

« Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? »

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou

Le juriste éprouve quelques difficultés à concevoir dans son for intérieur la divergence dans son appréhension du droit. Il semble que ce soit un problème de conscience, voire de religion : le droit ne saurait s'accommoder de la divergence. Pour peu que le juriste constate, parce qu'il ne peut faire autrement, une divergence dans le droit, il aura tendance à la contourner, à la diluer ou à la nuancer par le constat d'une convergence à attendre et/ou à venir. Le droit ne devrait être que convergence. La divergence n'est qu'un phénomène accidentel, non souhaitable et marginal. De là découle une conception idéalisée du droit ou, plus exactement, une méta-conception du droit qui repose sur l'idéal de convergence et qui impose en conséquence une lecture unitaire du droit.

Cette méta-conception du droit, non sans un certain paradoxe, est à l'origine des critiques adressées au normativisme, en tant que positivisme juridique et comme théorie du droit explicative, considérée comme la présentation idéalisée et dominante du droit au sein de la doctrine juridique. Le normativisme proposerait une représentation du droit n'expliquant pas la « réalité » de celui-ci ni les divergences possibles en son sein. Mieux, l'existence de divergences au sein du droit remettrait en cause la proposition de description du droit qu'il avance. Cette lecture critique rencontre son domaine de prédilection dans les théories contemporaines qui visent à expliquer les rapports entre les ordres juridiques en termes de réseaux, de pluralisme ordonné ou de droit global. Chacune de ces théories remet en cause l'analyse normativiste des rapports de systèmes, qui s'appuie sur une présentation en termes d'habilitation normative et d'autoproduction du droit¹. Cette lecture normativisme serait contredite par l'observation des faits. Il faudrait donc renoncer à la hiérarchie des normes et des ordres juridiques, pour constater qu'il existe des relations indéterminées et variables entre différents systèmes normatifs en fonction, du moins le suppose-t-on, des rapports de force existants. Ces analyses ne vont cependant pas jusqu'à tirer toutes les conséquences de cette lecture brièvement résumée ici, puisque celle-ci ne les conduit pas à constater l'anarchie des rapports entre les ordres normatifs mais, au contraire, à percevoir *in fine* des éléments de convergence : soit parce que les réseaux sont organisés, soit parce que le pluralisme est ordonné, soit parce que le droit devient global. L'impossibilité de renoncer à l'idéal de la convergence conduit ces théories à reformuler des principes d'organisation, ou au moins ont-elles l'intuition de la nécessité de proposer de tels principes, après avoir renoncé à la hiérarchie des normes.

Ces trois théories entendent pallier les carences explicatives du normativisme et inviter à une nouvelle appréhension du droit et des ordres normatifs. L'identification et la présentation exhaustive de ces théories ne sont pas chose aisée dans la mesure où, même s'il existe parfois des

¹ Nous entendons par « normativisme » une théorie qui définit une norme juridique comme la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement, contenue dans un acte qualifié de norme par une autre norme et qui fait partie d'un ordre normatif globalement efficace et sanctionné. Cette définition conduit à une approche autoréférentielle du droit. Constitue du droit ce que le droit considère comme étant le droit, ce qui implique une approche hiérarchisée du droit selon le rapport de production existant entre les normes.

ouvrages ou des contributions de référence¹, la construction proposée n'est pas toujours complète, c'est-à-dire que la démarche critique du modèle normativiste ne s'accompagne pas d'une reconstruction d'ensemble. Pour autant, les propositions défendues par ces théories sont diffusées dans de nombreux écrits dogmatiques² au point qu'elles apparaissent même comme des acquis théoriques aujourd'hui. Les rapports de systèmes ne sauraient plus être envisagés selon le monisme ou le dualisme ; il ne s'agit plus aujourd'hui de penser les ordres juridiques autrement que par le réseau, le pluralisme ou le droit global. Ajoutons que ces théories ont des points communs que nous mettrons en évidence. Elles sont même parfois reliées entre elles, le pluralisme pouvant être considéré comme ordonné parce qu'il est possible d'identifier un droit global³, ou se rejettent, du moins en partie⁴. D'un point de vue structurel, le pluralisme ordonné se rapproche de la théorie des réseaux, c'est pourquoi ils seront appréhendés ensemble⁵, alors que le droit global s'inscrit dans une approche substantielle du droit. Face à ces difficultés d'identification et de (re)construction des théories, nous nous proposons ici seulement d'en identifier les ressorts généraux (il ne s'agira pas de développer une histoire ou une archéologie de ces théories) pour montrer en quoi elles se proposent de renverser l'analyse supposée dominante que constitue le normativisme. Il s'agira également de s'interroger sur la pertinence de ce mouvement et d'une éventuelle substitution des analyses proposées à la lecture normativiste.

