

**J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard
(coll. Folio Essais), 2015, 528 p.**

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité, Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)

A quoi nous sert le droit ? Cette question agite les juristes depuis longtemps. Le sociologue Jacques Commaille se propose d'y répondre, en adoptant délibérément le positionnement « d'une *mise en contexte du droit* » qui s'inscrit « dans une tradition des sciences sociales qui redonne au droit, à partir de ce qu'il dit, de ce qu'il fait, des façons dont il est approprié, dans le travail de connaissance consacré aux sociétés et à leur devenir, une place importante sinon centrale » (pp. 13-14). Un tel positionnement présente, selon lui, un triple avantage.

Il permet tout d'abord de contribuer à la compréhension du droit par ses acteurs en les éclairant sur ce qui, de l'extérieur, les influence ou les détermine, les transformations de l'activité juridique ne pouvant être appréhendées sans un « détour par une observation systématique des sociétés » (p. 15). Or, les missions assignées au droit (« ordonner les rapports sociaux et les échanges économiques » et structurer les sociétés et leur ordre politique) ont incité ses locuteurs à « assumer l'ambition de fonder sa pratique sur des savoirs sollicités strictement en interne » (pp. 11-12).

Cette approche favorise, ensuite, une compréhension de la mutation des sociétés grâce à l'« exceptionnelle fonction heuristique » du droit (p. 14), qui « révèle le mouvement des sociétés dans ce qu'il fait » (p. 20). Enfin, « ce que nous dit le droit des mutations des sociétés » (p. 33) est qu'un nouveau paradigme pour leur analyse pourrait prendre la place de celui qui a prospéré dans la pensée française des sciences sociales des années 1960 à 1990 : le paradigme de la domination rapporté exclusivement au pouvoir « top-down » de l'État (p. 25).

Ce « triple mérite » (p. 14) de l'approche sociologique du droit imprègne la structure en trois parties de l'ouvrage, qui envisage tour à tour la construction sociale du droit, les bouleversements de ses contextes et ses « *sens politiques* » (p. 37).

Dans la première partie, l'auteur étudie « les façons dont le droit se donne à voir, toutes dictées par ce qu'il aspire à être », notamment le « vecteur d'une vision du monde » influencée par la « représentation dominante de la légalité », qu'il appelle « juridisme » (p. 41). Elle repose sur le postulat selon lequel le droit est l'incarnation même de la Raison, la

rationalité juridique étant « seule porteuse d'une universalité au fondement du Politique » (p. 53), à l'égard duquel le droit affiche son apparente neutralité (pp. 42-43). La mythification de la justice suit la même logique : distante et grandiose, elle s'inscrit dans une représentation qui « relève d'une génétique du religieux » (p. 61). Cette conception se révèle, pourtant, de plus en plus fragilisée en raison du déclin de la « Raison » transcendante qu'elle incarne.

Il existe cependant une alternative à cette représentation, dominante mais en crise, de la légalité (ch. II). Au droit « référence », incarné par la figure de *Thémis*, s'oppose le droit « ressource », représenté par celle de *Diké*, soit une justice soucieuse des intérêts des plus faibles. Au lieu de proclamer la position autonome et de surplomb du droit, la seconde face de la légalité fait de la société le moteur du droit, un droit vivant et « connecté au social » (pp. 68-75). Il s'agit d'une véritable « révolution paradigmatique dans la mesure où le droit n'est plus considéré comme une sphère autonome mais comme constitutif de la réalité sociale » (p. 70). A son tour, la justice apparaît moins comme la mise en scène d'une raison immanente que comme l'exercice d'un pouvoir « relié à la société et à ses bases sociales », qui implique sa proximité (pp. 78-79).

Cette légalité en tension se retrouve chez les acteurs du droit (ch. III). Selon J. Commaille, les juristes, surtout s'ils sont issus des traditions civilistes, tendent à adhérer à la première face de ce « modèle de légalité duale » alors que leurs pratiques, particulièrement dans les pays de *common law*, se rapprochent davantage de sa seconde face. En soulignant leur position d'*acteurs sociaux*, le sociologue met en lumière les différentes stratégies développées par les professionnels du droit, le plus souvent sous couvert de l'apparente neutralité du droit qui lui confère sa légitimité et dans un contexte général de soumission croissante à la logique du marché, d'une part, et de diminution du pouvoir et de l'autonomie des professionnels, d'autre part (pp. 140-155).

Dans la deuxième partie, l'auteur s'intéresse aux bouleversements des contextes du droit en abordant tour à tour la question de ses territoires (chapitre IV) et de ses temporalités (ch. V), afin de démontrer que le droit est un « miroir exceptionnel des transformations sociales et politiques des sociétés, ainsi qu'une des clefs pour en comprendre la signification » (p. 160).

