



**HAL**  
open science

# A quoi nous sert le droit pour comprendre sociologiquement les incertitudes des sociétés contemporaines ?

Jacques Commaille

## ► To cite this version:

Jacques Commaille. A quoi nous sert le droit pour comprendre sociologiquement les incertitudes des sociétés contemporaines ?. SociologieS, 2016, Sociétés en mouvement, sociologie en changement, pp.En ligne. halshs-01547009

**HAL Id: halshs-01547009**

**<https://shs.hal.science/halshs-01547009>**

Submitted on 26 Jun 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **A quoi nous sert le droit pour comprendre sociologiquement les incertitudes des sociétés contemporaines ?<sup>1</sup>**

**Jacques Commaille**

Pendant longtemps, la sociologie a méprisé ou oublié la place importante que les figures fondatrices de la discipline accordaient au droit. A partir d'un cadre analytique qualifié de modèle de légalité duale, où au droit comme « Raison » s'oppose un droit agi par le social, la tentative est faite de restaurer le droit comme analyseur des transformations de la régulation sociale et politique des sociétés contemporaines. La mise à l'épreuve de ce modèle aboutit finalement à une montée en généralité : une quête de redéfinition des conditions de construction de la légalité ; une interrogation sur les cadres généraux d'analyse de la régulation des sociétés, notamment à partir de l'exemple du paradigme de la domination.

### **What is the law's role in sociologically understanding the uncertainties of contemporary society?**

For a long time, sociology has scorned or forgotten the importance that the discipline's founders accorded [the] law. Using an analytical framework described as dual legality, where a law acting through the social is opposed to the law as "Reason," the attempt is made to restore law as analyzer of transformations in the social and political regulation of contemporary societies. The testing of this model results ultimately in increased generalization: a quest to redefine the conditions of legality's construction, a questioning of the general analytical frameworks of societal regulation, notably using the paradigmatic example of domination.

### ***Les enjeux de pouvoir propres au travail de connaissance sur les transformations des sociétés. L'exemple des rapports entre la sociologie et le droit***

Les rapports entre les sciences sociales et le droit, spécifiquement ceux entre la sociologie et le droit, sont particulièrement illustratifs des enjeux de pouvoir propres au travail de connaissance sur les transformations des sociétés. Une littérature considérable est consacrée à ces rapports. L'objectif n'est pas ici d'y revenir<sup>2</sup> sinon pour avancer la thèse que ces rapports sont susceptibles de s'établir dans des termes nouveaux à la mesure des incertitudes de la régulation sociale et politique des sociétés contemporaines, ceci comme une illustration exemplaire de ce que suggèrent deux des trois axes de la thématique du prochain Congrès de l'AISLF : « un regard à décentrer », « des frontières à décloisonner ».

Il n'est pas indifférent de se rappeler que ces rapports entre la sociologie, les sciences sociales et le droit sont d'abord des rapports de rejet. En France, la sociologie a disqualifié le droit comme objet de recherche au motif que celui-ci n'était que le « miroir » et le simple instrument de gestion de rapports sociaux, déterminés par les rapports économiques qui sont ceux de l'économie capitaliste. La science politique a superbement ignoré le droit, masquant

---

<sup>1</sup> Le titre de cet article est inspiré en partie par celui de mon ouvrage : *A quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2015.

<sup>2</sup> Parmi les publications récentes, on pourra consulter : Chassagnard-Pinet et al. (2013).

par une transposition dans un argumentaire relevant du registre épistémologique ce qui tenait d'abord à un conflit de nature institutionnelle avec les Facultés de droit (Favre, 1989). Le droit lui-même, dans sa version du positivisme juridique le plus dur, a prôné « une indifférence pleinement revendiquée à tout ce qui touche aux conditions comme aux finalités sociales de la production normative [cela pour] éviter qu'une réflexion soucieuse du social vienne parasiter l'observation authentique des phénomènes juridiques, c'est-à-dire des faits de droit perçus à travers les seuls faits de textes » (Caillosse, 1994, p. 131). Mais ces ignorances réciproques ne sont pas propres à un pays si l'on se souvient de cette remarque de Talcott Parsons concernant « l'espèce de mystère de la négligence dont ont fait preuve les sciences sociales, et particulièrement la sociologie, à l'égard du droit et des systèmes juridiques, après le brillant départ opéré par Durkheim et Weber » (Parsons, 1977, p. 11-13 ; 1978).

