

## LES VERTUS POLITIQUES DU DROIT. MYTHES ET REALITES\* THE POLITICAL VIRTUES OF LAW. MYTHS AND REALITIES

JACQUES COMMAILLE\*\*

### RÉSUMÉ

On observe au niveau international un développement important de recherches accordant une grande importance à la dimension politique de l'activité juridique. C'est en référence à un tel contexte que dans le présent article est livrée une réflexion sur différentes facettes de la relation entre droit et politique, ceci à partir de quatre ouvrages importants. La confrontation entre ces quatre ouvrages est conçue comme un "laboratoire" permettant de mettre en valeur certaines des facettes de cette relation. Outre la perspective que suggère une telle réflexion pour une collaboration entre juristes et spécialistes de sciences sociales (notamment sociologues et politistes), la question principale, telle qu'elle est posée ici, est finalement bien celle de savoir s'il est possible que le droit soit susceptible, et comment, d'être concrètement approprié par les citoyens : soit comme contre-pouvoir à la tyrannie d'un ordre politique et social injuste ; soit comme moyen de mise en œuvre d'un nouveau modèle démocratique.

**MOTS-CLEFS:** Droit et Politique. Politique des droits. Lawyers et political liberalism. Droit et action collective. Droit comme instituteur du politique.

### ABSTRACT

*At international level, there is a significant development of research which attaches great importance to the political dimension of legal activity. It is with reference to such a context that in this article a reflection is given on different facets of the relationship between law and politics, this from four important works. The confrontation between these four works is conceived as a "laboratory" allowing to highlight some of the facets of this relationship. In addition to the perspective suggested by such a reflection for a collaboration between jurists and social scientists (notably sociologists and political scientists), the main question, as it is posed here, is ultimately whether it is possible that the right is likely, and how, to be concretely appropriated by citizens: either as a counterweight to the tyranny of an unjust political and social order; either as a means of implementing a new democratic model.*

**KEYWORDS:** Law and Politics. Politics of Rights. Lawyers and political liberalism. Law and collective action. Law as a political foundation.

La recherche française en science sociale, particulièrement la sociologie et la science politique, ne cesse de redécouvrir, dans les années récentes, l'importance de la dimension politique de l'activité juridique. Cette redécouverte se nourrit d'un intérêt croissant porté aux analyses offertes par une littérature américaine

\* Tradução feita pelo próprio autor de texto originalmente publicado em *Droit et société*, volume 2010/3 - n° 76. pp. 695 à 713. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2010-3-page-695.htm#>>.

\*\* Institut des Sciences Sociales du Politique (ISP), École Normale Supérieure de Cachan, Bâtiment Laplace, 61 avenue du Président Wilson, F-94235 Cachan Cedex.  
E-mail : commail@isp.ens-cachan.fr

où est établie depuis longtemps l'idée que le droit et la justice sont des questions éminemment politiques<sup>1</sup>. Une telle évolution est probablement le signe que la science sociale française échappe enfin à une double contrainte : celle que nous appellerons « juridiste » marquée par une volonté de certains juristes de préserver une stricte intégrité du droit au nom d'un positivisme juridique pur et dur<sup>2</sup>, celle inspirée d'une approche instrumentalisée de la sociologie du droit au service d'une conception renouvelée de la dogmatique juridique où il s'agit moins de penser le lien entre droit et politique que de mettre la sociologie au service d'une politique du droit des juristes<sup>3</sup>.

Mais peut-être convient-il d'y ajouter une autre raison, disons plus culturelle. Nous nous trouvons dans un contexte historique de transformation du fonctionnement du monde social et de mutation de la régulation politique de nos sociétés suscitées par le phénomène de globalisation, d'internationalisation des marchés, d'entrée dans une « seconde modernité » marquée par un processus d'individuation, la pluralisation des sociétés... d'où découlent de nouvelles formes de mobilisation de la société civile, des incertitudes sur la place de l'État, une importance croissante accordée aux droits fondamentaux, une interrogation sur le statut du politique et sa légitimité, etc. Nous nous situons dans un contexte où les certitudes du « droit-référence », de la *law in books*, du « Droit » s'effondrent, où les soubresauts du droit obligent plus que jamais à s'interroger sur ce qui les déterminent, socialement et politiquement. On comprend dans ce contexte que la mise en situation politique du droit, telle qu'elle est pratiquée au sein de la culture américaine, devienne pour nous un laboratoire. L'intérêt intellectuel porté désormais au droit est moins fondé sur ce qui le spécifie dans le contexte américain ainsi qu'en référence aux visions du monde propres à cet univers et aux usages de la *common law*. Il est de plus en plus admis que ce cas américain et les analyses dont il fait l'objet annoncent et donnent sens à nos propres interrogations sur les vertus politiques du droit dans un contexte en mutation.

## I. LA FONCTION HEURISTIQUE DU CAS AMÉRICAIN DANS L'ANALYSE DES RAPPORTS DROIT ET POLITIQUE

De ce point de vue, l'ouvrage de Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights*, même si sa parution est ancienne, mérite qu'on y retourne<sup>4</sup>. En effet, il

- 
- 1 Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris : PUF, 1994.
  - 2 Jacques CAILLOSSE, «Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs», *Droit et Société*, 26, 1994, p. 127-154.
  - 3 Jacques COMMAILLE, « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique*, 57 (2), 2007, p. 275-299.
  - 4 Ce qui sera aussi une façon de rendre hommage à cet auteur disparu il y a quelques mois et qui a été une des grandes figures de la pensée américaine de science sociale sur le droit et la justice

s'agit bien d'un ouvrage de référence propre à satisfaire cette obligation dans laquelle nous nous trouvons nous-mêmes désormais de provoquer une mise en situation politique du droit<sup>5</sup>. Certes, on ne saurait ignorer, dans cette magistrale mise en perspective du droit, ce qui la fonde culturellement. Elle est inspirée par la conception tocquevillienne concernant le rôle des professionnels du droit aux États-Unis comme contre-pouvoir potentiel face aux abus du pouvoir<sup>6</sup>. Cette représentation du droit dont la genèse se trouve dans la *Bill of Rights* a été ensuite reprise par Talcott Parsons qui rapporte le droit moins à l'État dont il se méfie qu'à la société civile. Le droit assure d'abord la défense de la personne contre l'État, la protection des droits des individus et des collectivités privées contre l'intervention gouvernementale. Cette représentation du droit chez Talcott Parsons correspond bien à l'esprit de la *common law* où il s'agit d'abord de préserver l'individu des abus de pouvoir de l'État, de protéger les droits des individus et des collectivités privées contre l'interventionnisme étatique<sup>7</sup>. Elle trouve sa source dans la conception du contrat social selon John Locke, où l'individu en passant de l'état de nature à celui de société se réserve certains droits inaliénables avant de conclure le pacte social<sup>8</sup>. C'est dans le même esprit, dans la même filiation dirons-nous, que le courant américain du mouvement « *Critical Legal Studies* » concevra les luttes pour les droits (« *legal rights* ») en fonction de l'idée suivant laquelle « les règles sont moins le produit cohérent de la dérivation d'un quelconque super-principe qu'elles ne sont des compromis, elles sont beaucoup plus exposées aux entreprises variées de déstabilisation que ne le reconnaissent ceux qui théorisent leur cohérence »<sup>9</sup>.

Dans ce contexte où le droit est naturellement au cœur du politique, il est logique que Malcolm Feeley, dans l'avant-propos à la nouvelle édition de l'ouvrage de Stuart Scheingold qu'il a rédigé, affirme que ce dernier « a réinstallé l'étude du droit dans la science politique américaine » (p. XI). Une telle affirmation se justifie parfaitement dans la mesure où le droit est traité par

---

au cours des dernières décennies.

