

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

À propos de...

Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle ?

- ▶ MOCKLE Daniel, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*
(par Jacques CAILLOSSE)

La théorie juridique de Niklas Luhmann. Le droit comme sémantique

- ▶ HUBER Thomas, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns* [Théorie systémique du droit. La théorie juridique de Niklas Luhmann]
(par Hugues RABAULT)
-

Lu pour vous

- ▶ BASTARD Benoit et MOUHANNA Christian, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*
(par Christophe MINCKE)
 - ▶ 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)*
(par Laurent WILLEMEZ)
 - ▶ BOURGOIN Nicolas, *Les chiffres du crime. Statistiques criminelles et contrôle social (France, 1825-2006)*
(par Gilles FERRÉOL)
 - ▶ DWORKIN Ronald, *La vertu souveraine*
(par Máté PAKSY)
 - ▶ EBERHARD Christoph (dir.), *Law, Land Use and the Environment : Afro-Indian Dialogues. Enjeux fonciers et environnementaux : dialogues afro-indiens*
(par Gordon WOODMAN)
 - ▶ FERRÉOL Gilles, *Universités et territoires : une comparaison européenne*
(par Anne-Marie MAMONTOFF)
 - ▶ LAACHER Smaïn, *Femmes invisibles. Leurs mots contre la violence*
(par Vincent-Arnaud CHAPPE)
 - ▶ LE BIANIC Thomas et VION Antoine (dir.), *Action publique et légitimités professionnelles*
(par Guy GROUX)
 - ▶ LOMBARDI Clark Benner, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt : The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*
(par Baudouin DUPRET)
 - ▶ SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*
(par Lionel ZEVOUNOU)
 - ▶ TERRÉ Dominique, *Les questions morales du droit*
(par Edwige RUDE-ANTOINE)
-

Reçu au bureau de la rédaction

À propos de...

-
- **MOCKLE Daniel, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles : Bruylant, 2007, 299 p.**

Compte rendu par Jacques CAILLOSSE (CERSA, Université Paris 2 Panthéon-Assas).

Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle ?

Voici un livre important. Parce qu'il met en pleine lumière ce qui d'ordinaire reste caché. L'« objet » que fait advenir cet ouvrage n'a, en effet, que peu de chances de s'imposer, tant les grands axes de la recherche conduisent à son occultation. Le travail de Daniel Mockle fait apparaître tout à la fois les carences propres à des analyses de l'action publique où l'on s'obstine à tout ignorer – ou presque – de la juridicité, et celles typiques d'une doctrine juridique qui, dans l'ensemble, demeure fermée, sinon hostile, à toute entreprise de questionnement socio-politique du droit. De ce fait, en proposant de saisir du point de vue du droit – il ne s'agit nullement bien sûr d'en servir la cause, mais de s'en servir comme prisme de lecture – tout ce qui se regroupe sous le pavillon de la gouvernance, l'auteur ne pouvait que produire un ouvrage difficile à « situer ». Ses investigations se déploient indifféremment – façon de parler ! – sur les terrains du droit public et du management public, sans pour autant négliger les répertoires de la science politique ou, plus largement, des *sciences du gouvernement*. Son parti pris est là, dans une volonté de combiner des approches que tout dans les habitudes dominantes de recherche invite à séparer. On trouvera dans les toutes dernières lignes du livre, énoncé comme une règle de méthode à suivre, le programme théorique dont « la gouvernance, l'État et le droit » est tributaire : « Si l'analyse de la gouvernance publique requiert un décloisonnement des disciplines, elle exige également un effort de comparaison des droits administratifs nationaux. Il n'est plus possible d'étudier le droit administratif contemporain sur une base exclusivement nationale car la dynamique des transferts favorise divers processus d'acculturation et d'hybridation. L'horizontalité qui caractérise la gouvernance contemporaine trouve ainsi un aboutissement logique dans le décloisonnement horizontal du droit et des droits, mais aussi dans la nécessité de recourir à plusieurs disciplines pour mesurer les transformations en cours ¹. »

1. Cf. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, ouvrage précité, p. 265.

Tout de suite il faut dire les avantages et les mérites d'une telle démarche. Elle donne à celui qui l'adopte l'assurance de n'être pas agi par l'un ou l'autre des deux grands récits que font entendre les juristes – mettons-nous à leur écoute à la manière de l'auteur lui-même – quand ils donnent forme et sens juridiques au système que constituent désormais les rapports qu'entretiennent la gouvernance, l'État et le droit. Dans l'un de ces récits s'affirme l'adhésion – même si rien en l'occurrence ne l'empêche de se faire critique – aux réformes en cours qui, depuis une trentaine d'années, visent le périmètre, la rationalité interne et jusqu'au statut symbolique du « droit administratif ». La force de ce discours lui vient de son mode de légitimation : on y fait valoir que le droit est, lui aussi, voué au changement et qu'il lui faut bien vivre avec son temps. Autant dire que s'énonce ainsi, en langage juridique, la thèse d'une soumission nécessaire de l'échange social aux exigences de l'économie de marché. Porté sur le registre du droit public, ce discours trouve une expression de plus en plus courante dans la contestation du droit administratif². Partout où ce dernier s'entend d'un territoire juridique « à part », soustrait à la logique du droit commun, il est fatalement mis en cause pour son inefficacité et dénoncé pour ses effets contre-productifs³. En relayant de façon de plus en plus systématique les préoccupations théoriques et pratiques du courant *Law and Economics*, la doctrine française de droit administratif ne manque pas de conférer à ce premier récit une force attractive incontestable. Quant à l'autre grand modèle explicatif – s'il n'apparaît évidemment pas comme tel, sous la forme d'un récit abouti et global, il n'est pas moins à l'œuvre, ponctuellement, lorsqu'en réaction à certaines réformes la préférence pour le *statu quo* se fait entendre⁴ –, il consiste en une défense et illustration des catégories d'un droit qui aurait fait ses preuves et se trouverait menacé, jusque dans son existence, par des politiques de modernisation qui donnent à lire l'action publique dans le prisme de l'entreprise. Posture de repli sur un passé largement idéalisé d'où l'on peut déplorer le démontage de cette « œuvre d'art »⁵ que fut jadis le droit administratif !

Telle est donc, en l'occurrence, la supériorité du livre de D. Mockle : l'auteur se tient à distance de ces deux constructions intellectuelles : il se refuse aussi bien à la mise en cause tellement convenue du droit administratif au nom des « réalités » ou autres « nécessités » économiques, qu'à une célébration naïve et a posteriori d'une institution, le droit administratif, que l'idéologie du rendement et de la performance viendrait « dénaturer ». Son programme théorique lui permet de ne pas s'égarer sur les voies sans issue dont il vient d'être fait mention. En rejetant d'em-

2. Voir sur ce thème Françoise DUBOIS, Maurice ENGUÉLÉGUÉLÉ, Géraldine LEFEVRE et Marc LOISELLE, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, p. 149 et suiv. Cf. encore Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris : PUF, coll. « Recherches politiques », 1985.

3. Pour une analyse de ce récit appliquée au cas français, cf. Jacques CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *Actualité juridique. Droit administratif*, 3, 1999, p. 195 et suiv.

4. C'est la problématique que l'on retrouve, par exemple, dans les mouvements de défense du service public « à la française », ou du statut de la fonction publique.

5. J'emprunte cette édifiante métaphore à Jacques MOREAU, « Questions pour le droit administratif », *Actualité juridique. Droit administratif*, n° spécial du cinquantième, 1995, p. 32.

blée toute spéculation sur ce que devrait être le *bon gouvernement* de l'action publique – car on n'en finit pas de multiplier les variations sur ce vieux standard –, pour s'en tenir à un questionnement des modes d'organisation, de fonctionnement et de contrôle de ce qu'il est convenu d'appeler la gouvernance, il peut se soustraire aux deux grandes figures imposées de la rhétorique propre aux sciences du politique en général : d'un côté le « tout fout le camp », de l'autre le « toujours plus de marché » ! De tout cela, le livre de D. Mockle fait heureusement l'économie, au prix d'un travail d'une grande exigence intellectuelle. Sans doute les développements de ses trois gros chapitres prennent-ils surtout appui sur le droit canadien en particulier et sur le droit anglo-saxon en général. Mais ils ne sont nullement limités à cette ère culturelle. Fidèle à son parti comparatiste, l'auteur multiplie les ouvertures du côté du système juridique français et, au delà, du côté du droit de l'Europe continentale. Et encore ne s'agit-il pas seulement pour lui de montrer comment l'« inspiration » américaine s'y retrouve. Que son ouvrage ait été écrit au regard de ce droit nouveau qui est partout en cours de constitution, sous influence anglo-saxonne, ne l'empêche pas de voir plus loin. C'est que, dit-il, « la gouvernance publique génère un modèle international qui contribue à la convergence des droits nationaux »⁶. Si nous restons éloignés de l'uniformité juridique (mais pourquoi diable faudrait-il d'ailleurs penser en ces termes !), les différences entre systèmes juridiques ne sont pas moins soumises à un réel processus de réduction. C'est bien cette thèse des *convergences*, de leur formation et de leur signification, qui fait le cœur de notre livre. Pour rendre compte de ce travail, plutôt que d'en suivre l'organisation interne, je valoriserai une triple interrogation : celle que l'auteur fait « travailler » dans chacun des trois chapitres de son ouvrage⁷.

I. Quel « débordement » managérial du droit de l'action publique ?

À travers les variations qu'il développe autour de ce questionnement, D. Mockle nous raconte, avec des moyens rarement mobilisés, comment s'opère le passage de l'État-Juriste à l'État-Manager. Oui, de l'État-Juriste plutôt que de l'État de droit. Il y a dans cette différence-là autre chose qu'une nuance ! C'est que l'État-Manager dont il est ici question reste l'une des expressions de l'État de droit dont il se présente volontiers comme une, sinon comme *la* forme moderne⁸, et qu'en tout état de cause l'« histoire » qui préoccupe notre auteur n'est pas déployée sur le registre spécifique où s'affiche d'habitude la problématique de l'État de droit. On ne parle pas spécialement ici de l'arsenal juridique dont disposent les citoyens pour tenir le pouvoir à distance, ou de la mise en discussion juridique des modes d'exercice du pouvoir⁹. Sans être ignoré de notre auteur, ce sujet n'est pas la raison d'être de son livre. Celle-ci est ailleurs, dans la transfiguration managériale de l'action publique

6. Cf. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, op. cit., p. 249.

7. Chapitres successivement intitulés : « Gouverner sans le droit ? », « L'événement du droit par l'invention de son double », « Gouvernance publique et droit : vers un nouveau paradigme ? ».

8. À travers le discours de la modernité qu'il entretient sur ses propres politiques de réforme.

9. Ce qui est au cœur, par exemple, du livre de Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris : Gallimard, 1997.

et de son droit. L'État-Juriste prend figure d'État-Manager partout où il fait passer, et *jusque dans son propre droit*, les préoccupations d'efficacité avant les considérations relatives à la régularité et à la légalité de ses interventions. Bref, si l'État de droit demeure sous l'État-Manager¹⁰, l'État-Juriste décline, lui, lorsque, sans être ignorés, les rôles et les répertoires juridiques qui le constituent cessent d'être prioritairement sollicités.

Encore faut-il s'entendre sur le genre de traitement auquel la gouvernance soumet le droit traditionnel de l'action publique. La tendance lourde est, incontestablement, à la « déjuridicisation »¹¹. D'où cette interrogation qui fait le titre du chapitre premier de l'ouvrage : « Gouverner sans le droit ? »¹². D. Mockle parle par ailleurs d'« évincement du droit »¹³. La recherche, devenue majeure, de l'efficacité et du rendement ne trouve plus dans le droit public – tel qu'il demeure, notamment dans un pays comme la France – un cadre approprié à ses exigences pratiques. Le « New Public Management », combien même il n'a connu ici que des formes atténuées¹⁴, exerce sur le vieux système de notre droit des pressions destinées à le faire craquer : d'ores et déjà, ce n'est plus dans le cadre du droit administratif, *même largement entendu*, que peut s'accomplir l'action publique post-moderne¹⁵. L'expérience administrative multiplie le recours à des instruments alternatifs, elle cherche, hors du droit, des formes de substitution. La gouvernance génère ses propres champs normatifs, elle en arrive à redoubler le droit par de nouveaux mécanismes de pouvoir (le premier chapitre du livre fait ainsi grand cas des *plans stratégiques* qui prolifèrent dans le champ des politiques publiques, qu'elles soient institutionnelles ou matérielles, ou encore des *chartes en tout genre*, destinées à des catégories singulières d'usagers, contribuables, patients, étudiants, etc.) qui permettent de faire prévaloir la logique de l'effectivité et de la performance sur celle de la régularité. Au fond, les choses se passent dans le domaine de la réglementation comme elles vont en matière de contentieux. De la même manière que l'État peut disposer du recours aux juridictions ou actionner des modes alternatifs de règlement des litiges, il est en mesure de régler par les moyens juridiques classiques ou par des dispositifs ou des procédés alternatifs qui sont autant de formules normatives, étrangères aux catégories reconnues du droit public. En décrivant l'« évincement du droit par l'invention de son double », l'auteur donne bien à voir un phénomène global de débordement managérial du droit : « Si l'appareil d'État recherche

10. Sur cette combinaison, voir notamment la p. 104 de l'ouvrage.

11. Terme dont il est fait usage p. 32.

12. Un titre qui fait écho à une étude plus ancienne de Patrice DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et management public*, 11 (4), 1993, p. 1 et suiv. Voir aussi Jacques CAILLOSSE, « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », *Politiques et management public*, 11 (4), 1993, p. 85 et suiv.

13. Métaphore qui entre dans l'intitulé du chapitre 2 de son livre : « L'évincement du droit par l'invention de son double ».

14. Le mouvement en cours dit de « révision générale des politiques publiques » (RGPP) pourrait changer la donne.

15. Voir, sur cette notion, Jean-Gustave PADIOLEAU, « L'action publique post-moderne. Le gouvernement politique des risques », *Politiques et management public*, 17 (4), 1999, p. 85 et suiv.

l'efficacité maximale en matière de gestion, de résultats, de rendement et de contrôle effectif de ses propres services, l'élaboration des normes obéit davantage à une logique maximaliste qui relègue au second plan les impératifs traditionnels de légalité et de validité. Les impératifs d'efficacité, conjugués à ceux de l'effectivité des politiques publiques, où se dessine l'influence du courant *Law and Economics*, favorisent l'expérimentation de mécanismes hybrides où règne la recherche de propriétés que ne peut offrir, a priori, la réglementation traditionnelle de type réglementaire¹⁶. »

Le travail de D. Mockle n'est pas seulement important par sa façon originale de montrer comment le réalisme managérial joue avec le droit quand il ne pousse pas les gestionnaires à se jouer de la juridicité. Même s'il n'est pas très abondant, il existe sur ce registre un courant de littérature dans lequel s'inscrit notre livre. Là où ce dernier se distingue, c'est dans l'analyse de la part active que prend le droit dans l'organisation de sa propre « éviction », ou de son propre « évincement »¹⁷. C'est en l'occurrence le droit qui est mis à contribution pour faciliter son dépassement par des procédés normatifs qui trouvent leur raison d'être et leur force dans la généralisation du « New Public Management ». Pour le dire autrement, c'est le droit lui-même qui porte son déclassement en se faisant support et vecteur du discours managérial. L'auteur ne manque pas de formules précieuses pour évoquer cette aptitude, rare, qu'a le droit de procéder, autant que de besoin, à sa propre déconstruction : « Les mécanismes de substitution, désormais promus au rang d'outils de gouvernance, sont des instruments de pouvoir que le droit avalise pour gouverner au-delà du droit. Ce dernier est utilisé en vue d'instituer son propre double dans le domaine des politiques publiques¹⁸. »

II. Quelle identité juridique de la gouvernance¹⁹ ?

La gouvernance n'ignore donc sûrement pas le droit. Mais elle se plaît à construire sa propre identité juridique. Disons plutôt qu'elle se sert du droit, dans toute la mesure où celui-ci peut la « servir ». Et, ce faisant, elle ne laisse pas intact le droit classique (si l'on veut bien désigner en ces termes le droit qui prévalait... avant que n'advienne le temps de la gouvernance). Elle le soumet à un processus de *décentration*. Ce phénomène est global. Il concerne tant la place et la part du droit dans les opérations de mise en œuvre de l'action publique que celles du savoir juridique dans l'analyse de cette dernière. Cette dimension proprement théorique de la dévalorisation du droit est suffisamment importante pour mériter une interrogation spécifique (celle-là même qui constitue l'objet d'une troisième partie dans le présent texte), reste à en décrire ici les aspects pratiques.

16. Extrait de la p. 112.

17. Ce vocabulaire appartient à Daniel MOCKLE. Voir, par exemple, p. 25.

18. Cf. p. 168.

19. Voir, pour une réponse plus argumentée à cette interrogation, Jacques CAILLOSSE, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », in Romain PASQUIER, Vincent SIMOULIN et Julien WEISBEIN (dir.), *La gouvernance territoriale. Politiques, discours et théories*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société », 2007, p. 35 et suiv.

S'il est tant question de *décentrement* dans le livre de D. Mockle, c'est parce que « la gouvernance contribue à une ouverture explicite de l'action publique vers des marges nouvelles qui permettent de gouverner "au-delà du droit" ou à la périphérie du droit »²⁰, ou encore, plus classiquement, parce que « le droit n'est plus l'élément central de l'action publique »²¹. C'est en cela que l'auteur est fondé à décrire l'émergence d'un droit spécifique de la gouvernance. Celle-ci soumet le champ juridique traditionnel à une double tension : elle lui assure une extension considérable en déplaçant la frontière séparant le droit du non-droit, et, dans ce mouvement même, contribue à la transformation de sa rationalité.

La gouvernance, en ce qu'elle suppose et impose tout à la fois la primauté des préoccupations managériales, ne se réalise pas simplement à travers une logique de dépassement ou de débordement du droit. Pour être bien réelle, cette tendance ne suffit pas à en effacer une autre, bien plus subtile, à laquelle notre auteur réserve parfois la qualification de « néo-juridique »²². L'élargissement du champ de la juridicité évoqué plus haut trouve ici toutes ses raisons. Les figures nouvelles de l'action publique, où se mêlent formes de droit administratif et de management, soumettent les « marqueurs » habituels du droit à rude épreuve. D. Mockle fait l'inventaire de ces nouveaux mécanismes de réglementation que le formalisme dominant des juristes contribue à pousser hors du droit, alors même qu'ils en constituent des expressions nouvelles : il en va ainsi en particulier avec la banalisation des *documents référents*²³ ou encore la prolifération de ces *codes de conduite* qui sont autant de pratiques reconnues et certifiées. Sans doute ne s'agit-il là, au regard des méthodes habituelles d'identification du droit, que de modèles offerts comme tels à une profession ou à un secteur d'activité : simples recommandations plutôt que règles assorties de sanctions, par lesquelles il s'agit d'obtenir l'adhésion à des objectifs. Voire. « L'État comme d'autres acteurs privés peut s'accaparer à des degrés divers ce qui semble "hors du droit", en faire des instruments de pouvoir et en tirer une "plus-value" que ne peut pas lui offrir son propre droit, à certains égards, trop "classique", trop "moderne", et jamais assez efficace pour satisfaire les attentes des gestionnaires. [...] Afin d'être plus "efficace", il peut désormais gouverner sur deux registres différents en répondant encore aux exigences (de pure forme) de l'État de droit²⁴. » Certes, les mécanismes de régulation dont il est ici question ne

20. Cf. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 199. Une formulation que l'on retrouve par exemple, p. 247.

21. Cf. p. 250. Retenons encore cet énoncé de la p. 113 : « Sans évacuer complètement la question du droit, la gouvernance en fait une proposition mineure, la majeure étant dictée par l'amélioration des modes de gestion et des outils d'intervention. »

22. Voir par exemple p. 135. Il est ailleurs question de « néo-juridisme » (cf. notamment p. 68).

23. Le mécanisme consiste pour le législateur ou l'autorité réglementaire à faire référence à des normes « extérieures », par exemple de nature technique, scientifique ou autre, élaborées, c'est selon, par des organismes publics ou privés, nationaux ou internationaux, ou encore par des institutions professionnelles. Ces normes se trouvent ainsi incorporées par renvoi dans le droit positif. Ainsi assiste-t-on à ce que Daniel Mockle appelle (cf. p. 85) une « dilatation de la normativité au-delà des modes traditionnels d'élaboration de la loi et des actes réglementaires ». Sur cette question, cf. Pierre SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les documents référents », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2, 2007, p. 66 et suiv.

24. Voir p. 104.

datent pas d'hier, c'est la place qui leur est faite désormais dans le champ global de la normativité qui justifie la révision des modes courants de définition de la norme juridique. Jusqu'où peut-on continuer d'exclure du périmètre du droit ces activités normatives des pouvoirs publics, dès lors qu'avec elles, c'est aux transformations mêmes de la technologie juridique qu'on assiste ? « Le phénomène normatif ne peut plus être réduit comme avant au modèle de la loi qui exerce encore une forte emprise sur la conceptualisation des règles de droit²⁵. »

L'élargissement comme la diversification de la fonction de réglementation n'opèrent évidemment pas seuls : avec eux, c'est la raison juridique qui, en se déplaçant, se renouvelle. La gouvernance n'advient qu'au prix d'un processus de rupture avec la rationalité classique du droit. Ce mouvement, le livre de D. Mockle le situe dans un processus général d'hybridation des catégories de la pensée juridique traditionnelle. Une première illustration en est fournie avec l'implication de plus en plus profonde du droit dans des procédures et autres pratiques évaluatives²⁶ qui, insensiblement, l'entraînent au-delà de l'univers mental qui fut longtemps le sien. Non seulement le droit est désormais évalué, mais il se fait à son tour outil d'évaluation. L'auteur ne prend en l'occurrence aucune posture de déploration. Le lecteur n'est nullement invité à contempler la fin d'un monde mais à s'interroger sur ce qu'aujourd'hui parler de droit veut dire. L'évaluation du droit n'est concevable que dans les termes d'une analyse économique. C'est pourquoi les interrogations sur l'attractivité économique du droit sont en train de prendre, dans les milieux juridiques²⁷, l'importance que l'on sait. Elles signalent le déplacement singulier d'une raison juridique qui, pour se recomposer, se met à l'écoute du discours de l'économie dominante. Mais l'hybridation n'est pas le produit exclusif de l'attractivité économique : évalué, le droit devient lui-même outil d'évaluation. Alors, pour lui, une autre partie se joue. Dès lors qu'avec la gouvernance il y a intégration des « sciences du gouvernement » et de leurs instruments de mesure à la gestion des affaires publiques²⁸, le droit se trouve en charge de donner forme et sens juridiques à ses prétentions scientifiques²⁹. Ce sont du coup de nouvelles préoccupations qui empruntent les canaux du droit. Avec elles, il s'agit de faire advenir une autre forme

25. Même ouvrage, p. 145.

26. Le fait qu'il existe des terrains nationaux (et le cas français est sans doute de ceux-là) plus ou moins réfractaires à la dynamique évaluative ne change évidemment rien au mouvement général dont il est ici question, même si celui-ci trouve son cadre d'expression privilégié dans les pays anglo-saxons.

27. La formule est délibérément générale. Elle permet de regrouper aussi bien des professionnels du droit (juristes d'entreprise, avocats d'affaires) que des représentants de la doctrine universitaire qui se reconnaissent dans un même programme : interroger le droit (qu'il s'agisse de réglementation, de contrat ou de responsabilité) du point de vue de son aptitude à servir les « exigences de l'économie ». C'est à partir de cette préoccupation que l'on se demandera, par exemple, si le droit administratif français est encore exportable. Voir les actes du colloque organisé sur ce thème, *La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales*, 2007, p. 2094 et suiv.

28. L'actuelle expérience française de la révision générale des politiques publiques (RGPP) en est, jusqu'à la caricature, l'illustration.

29. Ici encore, cette problématique n'est pas neuve. On la retrouve, par exemple, dans les travaux de Jacques CHEVALLIER : voir notamment « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 11 (4), 1993, p. 111 et suiv. C'est sa récente propagation qui est édifiante.

de connaissance, « exacte, universelle et vérifiable »³⁰ : comme si les lois scientifiques se voulaient lois juridiques et que ces dernières faisaient des premières l'argument de leur incontestabilité³¹. Comme l'écrit D. Mockle, « si la gouvernance reflète la primauté des sciences du gouvernement, le droit de la gouvernance exprime cette tendance par simple osmose »³².

L'auteur voit par ailleurs agir cette nouvelle rationalité juridique qu'appelle la gouvernance dans le brouillage généralisé des catégories les plus courantes du droit positif. Sans doute n'est-il pas seul à produire pareilles analyses³³. Mais il parvient à leur fait prendre un cours nouveau en les rapportant à la problématique générale de la gouvernance. Cette dernière n'a rien de la table rase : elle compose avec les formes juridiques classiques, mais c'est pour les « habiter » autrement. On assiste donc à un mouvement généralisé d'altération des composantes structurelles du droit, qu'il s'agisse du jugement, de la loi ou du contrat. Le jugement dans la mesure où les juridictions elles-mêmes n'échappent plus aux impératifs du rendement tandis que l'on voit se multiplier les formes de contractualisation de la justice. « La médiation devient l'expression de la nouvelle gouvernance publique³⁴. » La loi aussi change sous les effets accrus d'un conventionnalisme qui transforme les conditions de sa fabrication, comme il contribue, de façon plus générale, à la production plus ou moins contractualisée des actes unilatéraux. La gouvernance a imposé ses propres instruments de pilotage de l'action publique, en introduisant des mécanismes de rechange aux modes traditionnels de réglementation ou, à défaut, en favorisant des formes négociées de réglementation. Rien de neuf, dira-t-on une fois encore, puisque l'on retrouve ici l'une des figures de la production doctrinale des années 1960 et 1970 : celle de l'acte mixte, celui qui ne se réduit ni au modèle de l'acte unilatéral, ni à celui du contrat, tout en empruntant à l'un comme à l'autre³⁵. Gardons-nous pourtant de fausser ainsi l'interprétation des mouvements juridiques en cours : certaines des catégories permettant de les penser peuvent fort bien être avoir été conçues jadis, à partir de situations alors exceptionnelles ! C'est à une situation devenue normale qu'elles ont désormais vocation à s'appliquer. Le même raisonnement est applicable au cas du contrat. Ce n'est pas d'hier que la doctrine juridique, et plus spécialement celle des juristes de droit privé, réfléchit sur l'éclatement ou les risques d'éclatement de cette institution. Mais l'élargissement que connaissent aujourd'hui les relations négociées et les pratiques transactionnelles

30. Voir p. 209.

31. Sur ces questions décisives, voir Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, col. « Léviathan », 1994.

32. Cf. p. 210.

33. On pense notamment, bien entendu, aux travaux précités de Jacques CHEVALLIER, ou encore à ceux de Gérard TIMSIT (voir, par exemple, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, 78, 1996, p. 375 et suiv.).

