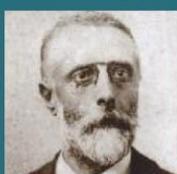
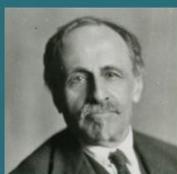




CENTRE PERELMAN
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Le droit global selon l'Ecole de
Bruxelles :
l'évolution d'une idée centenaire

Benoit Frydman



Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire

par
Benoit Frydman¹

I. Le concept de droit global

L'idée d'un droit « mondial », « global », « cosmopolitique » n'est pas neuve. Cette idée vient d'ailleurs assez naturellement à l'esprit européen en tant que celui-ci pense le droit comme rationnel et la raison comme universelle. « Plaisante justice qu'une rivière borne ! », raillait Pascal². Cette idée est aussi le produit de l'histoire et les mondialisations successives de la société occidentale ont produit à chaque fois leur théorie et leur modèle d'un droit projeté à l'échelle du monde connu ou dominé. Sans remonter au droit des gens des Romains, l'affinité historique entre la découverte des Amériques et la renaissance à Salamanque de l'idée d'un droit naturel universel est assez évidente. De même qu'on peut tracer un parallèle, au 19^{ème} siècle, entre la fortune du « droit international », néologisme forgé par Jeremy Bentham, et ce que certains économistes appellent « la première mondialisation »³, liée à la seconde révolution industrielle et à la puissance des nationalismes et des impérialismes coloniaux.

Car le droit international est bien un concept du droit mondial. Le droit international public désigne, dans la pureté de ses principes, le droit établi par et entre les Etats souverains et les organisations qu'ils créent à cet effet, pour régler leurs relations et les affaires du monde. Il repose sur un modèle politique qui identifie et réduit la société mondiale à la communauté des Etats souverains. Quant au droit international privé, qui le complète, il constitue idéalement un système universel de répartition des compétences et de règlement des litiges entre les fors des Etats souverains, qui se partagent ainsi le *dominium* de la planète.

Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que la phase actuelle de globalisation en cours suscite à son tour débat et réflexion sur l'émergence, la nécessité et les conditions de légitimité d'un nouveau droit global. Le droit emprunte à son heure, avec un peu de retard, le « tournant global » qui affecte l'ensemble du champ scientifique. Ce tournant signifie d'abord et avant tout la critique et le dépassement du « nationalisme méthodologique ». Il s'agit d'appréhender les phénomènes indépendamment et par delà les frontières des Etats ou en tout cas autrement que par le prisme national, jusque là ultra-dominant pour la collecte, l'analyse et l'interprétation des données, tout particulièrement dans le champ des sciences sociales. Le tournant global ouvre ainsi des possibilités nouvelles d'étudier et de comprendre les dynamiques historiques, les contraintes géographiques, les flux migratoires, la démographie et les épidémies, la production et la distribution des biens et des services, la circulation des capitaux et des informations, les réseaux d'influence et de criminalité, etc. « globalement » à l'échelle du monde et non plus par rapport à un territoire national déterminé ou dans la seule comparaison entre les données des entités nationales.

La critique du nationalisme méthodologique frappe de plein fouet le modèle politico-juridique du droit international, considéré comme la chose exclusive des Etats et de leurs organisations. Elle met en cause plus fondamentalement le modèle kelsenien qui, identifiant strictement le droit et l'Etat, réduit dès lors le droit proprement dit aux ordres juridiques nationaux, édictés et imposés par les Etats souverains, et au droit international, élaboré par et entre les Etats,

¹ Professeur à l'Université Libre de Bruxelles et à Sciences Po Paris. Président du Centre Perelman de philosophie du droit.

² *Pensées*, Br. 294.

³ Suzanne Berger, *Notre première mondialisation : leçons d'un échec oublié*, Seuil, col. La République des idées, 2003.

ainsi qu'à leur articulation. Le paradigme du droit international se trouve contesté tant sur le plan de sa matérialité que de sa légitimité. D'une part, la thèse selon laquelle le droit serait le monopole des Etats est réfutée et l'accent mis sur les normes qui émergent du sein de la société civile mondiale en construction. D'autre part, la restriction aux seuls Etats de la qualité de sujet plein et entier du droit international est critiquée, de même que le principe de la souveraineté étatique, d'autant plus sévèrement que nombre d'Etats ne sont ni démocratiques ni des Etats de droit.

A ces critiques s'ajoutent celles sur l'effectivité et l'intelligibilité du modèle international. La critique relative à l'effectivité n'est pas neuve. Elle porte à la fois sur la faiblesse des contraintes exercées sur les Etats, qui sont à la fois les sujets et les principaux agents d'exécution du droit international, mais aussi sur le défaut d'ordonnancement et de hiérarchisation des normes internationales. A mesure de la prolifération des textes et des organisations qui les produisent, la doctrine internationaliste passe du constat du « bric-à-brac »⁴ à celui de la fragmentation, tandis que le paradigme international s'obscurcit et se brouille. Les spécialistes de la discipline ne manquent pas qui dénoncent la crise du droit international et annoncent son déclin, sa mort ou sa chute, tandis que d'autres envisagent la transition progressive du droit international vers un droit global⁵.

Dans ce contexte troublé, la discussion relative aux conséquences de la globalisation sur le droit et le remplacement du schéma interétatique du droit international par un nouveau paradigme ou concept, que l'on qualifie diversement de droit transnational, mondial, global ou cosmopolitique, s'intensifie et s'épaissit. Elle constitue désormais le sujet de préoccupation majeur de la théorie et de la philosophie du droit. Le débat déborde d'ailleurs largement les frontières disciplinaires assignées au droit par la théorie positiviste pour s'étendre, avec les concepts voisins de « gouvernance globale » et de « régulation globale » à la science politique, à l'économie et même au monde des ingénieurs. Il ne s'agit pas, comme certains avaient pu le croire, d'un simple effet de mode ou de contexte, mais bien d'une question fondamentale, au sens plein du terme. A la faveur de la globalisation et des transformations sociales, politiques et économiques qu'elle désigne, c'est le concept même de droit, mais aussi ses formes, ses institutions, ses procédures et jusqu'aux conditions de sa légitimité, qui se trouvent réévalués et repensés à nouveaux frais.

Pour autant, les courants d'idées qui s'affrontent dans ce débat et les oppositions qui en structurent le champ ne sont pas entièrement neufs, tant s'en faut. Si toutes les théories contemporaines du droit global (sous les différents noms dont on veut bien le baptiser) s'accordent bien sur une chose, à savoir la critique du modèle international qu'ils ont pour ambition de dépasser, ils s'opposent sur le modèle qu'il conviendrait de lui substituer pour donner une forme plus exacte, plus légitime ou plus efficace au droit, au gouvernement et à la justice au sein de la société mondiale. On retrouve logiquement dans ces controverses tous les clivages traditionnels de la théorie du droit classique dès lors que la mondialisation permet la projection appliquée à l'échelle planétaire d'idées ou d'idéaux qui se présentaient déjà depuis longtemps comme universels sur le plan de la logique.

La globalisation marque ainsi notamment le renouveau d'un courant justnaturaliste qui proclame, contre le conventionnalisme du positivisme internationaliste, le primat indérogable de la qualité de sujet de tous les êtres humains et leurs droits fondamentaux, de même que, pour certains, de valeurs communes à l'Humanité. Ce courant trouve une consécration partielle et certainement imparfaite dans les traités internationaux d'après guerre qui garantissent les droits de l'homme, ainsi que dans les notions de « crime contre l'Humanité » et le *ius cogens*, la notion de « patrimoine commun à l'humanité » et le débat en cours sur les « *global commons* ».

⁴ J. Combacau, «Le droit international : bric-à-brac ou système?», in *Le système juridique, Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 (1986), pp. 85-105.

⁵ H. Ascensio, « Du droit international classique au droit global », in J.Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 129-139.

On retrouve également l'opposition réactivée entre les théories monistes, qui font signe vers l'Etat mondial ou le constitutionnalisme global, et les pluralistes, qui affirment l'irréductible diversité des ordres juridiques et normatifs, non seulement nationaux, mais régionaux ou locaux, voire sectoriels ou encore religieux, pour réclamer le respect des différences ou prôner les vertus du dialogue et des procédures d'harmonisation souples. On entend un écho de ces positions dans les débats sur la réforme des institutions internationales, en particulier de la composition, des pouvoirs et du fonctionnement des instances de l'ONU, ou encore à la faveur du développement des juridictions internationales.

