

Chronique bibliographique

Cette chronique ainsi que les rubriques *Nouvelles du monde*, *Repères* et *Au fil des revues* peuvent être consultées sur notre site INTERNET où elles sont mises à jour régulièrement :

www.reds.msh-paris.fr/

Pour les recevoir mensuellement, il est possible de s'inscrire sur la liste de diffusion :

www.reds.msh-paris.fr/francais/actualite.htm

Les opinions émises dans cette rubrique n'engagent que leurs auteurs.

À propos de...

De l'État–propriétaire à l'État–gérant

- ▶ RABAULT Hugues, *L'État entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'État*
(par Christopher POLLMANN)

Lu pour vous

- ▶ CANIVET Guy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et KLEIN Michael (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*
(par Ejan MACKAAY)
- ▶ CAROCCIA Francesca, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*
(par Rocco FAVALE)
- ▶ COMMAILLE Jacques et KALUSZYNSKI Martine (dir.), *La fonction politique de la justice*
(par Laurence DUMOULIN)
et
(par Julien PIERET)
- ▶ DUMOULIN Laurence, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*
(par Philip MILBURN)
- ▶ DUPRET Baudouin, *Droit et sciences sociales*
(par Sylvain PARASIE)
- ▶ FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*
FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*
FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*
(par Ejan MACKAAY)
- ▶ GÉRARD Philippe, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*
(par Pierre BRUNET)
- ▶ LÉPINARD Éléonore, *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*
(par Daniel SABBAGH)
- ▶ MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*
(par Laurence BOY)
- ▶ MICHEL Hélène et WILLEMEZ Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*
(par Jean-Marc WELLER)
- ▶ MUCCHIELLI Laurent (dir.), *Gendarmes et voleurs. De l'évolution de la délinquance aux défis du métier*
(par Jean-Hugues MATELLY)
- ▶ STANZIANI Alessandro (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII^e-XX^e siècles*
(par Thierry KIRAT)

Reçu au bureau de la rédaction

À propos de...

RABAULT Hugues, *L'État entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'État*, Paris, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2007, 270 p.

De l'État-proprétaire à l'État-gérant

Dans ce livre majeur, l'auteur, professeur agrégé de droit public à l'Université Paul Verlaine - Metz, examine l'État, mythe occidental par excellence. Dans une démarche généalogique, il cherche à répondre à la question *qu'est-ce que l'État ?*, question qui relève le défi lancé par le constat que « personne n'a jamais vu l'État » (p. 94). Elle se décline en deux sous-questions, à savoir *d'où vient l'État ?* et *à quoi sert l'État ?*

L'auteur montre en quatre étapes comment l'État, d'origine religieuse et mystique, évolue en devenant l'armature d'une société mécanisée. L'intérêt principal du livre consiste à faire ressortir et interagir ces deux facettes, ce qui sera retracé ci-dessous (I et II). Puis, on explorera l'avenir de l'État (III), avant d'évoquer quelques problèmes de forme (IV).

I. Eschatologie et *statophanie* : le sens théologique de l'État

L'État comporte une dimension théologique ou sacrée à un double titre. D'un côté, il prétend incarner un espoir eschatologique et se représente donc comme sauveur de ses sujets. De l'autre, il se montre à travers une dramaturgie spécifique. Fonction salvatrice et mise en scène liturgique possèdent un potentiel quelque peu totalitaire (a). Elles prennent forme dans l'État-nation conçu comme communauté imaginaire (b), et dans son système juridique (c).

a) Ce sont d'abord les symboles de l'État qui manifestent sa dimension sacrée. De même que Dieu a besoin de phénomènes palpables pour se manifester, « [l']appareil symbolique de l'État constitue une [...] technique de *révélation* de sa présence ». L'auteur applique alors à l'État le concept de *théophanie*, en créant le néologisme de *statophanie*¹ qui désigne cette *liturgie*.

1. Latin *status* pour État, et grec *phainein* « paraître, se montrer » ; p. 115 (italiques omises, ici et ailleurs).

Quant à la fonction salvatrice, Hugues Rabault s'appuie sur « l'hypothèse que toute politique a un fondement théologique et que toute théologie a un enjeu politique » (p. 16), pour montrer que « [l]a politique est une « doctrine du salut », une *sotériologie* » (p. 17) ². C'est pourquoi « l'idée même d'une sécularisation de l'État est douteuse. Ne devrait-on pas parler davantage d'un refoulement de la théologie dans la politique ? » (p. 15 et suiv.) ³. À partir de la révolution industrielle et de 1789, la croyance en la science et les techniques, l'aspiration au progrès et à la croissance économique, toutes encadrées par l'État, acquièrent en effet un statut quasi sacré et constituent ainsi une réponse sécularisée à la mort. Pour l'individu occidental, l'État-nation remplace ainsi Dieu ⁴.

Le salut et la salvation sont potentiellement sans bornes. De surcroît, l'État n'ayant pas d'existence matérielle et sa réalité pouvant donc facilement être contestée, ses efforts pour se révéler peuvent prendre des proportions envahissantes. Tout État comporte donc une propension à agir, voire à se constituer en État totalitaire). Ou comme le disait Carl Schmitt : « Tout vrai État est État total ⁵. » Cette essence totalitaire de l'institution étatique ⁶ permet de penser que « l'opposition entre le modèle de l'État totalitaire et celui de la démocratie représentative mérite d'être relativisé[e] » (p. 222).

Dans cet esprit, on peut s'interroger sur le sens du qualificatif *totalitaire*. Si à la suite de Hannah Arendt, on peut considérer l'Allemagne nazie et le stalinisme comme modèles de l'État totalitaire, on doit aussitôt préciser que, pour cette auteure, le caractère totalitaire ne réside pas, comme on pourrait le penser, dans la perfection d'un régime despotique, mais s'en distingue au contraire : « Le totalitarisme ne tend pas vers un règne despotique sur les hommes, mais vers un système dans lequel les hommes sont superflus [...], vers] un monde de réflexes conditionnés, de marionnettes ne présentant pas la moindre trace de spontanéité [...]. L'homme ne peut être pleinement dominé qu'à condition de devenir un spécimen de l'espèce animal homme ⁷. » Or, la superfluité des hommes et l'automatisation de leur existence sont peut-être encore davantage réalisées dans le monde occidental libéral, de plus en plus mécanisé, que dans la société fasciste ou stalinienne : « Le dernier stade de la société du travail, la société d'employés, exige de ses membres un pur fonctionnement automatique, comme si la vie individuelle était réellement submergée par le processus global de la vie de l'espèce ⁸. » On ne saurait pas davantage étudier ici les rapports entre tyrannie, totalitarisme et automatisation, mais on constate que cette dernière s'est encore accélérée, depuis la rédaction du dernier passage cité, notamment à travers l'informatique.

b) À l'instar de l'Église, autre institution totale, l'État nous adresse en permanence des « messages d'amour ». Ceux-ci répondent au besoin de l'individu, ayant perdu l'ancrage religieux de son existence, de se faire rassurer quant à son appar-

2. Du grec *sôtérion* « salut », et *-logie*.

3. Cf. Hans Kelsen, « Gott und Staat » [1923], in Id., *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied, Berlin, Luchterhand, 1964, p. 29-55 (p. 30-36).

4. *Ibid.*, p. 38.

5. Page 262. Comp. l'affirmation de Hans Kelsen citée ci-dessous note 21.

6. Cf. Ekkehart Krippendorff, *Staat und Krieg. Die historische Logik politischer Unvernunft*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1985. Hans Kelsen suggère que la souveraineté d'un État implique *in fine* la négation - totalitaire - de la souveraineté de tout autre État (« Gott und Staat », *op. cit.*, p. 41).

7. Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme* [1951] suivi de *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 2002, p. 808 ; puis p. 699 et suiv., p. 747 et suiv., p. 776 et suiv., p. 880-895.

8. Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne* [1958], Paris, Calmann-Lévy, 1983, p. 400.

tenance à la communauté. C'est pourquoi « le rapport entre État et individu est une relation de dépendance affective » qui « nécessite une adhésion psychique des hommes » (p. 9). Cette adhésion se manifeste de la manière la plus complète à travers le nationalisme, cette tendance des membres d'une communauté nationale à s'identifier à leurs *compatriotes* qu'ils ne connaissent pourtant pas et ne connaîtront jamais.

Non seulement les membres de l'État-nation manquent de connaissance réciproque pour se constituer en communauté, mais encore la nation ne possède pas non plus d'autres caractéristiques ou fondements matériels. En son sein, les disparités géographiques, démographiques et sociales sont plus grandes que les clivages matériels des deux côtés d'une frontière nationale. De cette absence de base matérielle découle une double nécessité : la communauté nationale doit être construite, et elle ne peut se forger que de manière immatérielle, idéale, c'est-à-dire par le biais de représentations. C'est dans cette optique que H. Rabault entame son ouvrage en rappelant que « Karl Marx donne une définition singulière de l'État [...] comme d'une « communauté illusoire »⁹. Le rôle de l'État dans la construction de cette *communauté imaginaire* mériterait cependant d'être davantage étudié ou en tout cas évoqué, notamment par rapport au célèbre ouvrage de Benedict Anderson¹⁰.

c) De son côté, le système juridique, même s'il s'affiche transparent et rationnel, relève, lui aussi, de l'eschatologie étatique. La Constitution, tout d'abord, comporte une « fonction psychosociale », voire sacrée, dans la mesure où elle symbolise l'unité du peuple et synthétise la mythologie nationale (p. 146-151). Puis, les *clauses d'éternité* de nombreuses constitutions, telles que l'article 89 V de la constitution française de 1958 prévoyant que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », sous-entendent une vision eschatologique de l'Histoire qui serait marquée par un progrès institutionnel (p. 180 et suiv.). Cela contribue à dispenser une image valorisante de la communauté nationale concernée. Celle-ci peut également se sentir rassurée par la prétention constitutionnelle à réglementer et donc à prévoir l'avenir.

Il s'agit pourtant d'un mythe. D'un point de vue juridique, il suffirait de procéder en deux temps, en abrogeant d'abord la clause d'éternité, avant d'effectuer la modification de régime jusque-là interdite (p. 183). Du point de vue politique, « on ne peut limiter le pouvoir constituant pour l'avenir » (p. 184)¹¹. Et cela d'autant moins qu'aucun texte juridique n'a de signification objective et définitive¹².

Un autre mythe juridique relève d'un droit de résistance à l'oppression, énoncé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce

9. Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'idéologie allemande* [1845-1846], Paris, Éditions sociales, 1975, p. 61, cité ici p. 7 ; ils qualifient également l'État de « succédané de communauté », *ibid.* p. 94. Voir aussi Étienne BALIBAR (l'État-nation est « la pensée effective d'un objet illusoire »), « Racisme et crise », in Étienne BALIBAR et Immanuel WALLERSTEIN, *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, Paris, La Découverte, 1988, p. 289-302 (p. 295).

10. Benedict ANDERSON, *L'imaginaire national. Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 1996.

11. Cf. Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], Paris, Économica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 10-12, 13 et suiv.

12. Cf. Marc AMSTUTZ et Marcel A. NIGGLI, « Recht und Wittgenstein I. Wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre », in *Festschrift für Peter Gauch*, Zürich, Schulthess, 2004, p. 3-21 (p. 6-9) et ID., « Recht und Wittgenstein III. Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre », in *Festschrift für Hans Peter Walter*, Berne, Stämpfli, 2005, p. 9-36 (p. 20 et suiv.) ; Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003, p. 98 et suiv.

« droit » fait du citoyen, voire de la nation, l'ultime gardien de la Constitution. Or, les citoyens comme la nation, catégories fantasmatiques car traversées de multiples divergences de situation et d'intérêt, ne sauraient agir en tant que tels, de surcroît en dehors de leur représentation officielle supposée oppressive ou passive face à des tentatives d'oppression. On considère d'ailleurs que malgré sa proclamation emphatique dans la Déclaration, la résistance à l'oppression ne constitue pas un droit positif : « L'État jouit d'une présomption irréfragable de légitimité » (p. 194). En effet, le droit relève de l'État et ne peut donc guère être invoqué contre lui ; de fait et pour l'essentiel, on ne peut le faire valoir que contre des individus ou des groupes isolés. Par conséquent, l'invocation du droit de résistance ne sera qualifiée de légitime que... quand la résistance l'emporte !

Si l'État est une construction idéelle, il n'est pas pour autant sans effet.

II. L'État, cadre de la conquête mécanisée et marchande du monde

L'État est un « imaginaire à effet concret » (p. 8). Donc, s'il constitue un ensemble de représentations, il mène aussi des politiques matérielles. À cette fin, il agit en cherchant à diriger la société, de façon plus ou moins autoritaire ou libérale. On peut donc le comparer au pilote d'un avion.

Or, cette idée de pilotage relève d'un mythe. En effet, la maîtrise des hommes et des sociétés sur leur destin est bien plus réduite que le concept de gouvernement ne le laisse entendre (a). Néanmoins, l'attente du pilotage produit un certain nombre de conceptions du bon gouvernement censées relever le défi fantasmatique d'une conduite de la société (b). Même si le pilotage constitue un mythe, l'État peut augmenter son emprise sur le monde par le biais du marché. S'organisant à travers le droit, il peut être envisagé, avec ce dernier, comme forme politique et juridique de l'économie de marché (c).

a) Pour H. Rabault, il serait naïf de penser que l'évolution des sociétés soit liée au principe du gouvernement, l'histoire de l'humanité apparaissant davantage le fait d'un processus anonyme et largement inéluctable (p. 21). La faible influence de l'État serait attestée par son « incapacité à résoudre les problèmes de l'humanité » (p. 263). Certes, ce constat peut être nuancé par la précision que la connaissance scientifique et technique encadrée par la puissance publique a élargi la maîtrise humaine de la nature. Néanmoins, les relations sociales échappent toujours à la rationalité et au contrôle dans la mesure où les effets des actions menées ne correspondent pas souvent aux objectifs poursuivis. L'individu comme la société dans son ensemble sont beaucoup plus complexes qu'on ne le pense habituellement, traversés en particulier de nombreuses contradictions. Celles-ci pèsent d'autant plus lourd que la plupart des acteurs sont généralement peu conscients des motivations sous-jacentes aux comportements¹³. En outre, les progrès dans la connaissance de la nature sont comme anéantis par l'ampleur et la profondeur croissantes de l'intervention humaine dans les phénomènes naturels. Par exemple, les capacités d'extraction et d'exploitation charbonnières, pétrolières et gazières, de fission nucléaire et de manipulation génétique bouleversent les rythmes et les équilibres de la Terre beaucoup plus lourdement que ne le faisait la déforestation dans l'Antiquité.

En fait, l'idée du pilotage étatique résume de nombreuses manifestations du désir de contrôle inhérent à l'époque moderne. On peut évoquer « le processus de

13. Cf. Christopher POLLMANN, « Lutttes pour les ressources matérielles ou symboliques et détermination émotionnelle de l'existence. L'exploration critique de l'inconscient et des logiques sociales comme facteur de pacification », in Colloque *Guerre et Paix. Le rôle de la science et de l'art*, Goethe Institut, Paris, 19-21 novembre 2007, Berlin, New York, de Gruyter, 2008 (à paraître).

la civilisation » (Norbert Elias), à la fois autodiscipline croissante des individus et logique de l'identité visant à rendre le monde et ses phénomènes classables, calculables et donc prévisibles¹⁴. Puis, trois structures de contrôle particulières passent par l'objectivation et la réification de la vie individuelle et collective : le langage substantivé des sociétés occidentales transforme les relations en choses et les évolutions en substance¹⁵ ; les concepts de *personne* et de *sujet de droit* font de l'être humain un acteur juridique stable¹⁶ ; et les *droits subjectifs* permettent de concevoir et de gérer les revendications et les intérêts humains comme des choses¹⁷.

b) Les représentations courantes postulent donc que « le bonheur des hommes suppose un « bon gouvernement » » (p. 21). Le mythe du pilotage se matérialise dès lors dans différentes formes de gouvernement, souvent assez similaires. Comme d'autres métaphores décrivant l'État¹⁸, il exprime la nécessité d'une direction et d'une autorité incontestables et justifie ainsi un État plus ou moins autoritaire. Dans la mesure où les métaphores citées sont encore utilisées, de nos jours, dans les régimes de démocratie représentative, trahissent-elles le caractère peu démocratique de ces derniers ? H. Rabault pratique à cet égard un esprit critique qui ne se laisse pas circonvenir par l'idéologie officielle : « La notion de démocratie représentative constitue déjà un concept paradoxal, au sens où elle signifie que le peuple gouverne par l'intermédiaire de représentants, ce qui sous-entend qu'en fait il ne gouverne pas réellement » (p. 68). En effet, « s'il est possible, par l'élection, d'élire tel ou tel candidat, il se révèle impossible, en général, de changer le système politique en tant que tel » (p. 67)¹⁹. « Ainsi les mouvements [protégés...] sont-ils [...] domestiqués par le système » (p. 238).

Le pouvoir démocratique se trouve restreint de deux façons complémentaires. D'un côté, « [s]'il existe un pouvoir [politique], celui-ci est exercé, dans les faits, par l'infime minorité qui constitue l'élite politique et bureaucratique » (p. 230 et 222). De l'autre, les « États [n']exercent [que] le pouvoir apparent. La réalité du pouvoir est maîtrisée de façon dissimulée par des groupes, tels que la caste des capitalistes, ou des entités, comme les banques ou les entreprises multinationales, qui disposent de la richesse économique » (p. 37 et suiv.). Avec une appréciation plus nuancée, l'État s'envisage comme un condensé des rapports de force présents dans la société²⁰. Dans ces différentes analyses, apparaît le grand décalage entre l'apparence et l'essence de l'État démocratique. « On peut donc conclure que les formes de la démocratie de masse revêtent un aspect rituel, dont la fonction essentielle est

14. Cf. Iris M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 98-99 ; William BLOOM, *Personal Identity, National Identity and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 17.

15. Cf. Hans Kelsen, « Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse » [1927], in Hans KLECATSKY, René MARCIC ET Herbert SCHAMBECK (dir.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Vienne, Europa, 1968, p. 209-214 (p. 212).

16. Cf. Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, p. 59 et suiv.

17. Cf. Ulrich K. PREuß, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1979, p. 106 et 194.

18. Telles que les analogies avec un organisme vivant (p. 32, 118 et suiv.), avec une machine, un automate, une horloge (chez Leibniz) ou un navire (chez Platon et Aristote) (p. 83, 119 et suiv.).

19. Cf. les décisions du tribunal constitutionnel fédéral de la RFA du 30 juillet 1958 interdisant divers référendums régionaux en matière d'armement nucléaire de l'Allemagne, en invoquant l'indépendance de la formation de la volonté étatique par rapport à la volonté populaire, Recueil de ces décisions : *BverfGE*, vol. 8, p. 104 et suiv. (113 et suiv.) et p. 122 et suiv. (131 et suiv.).

20. Cf. Michel MIALLE, *L'État du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Paris, Maspero, Saint Martin d'Hères, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 220 et suiv.

de forger et de maintenir l'unité de la communauté imaginaire que constitue l'État » (p. 67).

« La même observation vaut pour la notion de séparation des pouvoirs, qui est plus idéologique, imaginaire ou fictive, que réelle dans la pratique institutionnelle. » En effet, pouvoirs exécutif et législatif sont généralement exercés par un seul et même état-major d'un parti politique ou d'une coalition (p. 231, 173). De même, si le pouvoir juridictionnel est formellement indépendant, « tout concourt à rapprocher par leur appartenance sociale et leurs orientations politiques les élites politiques et les membres de ces juridictions », permettant d'expliquer « la multiplication des cours constitutionnelles ». « La légitimation du pouvoir d'État est, pour ainsi dire, multipliée par le fait que celui-ci s'appuie tout à la fois sur la participation du peuple (principe de démocratie) et le respect du droit (principe d'État de droit) » (p. 173).

Néanmoins, « une garantie existe contre la monopolisation du pouvoir : c'est la possibilité d'alternance politique » (p. 232). Or on sait que, dans la plupart des pays à démocratie représentative, l'appartenance sociale et les orientations politiques rapprochent aussi entre eux les politiciens des principaux partis. Si l'on y rajoute les contraintes que la mondialisation fait peser sur l'action gouvernementale d'un pays, il est clair que l'alternance ne concerne pour l'essentiel que le personnel, mais guère le contenu de la politique. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles le taux de participation électorale a tendance à baisser, s'il n'est pas déjà faible.

Ces différents éléments « explique[nt] les continuités remarquables dans l'histoire des systèmes politiques entre les régimes autoritaires et les régimes de démocratie représentative. Ces derniers conservent les acquis des systèmes autoritaires qui les ont précédés. Les systèmes autoritaires, en particulier, sont des moments privilégiés de rénovation des institutions [...] » (p. 222).

c) Il y a une facette de la théorie de l'État que H. Rabault n'a guère développée. C'est ce que l'on pourrait appeler l'identité structurale entre État, droit et marché. On sait que Hans Kelsen a longuement élaboré les rapports entre État et droit, pour dire que les deux décrivent en réalité le même phénomène²¹. Cette approche peut être étendue au marché²².

En effet, l'économie est politique, un marché ne se crée et ne se maintient que grâce à un pouvoir politique qui peut être explicitement organisé comme tel ou se trouver imbriqué dans des structures religieuses, des rapports de parenté ou autres. Par conséquent, quand le marché est l'organisation économique dominante d'une société, il va de pair avec une instance politique complexe, hautement spécialisée et professionnalisée, à savoir l'État.

Songons à la monnaie, aux poids et mesures, à la standardisation du temps, à l'organisation de l'espace, aux normes de qualité, à la sécurité face aux intempéries et aux bandits, aux moyens de transport et de communication - nulle part les agents économiques ne peuvent organiser eux-mêmes les échanges marchands et tout ce qui les conditionne. Ils ne sont pas suffisamment neutres. Et ils n'ont ni une vision à long terme, ni les moyens nécessaires pour créer et entretenir ces différents systèmes d'*équivalence* et ces infrastructures qui ne sont guère immédiatement rentables.

21. Cf. Hans KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* [2^e éd. 1928], Aalen, Scientia, 1982. Il en conclut que « tout État est État de droit » (notre trad. ; la citation figure dans ID., « Gott und Staat », *op. cit.*, p. 55).