Pour ce qui concerne spécifiquement les rapports entre la sociologie et le droit existe néanmoins une tradition où l'utilité de la sociologie est reconnue, mais seulement dans le cadre d'une conception instrumentale. Celle-ci participe de cette idée, qui a été si ancrée dans l'univers juridique, que, comme l'a si bien dit l'anthropologue Louis Assier-Andrieu : le droit a la prétention d'être une pratique et en même temps une science en vue d'avoir le monopole de dire sur elle-même sa propre vérité. Il en résulte des « sciences du droit » qui sont instituées comme sciences ancillaires du droit. La sociologie devient ainsi une ingénierie sociale permettant, comme le dit Léon Duguit, de faire en sorte que « les lois positives portées par le législateur [soient] conformes aux lois sociologiques et à l'état social pour lequel elles sont faites » (Duguit, 1899). Henri Lévy-Bruhl parlera d'une sociologie juridique conçue comme une « juristique » (Levy-Bruhl, 1967), Jean Carbonnier mobilisera ce qu'il appellera une « sociologie législative » (Commaille, 2007).

Les transformations actuelles des sociétés posent la question de la place du droit par rapport à la sociologie dans des termes radicalement nouveaux. Rappelons brièvement quelques-uns des grands traits de ces transformations : la perte d'influence des États nations, la création de nouvelles entités politiques transnationales (comme l'Union Européenne), l'internationalisation des échanges économiques et des flux financiers, l'ampleur des défis écologiques qui fait de la Terre un acteur qui interpelle nos sociétés (Latour, 2015), les processus de communautarisation sous l'influence d'une réactivation du religieux, la gravité posée par la question des migrations ou des nouvelles formes de stratification sociale et de production des inégalités à l'échelle planétaire, la montée d'extrémismes constituant un

phénomène transnational et qui remet en cause le partage « entre ce qui relève de la guerre et ce qui relève de la paix », tel qu'on peut le constater notamment : dans le fonctionnement des institutions policières, dans la production du droit pénal et de ses mises en œuvre par les institutions judiciaires, ceci jusqu'à poser la question des nouvelles formes de l'Etat de droit (Linhard et Moreau de Bellaing, 2013). Ces mutations du contexte entraînent la transnationalisation des formes de régulation sociale et politique ainsi que des institutions dans lesquelles s'inscrivent l'activité juridique et la justice (Commaille, 2010). Elles se conjuguent avec les incertitudes concernant les vertus de la démocratie représentative et les fondements de sa légitimité comme si des fragilités croissantes des principes structurants de l'ordre social découlait un scepticisme grandissant à l'égard de l'ordre politique.

C'est précisément dans le cadre de ce processus de transformations que s'inscrit ma propre trajectoire de chercheur sur le droit. Si mon positionnement initial a été de me positionner comme un sociologue qui se penche sur le droit pour en saisir le sens en le mettant *en contexte*, et contribuer ainsi à en faire la théorie, je me suis progressivement plus délibérément situé dans la filiation des grandes figures fondatrices de la sociologie pour considérer le droit comme : un exceptionnel révélateur des transformations des sociétés et l'instrument privilégié pour procéder à un travail de théorisation de ces transformations. Comme l'un des auteurs de référence dans le domaine (Hunt, 1993), il s'agit de prendre ses distances avec une sociologie du droit comme sous-discipline enfermée sur elle-même (comme le sont souvent les sous-disciplines de la sociologie) pour considérer que l'approche sociologique du droit peut contribuer non seulement à une théorie du droit et de la justice, mais à une théorie générale des sociétés et de leurs évolutions, à une « théorie du monde social » (Noreau, 2011, p. 689), à tout le moins à la recherche de sens des régimes de régulation de ces sociétés. On notera ici qu'en faisant du droit un révélateur des changements dans les régimes de régulation des sociétés contemporaines, en se situant donc dans le cadre d'une réflexion de sociologie générale privilégiant une approche par le droit, il convient en même temps de ne pas ignorer les dimensions politiques que cette approche est susceptible de comporter puisque, comme le souligne encore Nicos Poulantzas : le droit est « un élément constitutif du champ socio-politique »<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cité par Alan Hunt, *op. cit.* C'est la raison pour laquelle j'ai inscrit progressivement mes travaux dans ce que j'ai appelé une « sociologie politique du droit ». Une telle appellation pose, me semble-t-il, une autre question qui est celle des frontières de l'analyse : ici entre la sociologie et la science politique (auxquelles il faudrait, pour