Et l'on retrouve aussi, bien entendu, les affrontements connus qui opposent depuis longtemps les tenants du libéralisme économique, qui privilégient la régulation par les marchés, et ceux du libéralisme politique, qui défendent les garanties de l'état de droit, à leurs critiques, qui dénoncent le caractère idéologique du formalisme juridique et ses conséquences et en appellent à des politiques interventionnistes de développement de services publics mondiaux ou de transferts de richesse, ou plus radicalement à la rébellion ou à la révolution contre le capitalisme global et les institutions qui garantissent son hégémonie.

Parallèlement à ces grands débats théoriques et idéologiques, d'autres études se consacrent à l'observation empirique et à l'analyse des « normativités émergentes de la mondialisation », selon le titre du remarquable ouvrage que Karim Benyeklev leur a consacrées⁶. Celui-ci propose un tour d'horizon impressionnant et véritablement global, au sens matériel du terme, de ces normes, dont la forme et le statut n'obéit pas aux canons classiques de la théorie des sources formelles. Une doctrine de plus en plus en nourrie et spécialisée suit de près l'évolution de ces normes dans les différents domaines de la finance et de la comptabilité, de l'environnement et de la santé, de l'Internet et des réseaux de communication, du commerce et de l'industrie, de la gouvernance et des droits de l'homme, etc. Ces exemples sont d'ailleurs mobilisés par les différents courants théoriques qui, en dépit de leurs différences d'opinions, discutent souvent des mêmes cas ou des mêmes dispositifs.

Les approches pragmatiques du droit global se distinguent cependant en tant qu'elles ne présupposent pas de cadre théorique déterminé ni ne développent *a priori* une théorie générale du droit global. Elles visent à analyser et comprendre, par le moyen d'études empiriques et microjuridiques, l'évolution et les transformations des formes, procédures et dispositifs de régulation dans les contextes globalisés, c'est-à-dire en dehors du cadre traditionnel de l'Etat souverain. Ces travaux ne se limitent pas pour autant à un plan purement descriptif. Le pragmatisme est une philosophie de l'action, orientée vers l'innovation, qui cherche aujourd'hui, dans le domaine juridique, 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.

Parmi ces approches pragmatiques, on peut mentionner, par exemple et parmi d'autres, outre les travaux déjà cités de Karim Benyeklev à l'Université de Montréal, les initiatives de la New New Haven School, sous la direction de Harold Koh, dans le domaine du contentieux transnational des droits de l'homme, ainsi que l'entreprise de construction d'un droit administratif global (*global administrative law*) par Sabino Cassese et l'équipe de la New York University, menée par Benedict Kingsbury. Certains se revendiquent explicitement du pragmatisme, comme William Twining et son approche du « droit en contexte » (*law in context*). Tel est également le cas du programme droit global développé depuis 1997 au sein du Centre Perelman de philosophie du droit.

II. Otlet et Lafontaine : la mondialisation du droit à la Belle époque

⁶ K. Benyekhlev, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, éd. Thémis, 2008.

Le Centre Perelman est le fer de lance de l'École de Bruxelles depuis sa création en 1967⁷. Les travaux des juristes de l'École, conduits par Chaïm Perelman, ont contribué de manière décisive au tournant argumentatif en droit et dans les sciences humaines durant le second 20^{ème} siècle et le mouvement de « la Nouvelle rhétorique » a acquis une large renommée au niveau international. En philosophie du droit, l'École de Bruxelles est souvent présentée comme le principal adversaire de l'école de Vienne⁸. Perelman, à la suite de ses maîtres⁹, a effectivement combattu farouchement les thèses du normativisme, en particulier celles de Kelsen¹⁰. Perelman et ses disciples opposaient à la théorie systématique et « pure » du droit de Kelsen, une approche pratique centrée sur le juge et la motivation des décisions judiciaires, soulignant l'évolution permanente du droit, par le jeu des conflits de valeurs qui traversent les sociétés pluralistes et qui percolent le droit par le moyen d'arguments certes techniques, mais qui débordent largement le catalogue des sources formelles, comme les principes généraux du droit par exemple¹¹.

Perelman et ses amis n'étaient cependant pas eux-mêmes les fondateurs de l'École de Bruxelles, qui avait vu le jour à la fin du 19^{ème} siècle lors du tournant sociologique qui bouleversa la science juridique en Europe et en Amérique. La naissance de l'École de Bruxelles est en effet liée à celle de la sociologie en Belgique, une sociologie de juristes et d'ingénieurs, en quête de réformes politiques et juridiques concrètes, développée au sein et autour de l'Institut Solvay¹² et puissamment relayée dans les plus hautes instances gouvernementales et judiciaires¹³.

Il n'est peut-être pas sans intérêt de reconsidérer, avec nos préoccupations d'aujourd'hui, l'intense agitation d'idées et d'initiatives qui a secoué le monde politique et juridique à la fin du

⁷ Le Centre de philosophie du droit a été fondé par Perelman, Foriers, Buch et Dekkers. Il a pris le relais de la section juridique du Centre National de Recherches de Logique, créée par Perelman en 1950, sous le label duquel les travaux collectifs de cette deuxième génération de l'École de Bruxelles ont été publiés, principalement chez Bruylant.

⁸ N. Bobbio, "Kelsen et Perelman", in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 271-283. – P. Brunet, "Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation", in B. Frydman et M. Meyer (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, pp. 189-202.

⁹ La *Théorie pure du droit* de Kelsen a fait l'objet peu après la publication de sa première édition en 1934 d'un compte-rendu très critique par Georges Cornil, membre éminent de l'École de Bruxelles : "Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*", *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, pp. 199-202.

¹⁰ Voir parmi de nombreux autres textes critiques : Ch. Perelman, « la théorie pure du droit et l'argumentation », repris dans *Ethique et droit*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1990, p. 567 et s.. Perelman a également critiqué les thèses de Hart, notamment la "no right answer theory" pour la solution des cas difficiles.

¹¹ G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001. - B. Frydman, "Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles", in *Perelman (1912-2012)*, op. cit., pp. 229-246.

¹² B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Bruxelles, Editions de l'Académie Royale de Belgique, à paraître.

¹³ L'École de Bruxelles compte dans ses rangs plusieurs ministres dont Maurice Vauthier et Emile Vandervelde, le chef de cabinet du Roi Albert Ier Louis Wodon, plusieurs hauts magistrats dont Walter Ganshof van der Meersch, procureur général près la Cour de cassation et Henri Rolin, président de la Cour européenne des droits de l'homme. Henri Lafontaine, dont il sera question plus loin était sénateur et représenta la Belgique à la Société des Nations et lors de la négociation du Traité de Versailles.

19^{ème} siècle, lors de ce qu'on a parfois appelé « le tournant 1900 »¹⁴. Les défis que nous devons affronter ne sont pas moindres et rappellent ceux qui se sont posés à l'époque. Nous sommes nous aussi confrontés à l'urgence d'une nouvelle question sociale. Les inégalités se creusent à nouveau entre les revenus du capital et ceux du travail, faisant ressurgir le spectre, comme à la « Belle époque », d'une dualisation entre une petite classe de rentiers qui concentre de plus en plus de richesses et la grande masse des travailleurs et des chômeurs¹⁵. La volonté de résoudre le problème de la misère ouvrière et ses conséquences en matière de morbidité et de criminalité animait fortement de nombreux réformistes à l'origine du pragmatisme et de la sociologie, en particulier les figures de l'Ecole de Bruxelles¹⁶. Leur projet, d'inspiration clairement positiviste, consistait à inventer, développer et mettre en œuvre les mécanismes d'une nouvelle ingénierie juridique, susceptible de réformer la société dans le sens du progrès social. Ce projet a d'ailleurs, dans une large mesure, été mené à bien puisqu'il a abouti, en Belgique comme ailleurs, non sans mal ni sans durs conflits¹⁷, à une reprogrammation progressive de l'Etat libéral, de ses institutions et de ses instruments juridiques, en Etat social ou Etat-Providence. L'impôt est devenu progressif et redistributif, la loi et la réglementation transformés en instruments de mise en œuvre de programmes de réformes sociales, tandis que certaines administrations se développaient en services publics. Pensons, par exemple, à l'inventivité et aux efforts qu'il a fallu produire sur le plan de la pensée juridique pour transformer la responsabilité aquilienne en responsabilité objective pour les accidents de travail, couplé à un mécanisme d'assurance, imposé par la loi, qui allait constituer la base de l'institution de la sécurité sociale¹⁸.