- 5 Il est certainement significatif à cet égard que Liora Israël ait rédigé une belle recension de cet ouvrage de Stuart Scheingold dans l'un des deux numéros de *L'Année Sociologique* consacrés à la sociologie politique du droit (*L'Année Sociologique*, 59 [2], 2009, p. 460-466).
- 6 Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris : Gallimard, coll. « Folio histoire », 1991, vol. 1, notamment le chapitre VIII : « De ce qui tempère aux États-Unis la tyrannie de la majorité », p. 390 et suiv. (1<sup>re</sup> éd. : 1835-1840).
- 7 Voir Guy ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », *Sociologie et Sociétés*, 21 (1), 1989, p. 143-163 ; A. Javier TREVIÑO (ed.), *Talcott Parsons on Law and the Legal System*, Newcastle : Cambridge Scholars, 2008. Voir également la recension de cet ouvrage par François CHAZEL, « Le droit et la sociologie de Parsons », *Droit et Société*, 76, 2010.
- 8 Ceci à l'opposé de Jean-Jacques Rousseau qui conçoit le contrat social comme un principe auquel l'homme se soumet tout entier « sans rien retenir pour lui ».
- 9 Duncan KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation de Hart et Kelsen », *Jurisprudence. Revue critique*, 1, 2010, p. 31.

Stuart Scheingold à la fois comme mythe et comme ressource politique. C'est dans ce cadre que l'objectif posé à la recherche, comme une définition d'une recherche de science sociale sur le droit se distinguant d'analyses enfermées dans la « légalité formelle », va être d'observer les écarts entre la *law in books* et la *law in action* et d'en fournir le sens dans les influences qu'exercent les forces économiques, sociales et politiques. Comme le rappelle l'auteur dans une préface d'actualisation à son édition de 1974, ce positionnement est en parfaite cohérence avec des travaux qui se développeront ultérieurement aux États-Unis et affirmeront une existence du droit non plus face, dans une relation à la société, mais comme *constitutif* de la vie sociale (le courant du *legal consciousness*<sup>10</sup>), vecteur important de mobilisations politiques portées par des mouvements sociaux. C'est ce dont rendra compte ultérieurement Michael McCann dans des travaux eux-mêmes de référence<sup>11</sup> témoignant, comme le dit Stuart Scheingold, que le droit peut être simultanément instrument de la perpétuation des inégalités comme de luttes pour l'égalité, ou encore support de l'engagement de professionnels du droit pour la défense ou la promotion de causes (le *cause lawyering*, phénomène qui fera l'objet d'un vaste courant de recherche dont Stuart Scheingold sera une des figures).

## II. L'IMPORTANCE DE LA DIMENSION SYMBOLIQUE DU DROIT COMME ÉLÉMENT DU POLITIQUE. LA FORCE DU MYTHE POUR UN PASSAGE DU DROIT AUX DROITS

Mais ce positionnement précurseur de Stuart Scheingold est fondé sur une démonstration où l'accent est mis d'abord sur un aspect qui caractérise spécifiquement le droit comme élément central, structurant du politique : sa dimension symbolique. L'auteur s'attache ainsi à l'analyse de la place du « *myth of rights* » comme « idéologie politique » dans la société américaine, au cœur de la pensée américaine dominante (« *The myth of rights rests on a faith in the political efficacy and ethical sufficiency of law as a principle of government* », p. 17)]. Mais si ce « *myth of rights* » fonctionne comme idéologie au sens que lui donne Clifford Geertz<sup>12</sup>, c'est qu'il contribue à donner une vision enchantée des fondements, des principes généraux de la vie politique, une représentation idéalisée de la société américaine<sup>13</sup>. Il constitue un système de

10 Patricia EWICK et Susan SILBEY, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago : University of Chicago Press, 1998.

11 Michael MCCANN, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago : University of Chicago Press, 1994.

12 Clifford GEERTZ, « Ideology as a Cultural System », in David E. APTER (ed.), *Ideology and Discontent*, New York : Free Press, p. 105-157.

13 Il pourrait être intéressant de comparer ce « *myth of right* » tel que le définit Stuart Scheingold au « *legal myth* » dont parle Joseph Gusfield et qui le conduit à considérer la « performance

croyances largement partagées qui empêche de voir une réalité plus complexe et plus diversifiée du monde social où la représentation du droit et de l'ordre de l'Amérique « moyenne » coexiste avec les aspirations à l'égalité des minorités. Derrière la vision dominante enchantée, une réflexion sur la réalité sociale du « *myth of rights* » doit donc permettre de mieux saisir les interrelations entre « l'idéologie des droits et l'action politique », de renouveler ainsi les approches des relations entre droit et politique et celles du rôle du droit dans le changement social. Si le « *myth of rights* » est une expression idéologique du droit, ne peut-elle alors être utilisée pour favoriser une association entre les droits et la justice sociale ? Dans cette perspective, une véritable stratégie de passage du droit aux droits et, par conséquent, de sollicitation, d'usages, de références aux *droits* doit permettre un changement politique. Si l'on peut dire, la réinterprétation du « *myth of rights* » introduit la possibilité d'une « *politics of rights* ».

C'est donc logiquement à une réflexion sur cette « politique des droits » (*the politics of rights*) que l'auteur va alors s'attacher. Dans ce cadre, les droits, y compris les règles constitutionnelles, doivent être traités comme des moyens plutôt que comme des fins en elles-mêmes. Les droits deviennent des *ressources* politiques. Bien entendu, la question des droits est d'abord reliée à celle de l'exercice du pouvoir politique mais elle peut l'être également à la poursuite de la justice sociale. De même, les valeurs constitutionnelles impliquent des contraintes mais elles offrent aussi des opportunités. Reprenant une expression utilisée par la science politique américaine, Stuart Scheingold parle du droit comme d'un « instrument politique » et du recours à la justice comme du support possible de mobilisations par des mouvements sociaux, ce recours devenant ainsi potentiellement important en vue d'un changement politique. L'auteur en donne des exemples avec la fameuse décision « *Brown vs Board of Education* » (1954) sur la ségrégation dans l'espace scolaire et les droits civiques ou encore avec les actions menées pour lutter contre la pauvreté en référence à l'idée d'égalité économique.

Dans cette perspective de mobilisation des droits, les professionnels du droit – ceux que Stuart Scheingold appelle les *activist lawyers* et dont il établit une typologie – ont un rôle à jouer. Ce rôle est à la fois de favoriser la transposition d'une cause singulière en cause collective de telle sorte que la décision judiciaire, au-delà du cas particulier qui la justifie, favorise l'inscription du problème concerné dans l'espace public, ce problème étant ainsi qualifié comme problème public. En procédant ainsi, les professionnels du droit sont susceptibles de

---

culturelle » du droit notamment à travers ses rites et la dramaturgie qu'il génère, c'est-à-dire à son efficace symbolique propre dans la construction de représentations et de valeurs partagées. On se reportera utilement ici à la recension que fait, dans ce même numéro de *Droit et Société*, Claire de Galembert de l'ouvrage de Joseph GUSFIELD, *La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique*, traduit et commenté par Daniel Cefai, Paris : Economica, coll. « Études sociologiques », 2009.

contribuer à la prise de conscience, par les citoyens et les groupes qui les représentent, de leurs droits et du rôle possible du droit dans la reconnaissance de ces derniers, ce que démontrera plus tard Michael McCann à propos des luttes de femmes pour l'égalité des salaires<sup>14</sup>.

