

Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2013, pp. 92-98.

DOI de la version publiée : 10.3917/riej.070.0092.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2013-le-rapport-du-droit-aux-contextes-selon-l-approche-pragmati>

Benoit Frydman

JE voudrais rendre compte dans cet article des rapports que le droit entretient aux contextes, selon la perspective pragmatique de l'Ecole de Bruxelles, dans laquelle s'inscrivent les travaux du Centre Perelman en général, et mes recherches en particulier.

On désigne, depuis la fin des années 1960, sous le terme « Ecole de Bruxelles », le mouvement réuni autour de figures comme Chaïm Perelman, Paul Foriers et Walter Ganshof van der Meersch, qui ont contribué à enrichir la théorie du droit par l'étude de l'argumentation judiciaire et la réintroduction des principes généraux, des droits fondamentaux et des valeurs au sein du droit positif¹. Cette génération a en réalité poursuivi et renouvelé l'œuvre de ses maîtres qui, comme Eugène Dupréel, Paul Vander Eycken, Georges et Léon Cornil, Henri De Page et Jean Van Ryn entre autres, avaient embrassé les principes du pragmatisme, de l'école sociologique et du mouvement de la libre recherche scientifique pour développer une conception créative et évolutive du droit, centrée sur l'observation des nécessités de la pratique². L'Ecole se prolonge aujourd'hui dans des recherches qui analysent les transformations en cours du droit et des normativités dans le contexte de la globalisation et l'émergence d'un droit global³.

Comme toute philosophie pragmatique, l'Ecole de Bruxelles confère une place primordiale au contexte. Elle appréhende la règle de droit dans la perspective de son application discutable et controversée à une situation concrète où elle prend son sens et produit ses effets. Elle accorde dès lors une place déterminante aux contextes d'application dans une double perspective, d'une part, de compréhension et d'interprétation de la règle de droit et, d'autre part, d'observation des effets qu'elle produit dans le champ social et d'initiatives pour en influencer le cours. Dans une perspective pragmatique, ces deux dimensions de l'interprétation et de l'action sont d'ailleurs liées. Dans les lignes qui suivent, j'examine successivement certains apports de l'Ecole sur ces deux plans : d'abord, la contribution au renouvellement de l'argumentation et de l'interprétation juridiques par l'ouverture du droit à la pluralité des contextes ; ensuite, les méthodes d'observation et les ressources de l'ingénierie juridique mobilisées dans le contexte contemporain de lutte pour le droit et de concurrence des normativités.

1. B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles », in B. FRYDMAN et M. MEYER, *Chaïm Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, p. 229-246.

2. *Ibid.*

3. B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-48.

*Le rapport du droit aux contextes selon l'approche p...***1. Argumenter et interpréter par référence à des contextes pluriels**

D'un point de vue pragmatique, le sens d'un texte est devant lui. Selon C.S. Peirce, le sens d'un signe est un autre signe, son interprétant, qui donne à voir l'objet visé par le signe depuis un certain « terrain » ou dans un certain contexte⁴. La règle de droit, telle qu'elle est formulée, par exemple, dans un texte législatif, prend ainsi progressivement son sens dans la succession des applications pratiques qu'elle reçoit dans des cas d'espèce, telles que nous en prenons connaissance par la jurisprudence.

Dans le prolongement de la libre recherche scientifique, l'Ecole de Bruxelles a contribué à déplacer le centre d'intérêt des juristes du législateur vers les juges et les interprétations que ceux-ci donnent du droit dans la motivation de leurs décisions. Elle a en outre émancipé les juges de la soumission exclusive à la volonté du législateur, en montrant, avec Ch. Perelman et P. Foriers, que cette méthode ne constitue qu'un argument parmi une pluralité d'autres, entre lesquels le juge peut se donner la possibilité de choisir le plus adéquat en l'espèce⁵. Il revenait à d'autres « Bruxellois », en particulier M. Van Hoecke ainsi que Fr. Ost et M. Van de Kerchove, de structurer ces méthodes en termes de contextes par référence à la sémiotique et aux théories de la communication⁶. Si la règle juridique est appréhendée comme un message, il apparaît utile pour en saisir pleinement le sens de comprendre celle-ci, non seulement dans le contexte de son énonciation (par le législateur notamment), mais également par référence à d'autres contextes pertinents, spécialement en la considérant dans le contexte de l'ordre juridique dans laquelle elle s'inscrit et le contexte social où la règle doit être appliquée.