Cet esprit d'initiative, d'innovation et de réformes ne se limite pas aux institutions internes, mais s'étend aux instances internationales tandis que la « première mondialisation »¹⁹ bat son plein et que le nationalisme et l'impérialisme colonial façonnent un monde lourd de menaces, d'inégalités et d'injustices. L'Ecole de Bruxelles s'illustrera particulièrement dans ce domaine, spécialement par l'action de deux de ses représentants, qui ont acquis par leurs travaux une notoriété mondiale : Henri Lafontaine²⁰, récompensé en 1913 par le Prix Nobel de la Paix, et son indéfectible ami, associé dans tous leurs projets et entreprises, Paul Otlet, présenté notamment comme le précurseur génial de l'Internet²¹ et qui est d'ailleurs l'inventeur du terme « mondialisation » en français²².

¹⁴ Ch. Jamin, «Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique», in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 380-384.

¹⁵ Voir le livre de Thomas Piketty, *Le capital au 21ème siècle*, Seuil, 2013 et l'intense débat qu'il suscite dans le monde académique, la presse et les médias. Piketty affirme que les inégalités sont à certains égards plus importantes en 2013 qu'il y a cent ans en 1913.

¹⁶ Notamment le criminologue Adolphe Prins, l'ingénieur Ernest Solvay, Guillaume De Greef, le «premier sociologue belge» et de nombreux socialistes dont Emile Vandervelde.

¹⁷ En Belgique, outre les durs conflits sociaux, la question sociale et le paradigme sociologique ont suscité un conflit académique virulent et durable, qui a provoqué une scission de l'Université de Bruxelles pendant 30 ans et la création de l'Université nouvelle.

¹⁸ Sur cette question : François Ewald, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986. Au niveau de l'Ecole de Bruxelles, Louis Wodon joua un rôle central dans la conception et la mise en œuvre de ces dispositifs.

¹⁹ S. Berger, *Notre première mondialisation...*, op. cit.

²⁰ H. Hasquin et alii, *Henri La Fontaine. Tracé(s) d'une vie. Un prix Nobel de la Paix (1854-1943)*, Mons, Éditions Mundaneum, 2002, 120 pages. – *Henri Lafontaine. Prix Nobel en 1913. Un Belge épris de justice*, éd. Racine, 2012.

²¹ Alex Wright, *Cataloging the World. Paul Otlet and the Birth of the Information Age*, Oxford University Press, 2014. - Françoise Levie, *L'Homme qui voulait classer le monde : Paul Otlet et le Mundaneum*, Les Impressions nouvelles, Bruxelles, 2006. - W. Boyd Rayward, "Visions of Xanadu: Paul Otlet (1868-1944) and Hypertext.", (1994) *Journal of the American Society for Information Science* 4(4), pp. 235-250. On trouve la description visionnaire généralement considérée comme la préfiguration la plus frappante de l'Internet dans l'ouvrage de P. Otlet, *Traité de documentation. Le livre sur le livre*, Bruxelles, éd. du Mundaneum, 1934.

Tous deux avocats au barreau de Bruxelles, professeurs à l'Université nouvelle, qui regroupe les réformateurs en rupture de ban avec le conservatisme académique²³, socialistes, utopistes et pacifistes, Lafontaine et Otlet se singularisent des nombreux autres idéalistes de l'époque par leur esprit d'entreprise, conforme à l'école bruxelloise, tourné vers les réalisations concrètes, auxquels ils consacreront d'ailleurs leur vie entière. Le grand projet, qu'ils partagent avec nombre de leurs contemporains progressistes et pacifistes, consiste à en finir avec le modèle fondé sur la souveraineté des Etats et l'équilibre des puissances pour instaurer la paix et la prospérité durablement au niveau mondial. Lafontaine et Otlet pensent que l'avènement de cette société mondiale pacifique, fondée sur la reconnaissance des droits de l'homme à tous les êtres humains²⁴, suppose non seulement la liberté du commerce et la libre circulation des personnes et des capitaux, mais aussi le développement d'instruments et d'institutions spécifiques et nouvelles, de nature à favoriser les échanges d'idées et de savoirs, dans les domaines des sciences, des techniques, ainsi que des arts et des cultures. Leur entreprise, qui anticipe le modèle de Habermas d'un droit et d'une démocratie fondés sur la construction d'une société civile robuste, consiste à créer les institutions nécessaires à de tels échanges mondiaux, à toutes les strates de cette société civile mondiale qu'ils entendent ainsi contribuer à construire²⁵. Leurs entreprises s'échelonnent à plusieurs niveaux distincts et visent à créer des réseaux d'échanges, de décisions et d'actions.

Au niveau le plus fondamental, il s'agit pour Otlet et Lafontaine de créer les outils favorisant l'échange effectif des opinions et des savoirs au niveau mondial, ce qui donnera lieu à la création du fameux *Mundaneum*, comme centre et réseau de documentation mondial²⁶. Fondé en 1895 sous le nom d'Institut International de Bibliographie²⁷ et installé à Bruxelles en 1910, avant d'être transféré à La Haye en 1934, le *Mundaneum* se compose notamment d'une bibliothèque, d'un centre d'archives et d'un centre de documentation. L'ensemble du savoir est répertorié, selon la classification décimale universelle, perfectionnée par Otlet et Lafontaine²⁸, et classé dans un répertoire bibliographique universel, en fiches de 3 pouces sur 5 dont le nombre s'élèvera jusqu'à 14 millions d'unités. Paul Otlet rêve que chacun puisse accéder de chez lui, par le moyen d'une ligne téléphonique et d'un écran à l'ensemble de cette documentation, centralisée dans les « serveurs » des grandes bibliothèques²⁹, par le moyen de moteurs de recherches et d'hyperliens³⁰.

²² La première occurrence recensée en français du terme “mondialisation” (entre guillemets) date de 1916 dans son ouvrage *Les Problèmes internationaux et la Guerre, les conditions et les facteurs de la vie internationale*, Genève/Paris, Kundig/Rousseau, 1916, p. 337 (V. Capdepuy, “ ‘Mondialisation’, les aléas de la conscience contemporaine”, blog *Histoire globale, Le Monde*, publié le 15 juillet 2013). Paul Otlet en appelle à des mesures de mondialisation des ressources naturelles, le terme, construit par analogie avec celui de “nationalisation”, évoquant une sorte de propriété publique mondiale. Otlet lui donnera ultérieurement un sens beaucoup plus large et tout à fait général, en particulier dans son ouvrage *Monde. Essai d'Universalisme: Connaissance du Monde, Sentiments du Monde, Action organisée et Plan du Monde*, Bruxelles, Editions du Mundaneum, 1935.

²³ Henri Lafontaine et Paul Otlet enseignaient tous les deux à l'Université nouvelle, fondée à la suite de la scission de l'Université de Bruxelles par les réformistes, favorables à la sociologie positiviste. Ils avaient d'ailleurs leurs bureaux dans les mêmes locaux que l'Université nouvelle à Bruxelles.

²⁴ H. Lafontaine, *The Great Solution, Magnissima Carta*, Boston, World Peace Foundation, 1916. Otlet a également consacré plusieurs textes à des projets de constitution mondiale.

²⁵ Pour le modèle d'une société civile comme construction à étages, constitué par des strates successives qui vont du bistrot et de la vie de quartier à la nation et au monde, voir Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997. Pour un résumé de cette conception de Habermas, on peut se reporter à mon article : « Habermas et la société civile contemporaine », in *La société civile et ses droits*, dir. B. Frydman, Bruxelles, Bruylant, col. « Penser le droit », 2004, pp. 123-144.

²⁶ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., pp. 447-458.

²⁷ Rebaptisé par la suite en anglais *International Federation for Information and Documentation* (FID).

²⁸ Classification basée sur la classification décimale de Dewey, mise au point par le pédagogue et libraire américain Melvil Dewey en 1876 (sans lien de parenté avec le célèbre philosophe pragmatiste et pédagogue John Dewey). Le projet épistémologique d'Otlet consistait à étendre la classification de Dewey aux faits. Otlet et Lafontaine écrivirent à Dewey et obtinrent sa permission.

Ce projet d'accès universel à tous les savoirs, qui préfigure l'Internet sans en avoir encore les moyens technologiques, sera complété par un autre projet, non moins ambitieux, d'établissement d'une « Cité mondiale ». Ici encore, il ne s'agit pas de se contenter de rêver à une utopie, mais bien de travailler à un projet concret, dont les plans seront établis par plusieurs architectes de renom dont Le Corbusier qui travaillera à plusieurs épures, que l'on a d'ailleurs conservées³¹. La Cité est conçue à l'origine pour accueillir un million d'habitants, issus de tous les peuples de la terre, afin qu'ils puissent se rencontrer, vivre ensemble, partager et échanger. Elle comprendrait, outre les institutions internationales comme la Société des Nations et l'OIT et d'autres organisations, un centre des savoirs et un centre affecté aux arts, ainsi qu'un centre olympique, dédié aux sports³². Otlet tentera d'en faire financer la construction par des Etats, tout en lui assurant un statut d'extraterritorialité, aménageant et déplaçant son projet en fonction des évolutions de l'histoire de Bruxelles à Paris et à Genève et enfin en Amérique. Mais ses efforts resteront vains et la Cité mondiale ne verra jamais le jour.