Toutefois, outre la nature « janusienne » du droit<sup>15</sup>, Stuart Scheingold n'élude pas les autres obstacles pour la mise en œuvre de cette « politique des droits ». Ceux-ci tiennent notamment aux liens entre la justice et le pouvoir politique, au problème de l'impact de la décision judiciaire dans la mesure où celle-ci constitue d'abord une réponse à des besoins individuels (ce qui favorise une fragmentation de son action et rend difficile le passage du particulier au général). À ces obstacles, s'ajoute l'absence de moyens ; la justice, contrairement aux administrations, n'est pas en mesure d'assurer un suivi, un contrôle de ses décisions et une réelle coordination entre les niveaux de juridiction, ce qui ne lui permet pas d'avoir un réel impact sur les politiques publiques concernées. Une autre difficulté réside dans l'impossibilité pour beaucoup de professionnels du droit de se libérer des processus de socialisation qui prévalent dans l'univers juridique et qui les prédisposent à s'en tenir à une vision juridiste (« *legalistic* ») et à privilégier les valeurs du milieu professionnel consistant plus à représenter le « client » qu'à « sauver le monde ». Finalement, selon Stuart Scheingold, le professionnel du droit correspond d'abord à une définition où prévaut une « vision étroite, réductrice du monde social dans lequel il officie » (« *The legalist is someone who is lost among the trees and cannot or will not consider the overall shape of the forest* », p. 153).

Mais ces obstacles ne doivent pas empêcher ce rééquilibrage des forces politiques (« *political realignment* ») susceptible de résulter d'une véritable mise en œuvre d'une « politique des droits », d'une « stratégie des droits » en mesure d'utiliser les symboles attachés au droit pour les mettre au service de mobilisations politiques. Comme le dit superbement Stuart Scheingold : « *The politics of rights, therefore, involves the manipulation of rights rather than their realization. Rights are treated as contingent resources which impact on public policy indirectly – in the measure, that is, that they can aid in altering the balance of political forces* » (p. 148).

---

14 Michael McCANN, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, *op. cit.*

15 Où l'identité du droit obéirait à la logique du modèle de Janus.

### III. LES LAWYERS COMME ACTEURS DU LIBÉRALISME POLITIQUE. LES RISQUES DE LA GÉNÉRALISATION PAR LA COMPARAISON FACE À LA FORCE DES RÉALITÉS

Dans la postface à son ouvrage, Stuart Scheingold émettait le souhait d'un élargissement de ses analyses par le recours à la démarche comparative. C'est un souhait qui sera effectivement exaucé si l'on considère le nombre important de travaux, souvent d'origine américaine, qui vont adopter cette démarche... jusqu'à l'excès (nous y reviendrons). L'ouvrage co-dirigé par Terence Halliday, Lucien Karpik et Malcolm Feeley en est un exemple<sup>16</sup>. De façon significative, il est publié sous l'égide de l'Institut international de sociologie juridique d'Oñati en Espagne qui joue un rôle extrêmement important dans l'internationalisation des échanges et, par conséquent, dans le développement des études comparatives au sein des communautés de recherche concernées. Rappelons d'abord que cet ouvrage reprend la position que Terence Halliday et Lucien Karpik avaient défendue en 1997 dans un autre livre *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*<sup>17</sup>. Le présent ouvrage constitue de fait tout à la fois un élargissement et un approfondissement de ce premier essai dans lequel était déjà défendue la thèse selon laquelle les professionnels du droit contribuaient notablement à une forme de libéralisme politique que l'on pouvait caractériser comme l'établissement de limites au pouvoir de l'État, l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'institution et la mobilisation d'une société civile et la garantie des droits des citoyens. Mais quand la démonstration portait sur l'observation de quatre pays occidentaux : l'Angleterre, la France, l'Allemagne et les États-Unis, le travail réalisé cette fois-ci avec l'arrivée d'un troisième coordinateur, Malcolm Feeley, professeur de droit, spécialiste des questions pénales et de justice, notamment de *Judicial Policy Making*, s'appuie sur une large palette de seize cas de pays – de l'Asie au Moyen-Orient, de l'Amérique du Nord à l'Amérique du Sud, en Europe. Ils nous offrent ainsi un panorama pratiquement mondial des rapports au politique qu'établissent, dans l'espace géographique mais aussi dans le temps de l'histoire, les professionnels du droit. L'élargissement de la perspective comparative a visiblement pour objectif de confirmer cette thèse d'une relation de causalité entre professionnels du droit et libéralisme politique en l'universalisant. Cette opération d'universalisation ou de généralisation est entreprise notamment dans un long chapitre introductif des trois coordinateurs de l'ouvrage où est présentée la structure théorique du projet et dans une postface (*postscript*) fortement argumentée de Lucien Karpik. Ce dernier y synthétise les principaux

16 Les présents développements s'appuient largement sur la recension que nous avons déjà faite de cet ouvrage dans *L'Année sociologique*, 59 (2), 2009, p. 449-456.

17 Terence C. HALLIDAY et Lucien KARPIK (eds.), *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, Oxford : Oxford University Press, 1997.

résultats obtenus et y annonce les perspectives ouvertes en termes de recherche concernant l'influence du système judiciaire sur les transformations de l'État, la construction d'une théorie de l'action politique des professionnels du droit ou encore les rapports entre les professionnels du droit et la globalisation, ceci dans des situations dont la présentation des cas ne laisse pourtant rien ignorer qu'elles peuvent être radicalement différentes suivant les divers pays étudiés.

Les façons dont les coordinateurs du présent ouvrage développent leur raisonnement sur les rapports entre *lawyers* et libéralisme politique, la démarche comparative dont ils usent et qui semble particulièrement légitimée par le phénomène de la globalisation permettent ainsi de confirmer l'importance qu'ils accordent au politique puisque cette relation causale dont ils affirment l'existence, et dont l'investissement sur la justice comme arène politique constituerait une des expressions, apparaît fortement liée, dans ce contexte mondialisé, à ce qui serait une importance accrue accordée à et prise par la société civile, à l'incertitude concernant le statut de l'État, à la montée en puissance du néolibéralisme, aux incertitudes du pouvoir politique et de ses fondements. La reprise dans l'introduction et dans la conclusion des cas présentés, loin de convaincre les auteurs des risques d'une trop grande généralisation que laissent supposer les fortes variantes admises, constitue un moyen de célébrer la pertinence de la thèse centrale et ses diverses déclinaisons, ce qui s'illustre notamment par un tableau (p. 33) établissant les variations de la relation suivant les pays et suivant les registres où s'exprimerait ce libéralisme politique (limites tracées au pouvoir de l'État, luttes pour les droits fondamentaux, mobilisations de la société civile). De même Lucien Karpik propose habilement dans sa postface des « modèles d'action » susceptibles de combiner toutes les variations observées. On lui saura gré, à l'issue de ce long périple, de considérer finalement que « l'arène juridique » reste un domaine de lutte. Mais une telle considération suggère pour nous que la relation causale tant affirmée n'est finalement pas une évidence... universelle (comme elle ne l'était d'ailleurs pas, ainsi que nous l'avons vu, pour Stuart Scheingold dans son analyse de la relation entre professionnels du droit et mobilisations du droit aux États-Unis) ! Cette impression se confirme à la lecture des seize chapitres, écrits par des auteurs reconnus internationalement dans le domaine des *legal studies*. En fait, ces contributions, constituant le cœur de l'ouvrage, révèlent toute la complexité des rapports entre le juridique et le politique quand ceux-ci sont replacés dans la singularité de leurs contextes historiques, culturels et politiques.

C'est précisément la lecture de ces chapitres qui redonnent du poids aux objections et réserves dont la démonstration précédente de Terence Halliday et Lucien Karpik avait déjà fait l'objet. En effet, ces objections et réserves nous paraissent conserver toute leur pertinence dans la mesure où, si l'on ose dire, les

responsables du présent ouvrage persistent et signent, même s'ils tentent cette fois-ci de se prémunir des critiques qui leur avaient alors été adressées.