Cette avancée a permis de dresser la topique contemporaine de l'interprétation, dont les différents « lieux » indiquent, à proprement parler, les contextes où les interprètes vont pouvoir puiser leurs arguments en vue de produire des interprétations convaincantes,

4. C.S. PEIRCE, *Collected Papers*, 1.541 et 2.228. Peirce utilise le terme « ground » que les traductions françaises rendent souvent par « fondement » alors que la traduction littérale de « terrain » nous semble mieux adaptée au pragmatisme.

5. P. FORIERS, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge » (1973) in *La pensée juridique de Paul Foriers*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 709-719, spéc. p. 716 et 719. – Voy. également plusieurs développements de Ch. PERELMAN sur la multiplicité des sens, des interprétations et des techniques ou lieux de celles-ci, notamment dans *L'empire rhétorique* (Paris, Vrin, 1977) et *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique* (Paris, Dalloz, 1979, 2^e éd.) et spécialement « La réforme de l'enseignement du droit et « la nouvelle rhétorique » », *Archives de Philosophie du Droit*, 1975, reproduit dans *Ethique et droit*, Bruxelles, P.U. Bruxelles, 1990, p. 547-559.

6. M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1979, spéc. p. 49, qui envisage explicitement la liberté du juge par référence à la détermination du contexte pertinent. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 76 et s.

Benoit Frydman

confrontées à l'occasion d'un débat contradictoire⁷. L'interprète peut ainsi rechercher la signification du texte juridique, à la fois du côté de la volonté de son auteur et des circonstances de sa rédaction, de la cohérence avec les autres textes qui participent au même ordre juridique, et dans le contexte de l'application du texte à une situation concrète spécifique. Ce modèle rhétorique ou pragmatique de l'interprétation permet de rendre compte de la coexistence et de la concurrence des méthodes définies par les trois grands modèles modernes de la raison juridique : le modèle historico-philologique, centré sur l'origine, les sources et l'autorité de l'auteur de la règle ; le modèle géométrique, fondé sur la logique et la cohérence du système juridique ; le modèle sociologique, orienté vers les effets de la règle et l'arbitrage des conflits d'intérêts. Il permet en outre de mesurer la « cote » relative de ces méthodes ou stratégies d'interprétation, laquelle est fonction, comme le pointait déjà P. Foriers⁸, de l'importance relative accordée aux valeurs qui leur servent de fondement (l'autorité et la sécurité juridique ; la logique et la cohérence des principes ; l'équité et l'utilité). Nous pouvons constater, chez nous, un certain déclin de la référence à l'intention de l'auteur et à l'histoire de la règle au profit de la recherche de solutions qui tentent de combiner la recherche d'une solution adaptée aux circonstances avec un recours aux principes généraux au fondement de l'ordre juridique. De manière non surprenante, ces observations rejoignent celles des observateurs de la Common Law, en particulier les travaux de R. Dworkin⁹.

2. Observer, expérimenter et agir dans les contextes de la lutte pour le droit

D'un point de vue pragmatique, la signification et l'interprétation ne peuvent cependant jamais être dissociées de l'action. Une interprétation n'est jamais que la détermination provisoire d'une croyance en vue de la décision qu'implique le passage à l'action. Et la signification d'un concept ou d'une règle n'est rien d'autre que la somme des effets concrets qu'ils sont susceptibles de produire en pratique¹⁰. Il suit de là que l'étude du droit ne peut être dissociée du contexte social dans laquelle la règle peut être mobilisée et produire ses effets. Cette thèse englobe l'idée, développée ci-avant, suivant laquelle le sens de la règle peut être déterminé par référence au contexte de son application, mais elle dépasse de beaucoup la question particulière

7. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, § 284 et s., spéc. § 291.