34. Cf. p. 216.

35. Voir en particulier la thèse d'Yves MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral. Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris : LGDJ, 1971.

fait naître des formules hybrides dans lesquelles il est bien difficile de retrouver la formule originale du contrat³⁶.

III. Quelle place pour le droit dans les analyses de l'action publique ?

Par la démarche qu'il met en œuvre, D. Mockle répond à bien des questions de méthode que posent aux chercheurs des constats du genre : « le droit a été progressivement délaissé dans l'analyse des politiques publiques, tant en France que dans le monde anglo-américain »³⁷, ou encore : « le droit public représente trop souvent un angle mort dans la littérature savante »³⁸. Pour avoir un peu écrit sur le sujet, et à partir du même diagnostic³⁹, je conçois mal de taire ma satisfaction de lecteur ! Voilà enfin une entreprise intellectuelle qui démontre, à partir d'un travail de comparatiste, ce que l'étude de l'action publique gagne(ra)it à ne plus se détourner du matériau juridique, ou à ne plus le traiter en rebut. Bien entendu ce matériau est, lui aussi, et comme tous les autres « instruments » de l'action publique⁴⁰, promis au changement permanent. *A fortiori* s'il résiste aux usages auxquels on le destine ! Ce n'est pas une raison pour s'en déprendre. Ces mutations juridiques-là ne désignent pas seulement le droit, dans ses formes et dans son économie interne. Elles valent pour l'action publique elle-même dont elles marquent à la fois le style et la consistance. C'est donc bien parce qu'ils ouvrent une entrée, parmi d'autres, jusque dans la fabrique même des politiques publiques, que les instruments juridiques qui s'y trouvent en stock et toujours prêts à l'emploi, doivent être regardés de très près. Pareille consigne ne vaut pas pour les seuls juristes qui les observent à travers le prisme exclusif de la juridicité (entendez leur appartenance à l'univers du droit). Elle est notamment destinée aux sociologues : ne leur revient-il pas de repérer, en situation, les usages auxquels ces instruments sont voués ? À eux d'en suivre la mise en pratique dans les rapports sociaux où ils apparaissent, sur le terrain et dans la durée de l'action publique.

Nul ne peut en douter : la révision, en cours de généralisation, des pratiques de gouvernement de l'action publique ne peut être sérieusement pensée dans les seuls termes de la technique juridique. Il ne s'agit plus de substituer une technologie de l'action publique, laquelle aurait fait son temps, à une autre, en phase, celle-là, avec les modèles intellectuels de la modernité (celle du moment). Au-delà de l'échange technologique, car bien sûr il y en a un, c'est une redéfinition de ce qu'est le lien

36. Voir, dans le même sens, mes observations sur l'ouvrage co-dirigé par Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ, *Approche critique de la contractualisation*, Paris : LGDJ, 2007 (cf. Jacques CAILLOSSE, « Innommables contrats ! », *Droit et Société*, 68, 2008, p. 269 et suiv.).

37. Cf. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, op. cit., p. 201.

38. *Ibid.*, p. 207.

39. Voir en particulier Jacques CAILLOSSE, « Le droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français », in Didier RENARD, Jacques CAILLOSSE et Denys DE BÉCHILLON, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société », 2000, p. 27 et suiv.

40. Le droit n'apparaît pas en tant que tel, on le sait, dans l'ouvrage, par ailleurs décisif, que P. Lascoumes et P. Le Galès ont consacré aux « instruments de l'action publique » : Pierre LASCOUTES et Patrick LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris : Presses de Sciences Po, 2004. Il y trouverait pourtant toute sa place. Le livre dont il est ici rendu compte devrait dissiper les derniers doutes !

social qui est à l'œuvre. La fabrique des politiques publiques ne change pas toute seule. Sa transformation est informée par des évolutions plus profondes qu'elle exprime et qu'elle « marque » en retour de son empreinte. Nous sommes témoins de la déconstruction de toute une mise en ordre juridique des rapports sociaux où prévalait un immémorial partage public/privé. Comment pourrait-on prendre pareille affaire à la légère ? Mais encore faut-il, pour s'en saisir sérieusement, se libérer de la *dépendance aux sentiers disciplinaires*. Ceux-là mêmes que continuent d'emprunter préférentiellement juristes et sociologues pour éviter d'avoir à se rencontrer.

S'il faut lire le livre de D. Mockle, c'est bien parce qu'il renouvelle l'usage des ressources théoriques dont reste tributaire la littérature relative à la production d'action publique. Il montre qu'il est d'autres manières de faire « jouer » les identités disciplinaires. Ainsi fait-il voir aux sociologues la part active que prend le droit dans la construction mythique de la « gouvernance », sans ménager pour autant les juristes qui continueraient d'afficher leur indifférence à la question des modes de recomposition de l'action publique, pour n'en retenir que la formalisation juridique.

- **HUBER Thomas, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns** [Théorie systémique du droit. La théorie juridique de Niklas Luhmann], Baden-Baden : Nomos, 2007, 244 p.

Compte rendu par Hugues RABAULT (Université de Metz).

La théorie juridique de Niklas Luhmann. Le droit comme sémantique

« Pourquoi juges-tu que tu es la cause de tes idées ? »
 MALEBRANCHE, *Méditations chrétiennes et métaphysiques*⁴¹.

Niklas Luhmann (1927-1998) fait partie d'une génération d'intellectuels allemands dont la jeunesse fut marquée par l'atmosphère apocalyptique de la fin du régime nazi, par les destructions, mais aussi par l'embrigadement et la propagande intensive. Peut-être la notion de communication, telle que Luhmann l'utilise, porte-t-elle les traces d'une telle expérience⁴². La théorie de Luhmann, qui se veut « post-ontologique », pourrait s'expliquer par le désabusement d'une génération. À n'en pas douter, nos vies sont saturées de propagande sous diverses formes : publicité, « campagnes d'information » diffusées par les médias de masse, appels à l'engagement moral, civique, politique, humanitaire, religieux, etc. Les discours protestataires eux-mêmes ne représentent, en quelque sorte, qu'une sémantique du pouvoir inversée⁴³. Le mot même de communication, dans sa polysémie, renvoie à ce type de discours, comme dans le domaine du marketing commercial ou de la politique.

L'œuvre de Luhmann tourne autour de ce problème, qu'on peut réduire à une formule : *tout est communication*. Tout, comme on le verra plus loin, tend à se condenser en une *sémantique*, à savoir en un système de codage de la vie sociale. Un effet de l'œuvre de Luhmann est ainsi la démythification généralisée des discours, leur « désontologisation » radicale. On pourrait, d'ailleurs, envisager un mobile psychologique ou philosophique sous-jacent à l'œuvre de Luhmann. Il serait alors loisible de revisiter un aphorisme d'Émile Cioran (1911-1995)⁴⁴, auteur d'une

41. Nicolas de MALEBRANCHE, *Œuvres*, tome 2, Paris : Gallimard, coll. « La Pléiade », 1992, p. 198.

42. Sur l'expérience de guerre, voir Detlef HORSTER, *Niklas Luhmann*, Munich, C. H. Beck, 1997, p. 25 et suiv. Détail intéressant, Luhmann décrit son milieu familial comme libéral, hostile à toute forme de socialisme, et donc également, dit-il, aux nationaux-socialistes. Sur l'enjeu politique de l'œuvre de Luhmann, voir Hugues RABAULT, « Sens et portée de l'œuvre de Niklas Luhmann : un *libéralisme désenchanté*? », *Droit et Société*, 65, 2007, p. 175-188.

43. Niklas LUHMANN, *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen* [Protestation. Théorie des systèmes et mouvements sociaux], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1996; Du même auteur, voir encore, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* [La société de la société ; 1997], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1998, p. 847 et suiv.

44. Émile CIORAN, *Le mauvais démiurge* [1969], in ID., *Œuvres*, Paris, Gallimard, 1995, p. 1210. Voici l'aphorisme de Cioran dans son intégralité : « Quand on a compris que rien n'est, que les choses ne méritent même pas le statut d'apparences, on n'a plus besoin d'être sauvé, on est sauvé, et malheureux à ja-

génération juste antérieure à celle de Luhmann⁴⁵ : « Quand on a compris que rien n'est [...], on est sauvé [...]. » Pour parler le langage de la métaphysique occidentale, disons que l'œuvre de Luhmann est consacrée à l'étude méticuleuse du décalage entre le discours et sa prétention à une identité avec un Être fondamental.

Attirons donc l'attention sur un livre fort utile, paru récemment en Allemagne sous la plume d'un juriste, Thomas Huber, et consacré à la *théorie juridique de Niklas Luhmann*. On sait que Niklas Luhmann, lui-même juriste de formation et de profession durant une partie de sa vie, a consacré une grande part de son travail au domaine de la sociologie du droit. L'hypothèse défendue par le livre de Thomas Huber est que la pensée de Luhmann contient non seulement une *sociologie du droit*, mais encore une *théorie juridique du droit*⁴⁶. En vérité, cette idée sera facilement admise par tous les juristes connaisseurs de l'œuvre de Luhmann. Celle-ci implique d'ores et déjà une riche continuation en termes de théorie juridique, comme le montrent, par exemple, les travaux de Gunther Teubner, accessibles en français⁴⁷. Le mérite du livre de Thomas Huber est donc de faire le point sur la question de la théorie juridique de Niklas Luhmann.

Ce livre constitue une étude extrêmement méticuleuse et scientifique, qui synthétise les différents aspects de la question, en les inscrivant dans le contexte général de la sociologie de Luhmann. Le livre ne se veut pas seulement une analyse scientifique de la théorie du droit de Luhmann. Il constitue aussi une *apologie* (p. 14). On opérera ici, à partir de cet ouvrage, une présentation synthétique de la théorie du droit de Luhmann, et ce sera une preuve bien suffisante du succès de la tâche que s'était imposée son auteur.

On résumera donc la théorie juridique de Luhmann, à l'aide du livre de Thomas Huber, à travers ses thèmes essentiels. On reviendra d'abord sur les aspects les plus fondamentaux de la théorie de Niklas Luhmann (I), pour examiner un apport qui semble décisif, à savoir la théorisation du droit comme sémantique (II). Cela permettra de présenter la théorie juridique de Luhmann comme théorie sociologique fonctionnaliste du droit (III).

I. Droit, épistémologie et communication

I.1. Place du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann

Pourquoi certains juristes s'intéressent-ils à l'œuvre de Niklas Luhmann ? À cette question on peut donner plusieurs réponses. Il est évident que le droit a toujours été une préoccupation de Luhmann. Luhmann fut juriste, de formation et de

mais. » Scepticisme et pessimisme sont des traits communs à Cioran et à Luhmann. Cependant, si le registre de Cioran est celui du pathétisme tragique, l'œuvre de Luhmann relève plutôt de l'ironie spéculative.

45. Le parallèle entre ces auteurs n'est pas fortuit. On pourrait voir un objectif commun de leurs œuvres à travers le thème d'un salut par le scepticisme. On peut poser l'hypothèse qu'on a affaire à des formes de *gnosés sceptiques*. Mais ici des recherches plus approfondies mériteraient d'être mises en œuvre.

46. Voir Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* [Le droit de la société ; 1993], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1995, p. 9 et suiv.

47. Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993 ; Id., *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996.

profession, avant de devenir, dans la répartition des champs disciplinaires, sociologue, à l'approche de la quarantaine. Ses premiers travaux de recherche relèvent souvent, d'ailleurs, dans les années 1960, du domaine de la *science administrative*⁴⁸, qui reste, en Allemagne comme en France, étroitement liée au droit public. De surcroît, la sociologie de Luhmann se distingue de la sociologie telle qu'on l'entend habituellement en France, avec ses études empiriques imitées des méthodes des sciences exactes. La sociologie de Luhmann est une *théorie de la société*⁴⁹, fondée sur une méthode originale, la *théorie des systèmes*. On a affaire à une transposition de schémas issus de la cybernétique à la société. Non empirique, la sociologie de Luhmann déconcerte les sociologues français, précisément à cause de sa méthode, qui relève d'un *idéalisme radical*⁵⁰. Les juristes, en revanche, dans le domaine de la théorie, sont assez familiers des méthodes idéalistes. La théorie kelsénienne, par exemple, relève typiquement d'une approche non empirique, d'un idéalisme reposant sur un appareil conceptuel préalable à toute autre approche. Par ailleurs, il semblera souvent aux juristes que les approches empiriques n'épuisent pas la réalité du droit, qui demeure un système de concepts rigide, extrêmement résistant aux transformations et aux critiques sociologiques.

Enfin, on perçoit en examinant l'œuvre de Luhmann que, dans l'élaboration de cette théorie de la société, le droit est un modèle. Dans la sociologie de Luhmann, le droit constitue un système paradigmatique. On peut poser l'hypothèse que la théorie du droit est non seulement un élément de la théorie de Luhmann, mais, véritablement, la matrice de son œuvre. La fin du livre ici commenté évoque la réception de l'œuvre de Luhmann et les critiques auxquelles elle donne lieu. Une des questions soulevées porte sur l'utilité pratique de l'œuvre de Luhmann (p. 203). On peut s'accorder sur le fait que la théorie de Luhmann n'implique pas de solution concrète à des problèmes pratiques. Cependant, le droit, y compris en pratique, est traversé d'hypothèses théoriques. Celles-ci deviennent souvent des préjugés. On imagine souvent, par exemple, que le droit est le produit de l'État, que la sanction de la violation de la norme est la clef de voûte du système des normes, etc. À travers *Le droit de la société* (1993)⁵¹, Luhmann opère une description à contre-courant d'une part de la théorie du droit. Le droit, pour Luhmann, n'est pas une émanation de l'État, c'est-à-dire de la politique, il est un système autonome produit par la so-

48. Voir, par exemple, Niklas LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* [Concept de but et rationalité de système. Sur la fonction des buts dans les systèmes sociaux ; 1968], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1991, p. 87 et suiv. Voir Detlef HORSTER, *Niklas Luhmann, op. cit.*, p. 35-36. Luhmann fut chercheur à la Haute École de science administrative de Spire, de 1962 à 1965.

49. Une ébauche de la synthèse opérée par Luhmann dans *Die Gesellschaft der Gesellschaft, op. cit.*, fut publiée en italien sous le titre de *Théorie de la société*. Voir Niklas LUHMANN et Raffaele DE GIORGI, *Teoria della società*, Milan : FrancoAngeli, 2000.

50. Voir Hugues RABAULT, « La réception de l'œuvre de Niklas Luhmann en France : difficultés, analyse et prospective », *Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie*, 13 (1-2), 2007, p. 491-503 (ce numéro, sous la direction de Dirk BAECKER, Michael HUTTER, Gaetano ROMANO et Rudolf STICHWEH, s'intitule « Zehn Jahre danach Niklas Luhmanns "Die Gesellschaft der Gesellschaft" » [Dix ans après "La société de la société" de Niklas Luhmann]).

51. Voir *supra*, note 6.

ciété (un *système social*, p. 79). En vérité, le droit pourrait même, à l'occasion, se passer de l'État. Ainsi, selon Luhmann, la sanction étatique de la violation d'une norme, on le verra plus loin, n'est pas centrale dans le système juridique. L'œuvre de Luhmann propose donc une approche singulière et, pour ainsi dire, décentrée du droit, où le droit n'est pas une production de l'État, mais de la société. La théorie juridique de Luhmann est une théorie radicalement positiviste du droit (voir p. 86 et suiv.), au sens où le droit est un produit contingent de l'histoire. Selon Luhmann, le droit n'est pas dérivable d'un idéal absolu de la justice au sens du jusnaturalisme. Cependant la théorie de Luhmann s'oppose à un positivisme étatiste classique, qui ferait de l'État la source de tout droit.

Selon Luhmann, la politique et donc l'État tendent naturellement à « abuser » du droit (p. 191), et l'on s'en rend bien compte aujourd'hui à travers des phénomènes tels que celui, si souvent déploré par les juristes, de l'inflation législative. Luhmann explique un tel phénomène par le parasitage (p. 151), pour ainsi dire, du droit par la politique. Le totalitarisme du ^{xx}e siècle constitua une tentative de prise de pouvoir de la politique sur tous les champs de la vie sociale, y compris sur le droit. L'inflation législative pourrait, dans une telle perspective, être interprétée comme la forme atténuée de ce phénomène. L'État de droit contemporain constitue, d'après Luhmann, un couplage du droit et de la politique (p. 137 et suiv. ; p. 150), comportant une fonction sociale de stabilisation. La défense du contrôle de constitutionnalité, la fonction sociale des droits fondamentaux, voilà autant de thèmes qui trouvent une explication et une justification théorique dans l'œuvre de Luhmann. C'est pourquoi on peut dire que, sans avoir une portée directement pratique, la théorie de Luhmann comporte une théorisation utile et efficace de l'État de droit⁵².

1.2. L'épistémologie de Luhmann

Une bonne théorie juridique suppose une épistémologie solide. La tradition du positivisme juridique traite souvent du droit comme s'il s'agissait d'un objet observable, en reprenant à son compte les méthodes des sciences expérimentales. La vocation de la science du droit serait ainsi la « description » empirique du droit⁵³. Une telle approche est rejetée par Niklas Luhmann. Qu'est-ce que le droit ? Aujourd'hui, *le droit en tant qu'objet* apparaît essentiellement sous forme de *textes* (p. 85). De ce point de vue, le droit n'est pas un objet d'expérience sensible, mais un objet d'interprétation, une herméneutique. Luhmann part d'une telle perspective, en posant que *le droit est communication*. Au-delà du droit, la sociologie de Luhmann, dans son ensemble, est une théorie de la communication. La communication, selon Luhmann, est une barrière opaque entre nous et le réel. Le réel social est construit

52. Voir Hugues RABAULT, « Sens et portée de l'œuvre de Niklas Luhmann : un *libéralisme désenchanté* ? », *op. cit.*, p. 183-184.

53. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris : Dalloz, 1962, p. 96-97 : « La science du droit [...] décrit les normes juridiques [...] ». En ce qui concerne la critique épistémologique d'une telle approche, elle repose sur l'idée qu'on ne peut « décrire » les normes juridiques, mais seulement les *interpréter*. Voir Hugues RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 47 et suiv.

par la communication. La monnaie, l'art, l'éducation, pour Luhmann, sont des systèmes de communication⁵⁴. En se fondant sur l'épistémologie de Niklas Luhmann, on peut transposer ce type d'analyse au droit. Qu'est-ce qu'un *contrat*? Qu'est-ce qu'une *norme*? Le monde du juriste est un langage, il est bâti de concepts. Ces concepts ont une histoire. C'est en cela qu'on peut affirmer que le droit est un système de communication. Qu'est-ce que le droit? À quoi sert le droit? Pourquoi y a-t-il du droit? À toutes ces questions, la théorie de Luhmann apporte des réponses. Mais il faut retenir une idée de départ : *le droit est un système de communication et il participe de l'organisation de la communication dans la société contemporaine* (p. 61 et suiv.).

Fondée sur le concept de communication, la théorie du droit de Luhmann implique une théorie de la connaissance. On peut parler d'une épistémologie *constructiviste* (p. 19; p. 22). Aussi peut-on rattacher l'œuvre de Luhmann au courant du *constructivisme radical*⁵⁵. En effet, la réalité décrite par la sociologie, l'ensemble de ce qu'on appelle, dans la filiation d'Émile Durkheim, les faits sociaux, ne constitue pas un objet empirique, mais une réalité construite (p. 35), et, plus exactement, une réalité construite par la communication. Qu'on parle de la « société », du « droit », des « prix », du « gouvernement » ou de « l'État », on a affaire non pas à des réalités, mais d'abord à des concepts⁵⁶. Par exemple, en matière de politique, Luhmann reprend la fameuse théorie de Carl Schmitt de la politique comme *décision*⁵⁷. Carl Schmitt, comme chacun sait, définissait la politique, à partir de la distinction *ami/ennemi*, comme *décision*. Luhmann admet qu'il y a quelque chose de juste dans une telle analyse. La politique peut se définir comme le domaine de la *prise de décision*. Mais la différence entre les deux auteurs est que, chez Schmitt, on a affaire à une *ontologie de la décision*, alors que, chez Luhmann, il s'agit d'une *sémantique de la décision*⁵⁸. La décision est moins une réalité observable qu'une représentation de la société. La politique, par exemple, *croit* souvent décider, plutôt qu'elle ne décide effectivement. La décision est ainsi assez généralement une illusion, dans le contexte évolutif de la société. On croit avoir décidé politiquement de la libéralisation des mœurs, de la protection sociale, etc. par des *lois*, alors qu'au même moment le même mouvement s'observe en parallèle dans toutes les sociétés analogues. La politique représente alors comme décision identifiable ce qui relève d'une évolution anonyme de la société.

54. En français, voir Hugues RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *Droit et Société*, 54, 2003, p. 537-546.

55. En français, voir Hugues RABAULT, « L'apport épistémologique de la pensée de Niklas Luhmann : un crépuscule pour *l'Aufklärung*? », *Droit et Société*, 42/43, 1999, p. 449-465.

56. Sur l'État comme concept, voir Hugues RABAULT, *L'État entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'État*, Paris : L'Harmattan, 2007.

57. Carl SCHMITT, *La notion de politique*, suivi de *Théorie du partisan* [1932, 1963], Paris : Calmann-Lévy, 1972, p. 65 et suiv.

58. Voir l'ouvrage posthume de Niklas LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft* [La politique de la société], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 2000, p. 140 et suiv. Pour une recension en français, voir Hugues RABAULT, « Le paradigme de la machine : politique et cybernétique sociale », *Droit et Société*, 50, 2002, p. 209-232.

La société comme objet d'étude, et cela est évident pour peu qu'on y réfléchisse, est essentiellement faite de langage, de concepts. Par exemple, la notion de « chômage » ne renvoie pas à une réalité absolue, descriptible, mais au sens social d'une situation. Ce qui distingue le « chômage » et le « loisir », c'est un tel *sens social*. Le contexte d'un contrat de travail, par exemple, exclut en principe l'application du concept de « chômage ». Ce concept renvoie donc bien non à une réalité absolue, à un objet réel, mais à une sémantique sociale. De même, et c'est encore plus évident, les « prix » ne sont pas des réalités, mais de l'information⁵⁹. C'est ainsi que, répétons-le, nous croyons souvent avoir affaire à des objets, à des faits, alors qu'on se trouve enserré dans le réseau d'une *sémantique*.

Ce genre d'approche est particulièrement appropriée au droit, et l'on peut même supposer que le droit fut, comme il a été dit plus haut, pour Luhmann, le laboratoire de sa conception. En effet, que sont la « propriété », le « contrat », le « mariage », et même la « loi », la « constitution », etc., sinon des constructions sociales, de la communication, c'est-à-dire un ensemble de concepts constituant une *sémantique*? C'est pourquoi on peut présenter la théorie de Luhmann comme « post-ontologique » (p. 22). Luhmann ne nie pas l'existence d'une réalité matérielle, mais il pense que, du point de vue épistémologique, la communication sociale s'interpose entre l'observateur et le réel. L'axiome principal de la théorie de Luhmann réside dans l'idée que la société est fondée sur la communication (p. 27). L'homme, l'individu, etc. sont avant tout des concepts, des mots, du langage. Citons une formule provocante, typique de Luhmann, dont la traduction ne restitue pas la poésie lapidaire : « *Das Wort Mensch ist kein Mensch* [Le mot homme n'est pas un homme] » (p. 52).

Aussi une sociologie partant de ces unités que seraient les « hommes » se trouve-t-elle chargée de présupposés de type, par exemple, théologiques, philosophiques, moraux, etc. Luhmann suggère de partir d'une autre base, la communication : « Les systèmes sociaux sont constitués non d'individus, mais de communications » (p. 50-51).

1.3. La barrière de la communication

La communication suppose un langage. La société se structure, pour ainsi dire, autour du langage. Or ce serait une erreur, comme on sait aujourd'hui, de croire que le langage reproduit le réel. Le droit est un exemple de langage façonnant le réel social. Malheureusement, l'idée que le langage « décrit la réalité » constitue un postulat du langage. Malgré les avancées des sciences du langage, de la linguistique, de la sémiologie, etc., on ne peut se résoudre à renoncer à l'idée que les concepts renvoient à une réalité objective. Pour comprendre la théorie de Luhmann et le constructivisme radical, il faut partir de l'idée que le langage est son propre objet, qu'il fonctionne de façon autoréférentielle. C'est vrai non seulement du langage en tant que tel, mais aussi de tous les médiums de communication, qui sont fondés sur le langage. L'argent, par exemple, ne renvoie pas à une réalité. Il est un cas typique

59. Niklas LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* [L'économie de la société ; 1988], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1996, p. 13 et suiv.

de réalité créée par le langage. On peut dire la même chose, à plus forte raison, du droit, de la loi, du contrat, etc., qui constituent, primitivement, des phénomènes linguistiques. C'est pourquoi on peut dire que les systèmes de communication, qui sont autant de langages, produisent la réalité.

Qu'observent les systèmes de communication ? Luhmann dit qu'ils s'« auto-observent » (p. 48 et suiv.). Pour illustrer ce propos, on peut prendre l'exemple de la science économique⁶⁰. Si l'on dit qu'à travers des statistiques, des équations et des calculs, la science économique est de l'argent qui s'« auto-observe », on a affaire à un constat un peu provocateur, mais assez compréhensible. Produit intérieur brut, balance des paiements, etc., voilà autant de notions qui ramènent à une réalité communicationnelle primordiale, à savoir l'argent. C'est en ce sens que l'économie n'est pas une réalité, mais un système social fondé sur le *médium de communication* que constitue l'argent. L'économie n'est qu'une science possible de l'argent. D'autres approches peuvent être sociologiques, philosophiques, psychologiques, juridiques, etc. Ici, Luhmann tend à distinguer la science économique, qui constitue « l'auto-observation » du système économique, des « observations étrangères » (sur la notion, voir p. 154 et suiv.), qui peuvent relever d'autres systèmes de communication. On peut observer l'économie, c'est-à-dire la sémantique de l'argent, du point de vue de la sociologie, de la psychologie ou du droit, par exemple. L'économie comme science, c'est l'économie comme système de communication fondé sur l'argent⁶¹, qui s'« auto-observe » et s'« auto-décrit »⁶². Contrairement à ce que pensent parfois les économistes, la science économique n'a pas le monopole de l'observation scientifique de l'économie.