Henri Lafontaine et Paul Otlet n'en restent cependant pas là et interviennent avec davantage de succès au niveau de ce qu'on appelle aujourd'hui « la société civile organisée ». Ils fondent ainsi, dès 1907, l'Union des Associations Internationales, qui vise à mettre en réseau, à renforcer les coopérations et à fédérer les organisations non gouvernementales qui opèrent au niveau mondial. L'Association, qui existe toujours et a son siège à Bruxelles, opère désormais et développe ses activités sous mandat des Nations-Unies³³. L'Association s'est montrée particulièrement active dans les domaines de la recherche et de la culture³⁴. Elle a suscité la fondation en 1925 de l'Institut international de coopération intellectuelle, qui est le précurseur de l'UNESCO.

Enfin, Lafontaine et Otlet militent pour l'établissement d'institutions politiques et judiciaires au niveau universel, notamment d'un Parlement mondial³⁵, représentant les Etats, les organisations et les citoyens du monde³⁶. Ils publieront chacun de leur côté, pendant et après la

²⁹ « On peut imaginer le télescope électrique, permettant de lire de chez soi des livres exposés dans la salle 'teleg' des grandes bibliothèques, aux pages demandées d'avance. Ce sera le livre téléphoté » (P. Otlet, *Traité de documentation : le livre sur le livre, théorie et pratique*, Bruxelles, Editions Mundaneum, 1934, p. 238).

³⁰ Pour une analyse approfondie de l'œuvre d'Otlet en termes de documentation et de gestion de l'information : Alex Wright, *Cataloging the World. Paul Otlet and the Birth of the Information Age*, Oxford University Press, 2014. - Rayward, W. Boyd, *The Universe of Information: the Work of Paul Otlet for Documentation and international Organization*, Moscow, Published for the International Federation for Documentation by the All-Union Institute for Scientific and Technical Information (Viniti), 1975, 390 pp.

³¹ P. Otlet, *Cité mondiale*, 1929, accessible en ligne à l'adresse : <http://www.peacepalacelibrary.nl/pmfiles/C20-10-007.pdf>, décrivant le projet de Genève, avec certains plans de Le Corbusier et Jeanneret.

³² La création du comité international olympique (CIO) par Pierre de Coubertin date de 1894 et les premiers jeux olympiques de l'ère moderne ont été organisés à Athènes en 1896.

³³ Voyez le site de l'UIA : <http://www.uia.org>.

³⁴ En 1919, elle publie la *Charte des intérêts moraux et intellectuels*.

³⁵ Ce projet préfigure les projets contemporains d'état de droit et de démocratie globale, développés notamment par Habermas et surtout Archibugi. Sur les projets contemporains de démocratie globale, voir mon étude « Réaliser la démocratie à l'échelle globale », in A. Viala (dir.), *La démocratie. Mais qu'en pensent les juristes ?*, Paris, Lextenso éd., 2014.

³⁶ Paul Otlet imagine un Parlement composé de trois chambres soit, outre l'assemblée des Etats et celle issues des assemblées populaires, une chambre des associations internationales.

première guerre mondiale, des projets de constitution mondiale et de charte mondiale des droits de l'homme³⁷. Lafontaine sillonne les Etats-Unis pendant la guerre où il prononce de très nombreuses conférences et publie à Boston en anglais son livre *Magnissima Carta*. Il représentera officiellement la Belgique à la Société des Nations, qu'il conçoit, de même que son ami, comme une étape intermédiaire, encore trop marquée par son caractère interétatique, vers la république supranationale de l'humanité qu'ils appellent de leurs vœux.

Cette société civile mondiale, dont Lafontaine et Otlet s'emploieront leur vie durant à dynamiser les échanges, constitue le fondement même du droit universel en développement. En effet, pour nos auteurs, qui participent pleinement au tournant sociologique de la pensée juridique, « à l'arrière-plan de la matière juridique est donc la Société »³⁸. La « mondialisation », entendue comme le développement des échanges de tous ordres par delà les frontières, qui est le mode d'être de l'humanité de notre temps, a dès lors pour conséquence nécessaire la création d'un droit universel, qui a d'ailleurs déjà commencé de se développer. Comme l'écrit Paul Otlet :

« La vie elle-même étant devenue universelle, le droit qui n'est que le vêtement juridique de tous les rapports à régler entre les hommes, est devenu irrésistiblement universel lui-même. Comment des dispositions nationales, arrêtées autrefois pour régler de modestes affaires locales pourraient-elles suffire aux immenses tractations qui aujourd'hui, de pays en pays, de continent en continent, font circuler hommes, capitaux, produits et oeuvres de l'esprit ? »³⁹

III. Les leçons d'une aventure politique et intellectuelle

Quels enseignements pouvons-nous, nous qui tentons de repenser un siècle plus tard les conditions et les modalités d'un droit global, retirer de ces efforts pour penser ce que Paul Otlet appelait déjà, avant Antonio Cançado, « le nouveau droit des gens »⁴⁰ ? Sachant que l'histoire ne se répète pas et qu'elle ne repasse pas les plats, mais aussi que le mouvement des idées évolue moins rapidement que la succession des événements, je retiendrai quatre leçons des travaux et entreprises de Lafontaine et Otlet.

La première est celle d'une critique lucide et sans concession de la notion de souveraineté. C'est d'ailleurs sur cette question que le droit mondial ou global marque sa rupture et se sépare du paradigme du droit international. En ce sens, Otlet, Lafontaine et les autres militants de la paix européenne et mondiale de leur époque sont moins des « internationalistes », comme on les qualifiait à l'époque, que des « altermondialistes » en lutte contre la domination étatique. Pour Otlet, « tant que subsistera dans les relations internationales la notion surannée de souveraineté, la

³⁷ H. Lafontaine, *The Great Solution. Magnissima Carta*, Boston, World Peace Foundation, 1916. - P. Otlet, *La Fin de la Guerre*: traité du paix général basé sur une charte mondiale déclarant des Droits de l'Humanité et organisant la Confédération des Etats: extrait de *la Vie Internationale*, numéro de la Guerre. Publication No. 86; Bruxelles: UIA, 1914, traduit en anglais : *The End of the War and the Establishment of a World Charter*. Translated by Ada Cunningham. Women's Union for Peace Foreign Leaflet No. 5., London, The Union, 1914. - P. Otlet, *Constitution mondiale de la société des nations. Le nouveau droit des gens*, Genève, Atar, 1917.

³⁸ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 228.

³⁹ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 229.

⁴⁰ Antônio Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, Martinus Nijhoff, 2010.

paix ne sera pas définitive »⁴¹. Il invite dès lors l'opinion publique, guidée par la théorie et éclairée par les faits, à effectuer dans l'ordre international une « révolution » similaire à celle qui, dans les ordres nationaux, a remplacé la souveraineté absolue par le régime représentatif⁴². Otlet nous montre par cette comparaison que l'ordre international des Etats correspond sur le plan de la philosophie politique à une structure d'Ancien régime qu'il faudrait enfin dépasser. Lafontaine et lui entendent ainsi mettre fin, par exemple, à la souveraineté prétendue des Etats sur leurs ressources naturelles, qui est pour eux source d'inégalités et de conflits. Mais Otlet va plus loin encore en appelant « à travailler à détruire de fond en comble les principes et les structures de l'Etat national qui s'opposent à la République Mondiale »⁴³. Il est vrai qu'il écrit cette phrase en 1935, dans une période où le nationalisme fanatique s'est emparé des gouvernements de l'Europe, en particulier dans les régimes fascistes triomphants.

