectivement les plus pertinentes. Le diagnostic de départ doit donc éviter les postures trop catégoriques et demeurer le plus ouvert afin de n'exclure du champ des possibles que les scénarios clairement invraisemblables. Ensuite, si l'avenir en vient à se situer entre deux futurs possibles identifiés par le jusprospectiviste, empruntant pour partie à l'un et pour partie à l'autre, il ne se sera pas trompé. En revanche, si l'avenir en vient à se situer à côté et loin des scénarios du jusprospectiviste, cette fois il se sera trompé en n'étant pas parvenu à déceler dans le présent les indices du futur.

La prospective juridique, une démarche continue

C'est ici l'occasion de souligner combien la prospective juridique est une démarche continue. Pour être efficace, elle doit être itérative et s'appuyer sur une succession d'ajustements et de corrections, cela afin de remédier aux erreurs de jugement, mais aussi pour suivre la prise en compte des études prospectives par les acteurs et décideurs, ce qui influence le futur. Gaston Berger enseignait en ce sens — et nul ne saurait le contredire sur ce point — que « la prospective est tout autre chose qu'un recours à la facilité. Elle suppose une extrême attention et un travail opiniâtre. [...] La vision prospective n'est pas un don gratuit, elle est une récompense semblable en cela à l'intuition bergsonienne, qu'on a souvent mal comprise et qui n'est que l'aboutissement d'un long travail d'analyse. La simplicité se conquiert »⁸⁵⁴.

Il reste à noter que le travail d'information et de synthèse préalable, quantitativement mais aussi qualitativement très important, peut être réalisé par une personne seule, mais, dans l'idéal, il devrait l'être par un groupe de travail — cela à la fois en raison de la quantité de recherches et de modélisations qu'il demande et afin de contourner le plus de biais de subjectivité possible. Et ce groupe de travail, y compris en prospective juridique, devrait être pluridisciplinaire puisque le futur du droit ne dépend pas que du droit lui-même mais aussi de divers éléments appartenant à son environnement plus ou moins immédiat, de la sociologie à l'économie en passant bien sûr par la politique.

⁸⁵⁴ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 91. Le philosophe ajoutait que la prospective « est le contraire même du rêve qui, au lieu d'amorcer l'action, nous en détourne puisqu'il nous fait jouir en imagination d'un travail que nous n'avons pas accompli » (*ibid.*).

Consulter les acteurs et les experts pour réduire l'incertitude : la méthode de Delphes

Par ailleurs, il semble important que le ou les auteurs de l'étude interroge(nt) directement les acteurs et les experts du sujet. La simple consultation de la littérature déjà existante sur ce sujet pourra rarement suffire à s'en faire une idée suffisamment précise pour pouvoir concevoir pertinemment ses futurs possibles. Le jusprospectiviste, afin d'obtenir les informations les plus précises et les plus exactes concernant l'objet de son étude, devrait dans l'idéal mener des enquêtes documentaires, procéder à des interviews d'experts et à des consultations diverses. Il est certes permis de se contenter des premières informations trouvées relativement au sujet en cause sans que cela interdise de s'inscrire dans le champ de la prospective juridique. Mais mieux vaut consulter un maximum d'acteurs et d'experts de ce sujet.

Pour cela, des questionnaires classiques, plus ou moins longs et plus ou moins sophistiqués, peuvent être utilisés. La méthode spécifique des prospectivistes dite « Delphi » ou « de Delphes » peut aussi être mobilisée. On appelle « Delphi », par allusion aux oracles de la Grèce antique, dont le plus célèbre se tenait dans la ville de Delphes, une procédure de consultation des experts inventée pour l'armée des États-Unis après la Seconde Guerre mondiale. Avec Delphi, on consulte des experts scientifiques ou praticiens, supposément les mieux informés relativement à l'objet d'étude et donc les mieux en mesure d'en concevoir l'avenir, et on traite leurs avis comme ceux d'oracles, à défaut de pouvoir vérifier la justesse de leurs intuitions — mais on critique parfois le fait que les résultats obtenus seraient trop dépendants des experts choisis ; si, pour ne pas avoir de problèmes relationnels, on se borne à consulter les experts reconnus et on n'écoute pas ceux qui tiennent un discours différent, alors pourtant que celui-ci peut être très enrichissant du point de vue des futurs possibles, le travail prospectif ne semble pouvoir être mené que dans de mauvaises conditions⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ Thierry Gaudin explique que, « dans le champ scientifique, il faut toujours avoir présent à l'esprit les observations de Thomas S. Kuhn : à chaque époque règne une "science normale" constituée des théories admises, sinon par la majorité des savants, du moins par les plus influents. Mais il y a aussi de nouveaux paradigmes en gestation, qui sont portés par une minorité, en général plus jeune et tenue à l'écart. Or c'est là que se trouvent les informations les plus intéressantes pour l'avenir. En fait, dans toute collectivité, les idées nouvelles sont en général portées par une minorité. C'est une observation qu'ont faite tous ceux qui ont étudié l'innovation [cf. Th. Gaudin, *De l'innovation*, Éditions de l'Aube, 1998]. Elle est valable pour les processus cognitifs en général. Mais, pour le prospectiviste, c'est une vraie difficulté. Si l'on ne consulte pas les experts reconnus, ils risquent de se vexer. Si l'on donne la parole aux "jeunes turcs" qui sont leurs rivaux, aussi. Il faut donc trouver des artifices de présentation exprimant les tendances minoritaires » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 80).

Cette consultation peut prendre des formes très différentes mais la plus pratiquée est sans doute l'entretien selon une grille préétablie. Joseph Coates, prospectiviste renommé aux États-Unis, estime qu'il suffirait en général d'une conversation téléphonique d'un quart d'heure, si elle est bien préparée, pour alimenter un entretien valable avec un expert ; et il juge que consulter une douzaine d'experts suffirait le plus souvent à faire le tour de la question⁸⁵⁶. La méthode de Delphes, plus exactement, consiste en une série d'interrogations posées aux experts, sous la forme de questionnaires⁸⁵⁷. Après qu'ils aient une première fois répondu, on leur propose de répondre une seconde fois, mais en indiquant à présent les réponses et arguments qui ont été donnés au tour précédent. On leur apporte ainsi de la connaissance collective. Chaque expert est encouragé à reconsidérer et, éventuellement, modifier sa réponse précédente à la lumière des positions des autres membres du groupe.

Ensuite, il faut mener plusieurs tours de questionnaire (souvent trois ou quatre) afin que les positions s'alignent progressivement. Mais cela rend la méthode Delphi relativement lourde et fastidieuse — le taux d'abandon des participants est plutôt élevé. Elle suppose, de plus, une bonne maîtrise du traitement des réponses et de la conduite de l'exercice de la part des analystes⁸⁵⁸.

Cette méthode repose sur l'anonymat, la rétroaction et la statistique. L'interaction de groupe est anonyme puisque les réponses données à chaque tour sont présentées sans identification de quiconque. Ensuite, la méthode permet d'aboutir à des consensus raisonnés pouvant être exploités dans un travail de prospective juridique exploratoire ou servir à prendre des décisions dans un cadre de prospective juridique stratégique.

Une grande difficulté de la démarche prospective est de tenir compte de points de vue et d'opinions variés et contrastés — ceux des experts et des acteurs. Une méthode telle que la méthode Delphi permet de clarifier leurs positions et de dessiner quelques lignes de force, de souligner les convergences — mais aussi les divergences — parmi les personnes consultées. Cette méthode doit plutôt être mise en œuvre en amont de la construction des scénarios, afin de préciser la liste des données importantes, tendances lourdes, ruptures possibles, questions clés, objectifs clés, acteurs clés et facteurs clés⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Cité par Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 55.

⁸⁵⁷ Cf. A. Harold, A. Linstone, T. Murray, *The Delphi Method – Techniques and Applications*, New Jersey Institute of Technology, 2002.

⁸⁵⁸ Cf. N. Dalkey, B. Brown, S. Cochran, *La prévision à long terme par la méthode Delphi*, Dunod, 1972.

⁸⁵⁹ Mais il est aussi envisageable de construire des scénarios exploratoires sur la base d'une analyse morphologique par exemple, pour ensuite tester, vérifier, consolider les hypothèses clés utilisées auprès d'un panel d'experts à l'aide d'une méthode telle que la méthode Delphi.

Ensuite, une fois l'objet d'étude suffisamment éclairci par un ensemble d'informations quantitativement et qualitativement important, et avant d'élaborer les scénarios des futurs du droit possibles, il peut être utile de prendre le temps de synthétiser les éléments clés du système en cause, dont les évolutions impacteront nécessairement son visage futur.

Chapitre 3. Élaborer des hypothèses et formuler des scénarios

Après avoir recueilli les données et écouté les acteurs et les experts, et après avoir opéré un tri et une sélection parmi les informations obtenues, il peut être bienvenu d'opérer un effort théorique de systématisation afin de pouvoir mieux comprendre les relations et les liens de cause à effet entre les éléments clés pour l'avenir de l'objet juridique étudié⁸⁶⁰. La mission du jusprospectiviste ne doit pas être envisagée telle celle d'une caisse enregistreuse, sans vision systémique, se bornant à collecter et retranscrire des données. Pour faire œuvre utile, éclairer les acteurs du monde juridique quant aux évolutions à venir, aux facteurs de continuité ou de rupture etc., l'effort de systématisation et de synthèse est important. Sans cela, le réel est trop complexe et multiple pour qu'il soit possible de le bien comprendre. La mission du jusprospectiviste est justement de le systématiser et synthétiser afin qu'il devienne mieux saisissable, y compris par le jusprospectiviste lui-même, et qu'il éclaire un avenir dans l'absolu toujours obscur. Ainsi des connaissances profondes et solides, à l'abri de mouvements d'opinion superficiels et fluctuants, peuvent-elles être obtenues.

C'est pourquoi ce qui constitue peut-être le point culminant du travail de prospective juridique est la conceptualisation, c'est-à-dire l'élaboration d'outils intellectuels afin de mieux appréhender la réalité et son futur. Cette phase de la recherche jusprospective consiste à dégager, en fonction des données récoltées au préalable, les idées directrices qui donnent sens à l'ensemble, qui sont le moteur inconscient mais effectif du système. En soi, la documentation recueillie risque fort d'être foisonnante — elle doit l'être si le travail est minutieux — et, par conséquent, illisible. L'objectif des concepts structurants produits, peu nombreux — dans l'idéal il se pourrait qu'un seul explique le fonctionnement de tout le système —, est d'exprimer, traduire et expliquer l'essentiel des informations obtenues. Pour aboutir à ces concepts, il faut s'élever au-dessus des points de vue particuliers et tenir compte des grandes évolutions détectées. Ce sont ces concepts qui, mieux que les

⁸⁶⁰ Cf. Y. Barel, *Prospective et analyse de systèmes*, La documentation française, coll. Travaux et recherches de prospective, 1971.

informations, font progresser la connaissance, surtout lorsqu'il s'agit de la connaissance du futur — pour laquelle toute information est par définition incertaine et discutable⁸⁶¹.

« Voir large » : reconstruire le système global du problème

Un des principes de la prospective, et donc de la prospective appliquée au droit, consiste à « voir large ». Ce principe, tiré de la cybernétique et de l'analyse des systèmes, conduit à envisager les problèmes dans leurs globalités et non point par point. Cela implique notamment qu'une prospective juridique ne saurait se baser uniquement sur des éléments juridiques. Elle doit repositionner le droit dans le système global auquel il prend part, étudiant les éléments extra-juridiques qu'il influence et, surtout, les éléments extra-juridiques qui l'influencent. Une prospective purement juridique, sur le modèle de la théorie pure du droit et de la science pure du droit kelséniennes, est impossible ou, du moins, absolument inconséquente. Même une prospective proprement juridique, c'est-à-dire dont l'objet est juridique (les avènements du droit possibles et souhaitables), ne doit pas consister en une approche spécialisée des problèmes étudiés⁸⁶².

Même si l'exercice prospectif porte sur un objet juridique, le ou les chercheur(s) doit(doivent) adopter une vision globale⁸⁶³ et systémique⁸⁶⁴, interdisciplinaire ou transdisciplinaire, intégrant les données sociales, politiques, économiques, culturelles ou encore technologiques⁸⁶⁵. Les phénomènes étudiés sont nécessairement complexes et interdépendants avec leur environnement proche et même avec leur environnement plus lointain. Il n'existe guère de problèmes pouvant être isolés⁸⁶⁶. D'ailleurs, les problèmes juridiques sont de plus en plus interdépendants et de plus en plus enchevêtrés avec les problèmes non-juridiques. Il est indispensable, pour envisager l'avenir, de bien comprendre toutes ces relations, tous ces jeux d'influences.

En même temps, cette complexité des situations rend l'analyse particulièrement difficile. Cela justifie le possible recours à des méthodes inspirées de l'analyse des systèmes

⁸⁶¹ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 112.

⁸⁶² Comme le décrit Thierry Gaudin, « les travaux de prospective ne peuvent se limiter à un domaine circonscrit *a priori*. Ils doivent nécessairement aller vérifier comment les choses évoluent en dehors du champ de la question posée et quelles interactions peuvent être pressenties avec le sujet étudié. Un travail qui omettrait de transgresser les limites ressemblerait à ce conte soufi de l'homme qui cherchait ses clefs sous le réverbère parce que c'est là que c'est éclairé, alors qu'il les a perdues plus loin dans la rue, là où il fait sombre » (*ibid.*, p. 12).

⁸⁶³ Cf. J. De Rosnay, *Le macroscopie – Vers une vision globale*, Le Seuil, coll. Points, 1975.

⁸⁶⁴ Cf. L. Von Bertalanffy, *Théorie générale des systèmes*, Dunod, 1973.

⁸⁶⁵ Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVI.

⁸⁶⁶ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983, p. 6.

permettant de considérer les phénomènes à partir d'une étude de l'ensemble des facteurs et de leurs interrelations⁸⁶⁷.

En la matière, les écosystèmes sont la référence parce qu'on y trouve tous genres de relations, notamment la symbiose, la concurrence et la prédation, lesquelles peuvent se retrouver dans les comportements juridiques comme ailleurs⁸⁶⁸. Les exigences de la connaissance jusprospective conduisent donc à identifier plus conceptuellement et systématiquement les éléments de la problématique juridique en cause, leurs relations et l'intensité de celles-ci, ainsi que les nœuds, rapports de complémentarité ou d'opposition etc.⁸⁶⁹.

Partant du constat que les problèmes du droit ne sauraient être réduits à une seule dimension ni correctement compris si on les découpe en rondelles, comme y invitent pourtant les disciplines académiques⁸⁷⁰ — jusqu'au droit lui-même se trouve découpé en diverses branches plus ou moins hermétiques —, la prospective juridique entend étudier les réalités et les avènements du droit à travers l'ensemble de leurs aspects, quelle qu'en soit la nature. C'est en ce sens que les premiers jusprospectivistes pouvaient se proposer d'« aborder l'ordre juridique à la fois dans ses aspects normatifs et pratiques, étroitement solidaires mais souvent opposés »⁸⁷¹.

*Proposer des hypothèses d'évolution future en vue
de la construction de scénarios exploratoires*

À l'aune de cet effort de systématisation, on identifie les quelques variables motrices du système et, ensuite, on propose des hypothèses d'évolution future qui serviront à la construction des scénarios exploratoires. Pour chacune de ces variables motrices, il importe de regarder quelle a été son évolution passée, quelle est son évolution tendancielle et quelles inflexions ou ruptures pourraient impacter cette évolution⁸⁷². Mais il demeure dans tous les cas délicat de savoir comment une variable va évoluer, alors que l'avenir est ouvert, porté par les projets, par la détermination plus que par les

⁸⁶⁷ Par exemple, M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système – Les contraintes de l'action collective*, Le Seuil, 1977.

⁸⁶⁸ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 65.

⁸⁶⁹ P. Gonod, « Dynamique des systèmes et méthodes prospectives », *Futuribles* 1996, n° 2.

⁸⁷⁰ Cf. É. Morin, *La méthode – La nature de la nature*, Le Seuil, 1977.

⁸⁷¹ A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 5. L'auteur observait que cela aboutit à changer le rôle de la doctrine : « L'intérêt de l'enquête est, face aux supputations doctrinales, de faire apparaître l'analyse propre aux "gens d'affaires" et à ceux que, d'une manière générale, on désigne volontiers comme les "praticiens" : un regard plus contingent et plus immédiat sans doute, mais de quelle acuité ! » (*ibid.*, p. 3).

⁸⁷² H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, *Futuribles*, coll. Perspectives, 2004, p. 61.

déterminismes⁸⁷³. C'est pourquoi plusieurs hypothèses doivent à chaque fois être choisies, en prenant garde à ce qu'elles ne soient ni trop contrastées (incluant alors des situations impossibles) ni trop restrictives (excluant alors des situations possibles)⁸⁷⁴.

À l'issue de ces étapes, on dispose normalement pour chaque variable clé d'une représentation de son évolution passée et d'hypothèses d'évolution pour le futur. L'étape suivante consiste à combiner ces hypothèses pour construire des scénarios.

La méthode des scénarios au cœur de la prospective

Les juristes, légistes, jurislatoeurs, législateurs et jurisconsultes doivent en permanence prendre des décisions, parfois pour produire le droit ou la loi, plus souvent pour appliquer le droit ou la loi, plus souvent encore pour interpréter le droit ou la loi et conseiller des individus. Or ils se trouvent dans bien des cas sur des terrains où la décision s'avère difficile en l'absence d'informations et d'arguments suffisamment précis, fiables et rationnels. Une décision juridique, pour être pertinente, a besoin d'images du futur pertinentes. Cela permet de consolider l'action juridique présente.

La prospective juridique a justement pour objet de présenter à ceux qui prennent des décisions juridiques les évolutions possibles du droit, en fonction de différentes variables. Et il ne s'agit jamais de présenter un futur certain et inéluctable mais toujours différents futurs possibles, certains pouvant être plus probables que d'autres et certains plus souhaitables que d'autres. C'est pourquoi la prospective juridique procède par scénarios. Tout le travail précédent de problématisation, de recherche d'informations, de synthèse et de systématisation a pour fin de faciliter l'identification des quelques avènements du droit les plus plausibles.

Les scénarios ont été introduits en prospective à la fin des années 1960, à la fois aux États-Unis, par Herman Kahn, un expert américain de la guerre nucléaire qui en a proposé le concept pour raconter des histoires de l'avenir⁸⁷⁵, et en France, par la DATAR (Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale), organisme gouvernemental d'aménagement du territoire, qui en a développé la première méthode

⁸⁷³ M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 29.

⁸⁷⁴ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 69 (« Pas trop contrastées car si on imagine que tout est possible ainsi que son contraire (éventail des possibles ouvert à 180 degrés), on ne sera pas très avancé. Pas trop restrictive de sorte que l'on n'omette pas d'éventuelles discontinuités ou ruptures »).

⁸⁷⁵ H. Kahn, *De l'escalade – Métaphores et scénarios*, Calmann-Lévy, 1966.

précise d'élaboration afin de dessiner les futurs possibles de la France à l'horizon 2000⁸⁷⁶. La méthode dite « des scénarios » est aujourd'hui très pratiquée dans le monde anglo-saxon. Certains estiment même que ce serait l'élément clé de la méthode prospective et qu'une étude n'aboutissant pas à l'établissement de scénarios ne mériterait pas la qualification de « prospective ».

Définition d'un scénario

Selon Herman Kahn, un scénario consiste en une suite d'événements hypothétiques soulignant les enchaînements causaux et les nœuds de décision. Il s'agit, plus simplement, de la description d'une situation future associée au cheminement des événements susceptibles de permettre d'aboutir à cette situation future à partir de la situation de départ⁸⁷⁷. Un scénario constitue ainsi un moyen privilégié pour présenter un futur potentiel.

Il comporte trois éléments principaux⁸⁷⁸ :

1. La base, c'est-à-dire toutes les informations recensées qui permettent de se représenter le présent, les dynamiques qui y sont en cours, les acteurs qui y interviennent, les différentes composantes de l'environnement, les causes de ruptures éventuelles etc.
2. Les cheminements, qui sont construits en faisant progresser le système dans le temps. Se posent alors des questions qui obligent à émettre différentes hypothèses dont il faut ensuite tirer les conséquences (processus « si... alors... »). On produit de la sorte, par déductions successives, l'arborescence des futurs possibles, qui ne sont pas autre chose que les descendants éventuels du présent.
3. Les images finales, qui sont obtenues à différentes périodes et particulièrement à l'horizon de l'étude, au terme des cheminements précédents. En la matière, la base et les cheminements sont plus importants que les images finales puisque ces dernières ne sont que les résultats entièrement dépendants des étapes précédentes.

⁸⁷⁶ DATAR, *La méthode des scénarios – Une réflexion sur la démarche et la théorie de la prospective*, La documentation française, coll. Travaux et recherches de prospective, n° 59, 1975.

⁸⁷⁷ Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1.

⁸⁷⁸ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 75.

L'intérêt des scénarios

L'élaboration de scénarios offre de nombreux avantages. Tout d'abord, elle permet, face à une situation actuelle déterminée, de démontrer combien les avenir possibles sont multiples et de relativiser la simple poursuite des tendances⁸⁷⁹. Ensuite, les scénarios obligent à considérer l'interdépendance des éléments composant le système étudié⁸⁸⁰. De plus, ils favorisent l'identification de problèmes, de relations ou de questions ignorés ou volontairement laissés de côté, car controversés⁸⁸¹.

Au-delà, l'intérêt des scénarios est de dispenser de s'attacher à une vision du futur contre toutes les autres, d'éliminer tout besoin d'un consensus sur une seule vision du futur et d'ouvrir la pensée à diverses possibilités. Enfin, la méthode des scénarios est très efficace pour mettre les hommes devant leurs responsabilités face à l'avenir, leur prouvant qu'il ne sera pas autre chose que ce qu'ils auront décidé d'en faire.

Si les scénarios du futur du droit construits à partir des informations précédemment recensées (acteurs et facteurs clés, structure et fonctionnement du système, tendances lourdes, ruptures et retournements possibles, signaux faibles ou faits porteurs d'avenir etc.) ne doivent jamais être irréalistes, improbables car trop pessimistes ou trop idéalistes, consistant alors en des dystopies ou des utopies, il leur revient de faire état de tout l'éventail des possibles, en allant du pire scénario au meilleur scénario. Étant donné le nombre forcément important de variables à combiner et le besoin de produire des études lisibles, comportant donc un nombre limité de scénarios, il convient d'établir en général entre cinq et dix scénarios — tout en n'oubliant pas que la réalité du futur pourra emprunter des traits caractéristiques à plusieurs de ces scénarios.

Le danger, avec la méthode des scénarios, est de « se perdre face à la complexité des routes et, plutôt que de mettre en lumière quelques grandes options et d'en illustrer les conséquences, de brouiller les pistes en multipliant par trop les scénarios »⁸⁸². Il est inconcevable de représenter exhaustivement les « mille sentiers de l'avenir »⁸⁸³. C'est pourquoi il faut simplifier sans dénaturer les futurs possibles, l'objectif étant toujours de

⁸⁷⁹ Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 75.

⁸⁸³ Réf. à J. Lesourne, *Les mille sentiers de l'avenir*, Seghers, 1981.

produire une étude claire, donc éclairante, éventuellement au service de prises de décisions juridiques⁸⁸⁴.

Des jeux cohérents d'hypothèses

Parmi les divers scénarios, on en trouve souvent un correspondant à ce que sera le futur si l'on ne fait rien, un « futur officiel », un meilleur scénario parmi tous ceux qui sont réalistes, ainsi que plusieurs scénarios intermédiaires — qui sont ceux qui ont le plus de chances de devenir réalité.

La méthode des scénarios consiste à obtenir autant de scénarios différents qu'il y a de combinaisons d'hypothèses pour les différents facteurs clés. Ensuite, on peut fusionner les scénarios proches afin d'en limiter le nombre. Et, pour déterminer ces scénarios, la procédure suivante peut être appliquée⁸⁸⁵ :

1. Expliciter les facteurs et les placer sur ce graphique :



Seuls les quelques facteurs clés (cinq à dix suffisent) dont l'impact est important et dont l'évolution est imprévisible doivent être utilisés — si une évolution est trop prévisible, alors elle devient une tendance présente dans tous les scénarios ;

2. Examiner les causalités et les interconnexions entre ces facteurs et retenir des hypothèses contrastées pour chacun ;

3. Regrouper ces facteurs en un petit nombre de blocs selon le thème étudié ;

4. Repérer quelques blocs qui paraissent donner une image du futur cohérente et viable, ce seront autant de scénarios particuliers.

⁸⁸⁴ Mais le risque est alors que la méthode des scénarios devienne « une rhétorique combinant de manière aléatoire des éléments arbitraires » (P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 2).

⁸⁸⁵ G. Ringland, *Scenarios in Business and Scenarios in Public Policy*, John Wiley & Sons, 2002.

Les scénarios de la prospective juridique sont ainsi des jeux cohérents d'hypothèses conduisant de l'état actuel du problème de droit à ses diverses situations futures possibles en passant par différentes formes d'évolution. Le choix des dimensions et variables clés et des hypothèses correspondantes est évidemment déterminant pour la pertinence, la cohérence et la vraisemblance des scénarios. Le travail de recherche précédent est donc ô combien primordial.

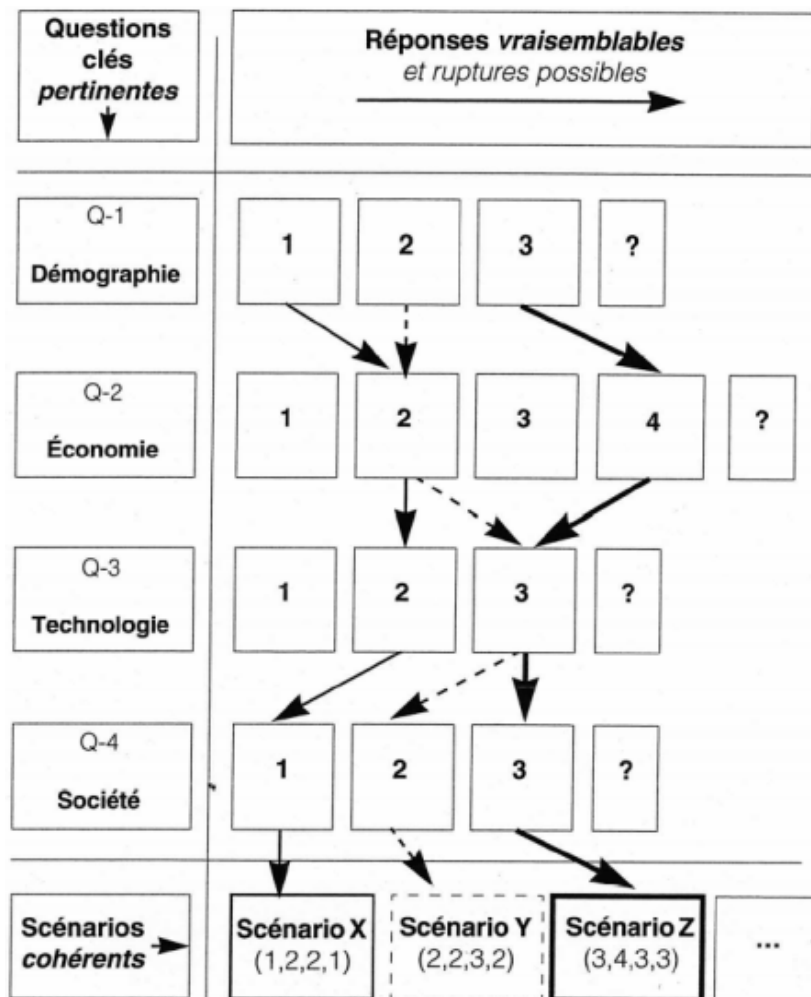
L'utilité d'un tableau morphologique et de scénarios dynamiques

L'analyse morphologique aboutit à des résultats proches. Cette méthode fort simple est très utile pour stimuler l'imagination et balayer le champ des scénarios possibles⁸⁸⁶. Il s'agit de décomposer le système en cause (juridique dans le cadre de la prospective juridique) en variables économique, sociétale, technologique, culturelle, organisationnelle etc., avec pour chacune de ces variables clés différentes hypothèses d'évolution future. L'espace morphologique définit ainsi précisément l'éventail des futurs possibles. Il correspond à un tableau morphologique tel que celui-ci (comprenant cinq critères, dimensions ou facteurs clés) :

Dimensions	Hypothèses ou configurations possibles à l'horizon 2010			
1) Contexte global, croissance économique	(a) Croissance uniforme 2 % par an	(b) Crise économique et récession		
2) Occupation du territoire et valeurs de la société	(a) Société attachée à l'environnement, à l'histoire locale, au patrimoine, ...		(b) "Désengagement", "culture mondiale", perte d'intérêt pour l'histoire	
3) Réglementation et financement de l'archéologie	(a) Renforcement du droit Financement en hausse et "sécurisé"	(b) Renforcement du droit, mais réglementation du financement absent	(c) Statu quo Droit faible et financement aléatoire	
4) Potentiel archéologique, pratiques scientifiques et administratives	(a) Archéologie volontariste de haut niveau scientifique	(b) Archéologie performante, stratégie explicite et motivée	(c) Prolongation des pratiques actuelles	(d) Archéologie routinière et mécaniste
5) Réalisation des fouilles et valorisation du patrimoine	(a) Opérateur public avec objectifs scientifiques, techniques et économiques	(b) Compétition sur le mieux disant scientifique	(c) Compétition sur le seul critère économique	

⁸⁸⁶ Jusqu'à la fin des années 1990, elle a pourtant été peu utilisée par les prospectivistes. Ceux-ci se contentaient de scénarios basés sur quelques combinaisons, les plus probables. L'inventeur de l'analyse morphologique, l'astrophysicien américain Fritz Zwicky, l'a élaborée au milieu des années 1940, alors qu'il travaillait pour l'armée. L'analyse morphologique a longtemps été utilisée seulement dans le cadre de la prévision technologique.

De cette manière, on pose les différentes questions clés les unes sous les autres et on indique sur chaque ligne les continuités, inflexions et ruptures possibles. Ensuite, construire un scénario revient à retenir une hypothèse par ligne, donc à combiner différentes hypothèses (tendances, alternatives, ruptures) pour chacune des variables. On dessine alors des cheminements avec des flèches, qui sont autant de scénarios cohérents⁸⁸⁷ :



On obtient ainsi des scénarios dynamiques⁸⁸⁸. Il peut être pertinent de nommer chacun d'entre eux en reprenant leurs caractéristiques les plus marquantes. Et il est possible de chercher à déterminer quels sont les scénarios les plus probables et ceux qui le sont le moins, mais à condition de disposer d'indicateurs pertinents et fiables, lesquels sont difficiles à obtenir.

⁸⁸⁷ M. Godet, « Synthèse du cours de Michel Godet », 2011/2012, [en ligne] <www.lapropective.fr>.

⁸⁸⁸ Ph. Cahen, *50 réponses aux questions que vous n'osez même pas poser ! Signaux faibles et scénarios dynamiques pour vitaliser la prospective*, Kawa, 2012.

Enfin, la prospective juridique ne cherchant pas à prédire, elle étudie un horizon (2025, 2050 etc.) mais elle n'annonce pas de dates ou, si elle le fait, c'est avec une très large approximation⁸⁸⁹. Elle prévoit des tendances générales mais elle n'annonce pas des événements futurs avec leurs dates et leurs intensités exactes.

Une fois les différents scénarios exploratoires précisés, le jusprospectiviste peut pénétrer dans l'espace de la prospective juridique stratégique : il promeut, parmi ces scénarios, un avenir souhaitable et réfléchit à la meilleure stratégie afin de lui permettre d'advenir. C'est ainsi que la prospective juridique peut le plus s'impliquer dans le droit en action.

⁸⁸⁹ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 89.

Chapitre 4. Proposer un avenir souhaitable et construire une stratégie

L'élaboration des scénarios exploratoires est un travail scientifique, c'est-à-dire le plus objectif et empirique possible. Le regard critique n'est cependant pas absent, car il faut à tout moment prendre garde à l'influence du conformisme et du prêt-à-penser qui sont de mauvais conseillers quant à l'avenir à moyen ou long terme ; mais ce regard critique reste en retrait. Il s'agit purement et simplement d'esquisser le visage le plus fin et le plus exact du futur du droit — en témoignant du pluralisme et de l'indétermination qui le caractérisent, ce qui est le défi.

Sitôt ce travail achevé, le jusprospectiviste concevant uniquement son ouvrage tel celui d'un scientifique peut se contenter de synthétiser et formaliser les résultats de ses recherches. Il faut cependant gager qu'une prospective juridique uniquement exploratoire, si elle est possible, est incomplète, qu'il est toujours pertinent de poursuivre l'effort jusprospectif sous la forme de la prospective juridique stratégique — encore une fois, si la prospective juridique stratégique sans la prospective juridique exploratoire est impossible, la prospective juridique exploratoire sans la prospective juridique stratégique est possible mais pas souhaitable tant l'école française de la prospective, de Gaston Berger à Michel Godet, a toujours fait de cette discipline une philosophie autant qu'une science, a toujours donné autant de place au regard critique qu'à l'analyse scientifique, a toujours conçu la prospective stratégique comme l'égale, au moins, de la prospective exploratoire.

Au-delà de l'aspect scientifique de la prospective juridique exploratoire, l'adoption d'un point de vue principalement critique s'impose afin de prolonger et approfondir la recherche jusprospective — sans toutefois abandonner totalement le point de vue scientifique car il ne s'agit en aucun instant de laisser triompher une quelconque subjectivité exacerbée et inconséquente. L'enjeu est dès lors de réfléchir au futur du droit qui, parmi tous les futurs du droit possibles, serait le plus désirable, cela en avançant les arguments les plus objectifs, les plus partagés ou, du moins, partageables, bien qu'un

système de valeurs ne puisse à cet instant qu'influencer les propositions du chercheur, dont le libre-arbitre revient au premier plan.

C'est ainsi que le jusprospectiviste peut le plus et le mieux orienter l'avenir du droit, même si, en éclairant les décideurs quant aux avènements du droit possibles grâce au travail de prospective juridique exploratoire, il l'influence également. On attendra toujours d'un jusprospectiviste qu'il prenne parti quant au droit de demain à privilégier, que ce soit sous un angle macro-juridique ou micro-juridique.

*De la préactivité (avec les scénarios exploratoires)
à la proactivité (avec le scénario stratégique)*

Il importe de préconiser les actions à mener, la stratégie à poursuivre et l'attitude à adopter afin de permettre à ce futur souhaitable de triompher des futurs possibles non souhaitables. On produit alors un scénario non plus exploratoire mais stratégique, normatif, qui se distingue en ce qu'il ne s'agit plus de partir du présent pour aboutir à un avenir pluriel mais de partir d'un avenir précis pour, étape par étape, remonter jusqu'au présent. La stratégie prend donc la forme d'un compte à rebours des actions à entreprendre pour atteindre l'objectif choisi. Cela permet en même temps d'évaluer le caractère plus ou moins réalisable du futur souhaité.

De la sorte, le jusprospectiviste passe de la préactivité (avec les scénarios exploratoires) à la proactivité (avec le scénario stratégique). L'avenir étant, aux yeux d'un prospectiviste, d'abord quelque-chose à construire, un fruit de la volonté et de la décision, la prospective juridique stratégique serait au moins aussi importante et nécessaire que la prospective juridique exploratoire. Mais elle ne peut intervenir qu'en second et dernier lieu, une fois le champ des futurs possibles défriché.

La capacité à se montrer critique à l'égard du monde du droit et des juristes est essentielle au moment de retenir un visage du futur du droit souhaitable ainsi qu'une stratégie pour l'atteindre car, en redonnant une certaine place à la subjectivité et au libre arbitre, le risque est grand d'aboutir à un scénario stratégique conformiste, beaucoup plus proche des modes de pensée et des besoins des personnes aujourd'hui impliquées dans l'action juridique que des modes de pensée et des besoins de ceux qui le seront à l'avenir. Or c'est bien de ces derniers qu'il faut tenir compte, ce qui suppose de s'émanciper de l'actualité, des représentations qui, aujourd'hui dominantes, le sont souvent par habitude plus qu'au

terme d'une réelle réflexion quant à leur opportunité. Il est impossible de construire le futur si l'on ne s'évade pas du présent.

Trop souvent, les idées fortes des scénarios stratégiques, qu'il s'agisse d'alertes ou de solutions, sont laissées de côté par peur du changement et, plus encore, par peur des révolutions. Mais cela ne doit pas empêcher le jusprospectiviste de les exprimer. Au contraire, cela doit l'inciter à les clamer haut et fort. C'est pour cette raison que Michel Godet voit dans la prospective une « indisciplinisme intellectuelle », parce que les prospectivistes ont un besoin vital d'indépendance d'esprit⁸⁹⁰. Sans doute, lorsqu'un scénario, bien que fondé, dérange les préconçus et met les décideurs et acteurs dans l'inconfort, a-t-il toutes les chances d'être ignoré. Reste qu'au moment de réfléchir au futur possible le plus souhaitable et aux moyens de l'atteindre, le jusprospectiviste n'a pas à intégrer cette donnée dans sa réflexion, son objectif étant d'essayer de convaincre ces décideurs et acteurs, de les inciter à reconsidérer leurs manières d'agir et de penser.

Identifier et évaluer les différentes options stratégiques disponibles

Il est néanmoins possible de donner davantage de place à la scientificité dans le cadre de la prospective juridique stratégique : il existe une méthode, appelée « Multipol », qui permet d'identifier et évaluer les différentes options stratégiques disponibles. Il s'agit d'une méthode multicritères comparant les actions et solutions à un problème en fonction de critères et de politiques multiples. L'objectif de Multipol est donc de fournir une aide à la décision en élaborant une grille d'analyse simple et évolutive des diverses actions ou solutions auxquelles le décideur pourra recourir⁸⁹¹. Les décisions juridiques prioritaires doivent être rendues plus consensuelles par le travail de prospective juridique, alors que l'action prioritaire est par définition sujette à contestations.

La synthèse, effort terminal du travail jusprospectif

« Ce qui compte dans la prospective, le plus extraordinaire, ce n'est pas le rapport final, c'est de vivre le processus qui mène à ce rapport », enseigne Michel Godet⁸⁹². Il n'en demeure pas moins que toute étude de prospective juridique doit aboutir à un résultat

⁸⁹⁰ Cf. M. Godet, « Le plaisir de l'indisciplinisme intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinisme intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 31 s.

⁸⁹¹ Cf. M. Godet, « Synthèse du cours de Michel Godet », 2011/2012, [en ligne] <www.lapropective.fr>.

⁸⁹² M. Godet, « Le plaisir de l'indisciplinisme intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinisme intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 33.

formel, c'est-à-dire à un rapport final, un document synthétisant les travaux menés (normalement quantitativement et qualitativement importants) et présentant les résultats obtenus, spécialement les scénarios exploratoires, et les préconisations sous la forme d'un scénario normatif et d'une stratégie. La transparence des recherches et des réflexions est très importante pour l'acceptabilité des propositions finales. Et la synthèse est l'aboutissement nécessaire du travail. C'est elle qui donne corps et sens à la pensée et à l'action. Mais la synthèse est aussi un moment réflexif, de remise en question et de reprise du travail, car il est fort possible qu'elle révèle des interrogations non résolues ou bien des incohérences.

Cette synthèse peut prendre la forme d'un rapport écrit, comprenant quasi-inévitablement des éléments graphiques et schématiques, mais aussi celle d'une vidéo ou d'un Powerpoint. La recherche en prospective juridique peut se faire dans un cadre universitaire ou bien en réponse à des commandes d'institutions ou d'entreprises particulières. Dans l'un et l'autre cas, on attend que des documents finaux soient produits.

Le risque de l'innovation indispensable à la prospective juridique stratégique

Si une idée nouvelle et importante mais difficile à accepter a été trouvée, son mode de restitution sera d'autant plus important car beaucoup des idées nouvelles et importantes sont perturbantes du point de vue des donneurs d'ordres qui risquent alors de les laisser de côté et de mettre au placard l'ensemble des rapports. L'écriture d'un tel rapport est donc un savant équilibre : il faut exprimer les thèses et propositions essentielles, pour ne pas se trahir ni trahir l'intention jusprospective, tout en ménageant les susceptibilités et, plus largement, les cultures et usages des destinataires du travail. L'audace doit être savamment pesée afin de ne pas faire fuir les lecteurs, acteurs et destinataires des observations et préconisations. Comme l'enseigne Michel Godet, « pour passer de l'anticipation à l'action, il faut l'appropriation. Une bonne idée que l'on veut imposer est une mauvaise idée »⁸⁹³.

Mais le rôle d'une recherche en prospective juridique est bien de susciter des réactions — qu'il s'agisse de réactions- commentaires ou de réactions-actions. Et tout cela concerne la restitution des scénarios exploratoires mais aussi et surtout celle des scénarios

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 34.

stratégiques. Le jusprospectiviste doit « être un détecteur d’erreurs et avoir le courage de s’inscrire à contre-courant, même si cela le rend impopulaire »⁸⁹⁴.

Toutes les organisations possèdent une vision implicite et directrice de l’avenir. Elles sont « mues par une sorte d’utopie qui leur sert de boussole »⁸⁹⁵. Or, si, au terme du travail de prospective, cette vision se trouve d’une manière ou d’une autre remise en question, qu’il s’avère qu’elle devrait être corrigée, il faut s’attendre à ce que cette organisation résiste et se détourne des résultats produits, bien que le but soit d’atteindre un avenir plus désirable. Il a été montré combien les hommes, quand ils réfléchissent, ont une fâcheuse tendance à ne pas écouter ni même entendre tout ce qui les dérange : « Tout ce qui nous arrange est juste, tout ce qui nous dérange est faux », résume-t-on⁸⁹⁶. Cela explique pourquoi des prospectivistes peuvent être tentés de se contenter de la présentation des différents scénarios exploratoires obtenus. Mais, en opérant ainsi, ils renoncent à ce qui fait l’essence de leur travail : la remise en cause des fondements sitôt que cela apparaît nécessaire⁸⁹⁷.

Par nature, tout travail de prospective juridique est risqué, même s’il convient de maîtriser ces risques. Une étude jusprospective sans prise de risque n’en serait pas vraiment une ; et il importe d’ « accepter l’erreur comme mode de pensée consubstantiel à une approche qui prend des risques »⁸⁹⁸. La prospective juridique doit amener le chercheur, d’une part, à questionner ses certitudes personnelles et, plus généralement, les certitudes communes et, d’autre part, à se projeter au-delà des certitudes. Le prospectiviste est un innovateur d’idées, mariant la réflexion et l’action.

Le risque est aussi celui de la synthèse, qui trahit forcément une partie du réel mais s’avère indispensable en raison de la complexité et de la multiplicité de ce réel. Comme l’ont écrit les précurseurs de la prospective juridique, « à un moment où la règle de droit s’émiette et se complique, où la tentation est grande de s’arrêter à l’étude technique, indispensable et déjà épuisante, nous sortons convaincus de l’intérêt qu’il y a à ne pas négliger les dynamiques d’ensemble, et de prendre le risque de la synthèse »⁸⁹⁹.

⁸⁹⁴ K. Valaskakis, « La prospective en trois leçons : mon apprentissage personnel », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d’une discipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 65.

⁸⁹⁵ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 120.

⁸⁹⁶ J.-F. Revel, *La connaissance inutile*, Grasset, 1998.

⁸⁹⁷ J. Lesourne, *Ces avènements qui n’ont pas eu lieu*, Odile Jacob, 2003.

⁸⁹⁸ O. Faron, « La prospective, une science neuve et utile », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d’une discipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 9.

⁸⁹⁹ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. XI.

Le prospectiviste du droit aura inéluctablement annoncé des avènements du monde juridique qui n'auront pas eu lieu⁹⁰⁰. Cela pourra susciter des railleries de la part de certains observateurs, mais l'objet même de la recherche en prospective juridique oblige à « faire fausses routes ». Face à ce risque de l'erreur, si ce n'est cette certitude de l'erreur, la seule solution est la méthode, garante d'un minimum de fiabilité. Aussi peut-être est-ce avant tout le caractère scientifique et critique de la prospective juridique qui lui conférera la légitimité nécessaire à son acceptation parmi les diverses branches de la recherche juridique. Le jusprospectiviste doit donc s'inscrire dans le cadre des grands principes épistémologiques de la prospective juridique que sont, principalement, l'analyse scientifique et le regard critique⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Réf. à J. Lesourne, *Ces avènements qui n'ont pas eu lieu*, Odile Jacob, 2003.

⁹⁰¹ Par ailleurs, Thierry Gaudin relève que « ce que l'on observe le plus souvent, et surtout dans les grandes institutions, c'est l'utilisation délibérée de la prospective à des fins de promotion commerciale, voire de propagande » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 120). En aucun instant la prospective juridique ne saurait se mettre au service de telles fins. Tout jusprospectiviste doit s'efforcer en permanence à lutter contre une telle dérive, ce que permet normalement l'association de l'analyse scientifique et du regard critique.

Titre 2. Les principes de la prospective juridique

Maurice Hauriou, grand juriste publiciste du début du XXe siècle, notait que son « emploi d'une méthode d'observation des faits tellement positive, tellement rigoureuse, tellement sincère »⁹⁰² conduisait nombre de ses commentateurs à ne pas en comprendre les exigences « parce qu'ils s'attend[aient] à des systèmes achevés et que [ses] travaux n'[étaient] en réalité que des bulletins successifs d'un laboratoire de recherches »⁹⁰³. L'objet de la prospective juridique est si évanescent et insaisissable qu'il est difficile de ne pas tenir un même discours la concernant. Cependant, certains principes sont là afin de structurer et consolider le travail des jusprospectivistes. Ils constituent un cadre épistémologique indispensable afin de lui apporter un peu de confort et de sûreté dans ce qui est forcément une périlleuse entreprise, tant sous l'angle des fins que sous l'angle des moyens.

Les deux premiers principes inhérents à la démarche jusprospective sont l'examen scientifique et l'approche critique — Lucien Sfez évoque ainsi « un discours scientifique et critique dont la prospective est un des modes »⁹⁰⁴. La scientificité est indispensable à la prospective juridique exploratoire, tandis que le caractère critique est nécessaire à la prospective juridique stratégique. Cependant, comme la prospective juridique exploratoire et la prospective juridique stratégique doivent dans l'idéal toujours marcher ensemble, le regard du jusprospectiviste s'efforcera à être à la fois scientifique et critique, cela afin de produire des propositions et des jugements objectifs, accordant le moins de place possible à la subjectivité — et même s'il est certain, comme le disait Christian Atias, que l'objectivité est « une subjectivité consciente d'elle-même »⁹⁰⁵ et que cette objectivité ne saurait être mieux qu'un objectif vers lequel il faut tendre tout en sachant qu'il ne saurait être atteint.

⁹⁰² M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. VII.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. XXVI.

⁹⁰⁴ L. Sfez, « Prospective », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1267.

⁹⁰⁵ Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 62.

Science et critique peuvent sembler *a priori* opposées et inconciliables. Le jusprospectiviste doit pourtant se situer entre les deux, en équilibre, position ardue mais finalement confortable une fois passée la surprise des débuts, car elle est un garant du sérieux des recherches — face à un objet, le futur du droit, que d’aucuns pourraient juger peu sérieux. Le chercheur peut éviter, grâce à la critique, l’excès de purisme et de technicisme induit par la scientificité et se prémunir, grâce à la scientificité, contre l’excès d’idéologie et de finalisme dû à la critique. Le cadre de la prospective juridique se situe ainsi à mi-chemin entre celui du juge instruisant à charge et à décharge et celui de l’avocat défendant une thèse donnée. La recherche en prospective juridique entend de la sorte se protéger à la fois des abus de subjectivité et des abus de conservatisme.

Le droit, tel qu’il se trouve élaboré et pratiqué au jour le jour afin de pacifier et organiser les relations humaines, ne se confondra jamais avec l’une ou l’autre proposition de chercheur. Il existe différentes théories et analyses parce que le droit que mettent en œuvre les praticiens ne se nourrit que de fragments de chacune. La vérité réside quelque part au cœur de ces contrées, peut-être plus proche d’un précepte que d’un autre, mais elle se refuse à appartenir à un seul courant de pensée, à une seule école ou à un seul homme. Aussi l’enjeu — loin de quêter un chemin encore vierge de réflexions — consiste-t-il à ériger un juste milieu en profitant des propositions les plus pertinentes de chacun. *A fortiori* dès lors qu’on souhaite étudier un objet aussi incertain que le futur du droit, l’objectivité, la prudence et la modestie doivent être les premiers outils de l’observateur. Et le regard critique est là pour rappeler que l’objectivité ne doit pas se transformer en aveuglement, la prudence en paralysie et la modestie en timidité.

La critique est une invitation à la discussion et à l’acceptation du changement. Ensuite, la recherche critique se définit déjà telle une recherche libre. La pensée, pour être critique, doit être libérée de toutes les formes d’influence qui pourraient amener à rechercher la réalité aux yeux des autres, aux yeux des maîtres, plutôt que la réalité aux yeux de la science, aux yeux de la logique, aux yeux de la raison. Cette liberté est donc une indépendance d’esprit. Et, puisqu’elle marche aux côtés de la science, elle doit demeurer raisonnée et éclairée. Dans tous les cas, le futur devenu présent permettra de juger la qualité du travail du jusprospectiviste, ce qui l’oblige à l’humilité et à la retenue.

Sans doute est-il impossible d’être, dans les sciences humaines et sociales, parfaitement scientifique et/ou parfaitement critique. Ce n’en sont pas moins là des ingrédients essentiels dont le chercheur en prospective juridique doit s’imprégner. Or le sens scientifique et le sens critique s’obtiennent en premier lieu grâce à la transparence,

c'est-à-dire l'explication des choix opérés en termes d'objets de recherche et de méthodes de recherche. Puisque tout est affaire de choix, décrire précisément et substantiellement les prémisses retenues apparaît indispensable — à moins de se situer dans le cadre d'une branche de la recherche juridique dont les prémisses seraient communément admises et largement connues. Dès lors que tel n'est pas le cas, les chercheurs sont invités à rédiger de longues introductions afin de répondre à cette exigence épistémologique.

Raymond Saleilles, il y a fort longtemps, a montré combien la pensée dépend de l'éducation⁹⁰⁶. Les résultats d'une étude quelle qu'elle soit ne sont souvent que la conséquence quasi-mécanique de la méthode adoptée par son auteur. C'est pourquoi il convient de classer les différentes branches de la recherche juridique en fonction des attitudes épistémologiques qui les sous-tendent, qui les orientent. Et ce qui particularise avant tout la prospective juridique, c'est l'angle à la fois scientifique (*chapitre 1*) et critique (*chapitre 2*) adopté par le chercheur, sans lequel il ne pourrait entrevoir assez distinctement l'avenir du droit.

La prospective juridique conduit à étudier et penser le droit du futur. Il importe donc de bien distinguer ces deux composantes intellectuelles de la prospective juridique que sont l'étude du droit et la pensée du droit. L'étude consiste, « par un effort d'observation et de pénétration, [à] acquérir l'intelligence des êtres, des choses, des faits »⁹⁰⁷. Elle doit être foncièrement scientifique. La pensée implique de « concevoir par l'esprit, par l'intelligence ; combiner, organiser des concepts, des idées, leur donner un sens ; exercer son sens critique, son jugement ; élaborer des systèmes intellectuels, des théories »⁹⁰⁸. Elle doit être fondamentalement critique.

Par ailleurs, la prospective juridique est nécessairement interdisciplinaire : il s'agit d'un regard non exclusivement juridique porté sur le droit et sur son environnement (*chapitre 3*).

Enfin, la prospective juridique suppose, dans l'idéal, que les recherches soient menées collectivement et non individuellement, cela en premier lieu en raison de l'ampleur de la tâche dès lors qu'on souhaite produire une étude jusprospective en bonne et due forme, c'est-à-dire en appliquant l'ensemble ou, du moins, l'essentiel des techniques précédemment décrites (*chapitre 4*).

⁹⁰⁶ R. Saleilles, « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement* 1902, p. 313 s.

⁹⁰⁷ V° « Étudier », in *Trésor de la langue française*.

⁹⁰⁸ V° « Penser », in *Trésor de la langue française*.

Cependant, et encore une fois, la prospective juridique peut parfaitement se concevoir au sens large telle une attitude générale à l'égard du droit, comme cela serait le cas au sein d'une *Revue (Internationale) de Prospective Juridique*. Ce qui importe alors est le mariage de la scientificité et du caractère critique, car il s'agit avant tout d'un « mélange instable de liberté et de nécessité, dont le discours scientifique et critique peut seul éliminer les abus »⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ L. Sfez, « Prospective », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1267.

Chapitre 1. Une recherche scientifique

La scientificité de la prospective juridique implique que les chercheurs dans ce domaine, parce qu'ils souhaitent être crédibles, s'appuient sur des données, des expertises, des arguments aussi rigoureux et fiables que possible⁹¹⁰. Plus un objet est abordé sous un angle scientifique, plus les conclusions tirées des travaux sont légitimes et, souvent, pertinentes.

Sont scientifiques, selon les dictionnaires de la langue française, les « connaissances qui se rapportent à des faits obéissant à des lois objectives et dont la mise au point exige systématisation et méthode »⁹¹¹. Peut-être quiconque étudie le droit doit-il le plus souvent porter l'ambition de forger de telles connaissances scientifiques. Son entreprise doit alors respecter l'exigence de systématisation et de méthode.

Cela s'applique pleinement au chercheur en prospective juridique, dont la scientificité le distingue des autres formes de réflexion sur l'avenir. Aussi faut-il réfléchir aux quelques principes à appliquer afin de se rapprocher de la recherche scientifique et s'éloigner du discours dogmatique.

Est dogmatique l'attitude de qui accepte une affirmation uniquement en fonction de l'autorité de celui qui en est à l'origine, sans vérification aucune de son bien-fondé concret et/ou pérenne. La locution « *magister dixit* » (« le maître l'a dit ») témoigne de ce qu'est le dogmatisme. Or il serait sans grand intérêt d'interroger l'avenir du droit dans un tel cadre dogmatique, au moyen d'arguments d'autorité — en revanche, le dogmatisme éventuel des juristes, source d'immobilisme et de suivisme, est une donnée à prendre en compte au moment d'élaborer des scénarios des futurs du droit.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 1266.

⁹¹¹ V° « Science », in *Trésor de la langue française*.

Scientificité et méthode scientifique

Ensuite, il faut admettre qu'« il y a une différence de qualité entre l'étude d'objets du monde physique et l'étude de systèmes juridiques »⁹¹², c'est-à-dire une différence de scientificité entre les sciences de la nature et les sciences de la société, et que « ce qui fait défaut, c'est une matière qui puisse être définie explicitement et sans ambiguïté, et qui puisse être soigneusement séparée du reste du monde social. C'est précisément ce que l'étude des systèmes juridiques ne peut faire »⁹¹³. Malgré cette limite ontologique liée aux frontières incertaines du continent juridique dans le monde social, la recherche en droit connaît des degrés de scientificité. Et, parmi les diverses branches de la recherche juridique, la prospective juridique doit compter au nombre des plus scientifiques, surtout lorsqu'elle se présente sous la forme de la prospective juridique exploratoire. Ce n'est qu'à cette condition que le regard porté sur le futur du droit peut être strictement distingué de toute forme de divination ou de prophétie.

La scientificité dépend en premier lieu du choix et de l'application d'une méthode scientifique, ainsi que de la présentation claire et transparente de cette méthode. « Méthode » vient du grec « *meta odos* », ce qui signifie « le chemin (*odos*) qui mène au loin (*meta*) ». Une prospective sans méthode serait donc une contradiction dans les termes ou, du moins, un exercice très peu conséquent et porteur. L'exposé de la méthode permet de comprendre et, éventuellement, juger la recherche en toute connaissance de cause.

Pour conférer un cadre scientifique à la recherche, cette méthode doit être à base d'objectivité et d'empirisme, amenant à décrire — et non prescrire — ce que sera le droit à l'aune d'éléments factuels, à adopter un point de vue externe, sans parti pris, et à faire preuve de pragmatisme, écartant au maximum le dogmatisme et la subjectivité.

La prospective juridique entre scientificité et ascientificité

Quant au statut et au contenu de cette méthode scientifique, il existe des débats parmi les spécialistes, au-delà de l'objectivité et de l'empirisme attendus — car on peut travailler sur des faits et des données même si l'on s'intéresse aux futurs du droit : les faits et les données du présent et du passé. Depuis le début des années 1970, deux tendances

⁹¹² L. M. Friedmann, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 117-118.

⁹¹³ *Ibid.*

s'opposent : la simple attitude prospective⁹¹⁴, qui amène à considérer que « la prospective est d'abord une philosophie »⁹¹⁵, et la véritable science prospective, soit une démarche prospective autrement plus rigoureuse⁹¹⁶. Peut-être mieux vaut-il considérer que l'une et l'autre ne doivent pas s'exclure, qu'il s'agit de prospective pleine et entière lorsque les principes et étapes méthodologiques sont tous ou presque tous respectés et de prospective au sens large lorsque le chercheur se contente d'adopter la vision et la démarche prospective — dans la continuité des fondateurs de l'école française de la prospective tels que Gaston Berger pour qui c'est avant tout un « regard » particulier jeté sur l'avenir s'appuyant sur les connaissances et les méthodes des sciences sociales⁹¹⁷.

Pour aspirer au statut de branche de la recherche juridique à part entière, la prospective juridique doit toutefois apporter la preuve de son authentique particularisme, ce qui suppose d'insister sur la prospective-science, au-delà de la prospective-attitude. Les méthodes formalisées sont d'utiles garants afin de donner à la prospective juridique la rigueur intellectuelle qui lui est nécessaire afin de s'imposer. Parmi les sciences humaines et sociales, la prospective n'est devenue que très modestement une discipline scientifique et universitaire reconnue comme telle, notamment en raison de sa diversité de fins et de moyens la plongeant dans un certain brouillard épistémologique. Pourrait-il en aller autrement de la prospective juridique au sein de la recherche juridique ?

La prospective juridique pourrait appartenir à la fois aux sciences du droit et aux philosophies du droit — sans qu'il soit besoin de choisir. Pour ce qui est des sciences du droit, elle y figurerait aux côtés de l'histoire du droit, du droit comparé, de la sociologie du droit, de l'anthropologie du droit, de la linguistique juridique, de la méthodologie juridique, de l'analyse économique du droit (dont la scientificité est davantage sujette à caution) ou encore de la science du droit positif — qui consiste à expliquer et interpréter les lois et jurisprudences positives et que pratiquent 90 % des juristes des universités.