22. Cf. Christopher POLLMANN, « Pas de marché sans politique ! La mondialisation entre le droit et la force, entre les États et les multinationales », *Revue de la coopération transfrontalière*, 42, 2003, p. 1-8 avec réf.

Seule une autorité extra-économique, de nos jours surtout l'État, en est capable, au besoin grâce à son monopole de la contrainte physique légitime, afin notamment de garantir la sécurité juridique nécessaire pour les échanges. L'échange marchand exige en effet que la qualification des personnes, des objets et des situations soit prévisible car déductible de points de repère existants. La société marchande a donc besoin d'un corps de règles publiques et durables ainsi que d'un mode institutionnalisé de résolution des conflits. C'est la raison pour laquelle le marché relève du droit, plus ou moins développé en fonction de l'étendue des échanges.

C'est encore l'État qui devra former, encadrer et contrôler la population, le cas échéant par des intermédiaires privés. Et c'est surtout à l'État qu'incombe l'indispensable conquête permanente de nouveaux marchés et la défense contre les agressions extérieures. Ces activités n'étant pas directement productives, l'État a, de son côté, besoin du marché capitaliste : la division du travail génère des plus-values lui procurant ses ressources. La dépendance réciproque entre État, droit et marché nous amène à penser qu'il s'agit des trois faces du même phénomène !

L'intensification des rapports marchands et des efforts de domestication et d'exploitation de la nature qui en découlent ne peuvent donc qu'accentuer le besoin d'État.

III. L'avenir de l'État entre mondialisation et décroissance

Dans sa conclusion, H. Rabault estime que la chute du régime soviétique symbolise l'« échec historique du concept d'État » (p. 263). À notre sens, cette analyse est à nuancer (a, b et c).

a) Elle témoigne d'une identification problématique du concept d'État avec son application autoritaire, comme si celle-ci constituait la forme d'État la plus aboutie. Or l'échec de l'État soviétique comme d'ailleurs l'infirmité endémique de nombreux pays du Tiers-Monde plus ou moins militarisés où l'appareil d'État est essentiellement au service des élites attestent précisément l'imperfection et la faiblesse de ces États. L'État occidental dans ses diverses formes actuelles est sensiblement plus performant que son rival soviétique et toute autre organisation politique ayant jamais existé sur terre. Il suffit à cet égard de rappeler la puissance et la précision militaires et aérospatiales, les exploits scientifiques et leurs innombrables applications techniques, etc. jamais atteints auparavant ni ailleurs. Si « l'organisation libérale de la société est [effectivement] la plus favorable au progrès matériel » (p. 266), cette organisation, n'étant ni divine ni naturelle, ne peut provenir que de l'action de l'État.

Il est vrai que H. Rabault vise à étudier le *concept* plus que le pouvoir et la réalité de l'État. Dans cette optique, on peut effectivement avancer que le concept d'État, à l'époque où il fut forgé, était plus large et plus ambitieux que le concept actuel. « L'État n'incarne [donc] plus le principe sotériologique » (p. 263). Toutefois, il importe alors de préciser que ce dépouillement du concept traduit une évolution de longue haleine, entamée avec la libéralisation des États européens au XVIII^e siècle et provisoirement achevée par le triomphe de l'État libéral à la fin du XX^e. Cette modération conceptuelle semble avoir facilité l'augmentation du pouvoir d'État en la camouflant sous la qualification d'État libéral ou d'État limité (cf. p. 106-110), insinuant à tort que l'État se situerait dans l'opposition à l'individu et au marché. Le concept comme le pouvoir d'État n'ont pas échoué, ils se sont transformés. Cette transformation remplace le *faire* par le *laisser-faire*, sachant que ce dernier nécessite au moins autant d'actions publiques que le premier. Elle est probablement la principale raison de la montée et de la domination occidentales sur le monde. Par

analogie avec l'évolution de la propriété, passée de l'autorité personnelle directe de l'article 544 du Code civil français au pouvoir gestionnaire qu'elle implique aujourd'hui, on pourrait donc dire que l'État-proprétaire des temps absolutistes est devenu État-gérant.

b) En raison de l'identité entre marché et puissance publique, la marchandisation continue des rapports économiques et sociaux suscite un besoin d'État accru. En particulier, la mondialisation contemporaine et l'informatisation des sociétés nécessitent la création de nouveaux standards et services publics. Comme par le passé, le marché se constitue à travers des équivalences et des infrastructures.

c) L'apparition progressive des limites écologiques appellera probablement un retour en force de formes autoritaires de gouvernement. La nécessaire décroissance globale des activités économiques et de leur empreinte écologique ne s'effectuera sans doute pas de façon consensuelle et harmonieuse entre classes et couches sociales et entre les différents pays, mais à travers des conflits plus ou moins violents. En outre, la mobilisation anti-« terroriste » dans la plupart des pays annonce et justifie une crispation répressive de leur régime politique, notamment « par une généralisation sans précédent du paradigme de la sécurité comme technique normale de gouvernement »²³. En définitive, les espoirs libéral, libertaire ou marxiste d'une limitation, voire d'un dépérissement de l'État seraient bien plus éloignés que par le passé.

Terminons par quelques problèmes de forme dans l'ouvrage commenté.

IV. Approche descriptive et autres aspects de forme

Le livre de H. Rabault est aussi un *manuel* développant l'histoire du concept et du pouvoir d'État. Il expose, pour ce faire, les nombreuses théories sur l'État déployées au cours des deux millénaires et demi du monde occidental. L'ouvrage regorge ainsi d'évocations, parfois répétées, de multiples auteurs et livres. En raison de leur nombre, elles restent souvent sommaires et ne comportent généralement ni référence bibliographique complète, ni mention de page. Il n'y a pas non plus de bibliographie ni d'index. Ces restrictions imposées par les contraintes de l'édition se prolongent par l'absence de relecture du manuscrit par l'éditeur. Cela aurait permis d'éviter quelques omissions de mots, une datation perturbante des auteurs et des événements d'avant J.-C., d'occasionnels excès d'italiques et certaines séquences de pages insuffisamment découpées en paragraphes.

La propension au manuel (particulièrement valorisée en France par l'institution du concours) et l'approche souvent descriptive et non explicative des phénomènes qu'elle comporte sont, hélas ! récurrentes en sciences humaines et sociales, y compris en droit et en philosophie. Elles entraînent l'habitude de réciter les grands auteurs du passé. Ces trois tendances ont pour effet qu'hypothèses, idées et autres efforts d'explication ne jouent qu'un rôle modeste dans de nombreux travaux à l'ambition pourtant scientifique. Les questions et problèmes contemporains ne trouvent ainsi pas de réponses dans ce genre de science académique et largement privée de controverses²⁴. Une telle science reste éloignée des réalités et des be-

23. Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer*, II, 1 : *État d'exception*, Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2003, p. 29 ; Christopher POLLMANN, « Une contre-révolution planétaire. Attentats du 11 septembre 2001 : conspiration islamiste ou nouveau *Pearl Harbor* ? », Centre de recherche sur la mondialisation (Université d'Ottawa) : www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=5957.

24. Pour l'ensemble, cf. Jacques CAILLOSSE, « Savoir juridique et complexité : le cas du droit administratif », in Mathieu DOAT, Jacques LE GOFF et Philippe PEDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 163-179 (p. 171 et suiv., 175).

soins de solutions ou d'explications de la vie individuelle et collective et donc de la pratique, à moins qu'elle ne reflète une société qui ne s'interroge pas non plus sur son propre fonctionnement.

À propos de...

Si l'ouvrage de H. Rabault comporte de nombreuses pages descriptives, c'est aussi et avant tout une puissante et stimulante réflexion sur l'institution-clé de la vie humaine d'aujourd'hui.

Christopher POLLMANN
Université de Metz

Lu pour vous

CANIVET Guy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et KLEIN Michael (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2005, 170 p.

Ce livre comporte les actes d'un colloque réunissant des juristes français - magistrats, universitaires, praticiens - et des représentants seniors de la Banque mondiale pour discuter de la méthodologie employée dans la production des rapports *Doing Business*¹ et du classement associé de 178 pays du monde entier sur la facilité d'y faire affaire. La Banque mondiale produit ces rapports et classements depuis 2004. Le but des rapports est de formuler des recommandations aux autorités des différents pays afin d'améliorer leur réglementation pour faciliter la conduite des affaires, ce qui, à son tour, devrait stimuler la croissance économique et, partant, améliorer le bien-être de la population.

L'initiative de la Banque mondiale procède certainement de bons sentiments. Elle est cependant controversée en France du fait que ce pays y occupe dans le classement un rang relativement décevant : 31 sur 178, en 2008², derrière Le Danemark, le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Islande, la Norvège, la Suède, la Finlande, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas, la Lettonie et la Lituanie en Europe ; le Canada se classe septième. Parmi les seuls pays de l'OCDE, le rang de la France est 19 sur 24, ce qui n'est guère plus reluisant. Le rang n'a guère bougé, car, en 2006, la France était classée 44^e sur 155³. En outre, dans les travaux scientifiques sur lesquels la Banque mondiale s'appuie, on arrive à la conclusion que les grandes traditions juridiques varient systématiquement en ce qui concerne leur degré d'adéquation avec le développement économique. Les systèmes civilistes de tradition française se classent derniers, derrière les systèmes de *common law*, les pays scandinaves et les pays de tradition civiliste allemande⁴.

La réaction française à la mauvaise note collée sur le droit et l'économie du

1. <http://www.doingbusiness.org/Downloads/>.

2. <http://www.doingbusiness.org/economyrankings/>.

3. Reproduit dans Bertrand DU MARAIS (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business. Études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 75.

4. Rafael LA PORTA, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER et Robert W. VISHNY, « The Quality of Government », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15 (1), 1999, p. 222-279 ; réaffirmé dans Andrei SHLEIFER, Florencio LÓPEZ DE SILANES et Rafael LA PORTA, « The Economic Consequences of Legal Origins », *Journal of Economic Literature*, 46 (2), 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1032863).

pays a pris tout un éventail de formes⁵. Certains, indignés, ont carrément refusé les conclusions de la Banque mondiale⁶ ou les ont ignorées pour s'efforcer de montrer au contraire l'efficacité du droit français⁷. D'autres ont voulu critiquer en détail les fondements et la méthodologie des études de la Banque mondiale⁸. Le livre dont compte est rendu ici reflète la démarche plus ouverte d'inviter les représentants de la Banque à un dialogue pour voir ce qui pouvait être amélioré dans la méthodologie de celle-ci, mais aussi, éventuellement, dans le droit français.

Il n'est peut-être pas sans intérêt de retracer brièvement ce qui a donné lieu aux rapports controversés. Après la Seconde Guerre mondiale, avec la décolonisation massive, la science économique s'est trouvée devant le défi de formuler des recommandations pour faire démarrer la croissance économique. Généralement, celles-ci portaient sur des leviers proprement économiques : ouvrir les frontières au commerce, assurer un taux de change stable, protéger les industries naissantes, etc., tenant en général le droit à l'écart, comme une donnée immuable.

En 1973, Douglass North a formulé explicitement la thèse suivant laquelle le droit n'est pas une donnée fixe à l'abri de ces considérations. Pour expliquer pourquoi le décollage économique a eu lieu en Europe occidentale et non ailleurs, il a formulé l'hypothèse selon laquelle cela tenait à la mise en place de droits de propriété qui permettaient de lier, de manière décentralisée, une rémunération à une initiative risquée donnant des résultats appréciés par les consommateurs, ainsi qu'aux règles limitant le pouvoir de l'autorité publique d'effectuer des prises démesurées sur cette rémunération⁹. Cette thèse et les travaux qui l'ont suivie ont valu à North le prix Nobel d'économie en 1993.

Le pendant de cette thèse a été examiné pour les pays en développement par Hernando de Soto dans une publication retentissante parue en 1986, *L'autre sentier*¹⁰. Pour expliquer pourquoi ces économies ne décollent pas, de Soto montre qu'au Pérou les étapes nécessaires pour créer une petite entreprise occupaient un listing long de 30 mètres, ce qui forçait les entrepreneurs à emprunter le circuit informel. Celui-ci se caractérise par des droits de propriété mal assurés, des contrats conclus seulement au sein d'un éventail de partenaires qui se connaissent et la nécessité de payer périodiquement les représentants de l'autorité publique pour qu'ils ferment les yeux sur cette économie informelle. Le système est certes minimalement viable, mais il est évident qu'on y a du mal à financer des initiatives d'envergure, vu la difficulté d'offrir des sûretés.

5. Comme l'a relevé la professeure Horatia Muir Watt lors de sa communication aux journées Maximilien-Caron sur le thème *Convergence, mutation et harmonisation des systèmes juridiques*, tenues à Montréal, le 25 avril 2008.

6. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, vol. 1 et 2, Paris, Société de législation comparée, 2006 ([http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Les_droits_tradition_civiliste_en_question%20vol %](http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Les_droits_tradition_civiliste_en_question%20vol%201.pdf)).

7. Comme la Fondation pour le droit continental, dans l'énoncé touchant *Attractivité économique du droit* (<http://www.fondation-droitcontinental.org/1.aspx>).

8. Bertrand DU MARAIS (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business. Études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit*, op. cit.

9. Douglass C. NORTH et Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World. A New Economic History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973 (trad. fr. : *L'essor de l'Occident*, Paris, Flammarion, 1990).

10. Hernando DE SOTO, *El otro sendero : la revolución informal*, Lima, El Barranto, 1986 (trad. angl. : *The Other Path : The Invisible Revolution in the Third World*, New York, Harper & Row, 1989 ; trad. fr. : *L'autre sentier : la révolution informelle dans le Tiers-Monde*, Paris, La Découverte, 1994).

Ces prémisses ont amené quatre économistes américains, alors rattachés à l'Université Harvard, Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes, Andrei Shleifer et Robert Vishny (ou en bref LLSV), à reprendre en main, dans les années 1990, la question de savoir dans quelle mesure le droit, et en particulier l'État de droit, contribue au développement économique. Ils venaient du secteur du financement des entreprises, où ils constataient que l'aménagement du droit concerné, et notamment la séparation de la direction et du conseil d'administration, les règles interdisant aux dirigeants de tourner leurs pouvoirs à leur propre avantage, les règles assurant les créanciers qu'ils peuvent assez facilement réaliser leur créance, etc., avait une influence nette sur la confiance des investisseurs et, par voie de ricochet, sur les sommes rendues disponibles pour l'investissement et sur le taux de rendement qu'il fallait promettre aux investisseurs¹¹. Ils observaient une très nette différence entre les pays s'inscrivant dans la tradition de la *common law* et ceux de la tradition civiliste française. En 1999, le ratio des capitaux disponibles sur le marché des valeurs mobilières par rapport au produit intérieur brut était de 130 % dans les pays du premier groupe et de 74 % dans le second. Djankov évoque les valeurs de 120 % et 95 % pour ces deux indices dans sa contribution au livre discuté¹².

La différence entre les traditions juridiques se retrouve dans d'autres secteurs et ne peut être ramenée à des différences de culture ou de religion¹³. Les chercheurs qui l'ont découverte entre les grandes traditions juridiques se sont cru autorisés à conclure à une régularité scientifique, justifiant la création d'un mouvement dit des *Legal Origins*¹⁴.

Sur la foi de ces résultats, mais qui font encore l'objet de débats scientifiques, la Banque mondiale a cru bon de construire un ensemble d'outils pratiques pour mesurer un éventail de dimensions liées à la facilité de faire affaire dans différents pays. Ces dimensions sont :

- création d'entreprise ;
- octroi de licences ;
- embauche des travailleurs ;
- transfert de propriété ;
- obtention de prêts ;
- protection des investisseurs ;
- paiements des impôts ;
- commerce transfrontalier ;
- exécution des contrats ;
- fermeture d'entreprise.

À partir des scores obtenus, sur l'ensemble de ces dimensions, la Banque construit un indice composite pour produire le classement évoqué ci-dessus. Cette pratique a fait dire à d'aucuns que la Banque cherche à imposer un modèle de développement unique à tous les pays et que ce modèle favorise indûment la façon de penser et le droit des Américains (ou des « anglo-saxons » - terme qui indique, ce-

11. Rafael LA PORTA, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER et Robert W. VISHNY, « Legal Determinants of External Finance », *Journal of Finance*, 52 (3), 1997, p. 1131-1150 ; Id., « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 106 (6), 1998, p. 1113-1155.

12. Simeon DJANKOV, « The Optimum Allocation of Resources in Bankruptcy Law », in Guy CANIVET, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Michael KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, p. 63-65 (p. 64).

13. Résultats réaffirmés dans Andrei SHLEIFER, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES et Rafael LA PORTA, « The Economic Consequences of Legal Origins », *op. cit.*

14. Edward L. GLAESER et Andrei SHLEIFER, « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, 117, 2002, p. 1193-1230.

pendant, à mes yeux, l'ignorance de l'utilisateur bien plus qu'une quelconque réalité uniforme qu'il semble vouloir désigner).

Les contributions au collectif présenté ici montrent que la Banque n'a pas de tels desseins sinistres, mais cherche au contraire à aider les pays et est ouverte aux suggestions susceptibles d'améliorer ses outils de travail. Dans sa contribution, Simeon Djankov mentionne que, depuis la première publication des indices, plusieurs pays qui avaient les plus mauvais scores sur le temps qu'il fallait pour une faillite – le Brésil, l'Inde, la République chèque – ont procédé à des réformes bénéfiques¹⁵.

Les débats durant ce colloque portent la marque d'une conversation civilisée, où les participants n'hésitent pas à se montrer critiques, mais visent néanmoins un résultat constructif. Toutes les dimensions évoquées ci-dessus font l'objet de discussions. Dans sa contribution, Guy Canivet souligne, par exemple, les multiples efforts récemment entrepris en France pour simplifier la procédure et améliorer la gestion des dossiers, en se demandant comment ils se refléteront dans les indices de la Banque¹⁶. Pierre Salmon évoque l'ambivalence de se fier à ce qui est quantifiable : une apparence d'objectivité et de comparabilité, mais dont sont absents les éléments que l'on ne peut ainsi facilement mesurer. Mais faut-il rappeler que si ces outils trop simples permettent d'avancer le sort des pays les plus pauvres, cela représente bien de la souffrance évitée ? C'est en ce sens aussi que me semble aller la contribution de Christophe Jamin¹⁷.

Il faut sans doute voir dans les études de la Banque mondiale une tentative de capter des éléments qui ont leur importance pour le développement économique des pays, sans épuiser tout ce qui importe, ni surtout sans refléter l'ensemble de ce qui importe en droit, comme l'a bien fait remarquer Marie-Anne Frison-Roche¹⁸. Cette dernière question doit faire l'objet d'un débat, proprement scientifique, avec les auteurs-économistes qui animent le mouvement des *Legal Origins*. Ces auteurs ne l'escamotent pas, comme le montrent leur contribution tout récente au débat et le fait que les données sur lesquelles ils basent leurs analyses sont publiquement disponibles¹⁹. Le savoir scientifique avance à coups de débats contradictoires, même véhéments, qui nous forcent à considérer comment mieux observer la réalité.

La discussion avec la Banque mondiale rapportée dans ce collectif soulève la question de savoir si on a voulu trop vite faire de la politique appliquée sur la foi de morceaux de théorie sur lesquels le débat théorique était encore en cours. La question est déchirante : en appliquant plus vite la nouvelle théorie on réussit peut-être à éviter des souffrances inutiles, voir à sauver des vies ; mais il y a aussi un risque en contrepartie : celui de provoquer justement ces catastrophes si la théorie sur laquelle on se fonde s'avère fausse. L'histoire des sciences nous montre de nombreux cas dans les deux sens. On peut seulement espérer que les pratiques de la Banque mondiale appartiennent au premier groupe plutôt qu'au second. Les avances scientifiques et l'expérience nous diront ce qui en est. En attendant ces lumières, il importe de garder l'esprit ouvert et d'accepter la critique. Ce collectif semble bien traduire cet esprit.

Ejan MACKAAY
Faculté de droit,
Université de Montréal

15. Simeon DJANKOV, « The Optimum Allocation of Resources in Bankruptcy Law », *op. cit.*, p. 64.

16. *Id.*, p. 81-88.

17. *Id.*, p. 103-108.

18. *Id.*, p. 19-32.

19. Rafael LA PORTA *et al.*, *op. cit.*

CAROCIA Francesca, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, coll. « Quaderni della Rassegna di diritto civile », 2006, 212 p.

Dans la leçon magistrale qu'il prononçait à Rome, Emilio Betti affirmait que l'interprétation représente « une théorie particulièrement apte à enseigner aux jeunes l'habitude de la tolérance et du respect à l'égard des opinions d'autrui »²⁰. Le livre qu'on présente ici s'insère dans ce contexte ; il appartient à un courant de recherche qui se propose de dépasser les traditions, les principes, les dogmes mêmes qui continuent à exercer une forte influence dans le domaine des systèmes juridiques nationaux. L'objet de la recherche entreprise par Francesca Caroccia concerne cette partie des *Principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* qui touche à l'interprétation du contrat²¹.

Opposant le regard des non juristes et des juristes sur la tâche de ces derniers, on a pu dire que les premiers, pour leur part, « pensent parfois que la tâche principale des juristes est de connaître la loi, si ce n'est l'apprendre par cœur », alors que les seconds « savent que leur tâche la plus noble consiste d'abord à comprendre les faits et le contexte social dans lequel ils sont insérés, et ensuite à interpréter les normes juridiques, aussi bien les normes de droit objectif que celles posées par l'autonomie privée »²². La complexité naturelle de ce sujet découle directement de la présence d'un ensemble de règles uniformes qui – au moins pour ce qui regarde l'aspect opérationnel – sont en rupture avec les traditions herméneutiques de chaque système juridique national. Et pourtant, dans l'application de ces règles, l'interprète ne peut pas exclure le contexte dans lequel il doit opérer²³.

Plus important, peut-être, encore, est l'aspect interprétatif du problème, qui tourne autour du rapport entre liberté contractuelle et intervention externe du juge – rapport différent, évidemment, de celui qui existe à l'intérieur de chaque système juridique national – et que les Principes UNIDROIT tendent à tempérer selon des dynamiques soucieuses du fonctionnement correct du marché et des transactions commerciales.

L'auteur définit dès les premières pages de son travail le but de sa recherche, qui consiste à reconstruire le problème herméneutique « en tant que moment de construction et de vérification de (la tentative de) parvenir à un équilibre entre au-

20. Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milan, Giuffrè, 2^e éd., 1971, p. 4.