Si l'on retient une approche unitaire de ces théories, elles seront qualifiées de « jurisglobalistes » en tant que « théories qui, au-delà de la recherche et l'analyse de phénomènes juridiques nouveaux, entendent montrer que la globalisation juridique révoque en doute les théorèmes fondamentaux d'une théorie du droit considérée comme classique et en général assimilée à une variante de positivisme et en particulier de normativisme intégrant une conception « hiérarchisée » du droit »⁶.

Le point de départ de ces réflexions critiques s'inscrit plus ou moins explicitement dans le prolongement de l'analyse des révolutions scientifiques de Thomas Kuhn⁷ qui fait d'ailleurs échos à l'analyse du discours scientifique proposée par Michel Foucault dans *Les mots et les choses*. Le cadre théorique commun des juristes, les paradigmes du discours juridique, l'épistémè de la science juridique seraient en voie de changer, voire auraient déjà changé, ce qui imposerait une

¹ Voir en particulier, en langue française, sur la théorie des réseaux et le pluralisme ordonné : F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, 597 p. ; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II), le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 303 p.

Sur le droit global, toujours en langue française : J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, Systèmes-Droit, 2^{ème} édition, 2010, 264 p. ; S. Cassese, *Au-delà de l'Etat*, Bruylant, 2011, 235 p. ; B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, sous la direction de J.-Y. Chérot et B. Frydman, Bruylant, Penser le droit, 2012, pp.

² Y compris dans des discours dogmatiques provenant de hautes juridictions, voir en particulier les conclusions du rapporteur public M. Guyomar sous l'arrêt du C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, RFDA*, 1998, p. 575 et celles de l'avocat général M. Poiras Maduro présentées le 21 mai 2008 sur l'arrêt de la C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, Ministre de l'écologie et du développement durable, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, C-127/07, § 15 des conclusions en particulier.

³ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, droit et société, 3^{ème} édition, 2008, pp. 135-136, voir *infra*.

⁴ B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁵ Voir cependant pour une lecture critique du seul pluralisme dans son expression moderne : P. Brunet, « Pluralisme des ordres juridiques et hiérarchie des normes », in *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, F. Arena et P. Brunet (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 53-74.

⁶ O. Pfersmann, « Monisme revisité contre *jurisglobisme* incohérent », in *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.*, p. 66.

⁷ Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008, 284 p. (1962).

profonde remise en cause du cadre d'analyse scientifique du juriste symbolisé par une approche normativiste jugée dominante.

Cette dernière approche serait consubstantielle à l'Etat et ne se serait construite qu'autour du modèle dominant que celui-ci représente. Or, l'Etat est aujourd'hui un modèle qui est concurrencé, voire remis en cause par d'autres modèles, d'autres systèmes normatifs, juridiques ou non juridiques¹ : par le haut, par les organisations régionales d'intégration ou encore par le phénomène de la mondialisation, par les « marchés » ou la « finance » et, par le bas, par les revendications des entités infra-étatique à plus d'autonomie ou par les velléités identitaires et communautaristes de certains groupes sociaux. La remise en cause de l'Etat est consécutive à la « globalisation » que l'on entendra avec David Goldman comme désignant les « interconnexions croissantes entre les choses qui adviennent dans le monde »². Un événement historique, « la globalisation », remet en cause le droit et donc l'explication principale qui en est proposée. Les divergences mises en évidence par la concurrence entre les ordres normatifs ne s'appréhendent pas comme des défauts à expliquer à partir des cadres de la pensée juridique existante, mais comme des situations valables qui obligent à repenser le droit et donc les rapports de systèmes à partir d'explications nouvelles. De plus, le modèle prescriptif de formalisation de la règle juridique laisserait la place aujourd'hui à d'autres formes de normativité, souples et non contraignantes. La remise en cause de l'Etat, comme d'un droit prescriptif qui lui serait associé, imposerait une remise en cause du mode d'approche du droit qui lui est consubstantiel, à savoir le normativisme.

Avant de se livrer à une approche critique de cette lecture, il convient dès à présent de relever que le normativisme, du moins en France, n'a jamais été une tendance majoritaire malgré les affirmations rapides de la plupart de la doctrine. L'étude du droit par le biais de la jurisprudence en est en l'occurrence une expression indiscutable. Ensuite, le normativisme n'a pas vocation à n'envisager le droit que dans l'Etat mais le droit où qu'il soit, y compris en dehors de l'Etat.

Il n'en reste pas moins que ces critiques ont de quoi ébranler. Le contexte étatique dans lequel s'est construit le normativisme est difficilement contestable de même que l'existence aujourd'hui de sources normatives concurrentes à l'Etat ou encore le développement d'un droit « mou »³. Faut-il pour autant renoncer à une explication normativiste du droit ? Refuser de le faire pourrait être interprété comme étant une marque de conservatisme, et même comme s'inscrivant dans la réaction à un mouvement jugé inéluctable, peu compatible *a priori* avec la vague de renouveau consécutive à la perception de nouveaux paradigmes. La marge serait donc étroite si l'on était soucieux des apparences. L'on ne le sera pas, pour éviter d'avoir à renoncer à une démarche scientifique.