La théorie de Luhmann, fondée non sur le concept de l'« humain », mais sur la notion de « communication », s'interroge sur la façon dont la société s'observe et se décrit, c'est-à-dire sur les processus d'« auto-observation » au sein de la société. Comment la société contemporaine s'observe-t-elle ? Elle tend à réaliser ce type d'opération à travers des textes (p. 49). La théorie de Luhmann se qualifie d'observation de deuxième ordre⁶³, c'est-à-dire qu'elle observe l'observation en train de se produire. La société est saturée d'observations de premier ordre, comme le droit, l'économie, la religion, les médias de masse, etc. Luhmann s'intéresse au premier chef à l'observation, il observe l'observation. Son œuvre est une épistémologie avant tout. C'est en ce sens qu'il est important de bien distinguer les observations de premier et de second ordre (p. 49). Une observation de troisième ordre est possible, consistant à faire l'épistémologie de l'observation de second ordre (p. 50). Décrire la société ne peut être mieux que réaliser l'« autodescription » de la société elle-même. C'est ce qui explique le titre de l'ouvrage de synthèse, le dernier ouvrage

60. *Ibid.*, notamment p. 76 et suiv.

61. *Ibid.*, p. 230 et suiv.

62. *Ibid.*, p. 78 et suiv.

63. En français, voir Hugues RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *op. cit.*, p. 543 et suiv.

publié du vivant de son auteur, *La société de la société* (1997)⁶⁴. Le concept société ne renvoie pas à un objet, mais à une « autodescription » de la société elle-même.

Ce type d'approche peut être transposée dans le contexte d'une théorie juridique. Le droit est en soi un langage (p. 86), ce que dit bien une expression allemande qui évoque la « langue des juristes », la *Juristensprache*, comme langue autonome, incompréhensible des néophytes. En ce sens, insistons sur ce point, *le droit est un système de communication* qui connaît diverses manifestations textuelles, la loi, des décisions jurisprudentielles, etc. Cela signifie, on va le voir à présent, que le droit opère comme une sémantique, à partir d'un code fondateur (p. 92 et suiv.). Le droit est, dans la terminologie de Luhmann, un système social (p. 79), parmi d'autres systèmes sociaux de la société contemporaine, comme l'économie, la science, etc.

II. Le droit comme sémantique⁶⁵

II.1. Les systèmes sociaux

La société ne peut être décrite à partir d'une approche empirique. Que nous disent, par exemple, les questionnaires de la sociologie empirique sur le droit ? Ils nous parlent non du droit en tant que tel, mais de ce qui s'en dit. Interroger les juristes à l'aide de questionnaires ne nous dira nullement comment fonctionne le droit, mais ce qu'en pensent, ou ce que croient en penser, ceux qui le font fonctionner. Aussi, pour explorer la réalité sociale, Luhmann part-il d'une théorie et non d'une expérience. En termes d'approche empirique du droit, on se heurte ainsi toujours à une barrière opaque, celle de la communication, c'est-à-dire à la sémantique. Cela est aussi vrai, par exemple, on l'a dit, de l'économie. En matière économique, il est avant tout question d'argent, à savoir d'un médium de communication spécifique. Qu'y a-t-il derrière l'argent ? La science économique ne nous le dit pas. Mais l'obstacle de la communication est plus particulièrement évident pour le droit, puisqu'on se trouve toujours face à des textes, législatifs, réglementaires, jurisprudentiels ou autres, qu'on ne peut décrire, mais seulement interpréter⁶⁶.

C'est précisément le rôle de la théorie des systèmes sociaux que de nous donner une clef de lecture du fonctionnement social⁶⁷. La théorie des systèmes n'est pas une théorie descriptive issue d'une démarche empirique (p. 23-24)⁶⁸. Pour Luhmann, insistons sur ce point, singulièrement justifié en termes d'épistémologie ju-

64. *Op. cit.* Voir note 3.

65. Pour Niklas Luhmann, le droit est primitivement sens, et secondairement sémantique. La sémantique est conçue comme condensation du sens. Dans cette présentation, à vocation introductive, on met l'accent sur la sémantique, plus aisée à présenter comme phénomène objectif. Voir Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 127. Voir encore, pour la distinction entre sens et sémantique, Thomas HUBER, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, *op. cit.*, p. 65 et suiv.; Detlef KRAUSE, *Luhmann-Lexikon* [Luhmann-Dictionnaire], Stuttgart : Lucius & Lucius, 2001, p. 199-200 ; Claudio BARALDI, Giancarlo CORSI et Elena ESPOSITO, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* [Glossaire de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1999, p. 168 et suiv.

66. Voir *supra* note 13.

67. Voir l'ouvrage programmatique de Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie* [Les systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale ; 1984], Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1996.

68. *Ibid.*, p. 15 et suiv. Voir encore Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 16 et suiv.

ridique, une perspective empirique n'est tout simplement pas opératoire pour analyser la société. Les présupposés de l'empirisme, pour les questions relatives à la société, parmi lesquelles on doit situer les problèmes concernant le droit, relèvent du « scientisme naïf »⁶⁹. Niklas Luhmann part de l'idée que la société est faite de communication, et que la communication est régie par une logique systémique. La communication, les concepts, la logique, etc. ne renvoient pas à une réalité absolue, mais *fonctionnent* de façon circulaire. C'est pourquoi Luhmann dresse le panorama d'une société fondée sur la communication, et différenciée en systèmes sociaux, qui sont en fait des systèmes de communication.

La fonction essentielle des systèmes sociaux consiste dans la réduction de la complexité (p. 46 et suiv.)⁷⁰. La réalité est complexe, et en tant que telle elle ne peut faire l'objet d'une communication. On peut dire que *la réalité en tant que telle est indescriptible*. Pour illustrer cet exemple, on peut évoquer le cas des médias de masse⁷¹. Il va de soi que le journal télévisé du soir ne peut décrire le monde sans schématiser outrageusement le réel. La complexité, qui caractérise le réel, implique l'impossibilité de la communication. Luhmann montre que « l'information », à laquelle prétendent les médias de masse, n'est pas une transmission d'informations, mais une sémantique, qui repose, en particulier, sur une thématisation poussée⁷². Pour traiter de l'information, le système de communication doit réduire la complexité (p. 46-47), c'est-à-dire mettre en place une sémantique. En d'autres termes, le réel, dans la théorie de Luhmann, c'est le complexe. Or le complexe ne peut être un objet de communication. Pour utiliser le vocabulaire de l'informatique, on peut dire que le réel, c'est du bruit. Transformer du réel en information suppose la transformation du complexe en simple. Réduire la complexité, du point de vue de l'information, implique ce que Luhmann appelle un *codage* (p. 90 et suiv.). Comme en cybernétique, pour Luhmann, les systèmes sociaux de traitement de l'information fonctionnent à base de codes de communication. De tels codes supposent ce qu'on nomme une « binarisation » ou une « digitalisation »⁷³. De même qu'en informatique on utilise le code 0/1, tous les systèmes linguistiques dérivent du code *oui/non*, et impliquent un code binaire, comme le code *vrai/faux* de la logique formelle⁷⁴.

Tous les domaines de la vie humaine reposent sur de tels codes. Dans le cas de sociétés archaïques, on avait affaire à un système de pensée relativement unifié⁷⁵.

69. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 18.

70. En français, voir Hugues RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *op. cit.*, p. 542.

71. Niklas LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien* [La réalité des médias de masse ; 1995], Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004. Pour une recension en français, voir Hugues RABAULT, « L'illusion de la réalité : la construction sociale de la réalité par les médias de masse », *Droit et Société*, 62, 2006, p. 276-291.

72. En français, voir Hugues RABAULT, « L'illusion de la réalité : la construction sociale de la réalité par les médias de masse », *op. cit.*, p. 283 et suiv.

73. En français, voir *ibid.*, p. 289 et suiv.

74. En français, voir Hugues RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *op. cit.*, p. 543-544.

75. Voir Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 634 et suiv., p. 678 et suiv.

Dans la continuation de Luhmann, on pourrait s'inspirer des sociétés médiévales pour montrer comment la théologie scolastique créa un système « binarisé » de traitement de l'information, fondé sur un ensemble homogène de codes : *Dieu/homme, bien/mal, transcendance/immanence, vrai/faux*, etc. La *Somme théologique* de Thomas d'Aquin, au XIII^e siècle, pourrait être une base d'analyse, et l'on verrait qu'on a affaire à un codage uniforme permettant de traiter tous les problèmes de la vie humaine, c'est-à-dire toute forme d'information. Il y a, chez Thomas d'Aquin, une théologie, mais aussi une éthique, une théorie juridique, une politique et, même, une science économique⁷⁶. C'est ainsi que les monarques apparaissent comme représentants de Dieu sur terre (p. 159), ce qui permettait l'unification de la théologie et de la politique. Selon Luhmann, cette sémantique a disparu. On peut se demander si la théologie politique de Carl Schmitt⁷⁷ ne témoigne pas d'une ultime réaction de la modernité contre la modernité et, plus précisément, d'une résistance contre l'éclatement de la sémantique de l'Occident. Aujourd'hui, chacun admettra que la *Somme théologique*, en tant que sémantique, ne peut plus guère fonctionner pour la société contemporaine. C'est ce que disent, chacun dans sa sphère, les économistes, les juristes, les scientifiques, etc. C'est que, nous dit Luhmann⁷⁸, d'une société relativement unifiée au plan sémantique, on est passé à une société fonctionnellement différenciée. Économie, droit, science, religion, etc. fonctionnent en parallèle. Il n'y a plus, dans la société contemporaine, de code pour unifier la communication, contrairement au bon vieux temps de la scolastique, mais seulement des systèmes sociaux fondés sur des codes différenciés.

En ce sens, la théorie de Luhmann est aussi une sociologie de la modernité (p. 24). Les sociétés archaïques sont différenciées sur le mode segmentaire (p. 30 ; 89). Cela implique une stratification de la structure sociale et la hiérarchisation, comme dans le système médiéval des ordres (p. 31). Cela permet également une unification de la sémantique. En revanche, la société moderne repose sur une *différenciation fonctionnelle*, qui implique l'éclatement de la sémantique en une pluralité de sémantiques fonctionnant en parallèle. Chaque individu doit participer à chaque système fonctionnel, le système juridique, le système économique, le système religieux (p. 31-32), etc. L'individu est simultanément consommateur, sujet de droit, citoyen, croyant, etc. La société fonctionnellement différenciée est une société mondiale, sans sommet et sans centre (p. 32)⁷⁹.

La théorie des systèmes est donc aussi une théorie de l'évolution sociale⁸⁰. La différenciation fonctionnelle des systèmes sociaux constitue un processus historique que décrit l'œuvre de Luhmann. Les systèmes évoluent à travers différents mécanismes, qui affectent la communication : variation, sélection, bifurcation, etc.

76. Sur les aspects économiques de la scolastique, voir Joseph A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique. I : L'âge des fondateurs (Des origines à 1790)* [1954], Paris : Gallimard, 2004, p. 114 et suiv.

77. Carl SCHMITT, *La théologie politique* [1922, 1969], Paris : Gallimard, 1988.

78. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 707 et suiv.

79. *Ibid.*, p. 595-865. Voir notamment p. 803. Le lecteur constatera combien le résumé ici proposé du chapitre 4 de l'ouvrage de synthèse de Luhmann est hâtif !

80. Voir encore *ibid.*, p. 413-594. Le chapitre 3 est consacré à la notion d'évolution et le chapitre 4 à celle de différenciation.

(p. 28). On reviendra sur ce point un peu plus loin. La théorie de Luhmann est enfin une théorie de la contingence des systèmes (p. 43). Par l'idée de contingence des systèmes sociaux, il faut entendre la contingence de la communication, de ses codes et de ses programmes. Les systèmes évoluent d'eux-mêmes, ils ne peuvent être dirigés. C'est ce qu'on peut appeler le pessimisme de Luhmann en termes de pilotage et de planification (p. 29). La société est faite de systèmes sociaux, cela signifie qu'elle n'est pas structurée autour d'une direction. La *démocratie*, postulant une direction de la société, autour d'un « gouvernement du peuple par le peuple », dispense une vision schématique, propre à la politique⁸¹. L'économie, par exemple, mais aussi le droit, par rapport à la politique (qui constitue le lieu de la démocratie), font désormais cavalier seul.

Les sociologues le savent depuis longtemps, mais ils hésitent parfois à tirer toutes les conséquences de ce constat : *l'individu n'existe pas*. L'« individu » est, dans le monde contemporain, tantôt un *sujet de droit*, tantôt un consommateur, tantôt un électeur, tantôt un croyant, etc. Il fonctionne dans plusieurs registres à la fois, mais la synthèse de ce qu'il est ne peut être effectuée. Dénoncer le conformisme, la massification, etc. de la société contemporaine n'a pas de sens (p. 54). Sans conformité, pas de société... L'anticonformisme exige de se conformer à un modèle d'excentricité. Les slogans publicitaires, à travers le « Sois toi-même ! » (p. 58), expriment la paradoxale injonction de la société. Cette injonction prend une autre forme avec le conformisme de la dénonciation du conformisme, et à travers, pour ainsi dire, l'auto-exaltation de pseudo-élites qui prétendent ne pas se conformer aux modèles sociaux⁸². La protestation et la critique de la société sont, en tant que telles, des produits de la modernité, une sémantique résultant de la complexité sociale⁸³.

II.2. Le droit comme système fonctionnel

Du point de vue de la théorie juridique, l'apport de Luhmann est précisément l'analyse du système juridique comme système social. Pour Luhmann, le système juridique est un système fonctionnel au sein de la société. Comme le montre Thomas Huber à travers l'œuvre de Luhmann, le droit peut être décrit comme le *système immunitaire de la société* (p. 184)⁸⁴. Aussi le système juridique ne doit-il pas être considéré comme un simple système de normes, mais, répétons-le, comme un système fonctionnel fondé sur la communication (p. 14). L'idée du droit comme système immunitaire de la société transpose à la sociologie une analyse issue de la biologie. Le système juridique comme système immunitaire anticipe les « réactions aux perturbations » au sein de la société. Cette anticipation ne repose pas sur des solutions appropriées à chaque situation, mais sur une stratégie générale (p. 184). La question centrale traitée par le droit est le conflit (p. 185). Paradoxalement, le système juridique prévient le conflit par le contentieux, c'est-à-dire par le conflit (p. 187). L'analogie avec le système immunitaire consiste dans le fait que les solu-

81. Niklas LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, op. cit., p. 96 et suiv. ; p. 356 et suiv.

82. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 848.

83. Voir *supra* note 3.

84. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 565 et suiv.

tions juridiques ont vocation à s'appliquer au futur, comme les précédents jurisprudentiels. Ainsi lorsque le droit résout un conflit, il vise en même temps à prévenir des conflits futurs, de même que le système immunitaire prévient de nouvelles infections. Les solutions dégagées par le système juridique garantissent ainsi une économie de temps pour le traitement de nouveaux conflits (p. 187).

En conséquence, il apparaît que le droit ne repose pas sur l'idéal d'une société pacifiée et sans conflit. Le droit n'est nullement fondé sur le consensus (p. 189). Le droit se développe sur la base de conflits, il est dépendant du conflit⁸⁵. Or, le conflit peut être résolu soit par le consensus, soit par la décision. Le droit, par son code binaire *légal/illégal*⁸⁶, c'est-à-dire à travers une sémantique propre, ce qu'on peut appeler une *sémantique du litige*, tend à être hostile au consensus et favorable à la décision (p. 194). Par exemple, le droit pénal ne traite pas les problèmes par le consensus entre la victime et le coupable, mais par la punition du coupable⁸⁷. Comme sémantique, insistons sur ce point, le droit repose sur le code *légal/illégal* (p. 92). D'un autre côté, les décisions juridictionnelles n'ont pas besoin de se fonder sur l'argument de la légalité. En général celui-ci est présupposé ou implicite (p. 90). « Le droit est ainsi une histoire sans fin, un système "autopoïétique", qui ne produit des éléments que pour pouvoir produire d'autres éléments ; le codage binaire est la forme structurelle qui permet cela »⁸⁸ (p. 94). Dans le droit, le conflit n'est pas une rupture de la communication, mais, au contraire, un mode de communication. Comme le système immunitaire, le système juridique tient, pour ainsi dire, le registre des conflits, et développe des solutions généralisables qui préparent une réponse aux conflits à venir (p. 187). En d'autres termes, le système juridique inclut aussi une fonction de mémorisation, toujours à la manière du système immunitaire, dans le contexte du traitement des conflits (p. 188).

Du point de vue de la théorie du droit, il s'agit ici d'avancer l'idée que l'intérêt de l'approche de Luhmann consiste en ce qu'elle dispense une *explication* du fonctionnement juridique. Le droit ne peut être valablement théorisé sans référence à sa fonction sociale. Le système proposé par Luhmann quant au droit s'oppose à une théorie « pure » du droit⁸⁹, qui ne reposerait que sur une abstraction et une systématisation de l'architecture conceptuelle du droit. Comme on va le voir à présent, une théorie « pure » du droit est condamnée à demeurer enfermée dans la sémantique du droit, et aboutit à des constats qui relèvent soit du paradoxe (les organes créent des normes et les normes créent des organes) soit de la tautologie (le droit est un système de normes). La tautologie et le paradoxe relèvent effectivement du fonctionnement du droit⁹⁰, et c'est là qu'une « théorie pure » restitue la nature

85. *Ibid.*, p. 138 et suiv.

86. *Ibid.*, p. 67 et suiv. Ici, on traduit par *légal/illégal*, l'expression allemande *droit/non-droit (Recht/ Unrecht)*. Le problème posé par la traduction renvoie à une question « civilisationnelle » qui ne peut être ici approfondie.

87. *Ibid.*, p. 283 et suiv.

88. *Ibid.*, p. 179.

89. Voir *supra*, note 13.

90. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 165 et suiv.

profonde du droit. Cependant, la valeur d'une théorie « pure » du droit est limitée dans une perspective explicative ou de compréhension. Par ailleurs, notons que les évolutions du droit sont liées à un environnement matériel. L'écriture, par exemple, est déterminante. Elle permet au droit de fonctionner comme mémoire⁹¹, mais aussi de se différencier et, enfin, de devenir interprétation (p. 85). Le droit comme système social se différencie ainsi matériellement, avec l'apparition d'une corporation de juristes, la professionnalisation⁹² et le développement d'une langue propre, d'un appareil conceptuel fondamental, ce que les Allemands appellent une *dogmatique* (p. 86). Ce type de considérations imposent de passer d'une théorie « pure » à une théorie sociologique du droit.

II.3. La sémantique du droit

Luhmann nous suggère de penser le droit comme sémantique, c'est-à-dire avant tout comme un lexique régi par une logique. Qu'est-ce qu'un système social ? En termes de communication, selon Luhmann, tout système social est organisé autour d'un médium de communication. Bien sûr, le médium de communication fondamental est le langage (p. 69)⁹³. Cependant, le langage apparaît sous diverses formes. Écriture, impression, mémoire sont des formes que prend le langage (p. 69)⁹⁴. Les systèmes sociaux reposent sur des médiums différenciés, c'est-à-dire sur des systèmes linguistiques, sur des lexiques relativement autonomes au sein du langage. La théorie du droit de Luhmann constitue donc, insistons sur ce point, la théorie du droit comme *sens condensé* en une *sémantique* (p. 67)⁹⁵. C'est ainsi que l'on peut rattacher le droit à la tradition sémantique de l'Occident, qui fait l'objet du chapitre V de *La société de la société*, et qui peut être caractérisée comme l'« autodescription » de la société⁹⁶.

En tant que sémantique, le droit apparaît régi par des mécanismes issus de la logique formelle. Le droit, comme toute sémantique, fonctionne sur la base de la tautologie (A est A) et tend à éliminer les paradoxes (A est non A)⁹⁷. La tautologie fondatrice du droit, dit Luhmann, est la formule : « Tout droit est droit valide [*Alles Recht ist geltendes Recht*]. » Un droit non valide n'est pas du droit. L'exemple le plus significatif de la tautologie juridique est le principe d'*égalité*⁹⁸. En vertu du principe d'égalité, les situations semblables doivent être traitées de façon identique, alors que les situations distinctes peuvent être traitées de façon différente. (Les juges appliquent le principe, souvent sans avoir conscience de reprendre textuellement des

91. *Ibid.*, p. 118 et suiv.

92. *Ibid.*, p. 330 et suiv. ; p. 531 et suiv.

93. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 205 et suiv.

94. *Ibid.*, p. 249 et suiv. En français, voir Hugues RABAULT, « L'illusion de la réalité : la construction sociale de la réalité par les médias de masse », op. cit., p. 281 et suiv.

95. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 126-127. Luhmann définit la sémantique comme « une fixation du sens pour une utilisation répétée, approximativement, un investissement, par le sens, de mots, de concepts, d'affirmations vraisemblables ».

96. Voir Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 893 et suiv.

97. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 165 et suiv.

98. *Ibid.*, p. 110 et suiv.

formules issues de la logique aristotélicienne⁹⁹.) Dans les termes de Luhmann, le principe d'égalité implique de traiter « également l'égal et inégalement l'inégal » (p. 118). Selon une telle perspective, l'égalité n'est pas un principe politique, éthique, etc., mais un principe logique et, pour ainsi dire, structurant du point de vue sémantique. L'égalité juridique est donc un principe purement formel, sans contenu particulier. L'égalité n'a, du point de vue juridique, c'est-à-dire abstraction faite de toute immixtion de la politique dans le droit, aucune substance. En ce sens, on a affaire à une tautologie fondatrice du droit qui incarne, dans les termes de Luhmann, « l'unité dans la différence » (p. 118).

Le système juridique, dans son fonctionnement, applique une telle tautologie à tous les niveaux, égalité en droits, égalité devant l'impôt, etc. Mais, par exemple, le fait que l'idée d'un traitement identique de situations identiques soit à la base de la théorie du précédent jurisprudentiel¹⁰⁰ montre qu'on a affaire à un fondement fonctionnel, et non à un principe contingent, identifiable au plan historique. On peut ainsi formuler l'hypothèse que ce qui est contingent dans le droit, c'est non le principe d'égalité, qui est inhérent au système juridique et relève de la logique, et qui est, en d'autres termes, une composante de la sémantique du droit, mais l'analyse des différences de situations, qui implique diverses formes de l'axiologie sociale. Il allait de soi, dans la mentalité d'Ancien Régime, à savoir dans une société « stratifiée »¹⁰¹, que les nobles et les roturiers n'étaient pas justiciables des mêmes règles, parce qu'ils se trouvaient dans des situations différentes. Ce qui change avec la Révolution n'est pas, naturellement, la logique juridique, mais les représentations politiques et sociales. En somme, comme le montre le droit fiscal, la sémantique juridique de l'égalité inclut des mécanismes de rupture d'égalité, consistant à affirmer, de façon presque rituelle, que les situations différentes autorisent l'application de règles différentes. Les revenus importants sont traités différemment des revenus modestes, la Corse dispose d'un régime fiscal spécifique, etc. On a là un script, une routine cognitive¹⁰², qui permet la prise en compte de paramètres de l'environnement social du système juridique.

Le rôle fondateur de la tautologie en droit exprime le fait que le droit est une sémantique, c'est-à-dire un système essentiellement linguistique. En termes de théorie juridique, on trouve ce fait de façon abstraite dans la théorie « pure » de Hans Kelsen. Dans la dynamique des normes décrite par Kelsen, des organes produisent des normes et des normes produisent des organes. Mais qu'est-ce qui a produit la première norme ou le premier organe ? On aboutit à un paradoxe, selon un mécanisme inhérent à la sémantique du droit¹⁰³. Ce paradoxe est résolu par Kelsen, comme on le sait, par le postulat d'une « norme fondamentale »¹⁰⁴. Cette

99. *Ibid.*, p. 111.

100. Voir, par exemple, Hugues RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, *op. cit.*, p. 287 et suiv.

101. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 678 et suiv.

102. En français, voir Hugues RABAULT, « L'illusion de la réalité : la construction sociale de la réalité par les médias de masse », *op. cit.*, p. 284.

103. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.* Voir le schéma, p. 169.

104. Hans KELSEN, *op. cit.*, p. 255 et suiv.

« norme fondamentale » constitue une hypothèse transcendantale (c'est-à-dire strictement théorique) qui permet de sauver l'unité et la cohérence de la théorie « pure ». Le positivisme juridique, pour Luhmann, exprime de façon adéquate ce qu'il appelle la « différenciation » sociale du droit moderne (p. 86 et suiv.). Le positivisme juridique comme théorie du droit et la notion même de droit positif traduisent la tautologie fondatrice du droit comme sémantique close, comme système fermé¹⁰⁵. En ce sens, la théorie « pure » du droit est *l'autodescription* parfaite du droit contemporain. À la question « Qu'est-ce que le droit ? », le droit ne peut opposer que des tautologies : « Seul le droit lui-même peut dire ce qu'est le droit », « Le droit est ce que le droit définit comme droit » (p. 120), etc. De surcroît, ces tautologies ne valent que pour les juristes. C'est ici le produit du fait que le droit, comme sémantique, est structuré par un code linguistique, la distinction *légal/illégal*. Est légal ce que la loi pose comme étant légal. Dès lors qu'on veut aller plus loin, en s'interrogeant sur la justice, sur le fondement social du droit, on sort du droit positif, et on passe à un autre registre, théologique, sociologique, économique, etc.

Pour Luhmann, la clôture sémantique du droit apparaît avec diverses formules tautologiques : « Tout droit est droit valide. Le droit non valide n'est pas du droit », etc. Le principe de validité symbolise, dit Luhmann, la clôture du droit comme système d'opérations (p. 124). Ce principe est au fondement de la sémantique juridique, c'est-à-dire du fonctionnement courant du droit comme système de normes, ce n'est ni une norme, ni une « métanorme » (p. 125)¹⁰⁶.