21. Les Principes UNIDROIT constituent un système de règles auxquelles sont soumis les contrats de commerce international, selon le modèle des *restatements* américains : un ensemble ordonné de règles reflétant la pratique et les usages existants et, en même temps, apportant de légères améliorations, afin d'uniformiser le droit du commerce international et de prévenir les litiges. Ils ont apparus, pour la première fois, en 1994 ; ils ont été formulés par un groupe d'experts appartenant au monde académique, mais aussi à la magistrature et à l'administration publique. Il ne s'agit pas d'une initiative gouvernementale : ces experts agissent à titre privé et l'application de ces règles dépend exclusivement de la volonté des parties contractantes, qui peuvent choisir d'appliquer les Principes à leur contrat. De plus, les Principes peuvent être utilisés comme Principes généraux du commerce international (une sorte de *lex mercatoria*) ou comme modèle pour les législateurs nationaux [Note du traducteur].

22. Hans Jürgen SONNENBERGER, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi*, Padoue, Cedam, 1991, p. 131.

23. Dans ce contexte les auteurs les plus attentifs ont soutenu la relativisation des règles interprétatives : Vito RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 1985.

tonomie des parties et intervention du juge dans la détermination du contenu et des équilibres du contrat » (p. 11 et suiv.). La question de l'interprétation sera toujours liée au problème du niveau de protection de ce que les parties *estiment* avoir exprimé, face à un sujet tiers (l'interprète) qui a le devoir de l'établir (c'est-à-dire d'établir, exactement, ce que les parties *ont* exprimé).

De plus, les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international, en tant qu'initiative d'uniformisation du droit²⁴, souffrent de toutes les difficultés qui existent, au niveau opérationnel, dans chaque système juridique national. L'application de cette discipline uniforme par les juges nationaux entraîne les risques d'une manipulation herméneutique selon les catégories domestiques, risques qui pourraient se concrétiser dans une lecture « déformée » des déclarations contractuelles, conforme au « style »²⁵ ou aux « éléments déterminants »²⁶ de chaque système juridique.

Ici se trouve posée avec finesse le problème délicat, préliminaire à l'étude, de la vérification de l'utilité d'une méthode qui, parfois, s'approche des règles en vigueur dans chaque système juridique : perplexité due à l'existence de l'article 1.6. des Principes UNIDROIT, dédié à l'interprétation et à l'intégration des Principes mêmes. La solution autoréférentielle, qui a été adoptée, représente l'un des piliers qui garantissent un certain niveau d'uniformité sur le plan opérationnel ; elle se révèle utile aussi à mesurer la « distance qui sépare les règles nationales codifiées de celles destinées - selon la volonté de ceux qui les ont élaborées - à discipliner les contrats de commerce international » (p. 14). En passant de l'interprétation des Principes à l'interprétation du contrat, réglée dans le chapitre IV des Principes mêmes, on perçoit une convergence remarquable des solutions concrètes adoptées dans les différents systèmes juridiques, convergence constamment alimentée par l'accroissement du phénomène de la circulation des modèles, sans que cela entraîne pour autant la perte de vue du cœur du problème de l'interprétation du contrat, c'est-à-dire « la question du rapport entre autonomie des parties et contrôle du contrat, entre pouvoirs des juges et économie [des obligations réciproques spécifiques de tout contrat] synallagma[tique] » (p. 17).

La monographie de F. Carocchia a été structurée selon trois axes. L'auteur commence par aborder les questions préliminaires du *corpus* de droit uniforme, qui représentent des clés d'accès pour la résolution du problème interprétatif. Il s'agit de la question du rapport entre interprétation de la loi et interprétation du contrat, où « la différence n'est pas dans la fonction générale de l'interprétation, qui est toujours la même, mais plutôt dans la façon d'être du précepte qu'en constitue l'objet »²⁷ ; de la *vexata quaestio* de la nature juridique ou simplement logique des règles concernant l'interprétation, et du problème, également compliqué, de leur hié-

24. Sur la distinction entre uniformisation et unification du droit, cf. Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in Id. (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Turin, Utet, 5^e éd., 1992, p. 8. À propos du rapport entre droit comparé et droit uniforme, cf. Michael Joachim BONELL, « Comparazione giuridica e unificazione del diritto », in Guido ALPA, Michael Joachim BONELL, Diego CORAPI, Luigi MOCCIA et Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, Laterza, 1999, p. 3 et suiv.

25. Pour la notion de style indispensable, cf. Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, édition italienne par Adolfo di Majo et Antonio Gambaro, Milan, Giuffrè, 1992, p. 83 et suiv.

26. Sur la bipartition entre éléments fongibles et éléments déterminants, cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Introduction au droit comparé », dans *Traité de droit comparé*, I, Paris, LGDJ, 1972, (œuvre traduite en espagnol, italien et portugais).

27. Emilio BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin, 1943, p. 201.

rarchie ; enfin, de la définition de l'objet de l'interprétation.

Dans la partie suivante, on trouve l'une des deux questions de fond abordées dans la recherche sur laquelle est fondé l'ouvrage. L'auteur y analyse, avec maîtrise, diligence et sensibilité, les « situations-type », correspondant, respectivement, à la présence d'une manifestation de volonté, même ambiguë, ou à l'absence de volonté, tout-court (omissions). L'article 4.1 des Principes, selon lequel « le contrat s'interprète selon la commune intention des parties », reproduisant la question éternelle du rapport entre théorie de la déclaration et théorie de la volonté, semblerait privilégier cette dernière. Mais l'auteur restitue à cette contraposition sa juste importance, proposant « un itinéraire de rapprochement graduel, dans lequel les deux théories reconnaissent des éléments communs, mais appliqués avec une « intensité différente » » (p. 86). Dans ce cadre, les alinéas 1 et 2 (interprétation objective) de l'article 4.1 des Principes UNIDROIT se posent dans un rapport non pas de pure alternative, mais plutôt de relation intime, exprimée par une sorte de « superposition », qui conduit l'interprète à vérifier, à travers les canons de l'interprétation objective, les résultats de la recherche de la commune intention. Le lecteur trouve ici un renvoi direct au concept de *reasonableness*, qui a une configuration autonome dans le cadre des échanges du commerce international, même s'il a été développé à l'intérieur du modèle de *common law*.

Avant d'examiner l'autre question fondamentale de son étude, l'auteur introduit une sorte d'entracte où elle reconstruit agilement et systématiquement les autres canons interprétatifs réglés dans le Chapitre IV des Principes. Il s'agit, essentiellement, d'une reproduction des règles traditionnelles, les adaptant au contexte du commerce international : de l'article 4.3, où se trouvent énumérées toutes les circonstances pertinentes pour l'application correcte des articles 4.1 et 4.2, à l'article 4.4 (principe de cohérence du contrat) ; et de la règle de l'interprétation utile à la règle de l'interprétation *contra proferentem*.

La dernière partie du livre concerne le rôle joué par le principe de bonne foi dans le domaine du procédé herméneutique du contrat – voilà la seconde des questions de fond qui ont motivé cette recherche. Ici encore, l'auteur avance avec maîtrise, abordant les questions des rapports entre bonne foi et usages, et entre bonne foi et la notion, très flexible, de « raisonnable », jusqu'à obtenir une confirmation du résultat de sa thèse : que la bonne foi devient, dans le cadre des relations internationales, l'un des instruments qui introduisent dans le contrat « une logique fonctionnelle *du marché* » (p. 190), qui reste la valeur protégée dans les Principes UNIDROIT.

Bref, dans le panorama du système continental européen, le livre de F. Carocchia, en abordant un chapitre des Principes UNIDROIT – celui de l'interprétation du contrat –, touche l'un des aspects les plus délicats de la discipline du contrat. L'auteur a su utiliser avec maîtrise et équilibre les instruments de la méthode comparative, mettant en évidence le fait que les concepts, les notions, les définitions, les institutions – y compris celles qui appartiennent exclusivement au droit national –, une fois insérés dans le droit uniforme, s'adaptent au nouveau contexte opérationnel, renaissent et se transforment afin de garantir une fonctionnalité sûre. Ce livre constitue, ainsi, une contribution fondamentale dans la mesure où il justifie pleinement l'importance de la comparaison en matière de recherche. On entrevoit, en filigrane, les canons classiques de la comparaison systématique, qui révèle le lien étroit entre norme juridique et réalité²⁸. Ce travail peut donc être classé à juste ti-

28. Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 3^e éd., 2006, p. 160 : « L'insieme di regole e principi che ordina la coesistenza è l'aspetto normativo del sociale. »

tre parmi les « études comparatives systématiques » qui – selon la leçon de l'un des Maîtres du droit comparé – sont telles parce que « en principe, [elles] parcourent toutes les phases du processus méthodologique »²⁹.

Rocco FAVALE
Scuola di specializzazione in diritto civile,
Università di Camerino

COMMAILLE Jacques et KALUSZYNSKI Martine (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches. Territoires du politique », 2007, 327 p.

Le point de vue d'une politologue

Dans le *Traité de science politique*, Gérard Soulier remarquait que si « l'étude du dispositif répressif, ordonné autour de l'institution de la justice, devrait [...] constituer un élément important, et même obligé de toute réflexion sur l'État [...], la science politique tend assez généralement à ignorer ce problème »³⁰. En effet, il faut reconnaître que lorsqu'il écrit cela, les analyses de politistes sur le droit et la justice sont rares en France. Porter un regard de sciences sociales sur les institutions, les acteurs, les normes et les pratiques juridiques et judiciaires était non seulement peu fréquent mais plus encore soumis à caution. Faisait-on encore de la science politique quand on se penchait sur un tribunal, une profession judiciaire, un mode de règlement des conflits ou bien n'avait-on pas définitivement basculé du côté du droit ?

En tout état de cause, ce constat encore valable il y a dix ans ne l'est plus aujourd'hui. Il est certes difficile de dire que toutes les réticences ont été balayées, mais il est en revanche possible d'affirmer que de multiples recherches marquent le renouveau actuel de l'intérêt pour les objets juridiques et judiciaires à l'intérieur de la sociologie et de la science politique.

L'ouvrage *La fonction politique de la justice* dirigé par Jacques Commaille et Martine Kaluszynski témoigne de la vitalité de ces analyses. Il a le mérite de faire la preuve par neuf que la justice joue un rôle prégnant dans la régulation des sociétés contemporaines en même temps que de faire exister cet objet et de lui reconnaître toute sa pertinence pour saisir les transformations socio-politiques en cours.

L'entreprise n'est pas mince : pas moins de douze chapitres sont présentés, encadrés par une introduction et une conclusion. L'introduction apporte un regard historique sur les rapports entre justice et politique. Elle brosse à très grands traits les moments forts de ce qui serait la montée en puissance d'une justice différenciée du pouvoir politique, indépendante et autonome. Plus que la fonction politique de la justice, c'est la notion de judiciarisation qui est retenue comme angle d'attaque, plaçant l'ouvrage dans cette perspective. La conclusion, quant à elle, reprend du champ : elle interroge sérieusement les présupposés de cette notion et insiste davantage sur les tensions qui travaillent aujourd'hui la justice. Dans un contexte plus général de « détraditionnalisation », de déclin des idéologies et de défiance à l'égard des institutions, la justice serait l'objet de nouvelles attentes et de nouvelles mobi-

29. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II : *La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974, p. 25 et suiv., où l'auteur souligne que la recherche comparative peut osciller entre information comparative et comparaison systématique.

30. Gérard SOULIER, « Les institutions judiciaires et répressives », in Madeleine GRAWITZ et Jean LECA (dir.), *Traité de science politique*, tome 2, Paris, PUF, 1985, p. 511.

lisations, souvent contradictoires entre elles. Les institutions judiciaires seraient devenues centrales dans les démocraties libérales parce qu'elles seraient impliquées dans un double mouvement de néo-libéralisation économique et de démocratisation.

La première partie donne à voir la justice et ses professionnels comme des acteurs du politique. Les professionnels de justice (magistrats, avocats) sont des acteurs politiques lorsqu'ils poursuivent ou jugent des élus impliqués dans des scandales politico-financiers (Violaine Roussel), lorsqu'ils revendiquent leur engagement pour une cause (Liora Israël), lorsqu'ils résistent aux tentatives de transformations de leur institution par des acteurs internationaux extérieurs, comme c'est le cas de la haute magistrature bulgare face aux prescripteurs des instances européennes et américaines (Thierry Delpeuch et Margarita Vassileva). Les institutions de justice sont elles aussi des acteurs politiques au sens où elles participent très directement à la fabrique du droit (Claire de Galember à propos du Conseil d'État) parfois concurremment avec d'autres acteurs que sont les parlementaires, les membres du gouvernement... Elles le sont encore lorsqu'elles sont l'objet de réformes plus ou moins politisées, plus ou moins technicisées où ce qui se joue ce sont les formes que prend l'exercice de la fonction de juger (Cécile Vigour).

La deuxième partie de l'ouvrage procède d'un renversement de l'argument : la justice a une fonction politique non plus parce qu'elle la revendique ou la fait exister de fait, mais parce que les acteurs sociaux l'investissent comme telle. Les mouvements féministes canadiens développent des stratégies judiciaires afin d'obtenir de nouveaux droits (Anne Revillard). Les syndicats français jouent la carte du contentieux et font des tribunaux de nouveaux lieux de la confrontation entre employeurs et salariés (Jérôme Pélisse). Enfin, les patients, chercheurs et groupes religieux se tournent vers les acteurs judiciaires pour obtenir la régulation des pratiques en matière de biomédecine (Christine Rothmayr et Audrey L'Espérance).

La troisième et dernière partie avance l'idée d'une justice devenue « nouvelle méta-raison du politique », c'est-à-dire nouveau lieu privilégié pour l'élaboration d'un bien commun et pour l'exercice d'une régulation des rapports sociaux et politiques. Que ce soit dans les réformes récemment menées au Japon (Gakuto Takamura) ou en Colombie (Rodrigo Uprimny Yepes), dans les instances de la justice internationale (Pierre-Yves Condé) ou dans les pratiques de « quasi-justice » organisées dans les situations de l'après-violence (en particulier dans les commissions de vérité et de réconciliation ; Sandrine Lefranc), un rôle éminemment politique est conféré à ces formes différenciées de justice, qui viennent appuyer soit un processus de pacification et de démocratisation (extension et protection des droits individuels...) soit un processus de mise en conformité avec les standards internationaux d'une économie libérale (instauration d'une réelle sécurité juridique fiabilisant les rapports et transactions économiques, par exemple).

Il ne fait pas de doute que cet ouvrage mérite de figurer dans toute bonne bibliothèque de sciences sociales, que ce soit en raison de l'ampleur de l'entreprise ou par la qualité individuelle des contributions qui sont présentées. Les problématiques sont en prise sur les dynamiques de la recherche internationale et directement nourries par cette littérature, que ce soit l'*actor network theory*, les *policy transfer*, le *cause lawyering*, le *legal consciousness*, la *judicialization* ou encore la *restorative justice*... La perspective théorique n'est cependant jamais déconnectée d'investigations empiriques fouillées, parfois quantitatives (analyses de volumes d'affaires, constitution et exploitation quantitative de bases de données de décisions judiciaires) et le plus souvent qualitatives (analyse de textes juridiques, de décisions judiciaires, d'archives, entretiens...).

L'ouvrage explore donc la diversité et la complexité des rapports actuels entre justice et politique, la multiplicité des recours au droit et à la justice, sans toutefois apporter de réponse tranchée à la question de savoir dans quelle mesure on peut dire qu'il y a une judiciarisation, une juridicisation³¹ et/ou une juridictionnalisation du politique.

En effet, c'est une des ambiguïtés de l'ouvrage que de savoir s'il fait sienne ou pas l'hypothèse d'une judiciarisation des rapports sociaux et politiques³², c'est-à-dire d'une montée en puissance des tribunaux comme lieu d'exercice de la régulation politique, aux dépens des espaces traditionnels que sont les espaces parlementaires notamment. En effet, d'un côté l'introduction prend cette problématique au sérieux et la décline de façon historique, presque historiciste et déterministe. De même, la structuration du plan et en particulier la troisième partie de l'ouvrage reposent sur l'idée selon laquelle la justice accéderait à un *nouveau* rôle. Or, d'un autre côté, plusieurs contributions mettent cette problématique en question voire la nuancent fortement. C'est le cas de la conclusion (Jacques Commaille) ou de certains chapitres, lesquels, à partir d'investigations empiriques précises, concluent soit à la non universalité du phénomène (C. Rothmayr et A. L'Espérance) soit à sa réversibilité sur une question et dans un espace national donné (C. de Galembert). Un problème comme celui du port du voile islamique, par exemple, peut ainsi être en 1989 la propriété des sages du Conseil d'État puis devenir quinze ans plus tard celle du « législateur ». Des opérations de judiciarisation puis de déjudiciarisation peuvent donc intervenir sur une échelle temporelle réduite. Le caractère linéaire, cumulatif que contient en soi la notion de judiciarisation fait donc problème et demande à être davantage documenté empiriquement, comme l'a déjà rappelé Violaine Roussel³³.

Finalement, cet ouvrage atteint parfaitement son but, tel qu'énoncé dans le titre : il donne les preuves circonstanciées et convaincantes des fonctions politiques multiples que la justice prend en charge dans les sociétés contemporaines. Concomitamment mais de façon inégalement assumée, il contribue à mettre en lumière le rapport simpliste au temps que la notion de judiciarisation présuppose et transporte avec elle. Il conforte donc dans l'idée que si les travaux internationaux sur la « *judicialization* » méritent d'être connus et importés en France, c'est bien pour les soumettre à de véritables opérations critiques, ouvrant ainsi un vaste champ de recherches auquel nous-même travaillons actuellement³⁴ et qui devrait accroître encore l'intérêt des objets juridiques et judiciaires pour les sciences sociales - et en particulier pour la science politique.

Laurence DUMOULIN
Institut des Sciences sociales du Politique,
(ISP/CNRS), École Normale Supérieure de Cachan

31. Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2000.

32. Voir notamment C. Neal TATE et Torbjörn VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995 ; Id., « The Judicialization of Politics », *International Political Science Review*, 15 (2), 1994.

33. Violaine ROUSSEL, « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 29, 2003, p. 12-18.

34. Voir Jacques COMMAILLE et Laurence DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 2009 (à paraître).

Le point de vue d'un publiciste

L'omnipotence acquise par le droit dans les registres de légitimité de l'action publique est un thème très largement abordé par la philosophie politique³⁵. Ce phénomène, que l'on qualifie de juridicisation de la société, n'est évidemment pas sans impact sur l'évolution de concepts fondamentaux de notre architecture démocratique. Ainsi, le mythe de la séparation des pouvoirs est régulièrement questionné au regard de la place de plus en plus décisive qu'occupe le pouvoir judiciaire dans la régulation de questions économiques, sociales ou culturelles qui dépassent très largement les cas d'espèce formellement soumis aux magistrats³⁶. Dans un monde de plus en plus exigeant face au pouvoir sans cesse contesté des autorités étatiques, la justice en tant qu'institution se voit comme investie de nouvelles responsabilités et imagine corrélativement de nouvelles logiques d'intervention. Dans le champ des sciences sociales, cette judiciarisation du social fait l'objet d'analyses contrastées...

Dirigé par Martine Kaluszynski - qui en signe l'introduction historique - et Jacques Commaille - qui en offre la synthèse conclusive -, cet ouvrage collectif fait fort opportunément le point sur les fonctions politiques de la justice et articule une série de pistes de réflexion à même de guider nombre de recherches ultérieures.

Ainsi, la judiciarisation du politique ne peut-elle naître qu'après 1789, s'interroge en premier lieu M. Kaluszynski, socio-historienne du CNRS à Sciences Po Grenoble ? Sans doute, car « l'avant 1789 se caractérise par une conception de la justice qui n'a d'ultime ressort que le Roi. Aussi il ne peut y avoir de judiciarisation du politique, en ce sens que politique et justice sont consubstantiels » (p. 12). À l'issue de l'Ancien Régime commence dès lors une lente et discontinue période d'institutionnalisation pérenne de l'appareil judiciaire dont l'ordonnancement et la hiérarchisation progressent. Ce corps nouveau - l'illusion révolutionnaire de la justice citoyenne fit long feu - traverse un XIX^e siècle paradoxal : garanties formelles - comme l'inamovibilité - mais pressions bien réelles sous un Napoléon pas franchement réputé pour son goût de la justice indépendante... Mais à la suite des révolutions de 1830 et 1848, on observe certains progrès qualitatifs semblant confirmer l'émancipation de certains juges, moteurs encore peu nombreux mais très actifs de la démocratisation et de la moralisation de la vie politique. Ce mouvement connu son paroxysme avec l'affaire Dreyfus où, à deux reprises - en invalidant la condamnation de Zola en 1898 et en réhabilitant le pauvre capitaine en 1906 -, la Cour de cassation affirma « la primauté de la personne sur la raison d'État » (p. 15). Davantage que la prose militante de Mallarmé ou de Renard, plus encore que la Ligue pour la défense des droits de l'Homme, l'affaire Dreyfus a surtout généré l'affirmation d'une nouvelle image de la magistrature désormais mobilisée comme forum politique. Mais attention, le XX^e siècle confirme cependant que c'est surtout le droit, plus que le juge, qui s'autonomise du politique, comme le montrent la relative faci-

35. On pourra se référer, entre autres, à l'œuvre de Marcel GAUCHET et notamment à plusieurs textes de son recueil *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

36. Sur la séparation des pouvoirs, on lira la publication récente des Actes de la journée d'études de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005 à Agen par le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'État (CERCCLÉ) de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV ; Alain PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007.

lité avec laquelle Vichy s'imposera en ce compris au sein des prétoires ou, à l'inverse, la difficulté pour la justice à se saisir des crimes de guerre ou de la torture commis en Algérie. Et c'est cette demande d'un droit surpuissant exprimée par des citoyens désormais individualisés qui annonce, au premier chef, l'avènement possible d'une « République judiciaire »... Précisément, disséquer les ressorts contemporains de cette évolution démocratique fait l'objet de plusieurs contributions de la première partie de l'ouvrage intitulée « La justice comme actrice du politique ».