Ainsi, malgré l'approfondissement de l'analyse dont témoignent l'introduction et la conclusion de l'ouvrage, les termes mêmes, qui sont au cœur de la thèse sur la relation causale qui lierait *lawyers* et *political liberalism*, continuent de susciter des interrogations. L'usage du terme « *lawyers* » laisse en effet supposer que les professionnels du droit, quelle que soit leur spécialisation (avocats ou juges notamment), s'inscriraient dans cette même logique de mobilisation en faveur du libéralisme politique. Certes, sans doute sensibles aux critiques reçues, les coordinateurs de l'ouvrage avancent le terme de « *legal complex* » (« *It is not the politics of lawyers alone but the politics of a "legal complex" of legally-trained occupations, centred on lawyers and judges, that drives advances or retreats from political liberalism* », p. 3). Certes, ils n'excluent pas que puissent exister des conflits et des contradictions entre ces différents partenaires du *legal complex*, mais pas au point de renoncer à la thèse suivant laquelle, globalement, ils constituent néanmoins des « configurations » œuvrant en faveur du libéralisme politique. Si l'on s'en tient aux nombreux travaux consacrés, internationalement, respectivement aux juges et aux avocats, quels que soient les systèmes juridiques concernés (*common law* ou système romano-germanique), cette relativisation des différences de position, de statut, de rapport au pouvoir entre les professionnels du droit est patente comme si leur sous-estimation permettait d'éviter la remise en cause d'une thèse qui est exposée au risque d'apparaître comme étant abusivement généralisante.

Cette volonté de généralisation se manifeste d'une autre façon prêtant elle-même à discussion. En effet, les auteurs manifestent le souci de distinguer leurs *political lawyers* des *cause lawyers*. Pour eux, les professionnels du droit sont inscrits traditionnellement, historiquement, dans la défense et la promotion des principes de la démocratie libérale qui, seuls, contribueraient à la légitimation des corps professionnels concernés. Dans cette perspective, ceux qui sont attachés spécifiquement à la défense de *causes* (minorités ethniques, populations démunies, droit des femmes, etc.) sont considérés par l'un des auteurs comme « marginaux ». Une telle considération nous semble poser problème. Elle ne rend pas justice à tous ces courants sur les mobilisations du droit, si bien théorisés par Stuart Scheingold dans l'ouvrage présenté *supra*, et dont on sait l'importance qu'ils ont pris ultérieurement ainsi qu'en témoignent entre autres les travaux consacrés au niveau international au *cause lawyering*<sup>18</sup>. Comme nous l'avons vu, l'intérêt porté à ces phénomènes est à la mesure de sa réalité et, loin d'être marginale, une telle production participe pleinement de ce retour au politique

---

18 Voir, par exemple, Austin SARAT et Stuart A. SCHEINGOLD (eds.), *The Worlds Cause Lawyers Make. Structure and Agency in Legal Practice*, Stanford : Stanford Law and Politics, 2005.

dans les travaux de sciences sociales sur l'activité juridique. Si l'on exclut l'idée d'une sorte de concurrence dans le marché de la connaissance en sciences sociales sur les professionnels du droit où la promotion des études de *political lawyers* viserait à supplanter celle des *cause lawyers*, on peut néanmoins se demander si cette opération de relativisation d'un tel mouvement au sein des professionnels du droit ne conduit pas indirectement à occulter dans la réalité de la démonstration de réelles contradictions, rapports de force, différences de relation au pouvoir politique et au marché qui viendraient fragiliser la thèse centrale avancée. Dans la vive critique qu'il avait faite du premier ouvrage de Terence Halliday et Lucien Karpik, Richard Abel estimait déjà, en s'appuyant d'ailleurs sur les cas alors présentés, et en se référant à de nombreux travaux américains, que l'engagement des professionnels du droit en faveur du libéralisme politique faisait en fait... exception<sup>19</sup> ! À la lecture de l'ensemble des cas rapportés dans le présent ouvrage, l'objection formulée par Richard Abel apparaît toujours aussi pertinente. La volonté de transparence des auteurs sur la diversité des situations et les écarts qui apparaissent par rapport à leur thèse – et qu'ils tentent en quelque sorte de canaliser en les inscrivant dans des typologies – constitue certes une avancée et une tentative de réponse aux critiques précédemment formulées, mais elles laissent finalement ouverte la question des limites d'un tel exercice de généralisation et du risque d'imposition d'une vision quelque peu enchantée de l'implication des professionnels du droit dans le politique (vision enchantée, quelque peu « monolithique », « homogénéisante et réifiante » dont le reproche avait déjà pu être adressé à Lucien Karpik<sup>20</sup>). Ce soupçon d'empathie avec l'objet (Richard Abel va jusqu'à parler, à propos de Lucien Karpik, de « position idéologique ») est d'autant plus susceptible de naître que l'autre terme du rapport de causalité, dont l'existence est affirmée : le libéralisme politique, n'est pas lui-même exempt d'interrogations sur sa pertinence. Les auteurs en donnent dans leur introduction une définition approfondie. Il s'agit de protéger et de promouvoir les droits fondamentaux, d'instituer des limites au pouvoir de l'État (fragmentation du pouvoir et établissement de contre-pouvoirs dont le pouvoir judiciaire, équilibres entre le local et le national...), de favoriser les mobilisations d'une société civile autonome. En un mot, le libéralisme politique a à voir avec « les limites, la répartition et le contrôle du pouvoir dans une société » (p. 12).

19 Richard ABEL, « Lawyers for Liberalism : Axiom, Oxymoron, or Accident ? », *Books on Law*, nov. 1998, p. 9-15 (Reviewing *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, edited by Terence C. Halliday and Lucien Karpik).

20 Voir, par exemple : Liora ISRAËL, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris : Fayard, 2005 ; Laurent WILLEMEZ, recension de l'ouvrage *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism. Europe and North America from the eighteenth to twentieth centuries* de Terence Halliday et Lucien Karpik (eds.), *Politix*, 46, 1999, p. 177-180 ; Laurent WILLEMEZ, recension de l'ouvrage *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles* de Lucien Karpik, *Politix*, 33, 1995, p. 170-172.

Mais ce souci de précision dans la définition du libéralisme politique ne semble pourtant pas en mesure de dissiper les réserves formulées auparavant par Stuart Scheingold, notamment si l'on se réfère aux différences qui se confirment dans le présent ouvrage dans les façons dont les professionnels du droit se positionnent en référence à ce principe du libéralisme politique. L'observation des pratiques des professionnels du droit dans les différents pays étudiés laisse apparaître des modulations sensibles entre les conceptions qui inspirent leur action. L'éventail va de la conception du libéralisme du *Rechtstaat* de Max Weber jusqu'à des courants de pensée mobilisant de façon plus délibérée les principes démocratiques. Dans ces derniers sont exprimées la question de la citoyenneté sociale de la classe ouvrière ou l'éventuelle incompatibilité entre l'expression absolue de la « volonté générale » et la prise en compte des aspirations de la société civile. C'est à partir de ces constats que Stuart Scheingold contestait l'unicité de la notion de libéralisme politique et des façons dont les professionnels du droit se positionnaient par rapport à elle. Il complétait cette critique en faisant part de son scepticisme quant à la pertinence d'un traitement spécifique du politique dans le libéralisme sans prendre en compte l'économique alors que l'observation des pratiques des professionnels du droit dans les différents pays révèle effectivement leur implication forte dans cette sphère (les élites concernées et leur organisation étant généralement plus impliquées dans les questions du capital que dans celle de la défense du travail). Une telle considération justifie finalement l'idée d'une indissociabilité de l'économique et du politique dans le développement du libéralisme.