À l'inverse, les branches de la recherche juridique peu ou pas scientifiques sont la théorie du droit, la philosophie du droit, la légistique et la politique juridique. Or ces trois

⁹¹⁴ Par exemple, Thierry Gaudin écrit : « Est-ce que la prospective est “scientifique” ? Certes non ! [...] C'est une technique cognitive. [...] Son ambiguïté [la] situe en dehors du champ de la science » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 9). Plus loin, il ajoute : « La prospective doit avant tout s'adapter. C'est une activité “sur mesure” de conscientisation, qui ne peut se réduire à un processus machinal. Sans doute, les habitudes de pensée héritées de l'ère industrielle privilégient implicitement tout ce qui peut ressembler à une machine bien huilée et les institutions sont rassurées quand on leur présente une “méthode” » (*ibid.*, p. 53).

⁹¹⁵ H. De Jouvenel, « Genèse et éthique de la prospective », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 42.

⁹¹⁶ Par exemple, O. Faron, « La prospective, une science neuve et utile », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 9 s.

⁹¹⁷ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 2.

dernières, qui donnent une grande place aux considérations politiques, sont les plus intimement liées à la prospective juridique, ce qui fait douter de sa possible scientificité. Mais dénier à la prospective juridique tout caractère scientifique la fragiliserait beaucoup. Sans ignorer ses limites, les jusprospectivistes doivent donc s'attacher à renforcer au maximum l'objectivité et l'empirisme de leurs activités, cela notamment afin de se prémunir contre les dérives de la philosophie du droit et de la politique juridique lorsqu'elles conduisent à des joutes doctrinales par trop empreintes d'idéologie, de subjectivité et/ou de conservatisme pour pouvoir être porteuses. Aussi est-il important de ne jamais entamer un exercice jusprospectif sans lui avoir donné au préalable une solide base épistémologique.

*Structurer scientifiquement la prospective juridique
pour se démarquer des autres discours sur l'avenir*

Les prospectivistes ne semblent guère s'adonner à une activité moins scientifique que celles des autres spécialistes du futur. Les modèles des prévisionnistes, économistes et statisticiens, en particulier, consistent en des simulations en apparence très scientifique car remplies d'équations mais qui ne garantissent ni l'exactitude ni l'objectivité des résultats obtenus⁹¹⁸. Ces derniers conservent en effet le caractère arbitraire et subjectif des hypothèses d'entrée⁹¹⁹. Or l'expérience enseigne que, si les économistes et les démographes, notamment, usent abondamment de tels modèles toujours plus sophistiqués, leurs hypothèses d'entrée sont souvent très sommaires, arbitraires et faiblement argumentées⁹²⁰.

Face à cela, la méthode des scénarios des prospectivistes repose sur un parti pris élémentaire : mieux vaut une approximation grossière mais juste qu'une prévision très fine mais erronée. Il serait donc préférable d'adopter un point de vue macro et de se concentrer sur les grandes tendances que d'utiliser des instruments très sophistiqués pour aboutir à des prévisions chiffrées très précises, mais loin de la réalité parce que ne prenant pas en compte les événements, les discontinuités et les ruptures⁹²¹.

⁹¹⁸ Par exemple, G. Erner, *Sociologie des tendances*, Puf, 2008.

⁹¹⁹ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 51.

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ Cf. A. Gras, *Sociologie des ruptures – Les pièges du temps en sciences sociales*, Puf, coll. Le sociologue, 1979 ; M. Bessin, C. Bidart, M. Grossetti, *Bifurcations – Les sciences sociales face aux ruptures et à l'événement*, La découverte, 2010.

Si, en raison de son aspect critique, la prospective est qualifiée d'« indisciplinée intellectuelle » par Michel Godet⁹²², ce dernier, sans faire œuvre paradoxale, insiste sur le besoin de discipline — donc de rigueur — méthodologique. Car il n'y a qu'à cette condition que la prospective peut se démarquer des autres discours sur l'avenir⁹²³. Les méthodes particulières de l'école française de la prospective ont ainsi été développées par Michel Godet dès les années 1980 puis n'ont guère évolué, si ce n'est que des logiciels sont apparus, facilitant le travail⁹²⁴. Cela a permis de structurer scientifiquement la discipline⁹²⁵ — alors que déjà en 1783 Condorcet avait écrit un mémoire pour l'Académie royale des sciences contenant ses « Réflexions sur la méthode de déterminer la probabilité des événements futurs, d'après l'observation des événements passés ».

Concernant la prospective juridique, s'agissant de premières tentatives, de premiers jalons, mieux vaut peut-être s'en tenir à une méthode simple et sûre, une méthode à la fois rigoureuse et suffisamment peu compliquée pour pouvoir être appliquée par le plus grand nombre. Cela suppose aussi de ne pas voir dans tous les principes et, surtout, dans toutes les étapes formelles des conditions cumulatives indispensables à toute recherche jusprospective. En somme, plus une étude respectera ces indications méthodologiques, plus elle sera véritablement jusprospective — et scientifique.

Reste que l'utilité de la méthode de la prospective juridique est de réduire les incertitudes et les incohérences, s'appuyer sur un langage commun, mais aussi structurer et stimuler la réflexion personnelle et favoriser l'appropriation. En cela, elle est au service de la critique comme la prospective juridique exploratoire est au service de la prospective juridique stratégique.

Par ailleurs, le projet de faire de la prospective juridique une discipline autonome parmi les sciences du droit suppose qu'elle puisse se donner ses propres objets de recherche,

⁹²² Notamment, M. Godet, « Le plaisir de l'indisciplinée intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinée intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 31 s.

⁹²³ Aussi Michel Godet explique-t-il qu'il a « avancé cinq conditions de la rigueur des méthodes : la pertinence, la cohérence, la vraisemblance, l'importance et la transparence » (Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVIII). Et de rappeler qu'il a « développé toute une boîte à outils de prospective pour se poser les bonnes questions, identifier les variables et acteurs clés, construire des scénarios, les probabiliser et évaluer les options » (*ibid.*).

⁹²⁴ Ces logiciels sont téléchargeables sur le site <www.lapropective.fr>.

⁹²⁵ Néanmoins, aujourd'hui, des prospectivistes innove dans les méthodes et pratiques avec des outils participatifs profitant des nouvelles possibilités d'échange d'informations sur le web, avec les smartphones, comme Lidoli pour le recueil d'opinions par des votes colorés ou Scenaring Tool pour la construction de scénarios modulaires par l'analyse morphologique. Nouvelles technologies, *big data*, nouvelles techniques analytiques (algorithmes etc.) : les outils à la disposition du prospectiviste pour étudier l'évolution de variables lors d'un exercice prospectif se sont considérablement perfectionnés ces dernières années.

donc qu'elle ne travaille pas uniquement sur commande — car la commande est un moment structurant exerçant une grande influence sur les activités du chercheur.

Une scientificité variable selon les étapes du travail jusprospectif

Les trois premiers des quatre temps principaux de la démarche jusprospective doivent obéir à une éthique scientifique aussi élevée que possible, donc à un véritable professionnalisme de chercheur. L'identification de la problématique, le recueil des données significatives et l'élaboration d'indicateurs fiables, ainsi que l'élaboration d'hypothèses et de scénarios des futurs possibles, doivent se conformer aux canons de la veille scientifique, de l'historien et du chercheur en sciences humaines. Sous cet angle, le principal danger pour toute étude de prospective juridique est peut-être de fournir un travail de veille insuffisant, de ne pas consacrer assez de temps à la documentation et au recueil d'informations. Le choix d'un scénario plus souhaitable que les autres et la réflexion quant aux moyens à déployer afin de lui donner toutes les chances d'advenir supposent en revanche moins d'examen scientifique et plus d'analyse critique. La dimension subjective et volontariste inhérente aux projets interdit de les imaginer en termes neutres et objectifs⁹²⁶.

La prospective juridique pourrait donc se caractériser, notamment, telle une science des futurs du droit et telle une science du droit en action — cette action visant à préparer et bâtir le futur. Or, comme le décrivait Gaston Berger, confortant le besoin de scientificité des travaux, « la “science de la pratique” perdrait vite tout intérêt si elle ne procédait d'expériences véritables et si elle ne se maintenait constamment en contact avec la réalité concrète. D'ailleurs, c'est aux fruits qu'il porte qu'il faut juger l'arbre et non point d'après les théories du jardinier »⁹²⁷. Malgré son objet particulier, toute recherche jusprospective sera confrontée à la sanction du réel⁹²⁸.

Les limites d'une science : le droit et son futur, objets d'étude instables et incertains

Les difficultés qu'éprouve le droit devant l'exigence de scientificité ne proviennent pas que de ses méthodes insuffisamment précises et rigoureuses. Elles incombent également à

⁹²⁶ J. Lesourne, *L'Europe à l'heure de son crépuscule – Essai de prospective*, Odile Jacob, 2014.

⁹²⁷ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective nov.* 1960, n° 6, p. 4.

⁹²⁸ Gaston Berger pouvait ajouter que « les commentaires doivent être ici moins étendus — et ils sont moins importants — que les sortes de “procès-verbaux de recherche” qui vous sont offerts. Il s'agit, pour chacun, de juger soi-même — et sur pièces » (*ibid.*, p. 5).

l'objet d'étude, c'est-à-dire au droit lui-même. Les sciences sociales se développent sur un terrain terriblement aléatoire et évanescent : l'homme, le corps social. Les sciences du droit ne sont qu'un peu mieux loties avec le droit. Est-ce parce que la méthode d'étude est instable et incertaine que l'objet d'étude est instable et incertain ou parce que l'objet d'étude est instable et incertain que la méthode d'étude est instable et incertaine ? S'exerce certainement un jeu dialectique entre ces éléments : la fragilité de l'un accentue celle de l'autre qui à son tour renforce la première etc. C'est pourquoi, en axant les efforts sur la méthode de la prospective juridique, on cherche à favoriser sa stabilité et sa légitimité, ainsi que celles du droit lui-même.

Toujours est-il qu'en raison de son objet même, la prospective juridique ne saurait aspirer au plus haut niveau de scientificité possible, y compris à l'intérieur des seules sciences humaines et sociales. Elle peut utiliser des résultats scientifiques, revendiquer une démarche scientifique lorsqu'elle se fait exploratoire plutôt que stratégique, mais il vient nécessairement un moment où elle redevient un discours sur l'avenir du droit et, puisque l'avenir du droit n'est pas écrit à l'avance et reste à faire, malgré les continuités et les inerties, elle finit toujours par s'écrouler en partie sur ses bases scientifiques. Comme le décrit Thierry Gaudin, « la rationalisation scientiste, même si elle contribue à rassurer sur le "sérieux" des études, s'essouffle vite à essayer de modéliser l'avenir. Les tentatives de mise en équation sont limitées par le manque ou l'imprécision des données d'observation pertinentes et par les capacités de calcul »⁹²⁹.

On se réfère souvent, en prospective, à la théorie des jeux⁹³⁰. La grande complication est qu'ici, et à la différence par exemple du jeu d'échecs, le plateau peut à tout moment évoluer et les pièces changer d'ordre et de nombre. Les sciences humaines et sociales ne peuvent se dire scientifiques que par l'étude d'objets présents ou passés. Le réel délimite le champ de leur pratique. Concernant le futur proprement dit, il n'y a rien à observer, aucune matière concrète sur laquelle travailler. Scientifiquement, seul compte ce qui est ou a été effectivement. Tout économiste, sociologue ou historien ne souhaite pas sortir de ces bornes et sait que, s'il le fait, il perdra ce qui définit sa pratique comme rationnelle et concluante. Le prospectiviste, lui, n'a de cesse d'effectuer cette sortie.

Tel est le défi de la prospective juridique : accepter les limites scientifiques des travaux tout en s'efforçant à utiliser des données, des expertises et des arguments aussi rigoureux et fiables que possible. Ignorer ces limites conduit à fantasmer sur le rôle et la science du

⁹²⁹ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 11.

⁹³⁰ Notamment, J. Von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, 1944.

jusprospectiviste ; ce qui explique la fréquente formation de « groupes dominants » à l'intérieur des équipes de prospective, lesquelles, dès lors, fonctionnent sur une rationalité imposée⁹³¹. C'est pourquoi, y compris dans son volet exploratoire, la prospective juridique doit toujours être critique. Le caractère critique, appelant le jugement objectif et l'indépendance d'esprit, a vocation à rendre les travaux aussi justes, rationnels et pertinents que possible, malgré leurs limites scientifiques.

La rationalité de la prospective juridique ne saurait être déduite des sciences de la nature. Elle relève d'un tout autre modèle, de type interprétatif, élaboré et à l'œuvre en médecine clinique, police scientifique, psychanalyse ou histoire. Ce modèle suppose une attitude particulière : celle du détective ou du chasseur. Il s'agit de trouver et explorer des pistes, traquer des objets cachés à partir de traces interprétées grâce à des hypothèses comme des signes ou des symptômes. Il n'y a pas que les sciences « dures » qui travaillent sur leurs objets en les traitant comme des indices de ce qui peut advenir. La prospective juridique, comme la médecine clinique ou la psychanalyse, repose sur la recherche de symptômes, c'est-à-dire de faits scientifiquement construits et porteurs d'avenir⁹³².

Mais la prospective juridique se présente aussi et peut-être avant tout tel un art critique du présent au service de la prise de décision, permettant de construire des stratégies créatives alliant vision et action.

⁹³¹ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 9. L'auteur demande ainsi : « Qui ignore que la posture spécifique de la prospective, qui consiste à réfléchir à partir de ce qui est ou a été sur ce qui n'est pas encore, transforme toute vérité scientifique du moment en dogme ? » (*ibid.*).

⁹³² *Ibid.*, p. 6.

Chapitre 2. Une recherche critique

Comme l'observaient déjà en 1976 les fondateurs de la *Revue de droit prospectif*, « la recherche prospective procède d'une attitude critique à l'égard de tout ce qui existe ; en matière juridique, l'attitude prospective implique une mise en question permanente du Droit positif »⁹³³. Or ce caractère critique de la recherche ne saurait être considéré comme secondaire par rapport au caractère scientifique. Épistémologiquement, l'un et l'autre sont les deux éléments les plus importants de la prospective juridique, donc ceux auxquels il est le moins permis de déroger. En somme, ils sont constitutifs de l'attitude prospective, laquelle est la base fondamentale de la prospective juridique.

L'approche critique est indispensable car l'avenir du droit est moins à déterminer, ce qui serait une œuvre scientifique, qu'à inventer et à construire. Or la critique permet la liberté et l'imagination indispensables à une telle approche de l'avenir du droit. « Demain ne sera pas comme hier. Il sera nouveau et il dépendra de nous. Il est moins à découvrir qu'à inventer », enseignait ainsi Gaston Berger⁹³⁴. Le futur du droit est ouvert, il est un domaine de volonté et de liberté. Une approche simplement scientifique serait donc insuffisante et peut-être même inconséquente puisque ce futur n'est pas prédéterminé et donc connaissable au moyen d'instruments d'investigation purement objectifs et empiriques. L'avenir est un ensemble d'avenirs possibles et hétérogènes, ce qui invite à l'envisager sous un angle critique afin de ne pas subir la pesanteur du passé.

La critique, en tant que jugement objectif permis par la liberté et l'ouverture d'esprit, permet au jusprospectiviste d'être à la fois engagé, car la fonction de la prospective juridique est de préparer l'action juridique, et dégagé, car une certaine distance et une certaine prudence sont indispensables. Le côté ambitieux de la prospective juridique n'est

⁹³³ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

⁹³⁴ G. Berger, *Phénoménologie du temps et prospective*, Puf, 1964.

admissible que s'il est compensé par une humilité et une grande rigueur que la scientificité et le caractère critique ont vocation à garantir⁹³⁵.

Ne pas brider la créativité, l'imagination ni l'intuition

Le regard critique doit permettre de « voir profond ». Tel est l'enseignement de Gaston Berger, qui était phénoménologue : il faut dépasser les apparences, les premières impressions sur les choses pour savoir ce qu'elles sont vraiment et aller suffisamment loin dans les analyses, ce que la seule approche scientifique ne permet pas. Le risque, avec la science, est d'appliquer des méthodes de façon trop mécanique et systématique. Les méthodes doivent seulement stimuler et enrichir la réflexion, mais pas s'y substituer. Surtout en matière de prospective juridique, où les résultats ont par définition une validité incertaine et discutable, il serait dommageable de se retrouver prisonnier de ces résultats. La critique et l'indiscipline intellectuelle apparaissent donc indispensables, en matière de prospective juridique stratégique surtout, mais aussi s'agissant de la prospective juridique exploratoire.

La prospective juridique doit prendre appui sur des données et des arguments scientifiques, mais aussi sur des éléments pouvant sembler revêtir moins de valeur, parce qu'issus de l'imagination ou de l'intuition, mais susceptibles en réalité d'indiquer des pistes très intéressantes afin d'envisager les futurs possibles. En ce sens,

*Peut-être est-ce une grande erreur de penser que l'avenir sera le produit d'actions humaines raisonnables alors qu'à l'évidence, les comportements des êtres humains, a fortiori des groupes sociaux, ne sont pas uniquement dictés par la raison mais par bien d'autres motifs, y compris parfois par la folie. À trop vouloir produire des conjectures dites sérieuses, à trop brider l'imagination afin de ne pas être taxés de spéculations fantaisistes, peut-être nous condamnons-nous à une certaine myopie dans l'exploration des futurs. Ainsi est posée la question de la place de la fiction, de la créativité, de l'imagination, de l'intuition dans la démarche prospective et, plus spécifiquement, des relations entre science-fiction et prospective, des apports de celle-ci à celle-là. La liberté littéraire permet de déconstruire nos représentations et, dès lors, d'explorer d'autres mondes et formes de société que ceux que nous connaissons.*⁹³⁶

⁹³⁵ J. Lesourne, « Le chemin d'un ingénieur vers la prospective », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 21.

⁹³⁶ H. De Jouvenel, « Science-fiction et prospective », *Futuribles* 2016, n° 413.

*Des jugements objectifs : faire abstraction du « prêt à penser »
mais se refuser à toute opposition ou dénonciation de principe*

La pensée critique, raisonnablement libre, ouverte et indépendante, est le vecteur privilégié des « révolutions scientifiques ». Il serait donc nécessaire, bien au-delà de la prospective juridique, de favoriser le regard critique afin de permettre le développement et le perfectionnement de la recherche et des connaissances juridiques. Avec la pensée critique, associée à l'étude scientifique, on travaille à grand renfort d'arguments aussi objectifs que possible, on entoure ses recherches de gages scientifiques suffisants, et on écarte les dogmes, les idées préconçues et le « prêt à penser ». *A fortiori* en matière de prospective juridique, si les observations et propositions du chercheur ne faisaient que conforter les paradigmes passés et actuels, la recherche ne présenterait guère d'utilité⁹³⁷.

Néanmoins, et même si, dans les sciences du droit plus qu'ailleurs, la prime va souvent à la continuité plus qu'à l'innovation qui est source de rupture, la critique interdit de vouloir faire œuvre révolutionnaire, iconoclaste ou autrement anarchiste. Telle est la grande différence entre la pensée anarchiste et la pensée critique : la fin poursuivie par la première est le changement et elle oblige par principe à plaider pour des révolutions ; la fin poursuivie par la seconde est le jugement objectif, qui peut être positif ou négatif, donc la lucidité, ce qui conduit à soutenir les paradigmes dominants légitimes autant qu'à dénoncer les paradigmes dominants illégitimes (parce qu'archaïques, ascientifiques, impraticables etc.).

La pensée critique au service de l'étude scientifique et de la recherche juridique

En droit, de moins en moins rares sont les auteurs à éprouver un « vertige devant l'ampleur des mutations en cours »⁹³⁸ et à pointer du doigt « la crise de l'organisation juridique moderne ainsi que la mutation [...] vers un nouveau paradigme, une nouvelle conception du droit et de la justice »⁹³⁹. On en vient notamment à faire de l'irruption des nouvelles technologies le vecteur de certaines transformations majeures des sociétés et des

⁹³⁷ Or Thierry Gaudin, prenant l'exemple des économistes, observe combien ils « ont du mal à imaginer l'avenir autrement que comme prolongement du passé récent. Leur discours est en général conformiste. S'appuyant surtout sur des données statistiques agrégées, ils voient la continuité, mais passent le plus souvent à côté des ruptures. Étant pour la plupart rémunérés par les structures dominantes, ils ne se hasardent que rarement à émettre des prévisions qui pourraient gêner les intérêts en place » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 47-48).

⁹³⁸ D. De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 217.

⁹³⁹ B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin, coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 9 ; également, B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique – Droit, science et politique dans la transition paradigmatique* (1995), trad. N. Gonzales-Lajoie, LGDJ, 2004.

systèmes juridiques⁹⁴⁰. Le regard critique doit servir à entrevoir de telles évolutions en cours. Et il doit aider, alors qu'il peut être tentant d'affirmer trop rapidement qu'un nouveau paradigme ou un nouveau monde se serait imposé, à se « méfie[r] des pseudos révolutions, souvent dictées par l'affolement et l'amateurisme »⁹⁴¹. La pensée critique, aussi bien critique envers les anciens paramètres de recherche qu'envers les nouveaux, doit permettre de prendre du recul, d'adopter une attitude réservée sans être sceptique par principe. Encore une fois, la pensée critique est à rapprocher de l'étude scientifique ; l'une et l'autre sont les deux jambes de la recherche juridique en général et de la prospective juridique en particulier, sans lesquelles elles ne pourraient pas avancer, sans lesquelles elles ne pourraient pas progresser⁹⁴².

*Une philosophie alliant liberté et responsabilité, pour lutter
contre l'aveuglement, le présentisme et le passéisme*

La prospective juridique, parce qu'incompatible avec des règles fixes posées *a priori* et parce que « l'avenir est tout autre chose que ce qu'y voit généralement la pensée commune »⁹⁴³, « exige assurément un esprit à la fois critique et créatif, du bon sens, de la curiosité, de la réflexion et un peu d'audace »⁹⁴⁴. Sous l'angle du seul point de vue critique, la prospective n'est « pas une méthode ou une discipline, mais une attitude »⁹⁴⁵. Ici, l'adjectif tend à primer sur le substantif. La prospective juridique se présente alors moins telle une boîte à outils que telle une philosophie alliant liberté et responsabilité, donc telle une tournure d'esprit, une manière particulière d'observer le monde juridique avec les yeux du jugement objectif et raisonné, afin d'en établir la juste valeur et d'en discerner les mérites et défauts, les qualités et imperfections, cela dans un état d'esprit de libre examen écartant l'autorité des dogmes, des conventions, des préjugés et des superstitions⁹⁴⁶.

⁹⁴⁰ G. J. Guglielmi, « Les nouvelles technologies et le droit », *Jurisdoctoria* 2012, n° 8, p. 11.

⁹⁴¹ P.-Y. Gautier, « Immatériel et droit – Rapport de synthèse », *Arch. phil. droit* 1999, p. 234.

⁹⁴² Et le professeur Yves Gaudemet de saluer la parfaite honnêteté intellectuelle de l'auteur d'une thèse consacrée à « l'unité des contrats publics » (L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010) qui aboutit à la conclusion selon laquelle son sujet n'existe pas (Y. Gaudemet, « Les grandes mutations du droit administratif », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 15 févr. 2011). C'est là une attitude parfaitement critique. Étudier un objet ne doit pas vouloir dire soutenir cet objet.

⁹⁴³ G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective nov.* 1960, n° 6, p. 1.

⁹⁴⁴ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 85.

⁹⁴⁵ J. de Bourbon Busset, « Réflexions sur l'attitude prospective », *Cahier Prospective* 1963, n° 10.

⁹⁴⁶ Th. Gaudin, F. L'Yvonnet, *L'avenir de l'esprit*, Albin Michel, 2002.

La critique permet ainsi de remettre en cause les idées reçues et de dépasser les effets d'inertie⁹⁴⁷, les unes et les autres étant importants afin d'imaginer ce que pourrait être l'avenir mais nuisibles à la qualité de cet avenir⁹⁴⁸, surtout s'agissant d'un droit dont on espère qu'il saura suivre les mutations sociologiques, économiques, culturelles ou encore technologiques au profit d'une meilleure organisation et de plus de pacification des relations entre les individus. Avec Michel Godet, l'enjeu est de « “voir autrement”, penser à contre-courant des idées dominantes, se méfier des clichés, des consensus, prendre conscience des mirages collectifs »⁹⁴⁹ — c'est pourquoi la prospective peut s'inspirer, tout en conservant un recul critique et en demeurant réservé à son égard, de la science fiction⁹⁵⁰. Il est plus facile de faire siennes les idées reçues et de penser comme tout le monde car on n'a pas à se justifier. Mais peut-être mieux vaut-il adopter un réflexe intellectuel salutaire : considérer que, lorsque tout le monde est d'accord, il y a là quelque-chose de suspect. Cet accord peut n'être que de façade puisque le conformisme cache les arguments de ceux qui ont un autre point de vue et enterre les données qui vont à l'encontre de cet accord.

Déjà René Descartes recommandait de tout soumettre au doute — bien qu'il faille se méfier du scepticisme autant que du suivisme — et d'accorder à l'esprit une liberté absolue — mais mieux vaut lui offrir une liberté raisonnée. Le philosophe souhaitait « une fois en [sa] vie se défaire », pour les passer au crible de la critique et « atteindre la vérité »,

⁹⁴⁷ On cite, par exemple, les significatives « erreurs QWERTY » : « Au début du XXe s., on a créé les claviers QWERTY car les premières machines à écrire Remington avaient tendance à se bloquer lorsqu'on dactylographiait trop vite. Cette disposition des touches permettait de ralentir la frappe, ce qui a été efficace. Mais bientôt il n'y eu plus de danger de blocage et de nombreux claviers alternatifs ont été proposé, sans succès. Les effets d'inertie, y compris l'inertie des paradigmes dominants, empêchent l'essor de nouvelles théories et on reste enfermé dans le *statu quo* intellectuel, sous prétexte que ça a bien marché dans le passé. Par conséquent, on refuse l'innovation, comme dans le cas du clavier QWERTY, car on estime que les coûts du changement sont trop lourds » (K. Valaskakis, « La prospective en trois leçons : mon apprentissage personnel », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 63).

⁹⁴⁸ M. Godet, *Le courage du bon sens – Pour construire l'avenir autrement*, Odile Jacob, 2009.

⁹⁴⁹ Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVIII. Et Michel Godet d'expliquer que « se méfier des idées reçues, c'est la manière que j'ai trouvée pour transformer ma faiblesse, l'indiscipline, en force intellectuelle, en compétence » (M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 29). Cf., également, M. Godet, *Manuel de prospective stratégique – Tome 1 : Une indiscipline intellectuelle*, 3e éd., Dunod, coll. Progrès du management, 2007.

⁹⁵⁰ La science-fiction peut être une source intéressante pour les prospectivistes. Elle suppose un imaginaire et un esprit créatif que ces derniers ne possèdent pas nécessairement. Or elle contribue aussi à la construction et à la diffusion de certaines formes de représentation du futur. *Le Meilleur des mondes* d'Aldous Huxley est un exemple d'œuvre de science-fiction ayant permis des anticipations pertinentes dans les domaines des biotechnologies, sélection génétique, clonage, hypersurveillance etc. Par ailleurs, la société Intel a l'habitude de travailler avec des écrivains de science-fiction dans son programme de réflexion sur les usages des technologies. La science-fiction a ainsi apporté la preuve de sa capacité à soulever des questions clés pour le futur. Elle permet aussi de pointer du doigt des tendances inquiétantes, à l'instar de George Orwell dans *1984*. Et son caractère littéraire lui permet d'émettre des hypothèses qui seraient dérangeantes dans d'autres contextes.

de « toutes les opinions qu[’il avait] auparavant reçues en [sa] créance et reconstruire de nouveau tout le système de [ses] connaissances. »⁹⁵¹. Suivant cette voie, Gaston Berger se disait « convié, sous la pression même de l’expérience, à remettre sans cesse en question les règles de nos actions et les objectifs de nos institutions ou de nos entreprises »⁹⁵². La critique est ainsi une arme pour lutter contre l’aveuglement. En même temps, elle constitue un outil intellectuel des jusprospectivistes leur permettant de se libérer de la pression du passé et de celle du présent. C’est ainsi que Gaston Berger pouvait décrire « notre civilisation [qui] s’arrache avec peine à la fascination du passé. De l’avenir, elle ne fait que rêver et, lorsqu’elle élabore des projets qui ne sont plus de simples rêves, elle les dessine sur une toile où c’est encore le passé qui se projette. Elle est rétrospective, avec entêtement. Il lui faut devenir “prospective” »⁹⁵³.

Nulle prospective juridique n’est donc concevable sans changement d’attitude, sans abandon du dogmatisme au profit de l’examen et de la réflexion critiques. Seuls ces derniers permettraient de se tourner véritablement vers l’avenir du droit, en se détachant de l’influence de son passé et de son actualité, laquelle doit être prise en compte dans le cadre de la prospective juridique exploratoire mais doit être laissée en arrière-plan dans le cadre de la prospective juridique stratégique. Et Gaston Berger de présenter la situation en ces termes :

*Si l’on examine les procédés qui sont les plus couramment utilisés pour suggérer ou justifier les décisions, on constate qu’ils entrent généralement dans l’une des trois catégories suivantes : l’action entreprise invoque un précédent, s’appuie sur une analogie ou repose sur une extrapolation. Le précédent nous épargne toutes les difficultés et tous les risques de l’initiative. Il nous met « à couvert ». N’est-il pas sage de répéter ce qui a fait ses preuves ? La loi scientifique procède-t-elle autrement lorsqu’elle conclut du passé à l’avenir ? En réalité, le précédent a une signification juridique, il représente un quasi-contrat : si un groupe social a semblé admettre par son silence un certain type d’actes, il n’a pas de raisons d’en contester plus tard la légitimité. Qui n’a dit mot a consenti. Le précédent repose sur un accord tacite, auquel la société ne peut se dérober sans se déjuger. L’homme d’action cherche souvent à dépasser ce plan juridique en replaçant dans la variété et la mobilité de la vie les actes autrefois effectués et ceux qu’il pense accomplir. Il veut réussir plus qu’avoir raison.*⁹⁵⁴

⁹⁵¹ R. Descartes, *Discours de la méthode*, 1637.

⁹⁵² G. Berger, « Méthode et résultats », *Prospective nov.* 1960, n° 6, p. 10.

⁹⁵³ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 417.

⁹⁵⁴ *Ibid.* Gaston Berger ajoutait que cet homme d’action « songe moins aux précédents qu’aux analogies. Sa connaissance de l’histoire et le souvenir de ses propres expériences lui fournissent assez de tableaux qui ne diffèrent guère de sa situation présente. Sans doute, d’une époque à l’autre, les détails sont-ils altérés, mais les ensembles demeurent. “En gros”, les choses sont les mêmes. À l’utilisation des ressemblances, que saisit l’intuition, certains esprits plus rigoureux entendent substituer un procédé de prévision qui s’inspire des mathématiques : l’extrapolation. Lorsqu’un phénomène a été observé avec soin pendant un certain temps, lorsque surtout on a pu donner à ses variations une expression numérique, on peut deviner la loi de son développement et prolonger au-delà du moment présent la courbe de son évolution future » (*ibid.*). Gaston Berger écrivait aussi : « “Tout se répète”, dit souvent l’administrateur

La prospective juridique a besoin du présent et du passé pour comprendre le futur, mais elle doit aussi éviter de trop se retourner vers le passé et de trop se focaliser sur l'actualité⁹⁵⁵. Et le jusprospectiviste doit être capable de s'évader des hypothèses *a priori* retenues par le commanditaire éventuel de l'étude, plus encore de celles qui imprègnent le système juridique et son environnement, et plus encore de celles qui influencent sa psyché personnelle. « Aider les décideurs, enseigne-t-on, n'est pas légitimer leurs *a priori*, mais réduire leur cécité en soumettant à leur regard les hypothèses et les évolutions possibles qu'ils ont implicitement écartées »⁹⁵⁶. Un des dangers que la critique permet potentiellement d'éviter est celui de la légitimation volontaire ou involontaire des points de vue des « puissants » en tous genres, notamment des disciplines, des écoles et des chercheurs les mieux établis⁹⁵⁷.

*S'autoriser à soutenir les points de vue minoritaires
autant que les points de vue majoritaires*

Beaucoup d'erreurs et de crises sont dues à la pensée unique et au confort du conformisme⁹⁵⁸. Et cela concerne d'autant plus ces études à l'objet original et difficile que sont les études du futur⁹⁵⁹. Michel Godet constate que très peu de jeunes chercheurs et

timoré, pour couvrir les défaillances de sa volonté. "Tout se ressemble", ajoute-t-il, pour justifier la rapidité de ses analyses et excuser la pauvreté de son imagination. "Tout continue", poursuivra-t-il, avec l'autorité que confèrent les chiffres et en donnant les apparences de la prévision scientifique à une simple routine opératoire » (*ibid.*, p. 418).

⁹⁵⁵ E. Barbieri Masini, *Penser le futur*, Dunod, 2000.

⁹⁵⁶ P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 8.

⁹⁵⁷ Thierry Gaudin note que « les institutions sont tentées de croire qu'elles ont en interne la quasi-totalité des compétences nécessaires. C'est en général faux. Ce qu'elles ont, le plus souvent, ce sont des techniciens péremptoires qui ont réussi à acquérir une position de gourou dans leur domaine. S'il est indispensable de faire participer ces personnages difficiles et souvent résistants aux idées qu'ils n'ont pas inventées eux-mêmes, il est non moins nécessaire de ne pas s'en tenir à ce qu'ils disent. La prospective doit alors déployer un savoir-faire diplomatique. Elle doit les valoriser tout en les amenant à accepter une pensée différente. Il faut ici mentionner le cas particulier des individualités jouissant d'une grande notoriété, qu'elle soit scientifique, littéraire, médiatique ou économique. Les dirigeants des institutions sont flattés que des célébrités participent à leurs travaux. Or le risque est grand qu'elles y répètent ce qu'elles ont déjà écrit ou dit dans d'autres circonstances. Mais la prospective n'est pas une messe. Si l'on veut des éléments d'avenir, il est souvent préférable de faire appel à des personnalités plus jeunes et moins connues. Leur vigilance est stimulée par l'espoir de la reconnaissance, alors qu'elle est souvent émoussée chez ceux qui sont déjà reconnus » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 118-119).

⁹⁵⁸ Cf. F. Houzé, *La facture des idées reçues*, Odile Jacob, 2017.

⁹⁵⁹ Michel Godet insiste sur « le risque qui consiste à ne pas se poser les bonnes questions, c'est-à-dire à ne pas intégrer dans la réflexion prospective les hypothèses ou les événements qui vont jouer un rôle déterminant pour le futur. Ce risque est très fréquent en prévision, où les erreurs résultent plus des mauvaises questions que des mauvaises réponses » (M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983, p. 9). Il ajoute que « ce risque s'explique par l'"effet lampadaire", par référence à l'ivrogne qui, ayant perdu ses clés, cherche sous le lampadaire parce que là c'est éclairé » (*ibid.*). Et d'expliquer que, « en pratique, dans de multiples domaines et notamment en matière technologique, le jugement prévisionnel d'expert est souvent le principal outil d'information accessible. En général, une majorité d'experts est conformiste (la majorité est un refuge facile, c'est aux autres de s'expliquer) et conservatrice (quand un expert éminent et âgé dit que quelque chose est possible, il a certainement raison, quand il dit que quelque chose est impossible, il a de grandes chances de se tromper). [...] Très souvent, la bonne prévision, celle qui voit juste, est le fait d'une des minorités d'experts qui font preuve d'audace et d'imagination. Le plus difficile reste naturellement de savoir reconnaître le "bon" point de vue minoritaire. Finalement, celui qui voit juste a du mal à se faire entendre : raison de plus pour être à

même de chercheurs en général acceptent de penser et, surtout, de s'exprimer librement car ils préfèrent se fondre dans le moule de peur du jugement de leurs pairs⁹⁶⁰. Le cadre critique a vocation à servir d'empêchement de penser en rond, sans pour autant conduire sur les chemins de la provocation et de l'iconoclasme, lesquels sont tout aussi dangereux que ceux du conformisme, du suivisme, du mimétisme, de la routine, des idées à la mode et de l'ordre établi. En d'autres termes, le jusprospectiviste doit se sentir autorisé à soutenir les points de vue minoritaires autant que les points de vue majoritaires, à condition qu'il le fasse à l'aune de jugements objectifs et éclairés, non au départ d'opinions purement personnelles — où se confirme le besoin d'associer la science à la critique. La prospective juridique serait donc bien un savant mélange de discipline et d'indiscipline.

Le discours critique se définit par opposition au discours dogmatique. Ce dernier est un discours de répétition, qui se borne à perpétuer les conceptions et opinions que les maîtres ont formulées il y a plus ou moins longtemps. La prospective juridique, tournée vers un avenir qu'il faut construire et non accepter tel un donné prolongeant le passé, refuse d'accepter une idée uniquement parce que « *magister dixit* ». Elle s'ingénie à systématiquement interroger la pertinence de l'idée, la pérennité de cette pertinence et l'opportunité de proposer de nouvelles formes de compréhension des données en cause.

« “Le maître l'a dit” est une formule dangereuse »⁹⁶¹ ; et peut-être mieux vaut-il suivre la trace du sociologue Robert Castel lorsqu'il souhaitait « ne pas être l'homme d'une école, l'homme d'un paradigme », et se laisser « toujours bousculer par l'actualité »⁹⁶². Ainsi l'exigence de pensée critique qu'il importe d'assigner à la prospective juridique, parfait

l'écoute des points de vue alternatifs. Observation qui évidemment ne donne aucun crédit supplémentaire aux prédictions farfelues, mais rend suspects nombre de conjectures et d'idées reçues. En ce sens, remettre en cause le confort d'esprit, réveiller les consciences endormies sur de fausses certitudes est l'ambition première du prospectiviste » (*ibid.*). Par ailleurs, Michel Godet note que « la chasse aux idées reçues est un exercice risqué pour la réputation intellectuelle. Généralement, les idées à contre-courant sont très appréciées par ceux qui ne vivent pas du courant en question, mais dès que l'on se mêle de leurs affaires, cela devient vite intolérable. C'est ainsi que les journaux ont publié, sans difficulté, une centaine de mes articles depuis vingt ans, sauf celui concernant la sclérose des médias » (M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 30). Également, M. Godet, *Le courage du bon sens – Pour construire l'avenir autrement*, Odile Jacob, 2009 ; M. Godet, *Bonnes nouvelles des Conspirateurs du futur*, Odile Jacob, 2011.

⁹⁶⁰ M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 30. Pour sa part, Thierry Gaudin enseigne que « la prospective est la construction de récits racontables de l'avenir. Tout est dans ce mot : racontable. Il signifie : qui ne soit pas en contradiction avec les résultats de la science. Une fois respectée cette contrainte, il reste une grande liberté. Le récit peut en particulier contredire les idées reçues, qu'elles soient majoritaires ou non. Les prospectives ne sont pas nécessairement des démarches consensuelles. Je suis même tenté de croire que les plus “efficaces” prennent à contre-pied les “allant de soi” et le “prêt à penser” » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 5).

⁹⁶¹ G. Thuillier, « Penser par soi-même en droit », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1145.

⁹⁶² R. Castel, archive sonore entendue dans « Hommage au sociologue Robert Castel », La grande table, France culture, 19 mars 2013.

complément de l'étude scientifique avec laquelle elle constitue un binôme indissociable, conduit-elle à penser librement, à accepter le changement et à refuser toute forme de conservatisme. De plus, elle amène le chercheur à toujours discuter les données et les idées en cause, mais sans jamais polémiquer, la polémique étant l'antithèse de la discussion et donc du point de vue critique.

Beaucoup d'auteurs dénoncent l'excès de dogmatisme qui risque d'endormir la recherche juridique⁹⁶³, alors pourtant que le contexte social et culturel au sein duquel s'inscrit son objet s'avère de plus en plus mouvant. Mais nombreux sont aussi ceux qui s'en accommodent sans autre forme de procès. C'est pourquoi il faut faire la différence entre des travaux imprégnés de dogmatisme — d'aucuns qualifient de manière on ne peut plus symptomatique la science du droit positif de « dogmatique juridique » — et des travaux reposant sur des études scientifiques et sur des analyses critiques, au premier rang desquels se trouvent normalement les recherches en prospective juridique.

Dans les sciences sociales en général et en droit en particulier, il existe des mécanismes et des habitudes qui enchaînent. La prospective juridique, grâce à son angle critique, permet de se libérer de ces chaînes, de s'interdire les interdits (les questions prohibées et les réponses proscrites). Interroger les représentations courantes, partagées et perpétuées sans être jamais discutées et qui constituent la base de l'action collective, permet d'engendrer des évolutions, des ruptures et, ainsi, d'agir sur le futur⁹⁶⁴.

La prospective juridique dans la lignée du mouvement critique du droit

Si les premiers jusprospectivistes observaient combien « le système juridique est doté d'une inertie certaine »⁹⁶⁵ et soulignaient « ce qu'ont eu de circonstanciel tant de concepts ou d'explications dogmatiques devenus traditionnels et convenus avec le temps »⁹⁶⁶, le point de vue critique n'est toutefois pas inconnu de la recherche en droit ou sur le droit ni des facultés de droit. En effet, le mouvement critique du droit, qui s'est développé durant les années 1970 et 1980 à l'initiative de juristes et politistes français⁹⁶⁷, tandis que des approches critiques du droit se multipliaient dans différents pays, a consisté en un projet,

⁹⁶³ Par exemple, M. Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public*, LGDJ, coll. Forum, 2019.

⁹⁶⁴ Ph. Durance, « Penser la rupture », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinisme intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 378.

⁹⁶⁵ A. Sayag, « Avant-propos », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. XI.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. XII.

⁹⁶⁷ Notamment, M. Bourjol, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel, *Pour une critique du droit – Du juridique au politique*, Maspero-Presses Universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit, 1978.

tant scientifique que pédagogique, de rupture avec les recherches et enseignements juridiques traditionnels⁹⁶⁸. Michel Miaille, l'une des figures tutélaires du mouvement, expliquait ainsi que « la critique du droit constitue un mode de pensée des juristes qui refusent le positivisme dominant et revendiquent une dimension critique dans l'étude du droit, sur la base d'une analyse matérialiste. [...] L'objectif est de transformer les pratiques d'enseignement et de recherche dans les facultés de droit et ainsi de contribuer à une autre connaissance du droit »⁹⁶⁹. Il s'agissait surtout de passer les normes et régimes juridiques au crible de la pensée marxiste⁹⁷⁰. Les fondateurs du mouvement ne visaient pas uniquement l'élaboration d'une « science du droit authentique » parmi les sciences sociales ; leur démarche était également politique, idéologique et militante⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Cf. M. Kaluszynski, « Le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et Société* 2010, p. 523 s. L'auteur détaille : « Le mouvement prit forme vers 1978 autour d'une association, l'Association Critique du Droit. Dès sa première année d'existence elle entreprit de publier une revue : *Procès – Cahiers d'analyse politique et juridique*. Outre la revue, le mouvement s'est cristallisé autour d'une collection, "Critique du droit", dont plusieurs titres sont autant de contre-manuels de droit, de lieux de rencontres et de séminaires, à l'Arbresle et, plus tard, à Goutelas en Forez. S'il a aujourd'hui disparu en tant que tel, en France du moins, le mouvement critique du droit a cependant laissé un héritage : il a notamment engendré des institutions de recherche dont la qualité est reconnue et suscite aujourd'hui l'intérêt. [...] D'autres mouvements critiques apparaîtront en Europe, notamment en Belgique, aux Pays-Bas ou encore au Royaume-Uni. Pourtant, aucun n'aura l'impact de l'Association Critique du Droit française. Le mouvement aura aussi permis d'établir des liens avec l'étranger. Il connaîtra en effet un certain rayonnement international, en Belgique, en Allemagne, en Italie, mais aussi dans les universités d'Amérique latine, au Mexique ou au Brésil. En 1981, le mouvement sera cofondateur de la Conférence Européenne de Critique du Droit (ECCLS). Il faut reconnaître que le mouvement critique du droit a connu un succès bien plus important en Amérique latine et aux États-Unis qu'en Europe. [...] Pour qui souhaite étudier les liens, forts et ambivalents à la fois, entre droit et politique, les années 1970, années de "bouleversements", de "constructions", sont d'un intérêt particulier. La période voit en effet le politique s'emparer du droit, investir la justice. Le judiciaire, le juridique deviennent des terrains de mobilisation politique et se politisent. Le champ juridique demeure relativement clos cependant : il est peu sensible aux renouvellements intellectuels et les facultés de droit se distinguent par leur isolement et leur pauvreté intellectuelle ; il reste également largement étranger aux transformations de la société française, aux conséquences de Mai 1968 comme à la montée progressive des partis de gauche. [...] Enfin, le modèle d'édition et de circulation des idées demeure figé autour de l'imposition d'ouvrages "canoniques" et de revues traditionnelles peu enclines à quelque forme d'ouverture. [...] Le petit groupe a été incapable d'affronter un système d'édition très rigide et très fermé et de réaliser les investissements qu'aurait nécessité un mouvement "militant". [...] Le mouvement critique du droit s'éteindra donc vers 1990. Sans éclat et sans drame, le mouvement a cessé de se réunir puis de publier et, sans aucune décision de mettre fin à son projet, a quasiment disparu comme instance significative dans les facultés de droit » (*ibid.*, p. 523 à 535).

⁹⁶⁹ M. Miaille, « Mouvement Critique du Droit », in A.-J. Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., LGDJ, 1993, p. 132.

⁹⁷⁰ Cf. *Arch. phil. droit* 1971, « Le droit investi par la politique » ; L. Israël, « Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », *Sociétés contemporaines* 2009, n° 73, p. 47 s. ; L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Dr. et société* 2001, n° 49 ; L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* 2003, vol. 16, n° 62, p. 115 s. ; B. Gaiti, L. Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix* 2003, vol. 16, n° 62, p. 17 s.

⁹⁷¹ Supposant que la société capitaliste serait avant tout juridique, affirmant que le droit contribue à la constitution, au fonctionnement et à la reproduction des rapports de production, qu'en les représentant de manière déformée, à la manière d'une idéologie, il en est la médiation spécifique et nécessaire, les auteurs du mouvement critique du droit veulent « travailler sur les présupposés du politico-juridique, approfondir les recherches théoriques, ouvrir un large débat sur le droit dans les formations sociales et forger les concepts sans lesquels il ne saurait y avoir de compréhension et de transformation de nos sociétés » (« Crise et droit, Droits et crise », *Procès* 1980, n° 6 (cité par M. Kaluszynski, « Le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et Société* 2010, p. 533)).

Aujourd'hui, une analyse critique du droit, spécialement dans le cadre de la prospective juridique, doit davantage s'envisager tel un jugement objectif, libre et indépendant, et non plus tel un examen du droit à l'aune de valeurs radicales et en particulier socialistes.

Le mouvement critique du droit a été traversé par des divergences intellectuelles et politiques qui sont venues contrarier l'objectif fédérateur des débuts et qui, n'ayant pas pu être dépassées, ont causé sa perte. Il paraît préférable de se structurer autour d'exigences méthodologiques et formelles, notamment la liberté et l'indépendance alliées au jugement objectif et à l'ouverture, ainsi qu'à une forme d'unité dans la diversité des objets et des pensées — donc sans chercher à faire « école » —, et délaisser toute orientation axiologique *a priori*. La prospective juridique ne saurait s'attacher à une quelconque conception idéologique qui s'imposerait aux chercheurs. En même temps, son côté critique lui interdit de fermer la porte aux orientations et aux considérations politiques ; mais toutes doivent avoir droit de cité. À ses débuts, l'analyse critique du droit était subversive, sur la forme et sur le fond. Associée à l'étude scientifique, cette analyse critique se doit d'apparaître moins clivante et plus neutre *a priori*, sans verser toutefois dans le vide descriptivisme. Tel est le point d'équilibre recherché entre science et critique.

Dépasser la simple description de la surface visible du droit

Aux introductions au droit et autres manuels qui se contentent de dépeindre la surface visible du droit, Michel Miaille oppose une approche critique⁹⁷². Dans cette lignée, la prospective juridique suppose de dépasser la simple description des normes juridiques positives, donc la technique juridique qui ne cherche pas à expliquer la forme ni le contenu du système et des mécanismes juridiques profonds, au-delà de leurs apparences. En effet, « si la technique juridique permet de déterminer le sens des normes, de les interpréter, de les comparer et de les appliquer aux cas qu'elles régissent, elle ne permet pas de dégager ce qui se cache derrière la façade juridique »⁹⁷³. Pour le mouvement critique du droit, il importe à l'inverse de comprendre et expliquer la fonctionnalité économique et sociale du droit et les relations entre droit, économie et société. Une telle approche paraît indispensable à la prospective juridique tant le droit de demain sera davantage le corollaire des mutations économiques et sociales et des tendances légistiques

⁹⁷² M. Miaille, *Introduction critique au droit*, Maspero, 1976. Jean Carbonnier a vu dans cet ouvrage le premier manifeste du mouvement critique du droit (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, 1978, p. 126). Également, M. Miaille, *L'État du droit – Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Maspero, 1978.

⁹⁷³ M. Miaille, « Mouvement Critique du Droit », in A.-J. Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., LGDJ, 1993, p. 132.

et juridiques qui se cachent derrière les règles de droit que du contenu actuel de ces devoir-être. L'examen critique permet de comprendre le droit dans son contexte social, par rapport aux jeux de pouvoirs et d'acteurs dont il dépend — et la prospective juridique doit aussi prêter attention aux mouvements technologiques et culturels, dont l'influence est de plus en plus forte.

Il s'agit de se détacher du positivisme-normativisme-purisme dominant, qui n'envisage l'étude du droit que par le droit lui-même. C'est pourquoi les tenants du mouvement critique ont promu davantage de pluridisciplinarité dans les cursus universitaires et un autre rapport à l'activité de juriste⁹⁷⁴, allant jusqu'à imaginer la disparition de l'agrégation, concours garant de l'orthodoxie, et même la « fin » des facultés de droit, absorbées au sein de grandes facultés de sciences sociales où le droit ne serait plus autonome⁹⁷⁵ — puisque, dans les faits, il ne l'est pas⁹⁷⁶.

Droit libre, réalisme juridique, Critical Legal Studies et Law and Society

Les pratiques d'enseignement et de recherche dans les facultés de droit n'ont cependant pas été transformées par le mouvement critique du droit, dont l'influence est restée trop marginale. Il semble pourtant qu'un tel point de vue peut être porteur. En tout cas l'est-il à l'échelle de la prospective juridique. Peut-être même cette dernière est-elle l'héritière du mouvement critique du droit, le prolongeant d'une autre manière. Par exemple, la revue *Procès* privilégiait la recherche théorique et refusait tout article en lien avec l'actualité, celle-ci étant conçue comme un détour gênant pour le projet fondamental. La prospective juridique, pragmatique et tournée vers le droit en action, ne saurait bien sûr suivre une telle voie.

D'ailleurs, en raison de son approche critique et parce qu'elle admet que le droit n'est que les branches qui entourent un tronc essentiellement politique et social, elle est aussi la continuatrice du droit libre d'Eugen Ehrlich⁹⁷⁷, des réalistes juridiques, des *Critical Legal*

⁹⁷⁴ Cf. F. Audren, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs lyonnais et le spectre de la science sociale (1875-1930) », in D. Deroussin, C. Fillon, dir., *La Faculté de droit de Lyon et le renouvellement de la science juridique sous la IIIe République*, La mémoire du droit, 2007, p. 3 s. ; F. Audren, « Le droit au service de l'action – Éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy », *Dr. et société* 2004, n° 56, p. 79 s. ; F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale – Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIXe et au tournant du XXe siècle*, th., Université de Bourgogne, 2005 ; M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens – Entre ordre juridique et espace public – Contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, th., Université Paris II Panthéon-Assas, 2000.

⁹⁷⁵ J.-J. Gleizal, « La formation des juristes dans l'État français », *Procès* 1979, n° 3, p. 50 s.

⁹⁷⁶ M. Kaluszynski, « Le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et Société* 2010, p. 524.

⁹⁷⁷ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Les fondements de la sociologie du droit)*, 1913.

Studies de Duncan Kennedy⁹⁷⁸ — distinctes dans leur nature et dans leurs objectifs de la critique du droit française⁹⁷⁹ —, ainsi que du mouvement *Law and Society*⁹⁸⁰.

Reste que, avec l'appui d'une branche de la recherche juridique telle que la prospective juridique, l'analyse critique du droit pourrait gagner en influence au sein d'une doctrine désormais convaincue du besoin de penser le droit avec son temps et avec son contexte⁹⁸¹. Le monde juridique, pour être bien compris, doit être resitué dans son univers social, économique et politique, qui l'influence et qu'il influence. Le droit est ainsi justiciable de diverses sciences sociales et doit faire l'objet d'une approche interdisciplinaire.

C'est pourquoi les revues *Procès – Cahiers d'analyse politique et juridique* et *Actes – Cahiers d'action juridique*, éditées par les tenants d'une approche critique, faisaient appel, autant qu'à la « science juridique » des juristes, à la science politique, mais aussi à la philosophie politique, à la sociologie politique ou à l'analyse économique du droit, ainsi qu'à tout angle d'étude susceptible de contribuer à l'affirmation d'une autre vision du droit et de l'État⁹⁸². En ce sens, l'interdisciplinarité est bien un autre principe directeur des études jusprospectives.

⁹⁷⁸ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997 ; D. Kennedy, « A Semiotics of Critique », *Cardozo Law Review* 2001.

⁹⁷⁹ Les *Critical Legal Studies* sont une école de théorie critique qui a émergé aux États-Unis au cours des années 1970. Ses défenseurs affirment que les lois seraient utilisées afin de maintenir le *statu quo* des structures de pouvoir au sein de la société. Ils observent également que le droit codifierait certains préjugés sociaux par rapport aux groupes marginaux. Malgré de grandes divergences d'opinions au sein du mouvement, il existe un consensus général sur les objectifs clés des *Critical Legal Studies* :

- démontrer les ambiguïtés et les parti-pris d'une doctrine juridique supposément impartiale et neutre ;
- faire connaître les conséquences historiques, sociales, économiques et psychologiques des décisions judiciaires ;
- démystifier l'analyse et la culture juridiques afin d'imposer la transparence des processus juridiques, pour qu'ils obtiennent l'assentiment de citoyens socialement responsables.

⁹⁸⁰ Cf. A. Vauchez, « Entre droit et sciences sociales – Retour sur l'histoire du mouvement *Law and Society* », *Genèse* 2001, n° 45, p. 133 s.

⁹⁸¹ En ce sens, Michel Miaille observe que « la situation est mûre désormais pour un nouveau mouvement critique. Il faut noter cependant que l'intérêt que suscite aujourd'hui le mouvement s'inscrit dans une conjoncture bien différente. Lancer un mouvement semblable nécessiterait de tout autres modalités et de tout autres projets » (M. Miaille, « Critique du droit, 30 ans après », intervention orale, colloque La critique du droit des années 70 à nos jours – Histoires, influences et perspectives, Grenoble, mars 2008 (cité par M. Kaluszynski, « Le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et Société* 2010, p. 535)).

⁹⁸² « Du juridique au politique », *Procès* 1978, n° 1, p. 1.

Chapitre 3. Une recherche interdisciplinaire

Il n'est pas concevable de construire des scénarios des futurs du droit pertinents en se basant uniquement sur des données juridiques et sur les sciences juridiques. Le droit à venir, sous l'angle microjuridique de la règle de droit, du régime juridique ou de la branche du droit ou sous l'angle macrojuridique de la mécanique juridique, de l'ordre juridique ou du système juridique, sera en partie le reflet lointain du droit d'aujourd'hui, mais il sera aussi le fruit de changements sociaux, culturels, économiques, politiques et même technologiques⁹⁸³. Cela explique pourquoi toute recherche en prospective juridique devrait être interdisciplinaire⁹⁸⁴, accordant autant d'importance aux disciplines non juridiques étudiant le droit qu'à la pure « science juridique du droit ». Jusqu'aux sciences cognitives peuvent fournir à la prospective juridique des enseignements importants puisque, un scénario prospectif n'étant jamais certain, il se comprend telle l'une des « illusions » qui aident l'esprit à baliser la réalité et à prendre des décisions.

La prospective juridique ouverte à tous les prospectivistes

Selon une parole d'Héraclite, « les hommes éveillés ont un seul univers, qui est commun, alors que chacun des dormeurs s'en retourne dans son monde particulier »⁹⁸⁵. Tout

⁹⁸³ Des travaux de prospective juridique pourraient ainsi s'appuyer sur les outils les plus actuels de la prospective et prendre tout spécialement en compte l'ethnotechnologie, c'est-à-dire l'étude des interactions entre société et technologie. La transition de la civilisation industrielle à la civilisation cognitive chamboule les métiers et les pratiques sociales, y compris juridiques. La question de savoir comment les techniques transforment les sociétés a fondé les débuts de la réflexion ethnotechnologique dans les années 1970. Cette analyse part d'un double constat : la société produit la technique, puis, si elle est adoptée, cette technique se répand et transforme la société. L'ethnotechnologie s'attache autant à l'influence de la technique sur la société qu'à celle de la société sur la technique. Cf. Th. Gaudin, dir., *L'empreinte de la technique – Ethnotechnologie prospective*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2010.

⁹⁸⁴ L'interdisciplinarité peut être distinguée de la pluridisciplinarité et de la transdisciplinarité. L'interdisciplinarité serait le genre qui regroupe la pluridisciplinarité (lorsque plusieurs matières sont mobilisées à tour de rôle, sans se confondre jamais, l'analyse restant divisée en autant de parties distinctes qu'il y a d'approches différentes) et la transdisciplinarité (quand l'observateur relie ou mélange les apports de plusieurs sciences, lesquelles s'effacent alors pour laisser place à un commentaire original et unitaire). Avec la transdisciplinarité, les disciplines tendent à s'allier autour de nouveaux objets, de nouveaux outils et d'une nouvelle langue, sorte d'« *esperanto* scientifique ». Aussi la prospective juridique est-elle peut-être plus proche de la transdisciplinarité que de la pluridisciplinarité. Mais elle doit bien emprunter à l'une et à l'autre.

⁹⁸⁵ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 122.

confinement intellectuel serait donc un aveuglement ou une amputation de l'esprit. Pourtant, le monde académique et spécialement les facultés de droit privilégient l'isolement disciplinaire. Les recherches pluridisciplinaires avec le droit demeurent rares. La prospective juridique oblige à dépasser le cloisonnement, à réintroduire le droit dans son environnement pour mieux le comprendre, en lien avec tous ces éléments non juridiques qui le font être ce qu'il est plutôt qu'autre chose.