La première, de Violaine Roussel, maître de conférences en sciences politiques à l'université Paris VIII, envisage le « changement d'ethos des magistrats » comme hypothèse de travail. À l'instar d'un Weber, qui dévoile le développement du capitalisme d'un point de vue intime – ou comment l'intériorisation de l'éthique protestante a modifié les rapports à l'égard du travail et du profit –, V. Roussel s'intéresse aux perceptions et aux valeurs qui animent les acteurs judiciaires et qui conditionnent leur positionnement dans le social. Se fondant sur un corpus empirique abondant – des entretiens menés auprès de la magistrature entre 1994 et 2003 –, l'auteure montre bien comment « la distanciation progressive des magistrats à l'égard des élites politiques et économiques les constitue en groupe plus distinct et les dote d'une disposition d'esprit différente vis-à-vis du monde politique » (p. 28). Ainsi, l'extraction continue des juges hors de la société notable incestueuse est « désormais vécue davantage comme un choix personnel et une nécessité professionnelle que comme une relégation subie » ; mieux, elle participe d'une « radicalisation de l'identité professionnelle du juge comme gardien du droit et de la justice face aux puissants » (p. 33). Cette évolution, révélée par la multiplication, depuis les années 1990, des affaires mettant en cause les élites politiques et économiques, est stimulée et amplifiée par des réformes structurelles ayant trait au recrutement et à la formation de la magistrature. Retournement de l'histoire : c'est désormais le juge qui, réinvestissant différemment la notion d'indépendance, s'estime moralement et professionnellement supérieur face à une classe politique perçue aujourd'hui comme adversaire et non plus comme semblable. Mais l'on aurait tort de penser que ce mouvement est définitif : « Nulle évolution n'est aujourd'hui "verrouillée" : les croyances des acteurs et leur perception du faisable détermineront encore les frontières de l'innovation, participant à la dynamique de re-création collective permanente de la profession de magistrat et de ses principes », conclut V. Roussel (p. 45).

Le deuxième constat, posé par Cécile Vigour, sociologue et enseignante à l'université Paris I, est plus institutionnel. Elle repose sur une analyse comparée des récentes réformes ayant modifié l'appareil judiciaire en France, en Italie ou en Belgique. Ces réformes sont doubles : d'une part, elles constituent une « redéfinition des politiques pénales, et des liens entre le parquet et le ministre de la Justice » ; d'autre part, de façon plus globale, elles ont introduit « une rationalité managériale » au sein de l'institution judiciaire (p. 47). Tout d'abord, le volet pénal de ces réformes, témoin d'un souci inédit de construire des politiques publiques en matière de justice, ne manque pas d'ambiguïtés : proposant simultanément une hiérarchisation accrue par le rôle affirmé du ministre de la Justice et une autonomie renforcée au bénéfice des acteurs de terrain, reposant sur une logique d'autonomisation de l'action et d'un contrôle hétéronome, la redéfinition des politiques pénales semble osciller entre indépendance et discipline, et ce faisant, témoigne d'une « complexification progressive de la conception de la séparation des pouvoirs » (p. 54). Cette tension, née en matière pénale, est davantage perceptible encore lorsqu'on examine le second volet plus généraliste de ces réformes. En effet, l'introduction progressive mais certaine d'une rationalité managériale – et du vocabulaire de référence qu'une telle politique charrie : management, démarche-qualité, gestion des ressources humaines... – aboutit à relativiser les spécificités historiques de la

fonction judiciaire souvent mobilisées « pour rester à l'écart de ce mouvement qui affecte progressivement l'ensemble des administrations publiques. Impliquant une redéfinition des identités professionnelles et des critères d'évaluation des magistrats, cette nouvelle rationalité articulée autour des impératifs d'efficacité et surtout d'efficience euphémise largement les enjeux politiques des réformes judiciaires au bénéfice de considérations techniques : « Or c'est précisément ce caractère de neutralité gestionnaire qui confère de la légitimité aux réformes ainsi qualifiées. Cette rhétorique suscite ainsi un consensus apparent, tandis que les affrontements idéologiques sont relégués à l'arrière-plan » (p. 62). Autrement dit, « dans la mesure où l'accent est mis davantage sur le "comment" que sur le "pourquoi", la recherche d'efficience contribue à délaïsser le sens de l'action » (p. 63).

Une justice qui fasse sens, tel est précisément le leitmotiv des professionnels de la justice qui revendiquent leur engagement dans la Cité et qui, ce faisant, entrent « en contradiction à la fois avec la version idéalisée d'une justice neutre, et avec la vision critique qui consiste à dénoncer ou à dévoiler la manière dont les juristes et leurs institutions prétendent à la neutralité » (p. 119). Liora Israël, sociologue et spécialiste du *cause lawyering* – à savoir l'utilisation du droit et de l'appareil judiciaire à des fins explicitement politiques –, se propose précisément de remettre en perspective le militantisme des professionnels de la justice et d'envisager dans quelle mesure il contribue à instituer l'espace judiciaire comme espace politique. Après une synthèse de l'état de l'art sur la question – synthèse d'autant plus opportune que les recherches socio-juridiques, principalement anglo-saxonnes, sur l'engagement des juristes sont encore relativement marginales –, l'auteure analyse la situation française et pointe plusieurs moments clefs significatifs d'une radicalisation de cet engagement durant les années post Mai 68 – ainsi le texte d'orientation de la section toulousaine du *Mouvement d'action judiciaire* qui, en 1975, revendiquait comme « finalité » de son action le fait de « disparaître en tant que juriste » ! (p. 132). Aujourd'hui, la démocratisation de l'information et de la formation juridique aidant, la présence de juristes militants est surtout observable au sein d'associations spécialisées satellites de l'appareil judiciaire – Ligue des droits de l'Homme, syndicats... – et non plus seulement directement plongées en son sein. *O tempora, ô mores ?* Toujours est-il que cet article illustre « tout l'intérêt qu'il y a encore à étudier la manière dont les professionnels de justice [...] contribuent autant à modifier le droit que la cause même qu'ils défendent, et par là même plus largement l'architecture des mobilisations politiques et sociales » (p. 139).

Enfin, cette première partie propose aussi une lecture inédite de la question du foulard islamique. Reprenant certains hypothèses que Bruno Latour a développées dans *La fabrique du droit*³⁷, Claire de Galember, chargée de recherche au CNRS, observe ce « drame institutionnel » (p. 97) qui a vu le législateur intervenir dans une problématique jusqu'alors intégralement abandonnée au juge administratif. Cette pièce est en trois actes : premier acte entre 1989 et 1994 où ce juge construit une solution au problème du voile ; cette réponse jurisprudentielle sera éprouvée par les acteurs sociaux et politiques lors du deuxième acte ; enfin, lors de l'épilogue, le législateur intervient par le vote de la loi du 15 mars 2004 encadrant le port d'insignes religieux dans une perspective nettement moins libérale que celle développée de façon casuistique par le Conseil d'État. Ce découpage en dentelles de la problématique offre une clarification empirique de la tension à l'œuvre entre ces différents « foyers du droit » (p. 115) et permet de prendre l'exacte mesure des marges de manœuvre dégagées par le transfert successif d'une question d'une arène juridique vers une autre.

37. Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.

La deuxième partie de l'ouvrage, intitulée « La société comme actrice politique de la justice » s'intéresse moins directement aux professionnels de la justice en tant que tels qu'à différents groupes sociaux qui, pénétrant l'institution judiciaire, contribuent à durablement politiser son fonctionnement et sa logique. Ainsi en est-il des syndicats dont « l'institutionnalisation sociale qu'ils incarnaient est réduite aujourd'hui à un "nouveau modèle" qui fait du syndicat un groupe d'intérêts parmi d'autres » regrette Jérôme Pelisse, sociologue spécialiste des questions sociales, en guise d'introduction à son article (p. 165). Se faisant l'écho des recherches d'Alain Cottureau et d'Alain Supiot, Jérôme Pelisse montre comment l'institutionnalisation progressive d'un droit du travail et le contrôle hiérarchique qu'elle autorise de la part de la Cour de cassation ont bouleversé la juridiction prud'homale – habituée à davantage rendre justice qu'à appliquer le droit et dès lors largement mobilisée par les mouvements ouvriers qui ont toujours préféré « les réalités vécues à l'abstraction des règles juridiques » (p. 168). Certes, mais les syndicats, parfois encore rétifs à l'argumentation strictement juridique, s'adaptent ; et tout l'intérêt de cette contribution est d'expliquer comment l'investissement alterné des registres judiciaire et législatif a « contribué à la structuration du mouvement ouvrier » (p. 173). De nos jours, cet investissement perdure et se cristallise notamment sur les questions liées à la production des règles de droit et aux procédures qui président à son application. Les syndicats se font dès lors les chantres d'un droit réflexif, nouveau paradigme dont le développement est encore incertain en ce compris en droit du travail dès l'instant « où la régulation classique, centrée sur la règle et son contrôle par l'institution judiciaire, peine à résoudre ces problèmes de première génération que sont l'application des droits substantiels et le contrôle des avantages et des acquis » (p. 186).

À ce stade, le lecteur intéressé pourrait craindre une optique trop franco-centrée de l'ouvrage – on sait à quel point les scientifiques français mobilisent parfois une prétendue exception culturelle pour restreindre l'horizon de leur analyse. Rien n'est plus faux ici et l'ouvrage fait la part belle aux contributions étrangères et/ou comparées. La première partie propose ainsi une contribution sur les réformes judiciaires en Bulgarie par laquelle Thierry Delpuech et Margarita Vassileva, tous deux de l'Institut des sciences sociales du politique de Cachan, interrogent subtilement « la pharmacopée universelle de mesures-types capable de remédier à l'ensemble bien identifié des faiblesses structurelles dont souffrent (selon les experts) les appareils judiciaires des pays en transition » (p. 70). L'on est en effet stupéfait d'apprendre le poids considérable des États-Unis dans le processus d'appui judiciaire des anciens pays soviétiques, mais l'on reste surtout sceptique face aux résultats mitigés de ce type de « partenariat » au vu des moyens pourtant considérables dont il bénéficie.

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, deux contributions s'inscrivent également hors des frontières françaises. D'une part, Anne Revillard, doctorante en sociologie, revient sur le travail mené par les mouvements féministes canadiens. L'auteure problématise la coexistence entre deux types d'actions juridiques : le lobby législatif, privilégié par les mouvements québécois, et l'action judiciaire, davantage le fait des féministes anglophones. Cette différence de stratégie n'est pas tant le produit d'une stricte logique juridique – *common law* vs légicentrisme civiliste – mais dépend surtout du contexte politique dans lequel ces mouvements évoluent. Ainsi, l'apport de la sociologie des mouvements sociaux permet d'offrir une généalogie tout en nuances du combat féministe canadien. D'autre part, Christine Rothmayr et Audrey L'Espérance, respectivement professeure à l'université de Montréal et étudiante québécoise en sciences politiques, s'intéressent aux recours à la justice de la part de groupements et de patients religieux américains, suisses et canadiens, et ce en matière de bioméde-

cine et plus particulièrement de procréation médicalement assistée. Au-delà des différences légales et jurisprudentielles que permet de mettre en évidence l'examen comparé des politiques et des décisions en la matière, l'article confirme aussi l'hypothèse selon laquelle les tribunaux, courageux mais peu téméraires, interviennent généralement davantage quand la régulation juridique du domaine litigieux est encore balbutiante : « Ces résultats renforcent la conclusion que les caractéristiques des processus d'élaboration de l'action publique ainsi que la rapidité et la facilité avec lesquelles des politiques sont mises en place lors de l'apparition d'un nouveau problème sont cruciales afin de comprendre le rôle des Cours sur le processus de politique publique dans une perspective comparée » (p. 207).

Mais c'est surtout la troisième et dernière partie de l'ouvrage, portant le titre « La justice comme nouvelle méta-raison du politique », qui fait la part belle aux analyses extra-européennes. Deux contributions présentent ainsi l'évolution de la justice respectivement au Japon et en Colombie.

Premièrement, Gakuto Takamua, professeur à l'Université Ritsumeikan, montre comment les récentes réformes judiciaires japonaises « ont transformé le concept de "règne de la loi" » qui « s'il signifiait auparavant le règne du droit qui limite les pouvoirs politiques [...] tend à devenir synonyme de règne de la transparence du marché » (p. 226). Deuxièmement, Rodrigo Yepes, professeur à l'Université nationale de Colombie et ancien juge auxiliaire de la Cour constitutionnelle, expose les risques que fait peser sur la démocratie une judiciarisation du politique aussi récente que massive dans ce pays. Sont notamment explorées les limites rencontrées par un appareil judiciaire dépassé par son instrumentalisation croissante.

Enfin, deux autres contributions s'attardent très largement sur le développement exponentiel de la justice pénale internationale. Pierre-Yves Condé, doctorant à l'Institut des sciences sociales du politique de Cachan, introduit sa contribution par un constat frappant : celui de la réduction, opérée tant par l'opinion publique que par les experts, de la justice internationale à la justice pénale internationale. Retrçant tout d'abord la généalogie du développement de la justice internationale et des tribunaux pénaux internationaux à l'aide d'une grille de lecture sociologique - faisant la part belle, entre autres, aux paradigmes d'entrepreneurs moraux ou d'espace public -, Pierre-Yves Condé s'interroge ensuite sur l'élaboration incertaine d'une grammaire commune à l'ensemble des juridictions internationales dont les conflits de jurisprudence potentiels mèneraient à une fragmentation du droit international qui inquiète au plus haut point la doctrine juridique spécialisée et qui agite ainsi les cénacles autorisés. Car « se pose dès lors », rappelle l'auteur, « le problème de la gestion de ce pluralisme juridique légitime » (p. 267). Il est vrai que la réponse, sous la forme d'un droit international général dont le contenu reste encore à élucider, laisse pour le moment sceptique et ne semble pas épuiser la « question classique de la part de la légalité à la construction d'un ordre commun » (p. 268)... Sandrine Lefranc, chargée de recherche au CNRS, s'intéresse quant à elle aux formes de justice non judiciaires qui répondent à une situation d'extrême violence, laquelle « donne lieu à un traitement très particulier : une justice qui ne sanctionne mais qualifie certains des crimes », justice d'un genre nouveau « dotée d'une fonction politique explicite, celle qui incombe à une instance de démocratisation et de pacification sociale » (p. 274-275). Le mouvement est éminemment paradoxal : alors que les commissions de réconciliation ont pour ressort la mise en suspens de la justice judiciaire, celle-ci peut revenir en force à la suite des constats posés par le travail des commissions, notamment en raison de la vérité ainsi produite : « La justice non punitive est ainsi articulée à une justice punitive » (p. 289).

Il appartient à Jacques Commaille, co-directeur de l'ouvrage et professeur à l'École normale supérieure de Cachan, de rassembler ce foisonnement d'hypothèses

et de constats dans une conclusion extrêmement stimulante. Tout en refusant d'identifier dans le terme de « judiciarisation » un mouvement linéaire et universel, J. Commaille tente d'esquisser une théorie de la fonction politique de la justice contemporaine. S'inspirant des travaux d'Ulrich Beck ou d'Anthony Giddens, l'auteur part du constat désormais classique d'une société détraditionnalisée résultant « notamment de l'effacement d'une méta-Raison surplombante, d'un déclin des idéologies, de la remise en cause des grandes institutions, particulièrement de l'affaiblissement des institutions d'encadrement et de contrôle social » (p. 299). Face à un pouvoir politique dont le territoire « naturel » - l'État - subit simultanément des pressions centrifuges - mondialisation économique - et centripètes - poussées régionalistes et nouveaux territoires urbains ségrégués -, le pouvoir judiciaire, s'il est certes investi d'une mission compensatrice des impuissances politiques, n'échappe cependant pas aux critiques, notamment médiatiques, et subit également cette « crise des institutions » (p. 301). La représentation évolutive du droit - de moins en moins transcendant, de plus en plus négocié - influence durablement le rôle de la justice : « Le droit développe de plus en plus des dimensions procédurales et contractuelles qui se répercutent sur une justice elle-même de plus en plus sollicitée pour s'inscrire dans cette logique de coproduction incertaine du juste » (p. 305). Dans ce contexte, la justice acquiert un rôle central dans l'émergence de deux logiques de régulation parfois contradictoires mais constitutives de notre société complexe. Premièrement, le pouvoir judiciaire, historiquement sensible aux valeurs libérales individualistes et de plus en plus rétif aux interventionnismes étatiques, contribue au retour en force des lois du marché dans la fonction de justice. Que ce soit dans les démocraties libérales ou dans les pays en voie de transition démocratique, les réformes en œuvre - inspirées par les techniques de management et l'impératif d'efficacité - pérennisent « une politique de justice qui s'apparente à une politique entrepreneuriale » (p. 309). Deuxièmement, l'arène judiciaire semble constituer le lieu privilégié d'une « démocratisation de la démocratie » pour reprendre l'expression de Beck toujours. Ce phénomène est double : à un niveau individuel, la justice est le foyer par excellence de la reconnaissance de droits subjectifs et du développement de résolutions alternatives de conflit (songeons à la médiation organisée au sein de l'appareil judiciaire) ; à un niveau plus collectif, les mouvements sociaux contemporains opèrent un retour en force du jusnaturalisme par la multiplication d'actions de désobéissance civile héritées d'une conception du juste et du droit dont s'emparent aussi les tribunaux. En conclusion, « parler de fonction politique de la justice, ce n'est pas alors seulement considérer que la justice a plus que jamais partie liée avec le politique [...], qu'elle fait système avec lui, mais aussi qu'elle peut être un révélateur privilégié de ses transformations et des incertitudes de son avenir » (p. 317).

Bref, on aura compris que, loin d'épuiser le sujet, cet ouvrage fournit au contraire une quantité remarquable de concepts et de grilles de lecture permettant à la recherche socio-juridique de poursuivre l'analyse. Relevant avec brio le pari de l'interdisciplinarité - différentes sciences sociales sont conjointement mobilisées -, ce recueil génère cependant une frustration paradoxale : l'absence de juristes et surtout de juristes professionnels parmi ses contributeurs laisse pendante la question de l'écho des hypothèses développées dans les représentations et les pratiques des principaux concernés. Confronter ces dernières aux constats posés par les scientifiques³⁸ pourra opportunément faire l'objet d'un tome deux à cet ouvrage

38. Dans le champ judiciaire, une telle tentative de dialogue entre la recherche scientifique et les acteurs objets de cette même recherche a récemment fait l'objet d'une recherche menée par plusieurs sociologues belges ; cf. François DE CONINCK, Yves CARTUYVELS, Abraham FRANSSSEN, Dan KAMINSKI, Philippe MARY, Andréa RÉA et Luc VAN CAMPENHOUDT, *Aux frontières de la justice, aux mar-*

Julien PIERET
Centre de droit public,
Université Libre de Bruxelles

DUMOULIN Laurence, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, coll. « Études politiques », 2007, 216 p.

L'ouvrage publié par Laurence Dumoulin fait suite à un travail de recherche doctorale très documenté sur l'expertise judiciaire, un objet qui jusqu'ici n'avait pas donné lieu à des analyses sociologiques en France. Or la question n'est pas mineure dans une période où l'effet conjoint de la technicisation et de la judiciarisation de la société rend les jugements de plus en plus redevables à l'interprétation experte de la réalité. Au point que d'aucuns s'interrogent sur l'emprise de l'expert sur le juge. L'intérêt majeur de la démarche de l'auteure est de combiner la problématique de l'expertise judiciaire avec celle de l'identité et du statut des experts. Pour parvenir aux conclusions qu'elle nous soumet, L. Dumoulin a réuni une somme assez considérable de données, qui allient judicieusement des éléments d'histoire et les aspects juridiques avec un matériau empirique spécifiquement constitué autour d'entretiens auprès de magistrats et d'experts ainsi que d'observations de situations et d'étude de dossiers judiciaires.

La problématique initiale tient dans le double constat d'une expertise très cadrée par le droit et d'un statut d'experts assez mal défini. L'histoire des textes juridiques qui encadrent cette activité entreprend de mettre l'expertise à distance de la décision judiciaire. Le juge est le maître du choix de l'expertise et de son usage et le dispositif français en la matière ne laisse pas de place à l'expertise contradictoire pratiquée dans la *common law*. En outre, ceci contribue à fixer le régime de « la distinction entre le juridique et le technique [qui] devient alors constitutive de statut et d'attribution entre le magistrat et l'expert » (p.41). La question du contrôle du judiciaire sur la production de l'expertise est ainsi posée comme centrale et contribue à décider de l'identité des experts, à commencer par leur désignation et leur agrément comme expert près la cour d'appel. Cette procédure est empiriquement observée par la sociologue, depuis la candidature jusqu'à la constitution de la liste définitive en passant par le déroulement des assemblées générales de sélection au sein d'une cour d'appel où l'enquête s'est principalement déroulée. L'inclusion ou l'exclusion sur cette liste tient à la spécialité des candidats mais aussi à leur honorabilité autant qu'à leur niveau d'excellence. Ainsi, les listes sont composées d'une minorité de grands spécialistes dans leur domaine et d'une majorité de généralistes sélectionnés sur leur bonne moralité et réputation.

Les critères d'exigence en matière d'experts et d'expertises sont donc fixés par les magistrats au niveau collectif mais également individuel, dans le choix des experts pour chaque dossier. Sur ce registre, c'est la fiabilité de l'expert qu'attendent les juges, c'est-à-dire sa capacité à rendre une expertise qui réponde à la demande et qui n'anticipe pas la décision. Le cœur de l'ouvrage et son passage le plus pas-

ges de la société. Une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs, Gand, Academia Press, Série « Problèmes actuels concernant la cohésion sociale », 2005. Cette recherche se fonde sur la méthodologie dite de l'analyse en groupe : cf. Luc VAN CAMPENHOUDT, Abraham FRANSSSEN et Jean-Michel CHAUMONT, *La méthode d'analyse en groupe : application aux phénomènes sociaux*, Paris, Dunod, 2005.

sionnant est contenu dans le chapitre 4, qui analyse la production et les usages des expertises. L'expertise vise principalement, dans l'attente des juges comme dans sa réalisation, à effectuer des constats qui répondent à une question (sur la possibilité ou non d'une filiation, par exemple) et ce faisant, à sélectionner les éléments pertinents pour décrire la réalité contestée dans le contentieux. « Par le déclenchement des savoirs et des savoir-faire spécialisés, combinés à un art individuel de la prise, l'expert donne sens à des phénomènes ou des mécanismes qui sinon resteraient relativement insignifiants pour le profane » (p. 109). À cet « art de la prise » permettant de sélectionner et d'interpréter les éléments pertinents du réel en fonction de savoirs scientifiques répond un « art de la pioche » propre aux hommes de loi. Le choix des expertises ou des éléments d'expertise constitue alors la clé pour résoudre une affaire, que ce soit en jugement ou par l'inflexion des parties (abandon de l'action en justice). Le juge reste maître du jeu : il peut invalider des expertises selon qu'elles répondent ou non aux questions qu'il a posées, s'en servir comme preuve ou comme simple rappel du contexte des faits litigieux, parfois comme moyen de temporisation du dossier. Il existe de la sorte des *usages stratégiques* des rapports d'expertise, y compris chez les avocats. C'est dans ce cadre que se définit la fiabilité de l'expert pour le magistrat : le rapport doit répondre aux souhaits en termes d'usages possibles, autour des trois notions de rapidité, pédagogie et réserve, selon les mots d'un expert.