La deuxième leçon que nous enseignent ces grands anciens tient à l'éloge de la lutte, sur laquelle se termine presque l'ouvrage d'Otlet de 1935⁴⁴. Le concept de « lutte » s'est progressivement imposé au cours du 19^{ème} siècle, à la faveur notamment du concept de « lutte des classes » popularisé par Marx et de la place de « la lutte pour la vie » dans la théorie de l'évolution de Darwin. Il s'étend au domaine juridique à l'initiative de Jhering qui développe la notion de « lutte pour le droit ». Le grand jurisconsulte allemand donne ce titre à un court mais influent essai publié en 1872, reconnu comme précurseur du tournant sociologique en Europe et en Amérique⁴⁵. Les tenants de l'Ecole de Bruxelles s'approprièrent par la suite largement cette notion dans laquelle ils reconnaissent bien leur conception énergique et volontariste de l'action juridique⁴⁶. Car il n'est bien sûr pas question pour ces pacifistes de faire l'éloge de la violence et de la guerre. Il s'agit plutôt de montrer que le droit n'est pas donné, ni acquis une fois pour toutes⁴⁷, mais qu'il se construit et se conquiert au prix d'une lutte qui oppose des valeurs et des groupes d'intérêts concurrents au sein de la société⁴⁸. L'éloge de la lutte doit dès lors s'entendre comme un appel à l'engagement, à s'impliquer directement dans la construction du droit et des institutions à venir, appel auquel Lafontaine et Otlet ont formidablement répondu eux-mêmes au point de consacrer l'essentiel de leur vie, de leur énergie et de leurs ressources à ce combat.

A cet égard, et c'est le troisième enseignement que je retiendrai, l'originalité distinctive de l'apport de nos auteurs bruxellois consiste moins dans les grands idéaux de paix universelle, de gouvernement de l'humanité et de constitution mondiale, largement partagés au sein des milieux pacifistes de l'époque, que dans les projets et réalisations concrets. Ils développèrent ceux-ci tout au long de leur vie essayant d'avancer pas à pas, y compris dans les circonstances les plus difficiles et les plus tragiques, vers l'objectif ambitieusement fixé, auquel ils ne renoncèrent jamais.

⁴¹ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 215-216. – H. Lafontaine se montrait bien plus prudent encore à l'égard de la souveraineté des Etats dans son projet de 1916 (*Magnissima Carta*, op. cit., p. 17 et s.).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 210.

⁴⁴ P. Otlet, *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 398-399.

⁴⁵ *Der Kampf ums Recht*, Vienne 1872, trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marescq Aîné, 1890, et réédition, Paris, Dalloz, 2006.

⁴⁶ Notamment Henri De Page, le célèbre civiliste, qui était également titulaire de la chaire de philosophie du droit, qui écrit notamment : « la conception positiviste rend, seule, adéquatement compte de ce qu'on a si justement appelé 'la lutte pour le droit', théorie selon laquelle le droit n'est pas, mais se fait, et que tous, gouvernés comme gouvernants, nous avons dans cette lutte une place que personne ne peut désertir si nous voulons faire triompher nos intérêts ou notre idéal » (*Droit naturel et positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 40).

⁴⁷ Voir ci-dessus à la note précédente : «... le droit n'est pas, mais se fait...».

⁴⁸ Pour une analyse détaillée, on peut se reporter à B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, ch. 7, § 205 et s., p. 432 et s.

Lafontaine et Otlet sont indubitablement des idéalistes, voire des utopistes, mais certainement pas des rêveurs. Impliqués totalement dans la vie politique et sociale nationale et internationale, ils multiplient avec énergie et constance les inventions et les initiatives qu'ils s'acharnent à mettre en œuvre avec une mentalité d'ingénieur social, bien dans l'esprit de l'École de Bruxelles⁴⁹. Outre le *Mundaneum*, l'Union des Associations Internationales et les projets de Cité mondiale déjà mentionnés, Paul Otlet en particulier donne des preuves supplémentaires de son esprit d'anticipation en concevant des instruments de régulation nécessaires à la mondialisation pacifique, comme l'établissement d'une monnaie universelle⁵⁰ et la mise au point d'indicateurs transnationaux⁵¹.

Enfin, et c'est le dernier enseignement, cette vaste entreprise, dont on n'a pu donner ici qu'une image vague et partielle, doit inciter tous ceux qui réfléchissent et travaillent aujourd'hui au droit global à la modestie sinon à l'humilité, non pas tant en raison de l'ampleur des réalisations de nos prédécesseurs, que par les terribles échecs par lesquels celles-ci se sont soldées⁵². Les efforts d'Otlet et Lafontaine, couronnés par le Prix Nobel de la Paix attribué à ce dernier en 1913, n'ont pas empêché dès l'année suivante le déclenchement de la guerre de 14, pas plus que l'énergie redoublée qu'ils ont mis au service de la paix des nations après ce terrible conflit, n'a permis d'éviter la seconde guerre mondiale, qu'Otlet d'ailleurs annonce très lucidement dans son ouvrage de 1935, tout en cherchant encore tous les moyens de lutter pour l'éviter⁵³. Lafontaine et Otlet sont morts en 1943 et 1944, dans Bruxelles occupée, isolés, ruinés et désespérés, tandis que leurs œuvres dispersées tombaient pour longtemps dans l'oubli⁵⁴.

IV. Trois observations sur les dynamiques contemporaines du droit global

Plus d'un siècle a passé depuis les premières tentatives de Henri Lafontaine et Paul Otlet de penser et d'établir un droit universel. Durant cette période, les travaux de l'École de Bruxelles ont considérablement évolué, même si son approche pragmatique ne s'est pas démentie, mais au contraire affirmée au fil du temps⁵⁵. Le programme « droit global » poursuivi au sein du Centre Perelman depuis les années 1990 est très éloigné du projet de constitution mondiale que l'on vient d'évoquer. Plus modeste et moins ambitieux sans doute, notre projet s'ancre dans l'observation

⁴⁹ L'École de Bruxelles fut créée à l'origine par des juristes et des ingénieurs, dont Ernest Solvay, qui finança une grande partie des opérations, et Émile Waxweiler, qui fut nommé par Solvay directeur du second Institut de sociologie.

⁵⁰ P. Otlet, *Pour une Monnaie Internationale: le franc postal universel*, Bruxelles, UIA Publication n°120 et Paris, Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1926. – Voir aussi dans *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 156 et s. sur l'institution d'une « monnaie universelle ».

⁵¹ *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 213 et s. Ces indicateurs, dont la mise en place appelle la création d'un Institut international de conjecture notamment (p. 428), repose sur l'idée positiviste de la « prévision sociologique », inspirée de Comte et Quételet (p. 408 et s.). Paul Otlet développe également l'idée d'un « plan mondial » (p. 380-1 et p. 431 et s.) et d'une organisation économique mondiale (p. 178 et s.) dans le cadre d'un projet économique très clairement dirigiste, bien dans l'esprit de l'époque.

⁵² S. Berger, *Notre première mondialisation...*, op. cit.

⁵³ *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 232 et s.

⁵⁴ Le *Mundaneum* de Bruxelles fut fermé en 1934 et déplacé aux Pays-Bas, où le célèbre philosophe et logicien viennois Otto Neurath, qui avait fui l'Autriche à la suite de l'*Anschluss*, pris la direction du *Mundaneum Institute*, avec son ami Otlet, avant de fuir à nouveau vers l'Angleterre au moment de l'invasion du pays par les nazis (Denis Lelarge, *L'encyclopédie sociale d'Otto Neurath: La raison visuelle*, Paris, L'Harmattan, 2010).

⁵⁵ Voyez à ce sujet B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Bruxelles, éd. de l'Académie royale de Belgique, à paraître.

empirique des problèmes et des dispositifs normatifs qui émergent dans différents secteurs mondialisés pour en induire un modèle de l'évolution contemporaine du droit et un répertoire d'instruments pouvant être mobilisés au service de la régulation et du droit global⁵⁶. Pour autant, aussi loin que notre projet et notre démarche s'écartent de ceux de ces illustres prédécesseurs, il est possible et sans doute pas inutile d'évoquer ici l'évolution, les prolongements ou les transpositions de certaines notions et intuitions, qui autorisent peut-être, en dépit des discontinuités et des différences, sinon de tracer un parallèle ou une ligne continue, du moins de repérer un mouvement d'idées et les éléments épars d'un héritage, qui ont pu constituer une source, même inconsciente et partielle, d'inspiration.