La représentation classique des territoires du droit et de la justice est, à tout le moins dans les traditions civilistes, étroitement associée au territoire et à l'autorité étatiques, selon une vision pyramidale (kelsénienne) et

centralisée (wébérienne) de la régulation politique et juridique qui illustre la première face du modèle de la légalité duale.

À l'opposé de cette conception du territoire fondée sur « l'exercice du droit dans la *distance*, supposé garant de sa force symbolique et de son pouvoir réel de réguler et de contraindre », se développe l'autre face du modèle de légalité qui repose sur « un exercice du droit dans la *proximité* supposé garant de son efficacité sociale et de l'adhésion des citoyens » (p. 163).

Le caractère national des territoires du droit est en outre relativisé par leur internationalisation, qui s'accompagne du développement de normes aux sources multiples, susceptibles d'être mobilisées par les acteurs sociaux et qui traversent les frontières (pp. 167-171). La reconnaissance d'un tel pluralisme juridique contient un « immense potentiel heuristique » pour approcher la régulation des sociétés dès lors que s'impose « l'existence d'un "champ normatif" dont le droit ne serait qu'une des modalités » (p. 173). Rejoignant des analyses bien connues des théoriciens du droit¹, J. Commaille relève qu'« il est permis de parler du passage de la pyramide au réseau » (p. 175), décrivant un nouvel « espace global » caractérisé par « l'effacement des limites de la juridicité » et par « la vie d'un droit délié du territoire » (p. 176).

La nature du droit s'en trouve inévitablement modifiée, la régulation juridique relevant d'un ordre davantage négocié qu'imposé (pp. 179-182). Si cette évolution offre une vision du droit moins hiérarchique, plus horizontale et plus démocratique, elle ne doit pas être idéalisée car elle s'inscrit dans une « culture de l'expertise » qui « manifeste un déplacement des modes de faire du politique hors de politique » (p. 183), ce qui ne va pas sans poser des problèmes de légitimité. En raison de sa soumission croissante à la logique du Marché, le droit devient davantage un « produit » (« *forum* » et « *ius shopping* ») que le gardien de la Raison de la Cité (pp. 185-188). L'universalisation du droit, souvent acclamée en matière de droits fondamentaux, se voit taxée de « nouvel impérialisme » contre lequel s'érige un mouvement de « globalisation contre-hégémonique » qui relève d'une « approche par le bas » de la régulation politique et juridique des sociétés (pp. 190-199).

Le contexte historique actuel est ainsi marqué par la remise en cause du monopole d'une intervention étatique définie « top-down » et *a priori*. Dans ce cadre, des auteurs de *common law* préconisent une conception de

¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publ. de l'Université Saint-Louis, 2002.

la loi censé acquérir « un caractère résolument instrumental, orienté délibérément vers des objectifs de politique publique » (p. 212). Dans le même ordre d'idées, la justice doit être repensée et obéir à des techniques de « judicial policy making », l'adjudication devant produire des résultats socialement désirables (p. 213). Par ailleurs, la crise de l'État-providence entraîne une relativisation de la règle juridique et « le remplacement de l'idée de droit par celle de 'droits' », ceux-ci étant moins perçus comme un point de départ que comme des opportunités à saisir (et à construire) par les acteurs sociaux (pp. 221-222).

Confronté aux incertitudes de territoire, l'État « semble choisir une sorte de reconversion de l'«État-juriste» à un «État-manager» » (p. 233). Le processus de managérialisation du droit et de la justice s'apparente ainsi « à une reconversion de la première face du modèle de légalité duale », qui entraîne, pour ce dernier, une double amputation : d'une part, il n'est pas connecté à la société, à défaut d'implication citoyenne et, d'autre part, il est privé de « cet attribut stratégique qui constitue ici le droit, attribut qui faisait toute sa force : symbolique et, par voie de conséquence, réelle » (p. 237).

Dans le chapitre V, l'auteur effectue un constat relativement comparable en ce qui concerne les temporalités du droit, affirmant que « les changements du temps du droit » deviennent des « révélateurs de ses changements de statut au sein des sociétés » (p. 239). Alors que le droit comme « Raison » se voulait inscrit dans un temps de longue durée, voire échappant au temps, il devient clair qu'il s'agit d'une illusion et que, selon la belle expression (traduite) d'un auteur anglophone, le droit est « saturé de temporalités » (p. 259). Il en résulte un « malaise d'autant plus profond au sein du monde juridique que la maîtrise perdue du temps du droit signifie un affaiblissement de son pouvoir, entraînant l'affaiblissement par rapport au pouvoir politique de ceux qui en sont les gardiens » (p. 257).