Ce n'est pas par hasard si les prospectivistes possèdent des origines fort diverses : économistes, philosophes, ingénieurs, sociologues, historiens, géographes etc. Les prospectivistes interrogeant les futurs du droit possibles et souhaitables n'ont ni le besoin ni l'obligation d'être des juristes de formation — mais il est vrai que la prospective juridique devrait intéresser avant tout les juristes, si bien que ces derniers pourraient logiquement être à l'initiative de la majorité des travaux entrepris dans ce domaine.

Les autres sciences humaines et sociales riches d'enseignements pour les juristes

À l'heure où la science du droit est, parmi les diverses sciences humaines et sociales, celle qui tarde le plus à s'ouvrir à l'interdisciplinarité, pour des raisons scientifiques mais aussi pour des raisons corporatistes⁹⁸⁶, la prospective juridique montre combien les autres points

⁹⁸⁶ Le problème de la possibilité épistémologique de travaux tout à la fois juridiques et interdisciplinaires a donné lieu à d'interminables controverses, dans différents pays et notamment aux États-Unis où a été renversée la représentation formaliste du droit qui prévalait auparavant. Le *Legal Realism* et, en particulier, sa branche la plus radicale — le mouvement *Critical Legal Studies* — ont introduit les questions économiques, sociales, politiques et culturelles dans l'analyse et l'enseignement du droit. En France et dans les pays dont la structure juridique est d'inspiration romano-germanique, la problématique commence seulement, timidement, à émerger parmi l'océan normativiste dans lequel baignent, classiquement, les juristes. En effet, la première différence entre ces traditions juridiques se situe dans l'importance conférée à la pensée kelsénienne. Kelsen impose le « purisme » méthodologique aux juristes (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962). Qui entend étudier les normes juridiques scientifiquement doit s'efforcer à demeurer à l'écart de toutes considérations politiques, philosophiques, sociologiques, psychologiques, religieuses ou économiques (*ibid.*, p. I et p. 257). Il lui incombe de se contenter d'« exposer le droit tel qu'il est » (*ibid.*, p. I). À cette condition, la théorie et la science du droit sont « pures » ; elles se bornent à « la connaissance du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet » (*ibid.*). Kelsen rejette tout syncrétisme ou pluralisme méthodologique — ce qui correspond, respectivement, à la trans- et à la pluridisciplinarité — ; il prohibe expressément et pour longtemps tout lien entre le droit et les autres sciences sociales. Suivant les prémisses de la doctrine normativiste, ce qui importe est la reconnaissance par le système juridique de la juridicité des compétences, faits, règles, concepts ou arguments en cause. La science du droit s'attache ainsi à une connaissance de son objet qui est non seulement interne et formelle, mais aussi fermée. Nulle donnée externe au système juridique ne saurait pénétrer l'analyse et y prospérer. Dès lors que la science juridique s'imagine ainsi « débarass[ée] de tous les éléments qui lui sont étrangers » (*ibid.*, p. 9), protégée de l'extérieur, toute immixtion de l'interdisciplinarité est par définition et sans autre forme de procès exclue car comprise comme intention inconséquente et ne pouvant être la source d'un quelconque « savoir véritable » sur le droit. Il ne s'agit cependant en rien de nier la possibilité d'appréhender les normes juridiques d'un point de vue sociologique, politique, historique ou philosophique. Aucun juriste positiviste ne conteste la possibilité offerte à tout savoir socio-scientifique de traiter des normes et institutions juridiques ; seulement seront alors produites des analyses sociologiques, politiques, historiques ou philosophiques et en aucune façon des analyses juridiques. Si ces éléments devraient mener à ne contester la pertinence que de la seule transdisciplinarité, il en va de même de la pluridisciplinarité, et donc de l'interdisciplinarité en général, car les juristes s'estiment incompétents dans ces autres matières qui apparaissent à leurs yeux, autant que le droit, affaires de spécialistes. Certainement la prédominance de l'influence kelsénienne n'est-elle pas infondée ou hasardeuse. Par

de vue sur l'homme et sur la société peuvent apprendre beaucoup aux juristes quant à leur objet et même quant à eux-mêmes. Cette interdisciplinarité semble en tout cas nécessaire tant le droit est largement lié à et dépendant de son contexte et du système social global dans lequel il s'inscrit. Déjà Les fondateurs de la *Revue de droit prospectif* notaient que leur démarche « ne concerne pas uniquement le Droit ; celui-ci est étroitement lié à d'autres disciplines interdépendantes »⁹⁸⁷.

Le droit ne saurait être bon, légitime ou efficace, et donc voué à se maintenir en l'état, en soi. Ses qualités et défauts dépendent de facteurs sociaux, culturels, anthropologiques, économiques, historiques, politiques et technologiques. L'interdisciplinarité étant ainsi essentielle, le droit constitue l'objet mais pas le cadre scientifique de la prospective juridique. Ses précurseurs soulignaient en ce sens qu' « une prospective du droit ne saurait être construite à partir d'une réflexion de type exclusivement juridique »⁹⁸⁸. Plus encore, une prospective du droit ne saurait être construite à partir d'une réflexion de type principalement juridique — c'est-à-dire concentrée sur la science juridique comprise comme technique dans laquelle les devoir-être sont strictement coupés des être.

exemple, a été souligné combien il existe une différence irréductible de points de vue, de méthodes et de définitions entre les diverses sciences sociales. « La même définition du droit ne saurait convenir au savant, à l'historien, au sociologue, qui jugent le droit de l'extérieur, et au juriste », a-t-on pu estimer (J. Dabin, « La définition du droit – À propos d'une étude récente », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 201). Et les épistémologues du droit, assurément très au fait des limites de la connaissance et donc de l'objet juridiques, d'affirmer sans ambages que, quand bien même un argument ou une observation serait « fondé(e), voire éclairant(e) et utile », il convient de l' « écarter irrémédiablement sans [le/la] combatt[re] ou conteste[r] si [il/elle] est disqualifié(e) comme non juridique » (Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 97). Une information économique, sociologique ou politique ne saurait, dans le cadre moderne des études juridiques, revêtir de quelconque pertinence ; elle ne le peut qu'en économie, en sociologie ou en science politique. C'est donc cette conception positiviste-normativiste de la science juridique qui, actuellement, domine les enseignements et les recherches académiques, ce qui, nécessairement, participe de sa perpétuation et du fait que « les juristes sont les grands champions de l'enfermement disciplinaire » (A. Supiot, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012). L'influence de la formation des étudiants sur leurs constructions intellectuelles futures n'est évidemment pas à démontrer. D'aucuns regrettent ce quasi-monopole dont jouit le kelsénisme : « en se focalisant sur la règle et la technique, nous ne formons que des hordes de plombier du droit » (J.-F. Riffard, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. Behar-Touchais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 113). Du point de vue des autres disciplines, nul doute que le droit peut apparaître tel « un ensemble peu convivial » (A.-J. Arnaud, « Le droit, un ensemble peu convivial », *Dr. et société* 1989, n° 11, p. 81 s.). Aussi de plus en plus de pensées juridiques dissonantes, constatant que « les juristes dogmatiques perpétuent la contemplation narcissique » (A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 368), regrettent-elles l'enclavement de la science du droit. Des auteurs, encore minoritaires, soutiennent que leurs travaux gagneraient en profondeur, en hauteur de vue, en précision et en portée s'ils s'ouvraient à l'interdisciplinarité.

⁹⁸⁷ J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 2.

⁹⁸⁸ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 10.

L'autonomie disciplinaire incertaine de la prospective juridique

Dans l'idéal, l'approche interdisciplinaire devrait confiner à l'approche adisciplinaire, cela afin de débarrasser les travaux des divers biais disciplinaires qui filtrent et déforment la réalité. Les erreurs d'appréciation prospective sont souvent imputables au point de vue particulier d'un chercheur qui a la main sur la recherche et néglige involontairement les autres points de vue.

Mais le risque, en voulant se présenter comme une métadiscipline, est de ne plus être une discipline en soi, n'existant que par les autres et grâce aux autres. Reconnaître un statut de discipline scientifique à une discipline qui articule les diverses sciences humaines et sociales reviendrait à considérer qu'elle serait la science des sciences. Peut-être s'agit-il là d'un risque que la prospective juridique doit prendre, bien que cela interroge sa rationalité et son essence, toute discipline scientifique se constituant autour d'objets, de méthodes et d'intentions propres⁹⁸⁹ — et seule une conception magique de la science permettrait d'imaginer que de la simple juxtaposition de savoirs parallèles pourrait surgir une problématique commune, chaque matière possédant une langue et un génie spécifiques.

*L'influence de la société, de l'économie, de l'histoire, des cultures,
de la politique et des technologies sur la forme et le fond du droit*

Le droit joue un rôle prépondérant à l'égard de la société, de l'économie, de l'histoire, des cultures, de la politique ou encore des technologies. Il doit donc être pris en compte parmi les facteurs clés des travaux prospectifs, auxquels il est logique que des juristes participent⁹⁹⁰. Inversement, la société, l'économie, l'histoire, les cultures, la politique et les technologies impactent la forme et le fond du droit. Ce dernier interagit avec le monde extérieur, évolue en même temps que lui, à cause de lui ou pour lui. Travailler sur les droits du futur implique donc d'étudier au moins autant des éléments non juridiques que des éléments juridiques.

⁹⁸⁹ La livraison de novembre 2013 de la revue *Hermès* s'intitule « Interdisciplinarité : entre disciplines et indisciplines ». On ne saurait dire mieux : respecter les frontières de sa discipline, c'est être discipliné ; chercher à les dépasser, c'est être indiscipliné.

⁹⁹⁰ Par exemple, R. A. Slaughter, dir., *The Knowledge Base of Futures Studies*, Future Study Center, 1996.

Déjà Gaston Berger plaidait pour une prospective profondément interdisciplinaire :

Nous dirons d'abord que toute entreprise de ce genre repose sur la collaboration étroite de philosophes attentifs aux fins et préoccupés des valeurs, et de spécialistes qui soient parfaitement informés des réalités de leur domaine et de tous les moyens que les diverses techniques mettent à notre disposition. Nous voulons ainsi que travaillent ensemble un philosophe, un psychologue, un sociologue, un économiste, un pédagogue, un ou plusieurs ingénieurs, un médecin, un statisticien, un démographe... Nous avons trop souffert de voir la sagesse séparée de la puissance pour ne pas souhaiter la collaboration de ceux qui déterminent le désirable et de ceux qui savent ce qui est possible. [...] La prospective porte sur des existences et non sur la loi abstraite de certaines essences. Elle ne s'intéresse à ce qui se produirait si tel facteur était seul à jouer que pour mieux en déduire ce qui se produira dans un monde où il est associé avec d'autres facteurs dont on a également cherché à connaître les conséquences.⁹⁹¹

La prospective juridique ou la remise en cause du repli sur soi des juristes

En droit, un obstacle à la bonne conduite d'une démarche prospective est son fort cloisonnement ; d'autres obstacles sont son fractionnement et sa complexification croissante, rendant plus difficile son appréhension par des non-juristes. Cela signifie que les recherches en prospective macrojuridique seront plus aisées que les recherches en prospective microjuridique, plus fines et techniques en termes juridiques. Chaque expert ne se sent compétent que dans son domaine — et, souvent, tel est bel et bien le cas. Plus l'objet-droit à interroger sera difficile, plus il sera délicat de travailler avec des non-juristes et même de trouver des non-juristes acceptant de collaborer à l'entreprise. Mais peut-être mieux vaut-il privilégier les sujets macrojuridiques par rapport aux sujets trop précis et techniques, s'appliquer à « prendre des vues d'ensemble, car les vérités fragmentaires sont parfois aussi nocives que les erreurs »⁹⁹².

Toujours est-il que la prospective juridique a vocation à faire accepter aux juristes l'intérêt de l'interdisciplinarité. Ceux-ci voient parfois dans celle-là des recherches mêlant des branches du droit ou mêlant des branches de la recherche juridique plutôt que des recherches associant la science juridique à d'autres sciences humaines et sociales. Mais, par principe ou par habitude, les chercheurs en droit se ferment le plus souvent à toute ouverture disciplinaire. Alors que, parmi les sciences humaines et sociales, il est de plus en plus commun de voir les connaissances et les méthodes se mêler, la science juridique

⁹⁹¹ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 423-424. Par exemple, Philippe Durance, titulaire de la chaire Prospective et développement durable du CNAM, est chercheur au Laboratoire interdisciplinaire de recherche en sciences de l'action.

⁹⁹² G. Berger, « L'attitude prospective », *Cahiers de prospective* 1958, n° 1, p. 7.

s'obstine à demeurer à part et, dans l'antre des facultés de droit, les « colloques interdisciplinaires » sont aussi rares que les rencontres réservées aux juristes sont courantes.

La prospective juridique, foncièrement interdisciplinaire, questionne le repli sur soi des juristes. Peut-être, à l'instar de l'usage du plan en deux parties, n'existe-t-il qu'en vertu du poids des traditions. Aussi la prospective juridique oblige-t-elle à évaluer la légitimité et l'utilité de la fermeture épistémologique et méthodologique qui est l'une des marques de fabrique de la science du droit « à la française ». Au-delà des sociologues, anthropologues et autres économistes du droit, des juristes soutiennent aujourd'hui une analyse du droit enrichie, ouverte, intéressée par les influences du contexte social, politique et économique sur le système juridique⁹⁹³. Envisagé dans le cadre d'un « pluralisme des connaissances, des méthodes, des points de vue [...] et des disciplines »⁹⁹⁴, le droit n'est plus coupé de son environnement. La prospective juridique conduit à écouter les enseignements juridiques des disciplines non juridiques, à engager le dialogue des savoirs et à aménager un carrefour interdisciplinaire, sous peine de perdre toute pertinence en se détachant par trop des faits.

Il appartient aux jusprospectivistes de s'attacher au droit vécu, au droit vivant et au droit en action que la dogmatique traditionnelle tend à ignorer, spécialement en raison de la rupture humienne-kelsénienne entre être et devoir-être. La tâche est malaisée car l'épaisse croûte conceptuelle de la théorie du droit refreine ses évolutions potentielles et rejaillit sur la science juridique quotidienne. Mais elle n'est pas impossible et il faudrait œuvrer au rapprochement du droit — sans oublier tout ce qui fait son particularisme et son autonomie — et de la démarche du sociologue qui considère les normes sous un angle évolutionniste et comparatiste, qui traite le juridique tel un pur reflet de l'organisation de la société, sans indépendance ni rupture avec la vie sociale, c'est-à-dire avec le monde de l'être. En somme, si la prospective juridique peut accompagner l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique, celle-ci ne saurait faire l'économie d'ouvertures extra-disciplinaires en direction des autres sciences humaines et sociales et surtout en direction de la sociologie. L'effectivité devrait alors constituer un critère (ou le critère) de la juridicité, permettant de connaître et de reconnaître le droit.

⁹⁹³ Par exemple, J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Puf, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 25.

⁹⁹⁴ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 466. En Belgique, l'Université Saint-Louis de Bruxelles publie, depuis plus de trente ans, une *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

Par conséquent, une prospective juridique qui serait seulement l'œuvre d'un ou de juriste(s) pourrait difficilement aboutir à des résultats pleinement satisfaisants, même si ce(s) juriste(s) souhaitait(ent) prendre en compte toutes les données sociales, culturelles, économiques, politiques et technologiques pertinentes. Chacun a en effet tendance, en fonction de son domaine de prédilection, à surévaluer certains facteurs et certaines informations au détriment des autres et à déployer des méthodes particulières qui influencent directement les résultats. Aussi l'interdisciplinarité et le fait que la prospective juridique ne saurait être seulement le fait de juristes supposent-ils que cette dernière soit une œuvre collective plutôt qu'individuelle. Gaston Berger enseignait ainsi que

Le travail d'équipe assurera la fécondité des analyses. En admettant de soumettre sa propre recherche au contrôle et à la discussion de collègues qui ont des préoccupations et des connaissances différentes des siennes, chacun se prémunira contre le risque de prendre les résultats pour les causes et ses propres préférences pour des prévalences objectives.⁹⁹⁵

⁹⁹⁵ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 423.

Chapitre 4. Une recherche collective

Dans l'histoire des sciences et des techniques, bien des découvertes et des innovations ont été permises non par la rigueur et la logique des disciplines constituées mais par l'audace et l'esprit de liberté des chercheurs. Et d'aucuns ont pu plébisciter les franchissements de frontières disciplinaires, lesquels sont plus aisés à opérer par un groupe constitué de membres issus de diverses disciplines que par un chercheur solitaire. Pour cette raison, tout d'abord, la prospective juridique a naturellement vocation à se traduire par des recherches collectives plutôt que par des recherches solitaires.

Cela se justifie également par le fait que la prospective juridique suppose des travaux et un investissement quantitativement et qualitativement importants, lesquels sont plus faciles à réaliser par un groupe de chercheurs — ou peut-être dans le cadre de thèses de doctorat, exercice propice à des recherches longues et fastidieuses. Du moins cela se vérifie-t-il lorsque toutes les étapes d'un exercice de prospective juridique sont suivies. Mais il faut insister sur le fait que cette prospective peut aussi se comprendre, dans un sens élargi, tel un état d'esprit et une configuration de la recherche tournée en direction des futurs du droit, du droit en action et du pragmatisme. Il n'est alors pas nécessaire de se conformer à l'ensemble des principes de la prospective juridique : si le cadre scientifique et critique semble indérogable, le caractère interdisciplinaire et collectif des travaux, lui, apparaît dès lors moins indispensable.

Le collectif, précaution contre beaucoup de biais, d'erreurs et même de facilités

Il n'en demeure pas moins qu'un ouvrage de prospective juridique en bonne et due forme, le plus rigoureux et complet possible, doit être un ouvrage collectif mobilisant plusieurs acteurs, pour ne pas dire de nombreux acteurs. Sans doute existe-t-il bien des prospectivistes qui travaillent seuls, mais beaucoup d'autres considèrent que leurs méthodes de travail sont des méthodes de travail en groupe et que la prospective ne saurait être un labeur solitaire.

Parce que la prospective juridique fait appel à une part de créativité et d'imagination, ainsi qu'à une part de connaissances précises et d'analyses fines, les travaux collectifs ne semblent pouvoir être que de meilleure qualité, plus féconds, justes et stimulants, que les travaux individuels — notamment car, en prospective, une petite erreur de départ peut entraîner une grande incompréhension de l'avenir, aboutissant à voir des futurs possibles dans ce qui ne sont que des futurs impossibles ou peu probables⁹⁹⁶. L'imagination et la créativité ont un rôle à jouer, mais elles doivent être contrôlées, surveillées, entourées de garde-fous, car chacun, selon sa culture scientifique et personnelle, sa sensibilité et son idéologie, est enclin à décrypter et interpréter différemment de mêmes données. S'inscrire dans un collectif permet de se prémunir contre beaucoup de biais, d'erreurs et parfois même de facilités puisque le regard des pairs ou d'autres chercheurs incite à fournir un travail plus sérieux, plus objectif, plus complet, mieux maîtrisé et mieux contrôlé.

La prospective juridique n'a rien à observer directement dès lors que les futurs du droit n'existent que virtuellement. Règnent en conséquence les points de vue particuliers, les interprétations des données passées et actuelles, et le caractère collectif de la recherche permet de profiter d'angles de vue différents, de confronter les diverses approches et analyses, de tirer les conséquences de leurs convergences et divergences — cela même si, bien sûr, des erreurs partagées sont possibles et même fréquentes.

À son époque déjà, Gaston Berger ne travaillait qu'en constituant des équipes, considérant qu'aucun homme ne saurait seul présenter toutes les qualités d'un bon prospectiviste : prise de recul par rapport aux événements, imagination complémentaire de la raison, indépendance, motivation, courage, sens de l'humain — et esprit d'équipe. « Voir ensemble » est devenu un principe de la prospective telle que promue par Michel Godet. La coopération doit intervenir, d'une part, dans la réflexion en élargissant et en affinant le champ de vision et, d'autre part, dans l'action à travers des projets communs tant du point de vue de leur intention que du point de vue de leur réalisation.

La participation directe des acteurs

La particularité de l'école française de la prospective tient notamment aux méthodes participatives qu'elle déploie, au service de l'action⁹⁹⁷. Il est logique d'intégrer dans la recherche, au moins en recueillant leurs conceptions et perceptions de l'actualité et de

⁹⁹⁶ J. Lesourne, « Le chemin d'un ingénieur vers la prospective », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une discipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 21.

⁹⁹⁷ B. Hérault, « Retour sur l'exercice de prospective Interfuturs (1979) », *Futuribles* 2013, n° 396, p. 81.

l'avenir, les acteurs en cause puisque ce sont eux qui feront pour une part cet avenir. Les opinions et stratégies des personnes impliquées dans l'action sont bien sûr des éléments essentiels à prendre en compte. « La question est alors, explique Thierry Gaudin, de construire avec ces acteurs, auxquels l'implication apporte une connaissance, une explication par un processus d'objectivation de leur subjectivité »⁹⁹⁸.

La prospective stratégique est tout spécialement conçue tel un outil de management participatif. Dans les organisations, la réflexion prospective collective permet l'appropriation par la participation, qui elle-même est importante pour que l'anticipation s'allie à la mobilisation et à la motivation et se cristallise en action efficace. Ainsi peut-on donner du sens aux actes et les resituer dans un projet d'ensemble à long terme⁹⁹⁹.

Il semble cependant qu'y compris les recherches prospectives purement académiques doivent idéalement impliquer des acteurs multiples, afin que ces recherches soient riches de leur diversité. En ce sens, Gaston Berger convenait que,

*Pour dépasser les vues étroites des spécialistes et décrire d'une manière concrète une situation éloignée dans l'avenir, rien ne vaut le colloque entre hommes d'expérience, ayant des formations et des responsabilités différentes. Il ne convient pas d'imaginer ici une sorte de super-spécialiste qui serait chargé de réunir les informations recueillies par diverses équipes de statisticiens ou de chercheurs. Il faut que des hommes se rencontrent et non que des chiffres s'additionnent ou se compensent automatiquement. Les documents agiront à travers ceux qui s'en seront nourris et qui pourront en livrer le sens. Et de cette confrontation entre les vues personnelles d'hommes compétents se dégagera une vision commune qui ne sera pas de confusion mais de complémentarité.*¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁸ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 71.

⁹⁹⁹ Cela est important car beaucoup de travaux prospectifs répondent à une commande institutionnelle, dans le cadre d'une organisation définie, que ce soit une entreprise, une administration, une organisation internationale ou une organisation non gouvernementale. Or il se peut que coexistent, dans une même organisation, des représentations du futur hétérogènes, voire contradictoires. Le risque est alors que différents sous-ensembles, même animés de bonne volonté, tirent dans des sens différents, parce que chacun s'imagine dans un paysage différent. Par ailleurs, les circonstances extérieures peuvent changer sans que les acteurs aient le temps et la disponibilité nécessaires pour actualiser leurs perceptions. Dans ce cas, un travail collectif sera plus efficace qu'une juxtaposition de démarches individuelles, car il renforcera l'unité de vue et l'esprit d'équipe de l'organisation (*ibid.*, p. 49). Une grande différence entre le *strategic foresight* américain et la prospective française est, comme l'explique Philippe Durance, « l'implication des clients dans la réalisation du travail, très forte en France et absente aux États-Unis. Il faut que les bénéficiaires du travail de prospective en soient les producteurs, le prospectiviste ne doit pas penser le futur à la place du client mais l'accompagner, grâce à son expérience et à sa connaissance des méthodes, dans un processus d'apprentissage et de changement organisationnel » (Ph. Durance, « La prospective en France et aux États-Unis : influences et différences », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 96).

¹⁰⁰⁰ G. Berger, « L'attitude prospective » (1959), in *De la prospective – Textes fondamentaux de la prospective française (1955-1966)*, L'Harmattan, coll. Prospective, 2007, p. 90. Michel Godet et Philippe Durance soulignent que, « à l'époque de Gaston Berger, même s'il y avait de la collégialité entre intellectuels, hommes politiques et chefs d'entreprise qui réfléchissaient parfois ensemble, la vision était assez aristocratique. La prospective n'était pas participative au sens où l'on intègre les acteurs, les parties prenantes. Pour passer de l'anticipation à l'action, il faut en effet l'appropriation. Une bonne idée que l'on veut imposer est une mauvaise idée. L'important est que collectivement nous prenions notre avenir en main, au travers d'une dynamique de projet. L'idée est donc celle d'un avenir à construire,

Des enquêtes reposant moins sur des professeurs que sur des praticiens

Pareille méthode est inhabituelle dans les facultés de droit tant, « longtemps, les juristes universitaires ont vécu sur une conception individualiste et artisanale de la Recherche. Œuvre isolée du maître, à peine relayée par quelques disciples, accomplie dans le silence du Cabinet à l'aide de quelques ouvrages et revues, la Recherche du meilleur Droit [*i.e.* le travail jusprospectif], tout en donnant naissance à des travaux remarquables, ne nécessitait guère d'autres moyens que la réflexion et la science personnelles de son auteur »¹⁰⁰¹.

Dans les années 1980, en revanche, les premières entreprises de prospective juridique s'appuyaient sur « des entretiens approfondis accordés par diverses personnalités éminentes du droit des affaires »¹⁰⁰². Leurs protagonistes, « afin d'identifier les domaines des changements susceptibles de caractériser l'évolution du droit durant les deux ou trois prochaines décennies », ont mené une « enquête destinée à recueillir un ensemble d'opinions et d'informations aussi diversifié que possible auprès d'experts concernés à des titres divers »¹⁰⁰³. Ils expliquaient : « Par cette démarche originale, on a tenté d'identifier les points de tension sensibles, susceptibles de caractériser l'évolution de la pratique du droit des affaires. L'intérêt de l'enquête est, face aux supputations doctrinales, de faire apparaître l'analyse propre aux “gens d'affaires” et à ceux que, d'une manière générale, on désigne volontiers comme les “praticiens” : un regard plus contingent et plus immédiat sans doute, mais de quelle acuité ! »¹⁰⁰⁴. Et de souligner « l'importance prééminente de la pratique, qui est le lieu de passage obligé et préalable des transformations qui vont peu à peu affecter l'ordre juridique. Il est donc nécessaire de recourir moins à des hommes de doctrine qu'à des praticiens dans l'enquête »¹⁰⁰⁵.

pas à pas, sans qu'il soit imposé d'en haut. La prospective, c'est une société de projets au pluriel, et non un projet de société » (Ph. Durance, M. Godet, *La prospective stratégique – Pour les entreprises et les territoires*, Dunod-Unesco, coll. Stratégie de l'entreprise, 2011, p. XVIII). Et Michel Godet de noter par ailleurs que « ce qui compte est moins de parvenir au but que d'y aller tous ensemble. Le chemin est le but, le but est un prétexte au parcours que l'on fait tous ensemble en créant des liens » (M. Godet, « Le plaisir de l'indiscipline intellectuelle pour construire l'avenir autrement », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 39).

¹⁰⁰¹ D. Linotte, « Éditorial », *RRJ* 1982, p. 201.

¹⁰⁰² A.-C. Decouflé, « Introduction », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 2.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 25. Plus précisément, cette enquête a été « réalisée au moyen d'entretiens semi-directifs approfondis (plus de deux heures), menés sur la base de guides différenciés en fonction des diverses catégories d'experts concernés » (*ibid.*).

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 24-25.

Libérer l'imaginaire de chacun : les ateliers de recherche prospective

Un savoir-faire en matière d'animation d'ateliers de recherche prospective s'est développé depuis les années 1950, d'abord en tant que « dynamique des groupes », puis sous la forme des « techniques de créativité », de la socialanalyse, de l'analyse institutionnelle ou encore des jeux de rôle¹⁰⁰⁶. Ces procédés permettent de produire ensemble des scénarios de futurs possibles, mais aussi des scénarios de futurs alternatifs et constructifs.

Concrètement, qu'il s'agisse de faire participer des acteurs ou des experts (ou des acteurs-experts)¹⁰⁰⁷, on peut recourir à des techniques de créativité reposant sur la règle de la non-censure. Il s'agit d'inviter les participants à opérer des associations d'idées à partir des réflexions des autres, donc à faire œuvre constructive sans critiquer ce qui a été observé ou proposé¹⁰⁰⁸. La mise en perspective et l'éventuelle sélection des propositions les plus intéressantes sont opérées dans un second temps. Ces temps de libération de l'imaginaire de chacun sont importants afin que le groupe ne prenne pas le pas sur les individualités, devenant une individualité en soi et faisant perdre au groupe ce qui fait sa force, à savoir sa pluralité, sa diversité. Le fait que chaque idée émise puisse devenir un point de départ permet à tous les participants de se sentir potentiellement utiles, actifs et reconnus.

Il revient ensuite à l'animateur du groupe, en fonction des résultats obtenus, d'orienter la suite du travail. Il peut choisir de poursuivre la réflexion collective, opter pour une recherche documentaire complémentaire ou passer directement à la construction des scénarios. Sa perception de l'avancement du travail et de l'épuisement des participants — c'est-à-dire leur lassitude mais aussi l'expression de tout ce qu'ils pouvaient apporter — joue un rôle clé.

¹⁰⁰⁶ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 109.

¹⁰⁰⁷ L'avantage des experts est qu'ils sont moins soumis que les acteurs au danger de prendre leurs désirs ou leurs craintes pour des prédictions valables. L'affectivité est moins importante chez ces premiers. Mais les acteurs ont pour eux le fait de participer activement à la construction de la réalité, donc de se trouver au cœur du jeu et d'en être des pièces — parfois des pièces maîtresses.

¹⁰⁰⁸ Thierry Gaudin enseigne que, « en s'imaginant dans le pays d'Utopie, la parole se libère. On peut se permettre de dire des choses et de jouer des rôles qu'il ne serait pas possible d'assumer dans le réel. Et, par une évidente transposition, l'analyse de la réalité se fait alors sans qu'on ait besoin de le dire. Cette technique est un révélateur analytique » (*ibid.*, p. 116).

Des jeux de rôle

On peut également obliger les participants à revêtir un autre costume que celui qu'ils ont l'habitude d'endosser et leur poser sept questions élémentaires les amenant à se placer d'un point de vue successivement optimiste, pessimiste, organisateur, contemplatif, visionnaire et responsable :

« 1. Le clairvoyant : S'il existait quelqu'un qui puisse vous raconter l'avenir, que lui demanderiez-vous ? (autrement dit, quels sont les enjeux importants ?)

2. Une issue optimiste mais réaliste : Si tout se passait bien, que pouvez-vous espérer comme résultats et quels en seraient les signes ?

3. Une issue pessimiste : Comment les conditions risquent-elles de changer, rendant les choses plus difficiles ? Votre organisation pourrait-elle être en difficulté ?

4. La situation interne : D'après votre connaissance de la culture, de l'organisation, des systèmes et des ressources, y compris humaines, comment ceux-ci devraient-ils être transformés pour atteindre l'issue optimiste ?

5. Un regard rétrospectif : Comment votre organisation en est-elle arrivée où elle est ?

6. Un regard prospectif : Quelles décisions devraient être prises à court terme pour atteindre les objectifs à long terme ?

7. Une épitaphe : Si vous aviez un mandat sans contraintes, que feriez-vous ? »¹⁰⁰⁹.

Une telle technique, proche d'un jeu de rôle, permet de faire dire aux individus ce qu'ils ont l'habitude de dire, mais aussi une partie de ce qu'ils ne dévoileraient pas spontanément et qu'une mise en situation originale les conduit à imaginer ou à avouer. Parmi d'autres méthodes¹⁰¹⁰, on trouve les « matrices cross-impact ». Ce sont des tableaux où l'on positionne en lignes et en colonnes les mêmes facteurs. Les personnes consultées remplissent les cases avec un indicateur intuitif, par exemple une note entre 0 à 5,

¹⁰⁰⁹ Sept questions de Sami, société de conseil britannique, <samiconsulting.co.uk> (cité par Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 53).

¹⁰¹⁰ Par exemple, Thierry Gaudin propose la technique suivante : « Pour combattre la tendance naturelle à imaginer des futurs semblables au passé, je recommande un procédé, la "prospective de la rupture" : on distribue à chaque participant quatre post-it, en leur demandant d'inscrire sur chacun un facteur de rupture. Puis, on récolte tous ces post-it et on les affiche au mur, en regroupant ceux qui se ressemblent. On a ainsi un tableau de la perception du changement par le groupe, en général trois ou quatre thèmes dominants. Pour chaque thème, on désigne alors un sous-groupe chargé de l'illustrer par un récit romancé mais "racontable" (qu'on appelle scénario) de deux à trois pages maximum pour une durée d'une heure et demie. C'est une manière rapide et efficace de se familiariser avec la démarche prospective » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 52).

appréciant l'influence du facteur en colonne sur celui qui se trouve en ligne. Reste alors, au moyen de simples calculs, à mesurer la force des interactions entre facteurs. Des résultats significatifs ne peuvent être obtenus que si le nombre de facteurs mobilisés n'est pas trop élevé.

L' « abaque de Régnier »

Une dernière méthode de consultation est l' « abaque de Régnier »¹⁰¹¹. Celui-ci consiste à répondre par des codes couleur à des questions précises. La grille de couleurs rappelle les feux tricolores de circulation :

- * Tout à fait d'accord (vert foncé) ;
- * D'accord (vert clair) ;
- * Mitigé (orange) ;
- * Pas d'accord (rose) ;
- * Pas du tout d'accord (rouge) ;
- * Réponse inconnue (blanc) ;
- * Refus de répondre (noir).

Le résultat de la consultation, qui peut aisément être organisée à distance, par simple échange de courriels, et qui plaît en général beaucoup à ceux qui répondent en raison de son côté ludique et rapide, se présente sous la forme d'une grille de cases colorées. Chaque colonne correspond à un expert et chaque ligne à une question. Un logiciel classe ensuite les personnes consultées, identifiant celles dont l'opinion s'écarte le plus du sentiment général. Dès lors, en leur demandant de s'expliquer, on peut révéler des arguments qui resteraient sans cela ignorés.

Par ailleurs, parce qu'il est parfois difficile de répondre spontanément à des questions sur l'avenir, il peut être préférable, plutôt que de réaliser des entretiens en direct, de laisser le temps de la réflexion aux experts ou acteurs et de leur envoyer le questionnaire avec un délai pour y répondre.

¹⁰¹¹ Un abaque est le nom donné à tout instrument mécanique facilitant le calcul, comme un boulier-compteur. Et François Régnier était, dans les années 1970, en charge du choix des nouveaux produits dans une grande entreprise pharmaceutique. Les problèmes que pose cette industrie sont particulièrement complexes et il a élaboré cette méthode pour y répondre en anticipant les demandes à venir.

Une autre difficulté à laquelle celui qui conduit l'étude doit prendre garde est que les experts ou acteurs peuvent être tentés, plus ou moins consciemment, d'exprimer davantage ce qui devrait être selon eux que ce qui pourrait être objectivement, donc de tenir un discours normatif.

*L'absence de neutralité des informations juridiques
et le besoin de les analyser collectivement*

Il n'est bien sûr pas concevable de tirer des conclusions avant d'avoir recueilli et vérifié les faits. Les méthodes formalisées de la prospective juridique sont d'utiles outils de traitement de l'information, mais les résultats qui en sortent ne sont que les reflets des données qui y entrent.

Une fois le travail collectif de recensement de ces données terminé, mieux vaut les analyser également collectivement. En effet, à ce moment aussi des biais subjectifs peuvent impacter la fiabilité de l'étude. Il faut en particulier avoir conscience de l'absence de neutralité des informations juridiques et se méfier du fait que toute théorie tend à donner forme aux faits qu'elle essaie d'expliquer¹⁰¹². L'information est une source de pouvoir, c'est pourquoi elle est toujours manipulée, détournée, reconstruite afin de servir des intérêts précis, bien que souvent inconsciemment¹⁰¹³. Et l'information est « souvent bâillonnée par le conformisme du consensus qui pousse à se reconnaître dans l'opinion dominante et à rejeter l'avis minoritaire »¹⁰¹⁴.

Il convient de prendre garde à l'idée selon laquelle le passé et le présent seraient les domaines des faits parfaitement connaissables et l'avenir celui des opinions arbitraires¹⁰¹⁵. L'analyse du passé et celle du présent donnent lieu à des interprétations diverses et défient

¹⁰¹² Cf. P. Watzlawick, *L'invention de la réalité – Contribution au constructivisme*, Le Seuil, 1988.

¹⁰¹³ M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Le Seuil, 1977, p. 107.

¹⁰¹⁴ M. Godet, « Sept idées-clés », *Futuribles* nov. 1983, p. 8.

¹⁰¹⁵ En effet, « le regard que nous portons sur la réalité est faussé par :

— Les lunettes que l'on porte (et les œillères qui sont les nôtres), bien souvent de manière inconsciente, qui nous incitent à voir certaines choses (souvent celles qui confortent nos idées) et non certaines autres (celles notamment qui nous dérangent).

— Pire encore, nos schémas mentaux : la manière suivant laquelle nous décodons et interprétons les choses à partir de concepts, de structures mentales, d'émotions, de réactions, de raisons limitées, d'un héritage culturel particulier, peut-être inadapté, certainement biaisé...

— Les outils d'observation qui sont les nôtres ou, plus élémentairement encore, les sources d'information qui sont disponibles et que nous utilisons, peut-être sans esprit critique suffisant.

— Les instruments de mesure que nous employons.

— Le poids des théories à partir desquelles nous croyons pouvoir expliquer la réalité.

— L'influence des idéologies et, plus généralement, des idées régnautes (cf. "la ligne Maginot est infranchissable") qui, bien souvent, occultent la réalité — elles sont parfois délibérément diffusées à cette fin (stratégie de détournement) » (H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 27).

souvent la connaissance¹⁰¹⁶. Il semble donc plus porteur, à partir de l'analyse d'une situation présente, d'exprimer des logiques d'évolution en scénarios dans le cadre d'ateliers et non solitairement. Une logique d'évolution d'un objet donné est un parti-pris subjectif. Pensée par un groupe, elle sera plus objective et, par suite, plus consensuelle mais aussi plus probable.

Pour concevoir l'avenir, on s'attache à certains traits caractéristiques plus qu'à d'autres et à certains faits marginaux ou périphériques plus qu'à d'autres. Un tel travail opéré par un collectif et non par un individu seul sera supposément plus exact. Le choix des faits significatifs, dont on fait dépendre les futurs possibles, est évidemment crucial. L'ambiguïté de l'exercice prospectif réside dans cette sélection de ce qui fait sens dans le présent. Ce sens est donné par l'échange, par la confrontation et par les apports des chercheurs de différentes disciplines sollicités.

Une recherche jusprospective repose donc sur des choix d'interprétation par définition discutables¹⁰¹⁷. Mieux vaut procéder à cette discussion dans le cadre de l'exercice, avant de rendre les conclusions, qu'une fois l'exercice terminé et les conclusions livrées. De même, le choix d'une base de données de référence ou celui d'un indicateur pour rendre compte de l'évolution d'une variable, avec ses vertus et ses limites, gagneront à être opérés par un collège de spécialistes. Les modèles et les extrapolations sont nécessairement entachés d'erreurs plus ou moins grandes¹⁰¹⁸. Il sera plus facile de les identifier et de les évaluer dans un groupe¹⁰¹⁹.

Les informations disponibles et leur compréhension sont souvent incomplètes, surabondantes, non quantifiables, incertaines ou même inexactes. C'est pourquoi il paraît important de choisir le pluralisme et la complémentarité des approches.

¹⁰¹⁶ Cf. P. Vendryes, *De la probabilité en histoire*, 2e éd., Economica, 1998.

¹⁰¹⁷ Ainsi explique-t-on que, « s'il y a choix d'interprétation, c'est que la modélisation du réel opérée est tout entière une activité symbolique qui hiérarchise des signes perçus comme importants, comme représentant bien les aspects fondamentaux du réel. On croit que ces signes sont "naturels", c'est-à-dire que c'est le réel qui se donne à voir, mais cette croyance est un leurre produit par l'adhésion naïve à une "rationalité" : le réel ne fait pas signe, il ne fait rien, il est et devient » (P. Tolila, « Quand la prospective rêve de science », *Le Banquet la revue du CERAP* janv. 1997, p. 9).

¹⁰¹⁸ E. Bosserelle, *Le cycle Kondratiev : mythe ou réalité ?*, Futuribles, 1994.

¹⁰¹⁹ Ainsi Thierry Gaudin résume-t-il : « Les êtres conscients (et cela vaut pour les individus comme pour les organisations) ne peuvent se passer d'une représentation du monde. Chacun est donc amené à en construire une, souvent implicite et instinctive, en extrapolant ce qu'il a perçu. De plus, ces tableaux sont déformés par la situation particulière de leur auteur. "Quand on n'a qu'un marteau, tout finit par ressembler à un clou", dit le proverbe. Chacun grossit les éléments qui le concernent et diminue ceux qui ne le concernent pas. Le travail de la prospective consiste à passer de ces représentations instinctives à quelque chose de plus élaboré, grâce à une recherche documentaire plus systématique et à la confrontation des perceptions d'acteurs d'origines et de métiers différents. Donc le premier pas consiste à revisiter les faits, en premier lieu les données techniques, travail subtil car il met en doute ce qui était considéré comme acquis et doit tenir compte, sans trop le montrer pour ne pas froisser les susceptibilités, des biais détectables dans les représentations des uns et des autres » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 108).

Tout cela fait dire que la prospective juridique, étant donnée l'importance quantitative des recherches et investigations qu'elle suppose, mais aussi du travail de réflexion et de formalisation subséquent, devrait être réservée à des thèses de doctorat ou éventuellement à des ouvrages collectifs réalisés à l'initiative et dans le cadre de centres de recherches. Et il est vrai que, dans sa version la plus aboutie, telle que ces pages ont tenté de la présenter, il peut difficilement en aller autrement.

Il faut toutefois insister sur le fait que la prospective juridique largement comprise implique uniquement que les jusprospectivistes suivent l'essentiel de ses lignes directrices concernant son objet et sa méthode, non qu'ils appliquent scrupuleusement chaque point technique. Parmi les principes méthodologiques décrits précédemment, il semble exister une hiérarchie : l'approche scientifique et critique serait essentielle ; l'examen interdisciplinaire et collectif, en revanche, serait un besoin non indispensable. En d'autres termes, les entreprises jusprospectives solitaires ne sont pas recommandées mais sont possibles, à condition de se positionner dans un cadre scientifique et critique et d'interroger les futurs du droit au profit du droit en action.

Est donc jusprospectiviste celui qui se propose d'observer les avènements du droit possibles, qui cherche à analyser le présent du droit à l'aune de son futur, se mettant au service du droit en action et plaidant pour un futur du droit souhaitable, et qui, pour cela, adopte une attitude équilibrée, à la fois scientifique et critique. Pour espérer produire les résultats les plus précis, il n'en est pas moins préférable que le jusprospectiviste suive à la lettre, autant qu'il lui est possible, la méthode de la prospective juridique. Mais celle-ci ne saurait être comprise tel un ensemble de conditions cumulatives indispensables à toute recherche en prospective juridique.

Conclusion

À l'issue de la Grande Guerre, en 1919, John Maynard Keynes observait que « ce que nous pensions être les limites du possible a été largement dépassé »¹⁰²⁰. Que l'économiste dirait-il aujourd'hui, après tant d'autres bouleversements politiques, sociologiques, culturels, économiques, technologiques, scientifiques ou encore artistiques ? Quant au droit, il connaît — ou du moins devrait connaître — lui-aussi beaucoup de chamboulements affectant sa structure, ses modèles, son fonctionnement concret, ses démembrements, ses figures normatives et peut-être même jusqu'à sa nature.

L'époque juridique actuelle est à la fois difficile et exaltante. Difficile parce que le droit moderne s'avère de plus en plus inadapté — le temps du droit, la territorialité du droit, les technologies du droit, mais aussi le contenu du droit sont chaque jour davantage malmenés par les révolutions mondiales, radicales et accélérées de l'époque actuelle. Exaltante parce que de nouveaux modèles, une nouvelle légistique et de nouveaux régimes juridiques restent à inventer afin de relever les défis qui se posent et affronter les ruptures qui s'accroissent. Chaque génération a l'impression de vivre une période de mutations sans précédent, en raison de la propension des hommes à surestimer le changement et à sous-estimer les inerties¹⁰²¹. Il semble toutefois que le début du XXI^e siècle corresponde à un temps de profonds bouleversements pour le droit — comme pour beaucoup d'autres choses et justement parce qu'il l'est pour beaucoup d'autres choses et que le droit doit suivre le mouvement s'il veut en être partie prenante.

En Chine et au Japon, le mot « crise » s'écrit avec deux idéogrammes qui signifient l'un « danger » et l'autre « opportunité ». La prospective juridique est là pour saisir ces opportunités et affronter ces dangers, donc pour agir sur le futur du droit, contribuer à la production d'un avenir juridique meilleur, profitant aux juristes mais aussi et surtout à tous

¹⁰²⁰ J. M. Keynes, *Essais de persuasion*, 2^e éd., Gallimard, 1933, p. 19 (cité par Ph. Durand, « Penser la rupture », in Ph. Durand, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indiscipline intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 376).

¹⁰²¹ B. Stiegler, *La technique et le temps*, Galilée, 1996.

ou, du moins, au plus grand nombre. Plutôt que d'adopter l'attitude du pompier qui réagit à l'événement et tente d'en limiter les conséquences négatives, mieux vaut épouser la conduite du stratège qui cherche à provoquer les meilleurs changements. Mais cela n'est possible qu'à condition d'accepter et de défendre une vision équilibrée à base de regard scientifique et de regard critique.

Si le futur a toujours inquiété les hommes, le futur du droit a beaucoup moins préoccupé les juristes, concentrés sur son passé et, surtout, sur son actualité. Cependant, alors que les évolutions alentour muent en révolutions, que les fractures se multiplient et que le paysage devient chaotique, le besoin d'ordre et de régulation, donc de droit, grandit ; mais les moyens de répondre à ce besoin restent incertains. L'éventail des futurs possibles (des meilleurs aux pires) grandit toujours plus à mesure que les incertitudes s'accroissent. Dans ce contexte, il se pourrait qu'on ressente le besoin de faire appel à cette nouvelle espèce de spécialistes du droit : les jusprospectivistes¹⁰²².

La nécessité de définir des projets juridiques à moyen et long termes devient évidente. L'improvisation et la réaction tardive ont leurs limites. Le droit, par nature, a besoin de temps pour être réformé. Plus les décisions seront prises en amont et en avance, plus elles auront de chances de porter leurs fruits. Une matière comme le droit des nouvelles technologies, dans laquelle le législateur intervient trop souvent alors que les problématiques auxquelles il répond ont déjà été remplacées par d'autres, témoigne du besoin d'envisager autrement le travail des juristes et de tous les acteurs juridiques.

Concernant la profession d'avocat, par exemple, si elle entend définir son propre avenir, en décider, le maîtriser, elle devra notamment¹⁰²³ :

- * S'accorder sur une conception stimulante et mobilisatrice de son futur ;
- * Transformer les conditions de formation des jeunes avocats afin de favoriser la réalisation de cette conception ;
- * Produire une vision claire du nouveau rôle des avocats dans l'esprit du public et des étudiants appelés à renouveler l'actuelle communauté des avocats ;
- * Profiter des développements innovants des secteurs extérieurs au monde des avocats.

¹⁰²² Philippe Durance fait ainsi observer que, « en raison du défaut d'anticipation, le présent est encombré de questions, hier insignifiantes, devenues aujourd'hui urgentes et qu'il faut régler vite, quitte à sacrifier le développement à long terme. Dans un monde en mutation permanente, où les forces du changement bouleversent constamment les inerties et les habitudes, un effort accru de prospective s'impose aux organisations pour réagir avec souplesse tout en gardant son cap et faire preuve ainsi de flexibilité stratégique. Pour maîtriser le changement et ne pas le subir, elles doivent anticiper correctement — ni trop tôt, ni trop tard — les différents virages, techniques, organisationnels, réglementaires etc. » (Ph. Durance, « La prospective : une philosophie en action », *RPPI* 2016, n° 1).

¹⁰²³ Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 99.

Ainsi les avocats, sommés de s'interroger quant à leur avenir par les nouvelles technologies et par les changements de mentalités (justice prédictive, procédures automatisées, modes alternatifs de résolution des différends, autojuridiction etc.), pourraient-ils être acteurs et facteurs du changement et non seulement objets du changement. Or on accepte beaucoup mieux un changement dont on a décidé et qu'on a voulu qu'un changement dont on est le témoin passif¹⁰²⁴. C'est pourquoi la prospective juridique a pour fonction de développer la capacité d'anticipation et la proactivité — sans lesquelles on se retrouve réduit à gérer les urgences —, ainsi que de donner un sens et une cohérence, sur le moyen et le long termes, aux actions menées à court terme. Cette fonction est d'autant plus cruciale que les avocats et tous les juristes ont besoin de saisir l'utilité de leur travail, d'en comprendre le sens et les finalités.

La prospective juridique veut donc donner aux ouvrages juridiques des fins valables et une base solide. Mais, comme le décrivait Gaston Berger,

*Elle ne prétend pas nous épargner la responsabilité de choisir. Malgré ses efforts, bien des choses resteront toujours obscures, bien des choses aussi dépendront de ce que nous aurons décidé. Elle n'esquisse pas la figure d'un ordre auquel nous serions inéluctablement condamnés ; elle dessine à grands traits plusieurs mondes possibles dont l'un seulement sera promu à l'existence. Elle ne tend pas à nous dispenser de juger, mais à éclairer notre jugement et à nous permettre de le former assez tôt pour qu'il soit encore efficace. Elle ne veut faire de nous ni des surhommes libérés des servitudes temporelles, ni des mécanismes aveugles : seulement des hommes conscients de leurs limites et de leurs faiblesses, mais attentifs à leurs devoirs et prévenus des risques qu'ils courent.*¹⁰²⁵

Le constat que le philosophe dressait en 1957 semble encore plus évident aujourd'hui :

*Dans un univers où tout se transforme si rapidement, la prévision est à la fois absolument indispensable et singulièrement difficile. Sur une route bien connue, le conducteur d'une charrette qui se déplace au pas, la nuit, n'a besoin pour éclairer sa route que d'une mauvaise lanterne. Par contre l'automobile qui parcourt à vive allure une région inconnue doit être munie de phares puissants. Rouler vite sans rien voir serait proprement une folie. [...] Il faut mettre au centre de notre réflexion l'idée d'invention. Lorsque le changement s'opère lentement, on peut vivre sur son acquis. Aujourd'hui, tout est partout et sans cesse remis en question. Ce n'est pas seulement dans la vie économique, c'est dans tous les domaines que la sécurité nous échappe. La tranquillité, qui pour les uns était l'assurance, pour les autres la résignation, est définitivement derrière nous. En face de nous, c'est un avenir mystérieux, où tout semble possible.*¹⁰²⁶

¹⁰²⁴ D'ailleurs, une bonne prévision n'est pas forcément une prévision qui se réalise. Prévoir un problème futur doit servir à éviter qu'il n'apparaisse ou à limiter ses conséquences.

¹⁰²⁵ G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *La Revue des Deux Mondes* 1957, p. 425.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 421.

Les juristes ont et auront beaucoup à inventer afin d'affronter le monde de demain et « réenchanter le futur »¹⁰²⁷ du droit. Et c'est y compris la prospective juridique elle-même qu'ils devront inventer et réinventer sans cesse, avec les jusprospectivistes non juristes de formation. La prospective juridique est une doctrine qui n'est ni fermée ni sur la forme ni fermée sur le fond. Elle consiste simplement en un ensemble de propositions dans lesquelles l'observateur du droit, le penseur du droit et, surtout, l'acteur du droit peuvent choisir, un état d'esprit et une attitude supposés permettre d'affronter plus consciemment et plus sereinement un avenir par nature flou. C'est pourquoi Gaston Berger n'a pas laissé d'ouvrage qui serait la somme de la prospective, parce qu'il était de la nature de cette œuvre de laisser le champ libre à l'invention et à la vie, de s'offrir à un renouvellement continu¹⁰²⁸.

Devenus acteurs plus que suiveurs de la marche du monde, conscients que « le futur a déjà commencé »¹⁰²⁹ et qu'il doit être pris au sérieux, les juristes pourraient voir dans la prospective juridique une discipline d'avenir, garante du « développement durable juridique » — faire des choix présents responsables à long terme. Pour cela, ils devraient comprendre et accepter les limites de l'étude du futur¹⁰³⁰, mais surtout apprendre à « aimer le futur »¹⁰³¹. La faculté d'anticiper, qui se manifeste très différemment selon les espèces, est une condition de survie. Les êtres capables de « fabriquer le futur »¹⁰³² possèdent toujours un temps d'avance décisif par rapport à ceux qui n'en sont pas capables, englués dans le présentisme, vivant sur leurs acquis sans comprendre combien ceux-ci sont dangereusement fragiles.

L'URSS, par exemple, refusait l'idée d'une pluralité de futurs possibles et ignorait toute forme de prospective, alors que les États de l'ouest déployaient diverses techniques de

¹⁰²⁷ Réf. à Ph. Durance, E. Added, W. Raffard Pearson, dir., *Réenchanter le futur par la prospective*, Village mondial, 2009.

¹⁰²⁸ J. Darcet, « Introduction », in *Étapes de la prospective*, Puf, coll. Bibliothèque de prospective, 1967, p. 1.

¹⁰²⁹ Réf. à R. Jungk, *Le futur a déjà commencé*, Arthaud, 1954.

¹⁰³⁰ Tout d'abord, il faut prendre garde au risque que la prospective juridique soit dévoyée par des individus motivés par un attrait commercial. Si s'adonner à un exercice de prospective sur commande est une très bonne chose, il importe d'être le plus transparent possible quant à ses fins et ses moyens, car le risque est de produire une étude allant dans le sens des intérêts du commanditaire, afin de lui plaire et qu'il soit tenté de faire à nouveau appel au même « spécialiste » plus tard. Une démarche honnête, scientifique et critique, non commerciale, suppose d'expliquer finement les résultats obtenus et comment ils l'ont été. Par ailleurs, une limite insurmontable des travaux de prospective est leur obsolescence programmée — ainsi la revue *2000* a été contrainte de s'arrêter (elle aurait aussi pu être renommée). Une fois que le futur est passé, ces travaux perdent beaucoup de leur intérêt. Enfin, les décideurs ne prennent pas toujours en compte les travaux des prospectivistes au moment de prendre leurs décisions. Comme le note Thierry Gaudin, « dès l'Antiquité, Cassandre prédisait les malheurs de la Cité et n'était pas entendue. Les crises économiques récentes (Stiglitz a compté 176 crises en vingt-cinq ans) étaient aussi prévisibles, et quelques Cassandre avaient donné l'alerte, sans être entendues » (Th. Gaudin, *La prospective*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 37).

¹⁰³¹ Réf. à G. Amar, *Aimer le futur – La prospective, une politique de l'inconnu*, Fyp éditions, coll. Innovation, 2013.

¹⁰³² Réf. à P. Musso, L. Ponthou, E. Seuillet, *Fabriquer le futur – L'imaginaire au service de l'innovation*, 2e éd., Village Mondial, 2007.

préparation de l'avenir. Et c'est bien le bloc soviétique qui s'est effondré à force d'archaïsme¹⁰³³. Dans le monde juridique, de mêmes rapports de forces peuvent exister et sans doute sont-ce ceux qui auront le mieux anticipé et préparé l'avenir qui imposeront leur pragmatisme et leur vision. Or les universitaires ne doivent pas se laisser désarçonner et décramponner par les mouvements de la réalité du droit et de son environnement. Dans les années 1980 déjà, les premiers jusprospectivistes se disaient « frappé[s] par la manifestation d'un clivage entre enseignants — qui appréhendent beaucoup les mutations — et purs praticiens »¹⁰³⁴.

A priori, les juristes travaillent sur le droit positif et non sur le droit prospectif. Mais les juristes des universités, les chercheurs, peuvent prêter attention au droit prospectif autant qu'au droit positif et, ce faisant, jouer davantage les rôles d'éclaireurs et de guides qui doivent normalement être les leurs. Il n'est bien sûr pas admissible d'avancer que le droit ne changerait pas ou changerait peu pour affirmer qu'une prospective juridique serait sans objet. En 1976, les fondateurs de la *Revue de droit prospectif*, s'interrogeant sur la possibilité d'une prospective particulière en droit, observaient qu'« il peut sembler que le Droit soit un secteur relativement stable, d'évolution lente, n'exigeant pas que l'on se préoccupe de l'avenir possible ou souhaitable. Rien n'est plus faux. Le Droit est une matière en perpétuelle évolution, et il devient de plus en plus nécessaire de saisir celle-ci »¹⁰³⁵.

Un tel constat doit être à plus forte raison opéré aujourd'hui, à l'ère de la gouvernance du cyberspace, de la protection de l'environnement, de la responsabilité sociale des entreprises et de la régulation de la finance, à l'ère des nouveaux objets normatifs tels que les usages, les codes privés, les chartes, les conditions générales d'utilisation, les contrats-types, les normes comptables, les normes managériales, les spécifications techniques, mais aussi les modes alternatifs de résolution des conflits, les labels, les standards, les protocoles, les meilleures pratiques, les statistiques, les indicateurs de performance, les classements, les algorithmes, les lois des marchés, les *nudges* etc. Autant de données originales faisant douter de la possibilité de continuer à étudier le droit dans le cadre du positivisme moderne, focalisé sur l'État et sur la simple description des lois et des jurisprudences produites par ses organes. Comme l'a écrit Bertrand De Jouvenel,

¹⁰³³ Cf. P. Massé, *Le Plan ou l'anti-hasard*, Gallimard, 1965.

¹⁰³⁴ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 26.

¹⁰³⁵ J.-M. Zaorski, D.-Y. Meducin, « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 8.

« la dépense de prévision doit s'accroître à mesure que l'on vit dans une société plus mobile »¹⁰³⁶.

La prospective est un exercice par nature difficile puisque son objet est incertain, volatile, concrètement insaisissable. En même temps, il apparaît chaque jour un peu plus indispensable afin de préparer des lendemains possiblement difficiles et un avenir à long terme potentiellement très difficile. Or le monde du droit ne semble pas échapper à ce besoin¹⁰³⁷. La prospective juridique, étude des futurs du droit au profit de l'action juridique se traduisant par des « prédictions doctrinales »¹⁰³⁸ à la fois scientifiques et critiques, pourrait ainsi constituer une nouvelle branche de la recherche juridique. Cependant, ses intentions, sa matière première, ses principes et ses techniques, encore balbutiants, devront être affinés et confirmés. Une branche de la recherche juridique, pour acquérir et conforter ce statut, doit être définie et circonscrite très précisément du point de vue de son objet et du point de vue de sa méthode. C'est pour cela que certaines branches de la recherche juridique sont bien acceptées et appliquées par les juristes (science du droit positif avant tout, mais aussi histoire du droit, sociologie du droit ou droit comparé) quand d'autres le sont moins (épistémologie juridique, méthodologie juridique ou philosophie du droit, dont les objets et méthodes sont plus incertains).