8. P. FORIERS, *op. cit.*, supra n. 5, p. 715.

9. *Law's Empire*, Harvard, Harvard U.P., 1986, en particulier dans le paradigme de la « chain novel ».

10. Ceci est la fameuse maxime du pragmatisme, telle qu'elle a été énoncée par C.S. PEIRCE dans ses articles fondateurs « The Fixation of Belief » (1877) et « How to Make our Ideas Clear » (1878).

Le rapport du droit aux contextes selon l'approche p...

de l'interprétation judiciaire et affecte la conception pragmatique du droit et ses méthodes dans leur ensemble.

Le contexte social constitue d'abord le terrain privilégié pour l'observation des effets produits par les normes. Cette observation permet non seulement de vérifier si et de quelle manière les normes sont appliquées, mais encore comment elles se développent, s'imposent ou non sur les pratiques, évoluent et déperissent au fil du temps, en fonction de leur adaptation à l'environnement¹¹. Elle permet aussi de comparer les effets des normes entre elles (notamment par la notion d'équivalent fonctionnel¹²) et plus largement, d'étudier les rapports de complémentarité ou de concurrence qu'elles entretiennent. Cette observation ne peut pas s'effectuer au niveau macro de l'ordre juridique considéré *in abstracto*, mais suppose nécessairement une approche microjuridique, fondée sur l'étude de cas réels, dans des situations concrètes. L'étude de cas doit être conduite à 360 degrés, c'est-à-dire de manière interdisciplinaire, en prenant en compte tous les aspects de la situation, sans se limiter *a priori* aux seules données de fait et de droit pertinentes selon la méthode classique. L'approche microjuridique ainsi conduite analyse, dans le contexte spécifique d'une situation donnée, comment les acteurs tentent stratégiquement de mobiliser les moyens disponibles au service de leur cause dans « la lutte pour le droit » qui, selon l'heureuse expression de Jhering, les opposent les uns aux autres. Cette lutte stratégique provoquée par le conflit des intérêts, produit la dynamique des normes, qui échappe cependant elle-même aux plans échafaudés par les acteurs¹³.

Le contexte contemporain de la mondialisation fournit à la mise en œuvre de cette méthode un terrain d'élection, privilégié dans les travaux actuels du Centre Perelman, et permet d'en mesurer les résultats. La globalisation favorise, comme on sait, la stratégie de *forum shopping*, qui provoque à son tour, une situation de concurrence réglementaire entre les ordres juridiques étatiques, laquelle produit d'importants effets, notamment le démantèlement ou la perte d'efficacité de certaines de leurs normes¹⁴. L'observation attentive de

11. Nous ne pouvons nous étendre ici sur les liens avérés entre pragmatisme et évolutionnisme, qui nous permettent de glisser ici de la notion de « contexte » à celle « d'environnement ».

12. Sur cette notion : K. ZWIEGERT, « Methodological Problems in Comparative Law », *Israel Law Review*, vol. 4, 1972, p. 466-467.

13. En ce sens, X. DIEUX, « Tendances générales du droit contemporain des obligations. Réforme et contre-réforme », in *Les obligations contractuelles*, P.-A. Foriers (dir.), Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1990, § 29 *in fine*, bientôt repris dans *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013 (en cours de publication). Comparer avec l'analyse que propose N. Elias sur la sociogenèse des institutions étatiques dans *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975, spéc. 1^{re} partie.