Si ces bouleversements du temps entraînent une remise en question de la première face du modèle de légalité duale, sa seconde face « réapparaît au fondement d'une autre économie possible des relations entre le temps et le droit » (p. 278). Repenser le temps, conclut l'auteur, c'est « s'obliger à repenser le droit en référence au modèle de légalité duale en n'oubliant pas que la première face du droit comme «Raison» ne cesse de coexister avec la seconde face du droit connecté au social » (pp. 289-290).

Après avoir démontré que les représentations « juridistes » sont « confrontées à la fois aux logiques extrajuridiques dans lesquelles sont inscrits les *acteurs* qui en sont les porteurs et aux bouleversement des contextes dans lesquels le droit s'établit et se déploie » (p. 295), J. Commaille consacre la troisième et dernière partie de son ouvrage aux sens

politiques du droit. Selon lui, le droit « rend particulièrement visibles les incertitudes des modèles politiques des sociétés contemporaines » (ch. VI), ce qui entraîne la « quête d'une nouvelle économie de la légalité » et de « nouvelles configurations démocratiques » (ch. VII) (p. 37).

Soulignant dans un même souffle l'importance du droit et sa relativité, le sociologue le présente comme étant « à la fois un des vecteurs importants de la régulation politique des sociétés et de ses transformations et seulement la résultante de celles-ci » (p. 296). Se pencher sur les futurs possibles du droit revient, selon lui, à se pencher sur les futurs possibles de l'ordre politique et il associe la « crise de la démocratie représentative et les tentatives d'y substituer une démocratie participative » à la remise en question de la première face du modèle de légalité duale. Au contraire, l'avènement d'une société singulariste suggère une conception de la légalité moins fondée sur l'idée d'unicité et de monisme que sur celle de pluralisme, l'aspiration à une « démocratie d'interaction » et la quête habermassienne d'une « légitimité procédurale » (p. 297).

Cette rupture avec la représentation dominante de la légalité vers un régime de régulation par le bas, les citoyens activant la loi afin de revendiquer des droits et leur inscription dans le droit positif, suggère un idéal démocratique impliquant un processus dans lequel les citoyens deviennent de véritables acteurs de l'ordre politique (pp. 356-359). Cette nouvelle « mise en relation entre légalité et démocratie » suggère une triple exigence de *procéduralisation*, de *participation* et de *délibération* (pp. 362-369).

Pour le sociologue du droit, admettre « que nous sommes passés de "la pyramide au réseau" », c'est « s'interroger sur ce que pourrait être effectivement un nouveau régime de légalité » dans lequel les deux faces du modèle de légalité ne sont « plus seulement en tension » mais « font système » et « s'interpénètrent » par métissage et hybridation (pp. 375-376). Il est toutefois conscient que l'association de « l'avènement d'un nouveau modèle de légalité à la réalisation d'un idéal démocratique n'implique pas la certitude de son effectivité dans l'avenir » (p. 376) et du risque que, en cas d'impossibilité de l'établissement de ce nouveau modèle, triomphe une « légalité bureaucratique, managériale, gestionnaire, ancillaire des intérêts exclusivement économiques, sans finalités, sans principes fondateurs, non porteuse de valeurs » (p. 377).

L'auteur conclut son ouvrage en rappelant que la conception d'un nouveau modèle de légalité « n'est rien moins que celle d'un nouveau modèle démocratique qui reposerait sur une véritable complémentarité entre la restauration d'une référence commune et une implication

citoyenne permise par des modes réels de procéduralisation, de délibération et de participation » (p. 388). Il invite le lecteur à se débarrasser des idées reçues sur le droit, comme son caractère volontariste, neutre, unique et permanent ou le fait qu'il repose toujours sur un consensus (pp. 388-398) et propose de recevoir l'idée « neuve » que le droit est endogène, c'est-à-dire qu'il « est constitutif du fonctionnement de la société, de la politique, de l'économie » (p. 394). Il est impératif, selon lui, de « rechercher les complémentarités entre les deux faces du modèle de légalité duale, chacune redéfinie », ce nouveau modèle de légalité étant inspiré de la conviction que la question démocratique « ne peut être repensée sans que le droit le soit lui-même, avec notamment des nouvelles formes d'implication des citoyens dans sa connaissance, sa formulation, ses mises en œuvre ». S'il est « effectivement juste de continuer à considérer que la légalité est au fondement de la légitimité du politique », « l'un des enjeux désormais des sociétés dites démocratiques est de *redéfinir les conditions de construction* de cette légalité, sans exclusive, et avec les citoyens, conformément à cette "communauté des citoyens" sujets de droit comme "utopie créatrice" » (p. 402).

L'ouvrage ne manquera pas de susciter l'intérêt des non-juristes qui s'intéressent au droit et des juristes qui, jusqu'ici, ne s'intéressaient pas à la théorie du droit. Ils se plongeront volontiers dans ces pages érudites, claires et rédigées dans un style agréable.