Le livre IV de ce mémoire qui s'achève, s'enquérant des savoir-faire et savoir-savoir des jusprospectivistes, s'inscrit dans le champ de l'épistémologie juridique. Il s'agissait en effet, en ces pages, d'interroger les objets et les méthodes qui servent les connaissances et la fabrique de connaissances de ces jusprospectivistes. Or, bien que l'épistémologie juridique concerne potentiellement tout étudiant et tout professeur dont les activités s'insèrent forcément dans une ou plusieurs disciplines juridiques, rares sont les textes mêlant droit et épistémologie¹⁰³⁹. C'est pourquoi des recherches sur la recherche juridique peuvent être menées¹⁰⁴⁰. On souligne depuis longtemps combien les sciences sociales en général et les sciences juridiques en particulier, par opposition aux « sciences scientifiques » ou « dures », ont souffert et souffrent encore de l'instabilité de leurs objets

¹⁰³⁶ B. De Jouvenel, *L'art de la conjecture*, SEDEIS, coll. Futuribles, 1964, p. 24.

¹⁰³⁷ Comme l'ont relevé les précurseurs de la prospective juridique, « tous les champs du droit continueront à bouillonner de changements et la recherche juridique ne doit pas se contenter de les commenter *a posteriori*. Elle peut et doit les mettre à jour avant qu'ils ne soient acquis ; encore faut-il l'assurer d'une méthode pour le faire le plus utilement » (J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 238-239).

¹⁰³⁸ Réf. à N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges François Terré*, Dalloz-Puf-Jurisclasseur, 1999, p. 141 s.

¹⁰³⁹ Cf., cependant, Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002 ; C. Syntez, *Le constructivisme juridique – Essai sur l'épistémologie des juristes*, Mare et Martin, coll. Libre droit, 2014 ; A. M. Ho Dinh, *Les frontières de la science du droit – Essai sur la dynamique juridique*, LGDJ, coll. Thèses, 2018.

¹⁰⁴⁰ Cf. B. Barraud, *La recherche juridique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016.

et de leurs méthodes¹⁰⁴¹. Cela aurait pour effet de les rendre « vulnérables »¹⁰⁴². Aussi la recherche juridique dans son ensemble et ses différentes branches constitutives — dont, peut-être, la prospective juridique — sont-elles des objets d'études intéressants et, surtout, importants, indispensables même, pour les juristes.

À l'échelle de la prospective juridique, comme pour toute branche de la recherche juridique, il est nécessaire d'insister sur les ingrédients capables de la nourrir en lui fournissant un objet original, ainsi que de lui indiquer la marche à suivre et le chemin à emprunter grâce à une méthode particulière. En premier lieu, l'étude scientifique et la pensée critique sont ses deux jambes, sans lesquelles elle ne saurait avancer. Son besoin le plus vital serait donc de refuser le conformisme stérile et d'encourager la recherche véritable, soit la recherche indépendante mais encadrée, risquée mais raisonnée, libre mais éclairée. C'est pourquoi la prospective juridique se définit peut-être, davantage qu'à travers ses procédés techniques et formels, telle une disposition psychologique, une tournure d'esprit, une philosophie dans le sens d'un regard particulier posé sur le droit d'aujourd'hui et de demain, lucide et non conformiste, donnant sa chance à l'intuition et au bon sens — Michel Serres voyait ainsi dans la philosophie l'art de détecter les signaux faibles et d'anticiper les évolutions futures.

Aussi un professeur de prospective juridique ne serait-il en aucun cas un puits de savoir. Il serait plutôt un entraîneur, un « *coach* ». Cette prospective juridique pourrait connaître des prolongements parmi les enseignements juridiques, au-delà des seules recherches juridiques. Des cours *ad hoc* ou, du moins, des explications données à l'occasion de leçons plus classiques pourraient lui être consacrés.

Le besoin d'anticipation mis en lumière par Gaston Berger trouve son origine notamment dans la fonction qu'il occupa de 1953 à sa mort en 1960 : directeur des enseignements supérieurs. Plus que les autres professions, l'enseignement a des conséquences à long terme. Les étudiants d'aujourd'hui seront en effet les praticiens — mais aussi les enseignants — des prochaines décennies. Ainsi semble-t-il indispensable d'organiser les apprentissages moins en fonction de ce qui a été et de ce qui est qu'en fonction de ce qui sera au cours de ces prochaines décennies.

En droit, les enseignements n'ont-ils pas parfois tendance à s'inspirer d'un passé trop lointain et à chercher à le reproduire, ainsi qu'à suivre mécaniquement des habitudes et

¹⁰⁴¹ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit* 1966, p. 25 s.

¹⁰⁴² F. Rouvière, « La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode », in F. Rouvière, dir., *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011, p. 537 s.

des usages, sans vision du futur ni même questionnement quant à ce futur ? Les fondateurs de la *Revue de droit prospectif*, face au peu d'entrain suscité par la discipline qu'ils souhaitaient promouvoir, en sont venus à poser les questions suivantes :

*Pourquoi le Droit est-il resté, jusqu'à présent, en dehors du mouvement prospectif ? Pourquoi les juristes n'ont-ils pas encore rejoint la cohorte de ces chercheurs animés d'une foi solide dans le Progrès, qui tentent, dans les domaines les plus divers, d'anticiper l'évolution de l'humanité et d'anticiper ce qui sera le cadre de vie des nouvelles générations ? Cela tient certainement à leur mentalité étroitement positiviste et à leurs habitudes naturelles, qui les poussent à regarder derrière.*¹⁰⁴³

Et de poursuivre en dressant ce constat qui ne semble pas beaucoup moins valable aujourd'hui que dans les années 1980 :

*Ainsi nous devrions nous résigner à porter à jamais les vêtements usagers de nos aînés, sans aucun espoir d'en avoir un jour des neufs ! Quelle vision singulièrement triste et pessimiste de l'Avenir ! Quelle erreur funeste ! Ce sont des idées telles que celles-ci qui conduisent à l'inaction, à la paralysie, à l'immobilisme destructeur, qui est la pire de nos maladies politiques. Ce sont de telles idées qui étouffent tout progrès et enracinent le mal dont nous croyons souffrir, en refusant l'idée même que l'on puisse agir sur lui autrement qu'au coup par coup. [...] Voilà la source de tous nos maux : la crainte du mouvement.*¹⁰⁴⁴

Comme l'enseigne Philippe Durance,

*La prospective impose certains exigences : le courage, de regarder l'avenir en face, de poser et de se poser les questions difficiles, d'abandonner les modèles explicatifs trop réducteurs et d'affronter l'inconnu ; le refus d'en rester aux apparences, pour aller au-delà de ce qui s'offre trop facilement, des idées reçues qui enferment les discours et les comportements, du confort du conformisme ; l'acceptation de la différence de point de vue, de vision, de conviction, pour dépasser la pensée unique, dominante, qui empêche d'imaginer d'autres voies possibles.*¹⁰⁴⁵

Peut-être ne sont-ce pas là des pétitions de principe faciles mais davantage des besoins réels. Et le droit ne serait pas le dernier concerné tant les premiers jusprospectivistes ont pu eux-aussi relever combien « le conservatisme traditionnel du juriste ne le prédispose guère à imaginer les transformations du droit »¹⁰⁴⁶.

De plus en plus d'auteurs dénoncent l'excès de dogmatisme qui agit sur la recherche juridique comme un somnifère, risquant de l'endormir alors pourtant que le contexte

¹⁰⁴³ J.-M. Zaorski, « Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan "prospectif" d'activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 2.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁰⁴⁵ Ph. Durance, « De l'industrie au développement durable : la prospective en transition », in Ph. Durance, dir., *La prospective stratégique en action – Bilan et perspectives d'une indisciplinette intellectuelle*, Odile Jacob, 2014, p. 12.

¹⁰⁴⁶ A.-C. Decouflé, « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 10.

économique, social, culturel, politique, technologique et scientifique — mais aussi épistémologique — au sein duquel s'inscrit son objet se révèle chaque jour un peu plus mouvant. Mais nombreux sont aussi ceux qui s'en accommodent sans autre forme de procès. C'est pourquoi il paraissait important d'insister sur la différence fondamentale qui existe entre des travaux imprégnés de dogmatisme — d'aucuns qualifient de manière on ne peut plus symptomatique la science du droit positif de « dogmatique juridique » — et des travaux reposant sur des études scientifiques et sur des pensées critiques tels qu'ont vocation à l'être les travaux jusprospectifs. Une étude en sciences sociales, une étude en droit, et surtout une recherche en prospective juridique, par définition orientée vers les évolutions à venir, doit suivre de près les nouvelles pistes de réflexion et d'action et avoir pour principale hantise le fait de contribuer à la stagnation de la pensée et du savoir.

Évidemment, le chercheur ne trouve pas toujours, ou du moins pas toujours complètement ou pas toujours ce qu'il cherchait. Mais ses efforts, ses propositions et ses investigations ne sont jamais vains. Repris et complétés plus tard par d'autres, ils contribuent à chaque fois, dans une plus ou moins grande mesure, au progrès. Une réflexion, dans quelque domaine que ce soit, peut (et peut-être doit) être risquée, ouvrir de nouvelles voies plutôt que de cheminer le long des sentiers battus de la connaissance.

Toutefois, si toute réflexion peut (et peut-être doit) être risquée, novatrice, ambitieuse, cela ne signifie pas irréfléchie, inconsidérée, irrationnelle ou inconséquente. Il est indispensable que la recherche soit entreprise dans un cadre épistémologique précis, conscient et assumé, loin de toute approximation et de toute improvisation quant à la branche de la recherche juridique choisie, à l'objet étudié et aux éléments de méthode déployés. C'est pourquoi le livre IV de ce mémoire a entendu fournir quelques informations et émettre quelques propositions concernant la définition du cadre épistémologique propre à la prospective juridique, branche de la recherche juridique peut-être en devenir mais encore balbutiante, timide et incertaine. Connaître sa connaissance, étudier ses études, élaborer une science de sa science est indispensable au progrès et à la consolidation de cette connaissance, de ces études et de cette science.

Ensuite, sans doute la prospective juridique est-elle autant une branche de la prospective qu'une branche de la recherche juridique¹⁰⁴⁷. C'est pourquoi son contenu, tant en termes d'objet qu'en termes de méthode, apparaîtra autrement plus original aux yeux des juristes qu'aux yeux des prospectivistes et pourquoi l'exposé qui s'achève s'adresse davantage à

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 15.

ces premiers, qui découvrent la prospective, qu'à ces derniers, plus habitués à « habiter le temps »¹⁰⁴⁸.

Si les juristes découvrent la prospective juridique, c'est que celle-ci pourrait peut-être permettre quelque progrès de la recherche juridique en lui dégagant de nouveaux horizons, en l'amenant sur de nouveaux territoires encore inexplorés. La prospective juridique consiste à regarder l'histoire du droit et le droit positif avec les yeux du futur. Le milieu juridique, comme les sociétés et comme beaucoup de choses de ce monde, vit des temps troublés, des temps de grande transformation, oscillant entre un passé qui ne veut pas finir et un futur pressé d'advenir ; cela tandis que se multiplient les défis décisifs pour les années à venir, auxquels les hommes sont de plus en plus sommés de répondre vite¹⁰⁴⁹. Dans de telles périodes de transition, passionnantes à étudier d'un point de vue scientifique et critique, la prospective juridique pourrait avoir un rôle à jouer, notamment en permettant de déterminer quelques moyens de changer et améliorer la situation en connaissance de cause. Son pari est que de meilleures perception et compréhension de l'avenir du droit seraient une source de progrès juridiques — s'agissant des règles de droit substantielles mais aussi et surtout du système juridique, des mécaniques essentielles et des grands principes du droit.

Par ailleurs, si la prospective juridique est autant une branche de la prospective qu'une branche de la recherche juridique, se pose la question de sa juridicité. Comme la sociologie du droit est de la sociologie et non du droit — à l'instar de la sociologie de la musique qui fait de la sociologie mais ne joue pas de musique ou du droit commercial qui est une affaire de juristes plus que de commerciaux —, la prospective juridique est une activité principalement prospective. Le droit est l'objet de la prospective juridique, mais son cadre épistémologique est celui de la prospective. Cet objet juridique confère cependant à la prospective juridique toute son originalité dans l'espace de la prospective en général et, plus finement, dans le domaine de la prospective sociale — comme l'approche prospective donne à la prospective juridique toute son originalité dans le cadre de la recherche juridique.

¹⁰⁴⁸ Réf. à J. Chesneaux, *Habiter le temps*, Bayard, 1996. Mais les prospectivistes n'en sont pas moins intéressés et préoccupés par l'épistémologie de la prospective tant celle-ci prend des formes diverses et peine à suivre des lignes directrices précises et stables. Aussi note-t-on combien « nous avons véritablement besoin de développer des structures indépendantes de réflexion sur l'avenir, des lieux où puissent être entreprises des recherches sur l'épistémologie de la prospective et ses méthodes » (H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 85).

¹⁰⁴⁹ Cf., par exemple, M. Delmas Marty, *Les forces imaginantes du droit*, 3 vol., Le Seuil, 2004, 2006, 2007 ; M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998.

Le droit, défini comme une science, correspond à la science du droit positif, c'est-à-dire à la technique juridique, consistant à comprendre, interpréter, expliquer et éventuellement appliquer le sens et la portée des règles de droit contenues dans les lois et les jurisprudences. C'est à cette technique juridique que s'adonnent la grande majorité des juristes. Or la prospective juridique est une discipline tout autre. Elle peut néanmoins être mobilisée par des juristes, bien que leur principale activité demeure la technique juridique. Mais la prospective juridique peut aussi et parfaitement être le fait de non-juristes.

La juridicité de la prospective juridique est surtout limitée en raison du besoin principal de recourir à différents points de vue sur le droit, outre le point de vue purement juridique. La pluridisciplinarité et l'ouverture sont indispensables dès lors que le droit positif d'un instant donné est le résultat d'une conjoncture socio-économique, culturelle, politique et même technologique. La nature du droit, reflet des pratiques sociales en même temps que guide des pratiques sociales, interdit toute autonomie intellectuelle de la prospective juridique. Fruit de volontés politiques et d'usages populaires, le droit n'est qu'un serviteur de la politique, de la société ou encore de l'économie. C'est pourquoi un jusprospectiviste doit se concentrer sur les mouvements politiques, sociaux et économiques. Les changements du droit dépendront des changements politiques, sociaux et économiques, si bien que ce sont ces derniers qu'il faut rechercher en premier lieu.

Le droit possède cependant des mécanismes, des habitudes, une synergie et une inertie propres, ainsi que des biais et des défauts particuliers, faisant que des données strictement juridiques doivent aussi être prises en compte. Mais le droit n'est bien qu'un paramètre parmi beaucoup d'autres dans la prospective juridique, laquelle suppose de dépasser le cloisonnement et la spécialisation purement juridiques des juristes.

La prospective juridique au sens large, conçue simplement tel un angle d'approche scientifique et critique, telle une philosophie en action, une disposition d'esprit amenant à réfléchir à l'avenir du droit sans chercher à appliquer strictement tous les principes et toutes les méthodes formelles décrits dans le livre IV de ce mémoire, pourrait recevoir un accueil chaleureux de la part des juristes. Ceux-ci se positionnent d'ailleurs déjà régulièrement dans un cadre prospectif implicite lorsqu'ils réfléchissent à la meilleure politique législative à promouvoir quant à un sujet donné, lorsqu'ils proposent des réflexions de droit politique et lorsqu'ils subrogent le raisonnement *de lege feranda* (en vertu de la loi à venir) au raisonnement *de lege lata* (en vertu de la loi en vigueur). De tels questionnements ne sont toutefois déjà plus purement juridiques dès lors qu'ils consistent à interroger des arbitrages politiques et non à décrire des normes juridiques. La

prospective juridique peut donc conforter le rôle de source matérielle du droit de la doctrine, mais elle peut difficilement revendiquer une entière juridicité.

Il n'en demeure pas moins que la prospective juridique peut présenter une certaine utilité en se mettant au service de divers acteurs du monde juridique et en particulier au service du législateur et de tous les jurislatoeurs. Comme les précurseurs de la prospective juridique le notaient, celle-ci peut constituer « une réflexion de politique législative, consistant à apprécier les meilleurs voies et moyens de l'intervention de l'État [...], éclairer la démarche d'un législateur par nature pressé et soumis aux contingences immédiates, expliciter les arrière-plans de décisions éventuelles »¹⁰⁵⁰. Consistant à identifier les avenir possibles du droit puis, parmi ceux-ci, à promouvoir un avenir souhaitable et à rechercher les moyens de l'atteindre, l'activité jusprospective peut ainsi profiter au droit en action, donc aux acteurs du droit, aux jurislatoeurs, au législateur.

Comme le dit Karl Marx dans le petit écrit sur l'utopie de Cabet, « il est impossible de récolter sans avoir semé »¹⁰⁵¹. Et mieux vaut savoir quoi, où, quand et comment semer plutôt que de semer au hasard, au risque que rien ne pousse. La famine normative — un manque de normes ou, du moins, un manque de normes publiques — ne touche-t-elle pas déjà des branches du droit telles que le droit de l'environnement ou le droit des nouvelles technologies de communication ?

Reste que le droit n'est qu'un instrument utilisé par le politique et que, ainsi conçue, la prospective juridique est en réalité tout autant une prospective politique. Sous un angle rigoureusement juridique, le danger est de voir le discours juridique se dissoudre dans des considérations de prospective sociale, économique et politique. Mais tel est le lot de toutes les branches de la recherche juridique dès lors qu'on sort des sciences pures du droit. Le droit et la politique sont intimement liés et il serait normal que cela se traduise y compris en matière de recherche — et peut-être même en matière d'enseignement. Plutôt que de nier toute juridicité de la prospective juridique, il convient peut-être d'insister sur l'association indissociable du monde politique et du monde juridique ou, plus encore, de mettre en avant le caractère systémique du droit, de la politique, de la société, de l'économie, de la technologie, de l'homme etc., faisant que les uns ne peuvent se comprendre sans les autres. C'est pourquoi la prospective juridique se présente telle une successeuse du mouvement critique du droit, qui voyait dans le juriste, y compris

¹⁰⁵⁰ J. Hilaire, A. Sayag, « Conclusion », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984, p. 239.

¹⁰⁵¹ L. Sfez, « Prospective », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1266.

universitaire, un acteur du droit, mais aussi, en même temps, un acteur de la politique et des idées qui l'animent. En tout cas, une prospective juridique qui, pour ne pas trop empiéter sur le terrain politique, ne s'intéresserait qu'à la forme et non au fond du droit serait une bien pauvre prospective juridique.

En outre, une prospective du droit se justifie par le fait qu'il se trouve dans ce domaine de nombreuses inerties et de nombreuses forces conservatrices qui brident sa capacité d'adaptation aux nouveaux environnements et sa capacité à répondre aux enjeux les plus actuels. Or, si le droit est l'outil de la société, de la politique et de l'économie, son retard et les limites de ses évolutions impactent négativement la bonne marche de cette société, de cette politique et de cette économie. En anticipant et en imaginant le changement, on le fait advenir. Au XXI^e siècle, y compris en droit, la proactivité de la prospective semble devenir chaque jour un peu plus nécessaire.

Une fois « le futur passé »¹⁰⁵², demeurent ceux qui s'y étaient préparés, non ceux qui entrent dans l'avenir à reculons. Si l'avenir dépend du hasard, de la nécessité et de la volonté¹⁰⁵³, « le hasard ne profite qu'aux esprits bien préparés », tandis que, lorsqu'on tombe sous l'emprise de la nécessité, cela est souvent la conséquence d'une imprévoyance.

Il faut en finir avec l'idée que l'avenir nous échappe, qu'il ne dépend que de facteurs et acteurs vis-à-vis desquels nous ne pouvons rien. Il faut en finir avec l'idée que nous serions par avance condamnés à être des spectateurs d'un avenir subi. Il faut se réapproprier, individuellement et collectivement, l'avenir, devenir ensemble les artisans d'un futur choisi. [...] Les critères principaux de décision sont aujourd'hui principalement des critères favorisant le court terme au détriment du long terme : — critères d'ordre économique impliquant de maximiser les profits dans le cadre de l'annuité budgétaire ; — critères d'ordre politique se traduisant par la question « Que pourrais-je faire d'ici à la fin de mon mandat qui me confère un atout en faveur de ma réélection ? » Point n'est ici le lieu où insister sur les effets pervers d'arbitrages ainsi rendus qui sacrifient le long terme au court terme, au risque que de telles décisions entraînent des effets négatifs au second degré, infiniment plus importants que les bénéfices immédiats. À la dictature de l'éphémère faut-il substituer celle du temps long ? Certainement pas. Mais sortir de l'esclavage du quotidien est indispensable pour gérer le changement dans le sens du souhaitable.¹⁰⁵⁴

Pour diverses raisons, et notamment ces raisons économiques et politiques court-termistes, les prospectivistes sont peut-être voués à subir le sort des devins du passé : on les écoute avec curiosité, mais aussi avec distance et scepticisme, on n'accepte leur propos que s'il

¹⁰⁵² R. Kosseleck, *Le futur passé*, Éditions de l'EHESS, 1990.

¹⁰⁵³ J. Lesourne, *Les temps de la prospective*, Odile Jacob, 2012.

¹⁰⁵⁴ H. De Jouvenel, *Invitation à la prospective*, Futuribles, coll. Perspectives, 2004, p. 41 et 83.

va dans le sens des intérêts qu'on défend, et on raille leurs erreurs — qui ne manquent pas d'être nombreuses.

Aussi la prospective pourrait-elle aller de pair avec la « rétroprospective », discipline consistant à comparer les futurs anticipés avec les futurs tels qu'ils se sont réalisés, cela afin d'améliorer les techniques de scénarisation des futurs possibles. Or, si le futur est effectivement le fruit du hasard, de la nécessité et de la volonté, l'avenir conservera toujours une part importante d'aléa que le prospectiviste doit accepter — à tel point qu'il ne devrait pas camoufler mais plutôt revendiquer ses erreurs et approximations, informatives et constructives malgré tout.

*Face au monde qui change, il vaut mieux penser
le changement que changer le pansement.*

Francis Blanche

Conclusion générale

Il s'agira, dans cette conclusion générale, de souligner les rapports intimes et la continuité entre ce mémoire relatif à de nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit et ma thèse de doctorat dont l'objet était d'étudier les sources, notamment privées, d'une branche du droit particulière (le droit de la communication par internet) — elle a été publiée sous le titre *Le renouvellement des sources du droit – Illustrations en droit de la communication par internet*¹⁰⁵⁵. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique constituent peut-être des cadres théoriques, des contextes épistémologiques et des ensembles de prémisses pertinents afin d'observer et analyser, en tant que juriste, de tels objets normatifs fort originaux, en premier lieu en ce que ces derniers rompent le lien indéfectible entre juridicité et étaticité noué par les théories modernes du droit.

L'objectif de mes travaux a ainsi été de rechercher et concevoir quelques outils théoriques afin de pouvoir étudier le droit actuel et à venir. En effet, comment rendre compte des difficultés que connaissent les États, individuellement mais aussi collectivement, face à une société civile et des multinationales de plus en plus puissantes si l'on se refuse à intégrer dans ses travaux les normes et institutions que celles-ci produisent ? Il deviendrait nécessaire de réviser le concept de droit et l'épistémologie juridique, donc les modes de connaissance et de reconnaissance du droit, afin de permettre aux normes et institutions d'origine privée d'être juridiques et d'ainsi pouvoir être étudiées et analysées par les chercheurs en droit. Plus globalement, il semble important de s'autoriser à envisager tout type de phénomène normatif ou institutionnel. Et il importerait de ne s'interdire *a priori* aucune question, aucune problématique, aucune discussion, y compris au sujet des futurs possibles et souhaitables du droit. Ainsi en suis-je venu, chronologiquement, à interroger et préciser les cadres de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, puis du pragmatisme juridique et, enfin, de la prospective juridique.

Aujourd'hui, les juristes ne paraissent plus pouvoir ignorer les nouveaux objets normatifs que sont les usages, les codes privés, les chartes, 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 indicateurs, les classements, les algorithmes, les *nudges* etc. Plus généralement, le droit se privatise, se désétatise, à l'initiative de puissances privées transnationales qui sont aussi des puissances juridiques (*I*). Ma thèse de doctorat, ainsi que mon ouvrage *Mesurer le pluralisme*

¹⁰⁵⁵ PUAM, coll. Inter-normes, 2018.

*juridique – Une expérience*¹⁰⁵⁶, ont servi à constater et même « mesurer » ce phénomène à l'échelle du droit de la communication par internet. Les chercheurs en droit doivent trouver les moyens d'en rendre compte en le travestissant et en l'édulcorant le moins possible, pour que le droit des livres demeure peu ou prou en adéquation avec le droit réel, avec le droit en action.

C'est pourquoi la pensée juridique telle que conçue à travers la théorie syncrétique, le pragmatisme et la prospective semble devoir être foncièrement ouverte et pluraliste (II), non étatiste (III) et même panjuridiste (IV), mais raisonnablement et non radicalement car le risque que ces nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit font courir à la théorie du droit est de dissoudre excessivement le domaine du droit dans celui du social, si bien qu'il n'aurait plus guère d'autonomie, ce qui aboutirait à remettre en cause l'utilité de la pensée juridique mais aussi et plus largement celle des facultés de droit et des juristes dont l'objet d'étude s'effacerait, se dissoudrait, disparaîtrait irrésistiblement.

Enfin, la théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique promue dans ce mémoire paraît se distinguer des théories modernes et, en premier lieu, de la théorie kelsénienne en raison de son émancipation par rapport au scientisme qui conduit les juristes à s'interdire tous développements stipulatifs, critiques ou autrement personnels et à se cantonner à la « pure » description et explication du droit positif (V). Le pragmatisme et la prospective juridiques ne s'opposent pas au caractère scientifique des travaux des chercheurs, loin s'en faut ; mais ils les autorisent à s'en détacher aussi souvent que cela leur apparaît utile afin de faire œuvre propositionnelle et critique, sans quoi le progrès de la recherche juridique se trouverait largement entravé.

I. La désétatisation du droit positif

L'objet de ma thèse de doctorat, consacrée aux sources du droit de la communication par internet, était d'observer les origines variables et multiples des normes constitutives de cette branche du droit originale et d'en tirer quelques conclusions. On affirme que « le

¹⁰⁵⁶ L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017.

droit de l'internet est le meilleur exemple de droit global »¹⁰⁵⁷ — une illustration parmi de nombreuses autres réside dans les constitutions élaborées par certaines communautés du logiciel libre. Au-delà de ce cas particulier, il semble que, à l'ère du droit global, de plus en plus d'ensembles juridiques se construisent, en tout ou partie, en marge des États (1). La fragilisation des institutions étatiques deviendrait ainsi une donnée clé pour comprendre le droit contemporain (2). Les États seraient de plus en plus souvent un problème autant qu'une solution dans l'optique de la construction d'un droit adapté, pertinent et efficace (3). En effet, la loi (4) et, plus généralement, toutes les institutions et normes étatiques (5) peinent à saisir convenablement les objets, activités et phénomènes contemporains, sans pour autant que l'État paraisse capable de se réinventer afin de s'adapter à ces mutations de son environnement (6). En somme, l'heure est encore largement à l'État moderne, lequel n'est pas le mieux en mesure d'élaborer un quelconque droit postmoderne. C'est notamment pourquoi la société civile est incitée à développer son emprise sur le droit.

1. Le trouble du droit induit par sa globalisation

La référence au global se fait de plus en plus fréquente chez les juristes, se prolongeant dans le monde académique tant sur le plan de la recherche que sur celui de l'enseignement — seulement cela vaut-il à l'étranger plus que parmi les facultés de droit françaises. On observe ainsi une démultiplication des centres de recherche¹⁰⁵⁸ et des revues¹⁰⁵⁹ spécialisés en droit « global » ou « transnational ». En matière d'enseignement, l'étudiant en droit peut, par exemple, obtenir un « *Bachelor in Global Law* » à l'Université de Tilburg, un « *Master in Global Law* » à l'Université de Sydney, un « *LL.M. in Law in a European*

¹⁰⁵⁷ J.-L. BERGEL, « La dynamique des systèmes juridiques, évolutions et convergences », conférence à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 22 févr. 2012 ; D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 8.

¹⁰⁵⁸ Par exemple, l'Institute for Global Law & Policy (Harvard), l'Institute for Global Law (University College of London), le Dickson Poon Transnational Law Institute (King's College) ou le Center for Transnational Law de Cologne (cités par B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, A. VAN WAEYENBERGE, « De l'étude à l'enseignement du droit global », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 2).

¹⁰⁵⁹ Par exemple, la *Global Studies Law Review*, la *Global Law Review*, la *Global Business Law Review*, l'*Indiana Journal of Global Legal Studies*, la *Peking University Transnational Law Review*, la *Suffolk Transnational Law Review*, le *Columbia Journal of Transnational Law*, le *Vanderbilt Journal of Transnational Law* ou la *Jindal Global Law Review* (cités par B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, A. VAN WAEYENBERGE, « De l'étude à l'enseignement du droit global », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 2).

and Global Context » à l'Universidade Católica Portuguesa ou encore un « *Master in Global Business Law and Governance* » à l'École de droit de Sciences Po Paris¹⁰⁶⁰.

Dans les années 1980, on notait qu'« il se pass[ait] en dix ans autant d'évènements capables d'influencer durablement et profondément le futur des hommes qu'autrefois en mille ans »¹⁰⁶¹. Peut-être l'échelle temporelle est-elle désormais réduite à cinq, trois ou un an(s). De plus en plus d'observateurs s'accordent à dire que le rôle régulateur et stabilisateur de l'État ne serait pas voué à disparaître, mais à condition qu'il sache s'adapter aux nouveaux enjeux et aux nouvelles réalités. Il devient banal de remarquer que les « citoyens du monde » et, surtout, les entreprises multinationales se donnent leurs droits, inventent leurs propres modes de régulation et de « gouvernance », très à l'écart des institutions étatiques et interétatiques. Ainsi va la vie du droit.

Le sujet général de la « gouvernance » des sociétés postindustrielles devrait préoccuper au premier chef les juristes, lesquels ont besoin de nouveaux instruments théoriques et épistémologiques pour pouvoir bien se saisir de ce sujet. Ces sociétés postindustrielles sont certainement des sociétés de services et de communications correspondant à la « troisième vague » ou à la « nouvelle civilisation hautement technologique et anti-industrielle »¹⁰⁶². Surtout, ce sont des sociétés globales, résultat des processus multidimensionnels de mondialisation¹⁰⁶³ dont on affirme aujourd'hui qu'ils sont « achevés » (dans le sens d'« accomplis »)¹⁰⁶⁴. Or, à de multiples points de vue, la globalisation interroge le droit¹⁰⁶⁵. On remarque ainsi combien « le désordre juridique semble caractériser cette ère nouvelle, celle de la désorganisation et de l'insécurité juridiques »¹⁰⁶⁶, ou combien « les difficultés rencontrées relativement à la maîtrise des

¹⁰⁶⁰ B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, A. VAN WAEYENBERGE, « De l'étude à l'enseignement du droit global », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 2.

¹⁰⁶¹ J. et J. FOURASTIÉ, *D'une France à une autre*, Fayard, 1987 (cité par A. CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Dr. et société* 1989, p. 419).

¹⁰⁶² A. TOFFLER, *La Troisième Vague*, Denoël, 1980 (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2009, p. 12).

¹⁰⁶³ C. GHORRA-GOBIN, *Dictionnaire des mondialisations*, Armand Colin, 2006. Il semble effectivement plus pertinent de parler de « mondialisations » que de « mondialisation ».

¹⁰⁶⁴ F. LENGLET, *La fin de la mondialisation*, Fayard, 2013.

¹⁰⁶⁵ Cf. A.-J. ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte globalisé », in J. COMMAILLE, B. JOBERT, dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 147 s.

¹⁰⁶⁶ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279. Et cet auteur de lister quelques expressions doctrinales caractéristiques : « l'inflation, la profusion des lois, la fragmentation, la périodisation, la déstructuration, l'explosion, la déstabilisation du droit, la dispersion, la prolifération, la désintégration du droit, la mondialisation, la globalisation, la "dénationalisation", la judiciarisation du droit, la multiplication des instances de production et de gestation du droit, les régulations en tous genres, la complexification, la spécialisation, la technicisation des normes, la professionnalisation du droit, la désinformation des citoyens, la décodification des grands codes ».

sources du droit se trouvent au cœur des désordres juridiques »¹⁰⁶⁷. La meilleure expression pour qualifier cette situation serait dès lors celle de « crise du droit »¹⁰⁶⁸, laquelle est aussi une crise de la notion de droit, une crise du concept de droit, une crise de la connaissance et de la reconnaissance du droit par les juristes. Mais cette crise est peut-être avant tout une crise des institutions étatiques, concurrencées, déstabilisées et qui peinent à régir pertinemment et efficacement des objets et phénomènes globaux de plus en plus nombreux. C'est ainsi la crise du droit théorique qui suit celle du droit pratique, non l'inverse. Mais mieux comprendre le droit est peut-être une prémisse indispensable afin de mieux faire et pratiquer le droit.

2. La fragilisation des institutions publiques

La crise du droit moderne, dans ses différentes formes, est en même temps une crise de l'État moderne. Le présent et l'avenir de l'État et de son droit interrogent. Ceux-ci, phénomènes socio-politiques récents, ne seraient-ils qu'une parenthèse dans l'histoire de l'Homme ? La question soulevée, lourde et presque indicible, est bien celle de la fin de l'État. Évidemment, cette fin ne saurait se produire soudainement, en un « coup d'État ». S'il devait y avoir fin de l'État, ce ne pourrait être qu'au terme d'un long et lent déclin. Du côté des chercheurs, il importe de disposer de lunettes permettant de voir la réalité du phénomène et d'une règle afin de le mesurer ou d'une balance pour peser son poids. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique pourraient alors constituer d'utiles outils.

La puissance et la souveraineté de l'État sont des constructions intellectuelles qui reposent sur la pensée juridique et politique collective. Elles sont donc par nature fragiles et doivent être régulièrement réaffirmées, notamment afin de rappeler la spécificité ontologique de l'État par rapport à d'autres organisations socio-politiques, par rapport à d'autres ordres normatifs. Cela passe souvent par la démonstration d'un monopole étatique dans la définition du droit ou, du moins, par la démonstration d'une domination étatique dans la

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

définition du droit. Mais, à l'heure du monde uniformisé et des multinationales, ce schéma s'avère de plus en plus difficile à faire respecter.

Nietzsche, dans *Ainsi parlait Zarathoustra*, disait constater partout les symptômes d'une maladie minant l'État de toxines nihilistes, lequel État, machinerie devenue « monstre froid » seulement animée par un « esprit de lourdeur » en raison de l'extrême rationalisation de tous ses rouages, ne serait vite plus guère qu'une peu enviable « maison des morts »¹⁰⁶⁹. Selon Nietzsche, c'est parce que la société s'écroulerait — car ne ressemblant plus qu'à une masse informe et multiple de « dégénérés idiosyncratiques » obnubilés par l'argent, l'utilitaire et l'individualisme — que l'État s'effondrerait, ce second reposant sur cette première¹⁰⁷⁰. Après avoir annoncé la mort de Dieu, l'auteur de *Par-delà bien et mal* promettait : « Ainsi une génération future verra l'État perdre toute importance »¹⁰⁷¹. Pour lui, l'État ne ferait que subir les conséquences du fait qu'il aurait épuisé la société ; il serait donc à l'origine de sa propre perte. Mais des éléments extérieurs tels que la mondialisation peuvent parfaitement être la cause de la « crise de l'État » ou bien renforcer celle-ci — dès lors qu'est accepté que son origine première se trouverait dans l'être étatique même ou dans le fait que, notamment, les pouvoirs publics ont largement encouragé le développement de l'économie mondialisée.

Déjà en 1937 Georges Ripert remarquait que l'État subissait « progressivement l'attraction et le joug des faits économiques qui le dominent et dont il est devenu tributaire »¹⁰⁷². Quant à Martin Heidegger, il imputait l'effacement de l'État à la « décadence spirituelle de la Terre », elle-même due au développement du rationalisme cartésien, à la « raison centrée sur le sujet » et à la « frénésie sinistre de la technique déchaînée et de l'organisation sans racines de l'homme normalisé »¹⁰⁷³. Or c'est peu dire que, depuis que le philosophe allemand a écrit, l'importance du rationalisme cartésien et, surtout, le progrès des techniques (et en premier lieu des techniques de communication) ont été croissants, participant de l'achèvement de la métaphysique et du renforcement du nihilisme. L'État reposant d'abord sur des croyances communes, comme l'indiquait Nietzsche lorsqu'il le qualifiait de « nouvelle idole » ayant subrogé Dieu, cette fin des

¹⁰⁶⁹ F. NIETZSCHE, « La nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra*, Verlag von Ernst Schmeitzner (Chemnitz), 1883.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ F. NIETZSCHE, *Le gai savoir* (1882), Gallimard, 1981, p. 333.

¹⁰⁷² G. RIPERT, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. 41.

¹⁰⁷³ M. HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique* (1935), trad. G. Kahn, Gallimard, coll. Tel, 1980 (cité par S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 114).

certitudes et l'éparpillement des consciences et des êtres concomitant laissent présager le pire pour l' « illusion étatique »¹⁰⁷⁴.

Dans ce cadre, les propos de Kelsen selon lesquels « l'État a une existence temporelle [...] ; [son] existence est limitée dans le temps, [il] naît et disparaît »¹⁰⁷⁵, apparaissent d'une grande actualité. Et des auteurs contemporains, observant combien l'État se fond et fond au cœur du monde global, de constater ses tribulations épiques, son dépassement, sa dissolution et son caractère subsidiaire¹⁰⁷⁶. Certains le regrettent, d'autres s'en réjouissent, mais beaucoup soulignent le même phénomène. Des dossiers sont consacrés, parmi des revues qui affichent l' « ambition intellectuelle d'associer le retour au réel et l'ouverture au possible », au thème « le dépérissement de l'État : le Léviathan est-il mort ? »¹⁰⁷⁷. On y note que la seule ambition de l'État serait désormais « de végéter et de se survivre »¹⁰⁷⁸, qu'il serait « sur la sellette »¹⁰⁷⁹, qu'il se désagrègerait¹⁰⁸⁰, qu'il présenterait une « silhouette défigurée »¹⁰⁸¹, ou encore qu'il ne serait « plus aujourd'hui que l'ombre de lui-même, l'ombre de la figure du Léviathan dans laquelle Hobbes l'avait pensé en construisant son concept à l'aube de la modernité »¹⁰⁸².

Ces allégations — peut-être « mécontemporaines »¹⁰⁸³ — sont accompagnées de l'observation selon laquelle « [les] souligner, c'est refuser de céder à aucun obscur sentiment “décliniste”. C'est respecter plutôt une irréfragable obligation de lucidité »¹⁰⁸⁴. Cependant, qui observe sans a priori les sociétés en ce début de millénaire ne les voit certainement pas livrées à elles-mêmes, abandonnées à elles-mêmes, de retour à l'état de nature car délaissées par des États moribonds et impuissants. Le droit de l'internet, le droit économique ou le droit de l'environnement sont les laboratoires d'un droit global et d'un droit postmoderne en devenir, qui deviennent chaque jour un peu plus des réalités, mais ils ne sont en aucun cas la preuve que ce droit global et ce droit postmoderne auraient terrassé les droits nationaux et le droit moderne. Et, quand bien même tel serait le cas, cela

¹⁰⁷⁴ A. GUIGUE, « Autour des méthodes positivistes », *RRJ* 2006, p. 1175.

¹⁰⁷⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 382.

¹⁰⁷⁶ F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 643.

¹⁰⁷⁷ *Cités* 2004, n° 18, « Le dépérissement de l'État : le Léviathan est-il mort ? ».

¹⁰⁷⁸ R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 85.

¹⁰⁷⁹ L. ROUBAN, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 11.

¹⁰⁸⁰ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 114.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² Y.-Ch. ZARCA, « L'ombre du Léviathan », *Cités* 2004, n° 18, p. 3.

¹⁰⁸³ Mot emprunté à Charles Péguy qui se qualifiait ainsi (A. FINKIELKRAUT, *Le mécontemporain – Péguy, lecteur du monde moderne*, Gallimard, coll. Folio, 1999).

¹⁰⁸⁴ R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 85.

n'impliquerait pas un quelconque évanouissement des États, car sans doute conservent-ils et conserveront-ils un rôle à jouer y compris dans l'espace juridique du futur.

Mais ce rôle semble devoir être un rôle très différent du rôle joué à l'ère du droit moderne tant les États ont tendance à devenir des problèmes autant que des solutions pour le droit.

3. Des États à l'origine de difficultés autant que de solutions

Le « rêve cybernétique de mise en pilotage automatique des affaires humaines »¹⁰⁸⁵ demeure pour l'instant à l'état de songe — ce dont il faut peut-être se réjouir. Le droit, création humaine contingente, conserve alors toute sa raison d'être. Mais de quel droit s'agit-il ? Tel que la prospective juridique permet de l'imaginer, il s'agit d'un droit de moins en moins monopolisé par les États, qui se cultive de plus en plus sur des terres privées. Et cela s'explique tout d'abord par les pierres d'achoppement auxquelles font face les institutions étatiques.

La description que Santi Romano — défenseur pourtant d'un pluralisme juridique proche d'être radical — donnait du droit ne s'avère guère valable à propos du droit dont les modèles sont en cours de construction : « Le droit privé est sans aucun doute une simple spécification du droit public, une de ses formes ou de ses orientations, une de ses ramifications »¹⁰⁸⁶. Aujourd'hui et de plus en plus, les organisations privées, très souvent, concurrencent les pouvoirs publics bien plutôt que d'être sous leur tutelle. Comme le souligne un professeur, pareille situation « maltraite la théorie formelle des sources du droit en raison de la remise en cause des modes traditionnels de formation du droit par les pouvoirs publics »¹⁰⁸⁷.

Pour prendre l'exemple du droit de la communication par internet, le web, ainsi que les pratiques et la culture qui l'accompagnent, mettent à l'épreuve les États et, en particulier, le droit des États ainsi que son mode de production. Ils confirment que « les États

¹⁰⁸⁵ A. SUPLOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012.

¹⁰⁸⁶ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 5.

¹⁰⁸⁷ 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. 61.

maîtrisent de moins en moins leurs destins »¹⁰⁸⁸. Il faut dire que les gouvernants paraissent « désorientés »¹⁰⁸⁹.

Michel Troper écrit :

*Sans doute toute norme n'est valide qu'à l'égard d'une classe d'hommes qui en sont les destinataires et cette classe peut être définie par le territoire, celui sur lequel se trouvent ces hommes, celui sur lequel ils sont nés, celui sur lequel se trouve une institution avec laquelle ils ont un lien ; mais c'est là une propriété purement contingente. Certes, c'est très souvent le cas, mais il est parfaitement concevable qu'une norme ait pour destinataires tous les hommes ou des hommes définis par quelque autre trait que leur lien au territoire, voire qu'elle soit universelle.*¹⁰⁹⁰

Et un auteur de renchérir : « Il est sans doute nécessaire de revisiter les concepts fondateurs du droit constitutionnel classique, retenant l'État et ses frontières comme cadre privilégié d'organisation du pouvoir et d'élaboration de la norme »¹⁰⁹¹. Peut-être le rattachement du droit au territoire est-il contingent, reste qu'il est actuellement foncièrement vrai, car l'État lui-même se définit par le territoire ; et peut-être faudrait-il réviser les modes d'organisation du pouvoir et d'élaboration du droit, il n'en demeure pas moins que leurs réalités actuelles sont toujours identiques à ce qu'elles étaient au XX^e s. Les changements du droit sont ainsi davantage à rechercher du côté de sa privatisation — et peut-être un tel constat doit-il être regretté et expliqué par un manque d'outils théoriques permettant de mieux saisir la réalité de la situation.

Politiquement, les enjeux et les réponses à leur apporter continuent d'être définis au niveau étatique, bien que, sociologiquement, économiquement, culturellement ou encore physiquement, lesdits enjeux tendent à s'éloigner de la logique des territoires étatiques et que lesdites réponses devraient normalement suivre ce mouvement. Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs adopté le principe de la responsabilité des États pour l'impact transfrontalier de leurs actions. Les normes régissant nombre d'activités contemporaines devraient idéalement être déterritorialisées et les sources publiques de ces normes devraient se concevoir « au-delà de l'État »¹⁰⁹². Mais les réalités ne sont pas celles-là et il faut en prendre acte. Alors que les sources privées de normes sont en mesure d'approcher

¹⁰⁸⁸ P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

¹⁰⁸⁹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 36.

¹⁰⁹⁰ M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctrina* 2013, n° 10, p. 15.

¹⁰⁹¹ P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

¹⁰⁹² Réf. à S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, Bruylant, 2011.

l'idéal d'un droit sans territoire¹⁰⁹³, tel n'est pas le cas des institutions publiques puisque celles-ci se réduisent très majoritairement aux institutions étatiques. Les actes normatifs transnationaux dominent ainsi les actes normatifs internationaux¹⁰⁹⁴ et l'État se présente peut-être au moins autant telle la source des difficultés que telle la source des solutions. La « globalisation » et l'« universalisation du droit constitutionnel »¹⁰⁹⁵ parfois décrites demeurent, actuellement, très relatives et incomplètes.

Mais l'incompatibilité entre l'échelle spatiale des problématiques contemporaines et celle de l'État n'est pas la seule difficulté qui rend l'intervention des organes étatiques très délicate. Il y a également le problème des échelles temporelles — dire que l'État peine à suivre l'évolution des technologies et des pratiques serait euphémique — et le grand particularisme de beaucoup d'enjeux actuels. Dans son rapport de 2014, le Conseil économique, social et environnemental parle ainsi d'États « “déconnectés” des réalités »¹⁰⁹⁶. Il est évidemment difficile de gouverner pertinemment une réalité inconnue ou incomprise. Par exemple, d'aucuns regrettent que les pouvoirs publics appréhendent l'« homme numérique »¹⁰⁹⁷ sans distinction par rapport à l'homme physique. Les comportements dans l'espace des communications mondiales connaissent pourtant de grandes spécificités. En témoigne le fait que le projet de « loi sur la société de l'information » n'entendait pas créer un droit spécifique pour les réseaux et les contenus numériques mais « seulement assurer l'application des règles en vigueur à la société de l'information »¹⁰⁹⁸. Et, en 1998, le Conseil d'État a pu soutenir qu'« il n'existe pas et il n'y a nul besoin d'un droit spécifique de l'internet et des réseaux : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier (publicité, fiscalité, propriété intellectuelle...) ont vocation à s'appliquer »¹⁰⁹⁹. Mais l'important est que ces règles s'appliquent effectivement et

¹⁰⁹³ Cf., par exemple, N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet – L'Icann entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81.

¹⁰⁹⁴ Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2315.

¹⁰⁹⁵ P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 (« en portant certaines valeurs propres à la Communauté mondiale des internautes, soumise à de nouveaux modes de gouvernance et à des règles communes, le Réseau contribue à la globalisation du droit constitutionnel. Il contribue également à l'Universalisation des droits constitutionnels nationaux en diffusant des principes et standards constitutionnels, au sens de pratiques constitutionnelles considérées comme normales et souhaitables »).

¹⁰⁹⁶ N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 4.

¹⁰⁹⁷ Réf. à N. NEGROPONTE, *L'Homme numérique*, Press Pocket, 1997.

¹⁰⁹⁸ « Projet de loi sur la société de l'information », doc. lég. AN, n° 3143, 18 juin 2001, exposé des motifs (cité par D. DE BELLESIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2^e éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 471).

¹⁰⁹⁹ EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques*, p. 14.

pertinemment, ce qui n'est guère assuré au vu des grandes spécificités du réseau mondial de communication.

Par suite, si « crise de l'État » il y a à l'échelle de certaines branches du droit global, les causes de cette « crise de l'État » seraient à rechercher prioritairement dans quelque « crise de la loi ». En effet, le législateur fait face à des difficultés dont il conviendrait de prendre pleinement conscience afin de pouvoir réfléchir à leurs conséquences et aux solutions à y apporter. La loi, point focal du droit moderne, devrait ainsi se réinventer afin de ne pas se retrouver écartée ou écrasée par les normativités alternatives auxquelles la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique permettent de s'intéresser pleinement.

4. La crise de la loi

Au XVIII^e s., dans l'article « Loi » de son *Dictionnaire philosophique*, Voltaire décrivait des lois « faites au hasard »¹¹⁰⁰. D'aucuns reprendront volontiers cette description afin de présenter l'état de l'outil législatif au XXI^e s., la loi apparaissant de plus en plus inadaptée aux besoins normatifs de la société. En effet, les meilleurs spécialistes présentent désormais une loi qui serait « toujours plus insuffisante tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration »¹¹⁰¹.

Plus le temps passe et plus ce constat paraît se renforcer. En témoigne l'intitulé d'une étude consacrée aux difficultés des lois relatives aux activités de l'internet : « Malédiction numériques »¹¹⁰². De plus en plus de textes du Parlement s'analysent telles d'« épouvantables salades » législatives faites de divers ingrédients politiques, techniques, économiques et culturels »¹¹⁰³. En tout cas le visage du législateur est-il

¹¹⁰⁰ VOLTAIRE, V^o « Loi », in *Dictionnaire philosophique portatif*, 1764 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 50).

¹¹⁰¹ J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 54.

¹¹⁰² Ch. CARON, « Malédiction numériques », *Comm. com. électr.* 2009, repère 8.

¹¹⁰³ M. EISENMAN, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1982, p. 28 (cité par H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1996, p. 20).

contraint de changer assez radicalement : désormais, il « expérimente plus qu'il ne choisit, négocie plus qu'il n'impose, s'adapte plus qu'il ne dirige »¹¹⁰⁴.

« La loi est un moyen et non une cause », disait Georges Ripert¹¹⁰⁵. Pourtant, le légicentrisme continue d'empreindre les esprits du personnel politique — mais aussi des juristes — de manière telle que nul ne songe vraiment à subroger à la loi une autre source étatique ni à consacrer un étonnant « État hors la loi »¹¹⁰⁶. La loi reste largement perçue tel le « fait étatique positif »¹¹⁰⁷. Après la Révolution française, elle est devenue la seule source de droit¹¹⁰⁸ ; et la source étatique du droit par excellence reste actuellement la loi. L'enjeu principal, à travers cette préservation de la primauté de la loi, ne serait pas un autre que la sauvegarde de la « dignité de l'État »¹¹⁰⁹. Simplement le taux de droit d'origine prétorienne augmente-t-il sensiblement du fait du besoin de saisir des objets complexes et parfois inconnus ou mal connus, cela en raison des manques (imprécisions et absences) propres aux actes du législateur — de telle sorte que, si, comme le pensait Friedrich Hayek, le passage d'un droit fait par les juges à un droit édicté par le législateur a constitué la transformation fondamentale de l'idée de droit en occident¹¹¹⁰, se produirait, sur ce point, une sorte de retour en arrière.

Le problème de la qualité de la loi est difficile¹¹¹¹. Il n'existe pas d'instrument de mesure de cette qualité précis, objectif et incontestable¹¹¹². Mais nombreux sont ceux qui présentent désormais un législateur « s'époumon[ant] à trouver des solutions simples immanquablement contestées dans une société complexe »¹¹¹³ et qui risque de « s'abandonner au désespoir et à la démagogie »¹¹¹⁴. Déjà en 1980 François Terré

¹¹⁰⁴ M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 3.

¹¹⁰⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 134.

¹¹⁰⁶ Réf. à J.-M. PONTAUT, F. SZPNER, *L'État hors la loi*, Fayard, 1989 (mais ces auteurs désignent par cette expression davantage un « État hors du droit », ne respectant pas les conditions de l'État de droit, et non un État se passant de l'outil législatif).

¹¹⁰⁷ R. CARRÉ DE MALBERG (cité par S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 32).

¹¹⁰⁸ J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 22.

¹¹⁰⁹ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 170.

¹¹¹⁰ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980, p. 146 (cité par L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 85).

¹¹¹¹ J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 167 ; J.-L. HÉRIN, « La qualité de la loi », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, dir., *La réforme du travail législatif*, Dalloz, 2006, p. 4.

¹¹¹² J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 256.

¹¹¹³ A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 57.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

observait la « crise de la loi »¹¹¹⁵. Cette « crise du modèle légicentrique »¹¹¹⁶ étant associée à la « crise de l'autorité » que, il y a plus longtemps encore, Hannah Arendt remarquait déjà¹¹¹⁷, l'intervention étatique ne peut qu'être rendue très périlleuse, surtout concernant des activités globales dans lesquelles les « crises » de la loi et de l'autorité publique sont plus profondes que nulle part ailleurs.

Partant, si le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement, dans leur « Guide de légistique », expliquent que l'« ambition des administrateurs et des légistes » doit être de « ne faire que des textes nécessaires, bien conçus, clairement écrits et juridiquement solides »¹¹¹⁸, il est difficile de dire que, dans le domaine de l'encadrement normatif des activités de la globalisation, les administrateurs et les légistes élaborent effectivement de tels « textes nécessaires, bien conçus, clairement écrits et juridiquement solides ».

Et ledit « Guide de légistique » d'ajouter qu'il « apporte sa contribution par l'énoncé et l'illustration des techniques de conception et de rédaction des textes et des principes juridiques qui les inspirent : la maîtrise de ces techniques et le respect de ces principes sont en effet les conditions nécessaires de tout effort d'amélioration de l'efficacité [...] de la règle de droit »¹¹¹⁹. Il semble cependant que ces techniques et principes, s'ils revêtent sans doute quelque pertinence parmi les branches du droit moderne structurées par l'intervention de l'État moderne, soient loin d'avoir fait leurs preuves dans les branches du droit originales qui se développent actuellement.

En effet, le regard porté sur l'état actuel de nombreuses branches du droit au moyen de la théorie syncrétique, de l'échelle de juridicité, du pragmatisme juridique ou encore de la prospective juridique amène à constater le déclin de la force symbolique des institutions publiques et des règles de droit publiques.

¹¹¹⁵ F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 18 s.

¹¹¹⁶ D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », in J. BOULAD-AYOUD, B. MELKEVIK, P. ROBERT, dir., *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan, 1996, p. 17 s.

¹¹¹⁷ Ainsi Hannah Arendt écrivait-elle qu'« il n'y a plus grand chose dans la nature de l'autorité qui paraisse évident ou même compréhensible à tout le monde ; seul le spécialiste en sciences politiques peut encore se rappeler que ce concept fut jadis un concept fondamental pour la théorie politique, et presque tout le monde reconnaîtra qu'une crise de l'autorité, constante, toujours plus large et plus profonde, a accompagné le développement du monde moderne » (H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et alii, Gallimard, coll. Folio essais, 2011, p. 121).

¹¹¹⁸ Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2^e éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 2.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 2-3.

5. La désacralisation de l'État

L'État semble subir les évènements au moins autant qu'il les influence. Il est vrai, par exemple, que tant le rapport public du Conseil d'État de 1998¹¹²⁰ que le rapport du député Christian Paul de 2000¹¹²¹ avaient abouti à la conclusion selon laquelle il serait nécessaire d'encourager la « corégulation », au sein de laquelle la régulation par les acteurs privés et la régulation par l'État ont chacune sa place. Dans les faits, cependant, l'autorégulation est bien souvent choisie « souverainement » par lesdits acteurs privés, indépendamment des pouvoirs publics et des orientations qu'ils décident¹¹²².

Il semble que de plus en plus de domaines du droit suivent la voie du droit du cyberspace : un droit dont la puissance publique n'a pas ou plus la maîtrise et qui se trouve dans une large mesure livré aux puissances privées. Le terme « cyberspace », dans *Neuromancien* de William Gibson¹¹²³, désigne un espace détaché de la souveraineté des États, entièrement libéré de toute règle. Cette description, si elle ne correspond pas à la réalité, n'en est néanmoins pas totalement éloignée tant, s'il y a des règles, elles ont souvent une origine privée et non publique, tandis que lesdites règles publiques, lorsqu'elles existent, pêchent par manque d'effectivité. Trop d'acteurs et d'utilisateurs de l'internet sont de ces « gens heureux [qui] vivent comme si le droit n'existait pas »¹¹²⁴. L'État ne peut accepter cette situation qui remet en cause sa souveraineté, sa puissance, sa légitimité et sa raison d'être. Les fondations du « contrat social » paraissent s'écrouler, si tant est que ce « contrat » ait été un jour « conclu » par les internautes — il faut rappeler à quel point les individus se présentent sous un jour différent selon qu'ils agissent dans le

¹¹²⁰ EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques*.

¹¹²¹ Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000.

¹¹²² La situation n'est guère différente de celle que décrivaient, en 2006, des commentateurs : l'État « baigne dans un environnement où le pluralisme des foyers de production des normes, la complexité des situations reliées à la mondialisation de l'économie et l'évolution des échanges et des transactions vers un mouvement qui déborde les frontières des États sont les caractéristiques » (K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2006, p. 357).

¹¹²³ W. GIBSON, *Neuromancien* (1984), J'ai lu, coll. Science-fiction, 2001.

¹¹²⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 38.

monde physique ou dans le cyberspace, si bien que le « contrat social » pourrait fort ne pas être « valide » à l'égard des actions se déroulant dans le milieu immatériel.

Loin est le temps (largement fantasmé au demeurant) où Socrate pouvait, au moment de s'empoisonner conformément à la sentence de mort rendue contre lui et alors qu'il lui était loisible de s'échapper, estimer qu'il était préférable de « mourir en observant la loi plutôt que [de] vivre en la violant »¹¹²⁵. Platon revient, dans le dialogue entre Socrate et son disciple Criton, sur cet événement. Il raconte que le mythique philosophe, alors que Criton le supplie de s'enfuir pour se dérober à cette condamnation injuste, refuse cette solution par respect pour les lois de sa patrie. Il suppose que, fuyant, les lois d'Athènes se présenteraient à lui pour lui reprocher sa lâcheté. Ces lois apparaissent alors comme des sortes de divinités et c'est dans cette divinisation qu'elles puisent leur force obligatoire. Socrate en conclut que l'évasion constituerait une ingratitude envers des lois athéniennes qui ont permis à ses parents de se rencontrer, qui l'ont éduqué et qui l'ont façonné tel qu'il est¹¹²⁶. Les lois qui ont vocation à régir le XXI^e siècle ne partagent que peu de choses avec ces antiques lois sacralisées ; elles sont, tout au contraire, banalisées et doivent faire constamment leurs preuves « sur le terrain ».