Aussi tenterons-nous dans un premier temps de situer les critiques et surtout les deux principales théories alternatives proposées, la théorie des réseaux et le droit global : elles constituent des approches externes au droit, c'est-à-dire qui entendent appréhender le droit comme un fait. Elles se proposent ainsi de penser le droit en tant que fait social (§ I). Ce point de vue ne

¹ Nous entendons les expressions « systèmes juridiques » et « ordres juridiques » comme synonymes et désignant un ensemble de normes juridiques susceptibles d'être regroupées entre elles autour d'une même norme fondamentale d'habilitation.

Les expressions « ordre normatif » et « système normatif » seront également utilisées comme des synonymes étant entendu qu'il existe des ordres normatifs qui peuvent être juridiques s'ils sont globalement efficaces et sanctionnés et d'autres qui ne le sont pas s'ils ne réunissent pas ces deux qualités.

² D. B. Goldman, *Globalisation and the western legal tradition*, Cambridge University Press, 2007, pp. 3, 25, 34.

³ Dans le cadre de cette étude, nous laisserons ici la discussion sur le droit « mou » pour nous concentrer sur l'autre élément de la réflexion, à savoir l'Etat face à la concurrence d'autres ordres normatifs.

permet cependant pas d'expliquer comment le droit *est*, en tant que phénomène prescriptif, et marque ainsi un abandon par le juriste de la spécificité de son objet, à savoir l'appréhension du droit en tant que *devoir être*. Ces théories s'inscrivent dans une démarche empirique, en cela elles peuvent être considérées comme réalistes, et elles conduisent, en conséquence, à un renoncement à une approche analytique du droit. A expliquer ce qu'est le droit et comment il fonctionne, il n'est possible de le faire que d'un point de vue interne qui permet d'appréhender le droit en tant que *devoir être* (§ II). L'enjeu entre ces deux visions du droit est décisif. Il n'est pas seulement un enjeu disciplinaire. Il est un enjeu épistémologique essentiel qui conditionne ce que *doit être* le discours sur le droit et la spécificité de celui-ci au sein des autres sciences sociales. La présentation retenue jusqu'ici ne laisse aucune ombre sur la thèse défendue : montrer la pauvreté heuristique de ces thèses critiques pour renforcer la pertinence d'une thèse normativiste. L'ambition de penser le droit ne saurait faire l'économie d'une identification et d'une explication de celui-ci.

§ I – La lecture externe : (re)penser le droit en tant que fait social

La remise en cause de l'explication normativiste est avant tout une remise en cause factuelle. Elle demeure extérieure au droit envisagé en tant que *devoir être*. Elle entend penser le droit en tant que phénomène social non original, sans se proposer de l'identifier ou d'expliquer comment il fonctionne de manière spécifique. L'explication normativiste ne serait pas valable car elle ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante l'objet qu'elle entend décrire, le droit en général. Sa pertinence serait limitée à l'analyse de l'Etat, la dilution de celui-ci dans d'autres ensembles qui le concurrencent imposant une nouvelle approche. Cette dernière emprunte deux chemins principaux. La théorie des réseaux, qui n'apparaît en réalité que comme une reformulation moderne et particulièrement opportune, à l'heure des *social networks*, du dualisme classique dans l'analyse des rapports entre les ordres juridiques¹. Le dualisme est en l'occurrence un pluralisme dès qu'il s'agit d'envisager de manière globale l'ensemble des ordres juridiques. A la hiérarchie comme proposition analytique d'organisation des normes se substituerait le réseau, ce qui suppose une analyse factuelle du phénomène juridique (A). La seconde est plus récente, tout en partant du même postulat de la concurrence des systèmes normatifs et du caractère dépassé de l'analyse normativiste étatique centrée. Elle entend retrouver l'unité du droit non pas d'un point de vue formel, mais d'un point de vue substantiel, à partir de principes juridiques communs à différents systèmes, ce qui l'inscrit dans une optique *jus naturaliste* teintée de positivité (B).

A – Une approche factuelle extérieure au phénomène juridique : la théorie des réseaux

Peut-on nier la multiplication des ordres normatifs, parfois juridiques, au-dessous, à côté ou au-dessus de l'Etat ? La réponse relève de l'évidence. Faut-il pour autant renoncer à une approche normativiste du droit ? La théorie des réseaux propose de le faire. Celle-ci est avant tout une théorie visant à déconstruire la théorie supposée dominante mais elle peine à proposer une reconstruction de son objet. L'incertitude quant à la reconstruction est parfois d'ailleurs totalement assumée², lorsqu'il s'agit en particulier de proposer une « dialectique sans synthèse »³. Il reste que la théorie des réseaux, comme la reformulation moderne du pluralisme, tout en dénonçant

¹ Voir sur la doctrine dualiste classique : D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale. Volume primo : introduzione - teorie generale*, IV edizione, C.E.D.A.M. - Padova, 1955, 438 p., spécifiquement pp. 49-63 ; H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, I, pp. 73-119.