### *La recherche d'un nouveau cadre analytique*

C'est alors que, plus que jamais, la mise à distance du droit implique la construction d'un cadre analytique permettant de rompre avec des visions du monde et des représentations de lui-même que le droit tend à imposer. Cette rupture passe notamment par une remise en cause du monopole d'une représentation indigène du droit pour n'en faire que la première face d'un *modèle* que j'appelle de *légalité duale*. En effet, la représentation dominante au sein de la pensée juridique est celle d'une « Raison » juridique, au même titre qu'il peut être question du « Père » (Legendre, 1974), comme si, à l'évidence d'un statut surplombant du droit devait correspondre « naturellement » celle incarnant l'autorité : le « Père » de famille, sous-entendu, pour reprendre les métaphores de la famille appliquées au politique, le « Père de la Nation », c'est-à-dire une représentation hiérarchisée, pyramidale, descendante de l'ordre politique.

Comme le dit Dominique Schnapper (Schnapper, 2014), une telle représentation participe d'une « transcendance républicaine », c'est-à-dire de cette transfiguration d'une « Promesse républicaine [qui] a pris la place de la Promesse du salut éternel. La transcendance religieuse (...) avait été remplacée, pour les tenants de la modernité politique, par la transcendance politique – la Patrie, la République, la France ou le Parti communiste -, qui avaient droit à la majuscule, ont alors pris la place de l'Église et du roi, entraînant la même adhésion, les mêmes expériences vécues et les mêmes passions que la participation à une Église. Elle impliquait une sorte de spiritualisation du pouvoir politique » (Schnapper, *op. cit.*, p. 133) et, ajouterai-je, du droit, du « Droit » lui-même.

Une telle représentation sociale du droit, née d'une « alchimie théologico-politique » va permettre le passage « de la liturgie à la science du droit » (Kantorowicz, 1989, p. 80) puis favoriser la transmutation de la personne physique du prince en celle de l'État (Kantorowicz, *op. cit.*). Elle est certainement à la genèse d'un « mythe du droit »<sup>4</sup>.

Il est intéressant d'observer que ce « mythe du droit », du « Droit » (of « the Law »), fait système si l'on peut dire avec le mythe d'un ordre politique. Cette représentation sociale

---

ce champ de recherche, ajouter l'anthropologie), plus largement, dans beaucoup de cas, entre les différentes disciplines de sciences sociales. Voir sur ce point Wallerstein (1999).

<sup>4</sup> Mais nous verrons que ce mythe peut ne pas seulement servir le pouvoir : il peut être utilisé pour concourir aux luttes contre le pouvoir, par exemple dans ce qui a été appelé une « politique des droits » (« *Politics of Rights* »). Voir : Scheingold (2004).

du droit suggère en effet une certaine conception du politique et de la place du droit dans la constitution du politique. La fonction centrale que le droit occupe tient à son rôle dans la régulation politique des sociétés, celle d'une régulation *top down*, suivant un modèle pyramidal où le « sommet » (le pouvoir politique, l'État...) ordonne et la « base » (la société) se soumet en même temps qu'est sollicitée son adhésion.

Si la représentation du droit, du « Droit », comme « Raison » est en osmose avec une conception de l'ordre politique et d'un régime de régulation politique, elle l'est également, de façon paradoxale, avec des théories issues des sciences humaines et sociales, lesquelles en en faisant une critique systématique, inspirée par le paradigme de la domination, les ont en fait exclusivement consacrées.