Le monde a profondément changé tant au niveau politique, qu'économique et technique, depuis celui de l'époque de Lafontaine et Otlet, que Stefan Zweig a si bien racontée et dont il a montré la disparition dans *Le monde d'hier*⁵⁷. Pourtant, force est de constater que la « mondialisation » annoncée par Otlet de la société s'intensifie à nouveau, ainsi qu'en atteste, au delà de l'extraordinaire succès actuel de ce néologisme, la prolifération sans précédent des flux et des communications transfrontaliers, notamment par le moyen des réseaux globaux d'échanges d'informations et de données qu'Otlet avait anticipés et travaillés à construire avec Lafontaine. Or cette hypothèse fondamentale, que l'émergence d'une société mondiale emporte avec elle le besoin mais aussi déjà la réalisation d'un droit universel, et ce en dépit même de l'absence d'un Etat ou d'un gouvernement mondial, n'a rien perdu de son intérêt. De même, l'intuition que ce droit soit amené à revêtir une forme nouvelle⁵⁸ est confortée par la différence radicale du contexte, spécialement politique et institutionnel, dans lequel ces normes globales s'élaborent et trouvent à s'appliquer. Dans notre analyse de ces normativités, le dépassement de la notion de souveraineté, le paradigme de la lutte pour le droit et l'accent mis sur les innovations de l'ingénierie normative jouent un rôle important. Toutefois, notre étude prend comme point de départ, non pas un modèle idéal à construire, mais bien l'environnement normatif global existant, le droit global positif si on ose dire, tel qu'il peut être étudié empiriquement et analysé par tout un chacun. De nos études, je tirerai ici trois observations générales en lien avec les notions discutées plus haut dans cet article.

1° La première observation tient au caractère tous azimuts que prend la lutte pour le droit dans l'environnement global contemporain. L'absence d'Etat et de gouvernement mondial ne conduit pas, au contraire de ce que tant la théorie normativiste que la théorie économique néoclassique, pour des raisons différentes, nous inviteraient à conclure, à un état d'anomie globale. Il suscite à l'inverse un état de « pannomie », caractérisée par l'explosion pléthorique de normes de tous ordres, émises à tous les niveaux, par les acteurs les plus divers, étatiques et internationaux bien sûr, mais aussi privés, marchands ou non, parfois regroupés en réseaux transnationaux, ainsi que par de multiples instances d'expertise, y compris académiques. Le terme de « soft law », adopté par la doctrine classique pour désigner, depuis la berge des sources formelles, ce flux normatif bouillonnant, apparaît vague et ambigu et bien insuffisant pour saisir un phénomène multiforme et d'une si vaste ampleur.

Cette explosion normative nous permet de tirer, sur le plan de la philosophie du droit, des indications sur la manière dont se déroule la lutte pour le droit dans un environnement non souverain, c'est-à-dire où ne prévaut pas un ordre juridique organisé, un système centralisé d'élaboration et d'application de règles ni, pour l'exprimer dans le vocabulaire de Hart, d'articulation entre des règles primaires et des règles secondaires. Dans un tel environnement, la règle d'or libérale, appuyée sur la *summa divisio* public-privé, suivant laquelle les pouvoirs publics sont en charge de l'intérêt général, tandis que les autres agents, dits privés, poursuivent librement

⁵⁶ Il n'est pas possible et ce n'est pas l'objet dans le cadre limité de cet article de rendre compte de l'ensemble de ces travaux, dont on trouvera une synthèse des hypothèses et de la méthode dans B. Frydman, "Comment penser le droit global" in J.Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-48.

⁵⁷ S. Zweig, *Le monde d'hier* (1944), Paris, Le livre de Poche.

⁵⁸ *Monde. Essai d'Universalisme*, op. cit., p. 229.

leurs intérêts du même ordre, dans les limites du cadre légal et réglementaire public, ne fonctionne plus de manière satisfaisante. Même s'ils mettent un certain temps à le réaliser et à en prendre leur parti, tous les acteurs, quelle que soit leur qualité, qui, pour promouvoir leurs valeurs ou leurs intérêts, souhaitent que certaines normes prévalent dans cet environnement, ne peuvent plus se contenter de modes d'intervention classiques, telles la mobilisation électorale, le *lobbying* ou l'investissement des instances de consultation, de négociation et de décisions, auprès d'instances publiques, en l'espèce inopérantes ou insuffisantes. Ils se voient dès lors conduits, directement ou en recourant à des entrepreneurs normatifs qu'ils recrutent ou auxquels ils s'affilient à cette fin, non seulement à édicter directement des normes, mais aussi à mettre en place et à faire fonctionner des dispositifs de mise en œuvre et de règlement des différends.

L'extraordinaire production normative que l'on peut observer depuis une vingtaine d'années dans le domaine dit de « la responsabilité sociale des entreprises » nous en offre une illustration spectaculaire⁵⁹ : des dizaines de milliers de codes de conduite, édictés d'abord par des instances internationales, puis par les entreprises elles-mêmes, ainsi que par les organisations non gouvernementales, ou encore par des commissions associant toutes ces parties et d'autres encore, à la récente norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations, en passant par les innombrables comités d'inspection et d'audit, internes ou externes aux entreprises, les dispositifs de rapportage et de certification, les agences de notation sociétales et les organismes de labellisation. La richesse et la dynamique de cette panoplie d'instruments de la RSE nous permet de prendre la mesure de l'importance des investissements, de l'énergie et de l'ingéniosité déployée par une multitude d'intervenants autour de ces questions, il est vrai de première importance, de la réglementation de l'action des entreprises à l'égard des travailleurs, de l'environnement et des droits de l'homme dans l'environnement global.

2° On doit bien sûr s'interroger sur l'efficacité, sans parler de la légitimité, d'un tel foisonnement normatif. Contrairement à ce que nous enseigne l'adage, en fait de règles, contrairement aux biens, abondance nuit⁶⁰. Si chacun suit sa propre règle, cela revient au même que l'absence de règles⁶¹. La pannomie ne vaut guère mieux en pratique que l'anomie. Rien n'est plus aisé que d'édicter une norme ou un code, quel en est l'intérêt s'ils doivent demeurer lettre morte ? La lutte pour le droit, non médiatisée par des institutions, risque donc bien d'aboutir à une impasse.

Pourtant, et ce sera ma deuxième observation, l'examen des dynamiques normatives sur le terrain oblige à nuancer cette conclusion théorique. On constate en effet, dans plusieurs situations, qu'émerge du chaos ambiant, généré par la production normative proliférante et les comportements apparemment anarchiques des acteurs, des configurations normatives plus ou moins stables, qui produisent des effets de régulation. Ces configurations sont le produit des actions stratégiques des agents, mais elles ne correspondent pas forcément à leurs projets ni à leurs intentions, pas plus qu'elles ne procèdent nécessairement de mécanismes de concertation ou de coopération. Le domaine du droit global s'offre ici comme un champ d'investigation particulièrement intéressant pour l'étude des phénomènes d'émergence⁶².

Nos travaux ont ainsi contribué à mettre en évidence un cas de figure significatif d'émergence d'un dispositif de corégulation en milieu non souverain, que l'on peut observer dans

⁵⁹ Voyez sur cette question notre ouvrage collectif *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles Bruylant, 2008.

⁶⁰ “*Quod abundat non viciat*”, couramment traduit en français par “abondance de biens ne nuit pas”.

⁶¹ J'ai déjà évoqué à cet égard, notamment dans “Comment penser le droit global” (op. cit., p. 38) l'importance de l'analyse de Wittgenstein, fondée sur l'idée que “suivre une règle” signifie suivre la *même* règle.

⁶² Hugues Bersini, *Qu'est-ce que l'émergence?*, Ellipse, 2007.

plusieurs secteurs, au départ de la responsabilisation des points de contrôle. Nous avons d'abord décrit et analysé ce phénomène dans le domaine de la régulation de l'Internet⁶³, qui constitue d'ailleurs un domaine d'élection pour l'observation de phénomènes d'émergence, au-delà des seules questions de régulation. Nous avons pu observer que les acteurs privés, marchands et non marchands, imités et confortés ensuite par les acteurs publics notamment étatiques, loin de se résigner au caractère incontrôlable du cyberspace, ont identifié successivement les fournisseurs d'hébergement des sites, les fournisseurs d'accès au réseau, les moteurs de recherche, les registres d'attribution des noms de domaine et les intermédiaires financiers qui gèrent les transferts de fonds en ligne, comme autant de points de passage plus ou moins obligés des flux de communications et des transactions en ligne. Ces points de transit ont été soumis, comme l'ont montré plusieurs affaires importantes, de l'affaire Yahoo ! en France qui déclencha notre étude, aux affaires plus récentes Wikileaks et Snowden, en passant par celles qui ont impliqué notamment Google et Yahoo ! en Chine, à d'intenses pressions contradictoires, de tous ordres et notamment judiciaires, afin de les inciter à jouer un rôle de gendarme des communications, qu'il n'était nullement dans leurs intentions ni dans leurs compétences de remplir au départ. Ces fournisseurs de services ont été « responsabilisés », c'est-à-dire mis en demeure de censurer, de filtrer ou de communiquer publiquement ou secrètement, toutes les communications que ceux qui avaient réussi à les mettre sous pression considéraient illégales, illégitimes, injustes, problématiques ou simplement suspectes. Cette situation est d'autant plus inconfortable pour ces opérateurs qu'il n'existe pas d'accord sur les standards à appliquer en la matière, mais au contraire de profondes divergences entre, par exemple, les droits des Etats autoritaires et ceux des pays démocratiques, et, parmi ces derniers, entre le droit européen et le droit américain, par exemple sur les limites de la liberté d'expression et la protection de la vie privée. Ces questions font en outre l'objet d'intenses conflits d'intérêts et de valeurs, par exemple entre la protection de la propriété intellectuelle et la circulation des œuvres et des informations ou entre la protection de la vie privée et la préservation de la sécurité.