Sur l'ordre juridique et le pluralisme : Santi Romano, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2^{ème} édition de *l'Ordinamento giuridico* par L. François et P. Gothot, Dalloz, 1975, 174 p.

² F. Ost et V. de Kerchove, *op. cit.*, p. 38.

³ M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, Gallimard, 1964, pp. 129-130.

l'organicisme impliqué par le normativisme, n'en défendent pas moins une certaine organisation du réseau ou un pluralisme ordonné. Le raisonnement qui conduit à remettre en cause l'organicisme jugé désuet du normativisme n'est pas poussé jusqu'à son terme. La théorie des réseaux n'est pas une théorie de l'anarchie¹.

Selon la perspective retenue, le fait remet en cause l'analyse normative et le droit se réduit ainsi à un fait. La description du droit implique une description des faits considérés comme étant le droit. Cette position épistémologique s'inscrit indirectement dans une perspective empirique. Le normativisme est dénoncé parce que les propositions qu'il avance ne seraient pas vérifiables par l'observation de faits réels et c'est à partir de l'observation de ces faits réels qu'il s'agira de construire une explication globale, qui ne saurait alors reposer que sur le réseau.

En quoi cette théorie permet-elle de mieux appréhender l'objet juridique ? La première question peut consister à établir si elle définit, identifie ou propose une définition du droit. En réalité, cette théorie ne vise qu'à remettre en cause l'appréhension doctrinale classique du droit, et pas seulement d'ailleurs celle normativiste. L'identification de l'objet critiqué, le droit, n'est d'ailleurs pas très claire et l'on comprendra donc qu'il n'y ait *a priori* pas de proposition nouvelle de ce que serait le droit, à moins sans doute que le droit s'efface « comme à la limite de la mer un visage sur le sable »² ou qu'il n'y ait déjà plus de droit. Le « droit » est concurrencé, il faut entendre le « droit classique », il se transforme sans que l'on sache exactement ce qu'est le droit classique ni ce qu'il devient.

Pas plus qu'elle identifie ce qu'est le droit, à moins peut-être qu'elle ne le fasse pas car le droit est considéré en voie de disparition, la théorie des réseaux ne propose une explication du fonctionnement des ordres juridiques et des rapports qu'ils entretiennent entre eux. A reprendre certains de ses défenseurs le réseau « constitue une trame ou une structure composée d'éléments ou de points souvent qualifiés de nœuds ou de sommets, reliés entre eux par des liens ou liaisons, assurant leur interconnexion ou leur interaction et dont les variations obéissent à certaines règles de fonctionnement »³, étant entendu que dans le réseau, « aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucune n'est univoquement subordonné à tel ou tel »⁴. Le flou est total. Comment s'organise, s'ordonne, le réseau ou le pluralisme ? Comment peut-on être en mesure à partir du modèle du réseau d'établir quels sont les rapports entre les différents nœuds qui le composent ? Comment peut-on déterminer pour une action donnée quel est le système normatif qui la couvre et quel est celui, s'il en existe plusieurs, qui s'imposera ? S'agit-il pour la théorie des réseaux de rechercher ce qui s'impose ou seulement de considérer, sous couvert de penser la complexité, que ce n'est pas seulement le droit de l'Etat qui régit les comportements mais également d'autres systèmes normatifs, parfois concurrents ? Dans cette dernière hypothèse, la normativité serait alors envisagée seulement à partir d'un critère d'efficacité : s'impose ce qui s'applique de manière effective dans les faits. La mise en œuvre pratique de ce critère a de quoi soulever des interrogations lorsqu'il s'agit de rechercher quelle norme doit s'appliquer dans une situation déterminée.

Cette approche factuelle conduit encore à situer le discours scientifique dans une logique empirique qui permet de l'évaluer à partir de l'observation des faits. Or, au regard de la complexité

¹ Voir cependant, défendant l'anarchie comme modèle pour la gouvernance des réseaux : T. A. Wachhaus, « Anarchy as a model for network governance », *Public Administration Review*, Vol. 72 (2011), Iss. 1, pp. 33-42.

² M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, Tel, 1966, p. 398.

³ F. Ost et V. de Kerchove, *op. cit.*, p. 24.