Par ailleurs, chez Jean-Jacques Rousseau, deux principes régissent toute communauté politique : celui de la « liberté-légitimité » (tout pouvoir humain renvoie à une décision fondatrice libre qui l'institue comme pouvoir légitime) et celui de l'« utilité » (les hommes « n'aliènent leur liberté » — c'est-à-dire ne consentent à se soumettre à une autorité — « que pour leur utilité »)¹¹²⁷. L'État et le droit qu'il génère ne tiennent debout qu'à condition que les sujets dudit État et que les destinataires dudit droit perçoivent en eux une « liberté-légitimité » et une « utilité »¹¹²⁸. Sans cela, l'État et le droit étatique risquent fort de se trouver déstabilisés, fragilisés et, finalement, de s'écrouler.

Or, dans le monde tel que la mondialisation l'a transformé, la « liberté-légitimité » et l'« utilité » de l'État et de son droit s'avèrent de plus en plus maigres. Par suite, le diagnostic établi à l'égard de la place de l'État dans le monde des normes ne peut qu'être sévère. Sans doute cette place n'est-elle pas inexistante ni réduite à une position

¹¹²⁵ XÉNOPHON, *Mémoires*, 370 av. J.-C., L. IV.

¹¹²⁶ J. BENOIST, « Platon – Les Lois », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 448. Cet exemple peut être comparé à celui d'Antigone, qui préfère ne pas obéir à une loi dès lors qu'elle est injuste, mettant de ce fait « la société dans son ensemble au bord du chaos en admettant un péril mortel pour le droit » (G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 95).

¹¹²⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 2.

¹¹²⁸ Cf., également, O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », in *Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006, p. 153 s. ; O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* 2007, n° 44, p. 71 s.

marginale ; mais, par rapport à ce qu'elle est habituellement depuis le début de l'ère moderne et par rapport à ce qu'elle devrait être afin de défendre des principes tels que l'intérêt général ou la sécurité juridique — rien de moins que le « devenir de l'homme » en dépendrait¹¹²⁹ —, il n'est que possible de souligner à quel point les autorités publiques rencontrent des difficultés, à quel point elles sont fragilisées et à quel point leur capacité à intervenir efficacement est douteuse.

Le « contrat social », dont l'enjeu n'est pas autre chose que l'association de l'ordre et de la liberté, est toujours à recommencer, est une « tâche infinie »¹¹³⁰, ce qui, pour toute une partie de la vie des individus, amène à douter de sa pérennité. Peut-être le « contrat social postmoderne » devrait-il emprunter le chemin d'un « État modeste »¹¹³¹ transcendant le clivage public/privé¹¹³² et reposant sur la flexibilité, la discussion et la négociation, loin de la soumission à quelque « Léviathan » agissant de façon unilatérale et disposant d'un impérium irrésistible¹¹³³. Et peut-être est-il vrai que « les démocraties contemporaines ne sont que des oligarchies qui s'affublent du beau nom de démocratie »¹¹³⁴ et que, en conséquence, le système institutionnel dans son ensemble devrait être repensé car il ne serait plus tolérable. Mais ce mémoire n'est pas le lieu où songer plus avant à de telles problématiques gargantuesques¹¹³⁵. Il s'agit seulement de souligner que la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique peuvent conduire à de telles problématiques.

Il faut cependant observer à quel point les instances et les rouages étatiques sont marqués par une forme de statisme quand la pensée juridique pragmatique ou la prospective juridique appellent davantage de darwinisme ou, en tout cas, de dynamisme.

¹¹²⁹ En ce sens, R. TREGOUËT, « Société de l'information et devenir de l'homme », in D. BAHU-LEYSER, P. FAURE, dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000, p. 145 s.

¹¹³⁰ S. GOYARD-FABRE, « Contrat social (doctrines) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 284.

¹¹³¹ Réf. à M. CROZIER, *État modeste, État moderne : stratégies pour un autre changement*, 3^e éd., Fayard, 1997.

¹¹³² O. PAYE, « Pour la gouvernance comme problématique générale de science politique », in G. DEMUJINCK, P. VERCAUTEREN, dir., *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 144.

¹¹³³ S. GOYARD-FABRE, « Contrat social (doctrines) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 284.

¹¹³⁴ F. RIGAUX, *Ordonnements juridiques et conversion numérique*, Larcier, coll. Petites fugues, 2014, p. 368.

¹¹³⁵ L'enjeu n'en est pas moins ô combien décisif si, comme l'explique Alain Supiot, « nos institutions sont comme le pont dépeint par Kafka : une construction ancrée dans le sol des faits mais tendue au-dessus d'un vide de sens. Ce pont donne au cheminement humain son assise. Porteuses de sens, les institutions ne sont pas réflexives. Le pont, en se retournant sur lui-même, entraîne dans l'abîme l'homme dont il avait la charge. Aussi pourrait-on expliquer que dans la Rome antique le nom de pontife, d'ingénieur des ponts, ait été donné au gardien du temple sacré des lois ; et expliquer aussi l'irritante tendance des juristes à pontifier » (A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012).

6. La périlleuse mutation vers une architecture étatique adaptée

L'État peut s'assigner des objectifs aussi nobles que garantir les principes de l'État de droit et les droits et libertés fondamentaux, rien n'assure qu'il sera demain encore en mesure de les remplir. L'organisation moderne des sources étatiques du droit est mal adaptée aux exigences et caractéristiques de certains objets actuels et il est regrettable que les pouvoirs publics n'amorcent pas plus radicalement la mutation légistique espérée par qui aspire à disposer d'un droit étatique légitime et efficace.

Il est néanmoins possible de percevoir les premiers signes de quelques changements parmi les institutions étatiques. Or, là aussi, la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique pourraient être d'une certaine utilité pour les chercheurs. Un « processus d'adaptation de la technique juridique ainsi que de réévaluation de ses conditions d'emploi » à l'aune des exigences de la « rationalité technico-économique »¹¹³⁶ serait en cours. On observe que l'État doit « s'adapter à l'ère de l'«interactivité normative» »¹¹³⁷ ; certainement le fait-il, très progressivement et plutôt à contrecœur, car nombreux sont ceux qui lui expliquent que « la prise en charge des effets néfastes du développement de la technoscience nécessite un réaménagement des modalités d'exercice du pouvoir »¹¹³⁸, que, « dès lors que les flux d'informations et de pouvoirs se reconfigurent sur de nouvelles bases culturelles, sociales, nationales, générationnelles, l'exercice de la décision devient plus complexe, plus aléatoire, et doit être repensé »¹¹³⁹.

Le droit étatique applicable aux activités et phénomènes globaux « fonctionne de manière un peu chaotique, reposant sur une compréhension souple des concepts de hiérarchie des

¹¹³⁶ J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. MORAND, dir., *L'État propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 11.

¹¹³⁷ P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

¹¹³⁸ U. BECK, *La société du risque – Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Flammarion, coll. Champs Essais, 2008, p. 5 (cité par A. POMADE, *La Société Civile et le droit de l'environnement – Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th., Université d'Orléans, 2009, p. 477).

¹¹³⁹ J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 6.

normes et de séparation des pouvoirs »¹¹⁴⁰. De modestes signes de mouvements cependant profonds parmi la structure et le fonctionnement de l'État se laissent ainsi apercevoir et, si cet État, pour mieux s'acclimater à l'environnement mouvant que lui propose la mondialisation, devait abandonner des principes aussi fondamentaux que la hiérarchie des normes ou la séparation des pouvoirs, ce serait son visage même qui serait changé.

Ce ne sont, néanmoins, que quelques soubresauts de pareilles mutations qui, pour l'heure, sont visibles, tant, dans les hautes sphères de l'État, le conservatisme continue de l'emporter sur l'évolutionnisme. « Nous vivons, explique-t-on, un temps où le mode de gouvernement traditionnel l'emporte encore [...] ; un temps où, en d'autres termes, la décision se prend selon un processus qui, pour être obsolète, n'en est pas moins le plus confortable pour le décideur »¹¹⁴¹. Mais, si, au XX^e s., le modèle classique de l'administration correspondait à une administration tout à la fois « simple, nationale, centralisée, hiérarchisée et secrète »¹¹⁴², à l'ère du droit postmoderne, ne devrait-elle ou ne devra-t-elle pas se présenter sous les traits d'une administration complexe, ouverte, décentralisée, réseautique et publique ? L'avenir est incertain, mais de grands chamboulements dans l'organisation étatique sont possibles et, peut-être, souhaitables. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique auraient vocation à accompagner ces mouvements, tandis que Jacques Chevallier observe déjà la « reconfiguration en cours des appareils de l'État »¹¹⁴³, ainsi que l'« ébranlement de leur architecture »¹¹⁴⁴, associés à la « remise en cause de certains des attributs de l'État qui semblaient relever de son essence »¹¹⁴⁵.

Élaborer la loi aujourd'hui n'est peut-être pas devenu une « mission impossible »¹¹⁴⁶ ; néanmoins convient-il sans doute de réviser les modalités de cette élaboration de la loi et, plus largement, celles de l'élaboration étatique du droit, sans quoi le gouffre séparant le droit d'origine étatique de ses destinataires pourrait devenir définitivement insurmontable. Nul objet juridique ne s'analyse plus que le droit d'aujourd'hui et de demain comme un

¹¹⁴⁰ J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 343.

¹¹⁴¹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 398.

¹¹⁴² G. BRAIBANT, « Panorama de l'administration française », in F. GALLOUÉDEC-GENUYS, dir., *À propos de l'administration française*, La documentation française, 1998, p. 9.

¹¹⁴³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 99.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ Réf. à B. JADOT, F. OST, dir., *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, 1999.

« droit des sujets »¹¹⁴⁷, c'est-à-dire comme un droit dont le problème principal est celui de sa réception par ses destinataires, tant ces derniers paraissent être en mesure de respecter ou non les règles uniquement en fonction de la légitimité et du bien-fondé qu'ils leur accordent, loin de la contrainte, de la souveraineté et de la puissance étatiques.

« Le législateur, écrivait Portalis, ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois, qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites »¹¹⁴⁸. Certainement le droit doit-il suivre l'état de la société dans laquelle il s'inscrit¹¹⁴⁹, même s'il est aussi un instrument servant à modeler, dans une certaine mesure, cet état de la société¹¹⁵⁰. L'analyse selon laquelle « c'est aux technologies de s'adapter aux exigences fondamentales du droit »¹¹⁵¹, autant que celle proposée par Montesquieu et aux termes de laquelle la loi serait capable à elle seule de bouleverser les mœurs et les manières d'une nation¹¹⁵², ne paraissent pas acceptables — dans leurs formulations absolutisantes du moins.

Partant, pour que le contenu des normes s'adapte aux besoins et aux spécificités du cadre et du contexte sociaux, il faut peut-être que leurs modes de production évoluent vers plus de souplesse, vers plus de flexibilité, vers plus de précision etc., en fonction des lieux et des temps, loin de l'« État-monstre froid » du XX^e s. pré-internetique¹¹⁵³. La mondialisation et notamment l'environnement numérique imposent « l'ouverture d'un grand chantier pour l'élaboration d'un droit adapté »¹¹⁵⁴. Mais, s'il devrait l'être entièrement, ce grand chantier n'a pour l'instant été amorcé que parcimonieusement. D'aucuns dénonceront la certaine stagnation et la certaine inertie de la légistique quand l'environnement du droit et de l'État se fait toujours plus fluctuant et inconnu. C'est

¹¹⁴⁷ Cf. L. DRAI, D. HIEZ, « La réception du droit : le droit des sujets », *RRJ* 2007, p. 141 s.

¹¹⁴⁸ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

¹¹⁴⁹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 660 (« le droit, en tant que production sociale, est appelé à évoluer à mesure des mutations sociales »).

¹¹⁵⁰ En ce sens, l'enjeu fondamental du droit serait, pour toute société, « la place qu'y tient l'homme, car le progrès d'un peuple ne se mesure pas seulement aux découvertes de la science ni aux exploits de la technique ; comme toute l'activité politique, il provient de l'homme, il est réalisé par l'homme, il est pour l'homme. L'homme, être libre et responsable, voilà la fin du pouvoir. Cet idéal d'origine religieuse a pénétré la philosophie rationaliste du siècle des Lumières. Il n'a rien perdu de son actualité » (Ch. DEBBASCH, *L'État civilisé*, Fayard, 1979, p. 20).

¹¹⁵¹ G. LYON-CAEN, « Le droit n'a pas à s'incliner devant la technologie », *Semaine sociale Lamy* 12 oct. 2001, p. 8 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 392).

¹¹⁵² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. XIX, chap. 27 (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, p. 61).

¹¹⁵³ Cf. S. GOYARD-FABRE, « L'État du XX^e siècle a-t-il été un "monstre froid" ? Postface », in S. GOYARD-FABRE, dir., *L'État au XX^e siècle – Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, 2004, p. 331 s.

¹¹⁵⁴ J. FRAYSSINET, « Le droit et la création des contenus numériques – À la recherche d'une nouvelle culture juridique », *Les cahiers du LID2MS* 2013, n^o 1, p. 4.

pourquoi il serait intéressant de réfléchir aux nouveaux principes légistiques qui pourraient être mis à profit afin d'améliorer la qualité du droit étatique lorsque cela apparaît nécessaire. Le cadre de la théorie syncrétique, de l'échelle de juridicité, du pragmatisme juridique et de la prospective juridique a vocation à favoriser de telles réflexions.

L'enjeu est de taille car il est permis de se demander s'il faut percevoir l'État postmoderne comme un modèle qui pourra être durable ou comme une transition temporaire vers une conception différente de l'organisation politique rompant avec la rationalité et la légitimation étatiques. Il n'est pas inconséquent de rechercher si l'État d'aujourd'hui est toujours celui d'hier¹¹⁵⁵ ; il l'est encore moins de rechercher, en prospectiviste, si l'État de demain sera toujours celui d'aujourd'hui.

Et l'État n'est-il pas voué à connaître un retrait progressif mais inéluctable, ainsi que le prédisait Pierre Bourdieu à la fin du XX^e s.¹¹⁵⁶ ? Il serait alors moins pertinent de s'intéresser aux droits des États que de s'intéresser au droit international et, surtout, au droit transnational et à toutes les formes parallèles, extra-étatiques, de normes. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique offrent un espace pour connaître et reconnaître ce « nouveau droit », pour permettre à une pensée juridique ouverte et pluraliste de s'affirmer.

II. Pour une pensée juridique ouverte et plurielle

L'étude des objets normatifs originaux qui apparaissent actuellement montre à quel point il devient urgent de repenser le droit et, en premier lieu, de repenser le concept de droit, afin que les scientifiques du droit du XXI^e s. puissent rendre pleinement compte de la réalité des nouvelles activités normatives et régulatrices (1). Cela implique surtout de remplacer le prisme du monisme juridique, avec lequel l'État est la seule source du droit ou, du moins, est au centre du droit, par celui du pluralisme juridique, avec lequel les acteurs du grand spectacle juridique sont nombreux et variés (2). Au-delà, il semble devenir

¹¹⁵⁵ Réf. à R. MASPÉTIOL, « L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? », *Arch. phil. droit* 1976, p. 3 s.

¹¹⁵⁶ P. BOURDIEU, *Sur l'État – Cours au Collège de France – 1989-1992*, Le Seuil-Raisons d'agir, coll. Cours et travaux, 2012.

indispensable d'accepter et, par suite, d'étudier la diversité, l'évolutivité et la contingence de ce monde du droit non fermé, non exclusif (3).

1. S'autoriser à repenser la pensée du droit au XXI^e siècle

Aujourd'hui, diverses recherches se donnent pour but d'opérer un « changement d'ère dans la production des savoirs sur le juridique »¹¹⁵⁷, plus ou moins en rapport avec les prémisses et les conséquences de la théorie syncrétique, de l'échelle de juridicité, du pragmatisme juridique et de la prospective juridique. Tout d'abord, un chercheur en droit devrait pouvoir réaliser des observations factuelles telles que celle selon laquelle la réalité du droit correspondrait de plus en plus au pluralisme juridique et de moins en moins au monisme juridique. Il devrait pouvoir procéder à l'étude objective et empirique de la « capacité souveraine de l'État à dire le droit »¹¹⁵⁸, loin de vouloir consacrer dogmatiquement, bien que parfois involontairement et inconsciemment, cette souveraineté de l'État.

Ensuite, si les mutations juridico-normatives sont « difficilement maîtrisables par les moyens du raisonnement juridique traditionnel »¹¹⁵⁹, il devient indispensable, afin de ne pas faire œuvre vaine, de se décamponner de cette pensée juridique ordinaire, spécialement en ce qu'elle rattache la qualité juridique à la qualité étatique. Avec les modes de connaissance et de reconnaissance du droit proposés dans ce mémoire, la qualité juridique est en définitive rattachée à la qualité normative, ce qui en fait un ensemble de normativismes non étatistes.

¹¹⁵⁷ J. COMMAILLE, « Préface », in A.-J. ARNAUD, M. J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, 1998, p. XIII.

¹¹⁵⁸ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008, p. 4. Jacques Chevallier note que « ce concept-clé [la souveraineté] ayant présidé à la construction du droit moderne, en relation étroite avec l'édification de l'État [...], non seulement n'a jamais suffi à rendre compte des différentes dimensions du phénomène juridique, mais encore il tend à perdre de plus en plus de sa substance du fait de l'évolution du droit en cours dans les sociétés contemporaines » (J. CHEVALLIER, « Souveraineté et droit », in D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2006, p. 203 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 507)).

¹¹⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 99 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 532).

Mais encore faut-il ne pas s'élever trop brutalement face à la dogmatique juridique moderne, même si de moins en moins nombreux sont ceux qui, dans l'antre des facultés de droit, y adhèrent sans recul critique. C'est à l'établissement de ce précaire équilibre entre, d'un côté, mise en lumière de certaines mutations concrètes du droit et de certains besoins de la pensée du droit et, de l'autre côté, ménagement d'une dogmatique juridique et d'un conservatisme — que Ripert avait été l'un des premiers à souligner¹¹⁶⁰ — qu'il est indispensable de ne pas heurter frontalement que s'attellent la théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité, ainsi que, dans une moindre mesure, le pragmatisme et la prospective juridiques. Une recherche en droit doit — semble-t-il — poursuivre l'objectif de contribuer à la construction et à l'amélioration du savoir ; mais elle ne saurait comporter de propos tels que ceux tenus par Tocqueville lorsqu'il « fini[ssait] en signalant ce qu'un grand nombre de lecteurs considérera comme un défaut capital de [son] ouvrage : ce livre ne se met précisément à la suite de personne »¹¹⁶¹. S'il importe de repenser le droit et, en particulier, de réévaluer le lien constitutif entre l'État et le droit, il convient de le faire en douceur. Procéder scientifiquement, *i.e.* objectivement et empiriquement, est peut-être la meilleure manière d'y parvenir. C'est de façon définitive que Durkheim a affirmé qu'« il n'y a que des expériences méthodiques qui puissent arracher leurs secrets à des choses »¹¹⁶². Sous l'angle de l'acceptabilité doctrinale, peut-être la théorie syncrétique et l'échelle de juridicité sont-elles supérieures au pragmatisme et à la prospective juridiques.

Reste que, si elle s'inscrivait dans le cadre de l'une ou l'autre théorie étatiste du droit, soit dans l'une ou l'autre théorie du monisme juridique selon laquelle seules les normes d'origine publique revêtent la qualité juridique et peuvent être étudiées par le juriste¹¹⁶³, une étude de droit global ne mériterait pas une seconde d'effort. Faut-il rappeler, avec Karl Popper, que le critère permettant de choisir entre diverses théories à disposition

¹¹⁶⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

¹¹⁶¹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 42. Et le savant politiste de préciser ses dires : « En écrivant [cet ouvrage], je n'ai entendu servir ni combattre aucun parti ; j'ai entrepris de voir, non pas autrement, mais plus loin que les partis ; et tandis qu'ils s'occupent du lendemain, j'ai voulu songer à l'avenir » (*ibid.*).

¹¹⁶² É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 142.

¹¹⁶³ Parmi d'innombrables exemples, A. AUDOLANT, « Les lois de police en droit international privé : une force "super-impérative" ? », in C. THIBERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 309 (est une règle de droit « toute disposition émanant d'un organe étatique qui contribue à énoncer les droits et les obligations des individus »).

devrait toujours être la capacité à décrire et à expliquer des faits¹¹⁶⁴ ? Les professeurs de droit comme les praticiens du droit ne peuvent plus, aujourd'hui, faire l'économie des règles qui sont *de facto* appliquées tout en n'étant pas insérées dans les codes officiels. Il faudrait, en somme, être un « théoricien du droit professionnel »¹¹⁶⁵. C'est pourquoi ce mémoire a souhaité promouvoir une conception pratique du droit¹¹⁶⁶.

Analyser le droit à l'aune des normes d'origine publique uniquement conduirait à s'éloigner excessivement de la réalité des modes de régulation et amènerait à fournir des réflexions guère pragmatiques, ainsi qu'à effectuer des propositions fort peu praticables et encore moins prospectives. C'est sans doute à raison qu'un auteur constate combien « la typologie des sources formelles est trop restreinte »¹¹⁶⁷ et combien « elle n'est plus appropriée au paysage normatif contemporain »¹¹⁶⁸. Aussi devient-il indispensable d'accueillir positivement les présupposés et conséquences d'une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique, qui ne pourrait qu'être en même temps une théorie du pluralisme juridique.

Et peut-être faudrait-il privilégier la théorie syncrétique du droit par rapport à toutes les autres théories du pluralisme juridique, cela pour des raisons développées dans ce mémoire et, plus longuement, dans un ouvrage intitulé *Théories du droit et pluralisme juridique*¹¹⁶⁹, raisons qui peuvent se résumer dans la critique adressée par Santi Romano à la « tendance à appauvrir à l'excès le concept de droit »¹¹⁷⁰ de ceux qui ne s'inscrivent pas dans la « pensée juridique du droit »¹¹⁷¹. En d'autres termes, cette théorie syncrétique du droit pourrait être la seule à parvenir à consacrer le panjuridisme tout en préservant

¹¹⁶⁴ K. POPPER, *Conjectures et réfutations – La croissance du savoir scientifique*, trad. M.-I. et M. B. de Launay, Payot, 1985, p. 343 (cité par R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 182).

¹¹⁶⁵ P. BRUNET, M. VAN DE KERCHOVE, « Présentation », *Dr. et société* 2010, p. 270.

¹¹⁶⁶ Cf., plus généralement, J. COMMAILLE, « Nouvelles économies de la légalité, nouvelles formes de justice, nouveau régime de connaissance – L'anthropologie du droit avait-elle raison ? », in J. COMMAILLE et alii, *La quête anthropologique du droit – Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Karthala, 2006, p. 351 s.

¹¹⁶⁷ M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2354.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ Cf. *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016 ; *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016. Également, « 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. ; « 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.

¹¹⁷⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 71. Appauvrissent peut-être à l'excès le concept de droit les tenants du « pluralisme juridique radical » qui se contentent de poser comme principe qu'« aucune forme de régulation ne doit être exclue du domaine juridique » (S. LABEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 24).

¹¹⁷¹ Réf. à Ph. MALAURIE, « La pensée juridique du droit au XX^e siècle », *JCP G* 2001, I, 283.

l'autonomie du droit au sein du social, cela grâce à une conception graduelle de la juridicité.

Une marque de fabrique de la pensée juridique postmoderne promue par la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique serait donc sa capacité à observer et analyser la réalité du pluralisme juridique, ce qui suppose d'avoir au préalable accepté la possibilité de ce pluralisme juridique.

2. Accepter le pluralisme du droit et de la pensée du droit

« On progresse souvent, dit-on, par des régressions, par exemple en se rendant compte que l'homme n'est pas le centre de l'univers »¹¹⁷². Lorsque l'État n'est pas le centre du droit, c'est un progrès que de comprendre et d'accepter que l'État n'est pas le centre du droit alors que le contexte épistémique, si ce n'est idéologique, est celui d'une « hostilité à la diversité juridique du droit »¹¹⁷³. « Formés à la pensée moderne, explique-t-on, nous avons appris à concevoir la régulation interne et les relations internationales en fonction d'un État totalement souverain. L'État était, jusqu'ici, seul maître de l'ordre que, par l'édiction de normes juridiques, il instaurait à l'intérieur de ses frontières territoriales et, dans ses rapports avec les autres États, par les traités qu'il passait avec eux »¹¹⁷⁴. Mais le droit global montre que la situation peut aussi être celle d'un État aux prises avec la concurrence de foyers privés de normativité qui remettent en question sa vocation à édicter totalement le droit comme sa vocation à édicter principalement le droit¹¹⁷⁵. L'État ne serait alors qu'un acteur parmi d'autres dans le monde de la régulation par les normes — qu'il faut, dans le cadre du panjuridisme, envisager comme synonyme de régulation par le droit — ; il ne serait plus l'acteur dominant sans l'autorisation duquel nulle entité privée n'oserait produire de normes.

¹¹⁷² R. ENTHOVEN, Les grandes questions, France 5, 5 déc. 2013. En sens inverse, le physicien Étienne Klein donnait comme exemple d'une théorie fictive dont il faudrait se méfier le boson de Higgs, avant que sa véracité ne soit définitivement et scientifiquement confirmée (É. KLEIN, « Comment savons-nous ce que nous savons ? », conférence à l'Agora des savoirs, Centre Rabelais de Montpellier, 2 nov. 2011).

¹¹⁷³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 148.

¹¹⁷⁴ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 20.

¹¹⁷⁵ En ce sens, par exemple, 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. 50.

Qui observe concrètement les normes encadrant les objets, activités et phénomènes de la globalisation ne peut suivre ceux qui envisagent le droit sous la forme d'un tout unitaire, logique, cohérent et complet, dont les normes s'agencent de façon pyramidale et trouvent à leur sommet une « norme fondamentale » sur laquelle repose l'ensemble¹¹⁷⁶. Celui-là ne peut suivre ceux qui ne jurent que par le « rationalisme constructiviste qui prétend réduire le phénomène juridique à une cascade de raisonnements déductifs développés sous l'autorité omnisciente et omnipotente de l'État »¹¹⁷⁷. Qui observe concrètement les normes encadrant les objets, activités et phénomènes de la globalisation ne peut qu'abonder dans le sens de ceux qui étudient la « juridiversité »¹¹⁷⁸, qui constatent un mouvement de « factualisation du droit et [de] juridicisation du non-droit »¹¹⁷⁹, qui soulignent le rapprochement du « droit spontané » et du « droit délibéré »¹¹⁸⁰, qui décrivent le droit tel un être incertain et mouvant, « hétérogène, fortuit et fracturé »¹¹⁸¹, déformé ou même difforme¹¹⁸², produit par des « sources anarchiques »¹¹⁸³ — étant entendu que le fait, grâce au panjuridisme, de ne pas avoir à débattre de la « frontière floue entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale »¹¹⁸⁴ facilite grandement la tâche : toute forme de régulation sociale est juridique et intègre l'objet d'étude du jus-scientifique.

Hannah Arendt affirmait que « le passé est une force et non, comme dans presque toutes nos métaphores, [...] un fardeau que l'homme doit porter sur ses épaules — poids mort dont les vivants peuvent ou même doivent se débarrasser dans leur marche vers le futur »¹¹⁸⁵. Mais, concernant le passé de la pensée du droit — son passé récent en tout cas —, mieux vaudrait savoir s'en émanciper afin de pouvoir dire ce qu'est le droit à l'aune de ce qu'il est dans les faits et non à l'aune de ce qu'il était il y a 20, 50 ou 100 ans.

¹¹⁷⁶ Cf., notamment, M. TROPER, « Normativisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1075 s. ; Ch. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1113 s.

¹¹⁷⁷ P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

¹¹⁷⁸ Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 18.

¹¹⁷⁹ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 353.

¹¹⁸⁰ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 377.

¹¹⁸¹ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

¹¹⁸² Réf. à P. COPPENS, J. LENOBLE, « Déformation et procéduralisation du droit », in R. JANDA, A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, G. ROCHER, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant-Thémis, 1998, p. 105 s.

¹¹⁸³ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 6.

¹¹⁸⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 267.

¹¹⁸⁵ H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et alii, Gallimard, coll. Folio essais, 2011, p. 20.

Le droit ne peut être qu'en constante(s) révolution(s)¹¹⁸⁶ et, si Kelsen écrivait aujourd'hui, il consacrerait sans doute une tout autre « théorie pure du droit ». À l'heure des multinationales du droit et des *legal start-ups*, il n'est plus admissible de laisser l'État proclamer « le droit, c'est moi ».

Néanmoins, que le pluralisme juridique soit possible théoriquement ne signifie pas qu'il soit nécessairement une réalité. Ce n'est pas parce que les normes issues de la société civile sont autant juridiques que les normes fabriquées par les États que toute branche du droit est marquée par le pluralisme juridique. Encore faut-il « mettre le droit à l'épreuve de la pratique »¹¹⁸⁷ — sans quoi toute recherche en droit est inutile — et observer si, quantitativement parlant, les règles produites par les sources privées ne sont pas anecdotiques par rapport aux normes produites par les sources publiques et si, tout au contraire, elles rivalisent avec elles. En tant que pragmatiste, il convient donc de préférer, à la suite de Georges Gurvitch, l'idée d'« infertilité juridique » à celle de « stérilité juridique », car il n'est pas de communautés qui ne peuvent pas produire de droit mais seulement des communautés qui n'en produisent pas¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ En ce sens, X. DUPRÉ DE BOULOIS, M. KALUSZYNSKI, dir., *Le droit en révolution(s) – Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. Droit et société, 2011.

¹¹⁸⁷ J. BARTHELÉMY, *Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, Félix Alcan, 1915 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 333).

¹¹⁸⁸ G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Vrin, 1932, p. 118. Et encore faudrait-il s'intéresser aux origines formelles du droit mais aussi à ses origines matérielles — la société civile peut jouer un rôle plus ou moins important en tant que source formelle et/ou en tant que source matérielle. « La notion de "sources du droit", expliquent pertinemment des auteurs, bute sur la collaboration permanente des différents facteurs de création. Supposons une technique contractuelle née de la pratique, consacrée par une organisation professionnelle avant d'être reconnue par le juge, éventuellement avec la complicité d'un article du Code civil, pour finalement être organisée par une loi : quelle est la "source" de cette institution juridique ? L'exemple révèle que toute "source" au singulier doit se comprendre au pluriel. Or le schéma moderne postule un classement apte à rendre à chaque source sa prescription ou à chaque prescription sa source » (P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1433). Ne s'attacher qu'aux seules sources formelles simplifie évidemment grandement la tâche ; mais cela ne retire rien au fait que l'étude des sources matérielles est tout autant que celle des sources formelles digne d'intérêt. Elle amène à interroger, notamment, la coordination et le « dialogue » des sources du droit, ainsi que l'internormativité. Cf. J.-L. BERGEL, « La coordination des sources du droit », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM, 2001, p. 125 s. ; L. ROLLAND, « Les pratiques contractuelles déviantes : confrontation ou coordination des sources matérielles et formelles du droit », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM, 2001, p. 309 s. ; G. ROCHER, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », in J.-G. BELLEY, dir., *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 25 s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit », in D. BOURCIER, P. MACKAY, dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121 s. ; C. CASTETS-RENARD, « La mutation de la production de la norme en droit privé : d'une concurrence à une collaboration des producteurs de la norme », in M. HECQUARD, J. KRYNEN, dir., *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, t. I : Bilans*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR Mutations des normes juridiques, 2005, p. 13 s. Et cf., plus spécifiquement, A. BENSAMOUN, « La loi du 1^{er} août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.* 2007, p. 328 s. ; E. DERIEUX, « Le juge et la loi, en droit d'auteur et des médias – À propos de quelques affaires récentes », *Légipresse* 2008, n° 252.

Ensuite, la transition de la modernité à la postmodernité de la pensée juridique que ce mémoire pourrait illustrer traduit tout spécialement le besoin de plus en plus pressant de comprendre et, par suite, d'expliquer la diversité, l'évolutivité et la contingence de cet objet socio-culturel original qu'est le droit.

3. Étudier la diversité, l'évolutivité et la contingence du droit

Il semble que le pluralisme juridique peine à être compris, unanimement en tout cas, par la doctrine juridique et, plus largement, par ceux qui s'y intéressent — parmi lesquels figurent étrangement plus de non-juristes (sociologues et anthropologues du droit spécialement) que de juristes¹¹⁸⁹. Il faut gager que l'affirmation de nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit ira de pair avec l'affirmation du pluralisme juridique, donc avec l'acceptation de la diversité et de la relativité de tout ce qui fait que le droit est ce qu'il est.

À l'heure de la globalisation du droit, il devient chaque jour un peu plus impensable de dénoncer la « grande illusion du pluralisme juridique »¹¹⁹⁰. Celui-ci, s'il se définit comme la coexistence effective de sources publiques et privées de règles de droit, devient une

¹¹⁸⁹ Il faut rappeler, avec Carbonnier, que les sociologues du droit sont des sociologues et les anthropologues du droit des anthropologues ; « il existe une sociologie de la musique ; elle peut rendre service, en les orientant, aux imprésarios et même aux musiciens ; mais elle ne fait pas de musique » (J. CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », *Dr. et société* 1986, p. 433).

¹¹⁹⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 1992, p. 361. Carbonnier cherche à démontrer que, lorsque les individus agissent selon des normes non étatiques, même s'ils les croient juridiques, elles ne le sont pas : « [Elles] ne le sont évidemment pas selon le droit dogmatique ; mais elles ne le sont pas davantage selon la sociologie du droit. Car, quelque critère sociologique que l'on forge de la juridicité (contrainte organisée ou jugement possible), ce critère manque. Tout au plus peut-on entrevoir des formes frustrées, larvées : une pression psychologique venant de l'entourage, une ébauche de consultation familiale. Les choses ne se passent pas droit contre droit, mais droit contre sous-droit. [...] [On] croit avoir filmé le combat de deux grands systèmes juridiques, mais ce qu'[on] montre est un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre » (*ibid.*). Or que soit ici rappelé combien une forme frustrée ou larvée de droit est toujours une forme de droit. Une « source officieuse de droit » — par opposition aux « sources officielles de droit » (Ph. JESTAZ, « Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 78) — est déjà une source du droit, de même qu'une « petite source du droit » (S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit*, Economica, 2012). Toutes les sources de normes sont donc des sources de normes juridiques, mais certaines sources sont « délicieuses » quand d'autres sont très modestes (réf. à Ph. JESTAZ, « Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73 s. ; J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTD civ.* 1995, p. 69 s.).

réalité dans un nombre croissant de branches du droit¹¹⁹¹. Il y a bien « éclatement du monolithisme du droit »¹¹⁹². En outre, le pluralisme se retrouve à l'intérieur des sources privées, lesquelles sont bien plus hétéroclites que les sources étatiques ou même, plus largement, que les sources publiques. Et certaines institutions participant à la production privée du droit global se révèlent très originales dans le paysage juridique. Aussi est-il confirmé que « leur diversité est le trait le moins incertain des sources du droit »¹¹⁹³. De plus en plus, il semble donc que le droit soit marqué par une forme de darwinisme permanent dont une théorie du droit renouvelée doit permettre de rendre compte.

À l'inverse, le polymorphisme du droit est une réalité que la théorie du droit moderne méconnaît largement¹¹⁹⁴. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique ont donc pour première caractéristique de s'inscrire dans un mouvement de rénovation de la pensée du droit. Souvent, le changement et la prise en compte du changement par la doctrine sont en décalage. Les nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit présentés dans ce mémoire ont pour objectif de diminuer au maximum cet écart temporel, donc de permettre le plus possible au droit des livres d'être en conformité par rapport au droit en action. En 1960 déjà, Jean Carbonnier relevait la « multiplication des variétés de règles de droit »¹¹⁹⁵. La composition normative du droit global témoigne du fait que ce phénomène s'est largement accentué depuis que l'illustre professeur a écrit, spécialement en raison de l'émancipation de certains pôles normatifs privés.

Une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique se doit donc d'être résolument non étatiste, loin de réduire l'empire du droit à la pyramide des normes publiques.

¹¹⁹¹ Par exemple, une expérience a permis de mesurer que, en droit de l'internet, 38 % des normes ont une origine étatique, 22 % des normes ont une origine publique externe et 40 % des normes ont une origine privée (*Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017).

¹¹⁹² S. ANDRINI, A.-J. ARNAUD, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit – Archéologie d'une discipline*, LGDJ, coll. Droit et société, 1995, p. 12.

¹¹⁹³ P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1434.

¹¹⁹⁴ M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2356. L'auteur invite à « reconnaître une conception protéiforme des sources du droit » (*ibid.*).

¹¹⁹⁵ J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 86.

III. Pour une pensée juridique non étatiste

Qui étudie le droit actuel ou à venir doit s'intéresser aux normes et institutions étatiques mais aussi et peut-être surtout aux normes et institutions non étatiques — et tant aux normes et institutions supra-étatiques, donc publiques, qu'aux normes et institutions para-étatiques, donc privées. Par conséquent, il semble que toute recherche relative à ce droit actuel ou à venir soit inconciliable avec la pensée juridique moderne en ce que sa principale caractéristique réside dans la relation intime qu'elle a consacrée entre droit et État (1). En particulier, l'influence du normativisme promu par Hans Kelsen paraît devoir décliner à mesure que de plus en plus d'objets normatifs originaux devront être examinés par les scientifiques du droit (2). Plus encore, en même temps qu'ils invitent à relativiser grandement la maîtrise étatique du droit (3), les nouveaux objets juridiques montrent combien il devient déterminant pour la recherche en droit de ne pas discriminer les normes et institutions issues de la société civile (4). Cela n'interdit pas de juger le droit d'essence publique plus légitime que le droit d'essence privée — sous l'angle de la défense de l'intérêt général ou de la défense des divers droits et libertés fondamentaux — ; au contraire, en permettant de souligner les limites des instances publiques et les succès des organisations privées, cela ouvre la voie à la recherche de nouvelles solutions adaptées à l'ère du droit postmoderne, ce qui ne serait guère le cas dans le cadre d'une pensée juridique moderne, étatiste, stato-centrée, donc fermée.

1. L'étude du droit d'aujourd'hui incompatible avec la vision moderne d'un lien indéfectible entre juridicité et étaticité

Souvent, les penseurs et même les scientifiques du droit refusent d'intégrer les règles d'origine privée dans leurs champs d'observation. En témoigne ce manuel de « droit de la

communication », paru en 2011, dont les auteurs expliquent, en introduction, qu'il « traite du cadre législatif, réglementaire et jurisprudentiel pour chacun des secteurs concernés »¹¹⁹⁶. Les normes produites par des organisations privées ne pourraient donc pas intégrer le droit de la communication. Dans l'hypothèse où un tel présupposé, foncièrement moderne, était adopté au moment d'étudier le droit global, la conclusion serait forcément que l'État possède une entière maîtrise du droit. Si, comme certains spécialistes le notent, « la nature du commerce électronique invite au développement d'initiatives privées de nature extra-juridique »¹¹⁹⁷, le juriste, qui par définition s'attache à tout ce qui est juridique mais seulement à ce qui est juridique, n'aurait pas à prendre en compte ces données d'ordre « extra-juridique ».

En décidant de voir du droit dans les normes issues de puissances privées autant que dans celles produites par les pouvoirs publics, prémisse foncièrement pragmatique, une recherche présentera donc un visage relativement iconoclaste mais qui, cependant, s'inscrira dans un certain air du temps doctrinal. La difficulté n'est pas que d'aucuns estimeraient, après Benjamin Constant, qu'« il n'y a rien que les lois ne règlent »¹¹⁹⁸, ce qui est une considération d'ordre factuel (et en l'occurrence très inexacte). Elle est que beaucoup jugent qu'« il n'y a rien au-delà de la loi qui soit juridique » — « loi » devant toutefois être compris dans son sens large, soit comme désignant tout acte normatif étatique ou même public de portée générale¹¹⁹⁹. La pensée moderne du droit est une pensée du monisme juridique, une pensée dominée par la vision d'une étroite imbrication entre État et droit. Partant, les travaux touchant au droit global et s'ouvrant à tout l'empire privé du droit devraient fatalement s'inscrire dans un courant pragmatique de pensée juridique.

En revanche, à l'ère moderne, la théorie suivante s'impose et interdit d'interroger une quelconque production privée du droit : « Le phénomène juridique est lié à la formation d'un pouvoir central souverain et capable d'exercer la contrainte : l'État. Il n'y a, dans

¹¹⁹⁶ D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2^e éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 2.

¹¹⁹⁷ K. SEFFAR, K. BENYEKHLEF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 375.

¹¹⁹⁸ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1819 (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, p. 57).

¹¹⁹⁹ Cf. O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, p. 57 s.

cette conception, d'ordre juridique qu'engendré par lui »¹²⁰⁰. Grâce à sa souveraineté, un droit au droit, « l'État [...] détient le monopole du droit positif »¹²⁰¹. On répond ainsi encore souvent par l'affirmative à l'interrogation « la pensée juridique est-elle nécessairement une pensée de l'État ? »¹²⁰², cela car on considère que seul le souverain disposerait du pouvoir de définir, reconnaître et conférer la juridicité. Par exemple, parce que « celui qui édicte le droit exerce le pouvoir [et] celui qui a le monopole d'édition est souverain »¹²⁰³, Olivier Beaud définit la souveraineté comme « le monopole d'édition du droit positif par l'État »¹²⁰⁴. Et le professeur d'en déduire cette conséquence : il existe « un lien capital entre l'État et le droit [...] ; l'État est historiquement et logiquement déterminé par sa relation avec le droit »¹²⁰⁵.

Déjà dans la République de Bodin la puissance de donner la « loy » — qu'il faut comprendre comme puissance de donner le droit — était si fondamentale qu'elle englobait toutes les autres marques de souveraineté, « de sorte que, à parler proprement, on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui là »¹²⁰⁶. Par le truchement de la souveraineté — qui n'est peut-être rien d'autre qu'une façon différente de désigner la « norme fondamentale » kelsénienne¹²⁰⁷ — et de la légitimité qu'elle garantit, l'État moderne rationnel est devenu le seul maître du droit positif, déniait à toute autre autorité, et notamment à l'Église, quelque prérogative en la matière. Le Prince, depuis Bodin, occupe la place de législateur suprême et, historiquement, la souveraineté est une transposition de la *plenitudo potestatis* du pape¹²⁰⁸.

Il en résulte que, à l'ère du droit moderne, il semble appartenir à l'ordre normal des choses juridiques que ceux qui pensent le droit le lient à la loi et à l'État¹²⁰⁹ ou, plus encore, le

¹²⁰⁰ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *RCADI* 2002, p. 27 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 39).

¹²⁰¹ O. BEAUD, « La notion d'État », *Arch. phil. droit* 1990, p. 132.

¹²⁰² J. FAVRE, « La pensée juridique est-elle nécessairement une pensée de l'État ? », in D. ROUSSEAU, dir., *Le Droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 97 s.

¹²⁰³ H. STEIGER, *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit*, Duncker & Humblot (Berlin), 1966, p. 25 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 130).

¹²⁰⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 130.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 142).

¹²⁰⁷ *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 281 (où la souveraineté est définie comme une « méta-prérogative juridique conférant le "droit au droit" à l'État »).

¹²⁰⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 62.

¹²⁰⁹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901.

réduisent à la loi et à l'État¹²¹⁰, d'autant plus que la Révolution française a provoqué un culte de la loi étatique qui, s'il tend à s'estomper, n'en demeure pas moins très prégnant. « État » et « droit » restent, à l'heure actuelle, deux notions qui se ressemblent et s'assemblent, consubstantielles et indissociables. Le pragmatisme juridique ou la théorie syncrétique du droit ne correspondent encore qu'à une partie minoritaire de la pensée juridique contemporaine.

Ainsi considère-t-on aujourd'hui encore couramment que, pour « avoir le droit de créer du droit », il faut posséder le « monopole de l'exercice et de la maîtrise de la puissance publique »¹²¹¹. Plus clairement, bien des auteurs écrivent que « l'origine étatique est le fondement de toute juridicité »¹²¹² ou que « c'est l'État qui donne à la norme sa juridicité »¹²¹³ — spécialement par la bouche du juge, lequel pourrait, à tout instant, conférer qualité juridique à une norme originellement extrajuridique¹²¹⁴ — ; il s'agirait là de la seule référence permettant de distinguer les normes juridiques des normes sociales non juridiques¹²¹⁵. La problématique du « droit sans l'État »¹²¹⁶ est, aux yeux de nombreux universitaires-juristes, inconsiderée car incompatible avec les canons de la « dogmatique juridique ». Comme le décrivait Duguit, « l'État et le droit sont deux notions conditionnées l'une par l'autre : le pouvoir de l'État a besoin du droit ; le droit a besoin du pouvoir de l'État »¹²¹⁷.

Il en résulte que les sources du droit seraient nécessairement soit des organes étatiques, soit des organes non étatiques bénéficiant d'une délégation étatique de la capacité normative. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique, cherchant à promouvoir une nouvelle rationalité juridique, de nouvelles manières de connaître et reconnaître le droit mieux en phase avec la réalité des phénomènes normatifs contemporains, s'opposent à cet étatisme juridique et acceptent la

¹²¹⁰ Th. HOBBS, « La loi, source unique du droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 301 s.

¹²¹¹ H. WILLKE, « Le droit comme codage de la puissance publique légitime », *Droits* 1989, n° 10, p. 113.

¹²¹² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 69.

¹²¹³ E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire – Étude d'une catégorie juridique*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2000, p. 48.

¹²¹⁴ A. D'ORS, « Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits* 1989, n° 10, p. 51 s.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007.

¹²¹⁷ L. DUGUIT, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDJ* 1919, p. 161. Certains vont jusqu'à concevoir une « centralisation de la capacité normative dans le pouvoir législatif de l'État » (P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *RCADI* 2002, p. 120 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 39)), ce qui signifie non seulement que toutes les normes juridiques seraient portées par des lois mais, plus encore, que toutes les normes le seraient.

thèse d'une production privée de règles de droit indépendante des pouvoirs publics, si bien que droit d'essence publique et droit d'essence privée peuvent entrer en concurrence. Ainsi s'opposent-ils au normativisme inspiré par Hans Kelsen, qui aboutit à définir le droit en tant que pyramide des normes étatiques. Or celui-ci, bien qu'encore dominant dans la pensée juridique collective, s'avère de plus en plus souvent contesté. Ce mémoire participe à cette contestation en même temps qu'il la met en exergue.

2. La perte d'influence du normativisme kelsénien

Actuellement, Hans Kelsen demeure le premier guide en matière de pensée du droit. Selon lui, « droit » et « État » seraient deux termes différents employés afin de désigner un seul et même phénomène ; il faudrait identifier, purement et simplement, le droit à l'État. Le théoricien définissait l'État en ces termes : un « ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatial et temporel, soumis immédiatement au droit international, et efficace dans l'ensemble et généralement »¹²¹⁸. Pareils mots pourraient être choisis afin de caractériser le droit¹²¹⁹. Envisagé de la sorte, le droit serait un espace dans lequel aucun foyer de normes indépendant de l'État ne pourrait prendre place.

Par conséquent, plus la postmodernité — à base, notamment, de syncrétisme, de pragmatisme et de prospective — subrogera la modernité, plus cette pensée du droit-État s'estompera. Reste que l'influence du normativisme kelsénien, bien que déclinante, demeure pour l'instant forte. Une partie majoritaire de la doctrine continue de suivre Kelsen¹²²⁰, continue d'adopter l'approche selon laquelle « la juridicité d'un contrat,

¹²¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 383.

¹²¹⁹ Kelsen écrivait : « L'État est une personnification de l'ordre juridique ; dès lors, le dualisme de l'État et du droit ne repose sur aucune connaissance scientifique et, en définitive, la fonction propre de ce dualisme ne consiste pas en la connaissance de la réalité sociale, juridique en particulier, mais véhicule au contraire une fonction politique » (H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Dr. et société* 1992, p. 563). Ce texte, outre la pertinente distinction du juridique et du social ou, mieux, du juridique dans le social, soutient que la séparation du droit et de l'État n'aurait d'utilité que dans l'ordre politique. Du point de vue de la théorie et de la science juridiques, elle devrait s'effacer et laisser place à un monisme juridique signifiant plus que l'interdiction de toute source du droit non étatique : le droit serait l'État, ce dernier étant conçu comme l'ensemble des processus de production des normes juridiques. Cf. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, coll. Léviathan, 2001, p. 52.

¹²²⁰ On y voit pourtant une « tyrannie intellectuelle qui imprègne la pensée du droit » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 4).

d'un testament ou d'un acte de vente tient tout entière dans les habilitations légales que font à leur auteur les articles pertinents du Code civil. Ce sont ces textes qui habilitent l'acteur à fabriquer du Droit de la sorte et juridicisent par là son action »¹²²¹. De même, et par exemple, « un fait coutumier ne peut être interprété comme une norme juridique objectivement valable que si le fait caractérisé de la sorte est institué dans la Constitution comme fait créateur de normes juridiques »¹²²².

Selon Norberto Bobbio, ce serait l'ensemble du positivisme juridique qui réduirait la juridicité à l'étaticité¹²²³ — ce qui est peu vraisemblable puisque, si les théories réalistes sont positivistes comme la théorie kelsénienne, il en va à l'identique de nombre de théories du pluralisme juridique, notamment les théories sociologiques ; et le juspragmatisme est sans doute un positivisme juridique. Aujourd'hui, la grande majorité des juristes revendiquent le titre de « positivistes », spécialement afin de s'opposer aux courants jusnaturalistes, lesquels sont en voie d'extinction. Dans le cadre de la théorie syncrétique, de l'échelle de juridicité, du pragmatisme juridique et de la prospective juridique, c'est nécessairement une conception opposée — bien que largement positiviste — qui doit être retenue¹²²⁴.

¹²²¹ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 252 ; également, G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 695 s. Mais c'est aussi la théorie de Hart qui, aujourd'hui, influence, plus ou moins directement, cette doctrine. Qu'il soit rappelé que, selon le théoricien britannique, des entités privées peuvent créer du droit si, et seulement si, des « normes secondaires » (donc étatiques) les y habilitent (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 122). Peut-être faut-il aussi voir là quelque influence de la pensée rousseauiste selon laquelle, « s'il restait quelque droit au particulier, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre lui et le public, chacun étant en quelques points son propre juge prétendrait bientôt l'être en tout, l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6). Et Duguit de commenter : « Je crois que ça a été la grande erreur de la Révolution, s'inspirant de Rousseau, de vouloir anéantir et interdire tous les groupements secondaires » par rapport au groupement étatique (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 665). Enfin, il faudrait citer Karl Marx, qui faisait du droit le « moyen de domination de l'État sur la société civile » (K. MARX, *Œuvres*, t. III, Gallimard, 1994, p. 372 (cité par E. RENAULT, « Marxistes (doctrines du droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1002)).

¹²²² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 227.

¹²²³ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, 1998, p. 26 (« par positivisme juridique comme théorie, j'entends cette conception particulière du droit qui lie le phénomène juridique à la formation d'un pouvoir central, souverain, capable d'exercer la contrainte : l'État. On traite ici de l'identification commune du positivisme juridique avec la théorie étatique du droit. Historiquement, cette théorie est l'expression ou la prise de conscience par les juristes de ce phénomène complexe de la formation de l'État moderne, qui est la monopolisation du pouvoir de production juridique de la part de l'État »).

¹²²⁴ Contre les nombreux auteurs qui perpétuent le statocentrisme en retenant, par exemple, que « le contrat n'est pas un acte producteur de droit » (L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th., Université de Montpellier I, 2010, p. 10) ou que la vision d'un droit d'origine privée et indépendant de l'État relèverait de la « magie » et de l'« illusion » (D. de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. Berthoud, É. Serverin, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 69).

La grande marque de fabrique d'une pensée juridique rénovée serait donc l'atténuation du lien entre État et droit, cela afin d'autoriser le chercheur en droit à étudier toutes formes de normativité. Cela présenterait un certain intérêt à l'heure où, aux côtés de la loi et de la jurisprudence, on trouve de plus en plus de nouveaux objets normatifs tels que 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 indicateurs de performance, les rankings, les algorithmes, les lois économiques des marchés, les *nudges* etc.

3. De la modernité à la postmodernité : les fluctuations et incertitudes de la pensée juridico-étatique

En 2019, au moment d'achever ce mémoire, la pensée juridique postmoderne et pragmatique n'a pas encore subrogé la pensée juridique moderne et dogmatique, loin s'en faut. La force doctrinale des prémisses du XX^e s. demeure supérieure à celle attachée aux propositions pragmatistes. Toujours est-il que de plus en plus d'auteurs prédisent que les jours de l'étatisme et de la modernité juridiques seraient comptés, que seraient sur le point de s'installer une « crise de la conception des phénomènes juridiques »¹²²⁵ et une « remise en cause des concepts fondamentaux sur lesquels s'est construit le droit »¹²²⁶, notamment la pyramide des normes, désormais dénoncée en ce qu'elle serait « contraire à la logique juridique »¹²²⁷ et à laquelle il faudrait préférer le paradigme du réseau de normes¹²²⁸. Comme si la période de transition conceptuelle entre modernité et postmodernité n'était plus à venir mais déjà à l'œuvre, on en vient à parler au passé du monisme juridique moderne¹²²⁹ ; on affirme que le retrait de l'État de la construction et de la sanction des

¹²²⁵ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 39.

¹²²⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », in J.-M. CHEVALIER et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 44.

¹²²⁷ D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004, p. 218.

¹²²⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

¹²²⁹ « Pendant longtemps, une sorte de consensus semblait exister sur la définition du droit, au moins dans sa présentation pédagogique traditionnelle [...]. La conception était alors relativement claire et très cohérente, autour d'une assimilation

normes ne signifierait pas que le droit tendrait à disparaître mais plutôt qu'il connaîtrait de profondes mutations¹²³⁰. Les origines extra- ou para-étatiques du droit, réalité historique évidente¹²³¹, seraient à nouveau d'actualité. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique s'inscrivent dans ce mouvement de la pensée juridique et, plus encore, contribuent à le renforcer, à lui donner d'autres impulsions.

À l'aube du XIX^e s., Portalis estimait que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges »¹²³². Mais cette « foule de choses abandonnées à l'empire de l'usage » est-elle juridique ou bien cette qualité doit-elle être réservée à la loi ? Les tenants de l'exégèse, longtemps, ont opté en faveur de la seconde voie, quoique Marcel Planiol a pu dénombrer autant de sources privées que de sources publiques : la loi, la jurisprudence, la coutume et les règles corporatives¹²³³ ; et quoique, hors de France, pareille approche a été loin d'être acceptée unanimement. En Allemagne, en particulier, après que Savigny a affirmé de manière relativement paradoxale la préséance du « droit du peuple » sur le « droit des juristes »¹²³⁴, Ehrlich a élaboré sa théorie du « droit vivant »¹²³⁵, tandis que Gierke a accordé au droit une « force antérieure et extérieure à la force étatique »¹²³⁶, si bien que l'État et le droit seraient deux formations

forte entre règle de droit, loi et État » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 14).

¹²³⁰ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003.

¹²³¹ Cf., en ce sens, V. BEAULANDE-BARRAUD, J. CLAUSTRE, E. MARMURSZTEJN, *La fabrique de la norme – Lieux et modes de production des normes au moyen-âge et à l'époque moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2012.

¹²³² J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 269). Et l'illustre juriconsulte de demander : « Peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois ? » (*ibid.* (cité par Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM, 1993, p. 11)). Mais cette puissance est-elle juridique ou seulement factuelle ?

¹²³³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, 6^e éd., LGDJ, 1915 (cité par 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, p. 291).

¹²³⁴ C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1848 (cité par J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 17).

¹²³⁵ Cf. 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.

¹²³⁶ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht – II : Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, 1874 (cité par J. HUMMEL, « Allemagne (doctrines allemandes de l'État et du droit de Hegel et Jellinek) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 45).

sociales distinctes, se complétant réciproquement, s'associant souvent, mais ne se réduisant pas l'une à l'autre¹²³⁷.

Plus encore,

*Les propositions juridiques abstraites formulées par l'État, comparables à l'écume se formant sur la surface des eaux, ne s'adressent, au fond, qu'aux tribunaux étatiques et à d'autres organes de l'État ; les groupes et les individus vivent leur vie juridique en pleine ignorance du contenu de ces propositions ; ils ne connaissent que l'ordre juridique spontané de la société. [...] 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. Ces dernières, formant la couche la plus statique du droit, sont toujours en retard par rapport au droit spontané de la société.*¹²³⁸

En Italie, la pensée de Santi Romano est elle aussi détachée de tout étaticisme juridique. Selon le juriste romain, pour savoir si une institution privée est un ordre juridique, il faudrait se placer de son point de vue et non du point de vue étatique puisque, de ce dernier point de vue, ce ne serait toujours qu'une organisation factuelle extra-juridique¹²³⁹. Et, dans les pays scandinaves, on a pu écrire non que la coutume serait une source du droit à condition d'être reconnue comme telle par la loi, tandis que la loi serait une source du droit à condition d'être reconnue comme telle par la coutume¹²⁴⁰.

Au XX^e s. et en France, d'autres illustres penseurs du droit ont plaidé en faveur de l'inclusion de divers foyers privés de normativité à l'intérieur du cercle des sources de

¹²³⁷ Sur ce point, la pensée de Gierke, qui écrivait durant la seconde moitié du XIX^e s., est remarquable : « Il y a entre le droit et l'État, écrivait-il, une pénétration d'une nature particulièrement proche et intime. Le droit est inné à l'État. Le droit n'est pas plus enfanté par l'État que l'État n'est enfanté par le droit. Mais tous les deux, quoiqu'ayant des raisons d'être propres, sont développés l'un par l'autre, pour se compléter l'un par l'autre. [...] Aujourd'hui, l'État agit comme un organe formant le droit. Mais par là l'État ne devient ni la source dernière du droit, ni son organe unique de formation. La source dernière du droit réside bien plutôt dans la conscience commune d'une existence sociale. La croyance commune que quelque chose est droit a besoin, pour arriver à sa réalisation externe, comme règle de droit, de la matérialisation par une expression sociale. [...] Le plus souvent, cette expression a lieu par l'État dont le rôle principal est d'exprimer dans la loi la conscience juridique du peuple. Mais d'autres organismes sociaux que l'État peuvent formuler le droit. [...] La vie juridique et la vie étatique sont deux côtés autonomes de la vie sociale. Tandis que la puissance est la condition rationnelle pour l'État, si bien que l'État sans toute-puissance n'est pas un État, il est indifférent pour la notion de droit qu'il existe pour lui des moyens de puissance externe, et le droit sans puissance et sans action reste toujours le droit » (O. VON GIERKE, *Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public*, Tübingen, 1874, p. 179 (cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 101-102)).