Les intermédiaires des réseaux, ainsi identifiés comme des points de contrôle potentiels, ont dès lors été incités, bien « aidés » par les groupes d'intérêts structurés et les pouvoirs publics, à mettre en œuvre des instruments originaux de régulation des contenus et des conflits, ainsi par exemple les diverses procédures, formelles et informelles, de notification et retrait des données controversées. Ils ont en outre tenté d'édicter, dans leur propre intérêt cette fois, des lignes de conduite, plus ou moins claires et convenues avec la concurrence, tentant de tracer des lignes de partage entre les contenus légitimes et ceux qui devaient être bloqués, retirés ou communiqués à qui de droit. Ainsi, la mise sous pression du point de contrôle fait progressivement émerger un dispositif de régulation et dans un second temps seulement le contenu d'une norme, lorsque celle-ci n'est pas empruntée ou élaborée ailleurs, par exemple à un instrument ou une organisation internationale, un forum multi-parties prenantes ou encore un professionnel de la fabrication de normes, ou encore une institution ad hoc, créée pour l'occasion.

⁶³ B. Frydman et I. Rorive, « Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A. », *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 1, pp. 41-59. - B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, « Public Strategies for Internet co-regulation in the United States, Europe and China », in E. Brousseau, M. Marzouki, C. Meadel, (eds.), *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150.

La théorie de la responsabilisation des points de contrôle a pu être transposée à d'autres chantiers globaux. Elle fournit notamment une explication plausible du mouvement de la responsabilité sociale des entreprises, dont la forte dynamique normative a déjà été évoquée plus haut. On peut en effet interpréter cette dynamique comme la conséquence de l'identification et de la mise sous pression d'entreprises dites « têtes de réseaux », ainsi incitées à prendre en charge, bien malgré elles et souvent contre leurs propres intérêts, la régulation des conditions de travail et des conséquences notamment environnementales de la production, dans toute l'étendue de leur « sphère d'influence »⁶⁴, s'étendant parfois sur toute l'étendue de la chaîne globale de valeur.

La théorie des points de contrôle permet également de rendre compte, dans le dossier brûlant de la régulation des marchés financiers globaux, de la position à la fois centrale et très critiquée des agences de notation, auxquelles nous avons consacré une recherche spécifique⁶⁵. Le point de contrôle identifié par les autorités publiques et les acteurs privés est ici un professionnel de l'information, transformé en régulateur de fait et bientôt de droit. Comme il est bien connu dans l'analyse économique, les marchés où le nombre de produits est très important et ceux-ci mal connus des acheteurs potentiels créent une niche pour un oligopole d'intermédiaires qui font profession de renseigner le public en fournissant des informations sur le prix et la qualité des produits et des fournisseurs. C'est le principe des guides du voyage et des critiques gastronomiques. Les agences de notation édictaient d'ailleurs à l'origine des guides de ce type, à l'intention des investisseurs dans le domaine du chemin de fer aux Etats-Unis, à la fin du 19ème siècle. Leurs évaluations, progressivement généralisées à toutes les valeurs, ont ensuite été progressivement investies, tant par les pouvoirs publics que par les fonds privés d'une autorité, discriminant notamment les investissements acceptables des produits de type spéculatif. La globalisation des marchés financiers, elle-même en partie le fruit d'une entreprise de dérégulation radicale entreprise par certains Etats, a accru encore l'importance de la mission d'information de ces agences, d'autant que la désintermédiation financière a encouragé les banques à ne plus assurer elles-mêmes leur mission traditionnelle d'évaluation des risques du crédit et à externaliser celle-ci vers les agences. L'évolution de l'organisation du marché et les comportements des acteurs publics et privés, dans un contexte où les règles de droit et prudentielles étaient supprimées ou ne fonctionnaient plus, ont élevé les agences de notation au rang de régulateurs de fait. Les notes attribuées par celles-ci aux candidats emprunteurs et aux produits financiers déterminaient en effet tant la possibilité d'un accès au marché du crédit que le taux de financement en fonction de l'appréciation du risque de défaut.

La suite de l'histoire est intéressante parce qu'elle met en lumière ce que l'on pourrait appeler le paradoxe du régulateur malgré lui ou du renforcement du régulateur défaillant. A chaque crise financière, les agences ont en effet été mises en cause pour leur légèreté, leur imprévoyance, leur négligence ou leur complicité, tant par les pouvoirs publics que par les investisseurs privés mécontents. C'était déjà le cas lors de la crise asiatique ou de l'affaire Enron par exemple. Le même phénomène s'est reproduit lors de la crise des subprime à partir de 2007 et de la crise des dettes souveraines en Europe qui a suivi. Les agences ont été accusées d'avoir aveuglé (et dans un but d'enrichissement) délivré à tour de bras des notes AAA aux produits subprime qui se sont avérés extrêmement spéculatifs, sinon « pourris ». Plusieurs actions en justice et des poursuites pénales sont en cours et certaines condamnations ont déjà été prononcées à l'encontre des agences. Les agences ont également été mises en cause, spécialement en Europe par les autorités politiques, pour avoir déclenché la crise des dettes souveraines en dégradant à leurs yeux trop rapidement la note de certains Etats.

Le paradoxe du mauvais régulateur ou du régulateur malgré lui tient en ceci que les mises en cause de la responsabilité des agences conduisent à chaque fois à des réformes législatives et

⁶⁴ L'expression « sphère d'influence », apparue dans le Pacte Mondial (2000) et popularisée depuis, est reprise notamment dans la norme ISO 26000 pour déterminer le périmètre de la responsabilité sociale de l'organisation.

⁶⁵ B. Colmant et al., *Les agences de notation financières entre marchés et Etats*, Bruxelles, Larcier, 2013.

réglementaires ou à des décisions judiciaires qui réforment leur fonctionnement et renforcent les obligations des agences en manière telle qu'elles inscrivent progressivement dans le droit la fonction de quasi-régulateurs globaux que les acteurs leur reprochent de ne pas exercer correctement et qu'elles n'ont d'ailleurs ni mandat ni compétence d'assurer. Autrement dit, et on a pu observer une évolution similaire dans le domaine de la régulation de l'Internet depuis l'affaire Yahoo ! en France et de la responsabilité sociale des entreprises depuis l'affaire Nike, plus le point de contrôle potentiel identifié par les acteurs est critiqué, plus il est responsabilisé dans cette fonction par les règles et décisions qui s'imposent à lui, qui le confirment et le confortent dans un rôle de régulateur. La théorie des points de contrôle contribue ainsi à expliquer comment de nouveaux dispositifs de régulation, voire les embryons de nouvelles institutions, peuvent ainsi émerger et se consolider dans l'environnement global.

3° Enfin, et ce sera ma dernière observation, les normes qui se développent et prospèrent dans ce milieu non souverain revêtent des formes souvent bien différentes des sources juridiques formelles classiques, qu'elles concurrencent, complètent et remplacent parfois. Ce renouvellement des formes ne doit pas surprendre outre mesure dès lors que l'*imperium* et la logique territoriale qui caractérisent les sources souveraines classiques, en particulier au niveau du droit public, se révèlent pour la plupart mal adaptées à la régulation dans l'environnement global. Cependant, les règles et instruments du droit privé, notamment du droit de la responsabilité et des contrats, sont fréquemment utilisés par les acteurs, comme on peut l'observer notamment dans la diffusion des codes de conduite ou la responsabilisation des points de contrôle, pour reprendre des exemples déjà évoqués plus haut. Parmi les formes multiples qui sont mobilisées dans la lutte globale pour le droit, certaines empruntent cependant des formes plus inattendues. Il en va ainsi des normes techniques ou standards et des indicateurs, dont la montée en puissance spectaculaire nous a paru requérir une attention toute particulière dans nos travaux⁶⁶.