⁴ M. Serres, *La communication*, 1968, p. 11, cité par F. Ost et V. de Kerchove, *op. cit.*, p. 24.

des faits observés, « la globalisation », tout discours sur cet objet qui irait au-delà de la description de grandes tendances générales peut être aisément falsifié tant le champ d'observation est étendu. Il est en conséquence toujours possible d'identifier des faits qui remettraient en cause une proposition du discours scientifique. Même une affirmation générale est d'ailleurs falsifiable¹. Je peux toujours affirmer la disparition des Etats au sein de l'entité Union européenne, la « désétatisation matérielle » des Etats nationaux selon l'analyse d'O. Beaud², mais je dois également relever, en sens inverse, que les Etats nationaux n'en demeurent pas moins maîtres, même si c'est de manière collective, du destin de cette entité et, qu'à défaut de la volonté de ces Etats notamment en période de crise, l'Union peut être confrontée à une situation de blocage. Le fait est donc mouvant et toute prétention à une analyse « vraie » est en mesure d'être confrontée à une autre analyse tout aussi « vraie », mais pourtant contradictoire. Telle est la difficulté en science sociale de prétendre à une approche empirique car elle contient en elle-même le germe de la négation de la pertinence des propositions qu'elle avance. Dans un discours sur les normes, et non plus sur des faits, cette difficulté est écartée dans la mesure où les normes sont des significations d'énoncés et que la pluralité des significations possibles d'un énoncé ne permet pas d'identifier une signification vraie mais seulement des significations possibles. L'interprétation d'un énoncé ne peut donc pas être remise en cause par une autre interprétation de ce même énoncé puisqu'elles sont toutes deux possibles.

B – Une approche matérielle jus-naturaliste parée de positivité : le droit global

Le droit global s'inscrit comme un courant théorique visant à proposer une lecture nouvelle du droit dans le contexte de la globalisation. La lecture est également factuelle. Elle entend tirer les conséquences de ce qui est observable dans les faits pour proposer une nouvelle explication du droit. Ce qui *est*, c'est d'abord la globalisation qui réduit le rôle et l'importance de l'Etat et, ensuite, le constat selon lequel, malgré les différents systèmes normatifs existants et leur spécificité, il est possible d'identifier des principes communs à tous ces systèmes, transcendants, en quelque sorte, les diversités culturelles de tous ces systèmes. Il s'agit ainsi de constater que le droit a souvent un contenu commun dans les différents systèmes juridiques et que ce caractère commun permet de définir le droit selon une approche matérielle et non formelle. L'internationalisation et l'eupéanisation de la protection des droits fondamentaux conduisent à la constitution d'un droit commun supra-étatique en cette matière et contribuent ainsi à renforcer l'attractivité intellectuelle intuitive du droit global. Ainsi présentée, la parenté de cette théorie avec l'analyse *jus naturaliste* est frappante : l'approche est matérielle, elle s'intéresse au contenu du droit, elle entend dégager des principes communs non pas à partir de l'observation de la nature mais du droit positif, c'est en cela que le droit global se pare de positivité. La seule différence essentielle réside (peut-être ?) dans l'absence de caractère prescriptif de la théorie du droit global même si, par l'intermédiaire de l'instrument magique du « dialogue des juges », avatar contemporain et juridictionnel de la « main invisible » d'Adam Smith, l'on pourrait considérer, qu'en définitive, les principes communs, notamment en matière de droits fondamentaux, sont ceux qui *doivent s'imposer* ou qui *s'imposent* dans tous les systèmes juridiques.

Le droit global peut d'ailleurs être rapproché d'une certaine conception du pluralisme ordonné, l'ordonnement du pluralisme se faisant alors par le rapprochement du contenu du droit. Ainsi il a pu être défendu que le pluralisme ordonné se traduirait « par une « coordination par « entrecroisements » prenant la forme d'influences croisées (les divergences de jurisprudence entre

¹ Nous ne retiendrons pas comme *a priori*, faute de pouvoir en discuter en substance ici, qu'une proposition est scientifique parce qu'elle est falsifiable comme le défend K. Popper.

² O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF-Leviathan, 1994, pp. 488-489.

les différents ordres juridictionnels existant au niveau européen et au niveau national ont été ainsi réduites par le « dialogue des juges »), une « harmonisation par rapprochement » à travers la construction d'un référentiel commun, ou encore une « unification par hybridation » passant par la combinaison de plusieurs systèmes juridiques »¹.