Les autres juristes, particulièrement ceux qui sont déjà acquis à la cause de l'interdisciplinarité, se trouveront en terrain connu et n'auront sans doute pas trop de difficulté à éprouver des affinités pour les thèses principales qui y sont défendues².

La première, selon laquelle une meilleure compréhension du droit requiert le recours à des savoirs qui ne sont pas « sollicités strictement en interne », est au cœur de la démarche interdisciplinaire³. Elle s'impose notamment pour mettre au jour les stratégies adoptées par certains professionnels du droit sous couvert d'une neutralité idéalisée. L'auteur lui-même, convaincu que le « dialogue avec les détenteurs légitimes du savoir

² Sauf peut-être lorsque l'auteur avance que le droit serait endogène, c'est-à-dire « constitutif du fonctionnement de la société, de la politique, de l'économie », dans la mesure où une telle affirmation devrait se comprendre comme refusant au droit toute autonomie. J. Commaille se défend cependant de promouvoir l'envahissement du sociologisme dénoncé par P. Legendre (p. 256) et souhaite dissiper la crainte ou le malentendu d'un « asservissement du droit au 'Social' », son projet visant à comprendre ce que le droit aspire à être et à saisir le sens de ses transformations et de ce qui le détermine (p. 17).

³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publ. de l'Université Saint-Louis, 1987, pp. 28-71.

juridique peut être fécond », se dit « de plus en plus militant d'une pluri et même d'une interdisciplinarité » (p. 24) et reconnaît que sa démarche aboutit « aux mêmes interrogations que celles de la théorie du droit » (p. 375). Par ailleurs, plusieurs théoriciens du droit se retrouveraient dans la démarche prônée par J. Commaille face au phénomène de l'« irruption de l'internationalisation dans l'économie de la légalité », qui « exige de retourner à des outils de connaissance où l'approche se fait à partir de ce que les sociétés *sont*, à partir de ce qu'elles *font* et non pas à partir de ce qu'elles *devraient être* suivant des croyances ou des aspirations internes à la sphère juridique ou suivant les orientations imposées par un pouvoir surplombant » (pp. 170-171)⁴.

La deuxième thèse, selon laquelle le droit est un « miroir exceptionnel des transformations sociales et politiques des sociétés, ainsi qu'une des clefs pour en comprendre la signification » ne nous paraît pas davantage de nature à susciter la controverse et la troisième, selon laquelle l'évolution du droit est de nature à offrir un « nouveau paradigme pour l'analyse des sociétés contemporaines », en découle assez naturellement. Il est intéressant de constater que, dans la troisième partie, l'auteur quitte subrepticement le registre descriptif ou analytique pour aborder un positionnement davantage normatif lorsqu'il invite à réfléchir à la construction d'un nouveau modèle de légalité associé à la « réalisation d'un idéal démocratique » qu'il semble, en réalité, appeler de ses vœux. Il est quelque peu dommage qu'il ne développe pas davantage, de manière plus concrète, la façon dont, dans ce nouveau modèle de légalité, les deux faces feraient système et s'interpénétreraient par « métissage » et « hybridation ».

A quoi, donc, nous sert le droit ? La réponse principale⁵ apportée par J. Commaille est que le droit joue une « fonction de révélateur » (p. 36) ou encore de « miroir » (p. 160) des mutations des sociétés. Si une telle fonction « symptomatique » sert sans doute les sociologues⁶, il n'est pas certain qu'elle épuise la question des usages, fonctions et finalités du

⁴ Voy. par exemple B. FRYDMAN, « A Pragmatic Approach to Global Law », in *Private International Law and Global Governance*, H. Muir Watt et H. Fernandez Orroyo, Oxford University Press, 2014, pp. 181-200.

⁵ L'auteur reconnaît lui-même, outre ce qui a déjà été dit, que le droit « a une fonction essentielle dans la construction de l'ordre du monde » (p. 243), qu'il peut être « instrument du pouvoir et moyen de contre-pouvoir » (p. 347) et même que la loi, « *activée* » par « des citoyens en rupture peut être une source de désordres aux effets positifs, en l'occurrence en favorisant une égalitarisation des conditions » (p. 359).

⁶ Il convient de préciser que l'auteur reconnaît avoir « assumé dans cet ouvrage le choix d'une sociologisation du droit », qui fait du droit le « vecteur d'une connaissance d'une régulation sociale et politique des sociétés contemporaines » (p. 399).

droit. Il nous revient cependant que paraîtra bientôt un ouvrage qui relève ce défi⁷.

⁷ F. OST, *A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant (Larcier), coll. Penser le droit, à paraître.