Ce dont témoignent finalement tous ces débats autour d'une ambitieuse tentative de consacrer la thèse d'une relation de causalité entre professionnels du droit et libéralisme politique, ce sont les risques d'une comparaison et de la généralisation qu'elle vise à partir de cas porteurs d'une histoire politique, de traditions, de cultures modelant la place du juridique et de ses acteurs de façon extrêmement diversifiée et dont l'étude est confiée à différents auteurs eux-mêmes inscrits dans des traditions intellectuelles hétérogènes. De ce point de vue, les efforts accomplis par les coordinateurs de l'ouvrage, notamment par Lucien Karpik dans son chapitre de conclusion, ne suffisent pas à nous convaincre de l'universalisation de la thèse qu'ils avancent. Le contraste apparaît en fait marqué entre l'aspiration à l'unicité ou à une tendance lourde à l'unicité dans l'introduction et dans la conclusion des coordinateurs et ce qui s'affirme à la lecture des cas de pays choisis comme la forte hétérogénéité des situations. Nous ne pourrions évoquer ici que quelques exemples. Dans plusieurs pays, le conservatisme des professionnels du droit ou d'importantes fractions d'entre eux, leur soumission ou leur collusion avec le pouvoir, sont soulignés. Rien n'illustre mieux cette situation que ce que le contributeur établit comme constat sur le cas de la Turquie : « *The legal complex in Turkey, unlike in most of the democratic*

*countries, has not contributed significantly in the development of political liberalism.* » Et pour cet auteur, pour qu'il en soit autrement, cela supposerait que « *the Turkish legal complex [...] abandon its old habits, fears, alignments, and long practised ideological approaches* » (p. 242-243). De même au Chili où il est établi que le *legal complex* est absent du processus de construction d'un ordre politique libéral, même si l'auteur fait l'hypothèse que les choses sont susceptibles d'évoluer en la matière (p. 315 et suiv.). Richard Abel, analysant les pratiques des professionnels du droit aux États-Unis après les attentats du 11 septembre, fait le constat d'une collusion entre le pouvoir exécutif, les juges et des juristes d'administration qui laisse peu de place aux autres fractions du *legal complex*, « *lawyers, legal academics, professional associations, judges, and NGO* » pour assurer la protection du libéralisme politique. L'auteur de l'analyse sur l'Espagne rapporte d'ailleurs cette remarque d'un autre observateur suivant laquelle « *the court system remained in a complete servility to the other parts of government* » (p. 403). La même observation est faite pour l'Égypte puisque le *legal complex* y est présenté comme lié à un système politique profondément anti-libéral, ceci en relation avec la primauté accordée au développement de l'économie de marché plus inspirée par l'institution d'un « État de droit des affaires », pour reprendre l'expression d'Amartya Sen. Dans l'analyse du cas d'Israël, l'accent est mis sur les interrelations entre le marché néolibéral (incluant la circulation des capitaux) et l'implication des professionnels du droit dans les représentations du droit véhiculées par l'État, ce qui rend limitée toute possibilité de dissension du *legal complex*. De même, dans la contribution sur l'Amérique latine, l'exemple est avancé de la plus conservatrice association de juristes en Argentine « *the Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, with strong ties to big firm and big business* » (p. 310). Plusieurs contributions mettent également l'accent sur les contradictions et rapports de force entre diverses fractions des professionnels du droit : en Amérique latine, entre « *private lawyers* » et « *state lawyers* », ces derniers étant plus volontiers coopératifs avec l'État répressif. Pour ce qui concerne l'Italie, Carlo Guarnieri observe de son côté des tensions fortes entre « *the bench and the bar* », significatives d'une grande fragmentation des professionnels du droit favorisant les abus de pouvoir du politique et du judiciaire. Face à ces constats, on comprend que Lucien Karpik dans son *Postscript* en vienne à admettre dans le cours de sa tentative de synthèse : « *Activist lawyers' orientations toward basic freedom can be negative, passive or positive* » (p. 484). Il resterait alors à fournir le sens de ces différences...

Si nous pouvons nous réjouir de ce dont témoigne cet ouvrage de la volonté de travailler la dimension politique du juridique, ici à travers l'analyse des professionnels du droit comme acteurs privilégiés du politique, et de le faire dans une perspective comparative, ceci au nom d'une porosité de plus en plus

reconnue de phénomènes juridiques dont l'étude a été longtemps enfermée dans le cadre national, il nous semble en même temps qu'il est exemplaire en ce qui concerne les risques d'un tel positionnement. La thèse tenue dans l'ouvrage nous rappelle opportunément que nous sommes dans un domaine, le juridique, où la position d'objectivation qui doit être celle du chercheur de science sociale risque constamment d'être influencée par ce qui constitue la vocation du juriste : aller au-delà de ce qui est pour considérer ce qui paraît souhaitable. Le risque est d'autant plus grand quand cet objet, si porteur d'enjeux, y compris symboliques, est mis en relation avec le politique. Si cet établissement de la relation au politique s'impose, l'affirmation de sa réalité n'est doublement pas à l'abri du positionnement de type axiologique de celui qui l'avance. La réalité de l'internationalisation des processus et la conscience de plus en plus vive que les chercheurs en ont justifié la comparaison. Mais celle-ci est exposée elle-même à un double malentendu : la réalité du phénomène de globalisation n'implique pas une uniformisation ; la tentation peut être grande de mettre la comparaison au service d'une conviction plus qu'à celui de la recherche de la preuve scientifique. C'est certainement le cas ici où est affirmée l'existence d'une tendance en sous-estimant les variations ou la persistance de spécificités irréductibles les unes aux autres. Le juridique est, plus que d'autres objets de science sociale, imprégné de la culture, des traditions, d'une histoire politique et de celle de l'État de telle sorte que sa vocation à l'universalisation risque de mystifier et d'occulter ce qui continue de relever d'une logique de la nation.

#### **IV. POUR UNE SOCIOLOGIE CRITIQUE DES VERTUS POLITIQUES D'UN DROIT ENTRE MYTHE ET RÉALITÉS. VERS UNE THÉORIE SOCIOLOGIQUE DU DROIT DANS L'ACTION COLLECTIVE ?**

L'ouvrage que consacre Liora Israël aux travaux portant sur les mobilisations sociales et politiques, avec un titre particulièrement évocateur : *L'arme du droit* se situe dans une autre perspective. Certes l'exercice n'est pas de même nature. Il s'agit ici de faire le point sur un champ de recherche en plein développement dans lequel le droit apparaît non plus seulement comme instrument du pouvoir politique et d'un État omniscient et omniprésent mais comme élément du répertoire de l'action collective. Mais comme nous le verrons, l'exercice ne se limite pas à un inventaire ordonné et situé dans l'histoire des idées sur le droit. Il suggère des réflexions plus larges sur les conditions de la production de connaissance sur le droit par les sciences sociales et sur les perspectives ouvertes par un tel investissement sur le droit pour les savoirs de sciences sociales en général.

Disons d'abord qu'est ici effectivement remarquablement restituée cette dynamique où va être progressivement mis en lumière le caractère du droit inspiré du modèle de Janus : sur l'une des faces, le droit est associé au pouvoir, à

la préservation et à la perpétuation de l'ordre, à la domination ; sur l'autre face, le droit est associé à la contestation, à la tentative d'influer, pour le modifier, sur l'équilibre établi des forces (« *the balance of forces* », pour reprendre l'expression de Stuart Scheingold), ce qui s'exprimera en promouvant la possibilité d'un droit contre l'État, d'un droit contre le pouvoir. L'auteure rend bien compte de la genèse historique de cette seconde représentation du droit, que ce soit chez Marx ou chez Tocqueville, que ce soit à travers ses diverses expressions, notamment chez des auteurs américains (dont on a déjà vu qu'ils étaient culturellement prédisposés à valoriser cette approche du droit) comme Richard Abel qui défend un usage défensif de cette face du droit en parlant d'un droit comme « bouclier » ou encore Michael McCann, déjà évoqué *supra*, et dont est présenté ici sa « *legal mobilization theory* » en relation avec ses analyses sur les usages et les effets des usages du droit par les mouvements sociaux.