Ce sont ces critères qui caractérisent la définition de la valeur de l'expertise et, partant, des experts en tant que corps. En effet, la question de la professionnalisation est lancinante depuis les origines. Dans les années 1930 sont créées des « Compagnies » d'experts judiciaires qui acquièrent de l'importance au fil des ans sans que l'affiliation soit aucunement une condition nécessaire à l'agrément. Elles restent des interlocuteurs légitimes mais non officiels des Cours, car leur constitution en véritable corps professionnel représenterait un péril pour la maîtrise des magistrats sur l'activité d'expertise. Faute de cela, les Compagnies tentent de réguler l'activité en promulguant un code d'éthique (qui n'a pas force juridique) mais celui-ci insiste d'emblée sur la « déférence » dont l'expert doit faire preuve vis-à-vis des hommes de loi.

La professionnalisation renvoie également à la part que l'expertise constitue dans l'activité professionnelle de l'expert. S'il n'est pas exclu qu'elle soit l'activité dominante, voire unique pour certains, ceci reste exceptionnel car la grande hétérogénéité des spécialités représentées fait que la majorité des experts ne réalise qu'une petite quantité d'expertises. La professionnalisation est donc assez marginale et ne concerne que certaines spécialités. En définitive, l'identité collective et l'activité des experts semblent vouées à rester dans l'ombre de l'institution judiciaire et surtout à la place que leur assignent les magistrats, compte tenu des usages qu'ils en font et des relations qu'ils entretiennent avec eux. Ils conservent la maîtrise du choix des experts et de la définition des expertises à réaliser, ainsi que des principes qui doivent l'animer. C'est ce que l'auteure appelle un quadrillage à distance, qui entretient une ambiguïté utile dans la définition de l'identité de l'activité d'expert judiciaire.

Par ses qualités scientifiques remarquables – empiriques et analytiques –, cet ouvrage apporte des éclairages sous trois angles au moins : celui des pratiques judiciaires, celui de l'expertise plus généralement et celui des enjeux de la professionnalisation. L'analyse des décisions judiciaires se voit renforcée par les apports sur les usages stratégiques des éléments du dossier et des modalités de leur légitimation. L'expertise – tous domaines confondus – est bien saisie quant à sa nature sociologique : reconstruction d'une réalité *ex-post* selon un processus d'interprétation savante, qui permet d'orienter la décision sans s'y substituer. Quant à la dy-

namique de constitution d'un groupe professionnel, ses différents éléments sont bien mis en lumière avec les obstacles rencontrés par les experts judiciaires : régulation d'un corps, mais surtout définition autonome d'une activité circonscrite et maîtrise de son statut. Une souveraineté qui mettrait en danger l'indépendance des magistrats dans leurs décisions.

Philip MILBURN
Laboratoire Printemps,
Université Versailles - Saint-Quentin

DUPRET Baudouin, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, coll. « Coursus. Sociologie », 2006, 207 p.

Jusqu'à présent, peu nombreux étaient les ouvrages courts disponibles en langue française synthétisant à destination des étudiants et des chercheurs l'apport des sciences sociales à la connaissance du droit et des phénomènes juridiques – on pense surtout au petit ouvrage d'Évelyne Serverin intitulé *Sociologie du droit* et paru à la Découverte en 2000. Et si l'intérêt des chercheurs en sciences sociales à l'égard du droit s'est incontestablement accru ces dernières années, l'entreprise consistant à faire une telle synthèse est loin d'être une tâche aisée dès lors qu'il s'agit de présenter des travaux qui s'inscrivent dans des disciplines différentes (sociologie, anthropologie, linguistique, philosophie) et dans des contextes culturels variés (Europe, Amérique du Nord). C'est à un tel tour de force que parvient Baudouin Dupret dans ce petit livre de 207 pages intitulé *Droit et sciences sociales*. Un petit livre donc, mais particulièrement dense qui, comme tous les bons manuels, ne se limite pas à une présentation neutre des courants mais développe une critique des différentes approches. Loin de restreindre le droit à un ensemble de savoirs spécialisés en sciences sociales, ce petit ouvrage est aussi précieux parce qu'il inscrit l'étude des phénomènes juridiques dans l'histoire générale des sciences sociales.

B. Dupret distingue quatre perspectives générales parmi l'ensemble des travaux de sciences sociales qui ont porté sur le droit : une *approche culturaliste* qui voit dans le droit « le reflet des différentes cultures propres au genre humain et le porteur de leurs structures profondes et valeurs essentielles » ; une *approche sociologique et sociojuridique*, qui se rattache à la fois aux contextes européen et nord-américain, et qui vise à étudier les rapports entre le droit et la société ; une *approche institutionnelle*, qui s'intéresse au droit comme institution sociale ; et enfin une *approche praxéologique*, qui s'intéresse au « droit en contexte et en action », vers laquelle les préférences de l'auteur s'orientent clairement, lui qui est par ailleurs connu pour ses recherches sur l'ethnométhodologie du droit et de la norme³⁹. Mais si l'auteur assume ses préférences théoriques, il distingue clairement le moment de la présentation de chaque courant de celui de sa discussion critique. Cette organisation du propos présente d'ailleurs le double avantage d'insister sur les convergences entre des recherches qui ont été menées dans des contextes culturels différents – refusant notamment de faire la distinction entre les études qui ont porté sur le droit de *common law* et le droit de tradition continentale – et de porter sur les principaux paradigmes qui traversent les sciences sociales.

Dans la première partie de l'ouvrage, consacrée aux approches culturalistes, l'auteur évoque d'abord les « écoles historiques » (chapitre 1), qui recouvrent à la

39. Cf. son dernier ouvrage paru : Baudouin DUPRET, *Le jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève, Paris, Droz, 2006.

fois l'école historique allemande mais aussi Henry Maine dans l'Angleterre victorienne, et d'autres recherches historiques véhiculant une théorie plus ou moins explicite du droit (Norbert Elias, Bernard Jackson). Il aborde ensuite les travaux de l'anthropologie culturelle (chapitre 2) qui, au-delà de leur hétérogénéité - de Lévy-Bruhl à Geertz en passant par Sapir et Radcliffe-Brown -, font l'hypothèse que le droit est l'expression de « l'ensemble des attitudes, des visions du monde et des traits spécifiques de civilisation qui confèrent à un peuple particulier sa place originale dans l'univers » (Sapir). Il range enfin dans la même perspective culturaliste les travaux sur les « pluralismes juridiques » (chapitre 3) qui proposent de dissocier l'étude du droit de la question de l'État, évoquant les classiques (Ehrlich, Gurvitch) mais aussi les recherches sur les modes alternatifs de conflits. Dans une brève conclusion, B. Dupret formule quelques critiques qui entravent à ses yeux la perspective culturaliste : si différents qu'ils soient, tous ces travaux tendent à réifier les notions de droit et de culture, à empêcher les comparaisons entre les cultures et les droits, et à assimiler le droit à toute forme de contrôle social.

La deuxième partie porte plus précisément sur les approches sociologiques du droit. L'auteur fait d'abord le point sur les multiples paradigmes de la sociologie française du droit (chapitre 4), expliquant comment elle apparaît avec Durkheim pour devenir, après la Seconde Guerre mondiale, une sociologie ancillaire (incarquée par Jean Carbonnier) dont la tâche était d'informer le droit sur le changement des mœurs. L'auteur identifie ensuite différents paradigmes au sein des recherches sociologiques françaises sur le droit : un héritage durkheimien (statistique judiciaire, criminologie et déviance, étude du droit comme travail de cohésion sociale) et wébérien (conflits du travail, sociologie des organisations) notamment. Parmi ces travaux figurent tout particulièrement ceux qui relèvent d'une « sociologie politique du droit », formulée par Jacques Commaille, qui se propose d'étudier les phénomènes juridiques comme participant d'une analyse du pouvoir et de l'autorité. En contrepoint, B. Dupret expose ensuite les lignes de force qui traversent la sociologie anglo-saxonne du droit (chapitre 5), depuis le courant de la *sociological jurisprudence* jusqu'à celui des *socio-legal studies* au sein du mouvement nord-américain *Law & Society*. Plutôt critique, l'auteur met néanmoins l'accent sur les contributions d'auteurs tels que Roger Cotterell ou David Nelken dans la construction de liens théoriques avec la sociologie classique. Dans le dernier chapitre de cette partie, l'auteur fait le point sur l'ensemble des travaux critiques qui établissent un lien entre le droit et la question de la domination, de l'autorité et de l'idéologie - de Marx aux *Critical legal studies* en passant par Habermas, Foucault et Bourdieu. En conclusion de la partie, B. Dupret exprime sa méfiance à l'égard de ces travaux, et on peut penser que la charge est d'autant plus rude - tout particulièrement en ce qui concerne les recherches françaises - que la diversité des travaux est considérable. S'il est injuste de penser que tous ces travaux ne prennent pas le droit au sérieux, l'auteur vient utilement mettre en garde contre l'emploi abusif des « hyper-explications » dans l'étude des phénomènes juridiques. On ne saurait en effet jamais assez vivement conseiller de ne pas recourir trop rapidement, dans l'analyse, à des concepts tels que « pouvoir », « domination », « mauvaise conscience » ou « idéologie ».

Plus brève, la troisième partie est consacrée aux travaux philosophiques et sociologiques qui ont en commun la perspective institutionnaliste. L'auteur y aborde d'abord le positivisme juridique dans ses différentes versions (chapitre 7), avant d'examiner la contribution wébérienne à l'étude des phénomènes juridiques (chapitre 8) puis les analyses fonctionnalistes et systémiques (chapitre 9). Si ce regroupement donne l'occasion de faire le lien entre des travaux habituellement présentés de façon distincte, il conduit peut-être à sous-estimer l'intérêt des recherches wébériennes.

riennes en réduisant celles-ci à une réflexion sur les stades de développement du droit. Faisant brièvement référence à la réception à la fois tardive et paradoxale de la sociologie wébérienne du droit, on peut regretter que la question de la légitimité n'ait pas été présentée sous une forme un peu plus approfondie. Ce questionnement central en sociologie du droit – pourquoi accepte-t-on l'exercice du droit ? – est sans doute un peu trop négligé dans l'ouvrage.

Entièrement tourné vers cette dernière partie consacrée à l'étude du « droit en contexte et en action », l'ouvrage ne déçoit pas les attentes du lecteur. L'auteur y présente d'abord le courant réaliste en montrant en quoi il peut nourrir la compréhension de ce qui se joue dans l'application concrète des règles, sans jamais le déconnecter des recherches contemporaines (chapitre 10). L'auteur montre ensuite comment les renouvellements philosophiques concernant le langage, et plus largement le tournant linguistique, ont durablement modifié la manière dont les sciences sociales abordent les phénomènes juridiques. Les analyses de Wittgenstein sur la règle ainsi que les recherches portant sur les actes de langage (Austin, Searle) sont présentées de façon claire et efficace (chapitre 11). Le propos est ensuite élargi à un ensemble hétérogène de recherches – interactionnistes, anthropologiques, linguistiques et sémiotiques – qui ont en commun non seulement de prêter attention au langage mais aussi de considérer la pratique du droit comme une performance (chapitre 12). Le lien établi entre les recherches anglo-saxonnes et françaises – l'auteur accorde une attention particulière à l'ouvrage de Bruno Latour sur le Conseil d'État⁴⁰ – est particulièrement convaincant et stimulant. Le dernier chapitre de l'ouvrage, entièrement consacré aux approches ethnométhodologiques (ou praxéologiques) du droit, fait le point sur les recherches qui tentent d'étudier le droit comme « performance réelle, vécue et empiriquement observable », notamment au moyen de l'ethnographie et de l'analyse de conversation.

Ce petit livre est donc particulièrement bienvenu, à la fois parce qu'il arrime solidement l'étude du droit à l'histoire générale des sciences sociales, et parce qu'il fait discuter de façon stimulante les recherches nord-américaines et européennes. L'analyse du droit et des phénomènes juridiques constitue bel et bien, pour les sciences sociales, un terrain majeur d'investigation, et nul n'achèvera cet ouvrage sans en être convaincu. Pour autant, parce que les intérêts du chercheur ont tendance à prendre le pas sur la bonne volonté du pédagogue, le propos est susceptible de provoquer les susceptibilités tant il est difficile de reconnaître à un seul courant une capacité à parler *réellement* du droit. Mais, parce qu'il vient combler un véritable besoin, nul doute que cet ouvrage figurera en bonne place dans les bibliothèques.

Sylvain PARASIE
Laboratoire Techniques, Territoires et
Sociétés (CNRS/École nationale des Ponts
et Chaussées/Université Paris-Est),
Marne-la-Vallée

40. Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires. Série Droit et économie de la régulation, vol. 3 », 2005, VIII-334 p. (ci-après *Risques*).

FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires. Série Droit et économie de la régulation, vol. 4 », 2006, 288 p. (ci-après *Engagements*).

FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires. Série Droit et économie de la régulation, vol. 5 », 2007, 194 p. (ci-après *Responsabilité*).

Ces trois textes font partie d'une collection intitulée *Droit et économie de la régulation*, dont la publication a commencé en 2004. Que faut-il entendre par le terme *régulation*? On l'oppose parfois à *réglementation*. Pour François Lévêque, régulation est le terme le plus général et désigne tout ce qui concourt à la bonne marche de l'économie⁴¹. La réglementation s'entend de l'intervention publique sur le marché à cette fin; elle tient compte à la fois des imperfections du marché que l'intervention cherche à corriger et des limitations de la politique publique pouvant entraver la correction visée. Pour John Blundell et Colin Robinson, la réglementation publique établit des règles pour d'autres, que ce soit par la législation ou par l'action administrative ou encore dans un éventail d'autres formes⁴². En cela, elle s'oppose à l'établissement des règles par les acteurs eux-mêmes. Pour Thierry Kirat et Frédéric Marty, « les politiques de régulation ont pour objet la construction de marchés concurrentiels »⁴³.

Pour situer ce débat, faisons un court rappel historique. En réalisant la synthèse néoclassique, la science économique a montré que l'action autonome des acteurs dans les marchés conduit à un optimum social sous réserve des imperfections du marché. Ces imperfections - les monopoles, les externalités, les biens collectifs⁴⁴ - peuvent entraîner des distorsions dans les prix et font éclater l'assurance que l'action autonome des acteurs conduit nécessairement à un optimum social. On a donc pensé que la mission naturelle des gouvernements était de corriger ces imperfections de manière à assurer dans l'ensemble de l'économie les conditions pour que se réalise l'évolution autonome vers l'optimum. Ainsi, les gouvernements ont nationalisé ou institué des organismes de réglementation dans les industries où l'on croyait déceler des monopoles naturels, comme la fourniture de l'eau potable, de l'électricité, du gaz, des télécommunications et des médias, du transport public, etc. De même s'est-on avisé de fournir des biens collectifs, comme la défense nationale, la justice, le chemin public et les ponts, et a-t-on voulu adopter des mesures pour contrer les effets externes qui prennent la forme de pollution. En fait, en suivant cette conception il suffisait de pointer les caractéristiques d'une situation donnée qui la faisaient ressembler à l'un des cas canoniques d'imperfection du marché pour justifier une intervention publique.

Cette conception simple du rôle de l'État comme sauveteur de dernier ressort a

41. François LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 1998, p. 4.

42. John BLUNDELL et Colin ROBINSON, *Regulation without the State... The Debate Continues*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2000, p. 1-2.

43. Thierry KIRAT et Frédéric MARTY, *Économie du droit et de la réglementation*, Paris, Gualino, 2007, p. 141.

44. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Thémis, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., 2008, n° 402 et suiv., p. 112 et suiv.

dû être abandonnée dans les années 1960. D'une part, on a remarqué que les caractéristiques précises qui faisaient voir une imperfection du marché pouvaient être une fonction de l'état de la technologie, susceptible d'évoluer dans le temps. La prise en charge publique interdit cependant qu'une offre innovatrice soit proposée. On s'empêcherait ainsi de voir l'innovation dont on se prive. Dans l'univers de la téléphonie, on a pu mesurer cet écart en assistant à une véritable explosion d'innovation une fois enlevé le monopole public à partir des années 1970. Il est permis de penser que le succès actuel de la téléphonie mobile est dû à cette déréglementation. L'exemple de la téléphonie oblige à se demander si, dans d'autres secteurs, la déréglementation provoquerait des effets semblables.

Une deuxième source de doute est venue de l'analyse de l'État en tant qu'acteur économique. Loin d'être l'arbitre neutre au-dessus de la mêlée, ayant toujours en vue le bien collectif, l'action de l'État s'est avérée, souvent de façon disproportionnée, influencée par des groupes d'intérêt concentrés (comme celui des agriculteurs)⁴⁵. Les bureaucraties à travers lesquelles l'État réalise son action ont elles-mêmes des priorités qui ne coïncident pas forcément avec l'intérêt général : elles seraient intéressées à maintenir et à élargir leurs missions et sont souvent les détentrices des seules informations qui permettent de juger leur efficacité. En outre, là où l'on a institué des organismes de surveillance, les industries surveillées se sont montrées habiles à établir avec ceux-ci des *modus vivendi* qui font leur affaire (phénomène connu sous le nom de *capture*).

L'intervention publique risque donc elle-même d'être source d'écarts de l'évolution vers l'optimum. Si l'imperfection du marché est susceptible de degrés, il convient alors de demander si l'intervention publique visant à la corriger réussit, dans l'ensemble, à améliorer les choses, ou au contraire les empire. La question est complexe, la réponse varie d'un secteur à l'autre, et la plupart du temps seule la recherche empirique peut trancher. C'est dans ce contexte que se sont développées la *nouvelle économie publique de la réglementation*⁴⁶ et l'*économie institutionnelle de la réglementation*⁴⁷.

La collection *Droit et économie de la régulation* doit relever le défi d'analyser des institutions de régulation, compte tenu du nouveau contexte où l'on a pris conscience des risques d'imperfection attachés à l'intervention publique elle-même. Dans l'essai de définition de la régulation à la française, Marie-Anne Frison-Roche « rattache le droit de la régulation économique aux secteurs techniques régulés » ; « la régulation regroupe alors les appareillages juridiques successivement conçus pour les transports aériens et ferroviaires, l'assurance, la banque et la finance, le médicament, l'énergie - le gaz et l'électricité -, les télécommunications et l'audiovisuel, les services postaux. Le législateur français a adopté des textes particuliers à chacun des secteurs »⁴⁸. La régulation s'applique à des secteurs où des caractéristiques de l'objet (monopole naturel, facilités essentielles, externalités de réseau) jettent le doute sur la possibilité qu'un marché concurrentiel résultera de l'action autonome des acteurs économiques. La régulation a alors pour but, dans le respect du

45. George J. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1971, p. 3-21 ; Sam PELTZMAN, « Toward a More General Theory of Regulation », *Journal of Law and Economics*, 19, 1976, p. 211-240 ; reproduits dans George J. STIGLER (dir.), *Chicago Studies in Political Economy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.

46. François LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, p. 14.

47. *Id.*, p. 17.

48. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », in *Id.* (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Droit et économie de la régulation, vol. 1 », 2004, p. 7-15 (p. 14).

principe de l'économie de marché, de rapprocher les secteurs concernés d'un marché concurrentiel. Elle doit tabler davantage sur des incitations « intelligentes » que sur l'approche régalienne (*command-and-control*) de la réglementation classique.

Le volume 3 de la collection porte sur les risques. Par risques on entend ici au départ les crises dans les secteurs régulés, comme les crises financières dans différents pays au cours des années 1990, la crise de la vache folle, les crises dues à des manipulations comptables (Enron, Worldcom), ou encore la défaillance du système électrique, en Californie d'abord, sur la côte est des États-Unis, par la suite. La première partie du livre est consacrée à ces risques-là. Un deuxième type de risques provient de l'interface entre deux systèmes de régulation avec danger d'incompatibilités. Qu'on pense aux autorités de la concurrence, d'une part, à l'Autorité des marchés financiers, de l'autre, dans des cas de prises de contrôle ou de fusions, par exemple ; ou encore à l'interface entre l'audiovisuel et les télécommunications, ou entre les banques et les marchés financiers, ces secteurs étant séparément régulés. Le potentiel d'incompatibilité fait voir l'intérêt à penser à des formes de coordination que M.-A. Frison-Roche appelle *l'interrégulation* (p. 69), objet de la deuxième partie. La troisième partie concerne le risque de conflit au sein du système régulateur, et notamment la place que peut prendre l'arbitrage dans la résolution, compte tenu du caractère de droit public qu'a le régime de régulation.

Le livre comporte plusieurs études de cas intéressantes, comme celle du secteur financier (Christian de Boissieu), celle de la crise de l'électricité en Californie (Jean-Michel Glachant) et celle des crises sanitaires (Martin Hirsch), dans la première partie ; dans la deuxième partie, celles de la régulation d'Internet par la technique et la *Lex informatica* (Joel Reidenberg), des incompatibilités internationales (Hervé Ascensio ; Jean-Pierre Jouyet), l'adoption de normes comptables communes à travers le monde (Maurice Nussenbaum).

La troisième partie portant sur le règlement des conflits aborde deux questions importantes, à savoir le rôle de l'arbitrage dans cet univers (réponse : aucune raison de ne pas l'admettre) et le pouvoir du régulateur de régler des différends, mission qui le rapproche des juridictions traditionnelles (Marie-Anne Frison-Roche, p. 269). Le livre se termine par quatre comptes-rendus détaillés de livres, dont le plus étonnant est sans doute celui de *City of Gold*, de David Westbrook, paru en 2003 (p. 306).