Ainsi, l'institutionnalisation, que je viens d'évoquer, des agences de notation financières en autorités quasi-régulatrices a contribué à conférer à leurs évaluations une fonction normative, par l'effet disciplinant que celles-ci exercent sur les emprunteurs privés et publics. En d'autres termes, les candidats à la levée de fonds par la voie d'émissions obligataires, anticipant le jugement des agences dont dépend l'accès et le coût de leurs financements, ont tendance à aligner leurs comportements, leurs stratégies commerciales ou leurs politiques sur le référentiel normatif qui sous-tend les évaluations⁶⁷. Cet effet normatif devient d'ailleurs d'autant plus prégnant et visible que, par l'effet du renforcement du régulateur malgré lui, les agences se voient désormais contraintes à la transparence tant sur les critères que sur les procédures d'attribution des notes.

Le cas des agences de notation financières ne représente cependant nullement un cas isolé, mais bien un exemple particulièrement mis en évidence par la crise financière d'un dispositif de normalisation, qui connaît des applications multiples dans les domaines les plus divers. Sans revenir au cas des agences de notation sociétales, qui miment les agences financières dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, mais dont le développement encore embryonnaire cherche encore son modèle économique, tout le monde connaît bien désormais dans le monde académique l'impact normatif des classements globaux des universités, notamment du plus célèbre d'entre eux, le palmarès de Shanghai. Ici encore, la fonction régulatrice de ces classements académiques s'exerce non pas tant sur le choix des étudiants, « clients » sur le marché des formations supérieures et des diplômes, que sur les institutions d'enseignement et de recherche, tant publiques que privées, à l'égard desquelles les classements opèrent comme un outil de gouvernance managérial. L'impact de cet outil est d'autant plus puissant que la position dans le classement est utilisé pour la subvention des établissements, la reconnaissance internationale des diplômes ou l'évaluation des performances des dirigeants et du personnel des universités⁶⁸.

⁶⁶ B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁶⁷ B. Frydman, « Le pouvoir normatif des agences de notation », in B. Colmant et al., *op. cit.*, pp. 173-184.

Les autorités publiques ont d'ailleurs parfaitement saisi la puissance normalisatrice de ces dispositifs d'évaluation et de gestion, qu'ils n'ont pas hésité à s'approprier et à mettre en œuvre dans le cadre du nouveau management des services publics étatiques⁶⁹. Des indicateurs transnationaux, dont l'objectif est de comparer et de classer les Etats en fonction de certains indicateurs ou données, dans un objectif de régulation déjà anticipé par Otlet, sont en outre mis au point et largement utilisés par les organisations en charge de la gouvernance européenne⁷⁰ et globale. Parmi ces dernières, on connaît le rôle pionnier de la Banque mondiale, dont le célèbre indice *Doing Business*, qui mesure et classe l'attractivité relative des Etats pour les investissements et donc pour les investisseurs étrangers, fait délibérément fonction d'incitation à la réforme des cadres réglementaires nationaux sur la base d'un modèle normatif néolibéral, conforme au consensus de Washington. La Banque a développé dans la foulée d'autres indicateurs qui concernent spécifiquement le droit, en particulier l'indicateur composite *Rule of law*, qui classe, comme son nom l'indique, les performances respectives des Etats en matière de respect de l'état de droit, selon un modèle normatif sous-jacent qui est sujet à critique et peut influencer notamment l'octroi de prêts ou d'aides au développement⁷¹.

Dans le même temps, les standards ou normes techniques évoluent de manière importante. On observe une extension croissante de leur champ d'application et de leur emprise au niveau global, comme le souhaitait d'ailleurs Otlet, au point que certains secteurs importants de la société mondiale sont désormais principalement régis par des normes de ce type. Tel est le cas, par exemple, des protocoles élaborés et administrés par l'ICANN dans le domaine de l'Internet ou bien des normes comptables IFRS, établis au sein de l'International Accounting Standards Board. L'activité de l'Organisation internationale de normalisation ISO, créée après la seconde guerre mondiale, connaît parallèlement un développement important. La normalisation a progressivement évolué de standards fixant les étalons de mesure, les formats, spécifications et procédés de fabrication d'objets manufacturés vers des normes garantissant la sécurité et la qualité des produits, services et processus des entreprises et des organisations en général. Ces standards tendent aujourd'hui à supplanter la législation et la réglementation classiques dans les importants domaines de la santé, de la sécurité et de la protection de l'environnement, à la faveur de la mise en place de marchés transnationaux. Leur fonction normative a d'ailleurs été officiellement consacrée en Europe, lors de la mise en place du marché unique, et au niveau de l'OMC par les accords sur les obstacles dits techniques au commerce (OTC) et la libéralisation des services (AGS). Les traités de libéralisation du commerce transatlantique en cours de négociation entre l'Europe et le Canada ou les Etats-Unis devraient sans nul doute accroître encore le poids de ces standards et des organismes qui les élaborent et en vérifient l'application.

Ces standards n'ont plus de techniques que le nom dès lors qu'ils prennent en charge, notamment au niveau global, de vastes matières et des valeurs, qui relevaient naguère pleinement du domaine et de la réglementation juridiques. La publication en 2012 de la norme ISO 26000, déjà citée, sur la responsabilité sociale des organisations fournit un exemple frappant de cette prise en charge des normes sociales par la normalisation globale. Cette extension du domaine de la normalisation nous apparaît d'autant plus importante que ces normes, même si elles s'appliquent en principe purement volontaires, ne se présentent pas seules, comme de simples textes indicatifs

⁶⁸ Pauline Bégasse et Arnaud Van Waeyenberge, « Gouverner par les indicateurs: le cas des classements d'université » in Alexandre Flueckiger et Thierry Tanquerel (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit*, Bruxelles, Bruylant, en cours de publication.

⁶⁹ L'administration de la justice constitue un domaine particulièrement intéressant et controversé de l'application de cette gestion par les indicateurs et le *benchmarking*. On peut lire à cet égard : B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011.

⁷⁰ Arnaud Van Waeyenberge, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne. Evolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Larcier, collection Europe(s), 2014.

⁷¹ Voir la thèse de doctorat de David Restrepo, *The Rise of Transnational Legal Indicators: Empirical Accounts of Law in a Global Society* (ULB, 2014).

de bonnes pratiques, mais s'inscrivent dans de puissants dispositifs, dont les instances de normalisation qui les élaborent, mais aussi les mécanismes d'accréditation, de certification et de labellisation, qui en contrôlent la mise en œuvre et le respect effectif. Cette technologie normative est particulièrement élaborée et performante, d'autant qu'avec le tournant des normes de qualité et de management, les standards techniques, d'une part, et, d'autre part, les indicateurs de gestion et les dispositifs d'évaluation et de classement, ont opéré leur jonction historique et fonctionnent désormais de concert. On peut dès lors prédire, sans grand risque d'erreur, que ces normes techniques et de gestion sont appelées à jouer un rôle croissant sinon déterminant dans les prochains développements de la régulation globale.

Beaucoup sinon la plupart des spécialistes contesteront, sur le plan de leur forme, de leur origine ou de leur légitimité, le caractère proprement juridique de ces normativités émergentes que nous venons d'évoquer. D'un point de vue pragmatique, ce jugement n'est guère satisfaisant s'il doit conduire, parce que « ce n'est pas du droit », à ignorer la dynamique de ces phénomènes dans l'environnement global. Le droit, encore une fois, n'est pas un système rigide, fixé une fois pour toutes, et il est normal que les instruments et dispositifs de régulation et de réglementation des comportements évoluent en fonction des contextes politiques, sociaux et techniques dans lesquels ils sont amenés à remplir leur fonction. L'histoire nous en fournit maints exemples.

Quant à la légitimité, c'est une position bien formaliste que de l'attacher exclusivement à la forme de la norme ou à son « pedigree », selon le mot de Dworkin. Après tout, il y a des jugements iniques, des lois scélérates et des Etats voyous ou défaillants. Il convient au contraire que l'ingénierie juridique, suivant en cela l'exemple que nous donnent les acteurs sociaux eux-mêmes, publics comme privés, se saisisse de ces normativités émergentes, les mette au banc d'essai et en analysent le potentiel afin que ces ressources, ainsi mieux connues et rendues disponibles, puissent être mises au service de la construction d'un droit global conforme aux aspirations, aux intérêts et aux valeurs de la société mondiale. Il serait inconcevable que, dans une société qui se caractérise avant tout par l'innovation, sur les plans scientifique, technologique et économique, mais aussi des formes de vie sociale, des échanges et des communications, les normes elles-mêmes et les institutions et les dispositifs qui les mettent en œuvre ne soient pas appelés à évoluer à leur tour. Il ne serait pas davantage acceptable ni responsable pour le juriste de s'en désintéresser, tout en abordant leur étude avec modestie et la conscience de la contingence historique des phénomènes et des instruments qu'il étudie et contribue à mettre en œuvre.