14. Il ne s'agit ici que de la transposition à l'échelle globale du phénomène observé de longue date par Berle et Means dans leur ouvrage classique *The Modern Corporation and Private Property*, New York, (McMillan, 1932) avant d'être repris par le juge

Benoit Frydman

plusieurs « chantiers » particulièrement exposés aux effets de la globalisation (comme la finance et le commerce transnational, l'internet et les réseaux de communication, le réchauffement climatique etc.), qui constituent autant de contextes particulièrement intéressants, permet d'observer que ce dépérissement des règles classiques ouvre une niche favorable au développement d'autres types de normes, qui prolifèrent d'autant plus que les acteurs sont poussés à produire et à diffuser leurs propres règles dans un contexte anarchique où la lutte pour le droit n'est pas arbitrée par une instance centrale, comme un Etat mondial par exemple. L'analyse tend ainsi à démontrer, d'une manière concordante dans plusieurs secteurs, que la globalisation ne produit pas tant un surcroît de coordination entre les ordres juridiques établis, selon le modèle du droit international public et privé, que l'éclosion de dispositifs normatifs alternatifs, qui trouvent à s'appuyer sur de nouveaux points de contrôle, comme par exemple les agences de notation dans le domaine de la régulation des marchés financiers¹⁵. Bien plus, les dispositifs qui se mettent en place recourent à des formes de normativité, qui ne répondent pas aux critères des normes juridiques classiques, mais qui empruntent notamment aux normes économiques, techniques et managériales, comme les indicateurs et le *benchmarking* par exemple. D'un point de vue pragmatique, le développement de ces normes et de leur emprise, que la qualification vague de « *soft law* » ne suffit plus à contenir, nécessite sans doute une révision de la conception même de la norme juridique et en tout cas, une extension du champ d'investigation du juriste au delà des frontières définies par les sources formelles traditionnelles. L'analyse microjuridique des règles effectives dans les contextes de la globalisation conduit ainsi pragmatiquement à la reconnaissance du pluralisme normatif et à l'extension de la lutte pour le droit à la concurrence globale des normativités.

Le juriste pragmatique ne saurait cependant se contenter d'observer les transformations en cours. Dans la tradition de l'Ecole de Bruxelles, décidément orientée vers la pratique, le contexte social ne constitue pas seulement un terrain scientifique d'observation de l'évolution des normes. Le juriste et le philosophe du droit ne sont pas extérieurs au terrain observé, ils y participent pleinement et à un double titre. D'une part, sur le plan technique, il appartient au juriste et au théoricien du droit, de construire, mettre au point, développer, expérimenter et transposer, au moyen des ressources de l'ingénierie juridique, les normes et les dispositifs qu'ils mettent ainsi à la disposition des acteurs dans le cadre de la lutte pour le droit. En outre, le juriste et le philosophe du droit sont eux-mêmes engagés dans cette

Brandeis dans son opinion dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Ligget Co v. Lee* (288 U.S. 517, p. 558-559).

15. B. FRYDMAN, « Le pouvoir normatif des agences de notation », in *Les agences de notation entre les Etats et les marchés*, B. Colmant et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013 (en cours de publication).

Le rapport du droit aux contextes selon l'approche p...

lutte à laquelle ils prennent une part active, au service des causes qu'ils entreprennent de défendre.

Cet engagement dans la lutte pour le droit distingue clairement le pragmatisme du positivisme juridique. Il ne l'assimile pas pour autant à un jusnaturalisme dès lors qu'il ne s'agit pas de comparer ou de confronter un ordre établi à des normes idéales, qui en fondent la critique. Le pragmatisme juridique et l'Ecole de Bruxelles en particulier s'engagent dans une troisième voie qui consiste, dans le contexte d'une situation contingente et conflictuelle, où les rapports de force ne peuvent être ignorés mais peuvent être utilisés, à mobiliser les ressources de la raison et de l'action juridiques au service d'une certaine conception du droit et de la justice¹⁶. Le sort d'une telle entreprise est incertain et indéterminé, puisqu'aussi bien le droit est une construction collective qui échappe aux plans de ceux qui contribuent à le produire. Mais une chose demeure certaine : c'est dans le contexte de l'action que se livrent et parfois se gagnent les causes comme autant de batailles de la lutte pour le droit.

16. Comparer avec l'attitude prudentielle d'Aristote, telle que l'analyse P. AUBENQUE, dans son ouvrage classique : *La prudence chez Aristote*, Paris, P.U.F., 1963.