La logique comme fondement du droit impose une structure rigide. En termes d'application, d'une façon générale, le droit implique que les solutions soient *programmées*. Bien sûr, des évolutions du système juridique sont possibles et nécessaires. C'est en ce sens que le droit est régi par la contingence. Mais de telles évolutions demeurent inscrites dans la sémantique du droit et ne constituent que des phénomènes sémantiques que Luhmann identifie à travers des concepts tels que ceux de bifurcation¹⁰⁷, de variation, de sélection¹⁰⁸, etc. Si l'on considère le système juridique dans son ensemble, les évolutions du droit n'échappent donc jamais à la sémantique du droit.

On peut tirer nombre d'hypothèses des analyses proposées par Niklas Luhmann. Par exemple, il est loisible d'affirmer que le mariage des homosexuels restera un mariage. Le législateur peut intégrer au concept juridique de mariage de nouveaux cas de figure. Il ne révolutionnera pas ainsi la catégorie du mariage. On peut introduire des réformes dans le système juridique, on n'a pas réformé, jusqu'à présent, la sémantique juridique. Telle est la rigidité du droit. Le droit fonctionne à la manière du jeu d'échecs (p. 46)¹⁰⁹. On invente encore aujourd'hui, dans le jeu

105. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 38 et suiv. En français, voir Hugues RABAULT, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann : vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 33, 2001, p. 191-203.

106. Voir Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 98 et suiv.

107. *Ibid.*, p. 130-131.

108. *Ibid.*, p. 257 et suiv.

109. Le parallèle a été formulé par Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, op. cit., p. 38-39.

d'échecs, des variantes en termes d'ouvertures, certains suggèrent même parfois de nouvelles règles ou de nouvelles pièces, d'ailleurs sans succès¹¹⁰. Mais si l'on changeait fondamentalement les règles, on n'aurait plus affaire au jeu d'échecs. Face à la rigidité absolue de la sémantique juridique, il est possible d'acquérir de nouveaux droits, mais non de changer la société, ce qui supposerait d'abolir le droit, de changer les règles du jeu, de passer à une autre sémantique. Du point de vue de l'actualité, le mariage homosexuel est une révolution juridique. Vu à l'aune de l'histoire du droit, il constitue la soumission de l'homosexualité aux règles routinières du Code civil. Sous l'angle des droits, l'évolution du droit est ainsi faite que toutes les attaques contre le droit en vigueur se soldent par une « juridicisation » supplémentaire, c'est-à-dire par une intégration des revendications par le droit et une soumission au droit de nouvelles configurations. De même, « l'égalité en droits » de 1789 n'introduisait aucun principe nouveau en termes de logique juridique. La révolution opérée était politique et non juridique. Le droit n'était que le réceptacle, non pas le moteur des transformations.

C'est ainsi que le droit ne sait traiter les problèmes que de façon juridique. C'est ce que Luhmann appelle la clôture, comme on l'a vu, du système juridique (p. 119 et suiv.). Le système juridique ne peut aller plus loin que de donner des droits susceptibles d'être revendiqués devant des tribunaux. On doit pouvoir en conclure que le droit ne peut, par exemple, instituer la justice sociale, le bien-être pour tous, etc., en un mot rendre la vie supportable à chacun. Il ne peut que créer des procédures de recours. Il n'est donc pas étonnant que le droit soit, du point de vue des attentes sociales, tellement décevant. Pour prendre un exemple français récent, qui devient une illustration classique des paradoxes du droit, instituer un droit au logement ne produit pas de logements, mais seulement des recours. Les mouvements de protestation¹¹¹ prospèrent en critiquant le droit comme système de domination arbitraire. Ces mouvements menacent-ils l'ordre social ? Luhmann pense que tel n'est pas le cas. Pourquoi ? Du point de vue de la théorie juridique, on peut supposer que ces mouvements de protestation ne peuvent que solliciter de nouveaux droits, qui seront prévus par de nouvelles lois, appliquées par des tribunaux, etc. On peut dénoncer le droit comme instrument d'oppression, mais demander de nouveaux droits ne fait que renforcer la légitimité du droit. En d'autres termes, la protestation est intégrée et domestiquée de la sorte par la sémantique du droit.

110. L'analogie entre le jeu d'échecs et le droit mériterait d'être approfondie. Les règles du jeu d'échecs se sont stabilisées à la Renaissance. Le jeu d'échecs, comme les autres formes de jeux, pourrait aussi bien que le droit être analysé comme sémantique. Cette sémantique comporte une caractéristique intéressante, qui consiste dans le fait qu'elle n'est pas entièrement linguistique, mais fondée sur un codage en termes de couleurs, de pièces, de mouvement, etc. La question n'a pas été traitée, semble-t-il, par Luhmann. Lire, par exemple, Xavier TARTAKOVER, *Bréviaire des échecs* [1933], Paris : Le livre de poche, 2005. Sur l'histoire et les propositions de réforme du jeu d'échecs, voir p. 139 et suiv.

111. Voir *supra* note 3.

III. La fonction sociale du droit

III.1. Le problème de la double contingence et le traitement juridique des attentes sociales

Comme toute sémantique, le droit suppose un code linguistique primitif, la forme juridique du code primitif *oui/non*, à savoir le code *légal/illégal* (*Recht/ Unrecht*). Sur la base de ce code se mettent en place ce que Luhmann appelle des programmes¹¹². « À la situation *a*, s'applique la règle *x* » (p. 94-95). C'est un *programme conditionnel*¹¹³, au sens où on a affaire à la détermination des conditions de l'application de la norme. Il s'agit ici de ce que les juristes appellent le mécanisme de subsumption, qui correspond au syllogisme juridique traditionnel. Globalement, tous les juristes savent que le fonctionnement du droit correspond à de tels mécanismes. Par analogie aux programmes informatiques, on peut parler de véritables algorithmes, en vue du traitement juridique des situations. Les concepts flous du droit constituent aussi, pour Luhmann, des éléments de tels programmes. Luhmann voit enfin dans le droit des *programmes en termes de finalité*¹¹⁴. On peut évoquer le *canon de l'interprétation téléologique* (p. 95-96). Par exemple, le principe allemand de « l'interprétation conforme à la constitution » permet, dans un contexte d'incertitude herméneutique, une orientation du système juridique vers le futur. Cette analyse du fonctionnement juridique par analogie au traitement informatique des données, c'est-à-dire au regard de la cybernétique, est l'apport majeur de Niklas Luhmann en termes de théorie du droit. En effet, une telle analyse permet de comprendre la fonction sociale du système juridique.

Une approche fonctionnaliste traditionnelle voit dans le droit un ensemble de mécanismes dont la fonction serait matérielle. C'est le cas des théories économiques du droit, qui puisent dans la tradition libérale utilitariste. De ce point de vue, le droit viserait à instituer des règles susceptibles de contribuer à garantir la prospérité matérielle¹¹⁵. Il n'est pas sûr que ce type d'approche doive être écarté. Cependant, le fonctionnalisme de Luhmann tranche avec cette perspective. Pour Luhmann, le droit comporte, de façon centrale, une fonction de « stabilisation d'attentes normatives de comportement » (p. 99)¹¹⁶. Les termes doivent ici être expliqués. La société est le lieu d'attentes en termes de comportements. Si tout un chacun agit n'importe comment, pour ainsi dire, la vie sociale devient chaotique. Les acteurs de la vie sociale se trouvent alors, face à l'indétermination des comportements d'autrui, dans une incertitude paralysante¹¹⁷. Or, d'un point de vue théorique, il est précisément probable que tout un chacun agisse n'importe comment. En effet, les

112. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 93 et suiv.

113. *Ibid.*, p. 195 et suiv.

114. *Ibid.*, p. 198 et suiv.

115. Notamment l'École de Chicago, marquée par l'influence de Friedrich A. Hayek. Voir, par exemple, Hugues RABAULT, « La place de l'économie dans le droit », *Droit et Société*, 41, 1999, p. 161-168, en particulier p. 165 et suiv.

116. Voir notamment Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 272 et suiv.

117. Voir Niklas LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris, Economica, 2006. Pour une recension en français, voir Hugues RABAULT, « La confiance comme mécanisme social et l'approche fonctionnaliste du droit », *Droit et Société*, 67, 2007, p. 741-758.

systèmes psychiques, selon Luhmann, sont clos, ils ne communiquent pas entre eux. C'est la théorie de la *double contingence* (p. 42 et suiv.)¹¹⁸. En pratique, nous ne savons pas ce qu'autrui sait, mais nous savons qu'autrui ne sait pas ce qu'on sait. Une telle situation, que résumant les théories solipsistes de la connaissance, ou la théorie des monades chez Leibniz, devrait se solder par une situation de chaos social.

Or, le chaos social, qui constitue par excellence le probable de l'interaction des systèmes psychiques, ne se produit pas. Comment cela se fait-il ? L'explication réside dans la communication (p. 61 et suiv.). Mais la communication n'est pas communication entre des systèmes psychiques, elle est communication au sein de systèmes sociaux. La fonction des systèmes sociaux est de réaliser le couplage des systèmes psychiques. C'est ce qui explique l'idée *d'attentes de comportements*. Un exemple utilisé par Luhmann est celui du trafic routier. Le système routier réduit les possibilités de déplacement pour accroître et accélérer le mouvement (p. 47)¹¹⁹. À un croisement routier, les automobilistes attendent un comportement de la part d'autrui. Si les comportements sont imprévisibles, la circulation devient incertaine et marquée par le risque. Dans un contexte social durable, l'attente de comportements devient nécessairement *attente de normes de comportements*, dans la mesure, précisément, où les situations sont amenées à se reproduire. La fonction du droit est ainsi, dans le système de Luhmann, d'instituer des normes pérennes, et de stabiliser l'attente de comportements.

De ce point de vue, « la norme ne garantit pas un comportement conforme, mais elle protège celui qui attend d'autrui un tel comportement » (p. 100). Dans la filiation des théories sociologiques du droit, Luhmann pense que le droit n'est pas radicalement créateur, mais qu'il cristallise des attentes sociales en les institutionnalisant, en les généralisant et en les stabilisant (p. 101). C'est en ce sens que l'État ou les juridictions n'appliquent pas des normes analysables comme imposées à la société de l'extérieur. Les droits fondamentaux, par exemple, constituent l'institutionnalisation d'attentes normatives de la société, et non de simples concessions d'un État souverain. Autre fait symptomatique d'une critique du positivisme juridique étatiste, Luhmann relativise le rôle de la sanction dans le droit (p. 103 et suiv.)¹²⁰. Les sujets de droit ne respectent pas les normes par crainte d'une sanction, mais plutôt par attente d'un comportement. Si l'on respecte le feu rouge, c'est moins par crainte d'une amende que du fait du risque d'accident qui résulte du non-respect de normes de comportement. La sanction n'est donc pas la caractéristique fondamentale des normes juridiques, mais une composante symbolique qui contribue à l'institutionnalisation de ces normes. Chose également originale du point de vue de la théorie juridique, Luhmann insiste sur l'importance du droit des procédures. En soumettant le litige à des juridictions, par exemple, les acteurs se soumettent par

118. Sur le phénomène de *double contingence*, en français, voir Hugues RABAULT, « L'épistémologie de Niklas Luhmann : de la phénoménologie de la conscience à la phénoménologie de la communication », *op. cit.*, p. 541 et suiv.

119. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 507.

120. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 134 et suiv.

avance à la solution juridique quelle qu'elle soit. Les procédures juridiques permettent ainsi d'anticiper l'acceptation de la décision (p. 178). C'est là la thèse fondamentale de l'ouvrage *La légitimation par la procédure*¹²¹. En ce sens, le fonctionnement juridique implique une fonction d'« absorption de l'incertitude » (p. 180).

Voilà donc la fonction sociale essentielle du droit. Bien sûr, le droit comporte d'autres fonctions sociales, qui sont bien connues, et qu'il partage avec d'autres systèmes sociaux. On peut mentionner l'orientation des comportements ou la régulation des conflits, qui peuvent aussi intervenir à travers la morale ou la politique (p. 105 et suiv.). Un mot doit être dit de l'équité¹²² dans le droit (p. 108-119). Pour Luhmann comme pour la plupart des juristes aujourd'hui, mais contrairement à une représentation naïve et répandue, le droit contemporain n'est pas organisé autour de l'équité. L'équité n'est pas l'objectif du droit. Quelle est donc la fonction du concept d'équité en droit ? Le système juridique, dit Luhmann, n'échappe pas à des contradictions internes. C'est le cas bien connu des conflits de droits fondamentaux. Ces conflits recouvrent, en général, des conflits de valeurs. Luhmann rejette l'idée que la référence aux valeurs pourrait permettre de résoudre les conflits inhérents au système juridique. Le concept d'équité est un instrument qui permet de répondre à ce type de situations. C'est pourquoi l'équité est analysable comme la « formule de contingence », à savoir comme l'expression d'une contingence résidant dans les contradictions inhérentes au droit positif en tant que système complexe (p. 119). En d'autres termes, le système juridique (par exemple, le juge) tranche en équité lorsque les conflits de valeurs sont tels qu'il est impossible de traiter autrement les situations qui lui sont soumises. C'est là l'expression d'un aléa résiduel au sein du système juridique. Mais les juristes savent qu'en pratique le recours à l'équité est exceptionnel, précisément parce que le droit, comme on l'a vu, a pour fonction la suppression de l'aléa. Une telle suppression de l'aléa a lieu à travers l'institutionnalisation, la généralisation et la stabilisation des attentes de comportement, des valeurs sociales. Le concept d'équité intervient donc, pour ainsi dire, à la limite, lorsque le système juridique ne parvient pas à une solution univoque : « Ce que l'on désigne comme *équité* englobe la complexité adéquate du système juridique » (p. 119). L'équité implique une ouverture, une souplesse du système juridique, qui lui permet de conserver son unité face à la complexité sociale.

III.2. La différenciation fonctionnelle des systèmes sociaux et du droit comme système social

La théorie juridique de Niklas Luhmann, on le constate ici, relève d'une forme de positivisme juridique. Pour Luhmann, seul existe, en tant que droit, le droit positif. Le droit tel qu'il existe dans la société n'est pas l'expression d'une justice transcendante. Il n'est pas davantage la transcription, selon l'idéal des Lumières, d'une rationalité absolue. Le système juridique est le produit d'une évolution de la société. Il n'est pas nécessaire, mais, malgré sa cohérence globale, se trouve régi par la

121. Voir Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Paris : Cerf, 2001. Pour une recension en français, voir Hugues RABAULT, « État, globalisation et théorie de la communication : la fonction de la procédure », *Droit et Société*, 51/52, 2002, p. 513-539.

122. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 214 et suiv.

contingence de l'histoire sociale. C'est en ce sens que Luhmann peut être rattaché à ce qu'on appelle le positivisme juridique. D'un autre côté, comme il a été dit, pour Luhmann, le droit n'est pas un pur produit de l'État. Luhmann, comme on vient de le voir, relativise la place, dans le droit, de la sanction étatique. Dans la tradition théorique française, cette forme de positivisme semblera surprenante, dans la mesure où l'on définit souvent le positivisme juridique comme impliquant une définition du droit en tant que création des organes étatiques¹²³. Cependant, si l'on prend un peu de recul, on peut rattacher la théorie de Luhmann à la tradition du positivisme juridique de type sociologique¹²⁴ ou psychologique¹²⁵. On vient de montrer, en effet, que le droit, pour Luhmann¹²⁶, est primitivement une production sociale, et non la simple expression de décisions étatiques. La théorie de Luhmann comporte une vocation non pas descriptive, mais explicative. Ce sont précisément les fonctions sociale et psychologique qui expliquent le fonctionnement juridique concret. C'est que, selon Luhmann, le droit est un système social autonome et différencié. Expliquer le droit par l'État, c'est commettre une confusion entre deux registres sémantiques, celui du droit et celui de la politique.

Pour Luhmann, il faut distinguer nettement droit et politique. Le droit est une sémantique, comme il a été dit, de la *légalité*, alors que la politique est une sémantique de la *décision*¹²⁷. Aussi l'une des fonctions du droit, à travers le droit constitutionnel en particulier, est-elle d'encadrer la décision politique. Il n'y a pas, selon Luhmann, de hiérarchie entre droit et politique¹²⁸, mais un couplage structurel¹²⁹ (p. 137 et suiv.). La même chose peut être dite du rapport entre droit et économie (p. 134-136). L'économie suppose des formes juridiques (le contrat, la propriété), mais elle n'est pas, en tant que telle, du droit. Toutefois, d'un point de vue macrosociologique, le droit joue un rôle particulier dans la différenciation fonctionnelle des systèmes sociaux¹³⁰. C'est là la fonction de l'État de droit (p. 138). Comme on le sait, « le système juridique de l'État moderne régule le *monopole du pouvoir* de l'État », ou, dans une autre traduction possible, le « *monopole de la violence* » (p. 140). La politique a effectué la concentration des moyens de contrainte physi-

123. Voir Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris : LGDJ, 1992.

124. Voir Walter OTT, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus* [Le positivisme juridique. Apologie critique sur le fondement d'un pragmatisme juridique], Berlin : Duncker & Humblot, 1992, p. 76-89.

125. *Ibid.*, p. 59 et suiv.

126. Ici, une recherche plus approfondie mériterait d'être entreprise sur les origines de la théorie de Niklas Luhmann. Voir Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie* [Sociologie juridique ; 1972], Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987. Le livre comporte une présentation de l'histoire de la sociologie juridique, impliquant des références aux sociologues, tels Émile Durkheim ou Max Weber, mais aussi aux théories sociologiques du droit allemandes et américaines. Voir p. 10-26.

127. Voir *supra* note 18.

128. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 407 et suiv.

129. *Ibid.*, p. 440 et suiv.

130. En français, voir Hugues RABAULT, « Sens et portée de l'œuvre de Niklas Luhmann : un *libéralisme désenchanté*? », *op. cit.*, p. 183 et suiv.

que. Le concept d'État est précisément le *symbole*¹³¹ d'une telle concentration (p. 140). C'est ce qu'on peut appeler la « puissance d'État », pouvoir matériel d'un État disposant du droit de vie ou de mort (la vieille théorie du *jus vitae ac necis* de l'État). Cependant, selon Luhmann, l'équivalence posée par certains juristes entre État et droit est fautive. Si une telle équivalence était exacte, tout État serait État de droit. Certains juristes n'ont pas hésité, d'ailleurs, à poser ce type d'équivalence. Qu'il y eût parmi eux des adeptes d'un État totalitaire n'est pas un hasard¹³². Pour Luhmann, le droit n'est nullement le produit naturel de l'État, et l'on peut poser que si la sémantique de l'État implique le concept de souveraineté, la sémantique du droit reste relativement étrangère à un tel concept. La théorie d'un système commun *droit/politique* correspondait à la tradition absolutiste, où le monarque concentrait dans ses mains les trois pouvoirs (p. 144). La constitution d'un État a pour objet, précisément, le couplage structurel entre droit et politique (p. 139 ; 152). La séparation *législatif/exécutif/judiciaire* exprime la différenciation fonctionnelle du droit et de la politique et la soumission partielle de la politique au droit.

Dès lors, ni le droit ni la société dans son ensemble ne peuvent être analysés au travers du prisme de la souveraineté. Selon les termes de Luhmann : « Dans les sociétés comportant une économie hautement développée, industrialisée, dirigée par la monnaie et interdépendante au plan international, il n'y a plus à craindre sérieusement que la politique détermine le caractère de la société » (Luhmann, cité p. 138). De surcroît, la politique a besoin du droit comme instrument de légitimation (p. 145). Réciproquement, le droit a besoin de la politique, c'est-à-dire de l'État sous la forme de la législation, de l'administration, etc. C'est ce que Luhmann appelle le couplage structurel entre droit et politique. Mais cette idée est destinée, précisément, à exclure toute hiérarchisation entre droit et politique. Le concept d'État de droit, dit Luhmann, implique une « relation parasitaire réciproque » entre politique et droit (p. 151)¹³³.

III.3. Droit et décision

L'organisation concrète du droit, comme il a été vu plus haut, vise à des prises de décision. Cependant toutes les situations ne débouchent pas de façon univoque sur la possibilité d'une décision. Le système juridique, pour remplir sa fonction, implique une obligation de décider. Cela explique l'interdiction de ce qu'on appelle couramment le *déni de justice* (p. 166)¹³⁴. La notion de déni de justice résulte du paradoxe, inhérent au droit, de la décision indécidable (p. 166). Aussi programmées que soient les décisions, il demeure des cas limite. Parmi les milliers de décisions conformes au droit que prennent les administrations ou les juridictions, l'organi-

131. Voir note 16.

132. Carl SCHMITT, « Legalität und Legitimität », in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* [Essais de droit constitutionnel des années 1924-1954. Matériaux pour une doctrine constitutionnelle], Berlin : Duncker & Humblot, 1958, p. 274. Pour Carl Schmitt, la notion d'État de droit n'a pas de sens technique, du point de vue juridique, mais est un pur instrument de propagande.

133. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 422 et suiv.

134. *Ibid.*, p. 310 et suiv.

sation juridique se heurte parfois à des paradoxes, à l'indécidable. Ce sont d'ailleurs ces situations qu'on retrouve sous les feux des médias. Il est tentant, dans certains courants de la théorie juridique, de mettre en avant cette sorte de situation. Pour les médias de masse, c'est le fonctionnement courant du droit qui est occulté, ce qui constitue un paradoxe de la communication. On tend ainsi souvent à insister sur l'aléa, l'arbitraire du droit, etc. L'« auto-observation » du droit traite de ce genre de question à travers des courants théoriques tels que les approches « critiques » (comme les *Critical Legal Studies*, aux États-Unis¹³⁵) ou les théories prétendent « réalistes ». Ici, les auteurs tendent à voir dans le droit un système régi par la décision ou l'arbitraire. Mais il ne s'agit là que d'une théorisation polarisée sur des situations à la fois nécessaires et marginales.

La gestion de l'aléa, de l'arbitraire ou du paradoxe est précisément organisée autour de l'interdiction du déni de justice (p. 169). Globalement, insistons sur ce point, les décisions sont, de façon générale, programmées. Il suffit, à titre d'illustration, d'appliquer ce type d'analyse au fonctionnement concret du système fiscal. Le droit fiscal réalise, selon Luhmann, le couplage entre droit, politique et économie¹³⁶ (p. 129). L'évaluation du montant de la dette fiscale se traduit par une apparente décision, qui prend la forme, par exemple, d'un avis d'imposition. Cependant, en pratique, dans presque tous les cas, la décision est automatique. Les administrations prennent de telles décisions à l'aide de logiciels qui traitent les données transmises par voie de déclarations. Les contentieux représentent une part marginale des situations traitées par le système fiscal. Parmi ces contentieux, les situations difficiles, les cas limite sont encore plus rares. C'est que la fonction sociale du droit consiste justement, comme il a été vu, dans la suppression de l'aléa. En vérité, si le droit était fondamentalement régi par l'aléa, la société en viendrait tout naturellement à se passer du droit, à trouver un autre mode de traitement de l'aléa. Il n'en reste pas moins qu'il demeure, au sein du droit, des situations paradoxales, des cas indécidables. Le droit comme sémantique tient compte de telles situations, organise leur traitement, à travers l'interdiction du déni de justice. Le concept de déni de justice constitue donc la programmation de la décision des cas indécidables.

Déduire de l'existence de cas indécidables l'idée que l'indécidable est l'essence du droit est une erreur typique des théoriciens qui n'ont pas affaire à la pratique, ou des non-juristes qui n'observent le droit qu'à travers le prisme des médias de masse. L'interdiction du déni de justice doit être mise en regard avec l'équité comme « formule de contingence », telle qu'elle a été évoquée plus haut. Il va de soi que la notion d'équité n'intervient que lorsque échoue la programmation des solutions. L'appel à l'équité permet, dans le cas limite, de décider dans le contexte de l'indécidable. L'organisation juridictionnelle dispose d'un autre moyen de garantir la légitimité de la décision dans le contexte de l'indécidable, et c'est là la fonction du décorum. Le « paradoxe de la décision »¹³⁷ dans le cas indécidable est ici réduit

135. *Ibid.*, p. 361, et p. 373 note 88. Les guillemets au mot « critiques » viennent de Luhmann.

136. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 781.

137. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 307 et suiv.

à l'invisibilité par diverses mystifications (p. 169). Les tribunaux, comme chacun sait, symbolisent l'autorité à travers l'apparat des vêtements, des rituels, etc. Luhmann dit que le rituel, dans le fonctionnement juridique, institue une communication fondée sur l'évitement de la communication (p. 182). L'erreur, cependant, serait d'inférer des conséquences théoriques générales de ce fait, ce qui est un travers des analyses des sociologues relevant de mouvances prétendument critiques, qui voient dans le droit l'instrument de la domination sociale.

En effet, le droit ne se réduit ni aux cas limite, c'est-à-dire au paradoxe, ni même au contentieux. Réduire le système juridique au contentieux équivaut à analyser la fonction des feux de circulation au seul regard des infractions des automobilistes. D'une façon générale, les automobilistes respectent les feux de signalisation parce qu'ils redoutent les accidents. De même, l'administration fiscale se fie en général aux déclarations du contribuable. Ici elle ne fait pas preuve de naïveté, mais de pragmatisme. Le système de la déclaration est peu fiable, mais plus économique que tout autre système. Aussi le redressement fiscal, dans le fonctionnement de l'administration fiscale, est-il marginal et non une méthode généralisable d'évaluation de l'assiette de l'impôt. D'autre part, le contribuable pris en faute, en général, préférera accepter le redressement ou négocier avec l'administration fiscale. Le système financier étatique, régi par le droit fiscal, fonctionne ainsi globalement sans heurt. Ce n'est qu'exceptionnellement que surgit le contentieux, et encore plus rarement que le juge se trouve devant des cas difficiles. Dans ces cas, le paradoxe de décisions prises face à l'indécidable se trouve traité, on l'a vu, par une norme juridique, telle que celle de l'interdiction du déni de justice ou celle de l'équité. Le droit fonctionne comme programmation des décisions jusque dans le contexte de l'indécidable. En d'autres termes, l'interdiction du déni de justice, avec le décorum, peut s'analyser comme une mystification, consistant à rendre invisible le paradoxe des décisions indécidables (p. 171). Mais on a là un élément inhérent au système juridique. Dénoncer les paradoxes et les mystifications du système juridique n'ébranle nullement celui-ci.