Dans l'ensemble, ce livre reflète un « *work in progress* » : sans prétendre résoudre le grand défi de la régulation évoqué ci-dessus, il propose plusieurs études de cas intéressantes dont on essaie de tirer les leçons, fournit quelques réflexions théoriques perspicaces et tente de baliser le domaine du règlement des conflits dans les secteurs régulés, jusqu'ici ignoré.

Le volume 4 de la série porte sur les engagements, entendus ici surtout au sens de contrats. Si la régulation doit faire mieux que l'approche impériale antérieure, il est sans doute intéressant d'envisager des ententes entre le régulateur et les régulés pour fixer les objectifs à atteindre. Cela soulève la question de la place du *ex ante* (règles fixées en prévision de l'action qu'entreprendront les acteurs économiques) par opposition au *ex post* (sanctions applicables après coup aux acteurs dont l'action est restée en deçà d'une norme essentielle) – la responsabilité, instrument par excellence *ex post*, fera l'objet du volume 5.

Ce volume consacre une première partie à l'opposition entre *ex ante* et *ex post*, et la seconde aux contrats comme instruments de régulation. Dans l'essai introductif, l'économiste Patrick Rey précise les défis de la régulation nouveau style, notamment face au risque de capture. Il souligne qu'on évolue des ententes « *cost + profit* » avec l'industrie régulée, qui ne lui donnent aucun incitatif à minimiser les coûts, vers l'entente à prix convenu, où le surplus est acquis à l'industrie régulée, ce

qui lui donnerait l'intérêt de le maximiser (p. 23). Pour que l'industrie investisse, il faut cependant qu'elle puisse compter sur ces règles du jeu - or, rappelle l'auteur, l'horizon des régulateurs dépasse rarement les cinq ans (p. 23).

La distinction *ex ante* - *ex post* coïncide pour partie avec celle entre la législation et la jurisprudence et celle entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence. Marie-Anne Frison-Roche explore la distinction dans un premier essai (p. 33), rappelant que l'approche *ex post* peut se passer de contraindre la liberté des citoyens par des prescriptions préalables (p. 35) et serait pour cette raison en général à préférer à l'approche *ex ante*. Elle admet cependant que la régulation nouveau style devrait opérer *ex ante* en raison de dangers trop importants ou de nature irréversible (39) ou encore en raison de potentiels effets externes importants des actions individuelles, perspective qu'elle croit parfois présente dans les secteurs bancaire, financier, environnemental, sanitaire (p. 40). L'approche *ex post* est parfois essentielle pour construire les balises sur lesquelles baser ensuite une approche *ex ante* (p. 41). L'approche *ex post* aurait généralement la préférence dans les droits nord-américains. La *loi Sarbanes-Oxley* constitue alors un virement net - assez discuté d'ailleurs en Amérique du Nord - vers une approche *ex ante*, plus prisée en Europe (p. 48). Bref, les deux approches sont indispensables. Cette problématique se prolonge dans l'essai de Philippe Choné sur le rapport droit de la concurrence - droit de la régulation (p. 49).

Les trois études qui suivent rapportent l'expérience vécue à la Commission européenne, aux Pays-Bas et dans le secteur bancaire. Christopher Baker propose un schéma utile des différents moyens d'action (« *boîte à outils* ») correspondant aux approches *ex ante* et *ex post*, en précisant l'acteur (privé, régulateur, juridiction) qui doit les déployer (p. 125). Claude Crampes aborde la même question à partir de la théorie économique (p. 129).

La deuxième partie porte sur le contrat. Dès le premier essai, Jacques Chevalier nous avertit que « la contractualisation de la régulation [...] n'élimine pas toute part de commandement de d'unilatéralité, et elle a peu à voir avec la conception classique du contrat » (p. 150). Anne Perrot explique comment la dynamique du contrat s'est progressivement installée à partir du droit de la concurrence : dans le cas d'un éventuel abus de position dominante, l'entente portait ici sur un engagement de l'entreprise visée à s'abstenir de certains comportements ou à respecter certaines normes, en contrepartie de l'engagement de l'autorité de la laisser faire (ne pas la poursuivre) (p. 151). Christophe Jamin voit dans les contrats de régulation, par exemple ceux qui concernent l'interconnexion, imprégnés de souci d'ordre public, le retour du dirigisme étatique (p. 192), sous un autre nom. Mais il soutient que cela se conforme à une tendance lourde qu'il observe dans l'ensemble du droit des contrats (p. 196). Judith Rochfeld s'interroge sur l'à propos de la loi française de 2004 (p. 216) qui a cherché à encadrer les contrats conclus sur l'Internet et y créer la confiance, alors qu'elle est amenée à constater que les contrats conclus sur eBay, par exemple, sont structurés par des codes de conduite et des chartes de comportement et que le choix des consommateurs est éclairé par des systèmes de notation (*rating*) privés et qu'on expérimente avec la résolution en ligne des différends (p. 220).

Dans les études consacrées à des secteurs particuliers de régulation, Jean-François Prat, traitant de la régulation des marchés financiers, observe qu'« en toute bonne foi l'autorité de régulation estime avoir toujours besoin de plus de réglementation pour exercer correctement son rôle de surveillance et de contrôle » (p. 228). Faut-il contrôler les clauses visant à empêcher des prises de contrôle hostiles ? Ou avoir confiance que la présence de telles clauses augmentera le coût du capital pour l'entreprise, ce qui disciplinerait les dirigeants qui cherchent trop à se protéger ?

L'auteur semble pencher vers cette seconde perspective (p. 229). Quel est le rôle du Conseil de la concurrence dans cet univers ? Bruno Lasserre estime qu'il doit chercher à « rétablir l'optimum concurrentiel chaque fois qu'il a été rompu », mais non à diriger les entreprises à la place de leurs dirigeants ou en co-pilotes avec eux (p. 251). Son rôle est réactif, plutôt interventionniste comme l'est celui de l'organe de régulation. Il admet cependant que, dans le contrôle des concentrations ou la détection des cartels, la technique contractuelle est utilisée depuis longtemps (p. 247).

Dans l'ensemble, ce livre montre la difficulté qu'éprouvent les acteurs à développer une régulation qui n'est pas imposée mais proprement contractuelle. Le vocabulaire a certes changé, mais l'esprit régalien n'a pas disparu.

Dans le volume 5, on examine le pendant du contrat qu'est la responsabilité civile, approche *ex post* par excellence. Le livre commence par un excellent rappel de la structure du droit de la responsabilité, telle qu'elle a été établie dans *l'Analyse économique du droit* (p. 9 et suiv.)⁴⁹. Cet essai ouvre la première partie qui concerne la perspective générale des responsabilités dans les systèmes de régulation, alors que la seconde partie concerne des perspectives particulières.

Aude Rouyère soutient que la responsabilité civile pourrait être un « outil majeur de la régulation » (p. 21). À la différence de la régulation, l'initiateur de cette régulation est un acteur privé devenant ainsi gardien du bon ordre économique (p. 30). L'auteur s'interroge sur deux institutions bien connues en Amérique du Nord, soit les dommages exemplaires (*punitive damages*)⁵⁰ et le recours collectif (*class action*). De façon intéressante, elle relève que, selon Mme Viney, les dommages punitifs, formellement inconnus en droit français, sont néanmoins couramment appliqués par le truchement du pouvoir souverain des juridictions d'évaluer les dommages (p. 30). La responsabilité peut concerner le régulateur autant que le régulé, et la responsabilité du premier pourrait être invoquée par le second autant que par un tiers. La difficulté va se trouver dans la preuve des éléments de la responsabilité, soit la faute, la causalité et le préjudice subi. Les considérations présentées ici paraissent bien dépasser le cadre des seules industries régulées énoncées ci-dessus. Dans cette première partie mérite encore d'être soulignée la contribution de Marie-Anne Frison-Roche sur la responsabilité, mais au sens plutôt politique de régulateur et de l'opportunité de lui imposer une obligation de reddition de compte : il est responsable des résultats atteints (p. 70).

La seconde partie est composée d'études de cas ou de secteurs particuliers. Plusieurs études touchent le secteur bancaire et financier et une touche la publicité (secteur jugé à la fois très régulé et très autorégulé). Dans le secteur bancaire, la responsabilité du banquier est en jeu en cas de refus ou rappel abusif de crédit ou de prise excessive de garanties, notamment à l'égard des emprunteurs profanes (Reinhard Dammann, p. 73 et suiv.). La responsabilité de l'État peut-elle être engagée pour cause de surveillance déficiente des banques par la Commission bancaire ? La réponse est affirmative, d'après Alain Seban, pourvu qu'une faute lourde soit en jeu (p. 97 et suiv.).

L'ensemble de ces trois volumes offre un panorama de la réflexion sur la régulation nouvelle facture, qui s'éloignerait du style régalien de la réglementation d'antan. On y trouve des réflexions théoriques et tout un éventail d'études de cas. La réunion de ces textes montre une discussion utile entre ceux qui vivent la régulation au jour le jour et ceux qui se donnent pour mission de l'encadrer et même

49. Pour plus de détails sur cette approche, cf. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*

50. *Ibid.*, n° 1263, p. 353 et suiv.; n° 2145, p. 598.

d'articuler les principes généraux pouvant guider la nouvelle formule. Au terme de la lecture de ces trois volumes, on admire le dialogue ainsi instauré, mais doit conclure qu'il s'agit d'un « *work in progress* » qui n'a pas encore abouti à un ensemble de principes limpides susceptibles de surmonter les contraintes de l'ancienne réglementation. A-t-on vraiment accès à l'information nécessaire pour accomplir les nobles missions qu'on voudrait confier à la régulation ? Le prix Nobel Douglass North affirme qu'on ne peut sortir l'État du fonctionnement des marchés⁵¹. Mais il ajoute que le défi est d'amener l'État à se limiter à structurer le jeu de manière à ce que les acteurs se fassent concurrence par le prix et la qualité plutôt que par d'autres façons (comme la violence et la tricherie). Puisse la poursuite des réflexions entamées ici à l'interface du droit et de l'économie nous amener à voir plus clairement le nouveau rôle que l'on réclame pour l'État en matière de régulation.

Ejan MACKAAY
Faculté de droit,
Université de Montréal

GÉRARD Philippe, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 256 p.

Si l'idée des droits de l'homme semble réunir un consensus universel, il n'en demeure pas moins que, comme Philippe Gérard l'explique avec justesse et clarté, cette même idée ne cesse de soulever nombre de questions : comment les définir ? comment les justifier ? peut-on parvenir à identifier le fondement de leur universalité ? Autant de questions qui structurent habilement un livre intelligent dans lequel l'auteur entend non seulement rendre compte des critiques dont les droits de l'homme ont été la cible, mais aussi « proposer une conception normative des droits fondée sur les exigences de la démocratie » dans une perspective clairement universaliste. D'un abord fort accessible, l'ouvrage est conçu comme un instrument d'initiation à la réflexion philosophique sur le thème des droits de l'homme.

En dépit du plan adopté par l'auteur, et sans dénaturer son propos, on peut considérer que le livre est divisé en deux grandes parties. La première revient sur des discussions relativement classiques portant sur l'histoire de la notion de droits de l'homme et sur les critiques dont ils ont fait l'objet. C'est l'occasion pour Philippe Gérard de rouvrir l'épineux dossier de la conception des droits de l'homme chez les révolutionnaires français et des divergences quant à leur conception. En effet, pour les uns, jusnaturalistes, les droits individuels sont à la fois antérieurs et supérieurs au pouvoir politique et donc au droit positif, ils doivent donc constituer et justifier une limite à ce pouvoir ; pour les autres, positivistes, les droits ne sont que le prolongement de l'existence même de l'État et du droit positif, en sorte qu'il ne saurait y avoir de droits sans un État pour les consacrer et les développer.

Cette opposition peut-elle être surmontée ? Philippe Gérard le pense et tout ce qui constitue sa seconde partie, très évidemment la plus intéressante du livre, s'emploie à démontrer qu'une conception démocratique et normative des droits le permettrait.

Avant d'y parvenir, Philippe Gérard passe en revue les diverses critiques des droits de l'homme ainsi que les justifications contemporaines, qu'elles soient de type

51. Douglass C NORTH, *Understanding the Process of Economic Change*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1999, p. 23.

transcendantal (Gewirth, Habermas), tirées des principes de justice (Rawls) ou encore de la démocratie (Lefort). C'est très certainement cette dernière thèse qui emporte la conviction de Philippe Gérard, lequel est cependant conscient de l'objection à laquelle une telle thèse se heurte. En effet, la démocratie comme régime politique suppose que les individus aient des droits afin de pouvoir participer au pouvoir, même indirectement. Or, le thème de la tyrannie de la majorité a montré combien la démocratie pouvait constituer une menace pour certains droits. Il demeure que l'objection peut être surmontée, explique Philippe Gérard, si l'on veut bien procéder à une distinction entre deux sens du terme démocratie : l'un où la démocratie constitue un régime politique spécifique ; l'autre dans lequel la démocratie est conçue comme « l'institution d'une forme de société qui repose sur un ensemble de principes au premier rang desquels figurent l'égalité et l'autonomie collective ». Or, continue-t-il, et c'est là la thèse principale du livre : « Tout en exprimant ces principes de manière synthétique, les droits de l'homme, ou tout au moins certains d'entre eux, en proposent une interprétation déterminée. Dans la mesure où les droits participent de l'institution de la démocratie, ils revêtent la portée de normes supérieures qui s'imposent aux autorités établies dans les communautés politiques particulières » (p. 133).

Il propose alors quatre catégories de droits qui sont, selon lui, « absolument fondamentales du point de vue de la démocratie » : les droits qui permettent d'établir des communautés politiques ; ceux qui permettent d'instituer un espace public de discussion ; ceux qui ont pour fonction d'assurer aux individus la possibilité de participer à la formation de la volonté collective ; et enfin le principe même de l'égalité en droits. Ces quatre catégories sont qualifiées de « fondamentales » parce qu'elles représentent « les conditions d'institutionnalisation d'une communauté politique démocratique » en ce que « leur consécration et leur sauvegarde déterminent la légitimité des autorités qui constituent les organes de décision d'une telle communauté ». Et il conclut : « Les droits en jeu apparaissent comme des normes morales et politiques supérieures qui s'imposent aux autorités et dont la reconnaissance doit être soustraite aux aléas des décisions politiques contingentes » (p. 137).

Ces catégories permettent, en outre, d'un point de vue normatif, de renforcer la cohérence des droits de l'Homme et d'éviter la critique si fréquente tendant à dénoncer l'hétérogénéité des droits. Mieux encore, elles constituent un excellent moyen d'affirmer une conception universaliste des droits qui ne se réduise pas à une vision occidentale du monde ni ne dissimule une stratégie de substitution de valeurs au profit de celles défendues par un Occident encore dominant. Car, explique Philippe Gérard, si ces catégories que la conception démocratique des droits permet de dégager demeurent abstraites, elles se prêtent non seulement à un « travail de concrétisation et d'adaptation qui peut refléter les spécificités de contextes sociaux et culturels particuliers », mais encore « elles autorisent la consécration de droits complémentaires qui seraient quant à eux dépourvus de portée universelle mais répondraient à des choix collectifs » (p. 176).

Enfin, cette conception démocratique et normative des droits fournit une solution aux conflits de droits contrairement tant à la conception jusnaturaliste qu'à celle relativiste qui présument toutes deux une équivalence entre les droits, soit parce qu'ils dérivent tous d'un seul fondement (jusnaturalisme moderne), soit parce qu'ils sont dotés d'une même valeur en dépit de leur origine historique différente (relativisme). Or, en fondant les droits sur la démocratie ou en associant les droits et la démocratie, on peut concevoir – à l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – que « la détermination des limites de certains droits de même que l'appréciation de leur valeur ou de leur poids en cas de conflits avec des prérogatives concurrentes se révèlent dépendantes des fonctions qu'exercent ces droits dans une société de type démocratique » (p. 205).

La conception démocratique et normative que défend Philippe Gérard est incontestablement stimulante et, sous sa modestie apparente, renouvelle agréablement nombre de questions classiques. Elle présente, en outre, l'immense mérite de ne pas sacrifier à la tendance contemporaine de vouloir trop embrasser au risque de mal êtreindre. Elle soulève toutefois un certain nombre de réserves ou d'interrogations qui tiennent pour la plupart à l'ambiguïté du terme « démocratie ». Certes, Philippe Gérard prend soin de distinguer la démocratie comme régime politique et la démocratie comme forme de société reposant sur les principes d'égalité et d'autonomie collective. Mais la différence entre les deux n'est-elle pas purement et simplement historique ? Et si elle l'était, y aurait-il encore un sens à les opposer ? À l'inverse, en admettant que la différence ne soit pas seulement historique mais bel et bien conceptuelle, il convient de s'interroger sur le fondement de ces principes d'égalité et d'autonomie collective qui jouent, dans la conception de Philippe Gérard, un rôle primordial puisque ce même principe d'égalité constitue, à lui seul, une catégorie à part entière de droits fondamentaux en tant que conditions d'institutionnalisation d'une société démocratique. Or, à la réflexion, on ne peut se défaire de l'idée, qui semble courir tout au long du livre, que Philippe Gérard habille de termes modernes les thèses relativement classiques de la pensée politique libérale, dans sa version modérée, certes, mais encore largement inspirée du jusnaturalisme. On veut dire par là qu'une autre conception – sans doute non moins libérale mais plus explicitement positiviste – consisterait à reconnaître sans fard que les principes en question ne viennent ni de la nature, ni de la raison humaine, qu'ils demeurent des normes juridiques et résultent de la volonté. Et cela vaut également pour les droits de l'homme : intimement liés à la démocratie, ils servent aujourd'hui de critères d'identification des sociétés démocratiques. Cela n'en fait pas pour autant des normes dotées d'une supériorité morale et politique. Ils sont constitutifs de la démocratie en ce qu'ils en sont conceptuellement indissociables. Mais dire cela ne revient pas à leur nier leur historicité : cette démocratie n'a que le nom de commun avec celle des Grecs ou des Romains et sans doute aussi avec celle que nous pratiquerons demain. Dans ces conditions, revendiquer la soumission du pouvoir aux droits de l'homme reste un discours politique par lequel on entend que ce même pouvoir politique élève au statut de normes juridiques un certain nombre de valeurs dont rien ne permet de dire qu'elles seraient indépendantes de ceux qui les défendent. Contrairement à ce que voudrait croire Philippe Gérard, leur reconnaissance ne saurait donc être soustraite aux aléas des décisions politiques contingentes.

Pierre BRUNET
Centre de Théorie et d'Analyse du Droit,
Université Paris X Nanterre

LÉPINARD Éléonore, *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Fait politique », 2007, 293 p.

Le 8 juillet 1999, la loi constitutionnelle ajoutant à l'article 3 de la Constitution de 1958 la phrase « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » était adoptée à une très large majorité, alors que deux ans plus tôt les trois quarts des députés se déclaraient encore opposés à la parité – de même qu'une fraction importante du mouvement féministe. Toutefois, en dépit de ce consensus apparent, si l'on en juge par le rythme – pour le moins modéré – de la progression du nombre de femmes élues au sein des assemblées législatives nationales depuis la mise en œuvre de la réforme, tout se passe

comme si la légitimation accomplie de la parité avait pour corollaire son inefficacité relative. C'est à l'éclaircissement du rapport entre les deux termes de cette équation paradoxale que s'attelle Éléonore Lépinard dans cet ouvrage original et stimulant, qui, à la suite d'autres travaux relevant de la sociologie des espaces publics⁵², entreprend d'examiner successivement les mises en forme spécifiques de l'objet considéré dans des arènes plus ou moins larges, à travers un va-et-vient très maîtrisé entre différentes échelles d'analyse.

Dans un premier chapitre, l'auteure retrace la « généalogie internationale » de la parité. Elle souligne la participation d'« entrepreneuses » et autres militantes « historiques » comme Françoise Gaspard à des réseaux d'expertise constitués au-delà du cadre national, et ses effets quant à la diffusion des revendications relatives à l'égalité des sexes dans la représentation politique en France. Elle montre surtout qu'il s'agit là d'un processus de « traduction » - et non d'importation pure et simple -, puisque, en définitive, le choix a été fait d'accentuer la distinction entre la parité et les instruments existants déjà dotés d'une assise juridique auxquels on aurait pu être tenté de l'assimiler, qu'il s'agisse des « mesures spéciales temporaires » onusiennes ou de l'« action positive » telle que définie dans la jurisprudence européenne.

Le second chapitre considère la parité en tant qu'objet de controverses internes au féminisme français (controverses dont le caractère théorique est d'autant plus prononcé que les protagonistes sont souvent des universitaires) et cause fédératrice pour sa mouvance réformatrice. À l'opposé du courant « matérialiste », qui ne voit dans la différence des sexes que le produit dérivé d'une relation de domination que l'objectif est précisément d'abolir - et par conséquent lui dénie toute valeur potentielle en tant que base ou vecteur d'émancipation -, les plus influentes des partisans de la parité en France, d'après l'auteure, en seraient venues au contraire à affirmer la primauté quasi ontologique de la différence sexuelle, différence « différente de toutes les autres différences » et, de ce fait, justiciable d'un traitement spécifique dans le domaine de la représentation politique. Dans cette perspective (pseudo)-anthropologique, les femmes ne formeraient ni une minorité (statistique), ni une communauté, ni une « catégorie » parmi d'autres dotée d'intérêts objectivement identifiables, mais bien l'une des deux composantes élémentaires de toute société, et la parité, en définitive, se trouverait justifiée en vertu de « l'universalité de la dualité anatomique de l'espèce humaine » (p. 93) et du rôle nécessaire de la gente féminine dans sa perpétuation... Sur de telles bases, rien d'étonnant à ce que la coalition finalement rassemblée autour de la revendication paritaire ait pu par ailleurs présenter un caractère des plus hétérogènes sur le plan idéologique.