A l'instar de la théorie du réseau, le droit global n'explique pas ce qu'est le droit. Il se contente d'indiquer, non par un certain paradoxe intellectuellement stimulant, que malgré la diversification des sources normatives et leur concurrence, il existe des principes communs qui transcendent ces clivages et garantissent l'unité du droit. Pour reprendre un constat sévère : « le droit global pourrait être réduit à l'intuition qu'il provoque »². Rien n'est dit sur ce qu'est le droit. En affirmant qu'il existe des principes communs, il ne s'agit pas de disqualifier les principes qui ne sont pas communs de l'objet « droit », tout au plus s'agit-il de reconstruire une unité du droit face à la pluralité de ses manifestations, à partir de son contenu. La pauvreté de l'apport explicatif du droit global pour l'appréhension de son objet peut se résumer d'ailleurs au constat qu'il dresse. Le fait qu'il existe un contenu commun au droit dans tous les systèmes est-il un phénomène nouveau ? Quand bien même ce phénomène, sans être nouveau, s'accélérait, notamment en matière de droits fondamentaux, par l'existence de mécanismes de protection supranationaux contraignants, que peut-on en tirer sur l'identification et sur la manière dont le droit fonctionne ? L'on ne sait d'ailleurs s'il s'agit pour le droit global de se limiter au constat de l'existence de principes communs ou d'aller au-delà et de tirer des conséquences sur le plan du droit. Allons-nous vers un Etat mondial, un droit mondial ? Faut-il considérer que seuls les principes communs sont du droit et que tous les principes différents ne sont pas du droit ou ont vocation à disparaître du fait de la globalisation ? Les rapports entre les ordres juridiques révèlent des interconnexions qui aboutissent au développement d'un droit commun, telle semble être également la seule proposition explicative des rapports entre les ordres juridiques. Il n'est même pas certain que cette tendance soit imposée par la globalisation. Ce qui est certain, c'est qu'elle en est le résultat.

§ II – La lecture interne : expliquer le droit en tant que phénomène normatif

Qu'est ce que remettent en cause ces théories ? En quoi nécessitent-elles une relecture par l'analyse normativiste de son objet ? L'explication de ce qu'est le droit doit-elle être abandonnée ? Faut-il abandonner le *devoir être* pour ne plus envisager le droit qu'en tant qu'*être* ? La lecture proposée jusqu'alors commande les réponses à ces questions : la lecture normativiste est pertinente pour appréhender son objet et le fonctionnement de celui-ci (A). Cette lecture permet en particulier d'expliquer les phénomènes qui sont censés remettre en cause l'acuité de sa lecture du droit. En outre, seule une approche du droit en termes de *devoir être* garantit une spécificité de l'objet d'étude des juristes et de leur discours (B).

A – La pertinence de la lecture normativiste

Que nous dit le normativisme sur l'existence d'ordres concurrentiels à l'Etat et, plus largement, sur l'existence éventuelle de principes communs à plusieurs systèmes et sur le conflit entre les normes ? Autrement dit, le normativisme propose-t-il une analyse convaincante³ des phénomènes qui sont censés remettre en cause la pertinence de son explication du droit ?

¹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne, op. cit.*, pp. 135-136.

² F. Rouvière, « La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile », in *La science du droit dans la globalisation, op. cit.*, p. 115.

³ En tant que théorie analytique, le normativiste ne saurait évaluer les propositions qu'il avance sur son objet qu'à partir de leur pertinence à décrire cet objet, à partir de sa capacité explicative du phénomène qui est décrit.

A propos du droit global, il y a lieu d'indiquer que la question de l'existence de principes communs à différents systèmes juridiques n'intéresse pas le normativisme. Celui-ci propose une approche formelle du droit, indifférente à son contenu, ce qui implique que le droit peut avoir n'importe quel contenu. Pour le normativisme, les différents systèmes juridiques peuvent très bien contenir des normes identiques comme ils peuvent ne pas en contenir. Jamais le contenu du droit n'est pris en compte pour le définir.

Face à la théorie des réseaux, le normativisme propose précisément une lecture globale et unitaire des ordres juridiques sous un angle formel. Chacun des ordres juridiques composant l'ensemble est en lien avec les autres par l'intermédiaire d'habilitations normatives. D'un point de vue normatif, il ne saurait donc y avoir d'ordres juridiques concurrentiels, puisqu'ils s'insèrent tous dans un schéma d'habilitation permettant de déterminer les rapports entre les ordres juridiques, à moins bien sûr qu'il s'agisse d'ordres normatifs non juridiques. Les rapports entre les ordres juridiques se réduisent alors à deux situations possibles : soit ils sont coordonnés entre eux, et il existe alors un troisième ordre juridique qui les coordonne, soit ils sont hiérarchisés, le fondement ultime de la validité de l'un des deux ordres se trouvant dans l'autre ordre.