La sémantique du droit a vocation à traiter ce type de problème, car le système juridique, comme toute sémantique, repose sur des tautologies et des paradoxes. Gérer le paradoxe par la mystification participe, selon Luhmann, du fonctionnement normal du système juridique. Mais d'une façon plus générale, la gestion du paradoxe est inhérente au fonctionnement social. Le fait que le système politique engage les mouvements politiques contestataires à se structurer en partis politiques, à concourir aux élections et, le cas échéant, à exercer des fonctions de gouvernement, manifeste un processus semblable¹³⁸. Le système social, de la sorte, accède à une stabilité croissante, en dépit, et même, faudrait-il dire, à l'aide des conflits, des paradoxes et des contradictions.

¹³⁸. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 856.

Conclusion. Pourquoi les juristes doivent-ils lire les livres de Niklas Luhmann ?

Une façon dont le droit se décrit réside dans l'idée que *le droit est une herméneutique*, un système d'interprétations. Cela vaut pour la pratique, qui consiste en l'interprétation de textes qu'on subsume abstraitement sous le concept de normes juridiques. Cela est également vrai de la théorie juridique, qui est, pour ainsi dire, l'interprétation ultime et synthétique du droit, c'est-à-dire, en d'autres termes, l'interprétation des interprétations, ce que Luhmann appelle une « observation de second ordre » par le droit lui-même. Comme toujours en matière d'herméneutique, il serait naïf de croire qu'il existe une interprétation définitive, une vérité. Les théories juridiques sont autant de perspectives qui comportent leur utilité, et qui doivent avant tout être considérées sous l'angle de l'efficacité concrète. La théorie de Luhmann donne un éclairage singulier sur la théorie juridique. Celle-ci est certes un domaine difficile d'accès, et les juristes tendent parfois à chercher à s'en débarasser en avançant qu'il ne s'agit que d'abstractions inutiles. Or, comme le montre Luhmann, le droit est un système, non seulement dans l'esprit des théoriciens, mais aussi en pratique. Lorsque le juge constitutionnel pose que le principe d'égalité suppose le traitement égal de situations identiques, on se trouve, comme cela a été vu précédemment, au plus haut niveau de l'abstraction juridique. En ce sens, le travail théorique sur le droit ne doit pas être vu comme le propre de quelques juristes officiant dans les universités, mais comme un phénomène profondément juridique. « L'évolution du droit, pense Luhmann, présuppose le développement d'une dogmatique juridique, qui permet et garantit la consistance de la décision juridique » (p. 138). La théorie juridique, selon Luhmann, est une « autoréflexion » du droit comme système (p. 132 et suiv.). En suivant Luhmann, on pourrait même poser que nombre de difficultés rencontrées dans le fonctionnement du droit résultent d'un manque de théorisation. La pratique juridique ne peut se discipliner que par un tel effort d'« autoréflexion ».

Ainsi, l'« autoréflexion » en droit intervient dès la pratique, et elle consiste tout d'abord, comme il vient d'être dit, en ce qu'on appelle l'interprétation. L'interprétation peut être définie comme le travail sur les textes qui leur permet d'être applicables. C'est donc un produit de la nécessité d'arriver à des solutions. C'est en pratique qu'on commence à théoriser¹³⁹ (p. 134). Toutes les théories sont-elles fondées et utilisables ? Bien sûr que non. Certaines théories échouent, de même que le juge ou l'avocat, en pratique, peuvent commettre des erreurs. L'œuvre de Niklas Luhmann nous incite à prendre la théorie du droit au sérieux. La présentation synthétique que nous offre Thomas Huber constituera un excellent point de départ pour théoriser le droit sous l'égide de l'approche de Niklas Luhmann. À travers les développements qui précèdent, il s'est agi de mettre en évidence l'utilité de la théorie juridique de Niklas Luhmann. Aujourd'hui le droit est en butte à de multiples critiques et à de nombreuses sollicitations. Certains dénoncent le droit comme l'instrument d'une domination strictement politique. Les autres voudraient lui faire traiter toutes sortes de problèmes sociaux qui ne sont en fait pas de son ressort. À

139. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 9.

quoi sert le droit ? Comment fonctionne-t-il ? Ces questions ne sont nullement vaines ou inutiles. Luhmann, par exemple, cela a été montré plus haut, défend l'idée d'une fonctionnalité sociale concrète de la notion d'État de droit, et contribue de la sorte à dépasser les conflits autour des abstractions morales, des protestations vertueuses ou des lignes de positionnement politique. L'œuvre de Niklas Luhmann ouvre donc aux juristes des perspectives nouvelles, et qui restent à exploiter, à travers ce qu'on pourrait appeler une *théorie sociologique du droit* et dont la question centrale serait celle de la *fonction sociale du droit*.

Lu pour vous

- **BASTARD Benoit et MOUHANNA Christian, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris : PUF, coll. « Droit et justice », 2007, 200 p.**

Compte rendu par Christophe MINCKE (Centre d'études sociologiques, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles).

La tendance à l'accélération du traitement des affaires pénales n'est pas une nouveauté en France. Force est cependant de constater que ce mouvement s'est renforcé au fil du temps. Il s'agit là d'une des tendances lourdes des systèmes répressifs occidentaux ces vingt dernières années (à tout le moins).

En France, l'une des incarnations les plus remarquables de ce que l'on peut appeler la « justice accélérée » est le traitement en temps réel (TTR). Ce mécanisme est l'institutionnalisation d'une communication rapide et intégrale au parquet des infractions constatées par les services de police. Il s'agit pour ceux-ci de joindre téléphoniquement les parquetiers, lesquels donnent une orientation immédiate au dossier (fixation à une audience de comparution immédiate, convocation par officier de police judiciaire, « troisième voie », etc.). Le TTR contribue à redessiner les équilibres hiérarchiques et les principes organisationnels de la chaîne pénale, ce que les auteurs se proposent d'étudier. *Une justice dans l'urgence* est ainsi le résultat d'une étude extrêmement approfondie du TTR dans neuf tribunaux de grande instance. C'est l'aspect organisationnel qui est clairement privilégié. Le matériau empirique est constitué d'observations et, surtout, d'entretiens avec des acteurs de l'ensemble de la chaîne pénale, de la police au siège, en passant par le parquet et par les acteurs de la « troisième voie » (délégués du procureur, médiateurs, etc.). C'est là le tour de force de l'ouvrage : réussir à nous donner une vision globale du système dans ses équilibres et dans son fonctionnement.

Nous ne pouvons rendre compte ici de l'ensemble des enseignements de l'étude, qu'il nous soit pardonné de choisir les éléments qui nous ont paru les plus frappants.

En premier lieu, est mis en évidence le fait que le TTR n'est pas une innovation imposée au système répressif contre la volonté de ses membres. Il prend place dans un contexte favorable : celui d'une crise de légitimité du système. Les mots d'ordre du TTR – tout traiter, réagir vite et améliorer les synergies – sont donc perçus par les acteurs du système comme des moyens de faire mentir les critiques qui s'adressent à eux.

Deuxièmement, il apparaît que le TTR n'est pas organisationnellement déterminé. Il n'est en effet pas porteur d'un modèle rigide de fonctionnement, mais laisse aux acteurs locaux – et essentiellement au procureur de la République – le soin de déterminer les modalités exactes de son application en fonction des besoins et des ressources du TGI considéré. Ainsi un TGI important pourra-t-il se permettre de créer des structures spécifiques au TTR, lesquelles fonctionneront parallèlement à celles préexistant, tandis que, dans d'autres ressorts, les ressources limitées impliqueront une prise en charge du TTR par des acteurs qui ne lui seront pas entièrement affectés et qui, dès lors, se partageront entre lui et les procédures classiques.

Troisièmement, la recherche met en évidence l'importance de la modification des modalités du travail du parquet du fait de l'introduction du TTR. C'est presque un nouveau métier qui émerge, fait de tension, de rapidité, mais aussi d'exaltation. Les parquetiers, notamment, vivent le TTR à la fois comme une lourde contrainte et comme l'opportunité de prendre la réalité à bras-le-corps. C'est une nouvelle éthique du travail parquetier qui émerge, les magistrats faisant corps avec la vision de la justice et de la répression qui accompagne le TTR. Ce dernier est donc l'occasion de l'émergence d'une nouvelle génération d'acteurs.

En quatrième lieu, il convient de pointer ce qui nous semble être un des enseignements essentiels de l'ouvrage : la modification profonde des équilibres entre les différentes composantes de la chaîne répressive au profit de son amont. L'hypothèse pouvait raisonnablement être faite que la réforme de la communication entre acteurs aurait un lourd impact sur les rapports de pouvoir au sein du système. Le livre en fait ici la claire démonstration. Deux éléments semblent tout particulièrement peser : l'impératif de signalement au parquet de tout fait délictueux, et l'exigence d'immédiateté de la décision du parquetier. Le résultat en est un important déplacement du centre de gravité du processus répressif. Classiquement, l'on considère que c'est le décideur qui détient les clés du système. C'est donc en aval de la chaîne de traitement que se trouvent les acteurs les plus importants : le parquet en tant qu'organe de décision sur la suite à donner à un dossier, et le siège qui juge du fond du dossier. Sous l'effet des impératifs d'exhaustivité et de rapidité, l'amont prend une importance nouvelle. Les policiers en patrouille approvisionnent massivement les commissariats en faits délictueux, lesquels sont répercutés sur les magistrats du ministère public. Cette situation pose bien entendu au parquet un défi majeur : celui de ne pas se laisser submerger et de prendre une décision pour chaque dossier. Le parquet travaille donc à un rythme soutenu, prend des décisions visant à réagir effectivement à l'infraction, et noie à leur tour les magistrats du siège. Le refus du tri et de la limitation de l'ampleur de la réaction entraîne donc l'obligation de donner suite à un flux ingérable de dossiers. La productivité devient alors l'un des critères essentiels d'évaluation du travail des acteurs de la chaîne répressive et les différents services sont à la merci de ceux qui les approvisionnent.

En cinquième lieu, les auteurs montrent combien ce qui peut apparaître comme une modification quantitative des conditions de travail influe directement sur la qualité du travail accompli. Prééminence des délinquances qu'il est possible de

traiter par des voies rapides au détriment des affaires plus complexes, émergence d'une « barémisation » des décisions, usage accru de la comparution immédiate, progression des condamnations à des peines de prison sont quelques-unes des mutations qui sont pointées.

Enfin, les auteurs terminent leur ouvrage sur une analyse des raisons qui peuvent expliquer la faiblesse et l'impuissance de la résistance au développement du TTR : en panne de projet alternatif pour la justice, les acteurs qui ne voient pas ce mouvement d'un bon œil ne parviennent pas à se faire entendre.

L'ouvrage dont nous rendons compte est une mine d'informations et offre un large panorama sur les conséquences de l'introduction du TTR. En ressort l'image d'une réforme reposant sur un discours qui fait mouche et, en cela, répond à une crise importante de la légitimité du système répressif – et plus particulièrement du système de justice pénale. Ces caractéristiques semblent essentielles pour expliquer la conquête rapide et si peu contestée d'un appareil d'État ancien et structuré par une réforme qui a abouti à lier les mains de ceux-là mêmes qui en réclamaient l'avènement.

Au terme de l'ouvrage, on reste sur sa faim, tant on aimerait que, du constat empirique, on passe à une réflexion plus large. On aimerait des considérations sur les conditions discursives et concrètes de la répression pénale et sur la vision que l'on peut proposer de l'évolution récente de la pénalité. On voudrait des pages rapprochant les discours soutenant le TTR d'autres discours sociaux valorisant, eux, la flexibilité, la gestion à flux tendu et une conception processuelle de l'agir humain. Quand l'inaction n'est plus retenue mais immobilisme, quand la rapidité n'est plus une urgence exceptionnelle mais le mode de fonctionnement « par défaut » d'un système, quand l'action devient sa propre justification, il y a fort à parier que le sens de l'agir humain est en voie de mutation.

Mais voilà qui est trop en demander ! Les auteurs cherchaient à donner une vue détaillée d'un dispositif. Ils y parviennent pleinement. Il appartiendra à d'autres chercheurs de s'emparer de leur travail pour alimenter leurs réflexions. Souhaitons que celles-ci soient aussi transversales que possibles.

- **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.**

Compte rendu par Laurent WILLEMEZ (Université de Poitiers).

Les travaux socio-historiques consacrés au droit se sont souvent intéressés à la construction des normes juridiques et à leurs effets sur la réalité sociale. Moins courante est l'attention portée aux producteurs et aux utilisateurs de ces normes, dans leur activité quotidienne comme dans leurs trajectoires sociales. C'est tout l'intérêt de cet ouvrage réunissant des études faisant du biographique la clé d'entrée dans l'analyse du champ juridique et judiciaire, et issu d'un colloque organisé à Namur (Belgique) en décembre 2006, lui-même intégré dans un projet plus large de

biographie collective – ou encore de prosopographie – des acteurs de la justice dans la Belgique des XIX^e et XX^e siècles. Outre la double spécificité de son approche (s'intéresser à des professionnels du droit en situation, dans leur activité pratique de maniement des outils et des catégories juridiques), l'ouvrage déploie plusieurs exigences paradoxales : tenir un discours tout à la fois épistémologique et méthodologique sans renoncer à des hypothèses plus substantielles ; faire cohabiter des études consacrées à des périodes très différentes, de la fin du Moyen Âge à la fin des années 1970 ; proposer des analyses sur des espaces géographiques très divers : la Belgique, la France, le Québec, l'Italie et l'Allemagne ; enfin, réunir des représentants de différentes disciplines scientifiques (histoire sociale, histoire du droit, sociologie) autour d'un objet commun.

L'hétérogénéité des vingt-trois textes ainsi rassemblés (qui empêche de les citer tous) est probablement le prix à payer de ces ambitions multiples, mais elle ne masque pas le propos central de l'ouvrage : montrer que, dans chaque configuration temporelle et spatiale, il existe un milieu juridique et judiciaire, avec des acteurs interdépendants mais partageant un même intérêt et une même croyance dans le droit comme mode d'ascension sociale et comme mode de légitimation de leur autorité et de leur position dans l'ensemble de l'espace social. Ainsi que le montre Vincent Bernaudeau dans son introduction, la multiplicité des « communautés, corps et institutions auxquels ils appartiennent » n'empêche pas ces praticiens du droit de partager le fait que le savoir et la compétence (de quelque manière qu'ils soient attestés) leur donnent toute légitimité pour intervenir dans le gouvernement des sociétés, ce qui permet alors de souligner la « plasticité des frontières entre droit, politique et société ». Plutôt que de dresser un inventaire de la diversité des configurations et des milieux socio-juridiques présentés dans l'ouvrage, il vaut mieux tirer quelques fils de l'ensemble du volume pour interroger à de nouveaux frais la question socio-historique des acteurs du champ juridique et judiciaire, à travers le caractère polymorphe et divers du capital juridique qu'ils détiennent et qui leur donne leur légitimité.

En premier lieu, comme souvent dans ces publications réunissant des communications fort diverses, l'ouvrage peut tenir lieu de boussole bibliographique et historiographique : il montre, par exemple, la vitalité des travaux sur les professions juridiques au Canada, soulignant *a contrario* la faiblesse des recherches dans ce domaine en France, et ce, malgré le renouveau des travaux qui semble s'amorcer, par exemple concernant les avocats et les magistrats au XIX^e siècle. Dès lors, l'ouvrage permet d'initier le lecteur français à des problématiques dont il est peu coutumier, qu'il s'agisse de la manière dont les juristes québécois inventent, à la fin du XVIII^e siècle, un droit spécifique, à mi-chemin du droit français et du droit anglo-saxon, conduisant les professionnels du droit et de la justice à intégrer un double héritage légal, ou bien de la place de la question linguistique (en lien avec les différences de classes et l'exercice du pouvoir) dans la magistrature bruxelloise du milieu du XIX^e siècle.

L'ouvrage a aussi une dimension proprement méthodologique, en ce qu'il donne à voir les diverses manières de traiter la question biographique en histoire.

En cela, le sous-titre de l'ouvrage « Approches prosopographiques » est quelque peu trompeur, à moins qu'il ne s'agisse de faire preuve d'une ambition supplémentaire, qui serait d'élargir le sens du terme « prosopographie » à l'ensemble du travail biographique : de fait, plusieurs contributions décrivent des biographies individuelles, voire des biographies familiales, certes en les réinsérant dans le contexte socio-historique du moment, mais sans pour autant les intégrer dans une biographie collective ; d'autres analysent des groupes mais sans passer par un travail de quantification et d'établissement de modèles. Car l'on comprend, à lire les autres contributions, que la prosopographie renvoie à un certain nombre de questions communes à l'ensemble des sciences sociales dès lors qu'il s'agit de pratiquer un travail de modélisation de la réalité sociale. Il est d'ailleurs fort rare qu'un ouvrage de ce type entre ainsi dans la « cuisine » du chercheur en interrogeant les modes de constitution d'un échantillon (et donc des conditions d'exclusion d'individus du corpus), les formes de codage et le traitement informatique des données¹. Les auteurs suggèrent ainsi l'effort de collectivisation des problèmes et du métier d'historien que porte avec elle la prosopographie, au sens où, à rebours d'une certaine histoire, les individus sont d'abord perçus comme appartenant à des groupes sociaux, mais aussi au sens où le chercheur peut de moins en moins produire seul, dans son bureau ou aux archives, les données permettant de produire un modèle. Plus encore, l'ouvrage permet de montrer au concret les tensions, communes à l'ensemble des chercheurs en sciences sociales, entre le « récit » et le « modèle »².

Au-delà de cette perspective proprement méthodologique, le volume permet de revenir sur la légitimité sociale des praticiens du droit. Il est vrai que cette expression est si large qu'elle en est discutable, puisqu'elle réunit des individus qui semblent parfois ne rien avoir en commun (qu'il s'agisse des toutes petites professions juridiques que sont, dans certains espaces ruraux, les notaires, des hauts-fonctionnaires prussiens ou de hauts magistrats de la Cour de cassation). Pour autant, ces juristes partagent un certain nombre de propriétés, qui font leur spécificité dans l'espace social : une bonne partie des figures présentées dans l'ouvrage ont une même pente ascendante dans la trajectoire sociale de leur famille, et leur ascension sociale s'appuie précisément sur leurs diplômes, leurs savoirs, leur appartenance professionnelle, bref le capital juridique qu'ils ont acquis par leur fréquentation des écoles de droit³. Mais cette légitimité méritocratique, qui est particulièrement affirmée dans la France du XIX^e siècle, est au fondement de formes beaucoup plus classiques de reproduction, en particulier à travers le mariage, la production et l'entretien de capital social. Au final, l'ouvrage montre comment se créent un véri-

1. À la façon de Claire LEMERCIER (qui est d'ailleurs l'une des contributrices de l'ouvrage) et Claire ZALC dans leur ouvrage *Les méthodes quantitatives pour l'historien*, Paris : La Découverte, coll. « Repères », 2007.

2. Jean-Yves GRENIER, Claude GRIGNON et Pierre-Michel MENGER (dir.), *Le modèle et le récit*, Paris : éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2001.

3. Au passage, les différentes contributions montrent la faible qualité des écoles de droit jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ce qui fait d'elles plutôt des institutions de consécration, voire d'ordination, que des lieux d'apprentissage de savoirs et de savoir-faire (sur cette problématique, cf. Pierre BOURDIEU, *La noblesse d'État*, Paris : éditions de Minuit, 1989).

table système dynastique et une hérédité judiciaire, le capital juridique étant incorporé, comme un titre l'est dans la noblesse, dans l'héritage familial.

Enfin, l'ouvrage permet d'interroger la question de l'autonomisation du droit par rapport au politique. Sa lecture donne un sentiment, peut-être trop évolutionniste, d'une conquête par le droit de son autonomie, depuis le Moyen Âge marqué par une fusion des élites juridiques et étatiques jusqu'à la professionnalisation du métier d'avocat ou de magistrat, dont les années 1980 marqueraient l'aboutissement. Au-delà de ce schéma général, les contributions montrent à quel point les notaires, avocats, magistrats sont d'abord des notables, des sortes de « touche-à-tout » non spécialisés (ils sont aussi écrivains, artistes ou mécènes, mais aussi élus locaux ou députés), qui investissent en particulier le champ politique au cours du XIX^e siècle, sans doute moins du fait de leurs savoirs ou de leurs diplômes que de par leur position, qui fait d'eux des dominants dans les sociétés locales où ils sont implantés. Le droit est alors d'abord un instrument parmi d'autres de légitimation sociale, ce qui renvoie à l'interrogation finale de Christophe Charle dans sa conclusion sur la spécificité d'une domination sociale par l'activité juridique et sur l'autorité propre à la position de praticien du droit.

- **BOURGOIN Nicolas, *Les chiffres du crime. Statistiques criminelles et contrôle social (France, 1825-2006)*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2008, 174 p.**

Compte rendu par Gilles FERRÉOL (Laboratoire de socio-anthropologie, Université de Franche-Comté, Besançon).

Dans cette contribution, structurée en cinq grandes parties de nature à la fois réflexive et socio-historique, l'auteur reprend à son compte la problématique anglo-saxonne du *dark number* et nous invite à réfléchir aux rapports qu'entretienennent enregistrement statistique et réalité sociale en matière de criminalité. Celle-ci, est-il rappelé à juste titre, demeure difficile à appréhender.

En premier lieu, la valeur de l'instrument de mesure doit être questionnée. Si les données judiciaires sont anciennes puisqu'elles datent de 1825, celles de la police et de l'administration pénale sont en revanche beaucoup plus récentes. Les unes comme les autres souffrent cependant d'une absence d'unité dans la méthode, car elles ont principalement pour but de ne prendre en charge que l'activité des services qui les établissent. La superposition de ces différents clichés pourrait permettre, en théorie du moins, de se faire une idée assez précise des grandeurs mises en jeu, à condition toutefois que les conventions retenues puissent être uniformisées. Cette opportunité n'est guère envisageable dans la pratique courante : les rubriques employées n'ont généralement pas la même signification aux yeux de chaque institution. Par ailleurs, la confrontation des chiffres d'une année sur l'autre ne traduit pas nécessairement une variation sensible de la criminalité. Dire qu'il y a eu en 2009 plus de condamnations qu'en 2008 ne signifie pas obligatoirement une recrudescence très marquée de la délinquance. Cet accroissement peut trouver son explication dans une efficacité accrue des personnels chargés de la répression. N'oublions pas, en outre, que si les délits de violence augmentent de manière arithmétique, le

sentiment de peur ou d'angoisse suit pour sa part une progression géométrique, l'effet d'amplification par les médias ou par telle ou telle fraction de la classe politique étant loin d'être négligeable.

On peut donc légitimement se demander avec Nicolas Bourgoïn si ce que nous ignorons du phénomène n'a pas finalement autant d'importance que ce que nous pouvons en connaître. Le « chiffre noir » du crime ne peut être dès lors passé sous silence. Si nous examinons ainsi les atteintes aux mœurs, seul un faible pourcentage des agressions sexuelles est effectivement réprimé. La pudeur, la crainte du scandale ou de représailles conduisent en effet certaines victimes à ne pas signaler les actes délictueux dont elles ont été pourtant l'objet. De même, le relevé des procédures pour infractions à la réglementation bancaire ne donne qu'une indication très approximative du nombre de chèques sans provision. Quant aux chauffards contre lesquels une inculpation d'homicide ou de blessures involontaires n'a pu être juridiquement retenue, leur évaluation est largement sous-estimée.

Doivent être ici pris en compte, dans le sillage des travaux de Philippe Robert, Claude Faugeron ou Bruno Aubusson de Carvalay, de multiples facteurs comme la visibilité de l'acte commis, le renvoi ou la recevabilité de la plainte, les contraintes organisationnelles (songeons à la surcharge de travail ou à l'insuffisance des effectifs), les modifications de la législation, les variations dans l'appréciation des seuils de gravité ou bien encore l'évolution des capacités de filtrage ou d'élucidation. On peut, dans cette optique, faire valoir que l'itinéraire criminel est bien un « parcours hautement sélectif » (p. 31), que les catégories juridiques ne font que traduire des « rapports de force » (p. 51) et que, selon le niveau d'instruction, la nationalité ou la position occupée, le vieil adage « deux poids, deux mesures » (p. 91) reste toujours d'actualité, les jeunes et les étrangers étant souvent montrés du doigt. Au final, et au-delà des changements de surface, prévaut une « remarquable continuité » (p. 11).

Toutes ces analyses nous éclairent utilement, même si quelques propos peuvent paraître parfois hâtifs ou insuffisamment étayés, sur les processus de désignation ou d'étiquetage, sur la thématique de la dangerosité ou de l'« institutionnalisation de la fonction sacrificielle » (p. 140), ainsi que sur le rôle joué par l'appareil d'Etat dans la mise en œuvre de politiques sécuritaires à l'écoute d'un « nouveau sens commun punitif » (note 280, p. 133) appelant de ses vœux une « tolérance zéro », un « alourdissement des peines » et le « ciblage de populations ou de territoires considérés à risques ».

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

Compte rendu par Máté PAKSY (Doctorant, Centre de théorie du droit, Université Paris Ouest – Nanterre - La Défense).

Grâce au travail précis de Jean-Fabien Spitz et à son éditeur, Bruylant, une collection des essais de Ronald Dworkin est désormais accessible au public français. Présenter en quelques pages la traduction française de *Sovereign Virtue* est sans doute une tâche difficile, étant donné la complexité du raisonnement de l'auteur américain et la richesse de la littérature secondaire anglophone et francophone.

Nous nous bornerons ainsi à faire juste quelques courtes remarques d'abord sur le contenu et le contexte du livre, puis sur la réception de la traduction par la communauté francophone des philosophes du droit.