Mais ces usages du droit ne sauraient être compris si l'on ne s'interrogeait pas en même temps sur ceux qui contribuent à les mettre en œuvre – les professionnels du droit – et sur les lieux où ils sont mis en œuvre – l'institution judiciaire – l'espace de justice étant conçu, pour reprendre une expression de la science politique, comme une « arène » où se donnent à voir et se traitent les « causes » mobilisées et débattues. Rappelant justement la place qu'Alexis de Tocqueville, dans la filiation de la pensée libérale, accorde aux « légistes » comme « contrepoids à la tyrannie du pouvoir », Liora Israël donne toute sa place, en se retournant ici d'abord sur la France, à nombre de travaux sur le rôle des avocats dans le jeu politique, comme acteurs importants de celui-ci, sur l'émergence du syndicalisme judiciaire dans les années 1960-1970 et, plus généralement, à l'affirmation d'un militantisme de professionnels du droit. On comprend alors mieux combien cette sensibilité à l'action des professionnels du droit la prédisposait à porter un intérêt aux analyses du *cause lawyering*, celles-ci promues par des figures américaines comme Austin Sarat et Stuart Scheingold et dont elle fut, si j'ose dire, « l'importatrice » en France. Elle décrit la nature même de ce phénomène qui voit des professionnels du droit mettre leur compétence de juriste au service d'une *cause* et se penche, avec pertinence et lucidité quant aux débats soulevés, sur les analyses qu'un tel phénomène suscite dans le cadre d'une littérature initiée par les auteurs américains précités et de plus en plus nourrie par des contributions largement internationales. Le *cause lawyering* est ainsi à la fois un phénomène et un angle d'attaque, un cadre d'analyse exemplaire sur la place du droit dans les mobilisations politiques et sociales.

Ce n'est certainement pas rendre justice à ce petit ouvrage de ne pas en dire plus sur ce qu'il restitue, de façon claire, ordonnée, richement documentée, des réflexions et des travaux de recherche qui s'inscrivent dans la seconde face du droit évoquée *supra*. Mais c'est lui reconnaître toute sa valeur et son

originalité que d'accorder une place privilégiée dans la présente réflexion et de souligner l'importance de ce qu'il suggère de ce que peut être, de ce que doit être la spécificité d'un positionnement de chercheur de science sociale sur la question du droit. L'intention est ici d'autant plus remarquable que nous nous trouvons dans un domaine saturé jusqu'il y a peu par des visions du monde social et politique où le constat se confond, jusqu'à en être altéré, par ce qui est de l'ordre du prescriptif, faisant souvent fi du nécessaire travail d'objectivation, plus marqué par l'intention ou une aspiration que par la recherche objective de sens<sup>21</sup>. Nous ne pourrions en donner que trois exemples.

Le premier exemple concerne la *délimitation de l'objet*. À partir de cette « entrée » sur les mobilisations du droit par des mouvements sociaux, l'auteure rend évidente la nécessité de ne pas s'en tenir à l'étude du droit lui-même. À l'opposé de la vision d'un certain positivisme juridique, le droit n'existe ici que dans une interaction avec le social et le politique. Cette interaction est activée par des professionnels du droit et se donne particulièrement à voir dans une institution, en l'occurrence la justice. Loin d'une représentation du droit comme étant de l'ordre du « déjà là », le chercheur de science sociale démontre que le droit est *construit* par des acteurs et dans des espaces spécifiques, qu'il est autant ce qui le détermine que ce qu'il détermine.

Le deuxième exemple porte sur *le champ géographique de la démarche de recherche*. L'approche de science sociale sur l'activité juridique, telle qu'elle vient d'être définie, doit se situer résolument dans une perspective internationale et comporter une dimension comparative. Les développements proposés dans l'ouvrage de Liora Israël sont riches de cette perspective, tirant à la fois parti des travaux internationaux notamment nord-américains et révélant l'influence qu'ils exercent sur les approches françaises en la matière : à la fois sur le choix de l'objet et sur les significations qu'il convient de donner aux phénomènes observés. Mais en même temps, rien n'est ignoré de la nécessité de resituer les faits rapportés et les analyses qu'ils suscitent tant au sein des univers juridiques concernés que dans le cadre d'une démarche de science sociale rapportée aux traditions politiques et culturelles ainsi qu'aux traditions juridiques (*common law*, versus droit romano-germanique) qui l'influencent. Il y a là l'expression d'une vigilance analytique où le fait de tirer parti des situations étrangères et des analyses dont elles font l'objet ne conduit pas à en ignorer les spécificités. Compte tenu de la qualité de ce que nous appelons cette vigilance analytique, on pourrait peut-être simplement regretter ici que l'auteure assure un déplacement du terrain américain vers le terrain français pour traiter d'une partie de la

---

21 À cet égard, ce n'est sans doute pas par hasard que Liora ISRAËL ait pris l'initiative d'un dossier de *Droit et Société* consacré au thème : « Quelles méthodes pour la sociologie du droit et de la justice ? » en y incluant notamment une contribution sur : « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et Société*, 69/70, 2008, p. 381-395.

question du rôle politique des avocats sans en donner la justification. De même, il pourrait être intéressant d'approfondir les raisons qui expliquent une nouvelle phase dans le développement en France des analyses de science sociale, en rupture avec une sociologie du droit qui était quasi exclusivement une sociologie du droit de l'État, et qui sont de plus en plus influencées et nourries des orientations nord-américaines de recherche de science sociale sur le droit et la justice...

Nous pourrions considérer que le troisième exemple relève de *l'ancrage affirmé du travail de théorisation sur les phénomènes juridiques étudiés dans les savoirs fondamentaux de science sociale*. Ainsi, l'auteure, de façon originale par rapport à beaucoup de travaux dans ce domaine, affirme pertinemment son intérêt pour introduire la question du droit dans une sociologie de l'action collective en laissant entrevoir combien cette prise en compte du droit est susceptible de contribuer à un enrichissement de la théorie en la matière. Une telle posture s'inscrit dans un contexte de renouvellement des analyses sur l'action collective avec éventuellement la redécouverte du rôle que le droit est susceptible d'y occuper. Elle fait aussi étonnamment écho à des programmes de recherche en cours sur la place que pourrait prendre le droit et les nouveaux rapports au droit qui s'établiraient dans une théorie de l'action collective visant à la mise en place d'une « gouvernance démocratique » (programme de recherche « *Democratic Governance and Reflexive Theory of Collective Action* », sous l'égide du *Belgian Science Policy Office*<sup>22</sup>). Certes, la perspective de ce programme de recherche est différente. Elle se situe plus dans la filiation d'une philosophie du droit marquée par la préoccupation d'une crise de la démocratie représentative et inspirée par le souci de ses auteurs, suivant cette posture propre aux juristes que nous avons déjà soulignée, de mettre leur compétence d'analystes et de théoriciens explicitement au service d'une cause : celle de l'avènement d'une démocratie participative. C'est ainsi que les auteurs, à partir d'une critique des courants néo-institutionnaliste, privilégiant une « approche délibérative », ou encore pragmatiste, conçoivent des processus d'action collective où les acteurs sont associés à la conception des normes et à leur application dans le cadre d'opérations d'apprentissage relevant d'une conception « génétique » de la participation. Si la préoccupation centrale est, pour ces auteurs, celle du rapport des citoyens aux normes, l'objectif est plus large et concerne bien la question de la légitimité en relation avec une mobilisation et une adhésion des acteurs et celle, effectivement, de l'avènement d'une « gouvernance démocratique » grâce à une re-théorisation de l'action collective.

En se livrant à une présentation de « l'état de l'art » concernant la relation droit et action collective, Liora Israël nous incite finalement à entrer

22 Voir l'ouvrage qui est tiré de la réalisation de ce programme de recherche et dont une recension sera faite dans l'un des prochains numéros de *Droit et Société* : Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Democracy, Law and Governance*, Farnham : Ashgate, 2010.

dans un espace de réflexions en pleine effervescence. Il l'est en ce qui concerne ses contenus. Il l'est également en ce qui concerne les façons d'y entrer puisque se pose ici la question de la pluridisciplinarité ou mieux de l'interdisciplinarité entre les regards de science sociale et ceux issus de la philosophie ou de la théorie du droit, de la recherche juridique. Cette question risque en effet de devoir être reposée compte tenu des enjeux où se mêlent de façon indissociable l'avancée de la connaissance et la nature du politique. Nous y reviendrons.

