

PREFACE A LA TROISIEME EDITION

Nous vivons des temps troublés et de grands changements. Le droit, bien sûr, n'échappe pas à ces bouleversements. Les processus de mondialisation, dont les effets s'accroissent et s'intensifient, fragilisent chaque jour davantage les structures juridiques modernes reposant sur l'ordre politique des Etats. Les transformations en cours n'affectent pas seulement l'efficacité, les formes et les contenus des institutions et des normes juridiques. Elles remettent en cause la pertinence de certains concepts fondamentaux sur lesquels se sont édifiés les droits modernes, comme l'ordre et le système juridique ou la notion de sources du droit par exemple, qui ne parviennent plus à rendre compte de manière satisfaisante de l'évolution des phénomènes juridiques¹. La définition même de la règle de droit comme « commandement du Souverain »² se trouve remise en cause et au-delà c'est toute la vision moderne de la théorie du droit qui se trouve brouillée.

Ce n'est certes pas la première fois qu'une telle situation se produit dans la longue histoire des idées juridiques. Celle-ci peut se lire d'une certaine manière, comme le produit d'une succession de conflits et de ruptures, ainsi que j'ai tenté de le montrer dans ce livre. Lorsque le futur accélère sa marche, il n'est pas inutile, du moins pour celui qui tente d'en deviner la direction ou le sens, de regarder par-dessus son épaule pour mesurer le chemin parcouru. C'est du moins la tendance ordinaire, dans les périodes de « crise », parfois annonciatrices de « révolutions scientifiques »³, et ceci contribue à expliquer l'intérêt soutenu que suscite la philosophie et la théorie du droit, notamment auprès des jeunes générations, et la place croissante qu'on leur accorde, à juste titre, dans l'éducation universitaire des futurs juristes. Il ne faut cependant pas se tromper sur l'objectif d'un tel retour à la théorie. Il ne s'agit pas de prétendre deviner le futur dans le passé ; encore moins de se préserver de l'inquiétude de la pensée en se réfugiant dans le temple d'une orthodoxie quelconque. L'histoire des idées doit au contraire être une école de la liberté, émanciper l'esprit de l'emprise de notions désuètes pour favoriser la formulation des nouveaux outils qui permettront l'analyse et la compréhension des phénomènes du présent et contribueront à l'élucidation des mystères de l'avenir. Il s'agit donc d'aider l'étudiant non seulement à maîtriser les concepts fondamentaux de la discipline et de la méthode juridiques, mais aussi à prendre ses distances avec eux. Etudier les circonstances de l'apparition du concept d'ordre ou de système juridique au 17^{ème} siècle ou des sources du droit au

¹ Pour un traitement plus en profondeur de cette question, voyez B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Chérot et B. Frydman dir., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, à paraître dans la collection « Penser le droit ».

² Classique depuis Hobbes, voir *infra* § 157, p. 317 et s..

³ J'avais abordé cette question dans ma leçon inaugurale de théorie du droit : B. Frydman, « Y a-t-il des révolutions scientifiques en droit ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, pp. 809-813.

19^{ème} permet aussi de comprendre pourquoi on pourrait être amené à s'en dispenser à l'avenir et comment il serait possible de penser le droit sans eux. De même, pour le courant théorique puissant, qui associe par trop exclusivement le droit à l'Etat et à la Souveraineté.

L'examen de l'histoire moderne des idées juridiques révèle une alternance, ou du moins une concurrence tenace entre des modèles herméneutiques de la raison juridique, fondés sur les textes, le sens et l'interprétation, et des modèles anti-herméneutiques, basés sur la formalisation, la mesure et le calcul. En témoignent le renversement de l'herméneutique médiévale par la révolution scientifique moderne et son modèle géométrique, lui-même remplacé au 19^{ème} siècle par le modèle historique et philologique et sa théorie moderne de l'interprétation, à son tour bousculée par les mesures et les calculs des modèles sociologique et économique au 20^{ème} siècle⁴. En observant les évolutions les plus récentes, on peut se demander si les deux principaux concurrents actuels, le modèle pragmatique d'interprétation et le modèle économique, ne sont pas tous les deux en train d'être dépassés et en quelque sorte englobés par un nouveau modèle instrumental de la raison juridique, qui mobilise les ressources cumulatives de l'ingénierie managériale, des technologies de l'information et de la normalisation technique. Ainsi, dans le domaine clé de l'activité judiciaire, la concurrence, naguère encore si vive, entre le modèle pragmatique d'argumentation et d'interprétation, représenté notamment par Perelman, Dworkin et Habermas, et les opérations de mise en balance des intérêts, illustrées notamment par l'analyse économique du droit, sont en train de passer au second plan, éclipsée par les efforts de « rationalisation » du service public de la justice, qui élabore et met en œuvre des indicateurs pour promouvoir une conception nouvelle de la « qualité » des décisions de justice⁵. Alors qu'une partie substantielle des efforts de la théorie du droit au 20^{ème} siècle avait contribué à émanciper le raisonnement et la décision du juge de la tutelle législative, les instruments du nouveau management public favorisent désormais la reprise en mains des magistrats au nom d'impératifs d'efficacité, de rentabilité et de rendement⁶. On se gardera bien de l'erreur de croire qu'il s'agit là de questions d'organisation purement techniques, comme telles étrangères aux questions de la raison juridique et du jugement. L'historien des idées sait bien lui que c'est dans le déplacement de cette raison et l'importation de nouveaux instruments que se jouent souvent les changements de paradigme et les basculements de pouvoirs, de valeurs et d'idéologies qu'ils charrient avec eux.