Les études de Dworkin recueillies dans ce livre sont considérées – y compris par ses critiques – comme une des contributions les plus marquantes depuis l'apparition de la théorie de la justice de Rawls (1971). Le projet de Dworkin peut être interprété ainsi comme un effort pour préciser et corriger cette théorie. Tandis que pour Rawls c'est la justice qui doit être la première vertu des institutions sociales⁴, chez Dworkin c'est l'égalité qui doit être conçue comme la vertu souveraine, c'est-à-dire autonome par rapport aux autres valeurs. La liberté ne se trouve d'ailleurs que dans « l'ombre de l'égalité » (p. 230-234 ; p. 219-315). Dworkin rejette aussi une certaine forme d'utilitarisme classique, ce qu'il baptise « égalité de bien-être » (p. 53-134). Guidé par le « principe de l'abstraction », sa théorie de « l'égalité de ressources » (p. 135-218) essaie d'éliminer les différences aléatoires (les « chances », « talents », « handicaps ») entre les individus avec plus de subtilité que ne le fait « la voile de l'ignorance » dans la théorie de Rawls (Dworkin ne trouve d'ailleurs pas non plus opératoire l'idée de « la position originelle »).

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne la méthodologie développée et le but poursuivi, il n'est pas difficile de reconnaître une « ressemblance de famille » entre la pensée de Rawls et celle de Dworkin. Ce dernier utilise aussi les modèles contre-factuels (par exemple « vente aux enchères imaginaires », « impôts comme assurance »), les principes (par exemple « principe de l'authenticité », « principe de l'indépendance »), les tests (par exemple « test d'envie »), et son but principal est de justifier la version du libéralisme favorable à l'État-providence. Dworkin estime, tout comme son maître, qu'il n'est pas impossible de réconcilier l'effectivité économique avec l'exigence égalitaire kantienne, et notamment, de traiter les individus avec une attention égale.

Jetons un coup d'œil sur la réception de la pensée dworkinienne par la communauté francophone des philosophes du droit. Mais, tout d'abord, nous souhaitons partager notre première impression avec nos lecteurs. Ceux qui ont eu l'occasion de prendre simultanément entre leurs mains la version originale parue en 2000⁵ et la traduction ont pu découvrir en couverture *La peseuse d'or ou la femme à la balance* de Vermeer, provenant de la collection de la Galerie nationale de Washington. Le tableau est le portrait d'une femme riche, debout devant un miroir, tenant dans sa main droite une balance parfaitement équilibrée, au-dessus d'une table sur laquelle est posé un coffret d'où sortent des perles et autres bijoux. Sur le mur, derrière le modèle, apparaît une peinture représentant le jugement dernier, contrastant avec la justice et la richesse symbolisée par la femme. Mais tandis que, sur la page de couverture de l'édition anglaise, le chef d'œuvre de Vermeer est reproduit entièrement, la version française n'en présente qu'une partie : les mains féminines tenant la balance, et le coffret à bijoux sur la table. Même si, très probablement, ni

4. John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris : Seuil, 1987, p. 29.

5. Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue : The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (MA) : Harvard University Press, 2000.

Spitz ni Dworkin n'ont choisi l'illustration de la couverture, rien ne nous empêche de relever les différences.

D'abord, la traduction – par ailleurs brillante, tout comme la présentation (p. 9-42) non moins excellente (montrant d'une manière formidable les liaisons entre l'œuvre présentée et le *Taking Rights Seriously* ou le *Matter of Principle*) – par rapport à l'œuvre américaine semble avoir subi le même sort que l'illustration⁶. Ensuite, la différence entre la peinture entière et sa partie symbolise bien l'influence limitée de Dworkin sur la science juridique et la philosophie du droit francophone. Cette deuxième différence mérite une analyse plus détaillée.

En restant dans le cadre de la métaphore, la science juridique francophone, si l'on ose dire, semble se désintéresser de la figure de la femme, et encore plus de la salle dans laquelle elle se trouve. Les questions centrales pour Dworkin – la « meilleure » théorie de l'égalité, la redistribution juste des biens sous le contrôle d'une autorité légitime – sont presque parfaitement exclues du champ de l'analyse scientifique. Un manuel du droit constitutionnel français, par exemple, justifie telles exclusions en raison de la nature des problèmes étudiés et le refus d'être engagé dans un discours prescriptif. La justice est une des sources matérielles du droit et la légitimité (si elle n'est pas le synonyme de la légalité) dépend de l'évaluation des questions politico-juridiques⁷. Ce qui reste du tableau originaire n'est alors rien d'autre que la balance et ce qui reste à expliquer, ce sont les contraintes qui produisent son équilibre⁸. (Mais est-il vrai qu'une description objective de la loi de gravitation permet de comprendre la peinture elle-même ?) Ce qui manque, ce sont les raisons pour lesquelles nous trouvons belle la peinture de Vermeer. Le seul cas hypothétique dans lequel Dworkin pourrait être pris au sérieux par la science juridique empirique (ou par la « théorie réaliste »), c'est lorsqu'un interprète authentique utilise ses arguments dans la motivation de sa décision. Mais les juges français sont plus républicains qu'égalitaristes. Ainsi, par exemple, dans les débats français sur le fameux cas « Perruche » ou bien dans les commentaires faisant suite à la révision de l'article 3 de la constitution française (dont le but était d'assurer l'égalité des chances et le traitement préférentiel), les arguments dworkiniens n'ont été utilisés qu'à titre exceptionnel.

La science juridique positiviste préfère traiter de l'égalité *devant* la loi mais un peu moins de l'égalité *par* la loi. Le purisme kelsenien nous enseigne que « poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans

6. Ainsi, la traduction française n'englobe ni la deuxième partie (Part II : « Practice »), ni les derniers chapitres du premier titre (Part I : « Theory » ; 5 : « Liberal Community », 6 : « Equality and the Good Life » ; 7 : « Equality and Capability »), qui contiennent parmi d'autres les réponses de Dworkin – cf. le fameux chapitre 7 de la version originale (dont il est fait référence p. 52 de la version française) – aux critiques portant sur ses conceptions en matière d'égalité. Ce qui nous semble un peu maladroit ou voire même regrettable, ce n'est pas la partialité elle-même, mais le fait qu'elle ne soit indiquée que par une demi-phrase de la présentation (p. 9).

7. Cf., par exemple, Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ., 26^e éd., 1999, p. 38 : « Une théorie positiviste ne s'intéresse, par conséquent, qu'aux sources formelles, c'est-à-dire aux techniques par lesquelles sont produites les normes juridiques. »

8. *Ibid.*, p. 55-60.

les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de régularité de l'application du droit en général »⁹. Autrement dit, l'égalité devant la loi assure simplement la légalité et, par cela, la sécurité juridique. Dworkin consacre aussi le quatrième chapitre (p. 317-357) à la question de l'égalité au sens politique, en développant sa conception et donc ses arguments dans le cadre de la théorie de la démocratie et du constitutionalisme. Sans doute, son critère de l'évaluation est très fort, voire arrogant. Selon lui, « aucun gouvernement n'est légitime s'il ne fait pas preuve d'une attention égale pour le destin de chacun des citoyens sur lesquels il prétend exercer son autorité et dont il cherche l'obéissance. Cette égalité d'attention est la vertu suprême de toute communauté politique, car sans elle le gouvernement n'est qu'une tyrannie [...] » (p. 43). Cela signifie alors qu'il faut élaborer une théorie de la justice qui peut garantir *par* le droit l'égalité des ressources pour les citoyens. Et cela signifie également que, du point de vue descriptif et sociologique, une grande partie des systèmes juridiques d'aujourd'hui sont tyranniques.

En tant que théorie, l'œuvre de Dworkin est bien pratique, et comme pratique, elle est très théorique. Cela s'explique parce que, aux États-Unis du moins, « les juristes sont les principaux consommateurs d'une théorie de la justice »¹⁰. L'auteur de *La vertu souveraine* s'attache alors à des questions concrètes telles que la question de l'impôt (p. 189-203) – en faisant au passage une critique de la théorie de Nozick (p. 206-209) – ou les dépenses électorales, la couverture médicale, le salaire minimum ou le volume de travail maximal (p. 223-226). Les solutions qu'il tente d'y apporter reposent sur une seule valeur, l'égalité, qui est d'ailleurs un élément constitutif de la philosophie politique libérale selon le même auteur. Un tel objectivisme méta-éthique n'est pas toujours bien reçu dans la communauté des philosophes du droit continentaux, qui défendent plutôt une méta-éthique anti-cognitivistique (Ross ou Kelsen) ou relativiste (Bobbio ou Perelman). Il n'en reste pas moins vrai que la valeur de l'égalité exerce un pouvoir de séduction sur tout le monde, autant que la beauté du modèle de Vermeer. Mais puisque les pouvoirs constituants adhèrent à plusieurs valeurs simultanément, les juristes européens préfèrent le pluralisme et ne défendent pas une seule valeur. Or, c'est justement ce « balancement » qui est rejeté par Dworkin.

Dans la préface à l'édition française, Dworkin remarque que le socialisme en Europe, à l'Est comme à l'Ouest, a « pollué » la vertu de l'égalité. L'impact partiel de la pensée de Dworkin sur les juristes européens doit être attribué à cette « pollution », d'une part, mais l'idée de la neutralité axiologique et la méta-éthique anti-cognitivistique sont, d'autre part, et selon nous, non moins « coupables ». La théorie « interprétative » (p. 7) semble, quant à elle, jouer une influence plutôt partielle en théorie et philosophie du droit européennes, lesquelles, lorsqu'il s'agit d'analyser la contribution de Dworkin, se limitent à la problématique des règles et des principes dans les ordres juridiques, la métaphore du « roman à la chaîne », ou le concept de

9. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris : Dalloz, 1962, p. 190.

10. Ronald DWORKIN, « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit », in Stefan WESCHE et Véronique ZANETTI (dir.), *Individu et justice sociale autour de John Rawls*, Paris : Seuil, 1988, p. 38.

« droit-intégrité »¹¹. Mais si on rassemble les différentes pièces de l'entreprise de Dworkin, on voit bien que la seule bonne réponse, découverte par Hercule en traitant les questions difficiles (*hard cases*), correspond toujours aux exigences de la « meilleure » théorie de l'égalité. Pour ceux qui, en Europe, voient en Max Weber le père fondateur de la théorie « interprétative », une telle approche paraît être une idéologie qui n'a rien à voir avec la science.

Loin de nous l'idée de trancher le débat entre un Dworkin qui ne sépare pas la politique, la philosophie politique, le droit constitutionnel et la philosophie du droit, et ceux qui pensent qu'une telle délimitation n'est pas simplement utile, mais indispensable avant de traiter un problème juridique comme celui de l'égalité. En d'autres termes, focaliser sur un détail d'un tableau ou bien se laisser impressionner par le tableau tout entier est une question de goût. Ceux qui prennent Dworkin vraiment au sérieux préféreront la seconde position. La présence d'une nouvelle traduction ne peut pas résoudre ce dilemme, mais elle permet d'en souligner le caractère essentiel.

■ **EBERHARD Christoph (dir.), *Law, Land Use and the Environment : Afro-Indian Dialogues. Enjeux fonciers et environnementaux : dialogues afro-indiens***, Pondichéry : Institut français de Pondichéry, coll. « Sciences sociales », 2008, xv-549 p.

Compte rendu par Gordon WOODMAN (University of Birmingham, UK).

This volume is derived from papers given at a conference in Pondicherry in March 2008. As Christoph Eberhard, the conference organiser and editor of the volume, explains in his introduction, the aim of the conference was to promote a « collective research dynamic » which would consider the « general theoretical debates » on the management of natural resources in the context of the « globalization of governance » and the increasingly accepted social goal of « sustainable development » (English, p. 1-8 ; French, p. 29-36).

The vision entailed interdisciplinarity and a large variety of sources of inspiration. Not only did the participants have a variety of professional expertise. It was planned to combine the experiences of Africa with those of India, and also to bring together French-speaking scholars from the Civil Law tradition with English-speakers from that of the common law. The composition of this volume displays a potentially stimulating variety of intellectual sources. After three introductory papers on general theory, there follow nine papers on « African Perspectives », and then seven on « Indian Perspectives ». The Preface (by David Annoussamy) and the introductory paper (by Christoph Eberhard) are printed in full in both English and French. The other two introductory papers are in French. All but one of the papers on Africa are in French, while all but one of the papers on India are in English. For each paper there is an abstract in the other language from that of its text.

11. *Grosso modo* donc les questions qui sont traitées dans les études de Dworkin traduites en français et présentées par Michel Troper dans le dossier sur « Ronald Dworkin » paru dans la revue *Droit et Société*, 1, 1985 (Première partie). Cf. également les études (d'ailleurs très critiques, par exemple sous les plumes de Michel Troper et Ricardo Guastini) parues dans le n° 2, 1986 de la revue (Deuxième partie).

However, Eberhard suggests, correctly in the view of this reviewer, that translations cannot convey entirely reliably the meanings of the originals, and the conceptual divergence between the two legal traditions can be bridged only with great difficulty. In consequence of this difficulty, and because of the location of the main initiators and supporters of the project, as Eberhard accepts, « it is a Francophone approach largely shaped by the point of view of the anthropology of Law that has informed the whole dynamic... » (p. 12, 39). There is also a certain lack of comprehensiveness in the geographical coverage. The papers from Africa are concerned almost exclusively with Francophone countries. Alain Karsenty writes about Morocco, Francophone West Africa and Madagascar ; Jean-Pierre Chaveau about Ivory Coast ; Renaud Lapeyre (in the English paper) about Namibia ; Robinson Tchapmégni and Christian Adonis Milol in their respective papers about Cameroon ; Mustapha Omrane about Madagascar ; Sigrid Aubert and Manuela Lesage in their joint paper about Réunion ; and Nada Auzary-Schmaltz and Jellal Abdelkafi in their respective papers about Tunisia. These can hardly be claimed to reflect the entirety, or even a representative sample of the continent. The contributions on India are all concerned with a state in which the common law is received, official law, although they are written from a variety of disciplinary approaches. Three (by Ajit Menon, D. Parthasarathy and V. Balaji) include analyses of case-law in the common law style. One must admire Eberhard and the other organisers for striving to bring together in one conference, and then in one published volume, work from different disciplines and legal traditions. Doubtless no more could have been done on this occasion, but the objective has been achieved only to a limited extent, and more work is needed.

The question of the management of the use of land and other natural resources in pursuit of the objective of sustainability gives rise to important questions of broad theory, such as are addressed in the papers of the introduction. The volume begins with a clarion-call by Annoussamy for recognition of the view that land and natural resources are sacred. Similarly Eberhard ends his introduction by quoting Kothari's *Rethinking Development* (1990) to the effect that « the ends of individuals as well as of society [are to be sought] in a composite philosophy of nature ». Then Étienne Le Roy, writing of the societies of « the South » generally, in his paper on « The Mystery of Land Law » questions the thesis of De Soto's *The Mystery of Capital* (2000). Referring to a broad range of literature, he advances a compelling argument to the effect that the mimetic policies of generalisation of private land ownership (or *propriété foncière privée*) in absolute and exclusive forms are unlikely to be effective in societies in which there is not a generalised market in land. The diverse legal regimes of the South require different legal mechanisms. He suggests that the mobilisation of new forms of patrimonial management (*maîtrises patrimoniales*) is more likely to provide solutions to contemporary problems of sustainable development. The paper by Matthieu Galey, in a similarly broad debate based in the field of economics, argues that the typology of systems of property of C.R. Noyes' *The Institutions of Property* (1936) provide a basis for bringing together the perceptions of legal formalism, instrumental approaches and the assumptions of microeconomics.

After those introductory papers the other contributors concentrate primarily on more detailed issues, although some add comments on broad theory. There is little mention of or acceptance of the theory of the tragedy of the commons (stated in its classic form in Hardin, *Science*, vol. 162, 1968, cited only by Galey, Karsenty and Lapeyre), but several papers include closely argued, instructive studies of the effects of participatory management and of decentralization or localization of management (Lapeyre, Lucie Dejouhanet, J.B. Rajan and T.P. Haribabu, and Philippe Cullet), and one paper presents a persuasive argument as to the difficulty of understanding land use practices in terms of the patterns of use depicted by economists, arguing that these fail to take account of the « layers » of land tenure (Karsenty). The settlement of conflicting claims through mediation is the subject of one paper (Aubert and Lesage). One paper is given largely to issues of land title registration (Auzary-Schmaltz).

All these papers are directed primarily at issues of management aimed at sustainability, a central concept of this project. Other values, and policy choices not directed simply to efficiency in achieving sustainability, are considered. Those of the rights of minorities, especially of *adivasis* (« tribals ») of India, are a principal object of two papers (Menon and Parthasarathy). The values of the totality of international human rights are frequently referred to, for example by Cullet in his comprehensive review of water law in India. They are especially considered by Balaji, who examines the extent to which international human rights related to the environment have been adopted and enlarged by the Indian courts. But there is little mention of women's rights (the main exception being Tchappmégni's paper), and even less of children's. This is surprising, given the division of labour in many African and Indian societies, where women and children provide much of the agricultural work, so that their lives are likely to be affected in specific ways by changes designed to ensure sustainability. More generally, it seems obvious that, in natural resource management as elsewhere, the satisfaction of different human rights may involve conflicts between rights, as well as conflicts with the value of sustainability. Many papers in this volume touch on these conflicts, but they are not debated in depth.

Another factor which complicates every one of the specific national and local instances examined, although many papers do not take up the suggestion implied in Eberhard's mention of it, is that all are fields of legal pluralism. They are fields not only in the « deep » form of legal pluralism, where state law coexists with non-state customary laws, but also in most cases in the form of state law pluralism, where state law gives recognition to the customary laws of various minority ethnic or religious communities. Exceptions to this omission are Omrane, who however fails to make distinctions such as that between living customary law practised within communities and lawyers' customary law as expounded by state institutions; and Ignatius Prabhakar, who gives a more elaborate analysis but still does not make use of much of the literature on legal pluralism. The factor is important because in many instances in both of the two main forms of legal pluralism, one

law enables sustainability while the other coexisting law tends in the opposite direction – and it is not a practical possibility to extinguish either by legislation.

The relative lack of empirical information on popularly observed normative orders follows in part from the research methodology of contributors. While many draw on social scientific empirical research which they themselves have conducted, a number rely on formal, documentary legal sources and secondary sources reporting social and economic realities. This is appropriate where the subject-matter is the formal, official law, but there is danger in taking this as the subject-matter. It is never safe to assume that that which is laid down in formal legislation takes social effect. Eberhard notes Chaveau's warning against idealism in this respect. Where an attempt is made to speak of social reality, reliance on secondary sources is often the only course open to a busy, not generously funded researcher. But the reader must hope that these secondary sources are reliable.

Finally, it is noteworthy that another aspect of the subject of this volume proposed in Eberhard's introduction, the development of a « collective research dynamic », is not strongly evidenced in the papers subsequent to those of Le Roy and Galey. There is little comparative study, or even comparative comment in the course of specific studies. Few papers contain even cross-references to others in this collection. The two on Cameroon make no reference to each other, neither do the two on Tunisia, and the respective bibliographies of these pairs contain scarcely any common entries. Similarly, two of the papers which examine Indian case-law focus especially on the *Samata* case, but make no references to each other's work or to any common literature (Menon and Parthasarathy). This could be in part a result of the editor's understandable desire to publish the conference papers as soon after the conference as possible, leaving little opportunity for the participants to « live afresh those moments [of the conference], to meditate and to attempt a synthesis in which their own view can be set » (Annoussamy, p. xi). But it seems to reflect also a general deficiency in this field of study and activism : it is exceedingly underdeveloped.

Environmental sustainability can be achieved only by world-wide policies, the formulation of which requires world-wide comparative study. But informative comparative study must be based on thorough studies of the local situations which are to be compared. As yet rather little is known about many local situations. It is, therefore, too early to expect much very useful comparative work. The absence of that in this volume is less a ground for criticism of the volume than a ground for concern at the lack of work on the subject. There is an urgent need for well-researched local studies. This volume makes a valuable contribution to progress in the field. One hopes that the editor and contributors will continue with their labours.

- **FERRÉOL Gilles, *Universités et territoires : une comparaison européenne***, Paris : SUDEL, 2008, 220 p.

Compte rendu par Anne-Marie MAMONTOFF (Université de Perpignan Via Domitia).

Comme le souligne Patrick Gonthier dans l'avant-propos, la recherche menée par Gilles Ferréol « tombe à point nommé » et constitue un ouvrage de référence pour la réflexion sur les formes de gouvernance des universités en France et dans bon nombre de pays européens. C'est aujourd'hui une question d'autant plus d'actualité que la création de nombreux centres universitaires, inégalement implantés et inégalement attractifs, est remise en question par le problème de la taille et de l'excellence des universités au regard des évaluations internationales. Cette étude analyse des attentes et intérêts de plus en plus diversifiés : demande de proximité, professionnalisation des formations, contraintes démographiques ou budgétaires, mise en concurrence au sein de réseaux enchevêtrés. Pour ce faire, l'auteur privilégie une triple dimension : socio-historique, analytique et comparative. Ces composantes permettent d'éclairer les évolutions des systèmes éducatifs en s'appuyant sur la sociologie des organisations, des professions et de l'action collective, et de mettre en lumière similitudes et différences, convergences et divergences ainsi que divers particularismes. L'ouvrage présenté s'appuie sur une très riche bibliographie, sur de nombreux compléments au texte principal référencés en bas de page, sur des enquêtes conduites auprès d'acteurs de tous niveaux dans les universités de différents pays européens.

Cette contribution se centre d'abord sur l'exemple hexagonal. Le territoire français est initialement parsemé de quelques universités situées dans les grandes agglomérations. Progressivement, le nombre d'étudiants accédant à ces universités augmente, les régions prennent une plus grande autonomie, les villes moyennes demandent l'ouverture de sites de formation et de recherche, le gouvernement lance des plans successifs pour conforter le « service de proximité », pour favoriser le maillage autour des villes moyennes. Le résultat peut être un réseau plus dense de centres universitaires, tel que celui présenté page 22. Dans un deuxième temps, la donne change : stagnation du nombre des étudiants, réduction des moyens, internationalisation des activités de recherche avec un classement de performances, uniformisation des enseignements européens par le système LMD. Le gouvernement favorise les regroupements par les PRES, les pôles de compétitivité, la contractualisation et même, dans une certaine mesure, l'autonomie. Un exemple de résultat peut être le projet de regroupement comme celui figurant page 24. Mais d'autres solutions sont possibles dans ce contexte, en tenant compte du bassin de recrutement, du marché du travail, de la dynamique universitaire, de la capacité de mobilisation des acteurs locaux, etc. Tous ces facteurs d'influence interagissent entre eux comme le montre bien le schéma de la page 30.

Partant du problème posé ci-dessus, le document s'applique à décrire deux applications distinctes en France en montrant l'évolution du paysage universitaire dans deux régions très différentes : le Nord-Pas-de-Calais à grande unité géographique et forte population étudiante (deuxième de France) avec la création des

universités de Valenciennes Hainaut-Cambresis, de l'Artois et du Littoral ; et le Poitou-Charente sans réelle unité géographique et une population étudiante beaucoup plus faible (dix-septième) avec la création de l'université de La Rochelle. La volonté des acteurs politiques régionaux apparaît fondamentale dans les deux cas.

La dimension européenne du problème est ensuite développée, tout d'abord dans le cas de la *Communauté française de Belgique*, puis dans celui du *Royaume-Uni*. La *Belgique* est le siège d'arbitrages plus délicats, liés en particulier à un système institutionnel complexe, avec les langues et les communautés qui s'affrontent, les trois régions (Bruxelles, Flandres et Wallonie), et un fédéralisme asymétrique, c'est-à-dire compris de façon différente en Flandres et en Wallonie. L'ouvrage s'est intéressé à la communauté francophone, et la création de l'université catholique de Louvain est un exemple caractéristique du problème belge. Des problèmes similaires à ceux décrits pour les régions françaises existent, et on s'intéressera par exemple au regroupement sous la forme d'Académies, avec le cas particulièrement développé de l'Académie Louvain, créée sur une base confessionnelle.

Le *Royaume-Uni* s'est aussi largement transformé et la période d'avant 1979, qualifiée « d'âge d'or » par les enseignants, n'est plus qu'un souvenir : « On pouvait se consacrer pleinement à son métier, en toute quiétude, hors des contraintes induites par la concurrence internationale et la massification des structures » (p. 117). Les ressources centrales diminuent, les sources de financement se diversifient, et une stratégie managériale sur fond de privatisation et dérégulation se développe. La rentabilité est très clairement recherchée avec des droits d'inscription pouvant dépasser 1000 £ et des titularisations plus rares, par exemple. Mais l'approche collective est aussi favorisée par l'établissement de parcs scientifiques, de *clusters*, de centres d'incubation, qui sont souvent des réussites.

On notera deux initiatives exemplaires dont les résultats sont illustrés (§2, p. 121) : l'évaluation des universités par une notation *Research Selectivity Exercises* faite régulièrement depuis 1986, et la prise en compte de régions ou localités défavorisées pour favoriser « l'ascenseur social », avec des succès discutables.

On ne peut pas non plus passer sous silence le fait que l'abandon du système binaire initial (d'un côté les universités, et de l'autre les *polytechnics*) n'a pas supprimé la différenciation initiale : les universités font de la recherche et du transfert de technologie avec l'industrie de pointe, les *polytechnics* sont cantonnés au soutien des PME et à la satisfaction des besoins locaux. Enfin, les Britanniques considèrent avec retenue le processus de Bologne, ayant tiré de sa lecture que le système européen copiait en fait le système anglo-saxon, et que le système européen finirait par coller exactement à ce système.

Un grand nombre d'acteurs ont été interrogés, et les réponses données, reprises largement dans l'ouvrage, révèlent de nombreuses divergences entre elles. Pour les *acteurs français*, si la création de nombreux sites ou antennes est communément analysée en termes de « régulation croisée », le maillage qui en résulte est soumis à des critiques et à la résolution de la difficile équation « proximité et excellence ». De même, il y a une forte divergence entre le poids à donner à la formation générale et à la professionnalisation : « L'université a pour vocation de former des gens au ni-

veau national, voire européen [...]. Ceci étant, qu'on ait quelques formations adaptées au cadre régional, pourquoi pas ? » (p. 69). Mais tous reconnaissent que les réseaux, malgré leur complexité, obligent à un travail commun.

La politique des universités est liée au mode de gouvernance. L'autonomie, très présente dans les autres pays, et qui semble s'amorcer en France avec la loi LRU, pose de nombreuses questions. Cependant, la plupart s'accordent sur une évolution nécessaire : « Une plus grande autonomie est une bonne chose [...] » (p. 60), « Notre gouvernance doit être toilettée [...] » (p. 74).