Mais, pour conclure sur cet ouvrage de Liora Israël, nous considérerons que l'illustration la plus forte de l'originalité de son positionnement et de la valeur heuristique de ce dernier est peut-être représentée par les réflexions que l'auteure consacre à la question de la légitimité et du rapport de cette dernière à la légalité. S'inscrivant dans la tradition sociologique des analyses sur la légitimité, en l'occurrence celle de Max Weber, elle s'interroge justement sur la question de la légitimité d'un droit pensé et utilisé comme « arme » politique. Compte tenu d'une légalité ainsi fortement en mouvement et dont les usages sociaux et politiques sont eux-mêmes bouleversés (la référence au droit naturel, aux droits subjectifs aux droits substantiels...), la question est bien à nouveau soulevée des rapports entre légalité et légitimité du politique. Et il est révélateur que des controverses relevant du « territoire » de connaissance de la philosophie du droit (les controverses Herbert Hart *versus* Lon Fuller prolongées par celles entre Danièle Lochak *versus* Michel Troper<sup>23</sup>) soient revisitées par un raisonnement sociologique assigné précisément à un réexamen des relations entre légalité et légitimité s'inscrivant dans un courant actuel de science sociale sur le sujet<sup>24</sup>.

## V. LE MYTHE DU « DROIT » COMME INSTITUTEUR DU POLITIQUE. LE RETOURNEMENT DES DROITS AU « DROIT »

L'ouvrage d'Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, a un statut différent de celui des autres travaux présentés dans cette rubrique. En effet, il ne rend pas compte d'une réflexion sur les modes d'approche de science sociale de la question des rapports entre droit et politique comme il n'est pas la restitution d'une démarche de recherche de science sociale sur des formes de relation entre droit et politique. À partir de ses compétences de juriste du droit social et de théoricien du droit, Alain Supiot se saisit d'un texte fondateur : la *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*, dite Déclaration de Philadelphie, rédigée le 10 mai

23 Exercice auquel l'auteure s'était d'ailleurs déjà livrée dans sa thèse et qu'elle a réitéré dans l'ouvrage qui en est issu : Liora Israël, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, *op. cit.*

24 Voir, par exemple, Patrice DURAN, « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique*, 59 (2), 2009, p. 303-344. Voir également, dans le même numéro, François CHAZEL, « Communauté politique, État et droit dans la sociologie webérienne : grandeur et limites de l'entreprise », *L'Année sociologique*, 59 (2), 2009, p. 275-301.

1944, pour se livrer à une analyse critique de la remise en cause de tous les principes contenus dans ce texte où était proclamée la volonté de « faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international » (p. 9). Outre la considération qu'on peut avoir pour la thèse présentée par l'auteur et la façon brillante et érudite dont il la développe, l'exercice auquel se livre ainsi Alain Supiot nous semble mériter toute notre attention en référence à notre présente réflexion sur les rapports entre droit et politique, ne serait-ce que parce que cet essai constitue une superbe célébration... des vertus politiques du droit telles que les considère l'auteur de façon exemplaire. Il nous pardonnera alors de procéder à l'examen de son ouvrage non pas suivant une vision du monde de juriste ou empruntée à la philosophie politique qui inspire souvent son propos<sup>25</sup> mais dans une perspective de science sociale conforme à celle adoptée dans cette chronique consacrée aux « vertus politiques du droit, mythes et réalités » et qui constitue tout à la fois une présentation de quelques-uns des développements récents de courants de recherche de science sociale sur les rapports entre droit et politique et une réflexion de nature épistémologique sur les conditions de production de la connaissance en la matière.

La thèse avancée dans l'ouvrage est celle d'un « retournement » par rapport à l'objectif fixé par la Déclaration de Philadelphie. En lieu et place de l'établissement d'une justice sociale à vocation universelle, dans le contexte de la globalisation, s'est « substitué celui de la libre circulation des capitaux et des marchandises [et] au lieu d'indexer l'économie sur les besoins des hommes, et la finance sur les besoins de l'économie, on indexe l'économie sur les exigences de la finance et on traite les hommes comme du “capital humain” au service de l'économie » (p. 24-25). L'analyse est alors faite des raisons politiques (l'élargissement de l'Europe et les mutations du communisme) qui vont favoriser ce triomphe du néolibéralisme, l'instauration de cette « démocratie limitée » que Hayek appelait de ses vœux et la « privatisation de l'État-providence » dans un contexte général où le Marché devient le principe général de régulation de nos sociétés.

La remarquable originalité de la réflexion d'Alain Supiot tient à la place qu'il accorde au droit, ou plutôt au « Droit », dans ce « retournement » qu'il dénonce. Le statut du droit, sa transformation, en constitue le révélateur central à la mesure de la place que l'auteur prétend lui donner. La remise en cause des principes contenus dans la Déclaration de Philadelphie se manifeste à travers les façons dont le droit est, selon lui, abusivement investi. Ainsi, pour l'auteur, le droit est devenu un « produit ». Alors qu'il était porteur, incarnation de valeurs, de principes fondamentaux du « vivre ensemble », il ne serait plus désormais

---

25 Notamment en référence au dernier ouvrage de Amartya SEN, *L'idée de justice*, Paris : Flammarion, 2009, dont la revue *Droit et Société* publiera prochainement une recension rédigée par Jean-François Perrin.

que le vecteur d'une transmutation des valeurs, comme par exemple la nature ou le travail, en « marchandises ». Le « Droit » tirait ses vertus d'être inscrit dans des territoires dont le milieu physique, la culture, les valeurs, les traditions inspiraient son écriture, sa formulation, pour en faire le dépositaire en même temps que le promoteur et le gardien d'une « Raison » de la Cité. Il ne lui reste plus désormais en étant déterritorialisé qu'à participer, suivant la logique d'un « darwinisme normatif », à un marché international des biens juridiques (le *law shopping*) dans lequel les opérateurs vont faire des choix en fonction de critères non plus de valeurs mais d'efficacité en relation avec les intérêts qu'ils poursuivent (il s'agit, par exemple, pour la Banque mondiale d'« aider les “consommateurs” de droit » à faire leur choix sur ce marché des normes [ou sur] celui du “marché des produits législatifs” » (p. 66). Le « Droit » est devenu un « produit en compétition à l'échelle du monde, où s'opérerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier » (p. 64).

Pour l'auteur, rien n'illustrerait mieux ce processus de « déconstruction du Droit » que l'avènement de cette « normativité gestionnaire » sur laquelle il se penche de manière approfondie et sur laquelle il revient à plusieurs reprises comme s'il y avait là un élément au cœur de la thèse qu'il développe. Cette « normativité gestionnaire » inspirerait ou serait inspirée tout à la fois par une « sociologie d'obédience marxiste » et par l'économie ultralibérale. Elle contribuerait à ce que « le gouvernement par les lois cède la place à la gouvernance par les nombres » (p. 77). Tout se passerait ainsi comme si l'imposition des nombres, des indicateurs, de la quantification et des méthodologies, des procédures qui leur sont attachées (l'évaluation, le *scoring*, etc.) ou des doctrines (comme le *New Public Management*) contribuaient à un effacement des valeurs, des principes directeurs, des finalités et même des réalités censées être ainsi restituées, ceci au profit d'un modèle comptable de l'organisation et des modes de fonctionnement de la Cité qui est d'abord le produit des croyances ou des parti pris de ceux qui le construisent ou y recourent. Pour l'auteur, « la normativité perd sa dimension verticale : il ne s'agit plus de se référer à une loi qui transcende les faits, mais d'inférer la norme de la mesure des faits » (p. 78).