Dans un tel contexte, la concurrence entre deux ordres juridiques peut être appréhendée à partir d'une alternative. Si les ordres juridiques sont coordonnés entre eux, c'est l'ordre de coordination qui régit la « concurrence ». La question de l'éventuel non respect de l'ordre de coordination renvoie en dernier lieu à la question de la régularité des comportements entre les deux ordres juridiques telle qu'elle est envisagée par l'ordre de coordination. Si les deux ordres juridiques sont dans une relation hiérarchique, la concurrence est encore une question d'irrégularité des comportements mais qui concerne cette fois le comportement fautif imputable à l'ordre inférieur par rapport aux exigences contenues dans l'ordre supérieur. En tout état de cause, ces situations d'irrégularité sont insusceptibles de remettre en cause la pertinence de l'analyse normativiste. Certes, la concurrence, qui synthétise les situations de conflit, porte atteinte à l'exigence de régularité qui s'impose dans un ordre juridique en raison de la construction du droit par degré, mais le normativisme ne nie pas la possibilité de telles situations. L'irrégularité est même inhérente au fonctionnement de n'importe quel système juridique. Elle ne constitue cependant qu'une question de fait et non de droit. Il appartient d'ailleurs à chaque ordre juridique de mettre en place des procédures et des mécanismes susceptibles de préserver l'exigence de régularité et donc de sanctionner l'irrégularité dans le système, sous peine d'une inversion factuelle de la hiérarchie des normes qualifiable de paradoxe de la concrétisation¹. L'existence d'irrégularités dans un ordre juridique ne remet donc pas en cause l'existence même d'un ordre juridique², elle ne fait que renvoyer à l'existence de procédures dans cet ordre permettant le calcul des défauts et donc la sanction de l'irrégularité.

Face à un ordre normatif qui ne serait pas juridique, tel par exemple la figure du ou des « marchés », la concurrence demeure une question de fait, qui n'est pas absente de la réflexion normativiste. La concurrence est de fait car il s'agit pour un ordre normatif, non juridique, de faire en sorte que ce soient les normes qu'il édicte qui s'imposent à l'ordre juridique. Il y a là une situation de conflit, l'*ordre normatif* n'étant pas reconnu par l'*ordre juridique*, voire interdit. Le conflit n'est toutefois pas un conflit entre des normes juridiques mais un conflit qui porte sur l'effectivité des normes, effectivité des normes de l'*ordre juridique* d'une part et effectivité des

¹ Qu'il nous soit permis de renvoyer sur cette question à : *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, pp. 83-84, § 156.

² A moins que le nombre d'irrégularités soit tel que l'efficacité globale de l'ordre normatif soit remise en cause, voir *infra*, paragraphe suivant.

normes de l'*ordre normatif* (non juridique) d'autre part. La définition normativiste du droit impose l'existence de deux qualités à un ordre normatif pour être qualifié d'ordre juridique : il doit être globalement efficace et sanctionné. La concurrence d'un ordre normatif face à un ordre juridique posera des problèmes à ce dernier s'il porte atteinte à l'efficacité globale du système juridique. Pour ce qui concerne les marchés, il apparaît pour le moins difficile de juger de manière empirique ce qu'il en est, n'en déplaise aux tenants du « jurisglobisme », mais peut-on raisonnablement considérer que les normes du marché ont privé d'efficacité globale les normes des ordres juridiques étatiques ? Si le marché ne fait que concurrencer l'ordre juridique étatique ou celui international, sans remettre en cause leur efficacité globale, il ne remet pas en cause sa nature d'ordre juridique. La lecture normativiste n'est donc pas affectée.

Dans le prolongement de cette analyse, il convient d'ailleurs d'insister sur le fait que l'Etat n'est pas le seul ordre juridique possible. Il existe d'autres ordres juridiques qui ne sont pas étatiques comme l'ordre juridique international, en tant qu'ordre juridique global coordonnant les rapports entre les Etats, qui comprend également des ordres juridiques partiels, d'un point de vue territorial, pouvant à leur tour coordonner les rapports entre les Etats.

De manière synthétique, selon la lecture normativiste, la concurrence entre plusieurs systèmes juridiques renvoie à la question des conflits entre normes provenant de différents systèmes, et donc à la question de l'irrégularité ; la concurrence entre un système juridique et d'autres systèmes normatifs non juridiques, à une question d'efficacité des normes relevant de ces systèmes, susceptible de n'emporter des conséquences que de manière marginale. La concurrence est une donnée factuelle appréhendée en terme d'irrégularité ou d'efficacité par le normativisme et qui entre, en conséquence, dans le cadre explicatif que ce dernier pose. La lecture proposée par le normativisme permet donc d'expliquer ce qui est censé le remettre en cause.

B – La spécificité de l'objet, le droit en tant que *devoir être*

Doit-on abandonner le regard sur le *devoir être* pour se contenter d'observer ce qui *est* ? La question est cruciale. Il ne s'agira pas ici de revenir de manière positive sur des questions décisives comme celle de la spécificité que présente un discours sur le *devoir être* ou celle de la différence entre la causalité propre aux sciences naturelles et l'imputation spécifique à la « science juridique »¹, mais plutôt de mettre en évidence les difficultés consécutives à une approche factuelle du droit, telle que proposée par la théorie des réseaux et le droit global.