Les réactions des *acteurs belges* sont, pour certaines, propres à « l'espace d'exotisme » que représente la Belgique francophone (p. 113), mais beaucoup se rapportent à la création des Académies : « Il y a à la fois émulation et rivalités [...] » (p. 108) et au processus de Bologne accepté avec réalisme et fatalisme : « Hormis quelques contestations individuelles, l'adhésion – souvent sous le mode de la résignation ou de la passivité – s'est imposée » (p. 109). Et on retrouve les mêmes préoccupations sur les valeurs et les missions des universités, sur la privatisation et la professionnalisation des études : « Nous devons rester fidèles à une formation humaniste tendant vers l'excellence [...] » (p. 111) ou « L'ouverture au marché est une tendance lourde et qui risque de s'amplifier, pour le meilleur et pour le pire » (p. 111).

L'extension à d'autres pays de la communauté européenne, par une analyse nécessairement moins détaillée (Allemagne, Espagne, Finlande, Suède, Tchéquie, Pologne, Hongrie), apporte un éclairage sur l'importance de l'ancrage provincial, le partenariat avec le secteur productif, l'influence de la transformation du système politique et économique (pays de l'Est).

Deux enquêtes européennes sont aussi analysées. La première conduit à classer les gouvernances en *institutionnelle* (règles établies par les pouvoirs publics, importance des données d'*input*, faiblesse des évaluations externes, c'est le cas de la France), *managériale* (forte autonomie de gestion et logique d'*output* articulée aux résultats, songeons au Royaume-Uni), ou *mixte* (oscillation entre les deux pôles précédents). La seconde s'intéresse à l'impact des réformes engagées par les pouvoirs publics. Trois types de logique en découlent : une démarche *entrepreneuriale* (pratique de gestion obéissant à des critères de performance et de compétitivité comme au Royaume-Uni), *institutionnelle* (soumission aux conditions du marché sans refonte importante du système de pilotage en France et en Allemagne), ou *incrémentale* (autonomie pas à pas des pays du sud et de la Communauté française de Belgique).

La conclusion reprend l'ensemble des résultats obtenus, tout en précisant que cette recherche « n'est qu'une première étape dans la compréhension des relations complexes entre gouvernance universitaire et politiques territoriales ». Le dernier paragraphe résume bien le propos : « Si nos systèmes universitaires restent encore très marqués par les cultures nationales dont ils procèdent et ne sont pas prêts à se fondre dans un modèle unique, les ajustements réalisés combinent des approches *top-down* et *bottom-up* et doivent composer avec des intérêts ou des contraintes de plus en plus difficiles à satisfaire en même temps : demande de proximité, profes-

sionnalisation des études, normalisation comptable, assurance qualité, insertion dans les réseaux [...]. Un juste équilibre doit être trouvé entre concurrence et coopération [...] afin d'éviter que ne se creusent les inégalités entre lieux ou établissements et que les restructurations qui se font jour n'entraînent ni dilution, ni instrumentalisation » (p. 194).

Cette étude, de par la qualité et la fiabilité de ses outils, devrait permettre d'approfondir le paysage universitaire global, à savoir les universités privées, les écoles d'ingénieurs ou de commerce publiques ou privées, dont on connaît la spécificité franco-française. Ces formations sont les fleurons de certaines régions, et les relations avec les universités sont toujours l'objet de polémiques plus ou moins vives.

De même, le problème de l'évaluation de la performance des universités (ou écoles), développée dans la partie Royaume-Uni, mériterait d'être élargi face à cette nouvelle forme de concurrence entre toutes les institutions françaises ou mondiales. Il est clair que, dans tous les pays, il y a une volonté de la puissance publique pour sortir de l'égalitarisme et favoriser des centres d'excellence. Encore faut-il pouvoir mesurer cette excellence. Le jugement par les pairs est sans doute irremplaçable pour les activités de recherche, et s'applique parfaitement aux grands centres de recherche. Mais qu'en est-il des formations professionnelles ? Le jugement par le milieu industriel, qui est le client final de ces formations, n'est-il pas à prendre en compte ? Il faut savoir gérer cette diversité du paysage universitaire, diversité qui, semble-t-il (et l'étude de Gilles Ferréol le montre fort bien), n'est pas prête de disparaître. Le pragmatisme nécessaire devrait permettre d'accepter la pluralité des situations, qu'elles soient territoriales ou qualitatives.

■ **LAACHER Smaïn, *Femmes invisibles. Leurs mots contre la violence*, Paris : Calmann-Lévy, 2008, 263 p.**

Compte rendu par Vincent-Arnaud CHAPPE (Doctorant, Institut des Sciences sociales du Politique – pôle Cachan, CNRS/ENS Cachan).

L'ouvrage de Smaïn Laacher, *Femmes invisibles. Leurs mots contre la violence*, est une plongée dans un thème trop souvent ignoré, selon lui, par la sociologie et les sciences sociales : les violences dont souffrent les femmes étrangères ou d'origine étrangère au sein de la sphère familiale. Cet objet aurait été masqué pour des raisons relevant principalement d'un raisonnement politique des chercheurs spécialisés sur les questions d'immigration : parler des violences faites aux femmes immigrées *en tant que femmes immigrées*, c'est courir le risque de la stigmatisation d'une population qualifiée de vulnérable, et faire ainsi le jeu des xénophobes et de l'extrême droite. Cette invisibilisation de la violence subie par ces femmes ne connaîtrait qu'une exception : le moment où la soumission à l'ordre patriarcal et à la violence masculine sort du cadre privé de la famille pour se déployer dans l'espace public. L'« affaire du voile » constituerait un épisode unique de prise de conscience d'une domination de genre ancrée dans des systèmes de relations sociales, mais qui ne provoquerait indignation et réaction uniquement quand elle déborde de la sphère de l'intimité pour s'exprimer au sein des institutions républi-

caines. Smaïn Laacher souligne alors le contraste entre cette volonté de ne pas voir ce qui passe au sein de certaines familles « immigrées », et les évolutions sociétales et législatives qui ont touché la famille et les relations de genre en France depuis plusieurs dizaines d'années : alors que le groupe « majoritaire » a vu émerger une nouvelle figure de la femme et a entamé un processus d'émancipation des rôles genrés, la « société silencieuse » des familles immigrées aurait été « exclue de l'idéologie universaliste » (p. 43).

Dans une démarche qui tient alors autant du travail d'explicitation scientifique que de l'engagement politique, Laacher va alors tenter d'offrir un espace de visibilité aux témoignages de souffrance exprimés par ces femmes. S'appuyant principalement sur des lettres de « plainte » envoyées par les victimes à deux associations (Ni Putes Ni Soumises et Voix de Femmes), le sociologue analyse ce matériau comme la trace d'une sortie de l'espace privé des violences subies vers une forme d'espace public incarné par un « tiers ». L'enquête s'articule alors autour d'une analyse qualitative et statistique de ces lettres, complétée par une trentaine d'entretiens semi-directifs.

La structure même de l'ouvrage s'articule autour de sept chapitres. L'introduction et le premier chapitre sont consacrés au développement de la problématique de l'ouvrage au sein de la question plus large des relations entre études portant sur le genre et études portant sur l'immigration. Le deuxième chapitre développe une comparaison temporelle entre l'émission radiophonique « Ménie Grégoire » qui accueillait des plaintes de femmes à la radio, et les lettres envoyées aux deux associations mentionnées. Laacher insiste sur la continuité des dispositifs dans la publicisation de torts survenus au niveau privé, mais également sur le fait que, dans les deux cas, c'est une reconstitution de l'ordre familial (sur d'autres bases) qui est visé. Les troisième et quatrième chapitres portent plus directement sur le contenu de la plainte, c'est-à-dire sur le travail d'écriture, les mots utilisés pour dire sa plainte, les registres argumentatifs mobilisés. Il est également fait état de la façon dont le discours du droit est utilisé comme ressource d'émancipation, et également de la rationalisation plus ou moins étendue des techniques de réponse par les associations, ainsi que de l'éventuelle déception ressentie par les victimes devant une aide qu'elles attendaient plus efficace. Le cinquième chapitre, intitulé « Violences et persécuteurs », fait l'inventaire des violences subies par les femmes (jeunes filles dans de nombreux cas) et insiste notamment sur la façon dont l'injustice est enfermée dans l'espace clos de l'univers familial. Est également posée la question de « l'identité » du persécuteur, dans la parentalité mais également dans sa relation avec sa religion et son parcours de migration. Il est à noter que, si la figure du persécuteur est souvent unique, l'oppression ressentie est assise sur un collectif car appuyée et consolidée par les différents membres de la famille. Le sixième chapitre intéresse plus directement la sociologie du droit : intitulé « De la plainte au dépôt de plainte », il s'interroge sur les conditions de passage de la formulation d'une injustice (par le biais des prises de contact avec les associations) à son entrée dans des scènes de qualification juridique. On apprend ainsi que le rapport du dépôt de plainte au nombre de lettres envoyées est plutôt important (aux alentours de 40%)

et concerne majoritairement l'annulation d'un mariage forcé. Le sociologue s'intéresse surtout aux significations que prend cette plainte devant une institution « publique » dans la sphère privée de la famille. La plainte est ainsi prise dans une double contrainte : celle d'une réparation du tort subi (physique et moral) pour la victime et celle de la nécessité normative de préserver « l'honneur » familial en ne venant pas publiciser ce qui, pour les membres de la famille, ressort uniquement de l'espace privé. D'où le fait que les plaintes interviennent surtout à l'issue d'événements les plus graves qui mettent directement en danger la vie du plaignant, et font donc prendre conscience de la gravité de la situation vécue. Laacher insiste sur la façon dont le dépôt de plainte est constitutif d'un acte reconstructeur au niveau individuel, mais également de la « production d'une *communauté imaginée de femmes souffrantes et victimes* » (p. 177). Le septième et dernier chapitre concerne également directement la sociologie du droit : contrant l'hypothèse d'une « *juridicisation des relations sociales* » (p. 186), l'auteur analyse l'existence de « conciliateurs communautaires en réconciliation ». Ceux-ci offrent des arènes de résolution des conflits intra-familiaux qui se tiennent à l'écart des instances institutionnelles marquées du sceau étatique. L'existence de ces conciliateurs, interprétée comme un symptôme de l'institutionnalisation de l'Islam en France (institutionnalisation recherchée à la fois par les Musulmans et par les pouvoirs publics), permet d'offrir aux couples qui viennent les consulter une offre de médiation dans les conflits qui les traversent, où la réponse apportée est fondée sur l'ordre de l'équité. Mais cette équité trouve elle-même ses fondements dans l'ordre religieux tel qu'il est promu par l'Islam. Le conciliateur opère une « formalisation légitime et savante du conflit » (p. 215) et apporte une solution en adéquation avec une vision traditionnelle des rôles genrés tenus au sein de la famille.

Pour le sociologue du droit, le livre de Smaïn Laacher peut donc sembler être une intéressante étude empirique sur le processus de construction des *disputes* jusqu'à leur formalisation dans l'arène judiciaire, ou leur orientation vers d'autres scènes de résolution des conflits. Malheureusement, un certain nombre de défauts dans l'argumentation viennent affaiblir le travail scientifique. Tout d'abord, le cadre théorique de la démonstration n'est que très peu développé : si on comprend bien que Laacher, dans le cadre d'une sociologie attentive aux compétences que les individus ont à leur disposition, souhaite insister sur les capacités de « micro-résistance » déployées par les victimes dans la formulation de leur plainte, on ne sait par contre rien ou pas grand-chose des ressources pragmatiques sur lesquelles elles peuvent construire cette rébellion à l'ordre qu'on leur impose : qui sont les jeunes filles qui résistent à ces violences subies ? En quoi sont-elles différentes de celles qui acceptent leur sort, ou le subissent sans trouver les moyens de s'y opposer ? Quelles sont les ressources personnelles et institutionnelles mobilisées dans le processus de la plainte ? En quoi les associations – mais aussi les institutions « sociales » – participent-elles à la construction du ressenti de l'injustice subie, et à la coproduction de la plainte ? Ces questions, même si elles ne sont pas totalement absentes de l'ouvrage, restent malheureusement sans réponse. L'absence de cadre théorique explicite peut alors également s'expliquer par une méthodologie non

adaptée à une véritable démonstration : en se centrant sur les lettres reçues par les associations, Smaïn Laacher semble parfois oublier qu'en tant que sociologue, il ne peut se contenter de les étudier dans leur contenu interne mais qu'il doit tenter de les relier aux contraintes qui ont présidé à leur production. Contraintes en amont certes, mais également contraintes en aval dans le cadre d'une anticipation stratégique de leur lecture par le personnel associatif. La fétichisation des propos recueillis empêche alors de les prendre pour ce qu'ils sont : non pas un objet fini comme aboutissement d'un procès de subjectivation, mais un objet circulant, vivant, parfois performatif, qui prend sens dans un réseau de production et de réception dont on ne saurait dessiner *a priori* la clôture. L'analyse des entretiens semble d'ailleurs souffrir du même manque de recul, donnant lieu à une lecture brute ou proche de la paraphrase sans chercher à comprendre la signification et l'inscription sociale de l'activité d'écriture ou de prise de parole. Ces différents défauts peuvent alors peut-être s'expliquer par la position initiale de l'auteur : en défendant la thèse de l'invisibilisation des violences que ces femmes subissent dans l'espace privé et en prenant le rôle militant du « porteur de parole », il n'ose peut-être réaliser une certaine objectivation nécessaire des discours analysés. Reste néanmoins que la lecture de l'ouvrage est intéressante à plus d'un titre : l'ouverture sur les formes de justice communautaire – même si elle est appuyée sur un unique entretien – est séduisante et offre des pistes de recherche en sociologie du droit ; la publicisation de ces plaintes, quant à elle, laisse à voir un pan de violence exprimé directement par celles qui la subissent et non par des « représentants » qui, en portant leur parole, contribuent à sa confiscation.

- **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.

Compte rendu par Guy GROUX (Centre de recherches politiques de Sciences Po, CEVIPOF, Paris).

Encadré par une introduction et une conclusion générales solides, l'ouvrage comporte 16 chapitres suivis d'une bibliographie sélective. Visant à édifier une sociologie politique des professions, il réunit des spécialistes de ce domaine et de celui des politiques publiques. Dès l'introduction, le problème central est posé. Il s'agit d'étudier des professions souvent liées à l'État, en partant du fait que désormais l'autonomie professionnelle, les carrières ou le marché du travail qui les spécifient peuvent difficilement être saisis en dehors des mutations de l'action publique et notamment de l'action publique territoriale très présente dans de nombreuses contributions. Dans ce contexte, deux conditions se dégagent avec force, des conditions qui sont d'ailleurs mises en relief par certains auteurs dans le corps même de l'ouvrage. Pour Catherine Paradeise, c'est l'utilité macrosociale – « *la plus-value macrosociale* »¹² – des professions qui est dorénavant interrogée, ce qui interdit de les considérer selon leur logique interne et spécifique (p. 292). En reprenant Donald

12. En italiques dans le texte.

Light, Thomas Le Bianic affirme que les professions restent fragiles et que leurs positions parfois privilégiées peuvent tout aussi bien être mises en cause par les évolutions du marché ou de l'État (p. 275). D'où la nécessité pour elles de se doter d'une légitimité réelle et qui peut s'inscrire sur divers registres. Ainsi, Patrice Duran et Thomas Le Bianic évoquent, dès l'introduction et à partir des travaux de Suchman, une légitimité professionnelle pragmatique qui renvoie à la capacité à satisfaire les besoins et les intérêts des publics concernés, une légitimité normative qui concerne notamment les valeurs morales et les normes d'action, et une légitimité cognitive qui renvoie plutôt aux savoirs professionnels et à l'usage des outils et des instruments de l'action publique (p. 27-33).

Quatre grands thèmes structurent les chapitres de l'ouvrage. Les trois premiers portent sur l'impact des nouveaux modes de management dans les organisations publiques, le rôle des usagers dans l'évolution des pratiques professionnelles et dans la relégitimation de l'action publique, l'évolution des savoirs des professions concernées. Suit un dernier thème beaucoup plus théorique et qui se propose de renouveler les enjeux « croisés » de l'analyse des professions et des politiques publiques en considérant notamment des courants aussi divers que le néo-institutionnalisme, la sociologie de la régulation ou la sociologie pragmatique.

Dans ces divers contextes, de multiples faits sont soulignés souvent avec beaucoup de clarté et de rigueur. Il en est ainsi – entre autres faits – des logiques de marché qui traversent fréquemment les organisations publiques comme privées ; des nouvelles formes de régulation qui interviennent au niveau local ; du statut actuel des professions concernées et qui repose sur une sorte de paradoxe : elles disposent d'une autonomie souvent accrue tout en restant dépendantes d'un contrôle bureaucratique des résultats de leur action, ce contrôle relevant parfois des nouveaux dispositifs de la LOLF souvent mentionnée dans l'ouvrage. Mais aussi – et dans certains cas – des dispositifs du marché ou de l'environnement.

Sur un plan général, l'ouvrage reste cohérent et varié. L'ensemble des chapitres se rallie fidèlement à la problématique définie dès l'introduction à propos des processus de légitimation des professions au sein de l'action publique mais ceci à partir de terrains très divers : professions de santé, de l'éducation, de la justice, « Ponts et Chaussées », police, par exemple. Certains faits se dégagent parfois avec force. Il en est ainsi de l'évolution des métiers de conservateurs de musée qui implique un dilemme entre leur tâche scientifique – la connaissance des œuvres – et leur tâche désormais fréquente de médiation avec le public. Devenus parfois « directeurs de services municipaux » – les musées locaux – plus que des spécialistes de collections, leur légitimité scientifique est fréquemment confrontée à de nouvelles exigences ou à des fonctions d'interface et de coordination comme la communication, le marketing, l'accueil voire la surveillance et la sécurité des œuvres et des locaux (Join-Lambert, Lochar, Raveyre, Ughetto, chapitre 6). Ailleurs, Julie Gervais étudie le corps des Ponts et Chaussées aux prises avec le débat public et l'apprentissage de la concertation comme outil de re-légitimation professionnelle. Dans ce cadre, elle montre bien l'usage – voire l'instrumentalisation ? – des sciences sociales et plus particulièrement de la sociologie dans la stratégie définie par le corps dans les ins-

tances de formation et ceci à des fins de légitimation accrue, d'influence et *in fine* de pouvoirs sur d'autres interlocuteurs ou professions (chapitre 9, p. 193-194). Dans la dernière partie théorique, le texte de Le Bianic est très éclairant à propos d'une comparaison de la sociologie et des sciences politiques dans l'approche des professions ou de la place de l'État dans les divers courants théoriques de la sociologie des professions voire au-delà. Faisant preuve d'une érudition réelle, il évoque les traits essentiels qui ont marqué les approches de Durkheim, du fonctionnalisme, du néo-marxisme, du néo-weberisme ou encore l'approche de Michel Foucault sur la gouvernementalité, les rapports entre État et société civile et donc le statut de certaines professions concernées par ces rapports. Jusqu'à présent, l'État constituait une sorte de « boîte noire ». Les nouvelles approches comme le courant néo-institutionnaliste de la sociologie des professions sont-elles en mesure de dépasser ce travers théorique ? C'est l'une des questions – et non la moindre – que pose l'auteur avant de conclure sur un autre fait d'importance, le visage nouveau que semblent prendre les professions au regard de l'internationalisation des marchés et de la démultiplication des niveaux de régulation liés à ces marchés plus qu'aux anciennes formes de l'État-providence (p. 277).

Bien sûr, l'ouvrage peut susciter, ici ou là, des discussions et des questions. Parmi les professions évoquées dans l'ouvrage, certaines sont moins liées à l'État que d'autres. Il en est ainsi, par exemple, des médecins évoqués par Magali Robelet (chapitre 2) ou des avocats étudiés par Lucien Karpik (chapitre 14). N'aurait-on pas pu insister beaucoup plus sur ces professions qui, bien que relevant de régimes privés, assurent en réalité des fonctions d'entrepreneurs privés d'action publique et surtout mesurer leur impact et leur importance face à ce qui relève du secteur d'État ? On peut ici songer aux travaux d'Ocqueteau qui compare de façon significative le poids des entreprises privées de sécurité à celui de la police d'État et penser que ce type de démarche aurait pu rendre encore plus nettes les évolutions de l'action publique comme des hybridations « public-privé » qu'elles peuvent impliquer.

Un autre point de discussion pourrait concerner les ressources que mobilisent les professions afin d'assurer ou de mieux assurer leur légitimité face à divers partenaires ou acteurs. Qu'il s'agisse de la conserver, de l'acquérir ou de la renforcer, la légitimité d'une profession implique une mobilisation qui vise à capitaliser des ressources diverses afin d'atteindre les buts recherchés. Ainsi, la question de la légitimité n'est pas forcément étrangère à celle soulevée par la théorie de la mobilisation des ressources. Certes, certains chapitres traitent de ces dernières et le font parfois de manière insistante. Lucien Karpik montre ainsi l'influence des dispositifs de solidarité des avocats dans le maintien de l'indépendance collective de la profession, une indépendance collective qui garantit celle individuelle. Mais d'une manière générale, dans l'ouvrage, les ressources mobilisées par les professions en vue d'assurer leur légitimité sont trop souvent évoquées – quand elles le sont – de façon allusive. Il en est ainsi des organisations professionnelles, des syndicats de fonctionnaires, des médias et de la presse, des associations d'anciens élèves. Ou encore de l'usage des savoirs universitaires par certaines professions ou des « réseaux lo-

caux » – ces derniers étant surtout analysés de façon détaillée dans le chapitre 2 (*op. cit.*). N'aurait-on pas dû ou pu traiter la question des ressources que mobilisent les professions de manière plus systématique et singulière, à la fois ? Cette question n'aurait-elle pu constituer en elle-même l'une des parties spécifiques de l'ouvrage ? À moins qu'il ne s'agisse là d'un autre ouvrage dont la thématique complèterait utilement celui qui nous intéresse ici.

Enfin – mais il s'agit là d'un fait secondaire – Le Bianic évoque avec justesse le néo-marxisme et cite un auteur presque jamais cité aujourd'hui à savoir Poulantzas à propos de son influence sur la littérature anglo-saxonne des professions dans les années 1970-1980 (p. 262). Le Bianic montre ainsi le caractère exhaustif, objectif et érudit de la recension analytique qu'il opère à propos des multiples courants théoriques et souvent opposés qui ont marqué l'analyse de l'État face aux professions. Reste qu'au-delà de l'influence des écrits de Poulantzas sur une certaine littérature d'Outre-Manche, il faut rappeler que lui-même n'était pas étranger à la notion d'appareil idéologique d'État (AIE) forgée par Althusser dans la lignée d'un Gramsci. Simple rappel académique ? Assurément pas lorsque l'on sait que derrière cette notion d'AIE, les néo-marxistes montraient *tout comme Foucault* (cf. *supra*) les rapports qui existaient entre l'État et certaines grandes institutions de la société civile qui impliquaient nécessairement des professions, des organisations professionnelles et des « agents » bien précis. C'est dans ce contexte que l'École ou les syndicats – notamment – étaient désignés en tant qu'AIE, c'est-à-dire en tant qu'appareil de reproduction de la domination sociale, les agents qui y exerçaient se trouvant dès lors dans une situation plus qu'ambiguë.

À l'évidence – mais faut-il le préciser ? – ces divers points de discussion n'enlèvent rien aux qualités de l'ouvrage dirigé par Le Bianic et Vion, un ouvrage qui se caractérise par sa rigueur théorique et sa fiabilité empirique. Mais surtout, il atteint les objectifs que les auteurs s'étaient fixés dès le départ. Il renouvelle la sociologie des professions au regard des analyses de l'action publique et il renforce cette dernière en y inscrivant de façon insistante la dimension « professions » tout comme les dispositifs qui s'y rattachent.

- **LOMBARDI Clark Benner, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt: The Incorporation of the Sharī'a into Egyptian Constitutional Law***, Leyde, Boston : Brill, coll. « Studies in Islamic Law and Society », 2006, 304 p.

Compte rendu par Baudouin DUPRET (Institut des Sciences sociales du Politique – pôle Cachan, CNRS/ENS Cachan).

Le livre de Clark Lombardi porte sur la référence à la charia, en Égypte, dans la Constitution et la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle (HCC). Ce sujet a été exploré abondamment dans les travaux de langue française. Ce n'était pas le cas en anglais, et l'ouvrage vient très heureusement combler ce vide.

La question initiale procède de ce que l'article 2 de la Constitution stipule que « les principes de la charia islamique sont la source principale de la législation ». Cet article a fait l'objet d'un contentieux important et intéressant qui, en substance, a abouti à distinguer, parmi les principes de la charia, ceux dont l'origine et la signifi-

cation ne font aucun doute, et qui s'imposent en conséquence au législateur, et ceux qui sont davantage liés au temps et au lieu, dont l'interprétation est donc possible et à propos desquels il est possible de légiférer.

Lombardi traite du sujet en remontant d'abord à la formation du droit islamique sunnite. Il s'intéresse plus particulièrement à la notion de Loi islamique (*sharī'a*) et à l'émergence d'un droit doctrinal (*fiqh*). Une attention particulière est accordée aux techniques d'interprétation de la charia, qu'elles soient créatrices de droit (*ijtihād*) ou jurisprudentielles (*taqlīd*). Toutes ces notions et techniques ont trouvé à se consolider à l'époque ottomane sous l'effet d'une organisation juridique et judiciaire plus centralisée.

Les évolutions propres à l'Égypte font l'objet de plusieurs chapitres traitant du XIX^e siècle (période de « sécularisation » de l'État égyptien), de la pensée politique et juridique réformatrice (avec, entre autres choses, l'appel à un renouveau de l'interprétation créatrice et à l'adoption d'une méthode comparative au sein des différentes écoles du droit islamique) et de l'apparition d'un islam politique, l'islamisme, qui s'est rapidement posé en concurrent des mouvements modernistes.

Ce n'est qu'en deuxième partie de l'ouvrage qu'il est question spécifiquement de l'article 2 de la Constitution. Lombardi passe en revue la genèse de cette disposition et le contexte politique de son adoption et de son amendement (la politique d'islamisation du président Sadate), avant d'aborder le sujet de ses interprètes. Il montre comment cet article de la Constitution s'est imposé comme un problème avant tout judiciaire, via la structure des tribunaux égyptiens et le contrôle de constitutionnalité exercé par la HCC. La jurisprudence de cette dernière est étudiée attentivement. L'auteur nous montre que la position de la Cour est le fruit de l'articulation d'une théorie du droit islamique avec le contrôle de constitutionnalité dans un système judiciaire contemporain. Outre le contentieux de l'article 2, dont il explore cinq occurrences, il se penche aussi sur des cas où la question de la charia a été soulevée indépendamment de cet article.