De cette analyse séduisante de ce que nous appellerons un déclin du droit, du « Droit », pour reprendre une expression récurrente dans la tradition juridique, se construit *a contrario* ici une représentation du « Droit » (la majuscule accordée au mot prend alors tout son sens, de façon analogue à l'usage qu'en fait Pierre Legendre, notamment quand celui-ci parle de la « Raison juridique », du « Père », etc., et à qui Alain Supiot fait souvent référence) dont on peut penser qu'elle correspond bien à ce « mythe du droit » dont parle Stuart Scheingold et que nous avons évoqué *supra*. Cette conception du « Droit » est d'ailleurs affirmée de façon explicite à plusieurs reprises dans l'ouvrage. L'auteur souligne

que ce « Droit » est bien une « référence commune à un monde tel qu'il doit être » (p. 74). Il rappelle que « le mot même de "Droit" vient du latin médiéval *directum* et suggère l'idée d'une direction » (p. 119). Ce « Droit », si magnifié par la Déclaration de Philadelphie, est ici effectivement représenté comme devant *instituer* (par exemple, « c'est au droit qu'il incombe d'élargir ou de restreindre le jeu du libre-échange » p. 111 ; ou encore, c'est aux Cours suprêmes qu'il appartient, nous dirons, de veiller à la perpétuation d'une « Raison juridique » au fondement de la raison démocratique, comme le suggère l'exemple d'une référence faite à une décision de la Cour constitutionnelle allemande, p. 113). Il est conféré au « Droit » une sorte de centralité dans l'évocation des turpitudes du néolibéralisme. Par exemple, pour l'auteur, « l'implosion des marchés financiers à l'automne 2008 n'est que le symptôme d'une crise plus profonde, qui est fondamentalement une crise du Droit » (p. 91).

Cette représentation du « Droit », sous-jacente à la démonstration de l'auteur, l'amène par exemple à se défier d'une évolution d'un droit des personnes menacé par une volonté d'autodétermination des individus conduisant à l'abolition de « toute différence [...] à commencer par la différence des sexes et des générations, d'où le démantèlement des statuts civils et familiaux et l'idée du "libre choix" d'une identité flexible » (p. 99). Ce qui menace serait alors la « pulvérisation du Droit en droits subjectifs » (la formule est reprise de Jean Carbonnier). De la même façon, la mise en valeur de la notion de « réseau » par rapport à celle de « pyramide »<sup>26</sup> inspire à l'auteur les plus vives réticences : « Si l'on veut bien se souvenir que la matrice des réseaux est la féodalité, l'on comprend vite que le "Droit" en train de naître dans le contexte de la globalisation est imprégné de formes passées, et que la société en réseaux marque, non pas la victoire du contrat sur la loi ou de la "société civile" sur l'État, mais la résurgence de montages institutionnels antérieurs à l'édification des États souverains » (p. 103). Le « Droit » ainsi représenté est bien à l'opposé de « ces nouvelles légalités de facture gestionnaire » (formule que l'auteur reprend de Pierre Legendre) qui caractérisent désormais la régulation... politique de nos sociétés. Ce « Droit » comme référence, vecteur d'établissement de la justice sociale et d'une démocratie participative, est mué en simple instrument assujéti à une « normativité scientifique », à la tyrannie des droits subjectifs où le droit et la justice sont référés « à la seule subjectivité de chacun » ou à la réalisation d'objectifs purement marchands, ceci dans le cadre d'une mystification déjà dénoncée par Amartya Sen suivant laquelle, derrière la référence incantatoire à l'État de droit, se dissimule la volonté d'instauration d'un « État de Droit des affaires ».

---

26 . Référence est faite notamment à l'ouvrage de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

Certes, cette vision d'une « transcendance du droit », pour reprendre une expression employée récemment par Dominique Schnapper<sup>27</sup>, ne conduit pas l'auteur à ignorer les voies par lesquelles les principes directeurs qu'il porte – en l'occurrence, ceux de la justice sociale – pourraient être restaurés. Devant l'affaiblissement des moyens de défense des salariés, la question est ainsi posée de savoir comment restaurer le rôle des syndicats, rétablir la correspondance entre démocratie sociale et démocratie politique, réinjecter de la discussion, de la négociation, favoriser la délibération pour échapper à la tyrannie des « normes comptables », plus largement repenser la conception même du principe de solidarité et ses mises en œuvre notamment en matière de sécurité sociale.

En ayant à l'esprit ce que nous avons pu rapporter auparavant dans cette chronique sur la place du droit dans l'action collective, on peut toutefois s'interroger sur le sens qu'il convient de donner à un « Droit » ainsi mythifié et dont on ne sait rien de ses sources politiques et sociales, de ses *acteurs*, éventuellement des mobilisations dont il est l'objet. Rien n'est dit ici des forces sociales dont l'action est effectivement inspirée par la défense ou le rétablissement de la « justice sociale » et dont la présence suggère pourtant l'existence de *contradictions* et la possibilité de penser la *participation* des citoyens à la conception et à la mise en œuvre des normes juridiques. La célébration d'un « Droit » n'empêche-t-elle pas de prendre en compte... un droit... ou des *droits* sans majuscule, sécularisés, dirons-nous, mais plus conformes à l'idée d'un nouveau projet démocratique, à celle de l'avènement d'une « gouvernance démocratique », comme tentent de l'envisager d'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu *supra*<sup>28</sup>, d'autres courants de philosophie du droit soucieux de redonner sa place au droit dans l'action collective ?

La question ultime que nous pourrions alors nous poser ici est celle de savoir si la thèse brillamment développée par Alain Supiot est en quelque sorte le témoignage d'une position dogmatique sur le statut du droit ou si elle en appelle de nouveau, du point de vue de la recherche sur les rapports entre droit et politique, à cette exigence de pluridisciplinarité ou d'interdisciplinarité<sup>29</sup> pour surmonter ce clivage dont Jacques Caillosse fait une nouvelle fois le constat. Pour ce dernier, il convient de surmonter les incompatibilités entre les juristes qui s'attachent

27 Dominique SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, coll. « NRF essais », 2010. Rappelons toutefois que cette auteure en parlant de « transcendance du droit » n'évoque pas « par ce terme l'idée d'un droit qui existerait indépendamment des hommes, droit naturel d'essence divine, mais la dynamique – ou la force – propre au droit qui se déploie par-delà les aléas apparents de sa fabrication » (p. 28).

28 Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALK, *Democracy, Law and Governance*, *op. cit.*

29 Exigence d'interdisciplinarité dont la conscience est vive au sein de la revue *Droit et Société*, même si, comme en témoignent les deux dossiers réalisés respectivement par des sociologues et des juristes, beaucoup reste à faire. Voir « Quelles méthodes pour la sociologie du droit et de la justice ? », *Droit et Société*, 69/70, 2008, et « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes », *Droit et Société*, 75, 2010.

exclusivement aux « contenus normatifs » du droit et les sciences sociales, plus précisément les sociologues, qui « installent » le droit « dans le champ mouvant des pratiques collectives » et de ses « usages sociaux »<sup>30</sup>. Un tel dépassement pourrait peut-être nous permettre de concevoir et d'observer de quelles façons, dans la filiation à la pensée de Stuart Scheingold, le « mythe du droit » serait susceptible *concrètement* d'être approprié par les citoyens comme contre-pouvoir à la tyrannie d'un ordre politique et social jugé injuste et, abstraitement, de nourrir une théorie renouvelée de l'action collective dont plusieurs des travaux auxquels nous nous sommes référé annoncent l'avènement.

---

30 Jacques CAILLOSSE, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes » [À propos de *L'Année sociologique*, 59 (1) et (2), 2009], *Droit et Société*, 77, 2011 (à paraître).