¹²³⁸ E. EHRlich, *Fondement de la sociologie du droit*, 1913 (cité par G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 129).

¹²³⁹ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 94 (« il est des entités qui pour le droit étatique sont des entités de fait, alors que considérées en elles-mêmes elles présentent ce caractère institutionnel qui en fait des organismes juridiques »).

¹²⁴⁰ A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, p. 31.

règles de droit¹²⁴¹. Henri Batiffol estimait que « l'essence du droit est d'être spontané, d'émaner du peuple »¹²⁴² — si la loi est l'émanation du peuple, elle n'en est pas l'émanation spontanée. Puis, Michel Villey a dénoncé la « folle ambition du positivisme juridique de déduire le droit dans son intégralité de lois et non plus de la nature changeante »¹²⁴³ — seulement l'acceptation du droit d'origine privée est-elle un tout autre problème que celui de l'acceptation du droit d'origine naturelle, bien que tous deux aboutissent à faire triompher le pluralisme juridique¹²⁴⁴. Surtout, Léon Duguit et Maurice Hauriou se rejoignent en ce qu'ils refusaient de faire correspondre règles de droit et règles de l'État et en ce que tous deux envisageaient des constructions socio-juridiques parfaitement autonomes par rapport aux institutions étatiques¹²⁴⁵. Il n'en demeure pas moins qu'au XX^e s. la plupart des penseurs français du droit sont restés « nourris au modèle étatique »¹²⁴⁶, si ce n'est au modèle « étatiste ».

Désormais, la part des chercheurs en droit qui s'attachent à une approche stato-centrée de la juridicité décroît, si bien qu'il serait chaque jour un peu moins « iconoclaste » de s'insérer dans un cadre juspragmatiste. Or il semble que la tendance à s'ouvrir à toute la complexité et à toute la diversité du monde du droit, et notamment la tendance à s'intéresser au droit en action, ne puissent que servir le progrès de la recherche juridique.

¹²⁴¹ Toutefois, ces penseurs sont demeurés minoritaires parmi la doctrine juridique et ne paraît pas juste le constat opéré par Hauriou et selon lequel « le grand mal dont souffrent les études de droit public depuis [1850], c'est l'abandon de la théorie classique du pouvoir. On ne veut plus admettre que ce soit le pouvoir politique qui crée le droit » (M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1923, p. 285 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 9)).

¹²⁴² H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Puf, 1970, p. 32 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 52).

¹²⁴³ M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 78 (cité par A. PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit – Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Dr. et société* 2009, p. 86).

¹²⁴⁴ Cf. *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, coll. Inter-normes, 2016, n° 30 s.

¹²⁴⁵ Hauriou expliquait, en particulier, que le « droit institutionnel », c'est-à-dire le droit propre au groupement en cause, se dédouble en un « droit statutaire », par lequel l'institution s'organise, et en un « droit disciplinaire », formé de l'« ensemble des actes et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite » (cité par H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1160). Quant à Duguit, il proposait, notamment, d'utiliser les expressions « droit public » et « droit privé » non afin de distinguer les destinataires des normes mais afin de distinguer les émetteurs des normes, soit en tant que synonymes de « droit d'origine publique » et « droit d'origine privée » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 681). Toutefois, le maître bordelais utilisait préférentiellement le vocabulaire « droit des personnes souveraines » et « droit des personnes non souveraines ». Mais reste alors à savoir qui est souverain puisque, à en croire Gurvitch, « les rapports entre les ordonnancements juridiques, essentiellement variables, sont précisément réglés par l'ordre juridique souverain de la Nation et de la Société Internationale qui seuls possèdent la souveraineté juridique absolue » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 204).

¹²⁴⁶ L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2006, n° 21, p. 119.

4. Prendre en compte toutes les dimensions du droit pour y poser un regard critique

Mireille Delmas-Marty décrit un « imaginaire juridique qui ne semble plus capable, même comme fiction, de représenter un champ juridique en pleine mutation »¹²⁴⁷. Il faut pourtant espérer que la pensée juridique, avec le concours de la théorie syncrétique, de l'échelle de juridicité, du pragmatisme juridique ou encore de la prospective juridique, permette de rendre compte avec assez de fidélité de la réalité contemporaine du droit. D'aucuns considéreront qu'une recherche relative aux règles de droit d'origine privée serait un « pèlerinage »¹²⁴⁸, c'est-à-dire, étymologiquement, un voyage dans un lieu étranger. Avec le développement des nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit présentés dans ce mémoire, cela devrait être de moins en moins le cas. Hors de toute considération axiologique, le développement des puissances juridiques privées, qui plus est lorsqu'elles sont fort atypiques, contribue à enrichir le droit¹²⁴⁹. Peut-être est-ce parmi les institutions privées que résident tout l'intérêt et toute l'originalité du droit contemporain, eu égard au peu de place qui est ordinairement réservé par la doctrine à ces institutions privées souvent cannibalisées par les institutions publiques¹²⁵⁰.

Ensuite, la pensée juridique postmoderne n'interdit pas de porter un jugement critique sur le « droit réel », au contraire. En ce sens, Georges Gurvitch pouvait écrire qu'« il est indispensable d'établir une hiérarchie des sources [...] si l'on ne veut se mettre dans l'impossibilité de résoudre les conflits entre les faits normatifs, c'est-à-dire tomber dans l'anarchie des sources »¹²⁵¹. Mais, avant d'ainsi réfléchir à une quelconque « hiérarchie des sources », encore faut-il s'être déjà donné les moyens de n'oublier aucune source.

¹²⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, « *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit », in C. THIBERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 847.

¹²⁴⁸ Réf. à J.-C. SOYER, « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 33 s. Bien sûr, les sources du droit privé n'ont rien à voir avec les sources privées du droit, même si ces dernières ne peuvent guère générer que des normes appartenant au droit privé.

¹²⁴⁹ En ce sens, B. CUBERTAFOND, « Du droit enrichi par ses sources », *RDJ* 1992, p. 353 s.

¹²⁵⁰ Néanmoins, Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 s.

¹²⁵¹ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 147.

Le pluralisme juridique, qui est la marque de beaucoup de branches du droit du futur, n'est pas quelque-chose de nouveau et les historiens du droit savent que, avant le Code Napoléon, le droit français s'abreuvait à des sources diverses et multiples, tandis que les sociologues et anthropologues du droit observent chaque jour combien, ailleurs, il est fréquent de trouver des parts importantes de « droit sans l'État »¹²⁵². Seulement convient-il peut-être de voir dans la publicisation des sources du droit, dans le monisme juridique compris comme marginalisation ou absence factuelle des normes privées — loin des considérations théoriques qui amènent à refuser aux normes extra-étatiques la qualité juridique quel que soit leur nombre —, un progrès, un acquis qu'il faudrait s'efforcer de défendre. Or une telle réflexion n'est envisageable que dans le cadre pragmatique, et notamment de la théorie syncrétique, puisque celui-ci permet de prendre en compte les dimensions privées du droit pour, ensuite, les comparer à ses dimensions publiques.

« Après des siècles d'efforts de centralisation étatique, décrit-on, avec pour conséquence l'unification du droit, voici que nous devrions renouer avec cette multiplicité, source de confusion, de complication, d'insécurité qu'avaient, en leur temps, dénoncé les législateurs des années 1790 ! »¹²⁵³. Cette recomposition du paysage normatif, qui s'incarne tout particulièrement dans le droit des objets, activités et phénomènes de la globalisation, n'apparaît guère satisfaisante et s'inscrire dans le cadre d'une épistémologie juridique rénovée, adaptée aux enjeux et aux problématiques contemporains, doit permettre d'y réfléchir plus pertinemment qu'en suivant les prémisses de la pensée juridique moderne. Il existe de plus en plus souvent des oppositions problématiques entre ce qui est attendu du droit (sa maîtrise par les pouvoirs publics) et ce qu'est sa réalité (une concurrence entre pouvoirs publics et privés)¹²⁵⁴.

¹²⁵² Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007.

¹²⁵³ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 187. En ce sens, Carbonnier faisait du « foisonnement des sources du droit » un « phénomène contre-révolutionnaire, postmoderne et baroque » (J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 26^e éd., Puf, 1999, n° 106 (cité par N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 1)).

¹²⁵⁴ Par exemple, Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, écrit, à propos du droit entourant la liberté des communications : « Sous l'effet de forces déstabilisatrices, les antinomies traditionnelles du droit public se sont intensifiées, une conciliation plus exigeante devant être opérée entre liberté d'expression et sauvegarde de l'ordre public, entre liberté d'information et protection de la vie privée, entre sûreté et lutte contre la criminalité, entre liberté d'entreprendre et respect des règles de concurrence » (J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 6). Ainsi le recours aux institutions étatiques et aux organisations publiques plus généralement apparaît-il nécessaire concernant la liberté des communications. Sans doute en va-t-il de même à l'égard de nombreuses branches du droit global. Toutefois, dans le même temps, le Conseil économique, social et environnemental note que, « en affirmant qu'acteurs privés, entreprises et sociétés civiles sont autant que les États et les organisations internationales légitimes à réguler l'internet, la Déclaration de Tunis [du 18 novembre 2005] n'a fait qu'acter un état de fait » (N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 18).

Des professeurs retiennent que le « droit souple » serait un « vrai droit »¹²⁵⁵, un « bon droit »¹²⁵⁶, et parient qu'il « deviendra, avec le charme des années, un beau droit »¹²⁵⁷. Qu'on le soutienne ou qu'on s'y oppose, il faut au préalable accepter la juridicité et la réalité de ce droit souple. Et un auteur de résumer la situation en ces termes : « Ces normes d'un genre nouveau éveillent des espoirs pour certains qui rêvent grâce à elles d'assurer une meilleure adaptation du droit à ses sujets. Elles attisent des craintes pour d'autres qui voient dans ces règles, au mieux, une concurrence illégitime et dangereuse à l'égard des sources traditionnelles du droit, au pire une source d'insécurité juridique pour les sujets de droit exposés à une prolifération de règles illégitimes à côté des normes légitimes »¹²⁵⁸. Mais tous, dès lors qu'ils acceptent de se tourner en direction de ces nouveaux objets normatifs, acceptent de se détourner du giron pourtant rassurant de la modernité juridique.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler combien la théorie syncrétique du droit, le pragmatisme juridique et la prospective juridique s'opposent aux approches manichéennes des problématiques juridiques. Ainsi faudrait-il convenir que les règles produites par des organismes privés peuvent être aussi légitimes et pertinentes que les règles produites par la puissance publique, qu'il arrive même qu'elles le soient plus¹²⁵⁹, donc que « le renouvellement du droit ne lui est pas nécessairement préjudiciable. Il lui offre peut-être au contraire une renaissance bienvenue, un bain de jouvence duquel il sortira régénéré et

¹²⁵⁵ M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 23.

¹²⁵⁶ *Ibid.*

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 20.

¹²⁵⁹ Dans le domaine du droit de l'internet, il arrive que des acteurs se mettent d'accord pour aller plus loin que ce que la loi exige d'eux. Par exemple, l'UFMD et le SNCD, dans leurs codes de déontologie, font tous les deux un sort particulier à la collecte et à l'utilisation des données à caractère personnel concernant les mineurs puisqu'y est recommandé de recueillir le consentement ou l'autorisation des représentants légaux pour collecter de telles données, ce qui n'est pas prévu par la loi « Informatique et libertés ». Toutefois, restent ensuite les questions du respect de ces normes et de la sanction effective des potentiels contrevenants. Pourraient aussi être cités les codes de bonne conduite pour le e-commerce de la FEVAD, les nombreux textes produits par le GESTE, la Charte pour la publicité comportementale en ligne de l'IAB, la Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique de l'AFA ou encore le code de bonne conduite élaboré par RapidShare à l'attention des services de téléchargement direct, lequel va nettement plus loin que ce que prévoit la loi en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. Or il est remarquable que, alors que le site était autrefois le plus utilisé parmi les services de téléchargement direct, les internautes ne lui font plus confiance, à tel point qu'il risque de disparaître, justement parce qu'il a mis en place de nombreuses mesures pour lutter contre les contrefaçons et ne pas être utilisé par les pirates (G. CHAMPEAU, « RapidShare se meurt d'avoir dû combattre le piratage », [en ligne] <numerama.com>, 20 mai 2013). Cf. C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 51 s. ; A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40 s.

renforcé »¹²⁶⁰. Les nouvelles formes de règles de droit peuvent être largement suivies par leurs destinataires qui trouvent là une réponse adaptée à leurs besoins normatifs. Ces règles bénéficient alors d'une légitimité de fait. Il serait donc peu pragmatique de retenir l'exigence de publicisation des nouvelles branches du droit en tant que position absolue. Mieux vaut en faire une position relative, comprenant bien des atténuations, des limites et des contre-exemples. L'épistémologie juridique souhaitée dans ce mémoire est un cadre de pensée au sein duquel on ne peut tenir un propos supposément valable dans tous les cas, en tout lieu et de tout temps.

Par ailleurs, le non-étatisme qui va de pair avec toute théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique implique que celle-ci tende nécessairement vers le panjuridisme, c'est-à-dire tende à accueillir toutes les normes quelles qu'elles soient dans le cercle du droit. Or il est important que ce panjuridisme soit modéré et non radical, cela afin de ne pas diluer totalement l'autonomie du droit dans le social. Si tel n'était pas le cas, la légitimité des juristes pourrait être remise en cause, ceux-ci n'ayant dès lors plus d'objet *ad hoc* à étudier, à enseigner, à pratiquer. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité permettent justement d'associer le panjuridisme et la conservation de l'autonomie du droit.

IV. Pour une pensée juridique raisonnablement panjuridiste

Les nouvelles problématiques juridiques qui émergent, qu'elles soient macro- ou micro-juridiques, permettent de mettre en lumière certains des grands défis théoriques que la pensée juridique contemporaine doit affronter. Au premier rang de ceux-ci figure le besoin de concilier l'exigence pour le chercheur de se placer dans un cadre panjuridiste, c'est-à-dire ne refusant à aucune norme ou institution la qualité juridique pour un quelconque motif dogmatique (1), et la nécessité de ne pas ruiner de la sorte toute l'autonomie du droit, c'est-à-dire toutes les spécificités du champ juridique au sein du champ social, ce qui constitue le grand danger du pragmatisme juridique (2). Si les juristes d'aujourd'hui et de demain ne parvenaient pas à trouver les moyens d'opérer pareille

¹²⁶⁰ N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 2.

conciliation d'intérêts *a priori* contradictoires, le risque serait de priver les facultés de droit et les chercheurs en droit de leur objet particulier, les sociologues, politistes et économistes pouvant dès lors les cannibaliser. C'est pourquoi il a été proposé dans ce mémoire d'adopter le cadre de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, celui-ci permettant, en retenant divers critères de juridicité et divers degrés de juridicité, de préserver les traits distinctifs du droit tout en autorisant les scientifiques du droit à étudier toutes les formes de normes et d'institutions (3).

1. Les enjeux théoriques mais aux lourdes conséquences pratiques du panjuridisme

Dans l'espace du droit moderne, il faut séparer les normes d'origine privée acceptées par l'État et les normes d'origine privée non acceptées par l'État. Cette distinction en fonction de l'attitude adoptée par l'État est inévitable sous l'angle théorique puisqu'est tolérée par beaucoup de modernes la juridicité des normes produites par des organisations privées explicitement « validées » par quelques normes de la « pyramide » étatique, alors que beaucoup plus rares sont ceux qui retiennent la juridicité y compris des normes engendrées par les sources privées indépendantes de l'État. Avec le pragmatisme juridique lorsqu'il vire au panjuridisme, il n'est plus lieu de se poser pareilles questions, toutes les normes méritant d'être prises en compte par les juristes.

La pensée du droit actuelle s'écarte ainsi progressivement des distinctions modernes. Par exemple, Raymond Carré de Malberg pouvait enseigner que, « si les membres individuels de l'État sont admis, en tant que citoyens, à participer à des actes impliquant exercice de puissance publique, ils ne peuvent, en tant que particuliers, créer du droit par leur puissance privée »¹²⁶¹, c'est-à-dire indépendamment de la structure juridico-étatique¹²⁶².

¹²⁶¹ 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, p. 93. Le professeur strasbourgeois pouvait parfaitement remarquer que, « en fait et malgré le grand développement qu'ont pris à l'époque présente les tendances à l'étatisme, le nombre des affaires assumées directement par l'État est relativement peu considérable, et pour le surplus l'État laisse les particuliers collaborer par leur propre activité à la satisfaction des besoins et à l'augmentation de la prospérité de la collectivité nationale, assuré qu'il est de recueillir dans une large mesure les fruits de toute cette activité privée » (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, p. 262). Cela ne signifiait pas autre chose, dans l'esprit de l'illustre professeur, que le fait que « le nombre des affaires

La thèse, soutenue par la plupart des jus-pragmatistes mais aussi par beaucoup des jus-prospectivistes potentiels, selon laquelle des sources privées de droit pourraient être indépendantes des institutions publiques, est ainsi rendue théoriquement inconséquente du point de vue moderne, notamment en raison de l'influence kelsénienne. À suivre la pensée moderne encore aujourd'hui dominante, il ne serait toujours question que de monisme juridique puisque les règles de droit d'origine privée s'insèreraient indéfectiblement au rez-de-chaussée de la « pyramide »¹²⁶³, si bien qu'y compris le droit global ne pourrait dans tous les cas pas coïncider avec un contexte de polycentrisme juridique, l'étaticité directe ou indirecte demeurant le critère de la juridicité¹²⁶⁴. Contre une telle juridicité basée sur la validité dans la hiérarchie des normes, le pragmatisme juridique s'appuie sur le critère de l'effectivité, amenant à se focaliser sur le droit en action, sur le droit réel, sur le droit en faits.

Or ce n'est que dans les cas où leurs normes sont établies loin de tout contrôle étatique que les puissances privées concurrencent réellement les institutions publiques et que, potentiellement, des règles d'origine publique et des règles d'origine privée peuvent avoir pour fin de régir concomitamment de mêmes situations, d'établir de mêmes régimes juridiques. Aussi les tenants du « pluralisme juridique radical », pragmatistes sous bien des aspects, soutiennent-ils qu'il n'y aurait de pluralisme juridique qu'à condition qu'une part substantielle du droit positif échappe à l'État¹²⁶⁵. Il paraît indispensable, alors qu'on fait de l'autorégulation la technique normative la plus prometteuse pour établir un droit transnational¹²⁶⁶, d'accepter la juridicité des normes produites par des puissances privées indépendantes, par exemple d'accepter la juridicité des coutumes et usages « *contra*

assumées directement par le droit est relativement peu considérable », l'activité normative des particuliers ne pouvant en aucune façon être d'ordre juridique.

¹²⁶² Y compris l'article « Pluralisme juridique » du *Dictionnaire de la culture juridique* affirme que, « quelles que soient les modalités de relevance d'un ordre juridique non étatique pour l'État, [...] cet ordre sera de toute façon [...] subordonné à l'ordre étatique. Le droit de l'État est ainsi toujours relevant pour les ordres juridiques non étatiques » (H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1161).

¹²⁶³ G. TIMSIT, « Système », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1464.

¹²⁶⁴ Par exemple, P. FILLIOL, *Le problème de l'intégration de l'autorégulation dans le système juridique – Contribution à l'étude de l'autorégulation à travers le prisme du droit de la publicité*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2003 ; G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique – Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, 1990 ; pour une analyse contraire, cf. M. VAN HOECKE, « Des ordres juridiques en conflit : sport et droit », *RIEJ* 1995, n° 35, p. 62 s.

¹²⁶⁵ En particulier, J. GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism* 1986, n° 24, p. 1 s. ; également, A. I. OGUS, « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, n° 16, p. 393 s. (cités par S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 82).

¹²⁶⁶ N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015 ; J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2163.

legem » et non seulement celle des coutumes et usages « *secundum legem* ». Que « les coutumes ne conservent que la place et le rôle que les sources officielles leur concèdent »¹²⁶⁷ ne vaut que dans le système juridique « officiel », c'est-à-dire dans la « pyramide » étatique, non de manière absolue.

Avec la pensée juspragmatiste-panjuridiste, on peut accueillir favorablement la théorie du « droit social » et du « fait normatif » — oxymore très audacieux mais foncièrement pragmatique — de Georges Gurvitch. Selon elle, la société civile, de toute temps, pourrait se donner ses propres règles de droit et ainsi s'organiser juridiquement sans l'État ou même contre l'État¹²⁶⁸. En aucun cas ne saurait-il être lieu d'abandonner l'étude des normes privées autonomes à la sociologie des organisations¹²⁶⁹ et d'abonder dans le sens de Jean Bodin et des courants étatistes qui suivirent sa trace¹²⁷⁰. Ceux-ci amènent jusqu'à certains sociologues du droit à conclure que, « si des réglementations privées peuvent prendre utilement le relais du droit étatique, ce n'est jamais, dans notre système juridique, en marge de lui, encore moins contre lui »¹²⁷¹. Pareille prémisse s'avère incompatible avec toute intention de porter un regard réaliste sur l'état de l'État à l'ère du droit global. Et c'est bien une certaine forme de pragmatisme qui doit amener à préférer le panjuridisme d'une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique.

À titre d'illustration, ne se positionne pas dans le sillage jus-étatiste mais dans le courant postmoderne qui convient que la fameuse « *lex mercatoria* » serait un témoignage de la possible existence de règles juridiques spontanées, anationales et aterritoriales, donc totalement indépendantes de tout ordre étatique, édictées loin du regard ou de la tutelle étatique¹²⁷². S'il est peut-être vrai que les mouvements de codification du droit

¹²⁶⁷ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 66.

¹²⁶⁸ Spécialement, G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Vrin, 1932 ; G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935. Ne semblant pas accepter l'idée d'un droit d'origine privée accueilli par la puissance publique, le sociologue observait que, « étant fondé sur la confiance, le droit social ne peut jamais être imposé du dehors ; il ne peut réglementer que du dedans, d'une façon immanente. Le droit social est donc toujours un droit autonome, inhérent à chaque Nous particulier, favorable à l'autonomie juridique des intéressés » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 157). Puis, il distinguait « droit social de la masse (validité faible/violence forte) », « droit social de la communauté (validité moyenne/violence moyenne) » et « droit social de la communion (validité forte/violence faible) », en fonction de la « fusion », c'est-à-dire du degré d'intensité des liens entre les membres du corps social (*ibid.*, p. 158 s.).

¹²⁶⁹ Cf. V. SIMOULIN, « Droit et sociologie des organisations – Frontières organisationnelles et disciplinaires », *Dr. et société* 2007, p. 569. Pour une analyse contraire, cf. S. PAJAUD-GUEGUEN, *Essai sur le pouvoir normatif des organismes de droit privé*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 1995.

¹²⁷⁰ Pour eux, pour lesquels « la loy peut casser les coutumes, et la coutume ne peut déroger à la loi. [...] [La coutume] n'a force que par la souffrance et tant qu'il plaist au Prince souverain » (J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 100)).

¹²⁷¹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 226.

¹²⁷² Par exemple, J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits* 1990, n° 12, p. 8 ; J.-F. RIFFARD, « Globalisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : vers une abdication de l'État de droit ? », in D. MOCKLE, dir.,

commercial, à partir du XVIII^e s., ont tendu à faire disparaître la « *lex mercatoria* »¹²⁷³, il faut gager que les objets, activités et phénomènes de la globalisation contribuent à lui redonner vie. Et Karl Marx était précurseur de la pensée juridique pragmatiste lorsqu'il voyait dans l'usage paysan autorisant à ramasser le bois mort dans les forêts privées une règle aussi juridique que la décision du Parlement rhénan, prise en 1842, d'interdire tout ramassage de bois mort en forêt¹²⁷⁴.

À l'inverse, Thomas Hobbes retenait que, dans le silence de la loi, la liberté resterait juridiquement entière¹²⁷⁵, tandis que l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 prévoit de même que « tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Cela paraît exclure toute possibilité de droit non législatif et même de normes non législatives. Et Hobbes d'ajouter : « Quand un long usage acquiert l'autorité d'une loi, ce n'est pas la longueur du temps écoulé qui fait son autorité, mais la volonté du souverain signifiée par son silence (le silence est, en effet, l'indice d'un consentement) : et cet usage reste loi aussi longtemps que le Souverain garde le silence à son sujet »¹²⁷⁶. Le philosophe britannique pouvait donc concevoir l'existence de règles de droit d'origine privée soumises à la puissance publique, mais non celle de règles de droit d'origine privée indépendantes de la puissance publique¹²⁷⁷. Où les différences entre modernité et postmodernité juridiques se révèlent patentes sous l'angle de l'étatisme juridique de l'un et du panjuridisme de l'autre.

Pour les pragmatistes-panjuridistes, il n'est pas lieu de réfléchir à la frontière entre domaine du droit et domaine du non-droit — pour eux, il serait par exemple inconséquent de distinguer le droit, nécessairement d'origine publique, et la déontologie, d'origine

Mondialisation et État de droit, Bruylant, 2001. On note ainsi que, « dans sa version la plus achevée, la communauté des opérateurs du commerce international prétend reconnaître à la *lex mercatoria* les qualités d'un ordre juridique autonome, distinct des ordres juridiques étatiques comme de l'ordre juridique international » (D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 933-934).

¹²⁷³ D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 934.

¹²⁷⁴ Cité par J. COMMAILLE, « Droit et politique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 478.

¹²⁷⁵ Th. HOBBS, « La loi, source unique du droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 301.

¹²⁷⁶ Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 26 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 100).

¹²⁷⁷ Des commentateurs, à l'ère contemporaine, en arrivent à la même conclusion : « Notre loi fondamentale [i.e. la Constitution] n'est pas neutre à l'égard du droit coutumier : en habilitant le Parlement et le pouvoir exécutif (et eux seuls) à établir des normes à titre initial, elle interdit [...] que des règles coutumières "autonomes" se forment au sein de l'ordre national » (G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 696 (cité par A. POMADE, *La Société Civile et le droit de l'environnement – Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th., Université d'Orléans, 2009, p. 535)).

privée¹²⁷⁸. Et ce panjuridisme apparaît indispensable au juriste qui aspire à rendre un travail réaliste et factuel, car sans doute est-il permis de transposer l'analyse depuis longtemps effectuée relativement aux conventions collectives de travail et selon laquelle « cette réglementation [privée] ne se contente plus de compléter la législation : elle la concurrence, elle la devance, elle l'ignore »¹²⁷⁹. Il serait peu pertinent de ne pas accepter, en vertu d'une conception étatiste du droit, que,

*De nos jours, les sociétés multiplient et diversifient les sources de droit, faisant exploser les modèles étatiques et les ensembles normatifs classiques pour se diffuser librement, au-delà des frontières, dans le monde entier. Il faut donc songer, au-delà ou en deçà des ensembles étatiques, interétatiques ou supra-étatiques, à l'importance de nombreux ordres juridiques « délégalisés » à caractère privatif, propres à des groupements privés, à des branches particulières d'activité ou à des groupes sociaux déterminés qui ignorent les frontières et diffusent dans le monde entier leurs usages, leurs pratiques et leurs modes spécifiques de règlement des litiges. [...] Ainsi voit-on émerger une multitude de systèmes juridiques particuliers, distincts des ordres juridiques étatiques ou internationaux publics, qui bénéficient d'une certaine forme d'autonomie et qui coexistent ou même rivalisent avec eux.*¹²⁸⁰

Plus encore, on peut désormais en venir à poser, avec Georges Gurvitch, non plus la question de l'acceptation étatique des normes d'origine privée mais celle de l'acceptation privée des normes d'origine étatique¹²⁸¹.

En somme, la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique permettent, de diverses façons, de concevoir que le pluralisme juridique peut être « de façade », parce que les organisations privées sources de normes sont contrôlées par l'État — de telle sorte que le droit n'est toujours, en définitive, qu'une « pyramide » unitaire —, mais aussi « authentique », si lesdites organisations privées échappent à l'État et font œuvre solitaire¹²⁸². Le retrait de l'État du processus de production du droit peut donc être volontaire (phénomène moderne) ou involontaire (phénomène postmoderne). Et, en termes de sources du droit, l'« extrême perméabilité de la frontière entre droit public et droit privé qui conduit à l'unité du système juridique »¹²⁸³

¹²⁷⁸ E. DERIEUX, A. GRANCHET, *Réseaux sociaux en ligne – Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, coll. Axe droit, 2013.

¹²⁷⁹ G. LYON-CAEN, *Le droit conventionnel du travail*, Dalloz, 1963, p. 15.

¹²⁸⁰ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 177.

¹²⁸¹ « Tout pouvoir juridique, écrivait le sociologue, est fonction du droit social, car il n'est d'abord que la manifestation extérieure de l'irréductibilité du Nous » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 158).

¹²⁸² N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Puf, coll. Droit fondamental, 1988, p. 9 ; également, M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, 2007, p. 395 ; J. GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism* 1986, n° 24, p. 1 s.

¹²⁸³ É. DESMONS, « Droit privé, droit public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadridge-dicos poche, 2003, p. 523.

est plus ou moins vérifiée selon que les sources privées sont incorporées dans l'espace jus-étatique ou non. Reste qu'il paraît désormais difficile de ne pas accueillir l'« hypothèse fondamentale [...] d'une pluralité de droits concurrents, étatiques, infra-étatiques, supra-étatiques »¹²⁸⁴. La « puissance privée »¹²⁸⁵ est, autant que la puissance publique, une puissance juridique, une force s'exprimant par le droit¹²⁸⁶.

Certes, la « faculté exceptionnelle de captation du système juridique étatique »¹²⁸⁷ est un fait avéré et il a déjà été souligné combien l'État peut valider pratiquement toutes les règles d'origine privée s'il le souhaite, faisant ainsi disparaître le « pur » droit d'essence privée. Mais la part des normes privées non étatiquement « captées » doit toujours être considérée comme juridique. La théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique repoussent ainsi les « frontières du droit »¹²⁸⁸ aussi loin que possible, loin de chercher à étudier un étrange « rôle des normes non juridiques dans le droit »¹²⁸⁹. Ils interdisent d'opposer les normes qui possèdent une existence de fait et celles qui ont une existence juridique. Au contraire, ils obligent à rapprocher et même à confondre les unes et les autres. Les normes privées revêtent, certes, en premier lieu une « force de fait à l'état pur »¹²⁹⁰, mais elles s'habillent également d'une certaine force juridique.

Néanmoins, une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique ne paraît pas pouvoir se contenter de consacrer sans autre forme de procès la juridicité de toutes les formes de normes, ou alors elle ne serait qu'une théorie au sens faible du mot, assignant à sa science un objet sans le définir. Elle doit également, cette fois à la suite des théories modernes du droit, songer aux spécificités des règles de droit parmi l'ensemble des règles

¹²⁸⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 17.

¹²⁸⁵ Réf. à J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 363 s.

¹²⁸⁶ En ce sens, F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation – Participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 23 ; E. MACKAAY, « Quelques réflexions sur les normes privées », *RRJ* 2011, p. 2203 s. ; É. RALSER, « Pluralisme et droit international privé », *RRJ* 2003, p. 2547 s. ; Ph. JESTAZ, « Les rapports privés, sources de droit privé », in *Autour du droit civil – Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 191 s.

¹²⁸⁷ L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, 2007, p. 158.

¹²⁸⁸ Réf. à B. GOLDMAN, « Frontières du droit et “lex mercatoria” », *Arch. phil. droit* 1964, p. 177 s.

¹²⁸⁹ H. COUSY, « Le rôle des normes non juridiques dans le droit », rapport au XI^e Congrès international de droit comparé, Caracas, 1982 (cité par F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. – Réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509).

¹²⁹⁰ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 13. En ce sens, on va jusqu'à écrire que le « droit » administratif, dans sa version jurisprudentielle, parce qu'il ne serait pas valide dans l'ordre juridique, « a une existence de fait ; il n'a pas d'existence juridique. [...] Il existe ainsi un corpus de règles applicables aux personnes publiques [...] sans que cet ensemble ne constitue pour autant un ensemble de normes juridiques. [...] Les règles de l'administration ne relèvent pas du droit, d'un devoir-être, mais d'un fait » (X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 95).

sociales, aboutissant à consacrer un panjuridisme modéré et non absolu. Ainsi semble-t-il important de rechercher une difficile position d'équilibre entre panjuridisme et autonomie du droit.

2. Le délicat équilibre entre panjuridisme et autonomie du droit

« L'imaginaire collectif des juristes, explique-t-on, nous a habitués à concevoir un État féroce jaloux de ses prérogatives sinon de son monopole en matière de régulation juridique »¹²⁹¹. Par exemple, Olivier Beaud intitule la conclusion de la première partie de son ouvrage *La puissance de l'État* « La souveraineté comme monopolisation du droit positif par l'État »¹²⁹². Historiquement, « tout juriste est le successeur d'un pontife »¹²⁹³. À l'ère moderne, dominée par le normativisme, il paraît obligatoire de soutenir l'État, la loi et le roi Kelsen. On devrait s'adonner insatiablement à leur culte, défendre l'ordre théorique établi contre tous les assaillants et perpétuer la « tradition des légistes chargés de fortifier les ordres de l'autorité royale par une argumentation doctrinale »¹²⁹⁴. Catéchisés par des œillères conceptuelles, beaucoup de juristes ne produiraient ainsi que des études inobjectives et partisans, sortes de plébiscites.

Toutefois, d'une part, ces constats, effectués durant le XX^e s., sont de moins en moins vérifiés à l'heure actuelle et, d'autre part — et surtout —, les études du droit actuel ou à venir ne seraient pas envisageables sans accepter au préalable de poser la question de la coexistence de divers foyers de normes juridiques. Une enquête relative à la production ou à la constitution d'une branche du droit global qui refuserait d'envisager le « droit extra-étatique »¹²⁹⁵ de la même manière que le droit étatique ne saurait donner des résultats satisfaisants, conduirait à isoler le droit du reste de la société de façon peut-être

¹²⁹¹ 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. 30.

¹²⁹² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 197.

¹²⁹³ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, p. 3 (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, 2002, p. 21).

¹²⁹⁴ *Ibid.* (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, 2002, p. 21).

¹²⁹⁵ Notamment, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 124.

inconséquente — et alors les facultés de droit pourraient se retrouver dangereusement détachées des autres sciences sociales et ne plus être des écoles à vocation pratique.

Pour autant, si le pragmatisme juridique permet de juger que toute norme quelle qu'elle soit est juridique, peut-être n'est-ce qu'à condition de garder à l'esprit la variabilité de la force juridique étudiée grâce à l'échelle de juridicité. Dans ce cas, des critères de juridicité permettent toujours de spécifier la juridicité des normes : leur valeur juridique, leur validité juridique, leurs qualités nomo-juridiques, leur sanction juridique, leur application juridique et leur effectivité. Ce n'est qu'à cette condition que le panjuridisme peut se marier avec l'autonomie du droit. Mais il ne faut pas ignorer que nombre de juspragmatistes préfèrent étudier le droit sans jamais le définir, donc s'inscrire dans le cadre d'un panjuridisme radical ou brut. Aussi cette conciliation du panjuridisme et de l'autonomie du droit constitue-t-elle l'un des grands enjeux du passage des théories positivistes-modernes aux théories pragmatiques-postmodernes. Peut-être le succès de ces dernières dépendra-t-il de leur capacité à le relever.

Par ailleurs, au-delà de la juridicité, qui reste une question purement théorique — la plupart des juristes (qui sont des praticiens) parlent de « norme » ou de « règle » sans jamais préciser s'il s'agit de « norme juridique » ou de « règle juridique »¹²⁹⁶ —, il importerait, en tant que juspragmatiste, d'être capable de soutenir qu'« une bonne convention collective vaut mieux qu'une mauvaise loi »¹²⁹⁷. Où se laisse concevoir combien le problème du rapport public/privé en droit peut très rapidement prendre une tournure politique¹²⁹⁸. Cela peut constituer une chance autant qu'un risque pour la pensée juridique.

On a pu dire des interrogations sur la place de l'État par rapport au droit que, « loin de vous transporter, intellectuellement parlant, [elles sont] à porter, véritablement, à bouts de bras. On y ressent moins que de la densité, une pesanteur qui vous attire vers le bas, vers les régions les moins éclairées de l'être humain »¹²⁹⁹. Il est vrai que ce sont des questions qui, telles qu'elles sont habituellement appréhendées, ne connaissent pas de réponses ou, du moins, pas de réponses fermes et définitives. « La notion de droit n'est inscrite nulle

¹²⁹⁶ Parmi d'innombrables exemples, E. MACKAAY, « Quelques réflexions sur les normes privées », *RRJ* 2011, p. 2203 s.

¹²⁹⁷ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 36.

¹²⁹⁸ Maurice Hauriou, par exemple, expliquait : « Il ne faut pas trop d'État : la liberté du régime d'État suppose que l'État ne monopolise pas toute la nation, elle suppose une séparation de la vie publique, où s'exerce l'initiative de l'État, et de la vie privée, où s'exerce l'initiative des individus ou des corps spontanés ; l'éducation de cette liberté ne saurait donc être confiée à l'État seul car ce serait introduire le loup dans la bergerie » (M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 786).

¹²⁹⁹ R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 8.

part à la façon d'un donné qu'il suffirait d'exploiter», souligne-t-on¹³⁰⁰. Comme s'il s'agissait d'un débat « politicien », les tenants de l'étatisme moderne et du panjuridisme pragmatiste s'affrontent, promettant de camper sur leurs positions assez idéologiques et de ne jamais en changer. Or, aujourd'hui, ce sont les étatistes qui détiennent encore le pouvoir doctrinal, les panjuridistes composant l'« opposition ».

Armé de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, peut-être le pragmatisme panjuridiste pourrait-il renverser le rapport de force. Ladite théorie syncrétique paraît revêtir une force doctrinale intrinsèque parce qu'elle parvient à considérer la notion de droit tel un donné qu'il suffirait d'exploiter, loin de toute stipulation et de tout arbitraire, ce qui amène à dire qu'elle est aussi une « théorie scientifique du droit » et une « méta-théorie du droit ». Mais son apport principal reste de permettre de concilier ces deux éléments *a priori* antinomiques : le panjuridisme et l'autonomie du droit. Peut-être s'agit-il de la théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique recherchée, offrant aux juristes les moyens les plus efficaces de connaître et reconnaître autrement — pragmatiquement — le droit.

3. L'étude du droit dans un cadre théorique conférant la juridicité à chaque norme tout en préservant les spécificités ontologiques du droit

La problématique des « frontières du droit »¹³⁰¹ doit normalement être résolue avant tout travail jus-scientifique, cela afin de circonscrire son territoire, afin de borner le terrain des investigations. Actuellement, le constat, dans les pays de droit occidental, demeure celui de la domination, parmi la psyché juridique collective, de l'idée moderne d'un droit monopole de l'État¹³⁰². Lui sont néanmoins parfois opposées des conceptions divergentes telles que celle du « pluralisme juridique radical » selon laquelle « doit être abandonné le rapport à l'État comme critère de juridicité »¹³⁰³. Il faut croire que les positions extrêmes sont mauvaises conseillères et que, si repenser la pensée moderne du droit oblige à

¹³⁰⁰ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 7.

¹³⁰¹ Réf. à B. GOLDMAN, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », *Arch. phil. droit* 1964, p. 177 s.

¹³⁰² J.-Y. CHÉROT, « Droit de la globalisation, globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2282.

¹³⁰³ S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill, Montréal, 2002, p. 5.

l'anéantir sans pouvoir seulement la modérer à l'aune d'une approche pragmatique, alors le problème de l'ontologie du droit risque vite de virer en combat stérile et cacophonique.

Une position possiblement bienvenue consiste à considérer que l'ordre juridique étatique serait particulier, spécialement car marqué par la souveraineté et par la hiérarchie des normes, mais sans être unique ni exclusif. Si l'État est le droit, ainsi que le postulait Hans Kelsen, il ne saurait exister d'ordres juridiques qu'étatiques. Seulement les propositions kelsénienne sont-elles de plus en plus souvent jugées par trop dogmatiques et métaphysiques, c'est-à-dire détachées de la réalité du monde dans laquelle, pourtant, le droit s'inscrit. Une recherche juspragmatique pourrait s'inscrire de préférence dans le cadre spécial de la théorie syncrétique du droit et de la juridicité graduelle.

Les travaux exposés au sein du deuxième livre de ce mémoire ont pour conséquence, notamment, d'amener à accepter le fait que les règles d'origine privée seraient autant (mais pas identiquement) que les normes d'origine étatique des règles de droit¹³⁰⁴. Dans le cadre de la théorie syncrétique du droit et de la définition lexicale du droit sur laquelle elle repose, la perception moderne selon laquelle l'ordre juridique étatique renfermerait tous les phénomènes de droit est une fiction qui, parce qu'elle est combattue par suffisamment d'auteurs — quoique pour des raisons divergentes —, ne peut pas, ou en tout cas ne peut plus, être retenue. L'État ne fait pas seul la juridicité, ce qui implique qu'il est indispensable à la production des normes absolument juridiques mais qu'il peut aussi forger des normes à la juridicité plus faible et que des ordres normatifs non étatiques peuvent contenir des règles de droit. L'équilibre entre les normativistes qui confondent droit et État et les radicaux qui confondent juridicité et normativité conduit à affirmer l'autonomie du droit liée à l'État en même temps que la non exclusivité du rapport droit-État.

Or voir dans toutes les normes des normes juridiques est décisif au moment d'interroger une branche du droit marquée par un fort taux de normes d'origine privée. Pour pouvoir décrire et analyser, en tant que scientifique du droit, ces normes d'origine privée, il est

¹³⁰⁴ Doit être précisé que le problème du droit d'origine publique et du droit d'origine privée est totalement différent de celui des rapports entre droit public et droit privé. Ce dernier a trait aux destinataires des normes quand, ici, ce sont les émetteurs de celles-ci (les sources) qui importent. On peut souligner l'« extrême perméabilité de la frontière entre droit public et droit privé qui conduit à l'unité du système juridique » (É. DESMONS, « Droit privé, droit public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 523), cela est sans rapport avec la distinction des sources publiques et des sources privées qui, elle, doit être stricte. Sur la relativité de la *summa divisio* droit public/droit privé, cf. « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ* 2014, p. 1101 s. Il existe toutefois un rapport entre sources et destinataires du droit : les sources privées ne peuvent pas produire du droit public ; seules les sources publiques le peuvent (en ce sens, Ph. JESTAZ, « Les rapports privés, sources de droit privé », in *Autour du droit civil – Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 191 s.).

indispensable de rejeter les approches qui cantonnent le domaine du juridique au domaine de l'étatique et qui renvoient les règles privées dans le cercle des normativités sociales non juridiques. Contre qui estime que, dans une recherche juridique touchant aux sources du droit, « l'enjeu n'est pas d'admettre ou non les nouvelles formes de normativité au rang de sources du droit »¹³⁰⁵, ce mémoire repose sur l'idée que, selon qu'un objet est juridique ou non, il est susceptible d'être étudié ou non par un chercheur en droit, par un scientifique du droit — selon qu'une source de normes produit des normes juridiques ou des normes non juridiques, elle intègre ou n'intègre pas le champ des sources du droit. Ainsi l'accueil de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité n'est-il normalement pas sans conséquences sur l'ouvrage des chercheurs en droit.

Sans doute les sources privées sont-elles de « petites sources du droit »¹³⁰⁶, la juridicité des normes d'origine privée étant en moyenne très inférieure à celle des normes d'origine étatique à l'aune de l'échelle de juridicité, mais le scientifique du droit n'a pas besoin d'interroger systématiquement la hiérarchie juridique des sources du droit¹³⁰⁷; simplement peut-il retenir que les règles et sources privées sont juridiques et, donc, étudiables au sein d'un travail de recherche promu par un chercheur en droit, alors qu'elles ne le seraient pas s'il était jugé, par exemple, que « les codes de conduite sont des faits extérieurs au droit »¹³⁰⁸ et qu'« ils font partie de l'environnement du système juridique »¹³⁰⁹.

Par ailleurs, et enfin, la recherche juridique rénovée à base de pragmatisme ou encore de prospective, parce qu'elle place l'équilibre au cœur de ses pratiques, semble s'éloigner du scientisme qui, au XX^e s., sous l'influence d'Hans Kelsen et de sa « théorie pure du droit », a fortement imprégné les travaux des chercheurs en droit. Désormais, s'il ne s'agit

¹³⁰⁵ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

¹³⁰⁶ Réf. à S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit*, *Economica*, 2012 (mais l'auteur ne s'intéresse qu'aux sources étatiques, qualifiant de « petites » celles qui donnent lieu à des règles non contraignantes). Carbonnier distinguait le « grand Droit » et le « petit droit »; mais il s'agissait alors, pour l'illustre civiliste, non de séparer la juridicité forte et la juridicité faible, mais de désigner le droit objectif et les droits subjectifs (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 93).

¹³⁰⁷ Pourrait, en ce sens, être cité Aristote qui professait que « le droit issu de la loi est supérieur à celui qui naît des jugements particuliers » (ARISTOTE, *Rhétorique*, 323 av. J.-C., L. I, chap. 1 (cité par Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 50)). Et pourrait être rappelé que, selon Gurvitch, « il est indispensable d'établir une hiérarchie des sources [...] si l'on ne veut détruire l'unité du droit et se mettre dans l'impossibilité de résoudre les conflits entre les faits normatifs, c'est-à-dire tomber dans l'anarchie des sources » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 147). Ainsi, selon l'article 1^{er} du Code civil suisse, « à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Sur cette hiérarchie des sources, cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit », in D. BOURCIER, P. MACKAY, dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121 s.

¹³⁰⁸ B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 23.

¹³⁰⁹ *Ibid.*

certainement pas d'écarter l'objectivité et l'empirisme des travaux, il faut aussi s'autoriser à les dépasser aussi souvent que nécessaire afin de pouvoir faire œuvre davantage libre et critique, sans quoi les progrès de la recherche juridique seraient entravés.

V. Pour une pensée juridique libre et critique

Si la modernité de la pensée juridique se caractérise par un attachement indéfectible à la « pure » science du droit, il n'en est longtemps pas allé ainsi et il en va à nouveau différemment dans le cadre du pragmatisme ou de la prospective juridique. C'est pourquoi l'on peut se demander si l'exigence d'une stricte scientificité des recherches juridiques, dans un espace radicalement positiviste, ne constituerait pas une parenthèse moderne (1). Avec l'entrée dans la postmodernité, les chercheurs en droit n'abandonnent certainement pas la science au profit d'un mode subjectif et stipulatif de pensée, mais ils s'autorisent à passer du cadre scientifique au cadre non scientifique, sans arrière-pensée dogmatique, à chaque fois qu'ils en éprouvent le besoin afin de faire œuvre de proposition ou autrement critique (2). Et cela présente un certain intérêt y compris à l'égard de la politique juridique — pour reprendre la distinction kelsénienne de la science juridique et de la politique juridique (3).

1. La science du droit et le positivisme « purs », des parenthèses modernes ?

On a longtemps opposé aux tenants de la conception du droit comme science que le droit pourrait davantage être l'objet d'un art. Ce n'est que depuis la fin du XIX^e s. que l'idée romaine selon laquelle le droit serait un art¹³¹⁰ a été supplantée par une approche nouvelle

¹³¹⁰ C'est spécialement Cicéron qui a imposé l'idée d'un art du droit dans son livre intitulé « *De iure civili in artem redigendo* » (cité par A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM, 2011, p. 19).

entendant en faire une science¹³¹¹ ; cela dans le cadre du mouvement de scientification des discours sur les objets socio-culturels initié par Auguste Comte. Ainsi Jhering pouvait-il, en 1875, déplorer que « la science du droit tourne en mathématique »¹³¹². Ce n'est pas autre chose que le mouvement de modernisation du droit qui se trouve décrit en ces termes.

Sans doute, durant l'Antiquité, les juriconsultes romains se servaient-ils déjà des connaissances scientifiques, voire mathématiques, afin d'édifier un droit « juste et bon »¹³¹³ ; cela ne changeait en rien le statut de l'art juridique. On retenait majoritairement, avec Sully Prudhomme, que « l'homme a d'abord gravé ses droits sous le laurier des arts »¹³¹⁴. Claude de Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* publié en 1717, définissait la « jurisprudence » en tant que « science du droit » et se proposait d'être « professeur de jurisprudence »¹³¹⁵, mais la domination des thèses jusnaturalistes s'accompagnait alors soit du rejet pur et simple de l'idée de science du droit, soit de l'évocation, comme chez de Ferrière, d'une « science du droit » ne répondant que très imparfaitement aux canons de la scientificité — à l'instar également de Domat qui, dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, évoquait la « science du droit naturel »¹³¹⁶ sans voir une quelconque logomachie dans cette expression. On a donc très tôt envisagé une science du droit¹³¹⁷, mais cette idée a été ensuite quasiment abandonnée, le droit souffrant de la comparaison avec les sciences « dures » en développement.

C'est au XX^e s. qu'Hans Kelsen, forgeant et consolidant la modernité juridique tout à la fois, a souhaité « élever la science du droit [...], qui se perdait complètement dans le raisonnement de politique juridique, au niveau et rang d'une véritable science »¹³¹⁸. La première édition de *Théorie pure du droit* était d'ailleurs sous-titrée « introduction à la

¹³¹¹ A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3^e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 11.

¹³¹² R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, 1875 (cité par G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 67).

¹³¹³ A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3^e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 11 (qui cite l'exemple, en droit romain, de la planimétrie euclidienne dans la division des alluvions entre propriétaires voisins, laquelle suppose un calcul complexe car les terrains sont des surfaces incurvées).

¹³¹⁴ Cité par A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM, 2011, p. 33.

¹³¹⁵ V^o « Droit », in C. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. I, 1717 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 307).

¹³¹⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le legum delectus*, 1689 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 307).

¹³¹⁷ En effet, la célèbre formule attribuée à Ulpien, selon laquelle « le droit est l'art du juste et du bon », est aussi traduite, par certains auteurs — mais en l'accompagnant du texte original en latin — en ces termes : « Le droit est la science du juste et de l'injuste » (ULPIEN, in *Digeste*, 529, I, 10 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 222)).

¹³¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. VII.

science du droit ». Un nombre croissant d'auteurs ont voulu bannir la politique juridique de la pratique des juristes afin de scientificiser celle-ci¹³¹⁹. On a ainsi reconnu que les objets physiques et matériels ne seraient pas les seuls à pouvoir être étudiés scientifiquement et que des propositions linguistiques pourraient également constituer des objets de science.

Néanmoins, à l'heure actuelle, de plus en plus de juristes tendent à relativiser la scientificité de leur discipline. Cela semble être une marque du juspragmatisme tant les modernes ont eu tendance à idéaliser cette scientificité de la recherche juridique.

2. La remise en cause de la parfaite scientificité de la recherche juridique

Les épistémologues d'aujourd'hui observent que les sciences sociales modernes auraient toutes échoué dans leurs entreprises scientifiques, en premier lieu du fait de leur incapacité à expliquer les comportements sociaux et humains par des règles générales semblables aux règles générales des sciences de la nature. En droit, tandis que d'aucuns persistent à concevoir la science juridique comme la plus scientifique de toutes les sciences sociales¹³²⁰, il se trouve chaque jour davantage d'auteurs qui n'hésitent plus à soutenir que l'idée de « science juridique » serait fort contestable, que la nature du droit, fondamentalement composé d'images et d'un imaginaire évanescents¹³²¹, ferait qu'il ne serait pas justiciable d'une connaissance « purement » objective¹³²² et qu'il ne pourrait donner lieu qu'à un savoir-faire pratique¹³²³. Ce mouvement pragmatiste accompagne le développement des courants tels que le *legal realism*¹³²⁴, les *critical legal studies*¹³²⁵ ou *law and literature*¹³²⁶

¹³¹⁹ Par exemple, F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, 1974 ; B. FRYDMAN, « L'évolution des normes de scientificité en droit », in T. ANDREANI, H. DESBROUSSES, dir., *Objet des sciences sociales et normes de scientificité*, L'Harmattan, coll. Ouvertures philosophiques, 1998.

¹³²⁰ Par exemple, H. P. GLENN, « Penser le plurijuridisme », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 35.

¹³²¹ G. KOUBI, « La création du droit – Image et Imaginaire », in D. BOURCIER, P. MACKAY, dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 85 s.

¹³²² Ch. SCHAEGIS, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, CNRS Éditions, 1998 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 277).

¹³²³ Par exemple, E. P. HABA, « Science du droit : quelle "science" ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Arch. phil. droit* 1991, p. 165 s. ; P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, p. 337 s.

¹³²⁴ Notamment, O. W. HOLMES, *The Common Law*, Little Brown, 1963.

¹³²⁵ Notamment, D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review* 1976, n° 89.

¹³²⁶ Par exemple, A. GARAPON, D. SALAS, *Le droit dans la littérature*, Michalon, coll. Le bien commun, 2008.

— qui entendent réintroduire les valeurs économiques, politiques et culturelles de la société dans l'analyse, l'enseignement et la pratique du droit¹³²⁷. Ainsi la recherche juridique serait-elle marquée par un mouvement de déscientification partielle, à la suite de Jean Carbonnier qui soutenait déjà que le droit serait « plus de la littérature que de la science »¹³²⁸.

Par suite, plutôt qu'à une science, quelques juspragmatistes préfèrent assimiler le droit à une technique¹³²⁹, à un art¹³³⁰ ou encore à un jeu¹³³¹. On rappelle souvent la citation de Jean Giraudoux selon laquelle « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination ; jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹³³². Le droit serait donc au moins autant un art qu'une science. En tant qu'art, il serait « l'art de structurer la vie sociale, l'art d'assurer l'ordre et la paix, d'énoncer ce qui est à chacun, d'assurer l'équilibre social »¹³³³.

À l'image du pragmatisme juridique et de la prospective juridique, le propre de la pensée juridique actuelle résiderait donc dans la relativisation de la scientificité des travaux des juristes, mais non dans un abandon de toute idée de science du droit. Sans cela, les postmodernes remplaceraient une forme de dogmatisme méthodologique par une autre. Aussi semble-t-il qu'il n'y ait pas grand-chose à dire de la méthode postmoderne d'étude du droit : celle-ci, à l'identique de l'objet d'étude, est essentiellement plurielle et variable. Chacun paraît libre d'adopter les instruments qui sont à ses yeux les plus pertinents, sans devoir suivre de quelconques préceptes préétablis. C'est pour cela qu'il faut parler de liberté et d'ouverture méthodologiques de la pensée du droit postmoderne.

Et ces liberté et ouverture méthodologiques ne sauraient impliquer de quelconques improvisation et chaos méthodologiques. En aucune façon la postmodernité ne s'accompagne d'un abandon de l'exigence de précision quant au cadre méthodologique

¹³²⁷ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2^e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 71.

¹³²⁸ J. CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », *Dr. et société* 1986, p. 433 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p. 5.

¹³²⁹ Spécialement, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1913.

¹³³⁰ Par exemple, Ph. JESTAZ, « Le beau droit », *Arch. phil. droit* 1995, p. 15 s.

¹³³¹ Notamment, F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Arch. phil. droit* 1986, p. 133 s. ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? », *Dr. et société* 1991, p. 173 s. ; E. MACKAAY, « Le droit saisi par le jeu », *Dr. et société* 1991, p. 65 s. ; É. LE ROY, *Le jeu des lois – Une anthropologie dynamique du Droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1999. En ce sens, Jean-Marie Carbasse n'hésite pas à faire des professeurs de droit les « défenseurs de la dimension proprement culturelle du droit », ajoutant, que, « à l'instar des jurisconsultes romains, c'est à eux qu'il revient de faire du droit un art » (J.-M. CARBASSE, « Professeurs à la faculté de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1242).

¹³³² J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935, acte II, scène 5.

¹³³³ M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1976, p. 64.

adopté en toute étude, au contraire dès lors que ce cadre peut prendre des formes beaucoup plus diverses et personnelles qu'à l'ère moderne — où le positivisme « pur » s'imposait sans autre forme de procès. Ensuite, il faut gager que l'objectivité et l'empirisme ne sauraient disparaître des méthodes des juristes ; la scientificité n'est simplement plus considérée tel un absolu ni tel un idéal.

Aussi peut-on juger pragmatiques les propositions selon lesquelles « l'activité du juriste ne peut être exclusivement scientifique »¹³³⁴ et selon lesquelles « le droit est autant un art qu'une science »¹³³⁵. Il ne saurait exister de science exacte du droit, ce qui ne signifie pas qu'il ne saurait exister aucune science du droit. Mais la science, seule, ne permet pas de bien comprendre le droit.

Par ailleurs, il faut réserver un sort particulier à la distinction kelsénienne de la science juridique et de la politique juridique : si, dans le cadre du droit moderne, le chercheur en droit ne peut s'adonner qu'à la science juridique, dans le cadre du droit postmoderne, il lui est loisible de s'aventurer sur le terrain de la politique juridique. Avec le pragmatisme et la prospective juridiques, au moins doit-il s'autoriser les commentaires libres et critiques, sans pour autant verser dans le propos polémique et idéologique.

3. L'intérêt d'une ouverture aux commentaires libres et critiques

Les modernes considèrent que le positivisme devrait dominer les activités des professeurs de droit, amenant à occulter la dimension politique du droit « au nom de la neutralité du droit savant »¹³³⁶. Il y a ainsi une « indifférence pleinement revendiquée à tout ce qui touche aux conditions comme aux finalités sociales de la production normative »¹³³⁷ et il n'est pas admis de « se compromettre et se perdre dans les territoires impurs de la politique et/ou de l'idéologie »¹³³⁸. « Le chercheur, avance-t-on encore, n'a pas à tenter de

¹³³⁴ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 19.

¹³³⁵ Par exemple, G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens – Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1925 ; Ch. CHÈNE, « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 617.

¹³³⁶ J. CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Dr. et société* 1994, p. 131.

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ *Ibid.*

devenir le conseiller du prince. En d'autres termes, il n'a ni compétence ni légitimité pour s'immiscer subrepticement dans l'œuvre propre du législateur ou de l'administrateur, [...] à peine de sombrer dans le pire des technocratismes »¹³³⁹. On soutient même qu'il y aurait « antinomie entre regard externe et regard directement utile »¹³⁴⁰, le regard du scientifique étant forcément un regard extérieur à l'objet observé.