Mais, c'est au niveau de la globalisation du droit, que j'évoquais en commençant, que la concurrence des modèles s'illustre de la manière la plus spectaculaire et peut-être la plus intéressante. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois

⁴ Voyez *infra* la deuxième partie du livre « La science des Modernes », ch. 5 à 7, p. 224 et s..

⁵ Sur cette question, on peut se reporter à mon étude : B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice*, CEPEJ, Publications du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 18-29.

⁶ Voyez sur ce sujet : B. Frydman et E. Jeuland, dir., *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011 (sous presse).

(ni sans doute la dernière) dans l'histoire des idées juridiques que la question de l'universalisation du droit sert de terrain privilégié à l'élaboration d'un nouveau paradigme. L'école du droit naturel n'a-t-elle pas élaboré le modèle géométrique (qui a donné notamment le système juridique et le syllogisme judiciaire) à l'échelle du monde nouveau, forgeant dans la foulée les principes du droit international public, qui ont prévalu pendant toute la période moderne et subsistent encore ? Actuellement, on voit se développer et déjà s'affronter, de manière non moins intéressante et sans doute déterminante pour l'avenir, plusieurs visions concurrentes de la construction progressive d'un droit mondial ou global. Parmi celles-ci, on peut distinguer un courant herméneutique de la mondialisation du droit, qui met en avant l'« harmonisation » progressive des règles et des ordres juridiques⁷ (notion intéressante reprise à la scolastique médiévale⁸), notamment par le « dialogue » des cultures juridiques et des juges⁹ et la « traduction » des concepts¹⁰, ou, dans une version plus politique, par un accord, ou au moins un « consensus par recoupements »¹¹, fondé sur des interprétations diverses, mais convergentes de la démocratie et des droits de l'homme¹². Cependant, à ce courant s'oppose, d'ailleurs moins sur le terrain des débats que sur celui non moins important des pratiques, un autre modèle d'uniformisation par la normalisation technique et le benchmarking. La mesure de l'efficacité des droits par les classements de type « *doing business* », l'évaluation par la Banque mondiale du respect de la « *rule of law* » par les Etats ou encore la notation par des agences professionnelles de la solvabilité des Etats, avec les effets spectaculaires qu'elle produit sur les politiques budgétaires, illustrent bien cette logique différente, dont les outils et les ressources sont par ailleurs très proches, sinon identiques à ceux évoqués dans le cadre de la managérialisation de la justice.

S'il est trop tôt, à ce stade, pour ajouter un chapitre à cette histoire de la raison juridique, qui serait consacré à ce nouveau modèle managérial ou normalisateur et s'il est prématuré d'en mesurer le destin, il est certainement grand temps d'y travailler et d'ouvrir l'horizon des juristes à ces formes différentes de normativités, dont

⁷ Les ouvrages de M. Delmas-Marty sur l'évolution et la mondialisation du droit, *Les forces imaginantes du droit* (Paris, Seuil, 4 vol. publiés) recourent, avec d'autres, fréquemment à cette notion.

⁸ Développée notamment par Gratien dans le *Décret*, v. *infra*, § 100, p. 210.

⁹ Parmi une littérature abondante consacrée à cette question, mentionnons nos travaux au Centre Perelman en collaboration avec l'Institut d'Etudes sur la Justice : *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, col. Les cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice, 2007. Sur le rapport entre ce dialogue et la mondialisation du droit, voir spécialement mes conclusions : « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », pp. 147-166.

¹⁰ F. Ost, *Le droit comme traduction*, Presses Universitaires de Laval, 2009.

¹¹ J. Rawls, *Le droit des gens*, Paris, Esprit, 1998.

¹² Voyez notamment les thèses de J. Habermas sur l'émergence d'un droit et d'un régime politique « post-nationaux » ou les travaux de B. Da Sousa Santos. Sur la fondation du droit mondial sur les droits de l'homme, on se référera notamment au récent ouvrage de R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge U.P., 2010.

l'avènement avait été annoncé de longue date par Foucault¹³, et aux outils qui les mettent en œuvre. Certains contesteront cette approche (et du reste la contestent déjà) en déniaient à ces normativités le qualificatif « juridique ». Mais c'est oublier encore une fois les enseignements de l'histoire de la raison juridique, qui nous montrent combien la frontière entre droit et non-droit est contingente et mouvante dans la durée. Le « concept de droit », sa définition ou son essence, ne sont pas, contrairement aux intuitions du sens commun, un donné ontologique, qui détermine *a priori* le champ d'investigation de la théorie du droit, mais bien davantage la résultante de conflits entre visions, modèles et pratiques concurrents. Si bien qu'il est prudent, à l'instar de Llewellyn ou plus récemment de William Twining¹⁴, de différer cette question en considérant qu'elle est affaire de contexte, et de considérer d'un œil ouvert l'évolution des dispositifs normatifs, sans trop préjuger de leur nature. Ceci impose plus que jamais de préserver l'approche interdisciplinaire ou, pour mieux dire, « métadisciplinaire » (en tant qu'elle tend à dépasser et à s'affranchir des limites inhérentes aux disciplines) que nous avons privilégié dans l'ouvrage. C'est dans cette optique, que l'on souhaite ouverte et dynamique, d'une histoire des idées juridiques résolument tournée vers l'avenir que cette troisième édition du *Sens des lois* est proposée au public.

Benoit Frydman
Bruxelles, le 30 août 2011.

¹³ En particulier dans *Surveiller et Punir* (Gallimard, 1975) et dans le premier volume de son *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir* (Gallimard, 1976).

¹⁴ W. Twining, *Globalization & Legal Theory*, Cambridge U.P., 2000 (col. "Law in Context"), spec. pp. 231 et 243-4, se référant à Llewellyn.