L'approche factuelle des théories critiques envisagées n'apporte rien sur l'identification de l'objet droit. Comment identifier ce qu'est le droit à partir d'éléments factuels, parfois contradictoires ? Comment identifier ce que serait une « loi » dans la mesure où, pour l'identifier, il faudrait que je puisse vérifier qu'elle s'applique bien, c'est-à-dire qu'elle est plutôt respectée que non respectée compte tenu de l'existence d'autres ordres juridiques ou normatifs concurrentiels ? Faudra-t-il apprécier si cette « loi » est conforme aux principes communs identifiables dans tous les systèmes juridiques pour pouvoir l'identifier en tant que « loi » ? L'autoréférentialité est ici autrement plus opératoire : sera considérée comme une « loi » un acte adopté selon une certaine procédure et considéré comme étant le droit par une autre norme du système. Cette autoréférentialité permet d'identifier une norme dans n'importe quel système là où les théories concurrentes n'avancent aucun critère opératoire.

¹ Sur les principes de causalité et d'imputation : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles EISENMANN, 2^{ème} édition, 1962, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 85 et s.

Les théories concurrentes soulèvent en ce sens un problème de méthode. Au-delà des affirmations péremptoires se contentant de constater l'existence de phénomènes globaux grossiers, quels sont les instruments scientifiques qui permettent de mesurer la pertinence de leur proposition ? A s'inscrire dans une démarche empirique encore faut-il disposer d'instruments de mesure rigoureux pour mesurer les mouvements décrits. Or, qu'en est-il ? Quels sont les outils statistiques mis en œuvre, les instruments de mesure objectifs des phénomènes décrits, les questionnaires élaborés, transmis, renseignés par les opérateurs juridiques et analysés pour constater ce qu'est désormais le droit ou pour confirmer qu'il n'y aurait comme droit que le droit global ? La lecture de l'exposé des différentes théories concurrentielles ne laisse aucun doute quant à l'utilisation de méthodes issues des sciences sociales factuelles : il n'y en a aucune. Le discours juridique serait alors dilué dans le discours des autres sciences sociales, sa seule spécificité résiderait dans son absence de méthode scientifique.

A s'inscrire dans une approche factuelle et donc en renonçant à la dualité droit/fait, ces théories conduisent à écarter un élément critique dans l'approche du droit. Tout le regard critique du juriste réside dans l'existence d'un référent textuel, l'énoncé normatif, qui est un référentiel pour apprécier l'application du droit et, plus précisément, le processus de concrétisation de l'ordre juridique. Il est ainsi possible de critiquer ce processus par rapport au devoir être contenu dans les dispositions textuelles. Par nature, le juriste dispose d'un regard critique sur tout phénomène d'application du droit, qui peut toujours être apprécié par rapport à un devoir être susceptible d'être déterminé de manière autonome. Qu'en est-il si l'on se contente de constater le fait et de rejeter l'existence du droit en dehors de ce fait ? Sous prétexte d'une démarche critique de ce qu'est le droit, l'on en revient ainsi à se contenter du fait comme constituant, à lui seul et sans aucun référent, le droit. La seule lecture critique alors possible est d'ordre idéologique, ou au moins d'ordre subjectif, faute de disposer d'un élément de référence objectif. Alors qu'il est possible de contester, sous l'angle juridique, le « marché », en tant qu'ordre normatif qui conduit à remettre en cause des devoir être étatiques ou internationaux ; sous l'angle factuel, toute critique ne pourra être envisagée qu'en ce que les marchés sont ou ne sont pas un ordre normatif juste, bon ou souhaitable. Telle est encore une fois la difficulté d'une démarche empirique. Celle-ci fait obstacle à une lecture critique objective du fait considéré comme étant le droit, le droit se réduisant à des faits considérés comme acquis, insusceptibles d'être appréciés par rapport à un devoir être préétabli.

Sans doute ne faut-il pas se situer dans la réaction. Pourquoi pas, après tout, ne pas embrasser une nouvelle appréhension du droit, moderne, pluralisme ordonné, droit global ou théorie des réseaux ? A vouloir cependant dépasser de seuls constats vagues et généraux, il sera nécessaire de se doter et de maîtriser des méthodes propres aux sciences sociales factuelles pour pouvoir avoir quelques prétentions scientifiques. Il faudra également abandonner tout ce qui fait la spécificité du discours juridique dans son objet comme dans ses méthodes, un discours qui repose sur l'interprétation d'énoncés prescriptifs et qui a la capacité de problématiser, de penser, d'évaluer et de résoudre les questions de concrétisation de normes générales et abstraites dans une situation déterminée. Invitons ici tous les tenants de ces théories à la réorientation professionnelle ou pour le moins à une sérieuse formation continue extra disciplinaire. Peut être alors sera-t-il possible de prendre ces théories factuelles au sérieux. En attendant, le normativisme peut encore acquérir des parts de marché.