Le pragmatisme comme la prospective juridiques conduisent le chercheur en droit à adopter une position moins radicale : certainement doit-il faire le plus souvent œuvre scientifique et est-il heureux qu'il le fasse ; mais il doit aussi s'autoriser, dès que cela lui apparaît nécessaire, à quelques propositions ou commentaires libres et critiques. Cela semble indispensable pour forger de nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit. Cette ouverture épistémologique tranche avec le scientisme juridique moderne.

Ce dernier trouve en premier lieu son explication dans la grande influence exercée par la pensée kelsénienne. La « théorie pure du droit », avant d'être une théorie de l'objet d'étude des juristes, et à cette occasion une théorie étatiste, est une théorie de la méthode d'étude des juristes. On peut dès lors expliquer l'attachement à la science du droit par l'attachement aux canons scientifiques imposés par Kelsen. Cela implique que la rénovation de la pensée juridique s'accompagne d'une double émancipation à l'égard des prémisses imposées par Kelsen : l'abandon des prémisses touchant à l'objet d'étude des juristes et l'abandon des prémisses relatives à la méthode d'étude des juristes.

« La différence majeure entre les “Anciens” et les “Modernes”, souligne-t-on, tient à la façon de penser la relation entre le droit et la politique »¹³⁴¹. À l'ère moderne de la pensée du droit, ce dernier est beaucoup plus rigoureusement séparé de la politique, cloisonné en quelque sorte, cela au motif qu'il doit être, dans les facultés de droit, l'objet d'une science. Et Hans Kelsen est celui qui a le plus fortement, notamment grâce à l'influence de sa doctrine, œuvré dans le sens de ce scientisme de la discipline juridique et contrecarré la prétention des juristes savants à se placer en position de législateur matériel en arguant indûment de l'autorité que confère le prestige scientifique¹³⁴². Le constitutionnaliste autrichien, dans sa défense d'une théorie « pure » du droit, dessinait les qualités que

¹³³⁹ Ph. ROBERT, « L'utilité de la recherche en sociologie juridique – Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », *RIEJ* 1982, n° 8, p. 79.

¹³⁴⁰ J.-F. PERRIN, « Quelles “vérités” pour une théorie de la pratique judiciaire ? », *RIEJ* 1982, n° 8, p. 51.

¹³⁴¹ Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 47.

¹³⁴² Cf. M. XIFARAS, « La *Veritas Iuris* selon Raymond Saleilles – Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, n° 47, p. 77 s.

devrait revêtir le discours sur le droit. Il professait que le juriste aurait en charge « uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est, [...] de connaître le droit du dehors et, sur la base de cette connaissance, de le décrire et de l'analyser »¹³⁴³. Il « n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait »¹³⁴⁴ puisque cela ne serait pas l'affaire de la science du droit mais celle de la « politique juridique »¹³⁴⁵. Il s'agirait donc de constater l'existence du droit sans chercher à le modifier ni à le produire¹³⁴⁶.

Dans un cadre de critique du droit tel que le pragmatisme et la prospective juridiques l'encouragent, ces considérations se révèlent dépassées — ce qui ne veut pas dire qu'il serait dépassé, en toute recherche juridique, d'accorder le plus grand soin aux développements méthodologiques, au contraire dès lors que ceux-ci peuvent prendre diverses formes. La scientificité des travaux des universitaires-juristes se présente de plus en plus tel un idéal allant de pair avec une réalité dans laquelle les frontières sont bien moins nettement tranchées ou, en tout cas, régulièrement violées¹³⁴⁷. Aussi faut-il croire qu'un juriste prenant ses distances avec la modernité de la recherche juridique peut, de temps à autre, abandonner le cadre jus-scientifique pour s'inscrire dans un cadre jus-politique sans craindre de franchir ainsi le Rubicon. L'exigence fondamentale garante de la qualité du discours consisterait à toujours préciser le point de vue adopté, *a fortiori* lorsqu'il en est changé. Il appartient peut-être moins au juriste de tenir exclusivement un discours jus-scientifique que de tenir un discours à la fois jus-scientifique et jus-politique, mais à condition de rigoureusement expliquer, lorsque tel est le cas, pourquoi et dans quelles dimensions l'angle d'approche varie.

Partant, il est permis de s'enquérir librement des innombrables questionnements à cheval entre droit et politique¹³⁴⁸, suivant l'exemple du Conseil d'État et de ses rapports publics

¹³⁴³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ *Ibid.* Et Kelsen d'ajouter que, « si la science du droit ne se limite pas à connaître son objet dans sa réalité — c'est-à-dire à le concevoir conceptuellement, à analyser sa structure, à en éclaircir les connexions — mais qu'elle se permet aussi, comme science, de configurer son objet selon différents points de vue relatifs aux valeurs, elle reçoit de l'autorité de la science, c'est-à-dire de la connaissance objective, ce qui n'est en réalité que l'expression d'un intérêt subjectif. La science devient alors une pure idéologie et, par là, un instrument du politique » (H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 562).

¹³⁴⁶ Cf., également, É. MAULIN, « Positivisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1175.

¹³⁴⁷ En ce sens, G. DECOQ, « Réflexions sur l'influence doctrinale », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 111 s.

¹³⁴⁸ Par exemple, J.-F. CASILE, S. MIANNAY, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et anciens instruments de régulation : l'exemple d'Internet en France », *Politique et société* 1999, n° 18, p. 61 s. Il n'est bien entendu pas lieu de suivre Maurice Hauriou lorsqu'il assurait que « les nouveautés juridiques sont des erreurs certaines » tant « les progrès de la civilisation, avec les nouveautés qui nous émerveillent, se limitent aux inventions matérielles et à la science des phénomènes physiques, mais il existe un système juridique classique qui s'impose à nos

annuels — ainsi la problématique à laquelle le Conseil s’est proposé de répondre en 2014 était-elle : « Face aux bouleversements suscités par le numérique, dans quelle mesure la protection des droits fondamentaux doit-elle être repensée ? »¹³⁴⁹ ; pareille problématique ne pourrait pas donner lieu à une véritable recherche en droit dès lors qu’est considéré qu’un tel ouvrage porte une vocation « purement » scientifique¹³⁵⁰.

La neutralité et l’objectivité sont présentées, par les modernes, telles des qualités indispensables du discours de celui qui étudie le droit. En d’autres termes, il importerait, en tant que chercheur en science juridique, de tenir un discours dépourvu de toute appréciation de valeurs sur un objet qui, lui, en véhicule nécessairement. Kelsen expliquait, en ce sens, que « la dépolitisation qu’exige la théorie pure du droit a trait à la science du droit et non à son objet, le droit. Le droit ne peut être isolé de la politique dès lors qu’il en est un instrument. Sa création aussi bien que son application sont politiques et cela implique des fonctions déterminées par des jugements de valeur »¹³⁵¹. Seulement la création et l’application du droit peuvent-elles autant que les normes positives être décrites objectivement et empiriquement, loin de toute volonté politique, de toute subjectivité et de toute émotion personnelle. La pragmatisme et la prospective juridiques, de leur côté, voient surtout dans la liberté, l’indépendance, le regard critique, le darwinisme, l’équilibre ou encore l’esprit constructif des qualités indispensables du discours de celui qui étudie le droit.

préférences qualitatives avec la même force que le classique de la littérature ou de la sculpture » (M. HAURIUO, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. V-VI). Également, M. HAURIUO, « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926.

¹³⁴⁹ Conseil d’État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d’État, 2014, p. 37. Le Conseil d’État peut émettre des propositions telles que, par exemple, celle selon laquelle il faudrait « faire du droit sur les données personnelles un droit à l’autodétermination plutôt qu’un droit de propriété » (*ibid.*, p. 264) ou bien celle selon laquelle il faudrait « créer une nouvelle catégorie juridique, celle des plateformes, dont la définition ne reposerait plus sur le caractère technique et passif de leur rôle, mais sur le fait qu’elles proposent des services de classement ou de référencement de contenus, biens ou services mis en ligne par des tiers » (*ibid.*, p. 21). Et le Conseil peut prescrire, par exemple, que « le champ d’application territorial des règles de droit les plus fondamentales dans la protection des internautes et de l’ordre public doit englober les acteurs extérieurs au territoire national ou européen. Pour ces règles, [...] le principe d’application de la loi du pays de destination, et non du pays d’origine, doit prévaloir » (*ibid.*, p. 38).

¹³⁵⁰ De fait, il n’en demeure pas moins que beaucoup de travaux de recherche en droit s’avèrent prescriptifs et, d’ailleurs, la problématique citée à laquelle s’est attaché le Conseil d’État a déjà été traitée au sein d’une thèse dont l’auteur, par exemple, invite les pouvoirs publics à « définir une charte du développement numérique, qui pourrait faire l’objet d’une constitutionnalisation et qui permettrait de mieux définir les enjeux fondamentaux de la sécurité publique et des libertés individuelles » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 392).

¹³⁵¹ H. KELSEN, « Qu’est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 560. Et de préciser : « Mais la science du droit peut et doit être séparée de la politique s’il lui est permis, en définitive, de prétendre au statut de science. Cela signifie que la connaissance du droit positif, sa description, l’analyse de sa structure, la définition des concepts qui le conçoivent et son interprétation scientifique — éléments inhérents à l’essence de chaque science — doivent être strictement objectives et, partant, ne peuvent être influencées par les jugements de valeur [...] qui revêtent toujours un caractère subjectif et émotionnel » (*ibid.*, p. 560-561).

Il n'est alors plus possible de suivre « la théorie pure [qui] assigne à l'interprétation scientifique l'unique tâche de révéler les significations possibles d'une norme concrète et de laisser à l'organe chargé d'appliquer le droit le choix, déterminable uniquement en termes de considérations politiques, entre les différentes interprétations théoriquement possibles »¹³⁵². Ainsi le théoricien viennois n'imaginait-il pas possible d'entreprendre des recherches macro-juridiques dans l'antre des facultés de droit. Les professeurs de droit pourraient seulement rédiger des manuels et autres articles dans lesquels ils décriraient les sens de certaines normes et de certains régimes juridiques, objectivement et sans parti pris. Sur ce point également, le pragmatisme et la prospective juridiques s'éloignent de la science juridique telle que promue par Kelsen puisqu'ils tendent à être de plus en plus macro-juridiques et de moins en moins micro-juridiques. Ils autorisent naturellement à décrire les normes primaires applicables mais, aussi et surtout, invitent à proposer des réflexions transversales dépassant la contingence des normes positives.

À l'heure actuelle, l'adoption d'un cadre d'étude purement scientifique devient donc un choix plus qu'une obligation. Il se trouve en effet un nombre croissant d'universitaires-juristes qui suivent des fins et recourent à des moyens non scientifiques. Régulièrement, des professeurs de droit s'adonnent à la politique juridique plutôt qu'à la science juridique, tant et si bien que beaucoup font de la doctrine une source du droit autant qu'une source de connaissances sur le droit¹³⁵³.

Cependant, l'analyse libre et critique du droit telle que conçue avec le pragmatisme ou la prospective juridique se rapproche de l'analyse objective et empirique et n'atteint pas les extrémités de la politique juridique comprise comme branche de la recherche juridique. Il ne s'agit pas ici de mener des combats radicalement idéologiques ni de défendre des causes très subjectives. Dans les faits, la « République des universitaires » a pu être une réalité historique¹³⁵⁴ et l'activité de la doctrine comporte une dimension descriptive (*de*

¹³⁵² *Ibid.*, p. 560. Et Kelsen de compléter son propos en ces termes : « Qu'une seule de celles-ci soit "juste" ne peut être soutenu du point de vue de la science du droit. Une telle affirmation contribue uniquement à maintenir l'illusion d'une sécurité juridique qui, en vérité, n'existe pas. Cela ne signifie naturellement pas qu'il faille refuser à l'interprète le soin de recommander à l'autorité une signification précise qui, par référence à une quelconque valeur, apparaît comme la meilleure. Mais il ne peut le faire — comme cela se passe trop souvent — au nom de la science, arguant de l'autorité de la science, c'est-à-dire de celle de la vérité. Car, par sa recommandation, le juriste-interprète tente d'influer sur la création du droit. Par là, il remplit une fonction de politique juridique et non de science juridique » (*ibid.*).

¹³⁵³ Il importe de distinguer les professeurs qui proposent des réformes législatives au sein de « publications scientifiques » et les professeurs qui sont invités à siéger parmi des commissions de préparation de lois ou qui sont auditionnés car, dans ces derniers cas, ils interviennent en tant qu'experts. *Cf.*, tout particulièrement, J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995. Il faut, en quelque sorte, considérer différemment les « offres de lois » spontanées et les « offres de lois » demandées (réf. à J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT AFRIQUE, G. MORIN, *Des libéralités, une offre de loi*, Defrénois, 2003).

¹³⁵⁴ Ch. CHARLE, *La République des universitaires – 1870-1940*, Le Seuil, 1994. Les spécialistes notent également que, « au Moyen-Âge, à une époque où l'autorité politique n'était pas encore bien constituée, c'est un droit de juristes, de

lege lata) mais aussi une dimension normative, prescriptive (*de lege feranda*)¹³⁵⁵. Mais l'historien du droit Jean-Marie Carbasse souligne que « la chaire professorale n'est pas une tribune politique »¹³⁵⁶ et remarque que, « lorsque la politique pénètre dans l'amphithéâtre, c'est toute une "affaire" (Bavoux en 1819, Scelle en 1925, Jèze en 1935-1936) »¹³⁵⁷. La nouvelle rationalité de la pensée juridique promue dans ce mémoire n'invite certainement pas les juristes à « faire de la politique », à « être de gauche ou de droite », à se borner et se stéréotyper. C'est tout le contraire qu'elle défend à travers une approche libre et critique.

Certes, comme le disait Jean-Paul Sartre, « écrire, c'est déjà agir »¹³⁵⁸ et on peut estimer que décrire, c'est déjà agir. Néanmoins, les chercheurs en droit pragmatistes, aujourd'hui, ne se limitent souvent pas à une activité de pure connaissance de leur objet et, fréquemment, dépassent celle-ci afin d'entreprendre également une activité pratique de transformation de cet objet, convaincus que les savoirs académiques sont aussi des « savoirs pour l'action »¹³⁵⁹. Ils comprennent, peut-être au prix de quelques abus de langage, la science juridique comme une « science législative »¹³⁶⁰ ou comme une « science normative »¹³⁶¹ qui formule « non pas des explications mais des solutions »¹³⁶². Cette « science » là peut difficilement ne recouvrir que des recherches objectives et empiriques, si bien que parler de « science normative » constitue forcément une contradiction dans les termes.

professeurs qui s'est instauré » (Ch. CHÈNE, « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 621).

¹³⁵⁵ Sans aller toutefois, sauf exceptions, jusqu'à prendre la forme des *critical legal studies* américaines. Les auteurs rattachés au courant *critical legal studies*, fondé notamment par Duncan Kennedy (« Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review* 1976, n° 89), se donnent pour mission première de mener des combats politiques, par exemple en faveur du féminisme (F. E. OLSEN, *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 1995). Ainsi, en 2013, à l'occasion des discussions parlementaires et sociétales relatives à la « loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », des professeurs de droit parmi les plus écoutés ont publié une tribune intitulée « Juristes taisons-nous ! » (P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENNETTE-VAUCHEZ, É. MILLARD, « Mariage pour tous : juristes taisons-nous ! », *D.* 2013, p. 784 s.).

¹³⁵⁶ J.-M. CARBASSE, « Professeurs à la faculté de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1245.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ J.-P. SARTRE, *Qu'est-ce que la littérature ?* (1948), Gallimard, coll. Idées, 1964 (cité par A. VAN REETH, « Jean-Paul Sartre (3/4) : L'intellectuel, ses œuvres littéraires et son engagement », *Les nouveaux chemins de la connaissance*, France culture, 17 juill. 2013).

¹³⁵⁹ Réf. à *Dr. et société* 2005, n° 60, « Savoirs académiques, savoirs pour l'action ? ».

¹³⁶⁰ D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1500.

¹³⁶¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Office des imprimés de l'État (Luxembourg), 1960, p. 50 (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, 2002, p. 480).

¹³⁶² *Ibid.* (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, 2002, p. 480).

Et cela n'empêche pas d'être convaincu que, si le droit et la politique sont étroitement liés tant l'un est l'outil de l'autre — mais la politique est aussi liée à la sociologie, à l'économie ou à la philosophie¹³⁶³ —, les propos appartenant au monde de la science juridique ne sauraient appartenir en même temps au monde de la politique. Le juriste est habilité à dire qu'« il existe une norme x » mais il l'est bien moins sûrement à dire qu'« il devrait exister une norme x »¹³⁶⁴. Seulement cela ne doit-il pas amener à s'interdire totalement d'effectuer quelques propositions, au-delà de la simple analyse, lorsque l'occasion se présente.

Certainement Thucydide, il y a 2 500 ans, estimait-il qu'« un homme qui ne se mêle pas de politique mérite de passer, non pour un citoyen paisible, mais pour un citoyen inutile »¹³⁶⁵, reste que les progrès que la science a connus depuis que l'homme politique athénien a écrit autorisent à considérer qu'il serait tout aussi utile de faire œuvre scientifique que de faire œuvre politique — ou même qu'il serait plus souvent utile de faire œuvre scientifique que de faire œuvre politique, en tout cas dans un cadre universitaire. Mais, comme la « pure » science du droit a eu tendance à interdire toute autre forme d'approche du droit, le pragmatisme et la prospective juridiques sont l'occasion d'insister sur le besoin d'approches libres et critiques permettant de souligner ce qui, certes existant en droit positif, pourrait ou devrait laisser sa place à quelques-chose de plus pertinent et/ou de plus légitime.

¹³⁶³ En ce sens, G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 267 (« les résultats produits par la sociologie juridique et la philosophie du droit pourraient être employés pour établir, dans une société donnée, une technique d'amélioration du droit, une "politique juridique". Celle-ci aurait pour objet de faciliter, en tenant compte des "régularités tendanciennes" du système de la réalité juridique en question, la réalisation des valeurs objectives concrètes qui s'y incarnent, dans la vie sociale du droit et dans la trame complexe d'équilibres divers qui la constituent »). Concernant l'économie, il faut penser au courant *Law and Economics*, dont les tenants cherchent à prescrire la production de normes visant l'efficacité économique maximale, les meilleures décisions étant donc celles qu'indique la science économique.

¹³⁶⁴ Par exemple, quand un commentateur juge qu'« il faudrait élaborer des principes de droit propres aux délits informatiques dotés de dimensions extraterritoriales » (G. SANSOM, « Stratégies de déplacement et autres violations de la territorialité : cybercriminalité, World Wide Web et portée du droit criminel », in A. BRETON, A. DES ORMEAUX, K. PISTOR, P. SALMON, dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 239), il fait — semble-t-il — de la politique plus que du droit. En droit, il importerait surtout de constater qu'« il existe essentiellement des principes de droit propres aux délits informatiques dotés de dimensions territoriales ».

¹³⁶⁵ Cité par J. DE ROMILLY, « Jacqueline de Romilly », 2000 ans d'histoire, France inter, 7 nov. 2003.

*

* *

S'il semble de plus en plus nécessaire de s'ouvrir à l'idée d'un droit postmoderne, compris comme ensemble original de normes positives mais aussi comme pensée juridique en rupture par rapport à la modernité du XX^e s., cela s'explique déjà par le fait que le droit n'est certainement pas un monolithe universel mais, en tant que création humaine et sociale, une donnée contingente qui change dans le temps. Par suite, ces changements induisent des périodes de crise de la doctrine et de la théorie juridiques, qui succèdent à des périodes de relative stabilité. Il faut gager que l'heure est — et sera chaque jour un peu plus — davantage à une période de crise qu'à une période de stabilité de la pensée juridique (*premier point*), ce qui se traduit déjà par l'acceptation progressive, de la part des juristes, des nouveaux modes de connaissance et de reconnaissance du droit présentés dans ce mémoire (*deuxième point*). En somme, l'étude du droit positif dans ses branches les plus actuelles indique que le droit évolue inexorablement, présentant sous bien des aspects un visage original, ce qui oblige la théorie du droit à s'adapter pour ne pas se retrouver décrochée (*troisième point*). De ce point de vue, le droit du cyberspace, étudié à l'occasion de ma thèse de doctorat, s'avère ô combien révélateur et peut-être sera-ce bientôt le droit en général qui présentera un certain nombre des caractères de cette branche du droit qui, il y a peu, pouvait encore apparaître très atypique dans le paysage juridique (*quatrième point*).

De la pensée juridique classique à la pensée juridique moderne
puis à la pensée juridique postmoderne : une succession
de périodes de stabilité et de crise du concept de droit

Le visage du droit a évolué, évolue et évoluera encore. Il ne se présente pas de tout temps ni en tout lieu¹³⁶⁶ revêtu des mêmes habits et Max Weber pouvait observer le passage « du droit charismatique des prophètes au droit des notables de la robe »¹³⁶⁷. Il existe ainsi des périodes de stabilité conceptuelle de la notion de droit — quand on conçoit à peu près ce qu'il est — et des périodes de transition conceptuelle au cours desquelles différentes positions, conservatrices ou évolutionnistes, soutenues par des nombres proches d'auteurs, sont en lutte et tentent de gagner suffisamment de suffrages pour imposer leurs conceptions respectives de la juridicité.

Au XIX^e s. et, plus encore, au XX^e s. — du fait de l'effacement du jusnaturalisme —, la vision d'un droit-État a subrogé celle d'un droit pluriel associée au « pluralisme des pouvoirs du Moyen-Âge »¹³⁶⁸ et qui autorisait aux puissances privées l'ouverture des portes du droit. Par suite, se pose la question de savoir si la décennie 2010 a correspondu à une période de stabilité conceptuelle ou à une période de transition conceptuelle. Or, si la définition normativiste du droit, associée à la définition réaliste — qui, bien que pragmatiste, soutient tout autant le lien droit-État à travers la figure de l'autorité officielle interprétratrice —, paraît toujours dominer, il se trouve suffisamment de travaux récents la contestant pour pouvoir légitimement affirmer que les temps actuels seraient, si ce n'est des temps de transition conceptuelle, au moins des temps prétransitionnels, annonciateurs de l'affirmation plus ou moins prochaine d'une pensée du droit renouvelée rompant la relation systématique entre étaticité et juridicité. Et la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique envisagés dans ce mémoire s'inscrivent pleinement dans ce mouvement de la pensée juridique.

¹³⁶⁶ Cf. L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996.

¹³⁶⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Puf, coll. Quadrige grands textes, 2007, p. 221.

¹³⁶⁸ G. PECES-BARBA MARTINEZ, « Une définition normative du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 51.

La principale difficulté sur laquelle achoppent actuellement les promoteurs de pareille conception novatrice est que, de la « gouvernance » au « droit mou », ils s'appuient sur des thèses par trop variées et évanescentes. Pour prospérer, il leur faudrait trouver une figure de proue capable de les guider. Peut-être, à l'heure de l'environnement normatif transnational, le droit global ou « globalisme juridique » sera-t-il celui-là ; à moins qu'il ne doive s'agir d'une perception des règles liant leur juridicité à leur efficacité ou effectivité¹³⁶⁹, ce qu'indiquerait le développement croissant du pragmatisme juridique.

Mais le pragmatisme juridique est marqué par quelques difficultés, au premier rang desquelles figure sa tendance au panjuridisme et à l'abandon de toute autonomie du droit. Face à qui avance que le « droit souple » ne serait guère une forme de « sous-droit » mais du droit au sens plein à l'identique de la loi¹³⁷⁰, il faut peut-être préférer la vision d'un « droit souple » comportant des normes certes juridiques mais moins que ne le sont la plupart des normes contraignantes et étatiques. La théorie syncrétique et l'échelle de juridicité pourraient ainsi conforter le pragmatisme juridique et, plus particulièrement, le panjuridisme. Il faut rappeler, avec les plus anciens penseurs du droit, que « le droit issu de la loi est supérieur à celui qui naît des jugements particuliers »¹³⁷¹ — ils sont de même nature (tout ce qui est normatif est juridique) mais non de même degré (tout ce qui est normatif n'est pas identiquement juridique). Même Georges Gurvitch convenait qu'« il est indispensable d'établir une hiérarchie des sources [...] si l'on ne veut pas détruire l'unité du droit et se mettre dans l'impossibilité de résoudre les conflits entre les faits normatifs, c'est-à-dire tomber dans l'anarchie des sources »¹³⁷². Peut-être devient-il très opportun de se placer dans les traces de qui considère que « les formes de production du droit non étatiques [...] n'arrivent pas à une forme juridique pleine sans l'acceptation des organes étatiques compétents »¹³⁷³, ce qui sous-entend qu'elles seraient néanmoins en mesure de s'attacher à des formes juridiques partielles, donc, en définitive, qu'elles seraient en mesure d'être du droit sans constituer pour autant du droit pur.

Reste ce constat : de plus en plus d'auteurs, quelles que soient les justifications théoriques qu'ils donnent — et souvent en l'absence de telles justifications —, intègrent dans le

¹³⁶⁹ Par exemple, V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité – Contribution à l'étude d'une notion*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2003.

¹³⁷⁰ F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation – Participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 23.

¹³⁷¹ ARISTOTE, *Rhétorique*, 323 av. J.-C., L. I, chap. 1 (cité par Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 50).

¹³⁷² G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 167.

¹³⁷³ G. PECES-BARBA MARTINEZ, « Une définition normative du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 52.

monde du droit de nouveaux objets normatifs tels que les codes privés, les chartes, les usages, les conditions générales d'utilisation, les normes techniques, les standards etc.

L'ouverture croissante des juristes aux « nouveaux droits »

C'est essentiellement avec le XXI^e s. que se développe le mouvement de reconnaissance par la doctrine de différents foyers privés de droit indépendants — tantôt complémentaires, tantôt concurrents — des institutions étatiques. Il n'est désormais plus rare de voir des chercheurs en droit adhérer à une « théorie sociologique du droit »¹³⁷⁴ pour, ensuite, retenir que les normes issues de l'autorégulation appartiennent au droit¹³⁷⁵, remarquer l'« abandon de la coïncidence antérieure entre loi et règle de droit »¹³⁷⁶, soutenir que « l'État partage avec les pouvoirs privés la charge de produire le droit et de construire les espaces juridiques »¹³⁷⁷, observer une « production mixte de la norme juridique en contradiction avec le modèle kelsénien, public et vertical »¹³⁷⁸, ou bien encore expliquer que « l'ordre factuel et l'ordre quasi-normatif, par leur développement continu, semblent avoir concouru à l'effacement de la frontière qui existait entre le droit et le non-droit »¹³⁷⁹.

Auparavant, c'était essentiellement le propre des sociologues et des anthropologues du droit (et de quelques économistes tels que Friedrich Hayek¹³⁸⁰) que d'admettre que la production sociale non étatique de normes puisse être juridique, que tout groupement humain puisse produire des règles juridiques¹³⁸¹, y compris les sociétés indigènes¹³⁸², cela

¹³⁷⁴ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 8. L'auteur explique ainsi que « les nouvelles sources du droit émanent souvent de la pratique et de l'acceptation sociales, leur analyse systématique ne peut que se rattacher à une forme de théorie sociologique du droit ».

¹³⁷⁵ Par exemple, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 146 ; Ph. KAHN, « L'autorégulation », in H. GHERARI, S. SZUREK, dir., *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international*, Pedone, coll. Cahiers internationaux, 2003, p. 197.

¹³⁷⁶ F. TERRÉ, « La “crise” de la loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 19.

¹³⁷⁷ L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2006, n° 21, p. 119.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 120.

¹³⁷⁹ V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 22.

¹³⁸⁰ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980. Cf. Ph. NEMO, *La société de droit selon F. A. Hayek*, Puf, 1988.

¹³⁸¹ Par exemple, L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996 ; L. ASSIER-ANDRIEU, « Réflexions sur le droit du “social” », *Cités* 2000 ; É. LE ROY, *Le jeu des lois – Une anthropologie dynamique du Droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1999 ; É. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de

en réduisant pragmatiquement la juridicité à la normativité — conçue comme fait d'être ressenti comme une norme par ses destinataires qui, en conséquence, s'y conforment — et donc en niant toute autonomie au droit¹³⁸³. Mais la doctrine juridique des juristes est longtemps demeurée très majoritairement fermée et réfractaire à tout « droit vivant », « droit spontané », « droit libre », « droit inofficiel » ou « droit intuitif »¹³⁸⁴.

Et le pragmatisme juridique a été conçu et accepté dans les pays de *common law* bien avant de l'être dans les pays de *civil law*. À présent, cependant, de nombreux auteurs n'hésitent plus à affirmer que « le droit s'exprime dans la société plus que dans l'État »¹³⁸⁵

modernité », in R. JANDA, A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, G. ROCHER, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant-Thémis, 1998, p. 29 s.

¹³⁸² M. GALANTER, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism* 1981, n° 19, p. 1 s.

¹³⁸³ Gurvitch, qui n'accordait pratiquement aucun intérêt aux règles engendrées dans le cadre étatique, reste assurément, avec sa thèse du « droit social », l'un des plus symptomatiques représentants de cette « pensée du droit » non seulement non étatiste mais aussi non juridique. Il expliquait le phénomène juridique en ces termes : « L'acte de reconnaissance intuitive de toute règle de droit implique nécessairement [...] la reconnaissance, ne fût-elle que virtuelle, d'un "fait normatif" spontané et inorganisé qui lui sert de fondement et qui est la couche la plus profonde, la plus voilée et en même temps la plus immédiate et réelle du vécu juridique » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 70). Et le sociologue d'analyser : « Le développement du capitalisme organisé, du syndicalisme professionnel, des conventions collectives de travail, désagrège à la fois les principes de la souveraineté nationale et de l'autonomie de la volonté, ainsi que la liberté contractuelle. Ces institutions s'expriment dans un droit social organisé faisant concurrence au cadre du droit étatique. [...] Les ensembles de propriétaires industriels réunis et les ordonnancements juridiques qui les régissent rongent l'autorité de l'État et le déposent de son prétendu monopole législatif » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 239). Jean Carbonnier pouvait ainsi commenter la pensée de Gurvitch en notant que, selon celle-ci, « il y a, entre l'État et l'individu, des corps intermédiaires capables de produire des règles pour leur propre usage, des statuts et des disciplines de nature juridique » (J. CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », *Dr. et société* 1986, p. 431). Le sociologue se référait aux « innombrables protagonistes modernes du Droit vivant, du Droit spontané et du Droit libre » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 52), s'il décrivait un « domaine du droit social [i.e. le droit d'origine privée] dispos[ant] d'un nombre incomparablement plus riche de sources formelles [...] que ce que la science traditionnelle du droit reconnaît » (*ibid.*, p. 144), et s'il soutenait que, « contrairement au préjugé enraciné sur la primauté de l'ordonnement juridique de l'État, [...] les cadres du droit économique, du droit canonique, sans parler du droit international, possèdent tous les caractères pour faire concurrence au cadre du droit étatique en s'affirmant comme équivalents ou supérieurs à lui » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 201). Gurvitch proposait d'établir la liste suivante de sources formelles du droit : « 1. Coutume. — 2. Statut autonome. — 3. Loi étatique et décret administratif. — 4. Pratique des tribunaux. — 5. Pratique d'organes autres que les organes judiciaires. — 6. Doctrine. — 7. Conventions, actes-règles. — 8. Déclarations sociales (promesses, programmes, sentences au nom d'une totalité par un seul ou par un groupe de ses membres). — 9. Précédents. — 10. Reconnaissance d'un nouvel état de choses par ceux-là mêmes qu'il lèse » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 143). Par ailleurs, il distinguait : « I. — *Ordonnements du droit social pur et indépendant*, supérieurs ou équivalents en cas de conflit à l'ordre du droit étatique, tel le droit international, le droit d'Église sous régime de séparation d'avec l'État, enfin le droit économique [...]. II. — *Ordonnements du droit social pur, mais soumis à la tutelle étatique*, c'est-à-dire ne disposant pas de contrainte inconditionnée et autonome, mais, en cas de conflit, s'inclinant devant l'ordre juridique de l'État [...]. Ceci s'exprime par le classement de ces ordonnancements dans le domaine du "droit privé" [...]. III. — *Ordonnements du droit social, autonome, mais annexé par l'État*, c'est-à-dire mis à son service, soit par leur incorporation à ce dernier, en tant que "services publics décentralisés", soit par leur simple élévation dans le domaine privilégié du droit public. [...] IV. — *Ordonnements du droit social condensé en droit de l'État* » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 207-209).

¹³⁸⁴ L. PETRAZICKI, *Law and Morality*, Harvard University Press (Cambridge), 1954 (cité par 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).

¹³⁸⁵ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 3.

— il faudrait, avec Pierre-Joseph Proudhon, relativiser cette distinction puisque l'État n'est sans doute rien d'autre qu'un mode très élaboré d'autorégulation sociale¹³⁸⁶ ; on peut voir entre l'État et les organisations sociales spontanées une différence de degré et non de nature¹³⁸⁷.

S'il est désormais classiquement admis que « la coutume fait le droit »¹³⁸⁸, divers éléments de vocabulaire juridique encore inconnus il y a une ou quelques dizaine(s) d'années, du « droit souple »¹³⁸⁹ à la « gouvernance » en passant par le « droit spontané »¹³⁹⁰, sont aujourd'hui utilisés afin d'accréditer l'idée selon laquelle des structures privées édicteraient des règles de droit en parallèle des sources publiques et selon laquelle la vision d'un État qui serait la seule source du droit serait une « pétition de principe à l'état pur »¹³⁹¹. De nouveaux modes de validation juridique des normes, reposant sur des processus décisionnels privés hautement organisés et, surtout, sur l'effectivité, seraient en passe de subroger les modes étatiques de validation juridique des normes¹³⁹². Du moins, « coexiste[raient] la validité formelle, exclusivement centrée sur la légalité, et une approche plus "sociale" de la validité de la norme juridique »¹³⁹³. Quant au « droit souple », Catherine Thibierge conclut, ironiquement, que « les normes de droit souple ont au moins un effet obligatoire : elles nous obligent à une remise en cause de nos évidences juridiques »¹³⁹⁴. Et d'aucuns de se référer à des « pratiques populaires de droit »¹³⁹⁵, à du

¹³⁸⁶ P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, 1863 (cité par P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale – Cours au Collège de France (2/10) », *L'Éloge du savoir*, France culture, 10 avr. 2013).

¹³⁸⁷ R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 44.

¹³⁸⁸ G. CORNU, « Le visible et l'invisible », *Droits* 1989, n° 10, p. 28.

¹³⁸⁹ Ainsi que le note le Conseil d'État, le « droit souple » peut être produit tant par les pouvoirs publics que par des acteurs privés (EDCE 2013, *Le droit souple*).

¹³⁹⁰ Le « droit spontané » est notamment défini comme un ensemble de « règles dégagées par la répétition constante et générale d'un comportement juridique adopté par les intéressés pour répondre à leurs besoins » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 179). Également, A. I. OGUS, « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, n° 16, p. 393 s. ; P. DEUMIER, « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in G. PIGNARRE, dir., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 101 s. ; G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 199 s.

¹³⁹¹ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 87.

¹³⁹² G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 204.

¹³⁹³ *Ibid.* Avec un nombre croissant de juristes, Jean-Louis Bergel note l'existence d' « ordres juridiques délégalisés propres à des groupements privés » (J.-L. BERGEL, « Le plurijuridisme – Rapport introductif », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 17), retient que « les corps intermédiaires, de nature et d'importance très diverses, correspondant à des corporations, des associations, des entreprises, des classes d'âge, des groupements d'intérêts..., instituent des organes et des règles de conduite dont ils assurent l'application, établissant ainsi des ordres juridiques particuliers » (*ibid.*).

¹³⁹⁴ C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 160.

¹³⁹⁵ P. HUYGHEBAERT, B. MARTIN, *Quand le droit fait l'école buissonnière – Pratiques populaires de droit*, Charles Leopold Mayer, 2002.

« droit hors la loi »¹³⁹⁶, à une « production du droit par en bas »¹³⁹⁷ ou à un « droit venu de la base »¹³⁹⁸.

Les théories pragmatiques du droit, par conséquent, conquièrent progressivement les esprits juridiques, bien que souvent implicitement, inconsciemment et involontairement. En effet, les auteurs en cause ne précisent dans bien des cas pas si les « normes » ou « règles » auxquelles ils se réfèrent sont « juridiques » ou bien « sociales non juridiques ». Mais, puisque ces auteurs sont des juristes, il est loisible de considérer qu'ils étudient ces normes ou règles parce qu'ils les estiment juridiques.

Si s'opère ainsi un basculement progressif au sein de la pensée juridique, ce n'est que parce que, concrètement, le visage du droit positif évolue et que les juristes des universités ne peuvent se laisser trop décramponner par les juristes des cabinets, des bureaux et des prétoires. Ensuite, le droit n'étant que ce que ceux qui le pensent disent qu'il est, le mouvement est circulaire : le droit positif amène la théorie du droit à s'adapter ; et la théorie du droit influe sur le périmètre et la teneur du droit positif.

Une inexorable mutation du droit positif, une indispensable adaptation de la théorie du droit

En tant que juriste, il n'est normalement permis d'entreprendre une recherche autour d'un objet a-étatique qu'à condition de postuler (et démontrer) que celui-ci est juridique¹³⁹⁹. Pourtant, en raison de l'étatisme juridique qui imprègne la pensée juridique, nombre

¹³⁹⁶ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 310.

¹³⁹⁷ S. PAJAUD-GUEGUEN, *Essai sur le pouvoir normatif des organismes de droit privé*, th., Université de Toulouse I-Capitole, 1995 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 226).

¹³⁹⁸ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 79.

¹³⁹⁹ Actuellement, des chercheurs en viennent à adopter la position ambiguë consistant à étudier la société civile tout en considérant que celle-ci ne pourrait pas être une source du droit ni quelque autre donnée d'ordre juridique (A. POMADE, *La Société Civile et le droit de l'environnement – Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th., Université d'Orléans, 2009, p. 429). S'il est vrai que « la Société Civile ne peut pas être rapprochée des sources formelles du droit ; elle ne présente aucune de leurs caractéristiques, et se distingue strictement de chacune d'elles » (*ibid.*), rien n'interdit qu'elle constitue une source formelle du droit supplémentaire. D'autres en viennent à étudier les normes techniques par opposition aux normes juridiques (F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2003).

d'auteurs-juristes préfèrent étudier des objets non juridiques plutôt que d'en venir à affirmer que ceux-ci appartiendraient au monde du droit¹⁴⁰⁰. Mais il n'est peut-être pas possible d'avancer que « la Société Civile est présente en droit positif mais absente de la théorie générale du droit »¹⁴⁰¹ puisqu'il appartient à ladite théorie générale du droit de définir ledit droit positif, de préciser l'étendue de son périmètre, donc d'indiquer au chercheur en droit où et quoi regarder. Toute enquête menée à l'intérieur du droit positif requiert des explications minimales préalables de théorie du droit afin d'établir la frontière entre droit et non-droit et circonscrire ainsi le champ d'étude.

Les hésitations relatives aux limites du droit témoignent du fait que la pensée juridique, si elle est empreinte d'une certaine inertie, n'est toutefois guère statique. Elle évolue et est appelée à évoluer. En ce sens, l'apport d'une théorie pragmatique du droit (par exemple, la théorie syncrétique du droit) peut être important à l'heure où de plus en plus de chercheurs en droit souhaitent étudier des objets normatifs originaux mais peinent à les qualifier de « juridiques »¹⁴⁰².

D'aucuns peuvent regretter que « le positivisme juridique constitue, depuis l'âge moderne, un obstacle à la connaissance vraie du droit »¹⁴⁰³. Cependant, à en croire Georges Gurvitch, le « Droit » aurait accordé à l'État le monopole de l'édition et de la reconnaissance des règles juridiques ; mais il serait aussi capable de lui retirer ce « droit au droit »¹⁴⁰⁴. Par conséquent, le droit global serait un témoignage remarquable du retrait du « droit au droit » de l'État par le « Droit » ou, mieux, par les faits. Quoi qu'il en soit, dans le cadre postmoderne que dessine le XXI^e s., il devient de plus en plus nécessaire d'accepter sans autre forme de procès que les productions parallèles et alternatives de normes sont des productions de règles de droit, de ne pas réserver la qualité juridique à ce

¹⁴⁰⁰ On estime, par exemple, que « les normes de bonne conduite sont non juridiques » (P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, coll. Vocation philosophe, 2006, p. 1) ou que « les codes de conduite sont des faits extérieurs au droit » (B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 23) faisant seulement partie de l' « environnement du système juridique » (*ibid.*).

¹⁴⁰¹ A. POMADE, *La Société Civile et le droit de l'environnement – Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th., Université d'Orléans, 2009, p. 263.

¹⁴⁰² Si bien qu'ils en viennent à considérer, de façon soit alambiquée soit maladroite, que « “droit souple” désigne l'ensemble des institutions non juridiques » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 13) ou encore que « les nouvelles sources du droit sont représentatives du rôle des règles sociales non juridiques dans le système juridique » (*ibid.*, p. 8).

¹⁴⁰³ 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.

¹⁴⁰⁴ Georges Gurvitch notait : « Lorsque le droit spontané et inorganisé, auquel appartient la souveraineté juridique, attribue à l'État des compétences particulièrement larges (spécialement d'être le seul organe de constatation formelle du droit), l'État joue un rôle considérable dans la vie du droit ; au contraire, lorsque les variations du droit spontané et inorganisé donnent à d'autres groupes que l'État la compétence de constater le droit, le rôle de l'État diminue dans la vie juridique et alors on parle de “décadence de sa souveraineté” » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 107).

qui est étatique ou public car, comme l'affirmait déjà Léon Duguit, qui s'était intéressé au pragmatisme juridique¹⁴⁰⁵, « les faits sont plus forts que les textes, et le droit se trouve dans la réalité sociale et non dans les formules des lois, quelque solennelles qu'elles soient »¹⁴⁰⁶. Une conception étatiste du droit — selon laquelle « ne sont juridiques que les règles que l'État investit de ce caractère »¹⁴⁰⁷ — interdirait de se poser de nombreuses questions pourtant aujourd'hui très pertinentes d'un point de vue juridique et mènerait *ipso facto* à conclure que l'État maîtrise entièrement et maîtrisera toujours entièrement le droit. Mais il semble désormais indispensable de revoir la théorie du droit, spécialement en faisant de l'effectivité ou de l'efficacité un critère de la juridicité¹⁴⁰⁸, à la suite des sociologues et anthropologues du droit et de tous les juspragmatistes.

Par suite, ne serait-ce pas la fin du droit en même temps que la fin de l'État, puisque « le droit est par excellence une production étatique »¹⁴⁰⁹ ? Les expressions « droit d'origine privée », « droit commun », « droit global » et « droit mondial » seraient de parfaites contradictions dans les termes ; à moins de s'accorder sur le fait qu'il s'agisse de « droit en un certain sens »¹⁴¹⁰, à savoir en un sens pragmatiste, du point de vue d'une théorie pratique du droit ou théorie du droit pratique, c'est-à-dire d'une théorie conforme à la réalité des faits juridiques et ne cherchant pas à les reconfigurer ni à les reconstruire en les déformant. Mais cela ne peut qu'être dans tous les cas mauvais signe pour l'État, sa puissance et sa souveraineté.

Les profondes mutations de l'environnement du droit et les bouleversements dans le droit qu'elles engendrent ne sauraient donc être pertinemment étudiés dans le cadre épistémologique proposé par la modernité telle qu'elle a traversé le XX^e s. Comment imaginer que le droit du début du XX^e s. était strictement le même droit que le droit du début du XXI^e s. et que les modes d'étude du droit de 1900 ou 1950 pourraient être identiquement et pertinemment réutilisés aujourd'hui ? Pourtant, « la plus belle des ruses du diable est de vous persuader qu'il n'existe pas »¹⁴¹¹ et il est tenant de n'apercevoir et signaler aucun changement, ou plutôt de voir beaucoup de mouvements autour du droit

¹⁴⁰⁵ L. Duguit, *Le pragmatisme juridique*, La mémoire du droit, 2008.

¹⁴⁰⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1928, p. 2.

¹⁴⁰⁷ R. VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I, 1878, p. 311 (cité par L. INGBER, « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », in J. GILISSEN, dir., *Le pluralisme juridique*, Université de Bruxelles, 1972, p. 59).

¹⁴⁰⁸ Par exemple, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, dir., *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012.

¹⁴⁰⁹ O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre *juriglobisme* incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 82.

¹⁴¹⁰ M. XIÉPARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 44.

¹⁴¹¹ Ch. BAUDELAIRE, *Le spleen de Paris* (1862), Librairie générale française, 2003, p. 150.

mais peu à l'intérieur du droit. Tandis que le droit officiel de l'État demeure en pleine lumière, toute la création sombre du droit demeure tapie dans l'ombre.

Il semble néanmoins temps — et la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique pourraient alors être d'une aide précieuse — de reconsidérer les structures les plus élémentaires telles que celles qui distinguent les branches du droit, le droit public et le droit privé ou le droit national et le droit international¹⁴¹². Et il faudrait désormais raisonner préférablement en termes de réseaux, de rhizomes, d'échanges et de relations¹⁴¹³, loin de toute compréhension verticale et unilatérale des phénomènes juridiques¹⁴¹⁴. La « pyramide » des normes, symbole de la modernité juridique, ne serait plus un paradigme correct¹⁴¹⁵.

En guise de conclusion de la conclusion, il convient d'illustrer cela par l'exemple du droit de la communication par internet, branche du droit ô combien révélatrice de la globalisation du droit et que j'avais étudiée à l'occasion de ma thèse de doctorat publiée sous le titre *Le renouvellement des sources du droit – Illustrations en droit de la communication par internet*.

Le droit du cyberspace comme révélateur

Dans un élan prophétique, Friedrich Nietzsche imaginait : « Grâce à la liberté des communications, des groupes d'hommes de même nature pourront se réunir et fonder des communautés. Les nations seront dépassées »¹⁴¹⁶. Lorsque les nations sont dépassées, nul doute que le contrat social et, finalement, l'État et toutes ses fondations se trouvent en

¹⁴¹² J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2^e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 12.

¹⁴¹³ P. MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux – La postérité paradoxale de Saint-Simon*, Puf, 1997.

¹⁴¹⁴ Il est remarquable qu'une étude consacrée à la postmodernité juridique a été publiée dans une revue intitulée *Réseaux* : B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux* 2000, n° 88-90, p. 67 s.

¹⁴¹⁵ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, *passim*. Par exemple, l'heure de la régulation, « nouveau cadre de la production du droit » dans lequel « le commandement unilatéral, autoritaire, centralisé, souverain en un mot, fait place à un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié » (*ibid.*, p. 26), sonnerait, permettant de « maintenir ou restaurer, par ajustements successifs, l'équilibre d'un système menacé par des perturbations » (J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », in M. MIAILLE, dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 71).

¹⁴¹⁶ F. NIETZSCHE, « La volonté de puissance » (1888), in *Fragments posthumes*, Gallimard, coll. Œuvres philosophiques complètes, 1976.

péril. La liberté des communications, suivant cette logique, pourrait être à l'origine de la « mort » de l'État. Or, avec l'internet, il semble que la prédiction du philosophe n'ait jamais été aussi proche de se réaliser — ce qui ne veut pas dire qu'elle soit très proche de se réaliser¹⁴¹⁷.

Toutes les activités humaines tendent à migrer ou, du moins, à se dupliquer dans le cyberspace¹⁴¹⁸. Le droit applicable à ce dernier est désormais une discipline cardinale parmi les disciplines juridiques, presque une méta-branche du droit tant ses racines sont nombreuses et diversifiées. L'intérêt de l'étude du droit du cyberspace en même temps que les enjeux en découlant ne peuvent qu'être de taille dès lors que sont en cause un objet et un milieu auxquels chaque citoyen et chaque institution sont confrontés quotidiennement. De plus, on fait de l'internet l'autre facteur, avec la chute du mur de Berlin, du déclenchement de la mondialisation-globalisation¹⁴¹⁹. En tout cas lui permet-il de prospérer d'une façon inouïe — depuis toujours, les marchés et les relations se développent au rythme du développement des moyens de transport ; or l'internet est un moyen de transport qui assure une liberté de circulation proche d'être absolue et une vitesse de déplacement avoisinant celle de la lumière¹⁴²⁰. Le réseau mondial emporte une profonde reconfiguration de l'économie¹⁴²¹. Ce sont tous les secteurs qui sont aujourd'hui dépendants de l'internet et Google ou Apple sont devenus « des géants horizontaux en plus d'être des géants verticaux »¹⁴²². Il faut gager que le réseau mondial emporte également une profonde reconfiguration du droit. Fadhi Chehadé, ancien président de l'ICANN, organisation au cœur de la « gouvernance » de l'internet, déclare par exemple : « Les États doivent jouer un rôle dans la régulation d'internet, mais seulement un rôle de partenaires. [...] Un modèle de gouvernance avec des décisions centralisées et reposant

¹⁴¹⁷ Cf., par exemple, P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 s.

¹⁴¹⁸ Ce qui est d'autant plus remarquable qu'est aujourd'hui plus que jamais valable le constat qu'opérait Hannah Arendt en 1968 dans *La crise de la culture* et selon lequel « cette société est essentiellement une société de consommateurs, où le temps du loisir ne sert plus à se perfectionner ou à acquérir une meilleure position sociale, mais à consommer de plus en plus, à se divertir de plus en plus » (H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et alii, Gallimard, coll. Folio essais, 2011, p. 270).

¹⁴¹⁹ J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 49.

¹⁴²⁰ On retient également que la globalisation gagne du terrain dès lors que le coût des communications diminue grâce aux progrès des technologies de l'information (*ibid.*). L'importance du rôle joué par l'invention de l'internet apparaît alors de manière patente.

¹⁴²¹ Par exemple, le communiqué final de l'e-G8 s'étant tenu à Deauville en mai 2011 soulignait combien « l'Internet est un formidable créateur de richesses et d'emplois », ajoutant qu'« il est à l'origine d'une reconfiguration profonde de la façon dont fonctionnent les économies modernes et que « la transformation par le numérique de tous les secteurs économiques s'accompagne de création nette d'emplois : pour un emploi supprimé, 2,6 emplois nouveaux sont créés » (« Communiqué final de l'e-G8 », [en ligne] <eg8forum.com>, 2011).

¹⁴²² B. BENHAMOU, « Quels sont les enjeux technologiques de la révolution numérique ? », *Science publique*, France culture, 9 déc. 2011.

sur les gouvernements serait un désastre pour internet »¹⁴²³. Où s'exprime parfaitement le caractère de laboratoire du droit global du droit de la communication par internet. Or il semble que la théorie syncrétique, l'échelle de juridicité, le pragmatisme juridique et la prospective juridique permettent tout particulièrement de bien saisir un tel changement d'ère du droit positif — accompagnant supposément un changement d'ère de la pensée juridique.

Illustrer le propos par l'exemple de la liberté des communications ou par l'exemple du droit du cyberspace, ce n'est donc guère illustrer le propos par un quelconque exemple marginal. « L'émergence d'Internet, écrit-on, constitue probablement la clé de l'histoire contemporaine »¹⁴²⁴. S'enquérir de l'état du droit applicable à l'élément-clé de l'histoire contemporaine, principal vecteur de la mondialisation-globalisation qui est une révolution pour l'humanité, est évidemment très stimulant, d'autant plus que ce droit demeure, pour l'heure, un droit relativement jeune et incertain, dont une bonne partie des contours restent à dessiner, sur le fond comme sur la forme. Cette jeunesse et cette incertitudes sont logiques tant le droit du futur dans son ensemble présente les mêmes caractères.

Le grand intérêt actuellement porté à l'internet et aux communications qu'il permet se retrouve dans pratiquement toutes les sphères de la connaissance et dans pratiquement tous les lieux de la connaissance, y compris au Collège de France¹⁴²⁵. Nul doute que cet intérêt existe aussi parmi les facultés de droit ; et cela en premier lieu en ce que le droit de l'internet pourrait servir de révélateur du droit de demain. Ce droit permettrait mieux que tout autre d'interroger l'« avenir du droit »¹⁴²⁶ et d'apporter du sel à la table de ceux qui invitent à « rem[ettre] en cause nos évidences juridiques »¹⁴²⁷. S'il est vrai que l'heure est au « self-service normatif »¹⁴²⁸, au « chaos dans la production du droit »¹⁴²⁹ et au « désordre de l'ordre juridique »¹⁴³⁰, le droit du cyberspace ne peut qu'être concerné au premier chef. Et les problématiques en présence, appelant de nouveaux modes de

¹⁴²³ F. CHEHADÉ, « Interview de Fadhi Chehadé, président de l'ICANN », [en ligne] <lefigaro.fr>, 23 sept. 2014.

¹⁴²⁴ J.-P. CORNIU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 49.

¹⁴²⁵ Notamment, S. ABITEBOUL, « Sciences des données : de la Logique du premier ordre à la Toile (leçon inaugurale au Collège de France) », *L'Éloge du savoir*, France culture, 13 oct. 2012.

¹⁴²⁶ Réf. à *L'avenir du droit – Mélanges François Terré*, Puf-Dalloz-Juris-classeur, 1999.

¹⁴²⁷ C. THIBERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 160 (« les normes de droit souple ont au moins un effet obligatoire : elles nous obligent à une remise en cause de nos évidences juridiques »).

¹⁴²⁸ Réf. à A. SUPLOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541 s.

¹⁴²⁹ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

¹⁴³⁰ A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 147 ; également, R. LIBCHABER, « Réflexions sur le désordre juridique français », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s. ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Puf, coll. Les voies du droit, 1988.

connaissance et de reconnaissance du droit, l'insertion dans le cadre de théories pratiques du droit ou théories du droit pratique, sont à la fois profondes, décisives, complexes et irrésolues¹⁴³¹.

Beaucoup de non-juristes peuvent estimer que « nul n'a le pouvoir de faire la loi sur internet »¹⁴³²; et certains juristes d'observer un droit de l'internet « aux mains d'organisations privées »¹⁴³³. Dans ces conditions, il serait difficile d'aboutir à quelque conclusion congruente à partir d'une étude focalisée sur les seules lois et jurisprudences étatiques. Les auteurs qui s'attachent à une représentation moniste du système juridique « partent du constat que l'État exerce une emprise centralisatrice sur les diverses activités traditionnellement associées à la fonction juridique, à savoir les activités législatives et judiciaires »¹⁴³⁴. Celui qui observe le droit du cyberspace ne peut qu'adhérer à une représentation pluraliste du système juridique et, s'il juge que « seul l'État peut dire d'un point de vue officiel ce qui est ou n'est pas une règle juridique »¹⁴³⁵ ou que « l'entrée des normes non étatiques dans le droit positif ne peut se faire que par la législation ou la jurisprudence »¹⁴³⁶, alors il fait peut-être œuvre inconséquente en détachant par trop le droit théorique des livres du droit pratique en action. Ainsi une approche pragmatique aboutit-elle à confondre juridicité et normativité — c'est pourquoi elle vire au panjuridisme.

¹⁴³¹ En témoigne l'analyse du Conseil d'État aux termes de laquelle, « si les revendications des États d'appliquer leurs règles de droit à leurs internautes étaient poussées trop loin, ceci conduirait sans doute nombre de sites à renoncer à être visibles dans certains États, en rejetant les demandes de connexion des internautes dont l'adresse IP indique qu'ils résident dans les pays concernés. Il y a là un risque de "fragmentation d'internet", c'est-à-dire de différenciation des contenus accessibles selon les pays » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 241). Pourtant, que chaque État dispose de son réseau propre avec ses contenus propres serait le meilleur moyen de limiter et contenir les dangers qui prospèrent dans le cyberspace et de reconquérir la puissance qui fait cruellement défaut, ce qui est la cause d'une incommode ineffectivité des règles étatiques. On affirme que le droit pourrait et même devrait désormais se passer du territoire. Il n'est pas certain que cela soit justifié et raisonnable. Toutefois, comme le relève le Conseil d'État, la « fragmentation de l'internet » signifierait sa dénaturation et, surtout, entraînerait des atteintes graves aux libertés, quand bien même certaines de ces libertés sont trop souvent mises à profit afin de commettre des infractions et porter atteinte aux droits d'autrui. Ainsi l'internet et le web posent-ils de nouvelles questions aux pouvoirs publics auxquelles il leur est périlleux d'apporter des réponses fermes et convaincantes.

¹⁴³² F. BALLE, *Médias et société*, 15^e éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 206.

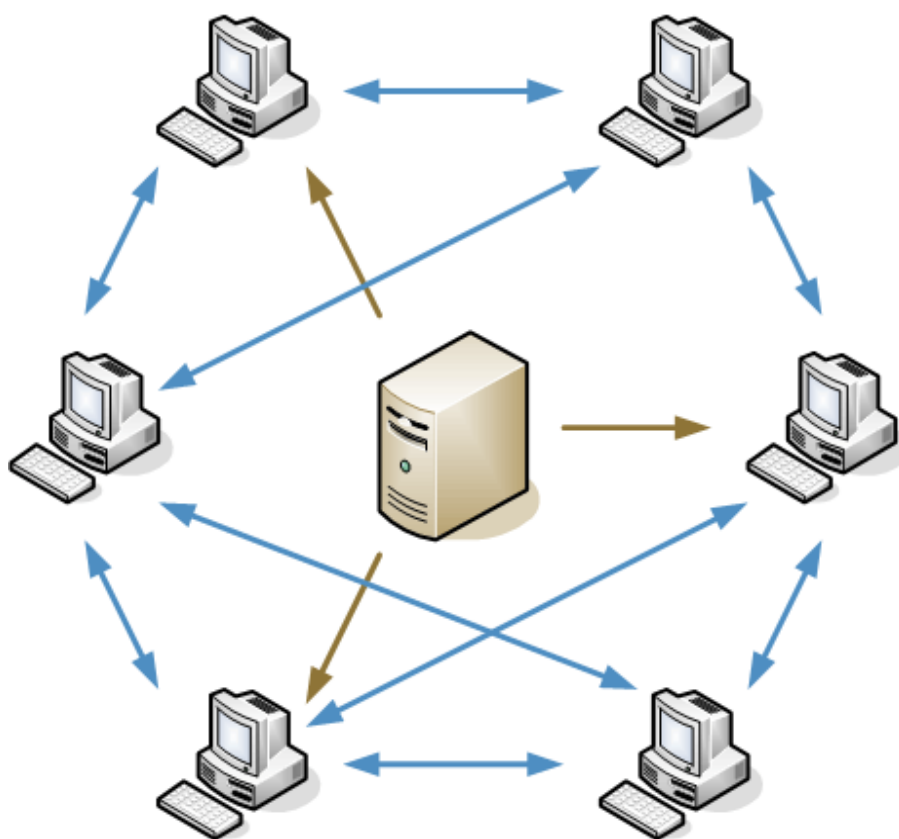
¹⁴³³ V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 315.