Dans un troisième chapitre - particulièrement riche -, É. Lépinard élargit la focale à l'ensemble des interactions entre les associations mobilisées en faveur de la réforme et les autres composantes du système politico-institutionnel. L'objectif est alors d'identifier à la fois les déterminants et l'impact de la « stratégie discursive » privilégiée, qui constitue une spécificité française. À cet égard, tout en soulignant que la cohabitation est venue modifier la « structure d'opportunité politique » en vigueur dans un sens favorable - en multipliant les points d'accès des mouvements pro-paritaires à l'appareil décisionnel et en suscitant entre les différentes branches du pouvoir une compétition généralisée portant aussi sur la captation des bénéfices à attendre de la promotion ostensible de l'égalité des sexes -, l'auteure met l'accent

52. François BASTIEN et Erik NEUVEU (dir.), *Espaces publics mosaïques : acteurs, arènes et rhétoriques des débats publics contemporains*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1999 ; Daniel CÉFAI et Dany TROM (dir.), *Les formes de l'action collective : mobilisations dans les arènes publiques*, Paris, éditions de l'EHESS, 2001.

d'abord sur la nécessité bien comprise par les partisans de la parité de rendre celle-ci conforme à une grammaire politique républicaine caractérisée par une exigence d'universalisation particulièrement forte, quitte à verser dans une sorte d'« essentialisme stratégique » (Gayatri Spivak) en dernier ressort. Dans cette perspective, la légitimation de la parité aurait bel et bien exigé l'adoption d'une rhétorique conduisant à sacrifier l'une des fonctions possibles du dispositif – promouvoir concrètement les intérêts spécifiques des femmes dans la sphère du pouvoir – au bénéfice de la représentation *symbolique* des deux moitiés sexuées de l'humanité dans les assemblées élues. Quant aux avantages à attendre d'une telle représentation – ainsi déconnectée de la conflictualité des rapports sociaux de sexe –, ils se trouvent alors référés à (et dilués dans) l'objectif éminemment vague consistant à remédier à la « crise de la démocratie représentative » que refléterait la trop faible proportion de femmes au sein du Parlement, indice parmi d'autres du caractère sclérosé d'une classe politique à laquelle les femmes élues grâce à la parité viendraient opportunément insuffler du sang neuf – pour le plus grand bien de l'ensemble des citoyens.

Enfin, dans un dernier chapitre prenant appui notamment sur l'examen des débats parlementaires, É. Lépinard s'attache à décrire les formes et les effets de la révision constitutionnelle de 1999⁵³. Elle souligne d'abord la singularité de la trajectoire française à cet égard – puisque, à l'exception de l'Italie, dans les autres pays européens les réformes comparables sont intervenues à l'intérieur des partis politiques –, ainsi que la primauté de « la polarisation institutionnelle entre l'Assemblée nationale et le Sénat » (p. 193) sur les clivages partisans en tant que déterminant des positions adoptées. L'auteure insiste également sur la diversité et l'efficacité des mécanismes de neutralisation ou de contournement de l'obligation paritaire : possibilité laissée aux partis d'y déroger moyennant une pénalité financière que les principaux d'entre eux se révèlent disposés à subir dans le cas des élections législatives ; transfert de ressources et de compétences vers des échelons décisionnels où cette obligation n'a pas cours (exécutifs locaux et structures intercommunales) ; interventions répétées d'un Conseil constitutionnel apparemment résolu à faire obstacle à toute extension de la dynamique paritaire à des domaines autres que celui de la représentation électorale... À cela s'ajoutent encore certains effets secondaires problématiques de la stratégie de justification dominante évoquée plus haut et destinée à désamorcer les dénonciations du risque de « dérive communautariste » que la parité serait supposée entraîner. D'après É. Lépinard, l'un des principaux est la délégitimation accrue des revendications émanant de groupes – minorités ethniques, religieuses, ou définies à raison de l'orientation sexuelle – dont l'identité constitutive serait moins aisément « incorporable dans l'universel républicain » (p. 183) que la différence des sexes. Pour les membres de tels groupes, encore davantage que pour les femmes, l'égalité recherchée a toutes les chances de demeurer « introuvable ».

L'une des limites de ce livre talentueux et novateur est toutefois signalée par son titre, pour peu qu'on lui attribue – avec une pointe de perfidie – un double sens... En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer ce que recouvre exactement cette égalité insaisissable et quelle est sa « variable focale » (Amartya Sen) – égalité des chances ou égalité des résultats, et lequel(es) ? –, l'auteure donne parfois l'impres-

53. Celle-ci avait été rendue nécessaire par la décision du Conseil constitutionnel de 1982 censurant la disposition d'une loi qui prévoyait que les listes pour l'élection des conseillers municipaux ne seraient pas composées de plus de 75 % de personnes du même sexe – et rejetant le principe même d'une « division par catégorie[s] des électeurs ou des éligibles » (Décision 82-146 du 18 novembre 1982).

sion d'osciller entre des options opposées (p. 48-49), sans véritablement justifier le statut normatif de l'une ou de l'autre ni même établir entre elles une distinction suffisamment nette. Tantôt elle utilise des formules qui reflètent le souci d'opérer une synthèse entre les deux notions mais demeurent relativement floues (l'« égalité des chances réelle » évoquée page 49, dont la « réalité » ne saurait vraisemblablement être établie qu'en référence à des résultats objectifs), tantôt elle décrit la parité comme une « mesure [...] d'égalité des chances » (p. 228) sans autre précision, alors même que, si l'on considère comme variable focale le fait d'être en position de briguer un mandat électoral pour le compte d'un parti politique, c'est bien une égalité de résultats qui est visée. Il existe par ailleurs dans la littérature de théorie politique contemporaine des défenses de l'égalité de résultats comme norme de référence⁵⁴ qui auraient pu être mobilisées ici afin de mieux étayer la critique perceptible des modalités d'une réforme aux résultats décevants à cet égard. Mais à chaque jour suffit sa peine, et l'ouvrage, pour l'essentiel, emporte largement la conviction.

Daniel SABBAGH
Centre d'Études et de Recherches
Internationales,
CERI-Sciences Po, Paris

MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Thémis, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., 2008, XXIII-728 p.

Il faut saluer la publication de cet important ouvrage en France car il comble incontestablement une lacune chez les « juristes civilistes » : les apports de l'analyse économique du droit, laquelle apparaît trop souvent liée aux seuls droits anglo-saxons.

Le propos des auteurs, enseignants à Montréal, apparaît d'emblée dans l'introduction ; il est rappelé dans la conclusion. Si le mouvement de l'analyse économique du droit s'est imposé « en quelques années, dans les meilleures facultés de droit américaines, comme un courant de pensée de première importance, et même la principale source de renouveau dans la théorie du droit », en France, malgré une amorce prometteuse (H. Lepage, *sic*), il se serait fait prendre à partie sous prétexte qu'il pouvait déguiser un message idéologique de droite. C'est contre cette perception de l'analyse économique du droit que cet ouvrage est proposé aux lecteurs de langue française, en invitant cependant à lire les auteurs anglo-saxons. Après un rappel historique de l'apparition de l'économie du droit outre-atlantique et de ses développements en France, est proposée une lecture qui tente de montrer que cette discipline, non seulement n'est pas en contradiction avec les droits « civilistes », mais au contraire est appelée à y jouer un rôle important mais différent de celui qu'elle joue dans les pays de *common law*. Dans les pays civilistes, « l'espoir qu'elle comporte est de ranimer la doctrine, qui a eu tendance à se cantonner dans un rôle descriptif, et de la rappeler à sa mission noble, qui est de mettre en lumière les fondements du droit civil et de montrer son arrimage avec la réalité sociale et les adaptations nécessaires aux réalités nouvelles » (p. 601).

Notons immédiatement l'importance de la bibliographie (92 pages !), sans doute l'une des plus complètes à ce jour dans un livre de ce genre à diffusion universitaire notamment. Les références en langue française sont quasiment inexistantes (rien sur les grands auteurs publicistes et privatistes : Hauriou, Duguit, Ripert)

54. Par exemple, le bel article d'Anne PHILLIPS, « Defending Equality of Outcome », *Journal of Political Philosophy*, 12 (1), 2004, p. 1-19.

ou peu judicieuses (un mémoire de DEA sur la bonne foi alors qu'il existe une abondante littérature).

Dès le départ le lecteur ressent une gêne, car, qu'ils le veuillent ou non, Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau attribuent une fonction normative excessive à l'économie du droit. Elle illustre sans doute l'ambiguïté majeure qu'entretiennent en France l'économie du droit et le droit économique. La première est fondée sur l'optimum de Pareto, le principe de l'individualisme méthodologique (les individus décideurs rationnels), lesquels conduiraient nécessairement à l'efficacité économique. Alors qu'elle devrait se contenter de donner des grilles de lecture des institutions et des règles juridiques, cette analyse d'économie révèle très vite sa tentation normative (donner les bonnes solutions au législateur et au juge). Elle s'oppose ainsi fondamentalement au droit économique tel qu'il est conçu dans de nombreux pays européens comme étant le « droit » de la concentration et de l'organisation des pouvoirs privés et publics dans un cadre concurrentiel. Celui-ci, par une déconstruction et reconstruction des catégories classiques, ne se contente pas de faire du positivisme, comme semblent le dire E. Mackaay et S. Rousseau de tous les juristes « civilistes ». Il propose des lectures des systèmes normatifs (lois et décisions juridictionnelles) qui tiennent compte des faits. Au-delà de la question de la vocation normative hégémonique d'une certaine économie du droit, c'est sur le terrain de la *méthode* que se distinguent foncièrement l'économie du droit et le droit économique, que pourtant les auteurs semblent relativement assimiler dans leur introduction. Le droit économique propose une lecture des concepts juridiques confrontés à la réalité observable et observée. L'analyse économique du droit, et c'est le paradoxe, puisqu'elle est née dans des systèmes juridiques casuels, elle, offre aux juristes civilistes déjà nourris à l'abstraction des codes, les modèles encore plus abstraits de l'économie. La démarche substantielle qui est fondamentalement celle du droit économique (G. Farjat) peut s'appliquer, comme l'analyse économique du droit, à l'ensemble des branches du droit (droit de la famille, par exemple, avec les concepts d'intérêts de l'enfant ou de la famille). C'est dire que l'une des mises en garde envers cet ouvrage concerne une certaine volonté normative qui ne nous semble pas crédible compte tenu des modèles d'analyse abstraits et formalistes proposés. Si les juristes doivent écouter les économistes pour affiner leur raisonnement dans toutes les branches du droit (droit de la famille, droit des contrats, droit de la responsabilité, etc.), ils ne doivent pas pour autant céder à un enthousiasme pour une économie mal digérée. Les obstacles à la réception des raisonnements économiques par les législateurs et les juges sont des obstacles objectifs que semblent sous-estimer les auteurs. Les finalités du droit sont éminemment sociétales et politiques. Les valeurs d'efficacité et de bien-être du consommateur ne nous semblent pas pouvoir servir de seuls guides aux sociétés dans leur ensemble. Le système juridique a d'autres objectifs que strictement économiques : solidarité, santé, environnement, lesquels évoluent en outre dans le temps.

Le plan de l'ouvrage correspond au propos des deux auteurs de traiter la discipline à travers une présentation générale, puis des objets spécifiques. Cela permet à chacun de retrouver la matière qu'il cherche. La première partie sur les « fondements » comprend six chapitres exposant les grandes références indispensables en économie du droit (décisions, rapports entre individus coopératifs ou non, concurrence et marché, risque et assurance, ordre politique et pouvoir, marché noir). On y trouve très vite un vocabulaire auquel ne sont pas habitués les juristes européens. On connaît de longue date le passager clandestin. On est confronté ici à la morale, aux comportements opportunistes qui semblent dominer la planète, aux pervers, aux malfrats, aux resquilleurs... Le pire calcul économique se dissimulerait en chacun de nous et dans tous nos actes.

La seconde partie est consacrée aux « institutions juridiques » avec notamment d'importants développements sur la propriété intellectuelle, la responsabilité délictuelle, le contrat, l'entreprise, le droit des sociétés, la gouvernance et les valeurs mobilières. Elle se termine par « la méthode de l'analyse économique du droit », ce qui est un peu surprenant car on s'attend généralement à ce que les questions méthodologiques soient abordées en préalable pour suivre le raisonnement présenté. Sur cette longue partie, beaucoup d'analyses peuvent servir le juriste. Un effort de compréhension pour un langage commun eût été le bienvenu. Pourquoi parler, en droit des contrats, d'un paternalisme dur ou mou alors que nous connaissons le concept d'ordre public de direction et de protection. Sur les vices du consentement, on reste perplexé sur les raisonnements en termes d'opportunisme. Les résultats des recherches de l'économie du droit reviennent souvent à expliquer *ex post* en le validant ce sur quoi se sont fondés les rédacteurs des différents codes (erreur, dol, violence).

S'agissant de l'ordre public (*perfectionism* en anglais), il est, on s'en doutera, contesté, parce qu'il peut être illégitime que la collectivité emploie la contrainte pour imposer sa volonté à l'individu, ou parce que parfois on peut se demander si la protection que l'on veut adopter est *in fine* vraiment désirable du point de vue des personnes protégées. « La pénible histoire des femmes mariées rendues incapables pour leur propre protection illustre tragiquement à quel point l'intention de bien faire peut avoir des conséquences tout autres » (p. 398). Ce que ne voient pas les auteurs est que cette incapacité, présentée comme protectrice, avait un but réel et atteint qui était de faire passer la femme de la coupe du père à celle de l'époux afin que ces derniers gèrent en toute liberté sa fortune (n'oublions pas que le Code civil était fait pour la bourgeoisie). L'abstraction du discours ne permet pas une analyse des circonstances concrètes des règles et de la recherche de leur efficacité.

La séparation en quatre chapitres : l'entreprise, le droit des sociétés, la gouvernance, le droit des valeurs mobilières, fait éclater une même réalité, le contrôle, si bien défini par Cl. Champaud comme le droit de se comporter « comme si » l'on était propriétaire. Sur ce beau thème, tout à la gloire de la liberté, ne sont pratiquement pas évoqués les coûts sociaux des opérations de concentration, les dommages écologiques, les affaires Enron et autres qui ont montré l'opacité et non la transparence de la vie économique.

En conclusion, on évoquera la chronique de Philippe Askenazy dans *Le Monde* du 13 février 2008 à propos de l'entrée des outils de modélisation des économistes dans le débat américain sur la peine de mort. « La démarche économique peut-elle coloniser tous les domaines de l'humain en s'affranchissant d'une réflexion éthique ? ». Cette phrase résume assez bien le sentiment que l'on retire à la lecture de l'ouvrage de Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau.

Laurence BOY
Université de Nice

MICHEL Hélène et WILLEMEZ Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, coll. « CURAPP », 2007, 204 p.

L'ouvrage collectif qui est proposé s'intéresse à la justice non professionnelle telle qu'elle peut exister à travers des juridictions spécifiques où siègent, à des titres divers, des profanes : conseils prud'homaux, tribunaux de commerce, juridictions de proximité, médiation familiale, etc. Comment cette justice fonctionne-t-elle ? Quels sont les profils sociologiques de ceux qui s'y impliquent ? Quelles sont leurs manières de juger ? Pour y répondre, les auteurs proposent une exploration des multiples figu-

res de juges qui ont tous en commun, quoique selon des modalités différentes, de se distinguer des magistrats de carrière. Le panorama que l'ouvrage donne à voir de ces juridictions constitue indéniablement un intérêt majeur, dans la mesure où les travaux sur le sujet demeurent épars et relativement peu nombreux.

Au-delà de la diversité des terrains explorés, l'unité de l'ouvrage tient à sa problématique générale qu'Hélène Michel et Laurent Willemez appellent « la question des frontières de la justice », invitant à revenir sur les rapports entre le monde des professionnels et celui des profanes. Tout semble les opposer, selon qu'on se plaît à faire ressortir la légitimité des magistrats de carrière ou des citoyens ordinaires à juger, soulignant l'expertise juridique et la maîtrise du droit des premiers au regard des seconds ou, au contraire, érigeant en vertu la plus grande proximité de ces derniers avec les justiciables. Que l'on s'intéresse à des juridictions anciennes comme les conseils prud'homaux ou qu'on se penche sur des cas plus récents comme la justice de proximité, c'est la teneur inchangée de cette opposition qui paraît extraordinaire. Et c'est même Claire Lemercier, dans l'ouvrage, qui rappelle, à propos des juges de commerce, que la contestation des compétences juridiques de ces juges consulaires constitue un leitmotiv de la critique des professionnels estimant depuis le *xvi^e* siècle que le droit commercial est une chose bien trop sérieuse et complexe pour être laissé à des commerçants ! Ainsi, le constat que l'opposition entre profanes et experts est éternelle, désignant deux collectifs bien distincts, et qu'elle constitue, à ce titre, un élément immuable du fonctionnement de la justice paraît s'imposer. Et pourtant, Hélène Michel et Laurent Willemez nous disent que non. Ils refusent d'en faire une opposition intemporelle, définie d'avance, et défendent l'idée, sur la base des contributions qu'ils rassemblent, que cette frontière est au contraire extrêmement mouvante, produit de débats et de luttes variables selon les moments historiques et les dispositifs de justice non professionnelle envisagés. C'est donc son exploration que l'ouvrage s'efforce de mener à bien.

À propos de la justice prud'homale qui inspire trois des dix chapitres de l'ouvrage, Laurent Willemez examine le dispositif électoral qui sert à recruter les conseillers, sur la base d'un idéal démocratique de la représentation tel qu'il a cours dans le champ politique. À l'occasion des débats parlementaires que sa réforme a occasionné, en 1979, il en décrit alors la dérive, les commentateurs le transformant en « thermomètre » de l'influence syndicale au prix de l'oubli de ses enjeux proprement judiciaires. Mais l'assise politique qui fonde l'engagement des conseillers constitue également une ressource permettant à ces conseillers d'envisager une lecture alternative à celle que leur opposent les professionnels du droit, qui ne les considèrent jamais comme de « vrais juges ». Hélène Michel montre qu'il importe de restituer le sens du travail qu'ils accomplissent depuis leur propre manière d'interpréter leur action. En l'occurrence, il s'agit d'intervenir sur le monde social grâce au droit en promouvant une conception de la société du travail inspirée de leur propre engagement militant, et qu'ils rendent particulièrement manifeste dans le travail en référé ou à propos de la dimension pédagogique de tout jugement, dès lors qu'il s'agit de rappeler aux employeurs comme aux salariés les bonnes manières d'organiser et de gérer les rapports sociaux.

Un tel constat est intéressant, surtout en comparaison avec le cas des juges de proximité dont Antoine Pélicand rappelle l'histoire et l'évolution. Non professionnels censés être plus proches des justiciables, les juges de proximité ne reposent sur aucun dispositif spécifique de recrutement leur permettant d'asseoir une légitimité politique (type élections ou nomination par d'autres acteurs que l'État), de sorte qu'ils ont le plus grand mal à s'imposer en tant que tels - des juges censés être plus « proches » - et risquent fort d'apparaître comme des amateurs ou des sous-juges. Leur action consiste alors, depuis leur création en 2003, à s'assurer de

leurs compétences juridiques (meilleure sélection des candidats, formation plus longue, extension du domaine de compétence), les rapprochant en cela des juges d'instance. Cette même professionnalité est sans doute également celle dont se réclament les juges consulaires étudiés par Emmanuel Lazega et Lise Mounier, bien qu'elle consiste moins dans ce cas à se rapprocher des magistrats professionnels qu'à se réclamer d'une « culture de la consultation » marquée par d'intenses flux de conseils, que les auteurs décrivent selon une méthodologie originale.

Sur la base de ces seuls exemples, les formes de la justice non professionnelle apparaissent effectivement différentes : des profanes se distinguent explicitement des professionnels dans le premier cas, des non professionnels qui ressemblent de plus en plus à des professionnels dans le deuxième, des non professionnels qui défendent une indéniable spécificité dans le troisième. Les frontières de la justice, pour reprendre la problématique de l'ouvrage, sont effectivement mouvantes. Et, de fait, les autres exemples de juridictions explorées sont l'occasion d'en décrire d'autres configurations possibles. La médiation familiale, analysée par Laura Cardia-Vonèche et Benoît Bastard, est l'occasion de montrer comment une innovation, pensée originellement comme une alternative à l'action des tribunaux, s'est progressivement réalignée sur l'institution judiciaire. Alors que le jugement en droit ne constituait qu'un horizon possible, il est devenu l'objectif explicite de la médiation, au risque de transformer celle-ci en simple chambre de mise en forme préalable des accords nécessaires à la décision. De manière parallèle, Jean-Noël Retière s'intéresse à l'expérience des assesseurs au tribunal pour enfants qui siègent auprès d'un magistrat, dont il décrit à la fois le profil sociologique décalé et l'acquisition difficile des dispositions au jugement, de sorte que leur capacité à se faire entendre face à un magistrat de carrière s'avère largement éprouvée. Ces deux exemples illustrent, là également, des modalités variables de rapports entre profanes et juges professionnels, selon que les premiers s'alignent sur les seconds, ou apparaissent sans existence possible. Mais d'autres formes encore de relations sont possibles. Tel est le cas de ces avocats des années 1970, étudiés par Jean-Philippe Tonneau, qui militent à gauche en défendant un meilleur accès à la justice. Ces professionnels revendiquent un rôle de « passeurs » entre les mondes des profanes et celui du droit. Sur la base d'innovations comme « les boutiques du droit », ils entendent « sortir le droit du Palais » et défendre les justiciables les plus démunis pour lesquels l'aide juridique constitue un enjeu. Mais l'accès au droit est lui-même dépendant de la manière dont certains acteurs, bien que non professionnels, préqualifient certaines situations. Ainsi, à propos des salariés et du passage aux 35 heures, les acteurs de la gestion du personnel dans les entreprises (délégués syndicaux, élus, DRH) qu'étudie Jérôme Pelisse, en tant que producteurs de règles collectives et signataires d'accords, pourraient être considérés comme des quasi-professionnels du droit. Là encore, la frontière entre les deux mondes décrit une configuration inédite.

Au-delà de l'intérêt des cas rapportés, et que chacun explore de manière bien spécifique, l'ouvrage coordonné par Hélène Michel et Laurent Willemez n'est toutefois pas sans limites. Faute de proposer une mise en cohérence plus soutenue des différentes contributions, il conduit le lecteur à se poser des questions parfaitement stimulantes, mais à propos desquelles il ne trouve pas de réponse. Deux points de discussion me paraissent utiles à dégager, dans la mesure où ils intéressent directement cette question « des frontières de la justice ».