De manière générale, il s'agit d'un ouvrage pédagogique et bien documenté. Il est à recommander à tous ceux qui s'intéressent à l'évolution politique de l'Égypte, aux développements juridiques et judiciaires de ce pays et, plus largement, à ceux qui cherchent à décrire la place occupée par le référent religieux dans les États à majorité musulmane.

Le livre de Lombardi n'avance en revanche pas de thèse nouvelle. On peut même regretter l'adoption d'un schéma de présentation et de raisonnement extrêmement classique, qui le fait partir du « droit islamique » pour aboutir au « droit égyptien ». Ce qui est frappant, en effet, ce n'est pas tant la continuité dans laquelle la Cour constitutionnelle égyptienne se situerait dans l'application du droit islamique que la rupture majeure qui amène la juridiction suprême d'un État d'aujourd'hui à juger des lois au regard de la Constitution et de la place qui y est faite à l'islam. La forme constitutionnelle n'est pas un héritage islamique, pas plus que la formation des juges à la faculté de droit ou la référence aux principes de la charia comme source principale de la législation. La jurisprudence de la HCC, tout comme les dispositions constitutionnelles au respect desquelles elle veille, traduisent l'ap-

parition d'un nouveau droit islamique, un droit qui ne se situe moins dans l'héritage du *fiqh* qu'il ne crée une forme originale de référencement à l'islam, un droit qui, loin de prolonger le passé, configure un dispositif original.

Force est de constater, à cet égard, que le regard porté au droit des pays à majorité musulmane continue à être surdéterminé par le facteur islamique. Pourtant, cette dimension reste, dans l'univers juridique égyptien, sinon marginale, du moins accessoire. L'essentiel du contentieux, y compris constitutionnel, ne porte pas sur l'islam ou la charia. Il est dommage d'extraire la question du contrôle de l'islamité des lois de celle du contrôle de constitutionnalité dont elle est partie intégrante, parce que cela tend à donner l'image d'un droit étatique équivalent au droit islamique (ainsi que le titre de l'ouvrage le laisse entendre), alors que ce n'est le cas ni quantitativement (quelques arrêts de la HCC seulement, dans une jurisprudence pourtant abondante) ni qualitativement (ce n'est pas le droit islamique qui est étatisé, mais une référence à l'islam qui est intégrée dans le dispositif constitutionnel égyptien).

■ **SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2008, xxii-883 p.**

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Doctorant, Centre de théorie du droit, Université Paris Ouest – Nanterre - La Défense).

Depuis maintenant quelques années, on ne peut que constater l'immixtion croissante d'une terminologie ainsi que d'un raisonnement économiques en droit de la concurrence. Ce phénomène place dès lors le juriste spécialiste du droit économique face à une difficulté croissante : il peut soit adopter une approche exclusivement économique afin de rendre compte de cette porosité manifeste entre les deux disciplines, au risque d'une réception difficile par la communauté des juristes à laquelle il s'adresse ; soit ignorer ou négliger (ou simplement aborder de façon cursive) l'importance croissante du savoir économique dont on sait pourtant qu'il influe considérablement sur l'interprétation contemporaine des normes concurrentielles par le juge. En situant son propos dans le cadre de l'analyse juridique sans pour autant ignorer la complexité des théories économiques qui structurent le droit de la concurrence, l'ouvrage d'Anne-Lise Sibony parvient admirablement, en évitant ces écueils méthodologiques, à rendre compte de cette influence de l'économie sur le discours juridique en droit de la concurrence. Les juristes ont tendance, comme le montre l'auteur, à appréhender l'introduction de données économiques comme des faits. En conséquence, ils ne prennent pas la mesure de ce que l'économie n'est pas seulement un ensemble de connaissances ancillaires au service du juge ; elle est aussi un savoir qui, en tant que tel, enrichit la compréhension et les méthodes d'analyse du droit économique. Partant, l'analyse économique aurait toute sa place dans le cadre de la science juridique et, par analogie, dans celui de l'interprétation juridique. Cette prémisse posée, l'auteur peut alors s'interroger : quelle place attribuer à l'analyse économique au sein de l'office du juge ? Dans quelle mesure la fonction juridictionnelle est-elle susceptible de faire obstacle à la prise en considération de l'analyse économique ? À quelles conditions le juge

peut-il se servir de l'économie ? Quel rôle l'analyse économique est-elle susceptible de jouer dans la qualification juridique des faits ? Voilà autant de questions qui jalonnent le travail de recherche entrepris par A.-L. Sibony.

L'auteur propose d'articuler sa démonstration autour de deux propositions : la première a pour ambition d'argumenter que le raisonnement économique s'intègre dans une large mesure au raisonnement juridique. La seconde proposition, tout en confirmant l'idée que le raisonnement économique n'est pas antinomique de l'interprétation juridique, avance qu'il mérite d'être intégré à la procédure juridictionnelle.

La première proposition consiste donc à examiner de façon dialectique le rapport d'opposition généralement présupposé entre le raisonnement économique et le raisonnement juridique. Cette opposition se cristallise, comme le montre l'auteur, autour de trois objections principales : celle relative à la finalité des normes concurrentielles, celle tenant à la particularité discursive du raisonnement économique, et celle qui s'attache aux difficultés de réception du raisonnement économique par le juge. En examinant ces trois obstacles, l'auteur en relativise la portée. Concernant la finalité du droit de la concurrence, elle montre que le juge peut autant s'attacher à la protection du consommateur qu'à celle de la concurrence. Ainsi, bien que la doctrine économique dans son ensemble ait tendance à assigner au juge le but exclusif de la poursuite de l'efficacité ou du bien-être du consommateur, cette finalité ne peut (au regard des textes de droit primaire) qu'être plurielle, précisément parce que le juge est amené à interpréter des textes et à déterminer ainsi leur signification comme normes.

Si, pendant longtemps, la réalisation du marché intérieur a été pour le juge le principal objectif politique, cela n'empêche nullement la prise en considération éventuelle d'autres finalités telles que l'efficacité ou le bien-être du consommateur. Le second obstacle examiné par l'auteur tient à la difficulté de réception du raisonnement économique par le juge au regard du particularisme discursif du savoir économique. S'il existe certains particularismes, notamment dans l'usage de certains concepts et raisonnements économiques (substituabilité, abus de position dominante, etc.), A.-L. Sibony démontre que, contrairement à une idée répandue, les discours juridique et économique adoptent dans certains cas des modes de raisonnement similaires, et une même logique d'argumentation (p. 177). Le troisième obstacle est relatif à l'office du juge dans sa prise en considération de principes généraux tels que la présomption d'innocence, la sécurité juridique, la loyauté. L'auteur montre, dans un premier temps, d'une part que le respect de ces principes peut amener le juge à écarter volontairement certains raisonnements économiques, d'autre part que le juge n'a pas toujours les moyens de résoudre certaines difficultés probatoires qui ont trait notamment aux coûts en matière de prédation ou, lorsqu'il est question de délimiter un marché pertinent, de rendre compte des préférences des consommateurs, ou encore de mobiliser au plan strictement économique l'ensemble des données nécessaires à la prise en considération des préférences des consommateurs. Malgré ces difficultés, l'auteur constate, dans un second temps, que dans certains cas le juge utilise sciemment un raisonnement éco-

nomique. Le savoir économique serait dès lors à même de fournir au juge un ensemble de concepts nécessaires à l'interprétation du droit de la concurrence. Tel serait le cas lorsqu'il est amené à apprécier une restriction à la concurrence, ou à se prononcer en matière de restrictions verticales.

Dans une seconde partie, A.-L. Sibony examine les conditions dans lesquelles une meilleure réception du raisonnement économique par le juge serait envisageable tant du point de vue de l'opération de qualification juridique que du contrôle exercé par le juge sur la motivation des parties. Partant d'un point de vue procédural, elle soutient que le raisonnement économique mérite d'être pris en compte tant dans l'opération de qualification juridique des faits que dans le renouvellement des catégories juridiques résultant de cette même opération de qualification. L'auteur montre brillamment que les réflexions doctrinales en matière économique s'avèrent particulièrement utiles dans l'actualisation des qualifications juridiques en droit de la concurrence. L'étude de la « position dominante collective » et de la « prédation » en sont une illustration. L'auteur considère par ailleurs que l'emploi de ces réflexions économiques n'implique pas nécessairement une remise en cause du principe de sécurité juridique. Elle propose d'élaborer à cet égard des « tests de qualification » et de « qualifications intermédiaires » inspirés de la théorie économique et permettant de constituer les archétypes des différentes qualifications juridiques possibles. Une autre raison d'intégrer le raisonnement économique s'attache, selon elle, à la protection croissante du principe du contradictoire par le juge : l'auteur considère, afin de rendre effectif le respect de ce principe, que le juge devrait disposer de sérieuses connaissances économiques. L'auteur plaide en outre pour un usage accru de la procédure d'expertise non seulement pour une connaissance plus exhaustive des faits par le juge mais aussi dans le but d'améliorer l'interprétation du droit. Selon A.-L. Sibony, le raisonnement économique mérite d'être utilisé dans l'opération de qualification juridique des faits, ce qui l'amène à s'interroger sur le type de contrôle juridictionnel susceptible de s'exercer sur ce raisonnement économique.

À cet égard, l'auteur estime que le contrôle de la motivation, c'est-à-dire de l'appréciation factuelle liée à l'opération de qualification, semble le mieux adapté. Autrement dit, le juge devrait se servir des possibilités que lui confère le raisonnement économique afin de mieux contrôler la qualification des faits de chacune des parties. Une grille de lecture économique procurerait, pour ce faire, une meilleure compréhension des arguments économiques avancés par chacune des parties. L'introduction par les parties d'allégations de plus en plus complexes conduirait par conséquent à une extension du contrôle juridictionnel précisément parce que le raisonnement économique fournirait au juge les ressources conceptuelles indispensables à un examen plus poussé de la qualification juridique des faits. L'auteur considère alors qu'il n'est pas nécessaire de renouveler les règles procédurales traditionnelles pour que le juge intègre le raisonnement économique.

Bien que magistralement démontrée, l'idée que le droit et l'économie pourraient harmonieusement converger dans l'application des normes soulève de nombreuses interrogations.

En premier lieu, il faut remarquer que l'auteur ne définit nullement les locutions « raisonnement économique » ou « analyse économique » dont elle se sert pourtant tout au long de ses développements. Doit-on comprendre qu'elle fait référence au phénomène de pénétration d'une sémantique économique dans le droit ? Rien n'est moins sûr puisqu'elle souligne que sa définition du « raisonnement économique » va plus loin que le simple constat d'une immixtion de l'économie dans le droit : « C'est dans la juxtaposition et la liaison des différents motifs et non dans le vocabulaire employé qu'il faut rechercher les indices d'un raisonnement économique. En somme, la méthode que nous emploierons peut être décrite comme celle du "souvenir théorique" pour reprendre une expression que l'on retrouve sous la plume du juge-économiste. Elle consiste à aborder les raisonnements développés dans les arrêts à partir de ce que nous avons retenu de la littérature des économistes sur la concurrence et sur le droit de la concurrence. » Cette omission ouvre la voie au jugement de valeur selon lequel les « raisonnements économiques » et juridiques auraient de nombreux points communs, comme si finalement l'immixtion de l'économie dans le droit n'apportait pas elle-même ses propres bouleversements et de nouvelles représentations dans l'interprétation de la norme. De fait, l'intuition selon laquelle le droit de la concurrence devrait raisonnablement recourir à « l'analyse économique » paraît quelque peu considérée comme allant de soi alors même qu'elle reste profondément discutable. La question de savoir en quoi « l'analyse économique » serait plus à même d'être utilisée par le juge en droit de la concurrence reste entière. L'approche implique de considérer « l'analyse économique » comme un corpus théorique homogène qu'il suffirait d'appliquer au droit positif pour trouver la « bonne » interprétation juridique, au mieux la moins « mauvaise ». L'idée n'est guère éloignée du mythe de la caverne raconté par Platon dans la *République*. Rappelons-en les principaux enseignements : au nombre des individus enchaînés dans une caverne (ici, le juge), l'un d'entre eux parvient à être accompagné à la sortie (représentée par la doctrine). Là, il est ébloui par une lumière (ici, l'analyse économique). L'individu libéré de ses chaînes souffre donc de cet éblouissement dont il n'a pas l'habitude. Il résiste au départ sans parvenir à voir ce qu'on veut lui montrer. S'il persiste à être exposé à la lumière, il parviendra à connaître le monde dans sa « réalité ». La « vérité » lui sera par ce biais largement accessible. Cette allégorie nous paraît aisément transposable à la méthode du « souvenir théorique » qu'évoque A.-L. Sibony. Celle-ci fait miroir à l'idée, somme toute « naturelle », que l'office du juge gagnerait à s'enrichir de la « vérité » qu'est capable de lui procurer « l'analyse économique ». La croyance sous-jacente à un tel jugement de valeur se résume au final en ceci : le droit de la concurrence est un droit « économique », par conséquent il doit être semblable aux propositions théoriques de « l'analyse économique ».

Ce paralogsme sous-tend le reste du propos de l'auteur, c'est-à-dire la démonstration de ce que *doit être* le raisonnement du juge en droit de la concurrence. Les prémisses qu'il implique sont doublement contestables. D'une part, parce que la locution « analyse économique » acquiert une signification particulière : elle ne désigne pas le savoir économique dans sa pluralité et son hétérogénéité, mais plu-

tôt un savoir imaginaire reconstruit à partir de l'idée qu'il doit servir au juge de cadre nouveau d'interprétation juridique. D'autre part, parce qu'il n'est pas précisé en quoi le droit de la concurrence serait par nature un droit « économique » au regard des normes qui le composent. On comprend alors, selon ce point de vue, l'invitation de l'auteur à plaider en faveur d'une plus grande considération par le juge de « l'analyse économique », par le biais par exemple de procédures d'expertises ou *d'amicus curiae*.

- **TERRÉ Dominique**, *Les questions morales du droit*, Paris : PUF, coll. « Éthique et philosophie morale », 2007, 362 p.

Compte rendu par Edwige RUDE-ANTOINE (CERSES, CNRS/Université Paris Descartes).

Si l'on suit Durkheim, l'état et les mœurs d'une société s'expriment précisément dans le droit, et il n'est nul besoin de faire l'impasse sur ce dernier au profit d'un inconscient collectif hypothétique. Plus près de nous, Dworkin parle d'un « style » à son sujet et préconise de le prendre au sérieux. Quant à Habermas, il assimile le nappage juridique de la société à une « colonisation du monde vécu ». Ce qui est nouveau par rapport à Durkheim, c'est que le droit n'est plus cette belle parole suprême contenue dans la loi, et qu'il se rattache apparemment toujours moins au collectif, et toujours plus à l'individuel. Dans cet ouvrage pénétrant et brillant, Dominique Terré circonscrit, à travers son étude des tendances du droit contemporain, le lieu précis où quelques composants essentiels et ambigus de l'ethos de nos sociétés peuvent se donner libre cours. Elle en tire la conclusion, qui prête à méditer, d'une puissance morale souveraine et latente qui sous-tend l'évolution normative de la société, mais qui pourrait bien prendre le pas sur l'autonomie individuelle et la délibération politique.

Les « prolégomènes » du livre marquent d'emblée l'enjeu du débat en retraçant les étapes de l'expansion contemporaine du domaine du droit, la justice étant désormais sollicitée de toutes parts. L'inflation des textes et la multiplication des appels au droit reposent sur des présupposés « vides juridiques » et une prodigieuse multiplication des « droits à » : l'éducation, la santé, le logement, la vie privée, l'image, l'honneur, l'environnement, l'information, le revenu minimum, le procès équitable, le nom, la dignité... Plus qu'une inflation du droit, il s'agit d'une mutation appuyée sur les changements induits par la globalisation qui appelle une protection accrue des individus face aux différentes pressions qui s'imposent à eux. Par là, une sorte de moralisation du droit empiéterait sur les pouvoirs politiques déclinants, se traduisant en particulier par un mouvement général de contractualisation et de procéduralisation. Dominique Terré montre que nous assistons à l'émergence de nouvelles catégories juridiques comme celle de « centres d'intérêts » normatifs qui pourraient accueillir divers éléments, par exemple l'embryon, l'animal au statut ambigu.

L'auteur traite ensuite trois chapitres : le premier sur les droits de la personne qui s'inscrit dans le sillage des droits de l'homme expliquant « le désir du droit qui caractérise nos sociétés » ; le second qui traite plus la question du citoyen et le mouvement de juridicisation du politique avec l'impact de la constitutionnalisation

du droit et les effets du pouvoir accru de la gouvernance des juges ; le troisième qui s'attache à la procéduralisation, « attitude qui consiste délibérément, en l'absence de toute certitude sur les valeurs ou les essences, à préférer dégager des normes qui tireront leur autorité des procédures et des accords à travers lesquels elles ont émergé ».

L'expansion du droit trouve ainsi son origine dans les droits de l'homme. Le destinataire de ces droits est un individu, au sens à la fois quantitatif et qualitatif de ce terme d'ordre juridique. Il est un sujet souverain. Il est une personne. Mais il est aussi un être en relation qui se nourrit d'intersubjectivité. L'auteur montre que cette reconnaissance de l'intersubjectivité est un des ressorts des nouveaux droits de l'homme. Notion récente, les droits de l'homme se sont démultipliés, ont acquis un statut de référence politique et morale. Les droits de l'homme ne sont pas seulement ceux de l'homme raisonnable, rationnel, ils sont aussi ceux de l'homme sensible qui mérite une protection contre tous les abus. L'essor des droits de l'homme est allé de pair avec le déclin de la loi. S'ils s'affirment comme intangibles, ils sont néanmoins évolutifs, constituant ainsi de véritables sources du droit. L'auteur insiste sur l'impact de la notion de dignité que l'on applique à toutes sortes de contextes. Dominique Terré montre que ce principe de dignité, défini comme la liberté de tout un chacun de faire les choix qui sont les siens, fonde une argumentation juridique qui permet à toute personne d'agir en justice mais aussi peut connaître des dérives d'un droit moralisateur qui prétendrait obliger un sujet à se respecter lui-même indépendamment des choix personnels de l'intéressé. Elle développe la reconnaissance des droits des groupes – les femmes, les homosexuels, les minorités, autre aspect problématique. Elle souligne ainsi le caractère manipulable des droits de l'homme.

Dans le second volet de l'ouvrage, l'auteur s'interroge sur la juridicisation du politique en exposant les principaux caractères de l'expansion du contrôle de constitutionnalité, le bouleversement qu'il induit en ce qui concerne les rapports du droit et de la démocratie et en se demandant si les pouvoirs étendus dont dispose le juge constitutionnel peuvent expliquer le glissement vers un gouvernement des juges. Dominique Terré montre que la sacralisation de la constitution et l'importance croissante du contentieux constitutionnel contribuent à corroder la base volontariste de la démocratie. À cela s'ajoute la montée en puissance dans toutes sortes d'affaires d'un juge devenu « pontife » ou, suivant les termes de Ronald Dworkin, une sorte d'Hercule. D'origine américaine, l'expression « gouvernement des juges » cherche, dans ses différentes acceptions – pouvoir autonome, excès de pouvoir ou pouvoir subjectif –, à saisir ce pouvoir grandissant du juge, dont les juridictions européennes en particulier constituent un cas typique. Plus généralement, il apparaît, selon l'auteur, que les relations entre droit et démocratie sont circulaires et que si « la démocratie relativisée, voire marginalisée » semble devenir une conséquence du droit, c'est uniquement parce que la démocratie « ne saurait s'affirmer sans déjà respecter les règles de droit ». Et l'auteur continue : la démocratie « est entièrement tributaire du droit, elle produit du droit, elle est subordonnée au droit, sans lequel elle ne saurait être démocratie, mais mascarade démocrati-

que » (p. 185). On peut craindre néanmoins, en l'absence de consensus sur un certain nombre de questions morales sensibles, que l'autorité non seulement juridique, mais aussi morale, d'un juge particulier soit un obstacle à l'expression ou à la reconnaissance d'intérêts ou de positions qu'une analyse ou une représentation différente aurait fait paraître légitimes.

Dans une troisième partie, l'auteur aborde la question de la procéduralisation du droit comme voie de passage entre le substantialisme et le formalisme. Elle décrit les diverses théories qui proposent la solution procédurale (Chaïm Perelman et sa théorie de l'argumentation, Niklas Luhmann et son autorégulation systémique, John Rawls et sa théorie de la justice, Jürgen Habermas et sa théorie de la communication) par opposition à ceux qui émettent des objections (comme Paul Ricoeur, Bernard Bourgeois et Franck Michelman) à l'endroit de ces conceptions : circularité, irrationalisme juridique, caractère illusoire de l'élimination d'un bien substantiel. Elle s'interroge aussi sur les tentatives de juristes ou sociologues qu'elle qualifie « d'ultra-procéduralistes » en se demandant s'ils parviennent à donner corps à un droit procéduraliste. L'analyse que propose Dominique Terré de figures juridiques réputées novatrices ne fait pas disparaître les interrogations.

Dans sa conclusion générale, l'auteur rappelle qu'elle est partie d'un constat d'un panjuridisme qui n'épargne aucune partie de la société. Cette sacralisation du droit s'accompagne du déclin de l'autorité de la loi et du prestige de l'État. Tout en montrant que notre société assiste aujourd'hui à une multiplication de foyers du droit, que le droit se réclame davantage de la négociation que de l'imposition, que les lieux de production se fondent sur le contrat et l'autorégulation, que les frontières du droit se sont estompées, Dominique Terré souligne que le juge reste le maître du dispositif, investi d'une responsabilité morale et sociale. Elle insiste sur le fait que l'homme demande au droit d'exprimer son authenticité, son identité et même son intériorité. Et elle s'interroge : ne faut-il pas accepter que le droit ne soit pas tout à fait littérature, laissant à chacun la liberté de l'art, mais protégeant ceux qui n'auront pas le talent ? L'ouvrage de Dominique Terré oblige à s'interroger sur le type de constitutionnalisation de la politique et de la justice qui a le plus de chance de représenter la diversité des intérêts sociaux, y compris ceux des parties les plus vulnérables en matière d'accès à la justice. Le droit, à n'en pas douter, peut faire beaucoup, mais il ne peut pas tout. En dehors de lui, ce sont les politiques mais aussi les théoriciens de la politique qui devront tenter de répondre à ces évolutions de société.

Reçu au bureau de la rédaction

-
- ARCHIBUGI Daniele, *La démocratie cosmopolitique. Sur la voie d'une démocratie mondiale*, Paris : éd. du Cerf, coll. « Humanités », 2009, 81 p.
 - BRIQUET Jean-Louis et FAVAREL-GARRIGUES Gilles (dir.), *Milieus criminels et pouvoir politique. Les ressorts illicites de l'État*, Paris : Karthala, coll. « Recherches internationales », 2008, 318 p.
 - BRUHNS Hinnerk et DURAN Patrice (dir.), *Max Weber et le politique*, Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2009, 247 p.
 - CAILLOSSE Jacques, *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, Paris : PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, 421 p.
 - CAILLOSSE Jacques, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire en droit public français*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société. Série Politique », 2009, 250 p.
 - CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris : Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, 343 p.
 - CHEVALLIER Philippe et GREACEN Tim (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse : Érès, 2009, 239 p.
 - DE LAMAZE Édouard et PUJALTE Christian, *L'avocat, le juge et la déontologie*, Paris : PUF, coll. « Questions judiciaires », 2009, XVIII-267 p.
 - DE SUTTER Laurent, *Deleuze. La pratique du droit*, Paris : Michalon, coll. « Le bien commun », 2009, 125 p.
 - EBERHARD Christoph (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit », 2008, 756 p.
 - ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société. Série Sociologie », 2009, 235 p.
 - FOBLETS Marie-Claire et DUNDES RENTELN Alison (eds.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford : Hart Publishing, coll. « Oñati International Series in Law and Society », 2009, 378 p.
 - GIRAUD Olivier et WARIN Philippe (dir.), *Politiques publiques et démocratie*, Paris : La Découverte, coll. « Recherches/Territoires du politique », 2008, 428 p.

- GUILLEMARD Anne-Marie (dir.), *Où va la protection sociale ?*, Paris : PUF, coll. « Le lien social », 2008, 404 p.
- GUSFIELD Joseph, *La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique*, Paris : Economica, coll. « Études sociologiques », 2009, 354 p.
- HAURIUO Maurice, *Écrits sociologiques*, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2008, LVIII-476 p.
- HERTOUGH Marc (ed.), *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford : Hart Publishing, coll. « Oñati International Series in Law and Society », 2009, XII-280 p.
- LABORIER Pascale, NOREAU Pierre, RIOUX Marc et ROCHER Guy (dir.), *Les réformes en santé et en justice. Le droit et la gouvernance*, Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2008, 286 p.
- MILBURN Philip, *Quelle justice pour les mineurs ? Entre enfance menacée et adolescence menaçante*, Toulouse : Érès, coll. « Trajets », 2009, 236 p.
- NAFFINE Ngairé, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford : Hart Publishing, coll. « Legal Theory Today », 2009, 208 p.
- NOREAU Pierre et ROLLAND Louise (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal : Thémis, 2008, 998 p.
- OST François, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris : Fayard, coll. « Ouvertures », 2009, 429 p.
- SCHIAVONE Aldo, *IUS. L'invention du droit en Occident*, Paris : Belin, coll. « L'antiquité au présent », 2008, 544 p.
- SMITH Adam, *Leçons sur la jurisprudence*, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2009, XXX-661 p.
- STREECK Jürgen, *Gesturecraft: The Manu-facture of Meaning*, Amsterdam, Philadelphie : John Benjamins, coll. « Gesture Studies », 2009, XII-235 p.
- VRANCKEN Didier, DUBOIS Christophe et SCHOENAERS Frédéric (dir.), *Penser la négociation. Mélanges en hommage à Olgierd Kutý*, Bruxelles : De Boeck, coll. « Ouvertures sociologiques », 2008, 262 p.