¹⁴³⁴ H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1159.

¹⁴³⁵ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 163.

¹⁴³⁶ K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008, p. 811.

Le droit du cyberspace peut être représenté sous les traits d'un réseau informatique autonome :



Tel paraît être le visage du droit à l'heure de la postmodernité. L'unité centrale figure l'État, vieillissante pyramide composée d'une Constitution, de lois et de règlements. Bien qu'il conserve une brîbe d'influence sur certains des acteurs privés qui l'entourent (figurés au moyen des ordinateurs individuels), nombre de ces derniers préfèrent s'en départir et tisser une toile de relations juridiques indépendantes (les flèches bleues), entourant le droit étatique positif d'une ribambelle de normes privées autonomes. Le droit de l'internet est à l'image de l'internet : un droit « en réseau ». Telle était la conclusion à laquelle j'étais parvenu dans mon premier ouvrage, il y a désormais quelques années. Je plaçais alors « Pour une conception pragmatique du droit »¹⁴³⁷, mais il s'agissait seulement d'une intuition et je ne m'étais encore intéressé ni à la philosophie pragmatiste ni aux propositions les plus contemporaines des théoriciens du droit. C'est cette intuition que j'ai

¹⁴³⁷ *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

par la suite tenté d'approfondir, jusqu'à l'écriture de ce mémoire. Quant au constat d'un État n'ayant plus la mainmise sur la production et la validation juridiques, je l'ai précisé dans ma thèse de doctorat en m'appuyant sur l'exemple du droit de la communication par internet.

Dans les sociétés occidentales modernes, l'État était la base et la clef de voûte du droit ; il en avait la maîtrise, si ce n'est le monopole. Le droit postmoderne rompt avec ce portrait : l'État est toujours un acteur du droit, mais il n'en est plus le cœur. Certainement l'ambition de l'État est-elle de faire en sorte que les institutions publiques occupent effectivement une place centrale dans le monde juridique, que la médiation étatique demeure incontournable. Mais le droit semble vouloir suivre un autre chemin. Aux penseurs du droit de lui en donner ou non les moyens théoriques.

L'histoire de la pensée humaine montre que la science, et donc également la science du droit, se libère toujours de l'état de dépendance dans lequel le pouvoir tente continuellement de la maintenir. [...] Dans la lutte incessante du pouvoir contre la pensée, [...] la victoire du pouvoir n'est jamais définitive ; la pensée résiste jusqu'à atteindre à nouveau ce qui seul correspond à sa nature propre, à savoir la liberté.

H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953),
Dr. et société 1992, p. 567-568

Bibliographie sur la pensée contemporaine du droit

- ABÉLÈS M., *Penser au-delà de l'État*, Belin, 2014
- AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007
- ALBERSTEIN M., *Pragmatism and Law – From Philosophy to Dispute Resolution*, Routledge, 2002
- ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2005
- AMBLARD Ph., *Régulation de l'internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant, coll. Cahiers du CRID, 2004
- AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du Droit*, LGDJ, 1964
- AMSELEK P., *Chemineurs philosophiques – Dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. Le temps des idées, 2012
- AMSELEK P., dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994
- AMSELEK P., « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Arch. phil. droit* 1979, p. 297 s.
- AMSELEK P., « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 13 s.
- AMSELEK P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, p. 557 s.
- AMSELEK P., GREGORCZYK Ch., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Puf, coll. Questions, 2000
- ANCEL P., « Le droit *in vivo* ou le plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 13 s.
- ANDREW C., CARDINAL L., dir., *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001
- ARCHIBUGI D., *La démocratie cosmopolitique : sur la voie d'une démocratie mondiale*, Les Éditions du Cerf, 2009
- Arch. phil. droit* 1965, « Philosophes d'aujourd'hui en présence du droit »
- Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit »
- Arch. phil. droit* 2003, « La mondialisation entre illusion et utopie »
- Arch. phil. droit* 2013, « L'entreprise multinationale dans tous ses États »

- ARDISSON D., « Observations sur la recherche, l'enseignement et les pratiques du droit », *Dr. et Société* 1993, p. 143 s.
- ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003
- ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 1998
- ARNAUD A.-J., « Le Droit, un ensemble peu convivial » *Dr. et société* 1989, p. 81 s.
- ARNAUD A.-J., « Les juristes face à la société – 1975, 1993 », *Dr. et société* 1993, p. 525 s.
- ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation – Quelques observations critiques », *Dr. et société* 1997, p. 11 s.
- ARNAUD A.-J., « Regards croisés sur la notion de droit en contexte », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 45 s.
- ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation – Quelques observations critiques », *Dr. et société* 1997, p. 11 s.
- ARNAUD A.-J., « Le droit comme produit », *Dr. et société* 1994, p. 293 s.
- ARNAUD A.-J., « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », *Dr. et société* 1992, p. 17 s.
- ARNAUD A.-J., « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 45 s.
- ARNAUD A.-J., « Droit et société – Un carrefour interdisciplinaire », *RIEJ* 1988, n° 21, p. 7 s.
- ARNAUD A.-J., FARINAS DULCE M. J., *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, 1998
- Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009
- ASEEVA A., « La production à la chaîne du savoir juridique », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 277 s.
- ATIAS Ch., *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002
- ATIAS Ch., *Devenir juriste – Le sens du droit*, 2e éd., LexisNexis, coll. Carré droit, 2014
- ATIAS Ch., « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », *D.* 1997, p. 44 s.
- ATIAS Ch., « Des réponses sans questions : 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique) », *D.* 1998, p. 406 s.
- AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010
- AUDREN F., HALPÉRIN J.-L., *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIXe-XXe siècles*, CNRS Éditions, 2013
- BADIE B., *La fin des territoires*, Fayard, 1995
- BADIE B., *Un monde sans souveraineté – Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, coll. L'espace du politique, 1999
- BADIE B., *L'impuissance de la puissance – Essai sur les nouvelles relations internationales*, Fayard, 2004

- BAILLEUX A., DUMONT H., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessible aux juristes », *Dr. et société* 2010, p. 275 s.
- BAILLEUX A., OST F., « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 25 s.
- BANAKAR R., TRAVERS M., *Law and Social Theory*, 2e éd., Hart Publishing, 2013
- BARTENSTEIN K., LANDHEER-CIESLAK Ch., « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 83 s.
- BAUCHET P., *Régulation et mondialisation, le modèle américain revu par l'Europe*, L'Harmattan, 2007
- BAYART J.-F., *Le gouvernement du monde – Une critique politique de la globalisation*, Grasset, 2004
- BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon ? Pour une reconnaissance pleine et entière de la liberté académique*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2010
- BEAUD O., « Doctrine », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- BEAUD O., LIBCHABER R., « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », *JCP G* 2014, doct. 1264
- BEAULANDE-BARRAUD V., CLAUSTRE J., MARMURSZTEJN E., *La fabrique de la norme – Lieux et modes de production des normes au moyen-âge et à l'époque moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2012
- BECK U., *Pouvoirs et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Flammarion, 2003
- BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011
- BELLEY J.-G., ISSALYS P., dir., *Aux frontières du juridique – Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Presses de l'Université Laval, 1993
- BELLEY J.-G., dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1996
- BELLEY J.-G., « Une métaphore chimique pour le droit », in BELLEY J.-G., dir., *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1993, p. 7 s.
- BELLI L., *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, Berger-Levrault, coll. Au fil des études, 2016
- BEN ACHOUR R., LAGHMANI S., dir., *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Pedone, 2002
- BENHAMOU B., *Souveraineté et réseaux numériques*, Armand Colin, 2006
- BÉNICHOT J.-C., MORAND-DEVILLER J., dir., *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques – L'exemple du droit de l'environnement*, IRJS éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010
- BENYEKHFLEF K. et alii, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008
- BENYEKHFLEF K., dir., *Vers un droit global ?*, Thémis, 2016
- BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005

- BERGEL J.-L., « Le processus des concepts émergents », in LE DOLLEY E., dir., *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 439 s.
- BERGEL J.-L., « Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique », *RRJ* 1996, p. 1075 s.
- BERLEUR J., LAZARO Ch., QUEECK R., dir., *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2002
- BERNARD A., POIRMEUR Y., dir., *La doctrine juridique*, Puf, 1993
- BERTHOUD A., SERVERIN É., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000
- BLACK D., *Sociological Jurisprudence*, Oxford University Press, 1990
- BLANDIN A., *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant, 2016
- BOISSON DE CHAZOURNES L., MEHDI R., dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant, 2005
- BOITEAU C., « Recherches et sources du droit », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 275 s.
- BONELLI L., PELLETIER W., *L'État démantelé – Enquête sur une révolution silencieuse*, La découverte, 2012
- BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, 2013
- BONNET B., dir., *Traité des rapports entre ordres juridiques – Bilan, enjeux, perspectives*, LGDJ, 2016
- BOULAD-AYOUD J., MELKEVIK B., ROBERT P., dir., *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan, 1996
- BOURCIER D., « À propos des fondements épistémologiques d'une science du droit », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 69 s.
- BOURDIEU P., « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in CHAZEL F., COMMAILLE J., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991
- BOURJOL M. et alii, *Pour une critique du droit*, Maspero-Presses universitaires de Grenoble, 1978
- BOY L., RACINE J.-B., SUEUR J.-J., dir., *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011
- BOYER R., DRACHE D., dir., *States against Markets – The Limits of Globalization*, Routledge, 1996
- BOYER R., SAILLARD Y., dir., *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, La découverte, coll. Recherches, 2002
- BRETON A., TREBILCOCK E., dir., *Le bijuralisme – Une approche économique*, Eska, 2007
- BRETON A., DES ORMEAUX A., PISTOR K., SALMON P., dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010
- BRINT M., WEAVER W., dir., *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, 1991
- BROOKS P., GEWIRTZ P., *Law's Stories – Narrative and Rhetoric in Law*, Yale University Press, 1996
- BROUSSEAU E., MARZOUKI M., MEADEL C., dir., *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012

- BRUN Ph., « Les habitudes de penser », in DISSAUX N., GUENZOU Y., dir., *Les habitudes du droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015
- BRUN Ph., « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 73 s.
- BUHLER P., *La puissance au XXI^{ème} siècle – Les nouvelles définitions du monde*, CNRS Éditions, 2011
- BUHLER P., COOPER R., HEISBOURG F. et alii, *L'Europe et la puissance*, Cultures France, 2008
- BURGIN N., dir., *Fractures de l'État-nation*, Kimé, 1994
- BUREAU D., MOLFESSIS N., « L'asphyxie doctrinale », in *Mélanges Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 47 s.
- Cahiers du Conseil constitutionnel* 2006, « La normativité », n° 21
- CAILLÉ A., DUFOIX S., dir., *Le tournant global des sciences sociales*, La découverte, 2013
- CAILLOSSE J., « Une approche “tranquillisante” de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier », *Droits* 2004, n° 39, p. 121 s.
- CALAFAT G., FOSSIER A., THÉVENIN P., « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés* 2014, n° 27, p. 7 s.
- CAMILLERI J. A., FALK J., *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, E. Elgar, 1992
- CANET R., DUCHASTEL J., dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2005
- CAPELLER W., SIMOULIN V., « La gouvernance : du programme de recherche à la transdisciplinarité », *Dr. et société* 2003, p. 301 s.
- CAPONE A., POGGI F., dir., *Pragmatics and Law – Practical and Theoretical Perspectives*, Springer, 2016
- CARBONNIER J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8e éd., LGDJ, 1995
- CARDON D., *La démocratie Internet, promesses et limites*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2010
- CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD Ph., HACHEZ I., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthemis (Bruxelles), 2013
- CARTUYVELS Y., OST F., *Crise du lien social et crise du temps juridique – Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ?*, Fondation Roi Baudoin, coll. Citoyen, droit et société, 1998
- CARTY A., dir., *Post-Modern Law*, Edinburg University Press, 1990
- CARTY A., « Présentation – Le siècle des lumières, la Révolution et la mort de l'Homme – Une approche post-moderne du droit », *Dr. et société* 1989, p. 311 s.
- CARTY A., « Du postmodernisme en théorie et en sociologie du droit, ou Rousseau et Durkheim lus par Baudrillard », *Dr. et société* 1989, p. 371 s.
- CASSESE S., *Au-delà de l'État*, Bruylant, 2011
- CAYE P., « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* 1999, p. 225 s.

- CAYLA O., « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », in ROUSSEAU D., dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 37 s.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2014
- CHAUVIER S., *Justice et droits à l'échelle globale*, Vrin-EHESS, 2006
- CHAZAL J.-P., « Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 85 s.
- CHAZEL F., COMMAILLE J., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991
- CHEMILLIER-GENDREAU M., MOULIER-BOUTANG Y., dir., *Le droit dans la mondialisation*, Puf, coll. Actuel Marx-confrontations, 2001
- CHÉROT J.-Y., « Usages de l'évaluation de la recherche et pilotage du secteur public académique – Enjeux pour la recherche en droit », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 239 s.
- CHÉROT J.-Y., « Concept de droit et globalisation », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 3 s.
- CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012
- CHEVALLIER J., dir., *La société civile*, Puf, 1986
- CHEVALLIER J., dir., *La gouvernabilité*, Puf, 1996
- CHEVALLIER J., dir., *Désordre(s)*, Puf, 1997
- CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société* 2002, p. 103 s.
- CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Dr. et société* 2001, p. 827 s.
- CHEVALLIER J., « La fin des écoles ? », *RDP* 1997, p. 679 s.
- CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659 s.
- CHEVALLIER J., « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits* 2004, n° 39, p. 107 s.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008
- CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 31 s.
- CHICHE N., *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014
- CHOURAQUI A., « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », in CHAZEL F., COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 285 s.
- CHOURAQUI A., « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Dr. et société* 1989, p. 415 s.
- CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998

- COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, 2e éd., Puf, coll. Quadrige - Essais débats, 2007
- COLEMAN J. L., *The Practice of Principle – In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003
- COLONNA D'ISTRIA F., « Le concept méthodologique de la recherche juridique », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 139 s.
- COMMAILLE J., JOBERT B., dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, 1998
- COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991
- COMMAILLE J., « Nouvelles économies de la légalité, nouvelles formes de justice, nouveau régime de connaissance – L'anthropologie du droit avait-elle raison ? », in *La quête anthropologique du droit – Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Karthala, 2006, p. 351 s.
- COMMAILLE J., « Les nouveaux enjeux épistémologiques de la mise en contexte du droit », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 62 s.
- Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les mutations de l'État-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle*, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. Science et technique de la démocratie, 1999
- Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008
- Conseil d'État, *Le droit souple*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2013
- Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014
- COOPER R., *The breaking of Nations – Order and chaos in the twenty-first century*, Atlantic Monthly Press, 2003
- CORNU G., « Aperçu de la pensée juridique française contemporaine », *Annales de l'Université de Poitiers* 1960, n° 1
- CORTEN O., « Le “droit en contexte” est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 70 s.
- COTTER Th. F., « Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement », *Georgetown Law Journal* 1996, p. 2071 s.
- COTTERRELL R. B., *The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 2e éd., University of Pennsylvania Press, 1994
- CRÉPEAU F., dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, 1997
- CROZIER M., *État modeste, État moderne : stratégies pour un autre changement*, 3e éd., Fayard, 1997
- CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989
- CZEMPIEL E.-O., ROSENAU J. N., dir., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992
- DANCY J., dir., *Normativity*, Blackwell, 2000
- DANILENKO G. M., *Law-making in the International Community*, Nijhoff, 1993

- DE BECHILLON D., dir., *Les défis de la complexité – Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, L'Harmattan, 1994
- DE BÉCHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in BERTHOUD A., SERVERIN É., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 47 s.
- DE BISSY A., « Le pragmatisme juridique au service de la rigueur scientifique », in *Mélanges Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015
- DEBLOCK Ch., DELAS O., dir., *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruylant, 2003
- DECOCQ A., « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 149 s.
- DECOUFLÉ A.-C., « Champ et méthodes d'une prospective du droit des affaires », in A. Sayag, dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, 1984
- DEFFAINS B., « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 85 s.
- DEFFAINS B., FERÉY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, p. 223 s.
- DE LAMBERTIE I., « Réflexions sur la recherche en sciences du droit », *Droits* 1994, n° 20, p. 159 s.
- DE LANGE R., RAES K., dir., *Plural Legalities – Critical Studies in Europe*, Ars Aequi Libri, 1991
- DE LA PRADELLE G., VAISSE S., « Estimer la doctrine : l'art... et la manière », *RTD civ.* 1996, p. 313 s.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994
- DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit – Le pluralisme ordonné*, Le Seuil, coll. La Couleur des idées, 2006
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit – La refondation des pouvoirs*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2007
- DELMAS-MARTY M., « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 89 s.
- DELMAS-MARTY M., « Post-scriptum sur les forces imaginantes », in THIBIERGE C., dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 847 s.
- DELMAS-MARTY M., « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43 s.
- DELMAS-MARTY M., « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s.
- DELMAS-MARTY M., COSTE J.-F., « L'imprécis et l'incertain – Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », in BOURCIER D., MACKAY P., dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 109 s.
- DELPLANQUE M., *Gouvernance globale, gouvernement du monde*, Bénévent, coll. Libelli, 2004

- DEMUIJNCK G., VERCAUTEREN P., dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009
- DE MUNCK J., VERHOEVEN M., dir., *Les mutations du rapport à la norme – Un changement dans la modernité ?*, De Boeck, 1997
- DE SOUSA SANTOS B., *Law and Globalization from Below*, Cambridge University Press, 2005
- DE SOUSA SANTOS B., *Vers un nouveau sens commun juridique – Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, trad. N. Gonzales Lajoie, LGDJ, 2004
- DE SOUSA SANTOS B., « The Post-Modern Transition: Law and Politics », in SARAT A., KEARNS T. R., dir., *The Fate of Law*, University of Michigan Press, 1991
- DE SOUSA SANTOS B., « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, n° 10, p. 379 s.
- DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, 2002
- DEUMIER P., « Les autorités des doctrines », in FOYER J., LEBRETON G., PUIGELIER C., dir., *L'autorité*, Puf, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2008, p. 291 s.
- DEZALAY Y., *Marchands de droit – La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992
- DIEBOLT S., « La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate », *Dr. et société* 2000, p. 485 s.
- DIEUX X. et alii, *L'autorégulation*, Bruylant, 1995
- DISSAUX N., GUENZOU Y., dir., *Les habitudes du droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015
- DISTEFANO G., *L'ordre international entre légalité et effectivité – Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, 2002
- DOAT M., LE GOFF J., PÉDROT P., dir., *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, 2007
- DOGOT D., VAN WAEYENBERGE A., « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 251 s.
- DONDERO B., *Droit 2.0 – Apprendre et pratiquer le droit au XXIe s.*, LGDJ, coll. Forum, 2016
- DORE I. I., « L'influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis », *Arch. phil. droit* 2005, p. 368 s.
- DRAGO G., « Une ambition pour la recherche dans les domaines du droit et de la justice », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 34 s.
- Droit et société* 2013, n° 83, « Les enjeux contemporains de la formation juridique »
- Droit et société* 2011, n° 77, « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi »
- Droit et société* 2010, n° 75, « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes »
- Droit et société* 2005, n° 60, « Savoirs académiques, savoirs pour l'action ? »
- Droit et société* 2003, n° 54, « La gouvernance : une approche transdisciplinaire »
- Droit et société* 1997, n° 35, « Globalisation des échanges et espaces juridiques »

- Droit et société* 1992, n° 20, « Une science sociale pour la pratique juridique ? »
- Droit et société* 1988, n° 10, « Pratiques de recherche, questions théoriques et problèmes épistémologiques sur le droit et la société »
- Droits* 1994, n° 20, « Doctrine et recherche en droits »
- DUPRÉ DE BOULOIS X., KALUSZYNSKI M., dir., *Le droit en révolution(s) – Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. Droit et société, 2011
- DUPRET B., *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, coll. Cursus, 2006
- DUPRET B., « Droit et sciences sociales – Pour une respecification praxéologique », *Dr. et société* 2010, p. 315 s.
- DURES F. E., *Resolving Public Conflict, Transforming Community and Governance*, Manchester University Press, 1996
- DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Puf, coll. Léviathan, 1995
- DWORKIN R., *L'empire du droit*, Puf, 1994
- DWORKIN R., « Le positivisme », *Dr. et société* 1985, p. 35 s.
- EBERHARD Ch., *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2006
- EBERWEIN W. D., SCHEMEIL Y., dir., *Normer le monde*, L'Harmattan, 2009
- ECKERT G., KOVAR J.-Ph., dir., *L'interrégulation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015
- EDELMAN B., « Le droit, les “vraies” sciences et les “fausses” sciences », *Arch. phil. droit* 1991, p. 55 s.
- FALCON Y TELLA M.-J., *A Three-Dimensional Theory of Law*, trad. H. Shneider, Martinus Nijhoff Publishers, 2010
- FALCON Y TELLA M.-J., « La tridimensionalidad y el problema de la validez del derecho », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1989-1990, p. 91 s.
- FALCON Y TELLA M.-J., « Valeurs, normes et faits dans le droit », *RIEJ* 2004, n° 53, p. 133 s.
- FARBER D., « Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century », *University of Illinois Law Review* 1995, p. 163 s.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., VIDAL-NAQUET A., dir., *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012
- FATIN-ROUGE STEFANINI M., dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010
- FAVRE J., « La pensée juridique est-elle nécessairement une pensée de l'État ? », in ROUSSEAU D., dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 97 s.
- FERRARI G., « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », *Dr. et société* 1991, p. 91 s.
- FESLER D., SIMONART V., STEENBERGEN J., *L'autorégulation*, Bruylant, 1995
- FESTENSTEIN F., *Pragmatism and Political Theory*, Cambridge University Press, 1997
- FITZPATRICK P., *The Mythology of Modern Law*, Routledge, 1992
- FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015

- FOBLETS M.-C., « RIEJ, désormais plate-forme pour l'analyse contextuelle du droit ? Attention aux cures de jouvence qui rétrécissent le champ de vue ! », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 84 s.
- FONTAINE L., *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso éditions, coll. Forum, 2012
- FONTAINE L., dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2007
- FRANK J., « Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey and Co. v. Aristotle: I », *Notre Dame Lawyer* 1950, p. 207 s.
- FRANK J., « Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey and Co. v. Aristotle: II », *Notre Dame Lawyer* 1950, p. 460 s.
- FRANGES J., LEVACIC R., MITCHELL J., THOMPSON G., dir., *Markets, Hierarchies and Networks – The Coordination of Social Life*, Sage, 1991
- FREEDMAN D., « L'américanisation du droit français par la vie économique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 207 s.
- FREGA R., *Les sources sociales de la normativité*, Vrin, 2013
- FREGA R., *Practice, Judgment, and the Challenged of Moral and Political Disagreement – A pragmatist Account*, Lexington, 2012
- FRISON-ROCHE M.-A. et alii, *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Puf-Dalloz-Juris-classeur, 1999
- FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, Presses de Science-Po, coll. Droit et économie de la régulation, 2004
- FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2011
- FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016
- FRYDMAN B., LEWKOWICZ G., dir., *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Académie Royale de Belgique, 2015
- FRYDMAN B., *Petit manuel pratique de droit global*, Éditions de l'Académie royale de Belgique, 2014
- FRYDMAN B., VAN WAEYENBERGE A., dir., *Gouverner par les standards et les indicateurs – De Hume aux rankings*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2014
- FRYDMAN B., *Le sens des lois*, LGDJ-Bruylant, 2005
- FRYDMAN B., *Les transformations du droit moderne*, Story- Scientia-Fondation Roi Baudoin, coll. À la rencontre du droit, 1999
- FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 17 s.
- FRYDMAN B., « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux* 1996, p. 809 s.
- FRYDMAN B., « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux* 2000, n° 88-90, p. 67 s.
- FRYDMAN B., « Renouveau et avancée dans la définition du droit », *D.* 2014, p. 989 s.
- FRYDMAN B., « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 92 s.

- GAGNÉ G., « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », in BELLEY J.-G., ISSALYS P., dir., *Aux frontières du juridique – Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 221 s.
- GARCIA VILLEGAS M., « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis », *L'Année sociologique* 2009, n° 59, p. 29 s.
- GAUTIER P.-Y., « Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine) », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, p. 255 s.
- GAY L., « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., dir., *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 107 s.
- GENET J.-P., *L'État moderne – Genèse (bilans et perspectives)*, Éditions du CNRS, 1990
- GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000
- GESLIN A., « L'épistémologie des sciences du droit : un impensé de la recherche juridique ? », [en ligne] <triangle.ens-lyon.fr>, 2015
- GHERARI H., SZUREK S., dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003
- GLENN H. P., « Penser le plurijuridisme », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 25 s.
- GOBERT M., « Le temps de penser de la doctrine », *Droits* 1994, n° 20, p. 97 s.
- GOHIN O., « Recherches en droit vs recherches sur le droit », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 280 s.
- GOLDSMITH J.-C., « Esquisse d'un portrait du droit pour le prochain siècle », in *Dossier 2001*, 1980
- GOYARD-FABRE S., *Philosophie critique et raison juridique*, Puf, 2004
- GOYARD-FABRE S., *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, 2007
- GOYARD-FABRE S., *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999
- GOYARD-FABRE S., « Le droit et la société aujourd'hui », in CRDP, *Penser la justice*, CRDP Midi-Pyrénées, coll. Savoir et faire, 1998, p. 183 s.
- GRAZ J.-Ch., *La gouvernance de la mondialisation*, 4e éd., La découverte, coll. Repères, 2013
- GREY Th. C., *Formalism and Pragmatism in American Law*, Brill, 2014
- GROSDIDIER J., ISRAËL L., « John Dewey et l'expérience du droit – La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2014, n° 27, p. 163 s.
- GRZEGORCZYK Ch., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia, coll. La pensée juridique, 1993
- GUÉNAIRE M., *Le retour des États*, Grasset, 2013
- GURVITCH G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935
- GURVITCH G., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Vrin, 1932
- GUTMANN D., « La fonction sociale de la doctrine », *RTD civ.* 2002, p. 455 s.

- HAACK S., « The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism », *Ratio Juris* 2008, p. 453 s.
- HAACK S., « On Legal Pragmatism: Where Does the “Path of Law” Lead Us? », *The American Journal of Jurisprudence* 2005, vol. 50, p. 71 s.
- HABERMAS J., *Après l’État-nation, une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000
- HAKIM N., MELLERAY F., dir., *Le renouveau de la doctrine française – Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009
- HALPÉRIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009
- HECQUARD M., KRYNEN J., dir., *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, t. I : Bilans*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l’IFR, 2005
- HELD D., *Democracy and the Global Order: from Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, 1995
- HERTZFELD M., LENHART M., « Peirce as Catalyst in Modern Legal Science: Consequences », *Semiotics* 1982, p. 241 s.
- HIBOU B., dir., *La privatisation des États*, Karthala, 1999
- HILAIRE J., SAYAG A., dir., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, coll. Le droit des affaires, 1984
- HIRVONEN A., dir., *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press, 1998
- HO DINHA. M., *Les frontières de la science du droit – Essai sur la dynamique juridique*, LGDJ, coll. Thèses, 2018
- HOOK S., *Academic Freedom and Academic Anarchy*, Dell, 1969
- HORWITZ M. J., *The Transformation of American Law, 1870-1960 – The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992
- HUBBS G., LIND D., *Pragmatism, Law and Language*, Routledge, 2014
- HUNT A., *Explorations in Law and Society – Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge, 1993
- HUSSON L., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974
- JACOBSEN T. et alii, *Re-envisioning Sovereignty*, Ashgate (Farnham), 2008
- JACQUET P., PISANI-FERRY J., TUBIANA L., *Gouvernance mondiale*, La documentation française, 2002
- JAMES A., *Sovereign Statehood: The Basis of International Society*, Allen&Unwin (Londres), 1986
- JAMIN Ch., JESTAZ Ph., *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004
- JAMIN Ch., « Dix-neuf cents (crise et renouveau dans la culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- JAMIN Ch., « Les habitudes d’enseigner », in DISSAUX N., GUENZOU Y., dir., *Les habitudes du droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015
- JAMIN Ch., XIFARAS M., « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l’enseignement », *RIEJ* 2014, p. 107 s.

- JAMIN Ch., XIFARAS M., « Retour sur la “critique intellectuelle” des facultés de droit », *JCP G* 2015, p. 155 s.
- JANDA R., LAJOIE A., MACDONALD R. dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis/Bruylant, 1998
- JARVIS A. P., PAOLINI A. J., REUS-SMIT C., dir., *Between Sovereignty and Global Governance – The United Nations, the State and Civil Society*, 1998
- JEAMMAUD A., SERVERIN É., « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263 s.
- JEAMMAUD A., « Le droit au musée ? Les avocats du déclin », *Économie et humanisme* 1991, n° 318, p. 7 s.
- JEAMMAUD A., « L’interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in KIRAT T., SERVERIN É., dir., *Le droit dans l’action économique*, CNRS éditions, 2000, p. 221 s.
- JESSUP Ph., *Transnational Law*, Yale University Press, 1956
- JESTAZ Ph., « Déclin de la doctrine ? », *Droits* 1994, n° 20, p. 93 s.
- JESTAZ Ph., « Qu’est-ce qu’un résultat en droit ? », in *Mélanges Philippe Malinvaud*, LexisNexis-Litec, 2006
- JESTAZ Ph., « Le beau droit », *Arch. phil. dr.* 1995, p. 14 s.
- KAHN P. W., *The Cultural Study of Law – Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999
- KALINOWSKI G., « Une théorie de la dogmatique juridique », *Arch. phil. droit* 1970, p. 407 s.
- KALUSZYNSKI M., « Le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et Société* 2010
- KATSH E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995
- KENNEDY D., *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997
- KENNEDY D., « A Semiotics of Critique », *Cardozo Law Review* 2001
- KENNEDY D., « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK D., SANTOS A., dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, p. 19 s.
- KENNEDY W. B., « Pragmatism as a Philosophy of Law », *Marquette Law Review* 1925, n° 9
- KEOWN R., « Mathematical Models for Legal Prediction », *Computer LJ* 1980, p. 829 s.
- KESSEDIAN C., LOQUIN É., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, coll. Les travaux du CREDIMI, 2000
- KEVELSON R., *Peirce and Law – Issues in Pragmatism, Legal Realism and Semiotics*, Peter Lang Publishing, 1991
- KIRAT Th., « Le pragmatisme, l’économie et l’intelligence des règles juridiques : leçons de la méthode institutionnaliste de J. R. Commons », *RIEJ* 2001, n° 47
- KLEINHANS M.-M., MACDONALD R. A., « What is a Critical Legal Pluralism », *Revue Canadienne Droit et Société* 1997, n° 12, p. 25 s.

- KOURILSKY-AUGEVEN Ch., *Socialisation juridique et conscience du droit – Attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, LGDJ, 1997
- LACROIX B., « Transformations du champ juridique et crise dans les représentations savantes du droit », in ROUSSEAU D., dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 27 s.
- LAÏDI Z., *La norme sans la force – L'énigme de la puissance européenne*, Presses de Sciences Po, 2008
- Lajoie A., Macdonald R. A., Janda R., Rocher G., dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant-Thémis, 1998
- LANNEAU R., « L'interdisciplinarité comme questionnement – Penser et dépasser les limites des approches juridiques traditionnelles », *RRJ* 2014, p. 557 s.
- LAPIERRE J.-W., *Vivre sans État ? Essais sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Le Seuil, 1977
- LASSERRE V., *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015
- LAWLOR R. C., « What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions », *American Bar Association Journal* 1963, p. 337 s.
- LEBEN Ch., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000
- LECA A., *Les métamorphoses du droit français – Histoire d'un système juridique des origines au XXIe siècle*, LexisNexis, 2011
- Le Courrier du CNRS* 1990, n° 75, « Les sciences du droit – Les terrains nouveaux de la recherche juridique »
- LEFEBVRE M., *Le jeu du droit et de la puissance : précis de relations internationales*, Puf, 2000
- LENOBLE J., MAESSCHALCK M., « L'action des normes – Éléments pour une théorie de la gouvernance », *La revue de droit* 2009
- LEROUX N., *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales*, Bruylant-Yvon Blais, 2009
- LE ROY É., *Le jeu des lois – Une anthropologie « dynamique » du droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1999
- LE ROY E., « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE A., MACDONALD R. A., JANDA R., ROCHER G., dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant-Thémis, 1998, p. 29 s.
- LHUILIER G., *Le droit transnational*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2016
- LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013
- LIBCHABER R., « Réflexions sur le “désordre juridique français” », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s.
- LIBCHABER R., « Une transformation des missions de la doctrine », *RTD civ.* 2002, p. 608 s.
- LIPSON L., WHEELER S., dir., *Law and the Social Sciences*, Russell Sage Foundation, 1986

- LIVET P., « Temps de la loi, rythme des révisions et théorie des jeux », in GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 93 s.
- LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989, p. 253 s.
- LOQUIN É., KESSEDJIAN C., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000
- MAC CORMICK N., *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999
- MAGNON X., « En quoi le positivisme — normativisme — est-il diabolique ? », *RTD civ.* 2009, p. 269 s.
- MAÏA J., « L' "efficacité du droit" et les nouvelles technologies », *Arch. phil. droit* 2011, p. 7 s.
- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2006
- MAIRET G., *Le principe de souveraineté – Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, 1997
- MAISSANI P., WIENER F., « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *Dr. et Société* 1994, p. 443 s.
- MALAURIE Ph., « La pensée juridique du droit au XXe siècle », *JCP G* 2001, n° 283
- MALENGU B., *L'État-nation à l'épreuve de la mondialisation – Edgar Morin et Jürgen Habermas, deux penseurs de l'option post-nationale*, Academia, 2012
- MALLOY R. P., *Law and Market Economy – Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000
- MANDERSON D., *Songs without Music – Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, 2000
- MARTENS P., *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2003
- MENDENHALL A., WENDELL HOLMES O., *Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon – Aesthetic Dissent and the Common Law*, Bucknell University Press, 2016
- MERCURO N., MEDEMA S. G., *Economics and the Law – From Posner to PostModernism*, Princeton University Press, 1997
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1982
- MIAILLE M., dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995
- MICHAUT F., « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- MICHAUT F., « Vers une conception postmoderne du droit – La notion de droit chez Ronald Dworkin », *Droits* 1990, n° 11, p. 107 s.
- MICHEL P., « La recherche juridique au CNRS – État des lieux et perspectives », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 52 s.
- MILANI C., « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Dr. et société* 2000, p. 425 s.

- MILLARD É., « Rendre compte du droit dans un contexte de globalisation », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 49 s.
- MILLARD É., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *RRJ* 2008, p. 2523 s.
- MINCKE Ch., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998, n° 40
- MITCHEL DE S.-O., « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », *Arch. phil. droit* 2001, p. 137 s.
- MOCKLE D., dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, 2002
- MOCKLE D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, 2008
- MOLFESSIS N., « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges François Terré*, Dalloz-Puf-Jurisclasseur, 1999, p. 141 s.
- MOLFESSIS N., « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTD civ.* 2003, p. 161 s.
- MOOR P., *Pour une théorie micropolitique du droit*, Puf, coll. Les voies du droit, 2005
- MORALES A., dir., *Renascent Pragmatism – Studies in Law and Social Science*, Ashgate, 2003
- MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, coll. Droit international, 2001
- MORAND Ch.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999
- MORAND Ch.-A., « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, coll. Droit international, 2001, p. 81 s.
- MORAND Ch.-A., « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 615 s.
- MOREAU DEFARGES Ph., *L'ordre mondial*, Armand Colin, 2000
- MOREAU-DEFARGES Ph., *La Gouvernance*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2003
- MORET-BAILLY J., « Analyse pragmatiste des rapports entre systèmes : droit de l'Union européenne et Constitution française », in BONNET B., dir., *Traité des rapports entre ordres juridiques – Bilan, enjeux, perspectives*, LGDJ, 2016, p. 1081 s.
- MORET-BAILLY J., « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* 2013, n° 55, p. 177 s.
- MOULY C., « Crise des introductions au droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 99 s.
- MUELLER M. L., *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press, 2010
- MUIR WATT H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in DEFFAINS B., dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37 s.
- NADER L., *The Life of the Law – Anthropological Projects*, University of California Press, 2002
- NADER L., *Law in Culture and Society*, University of California Press, 1997
- NAGEL S. S., « Applying Correlation Analysis to Case Prediction », *Texas Law Review* 1964, p. 1006 s.

- NEMO Ph., *La société de droit selon F. A. Hayek*, Puf, 1988
- NYE J., *The Future of Power*, Public Affairs, 2011
- OGUS A. I., « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, p. 393 s.
- OPPETIT B., *Droit et modernité*, Puf, coll. Doctrine juridique, 1998
- OPPETIT B., « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 9 s.
- OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992
- OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999
- OST F., « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours à l'état de nature », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 5 s.
- OST F., « Jupiter, Hercule ou Hermès : quel modèle pour un droit postmoderne ? », *Journal des Procès* 1990, n° 179-180
- OST F., « Pour une théorie ludique du droit », *Dr. et société* 1992, p. 93 s.
- OST F., « L'accélération du temps juridique », in GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *L'accélération du temps juridique*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 7 s.
- OST F., « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 99 s.
- OST F., « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in BELLOUBET-FIER N., CLAISSE A., TIMSIT G., dir., *Les administrations qui changent : innovations techniques ou nouvelles logiques ?*, Puf, 1996, p. 73 s.
- OST F., « Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Arch. phil. droit* 1986, p. 133 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Puf, 1992
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Puf, 1988
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la scène au balcon – D'où vient la science du droit ? », in CHAZEL F., COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 67 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Arch. phil. droit* 1988, p. 199 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? », *Dr. et société* 1991, p. 173 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « Pluralisme temporel et changement », in *Mélanges François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 387 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ* 2000, n° 44, p. 1 s.

- OST F., VAN HOECKE M., dir., *Temps et Droit – Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998
- OSTROM E., *La gouvernance des biens communs*, De Boeck, 2010
- PAPAUX A., *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, LGDJ-Bruylant, coll. *Quid iuris ?*, 2006
- PAPAUX A., « De quelle scientificité parle-t-on en droit ? », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. *Penser le droit*, 2015, p. 59 s.
- PARIENTE-BUTTERLIN I., *Le droit, la norme et le réel*, Puf, coll. *Quadrige manuels philosophie*, 2005
- PAUL Ch., *Du droit et des libertés sur l'Internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000
- PAYE O., dir., *Que reste-t-il de l'État ? Érosion ou renaissance*, Bruylant, 2004
- PECH L., « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », in CANET R., DUCHASTEL J., dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2005
- PELLET A., PESCATORE P. et alii, *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008
- PERELMAN J., « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *RIEJ* 2014, n° 73, p. 133 s.
- PEREZ F. X., *Cooperative Sovereignty – From Independence to Interdependence in the Structure of International Law*, Kluwer Law International, 2000
- PERLAS N., *La société civile : le troisième pouvoir*, Yves Michel, coll. *Société*, 2003
- PETERSEN H., ZAHLE H., dir., *Legal Polycentricity – Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, 1995
- PETEV V., « Réflexion sur la postmodernité et les limites du législateur », in MORAND Ch.-A., dir., *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 299 s.
- PETRUKHIN I. L., « La norme de droit optimale et son application efficace », in Association de sociologie franco-soviétique, *La création du droit – Aspects sociaux*, Éditions du CNRS, coll. *Travaux de l'institut de recherches juridiques comparatives*, 1981, p. 279 s.
- PICHONNAZ P., « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 130 s.
- PICQ J., *Histoire et droit des États – La souveraineté dans le temps et l'espace européen*, Presses de Sciences Po, 2005
- PIERET J., « Droit, contexte et changement social dans la théorie des systèmes sociaux », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 139 s.
- PONTHOREAU M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20 s.
- POPELIER P., « Le droit constitutionnel en contexte », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 149 s.
- POPPEL J., *A Pragmatic Legal Expert System*, Ashgate, 1996
- POSNER E., *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, 2009
- POSNER E., *Law and Social Norms*, Cambridge University Press, 2000

- POSNER R., *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, 6e éd., Aspen Publishers, 2003
- POSNER R., *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995
- POSNER R., « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1993, vol. 149, p. 73 s.
- POSNER R., « The Law and Economics Movement », *American Economic Review* 1987, vol. 77, p. 1 s.
- POSNER R., « Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution », *Case Western Reserve Law Review* 1986, n° 37, p. 179 s.
- POSNER R., « Wealth Maximization Revisited », *Notre Dame Journal of Law* 1985, p. 85 s.
- POSNER R., « Utilitarianism, Economics, and Social Theory », in *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981
- POUND R., « Law in Books and Law in Action », *American Law Review* 1910, vol. 44, p. 12 s.
- RAUCENT L., *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, 1975
- REALE M., « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 211 s.
- RENAUT A., « L'idée contemporaine du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 73 s.
- RESTREPO-AMARILES D., « Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism – An Introduction », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 2015
- Revue d'histoire des sciences humaines* 2001, « La science juridique entre politique et sciences humaines »
- RIEJ* 2014, n° 73, « Penser par cas »
- RIEJ* 2014, n° 72, « Enseigner le droit demain »
- RIEJ* 2013, n° 70, « Le droit en contexte »
- RIGAUX F., *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier, coll. Petites fugues, 2014
- RINGELHEIM J., « Droit, contexte et changement social », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 157 s.
- RORTY R., « What has Pragmatism to Offer Law? », in BRINT M., WEAVER W., dir., *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, 1991, p. 36 s.
- ROQUES-BONNET M.-Ch., *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010
- ROSS A., « La validité dépend de l'efficacité », in GRZEGORCZYK Ch., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia, coll. La pensée juridique, 1993, p. 323 s.
- ROTTLEUTHNER H., « Le concept sociologique de droit », *RIEJ* 1992, n° 29, p. 67 s.
- ROULAND N., *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, 1991
- ROUSSEAU D., dir., *Le Droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007
- ROUVIÈRE F., « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in FLÜCKIGER A., TANQUEREL Th., dir., *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2015, p. 117 s.

- ROUVIÈRE F., « La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 115 s.
- RUBINLICHT-PROUX A., « Penser le droit : la fabrique romanesque », *Dr. et société* 2001, p. 495 s.
- SALAH M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 2002
- SALAS D., « Le droit entre mondialisation et universalisme », *Revue des deux mondes* 2000
- SAMPFORD C., *The Disorder of Law*, Basil Blackwell, 1989
- SANDOZ Y., dir., *Quel droit international pour le XXI^e siècle ?*, Bruylant, 2007
- SANTOS A., TRUBEK D., dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006
- SASSEN S., *Losing Control – Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996
- SASSEN S., *Critique de l'État – Autorité et droits de l'époque médiévale à nos jours*, Démopolis, 2009
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui – L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dalloz, 1959
- SAVATIER R., « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in PERELMAN Ch., dir., *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 533 s.
- SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruylant, 2009
- SEGAL J. A., « Predicting Supreme Court Cases Probabilistically – The Search and Seizure Cases », *American Political Science Review* 1984, p. 891 s.
- Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, « De futurs juristes libres et responsables ! Manifeste pour la formation en droit », *RIEJ* 2016, n° 76, p. 169 s.
- SERVERIN É., « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ* 2007, n° 59, p. 73 s.
- SERVERIN É., « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Dr. et société* 2002, p. 59 s.
- SHAN W. et alii, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008
- SHERWIN R. K., *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, University of Chicago Press, 2000
- SIMON G., *Puissance publique sportive et ordre juridique étatique – Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1990
- SLAUGHTER A.-M., *A New World Order*, Princeton University Press, 2004
- Société française pour le droit international, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Pedone, 1994
- Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013
- SOLINIS G., dir., *Construire des gouvernances : entre citoyens, décideurs et scientifiques*, Peter Lang, 2005
- STRANGE S., *Le retrait de l'État – La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, Temps présent, 2011

- STROBEL P., « Déficit structurel de la recherche juridique », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 61 s.
- STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et de Posner », *Arch. phil. droit* 1992, p. 143 s.
- SUEUR J.-J., « La “main invisible” ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions », *RIDE* 2013, p. 491 s.
- SULLIVAN M., *Legal Pragmatism – Community, Rights, and Democracy*, Indiana University Press, 2007
- SUMMERS R., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, 1982
- SUPIOT A., *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005
- SUPIOT A., « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les Cahiers du droit* 2001, p. 595 s.
- SUPIOT A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.* 2013, p. 1421 s.
- SYNTEZ C., *Le constructivisme juridique – Essai sur l'épistémologie des juristes*, Mare et Martin, coll. Libre droit, 2014
- TAMANAH B. Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide – The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, 2009
- TAMANAH B. Z., *Realistic Socio-Legal Theory – Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press, 2000
- TAMANAH B. Z., « Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction », *American Journal of Jurisprudence* 1996, p. 315 s.
- TAMANAH B. Z., « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », *Oxford Journal of Legal Studies* 1995, p. 501 s.
- TERRÉ F., « La doctrine de la doctrine », in *Mélanges Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 59 s.
- TERRÉ F., « La recherche en droit », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 132 s.
- TERRÉ F., « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Rev. droit d'Assas* févr. 2011, p. 38 s.
- TERRÉ F., « Esprit juridique et esprit de système », *Arch. phil. droit* 2003, p. 357 s.
- TEUBNER G., *Global Law without a State*, Aldershot, 1997
- TEUBNER G., « After Legal Instrumentalism? Strategy Models of Post-Regulatory Law », in TEUBNER G., dir., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, 1986, p. 299 s.
- TEUBNER G., « Altera pars audiatur : le droit dans la collision des discours », *Dr. et société* 1997, p. 105 s.
- THIBIERGE C., « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s.
- THIREAU J.-L., « Le jurisconsulte », *Droits* 1994, n° 20, p. 24 s.
- THIRION N., « Des rapports entre droit et vérité selon Foucault : une illustration des interactions entre les pratiques juridiques et leur environnement », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 180 s.
- THUILLIER G., « Obsolescence des travaux juridiques », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

- THUILLIER G., « Penser par soi-même en droit », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- THUILLIER G., « Rêverie et droit », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- THUNIS X., « La recherche juridique à contretemps », in GÉRARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2000, p. 911 s.
- THUNIS X., « Libres propos sur les recherches en Faculté de droit », *RIEJ* 1995, n° 35, p. 121 s.
- TOUSCOZ J., dir., *Sociétés transnationales et nouvel ordre international*, Puf, 1978
- TOUZEIL-DIVINAM., *Dix mythes du droit public*, LGDJ, coll. Forum, 2019
- TREMBLAY L., « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », *RIEJ* 1999, n° 42, p. 13 s.
- TROPER M., « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in AMSELEK P., dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 315 s.
- TROPER M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1523 s.
- TRUFFIER J.-P., « Critique de la légitimité axiologique », in ROUSSEAU D., dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 169 s.
- TUNC A., « Le droit en miettes », *Arch. phil. droit* 1977, p. 31 s.
- TWINING W., *Globalization and Legal Theory*, Butterworths, 2000
- UNGER R. M., *Law in Modern Society*, The Free Press (New York), 1976
- USUNIER L., « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012, p. 575 s.
- VALENTIN V., *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, 2002
- VANDERLINDEN J., « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002, n° 49, p. 11 s.
- VAUCHEZ A., « Entre droit et sciences sociales – Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society », *Genèses* 2001, n° 45, p. 134 s.
- VIALA A., « La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir être ? », in ROUSSEAU D., dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 73 s.
- VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009
- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Puf, coll. Quadrige, 2013
- VINCENT P., « Les nouvelles caractéristiques du droit contemporain », in CIEDEL, *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2001, p. 59 s.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, LGDJ, 1960
- VOGEL L., *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Droit global, 2001

VOGLIOTTI M., « La bande de Möbius : un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit », *RIEJ* 1997, n° 38, p. 105 s.

VOGLIOTTI M., « La “rhapsodie” : fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine », *RIEJ* 2001, n° 46, p. 141 s.

VOGLIOTTI M., « L’urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne », *RIEJ* 2014, n° 72, p. 73 s.

VOGLIOTTI M., « Le “tourtant contextuel” dans la science juridique », *RIEJ* 2013, n° 70, p. 194 s.

WACHSMANN P., « Le kelsenisme est-il en crise ? », *Droits* 1986, n° 4, p. 56 s.

WINTGENS L., *Droit, principes et théories – Pour un positivisme critique*, Bruylant, 2000

XIFARAS M., dir., *Généalogie des savoirs juridiques contemporains – Le carrefour des lumières*, Bruylant, 2008

ZAORSKI J.-M., « Trois ans déjà : Autocritique et essai d’un bilan “prospectif” d’activité », *Revue de droit prospectif* 1978, n° 5, p. 1 s.

ZAORSKI J.-M., MEDUCIN D.-Y., « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *Revue de droit prospectif* 1976, n° 1, p. 7 s.

Table des matières

Volume I

Sommaire	9
Introduction générale	13
Livre I. Les théories pragmatiques du droit	33
Introduction	35
I. La théorie du droit	36
II. Le pragmatisme	39
III. La théorie du droit et le pragmatisme	42
Première partie. Les objets d'étude assignés par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit	47
Titre 1. Les enjeux des définitions pragmatiques du droit	49
Titre 2. Le contenu des définitions pragmatiques du droit	53
Chapitre 1. L'approche panjuridique	55
Chapitre 2. L'approche réaliste du droit	61
Chapitre 3. L'approche sociologique du droit	69
Chapitre 4. L'approche économique du droit	75
Seconde partie. Les moyens d'étude prescrits par les théories pragmatiques aux scientifiques du droit	81
Titre 1. Les enjeux des méthodes pragmatiques d'étude du droit	83
Titre 2. Le contenu des méthodes pragmatiques d'étude du droit	87
Chapitre 1. Droit vivant, droit en situation, droit en action	89

Chapitre 2. Expérimentations, enquêtes, études de cas	93
Chapitre 3. Liberté, critique, éclectisme	97
Chapitre 4. Interdisciplinarité, droit en contexte, sociologie du droit	99
Conclusion	103
Livre II. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité	107
Introduction	109
Première partie. La théorie syncrétique du droit (une recherche des propriétés du droit)	123
Titre 1. Les intentions de la théorie syncrétique : la méta-théorie scientifique du droit	127
Chapitre 1. Adosser la théorie du droit à la légitimité scientifique	129
Chapitre 2. Définir le droit en lexicographe	133
Chapitre 3. Procéder à une étude objective et empirique du concept de droit	137
Chapitre 4. Recenser les acceptions du droit revêtant une force doctrinale significative	145
Chapitre 5. Identifier le domaine du droit au domaine des règles de droit	149
Chapitre 6. Les limites du syncrétisme juridique	155
Titre 2. Les conclusions de la théorie syncrétique : la définition lexicographique du droit	161
Chapitre 1. La valeur juridique	163
1. <i>Une norme est juridique si elle est légitime sous un angle axiologique</i>	163
2. <i>La valeur juridique d'une norme se mesure subjectivement, du point de vue du for intérieur du chercheur, et est donc variable et relative</i>	164
Chapitre 2. La validité juridique	167
3. <i>Une norme est juridique si elle est valide formellement et matériellement à l'intérieur d'un ordre juridique</i>	167
a) La validité formelle	168
4. <i>Une norme est valide formellement si elle a été produite conformément aux normes procédurales en vigueur dans son ordre juridique</i>	168
b) La validité matérielle	170
5. <i>Une norme est valide matériellement si elle ne contredit pas les principes et valeurs antérieurs et supérieurs contenus dans son ordre juridique</i>	170

Chapitre 3. Les qualités nomo-juridiques	173
6. Une norme est juridique en elle-même, sans égard envers quelque donnée extérieure, si elle répond à quatre exigences particulières	173
a) Une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive	173
7. Une norme est juridique si elle constitue une norme de conduite, une norme de procédure ou une norme attributive	173
b) Une norme obligatoire	175
8. Une norme est juridique si elle est impérative, si elle prescrit	175
9. Une norme n'est pas juridique si elle est déclarative, incitative ou recommandatoire	177
c) Une norme générale	178
10. Une norme est juridique si elle est abstraite, impersonnelle et permanente	178
d) Une norme sécurisante	179
11. Une norme est juridique si elle est précise, claire, intelligible et accessible	179
Chapitre 4. La sanction juridique	183
12. Une norme est juridique si son non-respect est l'objet d'une sanction	183
13. Une norme est juridique si son non-respect est l'objet d'une sanction organisée dans son ordre juridique	184
a) La possibilité de la sanction	185
14. Une norme est juridique si son non-respect est sanctionnable	185
b) L'effectivité de la sanction	187
15. Une norme est juridique si son non-respect est sanctionné	187
Chapitre 5. L'application juridique	189
16. Une norme est juridique si des organes exécutifs, notamment juridictionnels, la mobilisent	189
17. La norme initiale est juridique uniquement si son application n'est pas créatrice	190
Chapitre 6. L'effectivité	193
18. Une norme est juridique si elle est respectée par ses destinataires	193
a) L'effectivité matérielle	195
19. Une norme est juridique si elle est comportementalement respectée par ses destinataires	195
b) L'effectivité symbolique	196
20. Une norme est juridique si elle est psychologiquement respectée par ses destinataires	196

Chapitre 7. Le développement juridique de l'ordre normatif (critère transversal)	199
21. <i>Pour pouvoir être valide, sanctionnée et appliquée juridiquement, une norme doit appartenir à un ordre juridique</i>	199
a) L'organisation de l'ordre normatif (normes procédurales et fonctions)	201
22. <i>Un ordre normatif est juridique s'il comporte une proportion élevée de normes procédurales et s'il remplit à travers elles les fonctions de création, d'application et de juridiction</i>	201
b) La puissance de l'ordre normatif (souveraineté et efficacité)	204
23. <i>Un ordre normatif est juridique si son contenu ne dépend d'aucun autre ordre normatif et produit les effets de régulation attendus</i>	204
Synthèse et grille de lecture de la force juridique d'une norme	207
Seconde partie. L'échelle de juridicité (une recherche des dimensions du droit)	211
Titre 1. Les applications de l'échelle de juridicité : la mesure de la force juridique des normes	215
Chapitre 1. Comment utiliser les critères de juridicité des normes	217
Chapitre 2. Comment calculer le niveau de juridicité d'une norme	221
Chapitre 3. L'expérimentation de l'échelle de juridicité	225
Titre 2. Les implications de l'échelle de juridicité : la conception graduelle du droit	323
Chapitre 1. L'échelle de juridicité au service d'un panjuridisme modéré	325
Chapitre 2. L'échelle de juridicité protectrice de l'autonomie du droit	329
Chapitre 3. Les limites de l'échelle de juridicité	333
Conclusion	337

Volume II

Livre III. La philosophie pragmatiste et la recherche juridique	7
Introduction	9
Chapitre préliminaire. Le pragmatisme juridique : une nouvelle philosophie du droit ou une non-philosophie du droit ?	25
Première partie. Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception du phénomène juridique ?	29
Chapitre 1. L'effectivité du droit	35
Chapitre 2. La « maxime du pragmatisme » et le droit	43
Chapitre 3. Les faits juridiques et le droit en action	47
Chapitre 4. L'utilité du droit	57
Chapitre 5. De l'État pragmatique au droit pragmatique	63
Chapitre 6. Le droit, source de croyances stables et d'habitudes d'action	73
Seconde partie. Le pragmatisme juridique : vers une nouvelle conception de la science juridique ?	79
Chapitre 1. L'empirisme	83
Chapitre 2. L'expérimentalisme	93
Chapitre 3. Le libéralisme	99
Chapitre 4. Le darwinisme	111
Conclusion	119
Livre IV. La prospective juridique	129
Introduction	133
I. La prospective	135
A. Définition de la prospective	135
B. Histoire de la prospective	143
C. Écoles française et américaine de la prospective	150
II. La prospective et la recherche juridique	157
A. La nouveauté de la prospective juridique	158
B. La possibilité de la prospective juridique	160

C. L'opportunité de la prospective juridique	167
D. Les prémices de la prospective juridique	175
E. L'avenir de la prospective juridique	189
III. Objet(s) et méthode(s) de la prospective juridique	195
Première partie. Objet de la prospective juridique	201
Titre 1. Les branches de la prospective juridique	205
Chapitre 1. La prospective juridique exploratoire	207
Chapitre 2. La prospective juridique stratégique	209
Chapitre 3. L'association de la prospective juridique exploratoire et de la prospective juridique stratégique	211
Chapitre 4. Les branches de la recherche juridique proches de la prospective juridique	217
Titre 2. Les objectifs de la prospective juridique	231
Chapitre 1. Mesurer les besoins du droit	233
Chapitre 2. Analyser le présent du droit	241
Chapitre 3. Interroger les fins du droit	251
Chapitre 4. Éclairer les activités du droit	259
Seconde partie. Méthode de la prospective juridique	269
Titre 1. Les étapes de la prospective juridique	273
Chapitre 1. Identifier les grands enjeux et définir la problématique	275
Chapitre 2. Recueillir les données et recenser les acteurs, facteurs et tendances clés	281
Chapitre 3. Élaborer des hypothèses et formuler des scénarios	303
Chapitre 4. Proposer un avenir souhaitable et construire une stratégie	313
Titre 2. Les principes de la prospective juridique	319
Chapitre 1. Une recherche scientifique	323
Chapitre 2. Une recherche critique	331
Chapitre 3. Une recherche interdisciplinaire	345
Chapitre 4. Une recherche collective	353
Conclusion	363

Conclusion générale	377
I. La désétatisation du droit positif	380
II. Pour une pensée juridique ouverte et plurielle	398
III. Pour une pensée juridique non étatique	407
IV. Pour une pensée juridique raisonnablement panjuridiste	420
V. Pour une pensée juridique libre et critique	432
	*
	* *
De la pensée juridique classique à la pensée juridique moderne puis à la pensée juridique postmoderne : une succession de périodes de stabilité et de crise du concept de droit	444
L'ouverture croissante des juristes aux « nouveaux droits »	446
Une inexorable mutation du droit positif, une indispensable adaptation de la théorie du droit	449
Le droit du cyberspace comme révélateur	452
Bibliographie sur la pensée contemporaine du droit	459
Table des matières	483