Le premier concerne ces tensions entre mondes professionnels et profanes, dont les auteurs considèrent qu'elles prennent des formes très variables, mais ne donnent aucun élément de synthèse permettant d'en saisir les facteurs déterminants. Certaines contributions insistent sur l'importance du dispositif de recrutement des bénévoles, dans la mesure où c'est leur légitimité qui est en jeu. D'autres insistent sur la na-

ture des compétences mobilisées et le jeu de concurrence qui s'instaure, ou pas, avec les professionnels pour traiter les affaires. D'autres, enfin, soulignent l'importance des dispositions sociales des profanes et les effets d'éloignement, ou de proximité, avec le monde social des juristes patentés. Mais l'on aurait pu également évoquer la nature des textes juridiques qui sont à mobiliser, et dont la densité, la cohérence ou la texture diffèrent d'une juridiction à l'autre de sorte que l'activité interprétative que ces juges non professionnels doivent mener pour qualifier les situations et accomplir leur mission n'est probablement pas la même. On aurait enfin pu s'intéresser à l'organisation des tribunaux qui, d'une juridiction à l'autre, peut changer de sorte que le rapport entre profanes et experts peut, là aussi, en être affecté. Bref, les variables permettant d'éclairer les configurations multiples des frontières de la justice mériteraient d'être plus systématiquement analysées, et l'ouvrage proposé ne peut être qu'une première étape, bien que parfaitement utile.

Un deuxième élément de discussion, plus central encore, concerne le statut de ces fameuses frontières aux formes diverses. Car, aussi multiples qu'elles puissent l'être, elles présentent dans l'ouvrage deux modalités d'existence fort différentes. Il y a les frontières que les acteurs exhibent pour souligner leur spécificité, légitimer leur place dans l'institution, faire valoir leur compétence. De ce point de vue, les oppositions entre non professionnels et experts prennent tout leur sens, quoique selon des modalités différentes et parfaitement démontrées. Mais le travail ordinairement accompli désigne un autre registre, et ce que les rhétoriques séparent - le savoir technique/le savoir social, le jugement en droit/le jugement en équité, les profanes/les professionnels - s'hybride allègrement dans la pratique des magistrats. L'affaire Outreau, dont Antoine Vauchez retrace les débats, constitue l'unique et judicieuse contribution consacrée aux juges professionnels. Le suivi de sa médiation révèle une opposition entre deux figures portées par les débats : d'un côté, celle de l'expert, fin connaisseur des textes mais insensible aux situations ; de l'autre, celle du magistrat « humble et humain ». On pourra considérer que cette dernière vision renvoie à une représentation profane, celle-là même qu'exhibent commentateurs, chroniqueurs judiciaires et autres publics, toujours prompts à dénoncer une justice aveugle et anonyme. Mais en contrepoint à cette critique, l'auteur rappelle que c'est au contraire là une vision somme toute classique de l'art judiciaire lui-même, reposant sur une culture du doute, le jugement en équité et le souci pratique des situations.

De manière plus générale, l'on pourra alors se demander si l'opposition entre des professionnels d'un côté et des profanes de l'autre - opposition avec laquelle le titre de l'ouvrage ne manque pas de jouer - n'est pas quelque peu artificielle. Après tout, si l'on regarde le travail de n'importe quel magistrat et le fonctionnement ordinaire des institutions judiciaires, n'est-ce pas l'hybridation des ressources expertes et profanes qui est la règle ? Les non professionnels ne siègent-ils pas parmi les juridictions suprêmes (Conseil d'État, Conseil constitutionnel) ? Ne contribuent-ils pas déjà, dans les jurys d'assises par exemple, à la décision judiciaire ? L'on pourra regretter que ces formes de participation ne soient pas abordées.

Mais qu'on ne s'y trompe pas. Ces différents points de discussion soulevés par l'ouvrage n'en signalent jamais que tout l'intérêt. Le livre proposé par Hélène Michel et Laurent Willemez est une publication utile, parfaitement stimulante et rassemblant d'excellentes contributions de recherches toutes très récentes.

Jean-Marc WELLER
Laboratoire Techniques, Territoires
et Sociétés (LATTS),
Marne-la-Vallée

Ce nouvel ouvrage sur la gendarmerie, écrit sous la direction de Laurent Mucchielli (directeur du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, CESDIP), vient compléter un panorama de recherches devenu relativement conséquent ces dernières années, à la suite du travail précurseur de François Dieu et comme pour répondre à ses vœux d'une spécialisation disciplinaire « qu'on pourrait appeler la gendarmologie »⁵⁵. Par ailleurs la publication dans la collection Sécurité & Société, dirigée par Jean-Louis Loubet del Bayle, dénote un heureux croisement des approches avec le Centre d'études et de recherches sur la police, CERP, contributeur également important à une meilleure connaissance de la gendarmerie.

La multiplication des recherches sur cette force policière de statut militaire est, pour une part, liée à l'impulsion donnée par le Centre de prospective de la gendarmerie nationale (CPGN). C'est le cas pour *Gendarmes et voleurs*, qui est le résultat d'une recherche commandée par le CPGN en 2003, et réalisée en 2004 et 2005. Son objet : « Gendarmerie et délinquance. Quelles sont les évolutions prévisibles des différentes formes de délinquance dans les zones de compétence de la gendarmerie nationale ? Quels enseignements en tirer ? », dans un contexte de changements démographiques, économiques et sociaux affectant la zone de compétence de la gendarmerie, parmi lesquels les phénomènes de périurbanisation et de rurbanisation.

Pour envisager un tel travail prospectif, l'équipe de recherche⁵⁶ est partie de la reconstitution des évolutions délinquantes des deux décennies précédentes en mobilisant, d'une part, les données statistiques gendarmiques et, d'autre part, les perceptions des gendarmes sur quatre terrains d'enquête sélectionnés pour représenter une gamme variée des problématiques territoriales. Ces mêmes gendarmes étaient invités à donner leur sentiment sur les évolutions prévisibles de la délinquance dans leur circonscription, elle-même analysée suivant divers indicateurs socio-économiques et démographiques.

Cet angle de recherche a été déterminant pour aboutir à *Gendarmes et voleurs*. En effet, on aurait pu imaginer une approche radicalement différente de la question posée qui, finalement, concerne la délinquance certes en zone de compétence gendarmerie, mais pas la gendarmerie elle-même. Ainsi, plutôt que de centrer l'enquête sociologique sur les gendarmes, l'option était ouverte pour une recherche plus criminologique auprès des délinquants présents, par exemple auprès d'une population pénale ou carcérale issue des procédures judiciaires établies par la gendarmerie, à comparer avec des délinquants passés, identifiables éventuellement via les procès-verbaux de l'époque. L'obstacle matériel d'une telle démarche est cependant clairement identifié du côté des moyens financiers et des ressources humaines à mobiliser pour un tel travail.

Ce dernier aurait alors sans nul doute fourni des résultats également passionnants, mais n'aurait plus relevé de la sociologie des organisations policières, et c'est dans ce domaine que l'équipe dirigée par Laurent Mucchielli apporte des éclairages nouveaux. Il n'y a donc pas à regretter ou contester ce choix méthodologique initial, si ce n'est peut-être sur un point : la sélection des quatre terrains d'enquête.

55. François DIEU, « Quelques réflexions à propos de la recherche sur la gendarmerie », in Jean-Hugues MATELLY, *Gendarmerie et crimes de sang*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 24.

56. Géraldine Bouchard, Véronique Le Goaziou, Paul Mignon, Jean-Marie Renouard et Delphine Saurier.

En effet, le choix des brigades territoriales, dans les Pyrénées-Orientales, la Gironde, l'Essonne et la Charente-Maritime – en focalisant parfois sur des situations très atypiques (même à dimension heuristique affichée) comme pour Saint-Martin de Ré – semble laisser à l'écart les territoires ruraux profonds dont les évolutions participent « en creux » aux phénomènes de périurbanisation/rurbanisation.

Avant d'aborder les études de cas, l'ouvrage s'ouvre sur deux chapitres très riches. Tout d'abord, en retraçant l'évolution de la délinquance enregistrée par la gendarmerie dans ses statistiques, les auteurs veillent à documenter l'ensemble des limites et des sources d'erreur de ces chiffres officiels, de l'inflation du droit pénal aux errements des outils techniques d'enregistrement jusqu'à la pression politique sur les chiffres. L'enquête de terrain permet notamment de relever un nouveau témoignage de l'existence de « main-courantes » officieuses, appelées « cahiers de renseignements », permettant de noter, hors procès-verbal et hors statistique, des faits judiciaires mineurs (p. 50). Les conclusions sont donc prudentes et mesurées quant aux évolutions de la délinquance en zone gendarmerie depuis 1988 à l'aune des données officielles et n'oublie pas de relever également l'incidence des innovations technologiques : de la généralisation des systèmes de protection des véhicules qui induit une baisse de ce type de contentieux (et un transfert partiel vers du car-jacking) à l'explosion de la téléphonie mobile qui suscite de nouvelles prédatrices et de nouvelles contre-mesures...

Pour compléter l'approche par ces chiffres partiels, partiels et parcellaires, pour reprendre une célèbre formule d'un autre auteur, et face à la rareté des outils de croisement/recoupement des sources en la matière, Laurent Mucchielli a procédé à un sondage dans les archives des brigades. Si le procédé est ici limité à une démarche exploratoire, suivant les propos de l'auteur, la méthode n'en est pas moins très judicieuse car elle permet de comparer des périodes sans recourir aux statistiques incertaines, mais bien plutôt à la matière même des procès-verbaux. Or, à la différence des statistiques ces procès-verbaux sont « contrôlés » par une autorité extérieure aux forces de police : le parquet. Même si ce contrôle est le plus souvent très succinct (une lecture rapide du procès-verbal avant classement sans suite dans la majorité des cas), il n'en est pas moins réel. Bien sûr, cette vision de la délinquance via les procès-verbaux ne permet pas de reconstituer les plaintes non enregistrées ou les faits transcrits dans les fameux cahiers de renseignements. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une source de connaissance non négligeable⁵⁷. Dans le cas d'espèce, ce procédé semble montrer que si le nombre des procès-verbaux a diminué, leur nature s'est diversifiée et leur volume (nombre de feuillets) a augmenté, signe de l'alourdissement des charges procédurales et bureaucratiques. Parallèlement, les procès-verbaux rédigés à l'initiative des gendarmes diminuent tandis que croissent les procès-verbaux liés à des plaintes et autres sollicitations.

C'est là, d'ailleurs, le principal point commun des trois premières études locales, relevant plutôt de territoires rurbains, périurbains ou en voie de le devenir : une modification de la « demande » de sécurité. Dans un cadre de rapports sociaux décrits comme plus anonymes et plus tendus, l'appel aux forces de l'ordre tendrait à devenir un mode de régulation banalisé, poussé jusqu'à l'extrême dans certains exemples rapportés, comme cette mère dont l'enfant veut sortir alors qu'il n'est plus l'heure (p. 163). Ainsi judiciairisés, nombre de différends interpersonnels viennent affecter la structure de la délinquance contre les personnes. En permanence sollicités pour gérer

57. Également mobilisée par Laurent MUCHELLI sur les problématiques de police judiciaire, cf. *L'élucidation des homicides : de l'enchantement technologique à l'analyse des compétences des enquêteurs. Contribution à la sociologie du travail de police judiciaire*, Guyancourt, CESDIP, coll. « Études et données pénales », 2005.

des appels de toute nature, les gendarmes regrettent de voir leurs modes d'action transformés en « police-secours », tandis que le reste de leur temps est accaparé par la réalisation d'objectifs chiffrés, générateurs de paperasse et qui, pour certains, les coupent un peu plus du contact avec la population. C'est notamment le cas de la verbalisation des automobilistes contrevenants, imposée, parfois sous forme de quotas, et sans les possibilités anciennes de fermer les yeux ou de faire « sauter » le PV aux fins de se concilier des points d'appui dans la population locale.

Sans temps passé à rencontrer et connaître les habitants de leur circonscription, sans relais dans la population, les gendarmes se trouvent coupés de toute source de renseignements, et en viennent même à développer des enquêtes de voisinage par voie de prospectus dans les boîtes aux lettres (p. 205)⁵⁸ pour résoudre des affaires judiciaires.

Cette perte de proximité avec les habitants de la circonscription ne semble pas toucher les gendarmes de Saint-Martin de Ré, quatrième terrain d'étude. Mais l'île de Ré est un lieu exceptionnel en raison d'un seul accès routier, de contrôle aisé et dont le débit est en plus modéré par son caractère payant. Sa fréquentation touristique donne lieu à l'envoi de renforts considérables pour assurer la sécurité en période estivale, dans une zone très recherchée et nullement en proie à des phénomènes typiquement ruraux. Cette situation très particulière ne nous semble pas pouvoir permettre de généraliser à d'autres zones rurales l'observation locale de la gendarmerie face à la délinquance.

Tout au long de la recherche on constate que l'évolution de la délinquance est finalement très secondaire pour les gendarmes, en partie peut-être parce que cette délinquance « dévoilée » est surtout le résultat de la rencontre des demandes/attentes du public et des capacités/schémas de réponse des gendarmes sous la pression des exigences chiffrées de leur administration. Alors que les demandes relèvent de problèmes souvent interpersonnels dont la résolution exige avant tout des qualités humaines, des compétences relationnelles et du temps, la tendance est à l'accroissement des réponses et exigences bureaucratiques, cristallisant les contentieux sous forme de papier et de nombres.

Le sous-titre prend alors tout son sens : partie d'un questionnement sur l'évolution de la délinquance, la recherche conduit à s'interroger sur les défis et l'avenir du métier de gendarme.

Laurent Mucchielli observe que le plus ancien modèle de police de proximité en France est en voie de démantèlement, sans que l'on y prenne garde, à l'exception des gendarmes eux-mêmes (p. 269) : « Sur le terrain, les gendarmes hésitent. Ils sentent bien que leur éloignement progressif d'avec la population risque de les faire perdre sur les deux tableaux : celui de la lutte contre la délinquance et celui de la régulation globale des communautés humaines où ils interviennent. Certes, une partie des jeunes officiers adhère fortement au modèle sécuritaire en vogue. Mais ce dernier ne coïncide pas complètement avec la culture professionnelle des gendarmes. » En évoquant le malaise dans la gendarmerie quant à la définition du métier, les auteurs dévoilent des aspects parallèles au malaise social dont traite Jean-Yves Fontaine, poursuivent l'analyse des contradictions entre la souplesse informelle d'une logique de proximité et la rigueur bureaucratique de l'exigence gestionnaire soulevées par Christian Mouhanna et rejoignent certains dilemmes mis en évidence par François Dieu.

58. On ne peut manquer de faire le rapprochement, suivant des échelles différentes, avec des événements postérieurs, tel l'appel à témoignage anonyme et contre rémunération lancé à la suite des émeutes de Villiers-le-Bel en novembre 2007. Dans un cas comme dans l'autre, le renseignement « humain » fait défaut et tente d'être obtenu par des voies bureaucratiques, anonymes.

Outre son intérêt méthodologique dans la manière d'appréhender les données statistiques officielles et de les confronter à d'autres sources pour traiter un sujet sur la délinquance, l'ouvrage offre ainsi un nouvel éclairage des problématiques de sociologie des organisations et peut être surtout de sociologie des professions, propres à la gendarmerie et aux gendarmes.

Jean-Hugues MATELLE
 chercheur associé au
 Centre de Recherches Sociologiques sur le
 Droit et les Institutions Pénales (CESDIP),
 Guyancourt

STANZIANI Alessandro (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2007, 328 p.

Il s'agit d'un ouvrage singulier à plusieurs égards : par sa forme, par ses auteurs, par son contenu. Par sa forme, c'est un dictionnaire historique qui contient 26 entrées de 7 à 10 pages, entrées consacrées à une série de notions économiques et juridiques, comme « commerçant », « concurrence », « corporations », « faillite », « marques, marques collectives » ; par ses auteurs, qui sont majoritairement des historiens de l'économie, mais également des économistes et des juristes et historiens du droit ; par son contenu, qui met au premier plan deux perspectives, l'une généalogique, l'autre juridique et plus précisément contentieuse. Il est aisé de voir dans cet ouvrage, qui consacre plusieurs années de travaux collectifs sur l'histoire du contentieux, un document qui pose les fondations d'une histoire économique enrichie par le droit.

La philosophie de l'ouvrage est très clairement exposée par Alessandro Stanziani dans son introduction. On peut en résumer l'essentiel dans les termes suivants : d'abord, il n'y a pas de marché sans normes ; ensuite, la dynamique économique dans l'histoire est un processus qui s'imbrique dans des règles, des normes, des catégories de qualification, voire de construction, du monde ; enfin, les notions économiques et juridiques ont un sens qui change au cours du temps.

C'est le statut du droit, fil directeur de l'ouvrage, qui mérite que l'on s'y attarde. Les auteurs, ainsi que le précise A. Stanziani, visent à rendre compte de la manière dont les catégories juridiques « ont évolué dans le droit positif et le droit judiciaire, auxquels sont confrontés les acteurs économiques » (p. 16). Cela suppose l'identification des normes de droit positif, sur la base de laquelle l'analyse historique et sociologique peut chercher à mettre en évidence « le rôle des groupes de pression dans la définition et l'adoption de ces normes, dans des contextes historiquement situés » (*ibid.*). L'opération suivante consiste à repérer la jurisprudence et les débats doctrinaux auxquels elle donne lieu, considérant que l'activité jurisprudentielle est un moment important d'un processus itératif : normes-interprétation économique-normes. En d'autres termes, la jurisprudence est considérée non pas en elle-même, dans un regard interne au droit, mais comme une source de la connaissance dont, via l'interprétation, les acteurs institutionnels et économiques s'approprient les normes. Enfin, un dernier élément de méthode fait véritablement le caractère distinctif de l'ouvrage : l'exploitation des archives judiciaires, pour lesquelles d'utiles informations sur la localisation et le contenu sont données, à la fois dans l'introduction et dans les entrées (à quelques exceptions près). Ce qui justifie le recours aux archives judiciaires tient à « la nécessité de dépasser les grands ar-

rêts de jurisprudence et d'étudier des dossiers qui sont pertinents pour les acteurs... » (p. 19). Si cette méthode ne permet pas d'atteindre l'objectif ultime du contentieux ordinaire, quotidien, l'information qui « remonte » des groupes de pression ou des tribunaux vers les ministères ou les juridictions supérieures dit quelque chose de l'interaction entre le droit et l'activité économique.

Le grand intérêt de l'ouvrage réside dans le fait qu'il dépasse les frontières disciplinaires et produit des connaissances qui ne pourraient l'être au sein des disciplines concernées prises séparément. C'est un travail collectif qui fait la preuve qu'une interdisciplinarité basée non pas sur des paradigmes à vocation fédératrice mais sur une méthode donne une valeur ajoutée.

On regrettera néanmoins que le titre de l'ouvrage soit peu parlant, l'expression d'« économie-droit » ne faisant pas partie d'un lexique courant. Elle est d'ailleurs très peu explicite dans l'introduction d'A. Stanziani. On regrettera également de trop nombreuses coquilles et une fâcheuse tendance à traduire, à tort, « *common law* » par « droit coutumier ».

Thierry KIRAT
Institut de Recherche Interdisciplinaire en
Sociologie, Économie, Science politique
(IRISES/CNRS)
Université Paris-Dauphine

Reçu au bureau de la rédaction

BENEC'H-LE ROUX Patricia, *Au tribunal pour enfants. L'avocat, le juge, le procureur et l'éducateur*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Le sens social », 2008, 216 p.

BERGÈRE Marc (dir.), *L'épuration économique en France à la Libération*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2008, 343 p.

BERNAUDEAU Vincent, NANDRIN Jean-Pierre, ROCHET Bénédicte, ROUSSEAU Xavier et TIXHON Axel (dir.), *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Approches prosopographiques (Belgique, Canada, France, Italie, Prusse)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2008, 351 p.

BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, coll. « Droit/Economie internationale », 2008, 586 p.

CARRIER Nicolas, *La politique de la stupéfaction. Pérennité de la prohibition des drogues*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Le sens social », 2008, 376 p.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 266 p.

COULTER Jeff et SHARROCK Wes, *Brain, Mind, and Human Behavior in Contemporary Cognitive Science : Critical Assessments of the Philosophy of Psychology*, Lewiston, The Edwin Mellen Press, 2007, XX-230 p.

DWORKIN Ronald, *La vertu souveraine*, traduit de l'américain par Jean-Fabien Spitz, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, 359 p.

FROMENTIN Thomas et WOJCIK Stéphanie (dir.), *Le profane en politique. Compétences et engagements du citoyen*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2008, 314 p.

HALLIDAY Terence C., KARPIK Lucien et FEELEY Malcolm M. (eds.), *Fighting for Political Freedom : Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Oxford, Portland (OR), Hart, coll. « Oñati International Series in Law and Society », 2007, XII-508 p.

HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, 327 p.

-
- Justice : la réforme des tribunaux », Bruxelles, Larcier, coll. « Les entretiens de Saintes 2007 », 2008, 163 p.*
-
- KRAMER Matthew H., *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 301 p.
-
- KRAMER Matthew H., GRANT Claire, COLBURN Ben et HATZISTAVROU Antony (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart : Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, XVIII-353 p.
-
- KUYU Camille, *Droit et société au miroir de la chanson populaire. Anthropologie juridique des relations entre les sexes à Kinshasa*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, coll. « Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans », 2008, 195 p.
-
- LAJOIE Andrée, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Série Anthropologie », 2008, 174 p.
-
- LE BIANIC Thomas et VION Antoine (dir.), *Action publique et légitimités professionnelles*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Série Politique », 2008, 343 p.
-
- LE GOFF Tanguy, *Les maires : nouveaux patrons de la sécurité ? Étude sur la réactivation d'un rôle politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Essais », 2008, 195 p.
-
- LECUYER Stanislas, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2007, XVII-594 p.
-
- LEGRAND Pierre et SAMUEL Geoffrey, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2008, 119 p.
-
- MICHEL Hélène et WILLEMEZ Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, CURAPP, 2007, 204 p.
-
- MOCKLE Daniel, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2007, XI-299 p.
-
- OST François, *Furetière. La démocratisation de la langue*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2008, 121 p.
-
- OUNDIN-BASTIDE Caroline, *Des nègres et des juges. La scandaleuse affaire Spoutourne (1831-1834)*, Paris, Complexe, coll. « De source sûre », 2008, 197 p.
-
- POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, X-267 p.
-
- VARGA Csaba, *Transition ? To Rule of Law ? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe*, Pomáz (Hongrie), Kráter, coll. « PoLiSz series », 2007, 292 p.