Rappelons brièvement que, pour Michel Foucault, « le droit n'apparaît que comme le masque du pouvoir, et la réalité de celui-ci réside dans la domination, une réalité que la théorie du droit aussi bien que sa technique ont pour fonction essentielle de camoufler » (Colliot-Thélène, 2009, p. 236). C'est ainsi que l'intérêt porté aux phénomènes juridiques l'est d'abord à travers la question des « dispositifs », c'est-à-dire dispositifs de *pouvoir* disciplinaire, « mécanismes du biopouvoir ». Le droit est un instrument de contrôle social et participant d'une « gouvernementalité disciplinaire » (Guibentif, 2010).

Bien qu'empruntant des modes d'approche et des voies analytiques différents, Pierre Bourdieu se situe dans la même logique. Sa pensée est inspirée par une histoire des rapports entre droit et pouvoir qui est, je dirai, exaltée par le cas français, et où le droit est considéré comme un instrument de première importance dans le cadre d'une théorie de la domination politique marquée par une vision étato-centrée (Garcia Villegas, 2004).

De façon parallèle à Michel Foucault pour qui la technique juridique a d'abord une fonction de dissimulation de la domination (Foucault, 1994), pour Pierre Bourdieu, par son apparente neutralisation ou euphémisation (qui relève du registre symbolique ou de celui de l'idéologie), le droit est ainsi un instrument efficace pour assurer la reproduction de l'ordre social, perpétuer la domination des classes dominantes et consacrer l'ordre établi, « une vision de cet ordre qui est une vision d'État, garantie par l'État » (Bourdieu, 1986, p. 13).

Dans ce paradigme de la domination, aucune place n'est laissée à la possibilité de la *résistance*, y compris en s'appuyant sur le droit et à une conception du droit non plus

simplement comme imposition mais comme espace ou arène de luttes, résistance mue par des mouvements sociaux, de façon identique à la conception du droit comme produit de rapports de forces comme le considérait le juriste Rudolf von Jhering (von Jhering, 1883).

L'osmose entre une certaine représentation du droit, une certaine représentation politique et une certaine représentation du droit par les sciences humaines et sociales explique sans doute que des courants mettant en valeur une autre représentation de la légalité se soient vus constamment relativisés. *Or cette autre représentation du droit constitue pour moi la seconde face de ce modèle de légalité duale que je propose comme cadre analytique permettant une mise en contexte du droit comme analyseur des transformations de la régulation sociale et politique des sociétés.*

Dans l'histoire de la pensée juridique et de la pensée *sur* le juridique, il existe effectivement une autre représentation du droit « connectée au social », « immergée » dans le social pour reprendre l'expression de Georges Gurvitch, « constitutive » de la société, pour me référer à l'expression d'Alan Hunt. Rappelons, bien sûr, les célèbres textes de Marx sur le « vol de bois » (Lascoumes et Zander, 1984). Ces textes soulignent en effet très opportunément l'existence d'oppositions possibles entre « la juridicité ancrée dans la conscience du peuple et la légalité maniée par les juristes au sein de la société politique » (Assier-Andrieu, 1996, p. 87). Le droit va être considéré ici « non comme une forme close ou, au contraire, totalement surdéterminée, mais comme un enjeu dans les rapports sociaux » (Lascoumes et Zander, *op. cit. (Commentaires)*, p. 18), comme « une formalisation d'intérêts antagonistes », comme « un construit social contradictoire » (*Ibid.*, p. 231). Il y a bien là, par conséquent, une tentative de définition d'une légitimité proprement sociale à partir d'une légalité populaire. Ferdinand Tönnies dans sa définition de la communauté parle lui-même d'une « masse » (d'un peuple) « qui, se gouvernant elle-même, devient semblable au cerveau d'un corps développé, capable de percevoir ; elle représente le pouvoir intellectuel dominant et peut, comme telle, devenir plus parfaite que les précédents puisqu'à travers son érection aisée et fréquente en un être collectif, elle se trouve confrontée à des problèmes plus difficiles mais aussi devient plus avisée grâce aux leçons qu'elle tire de l'expérience ; elle a donc une probabilité plus grande de produire la raison politique et artificielle la plus haute et la plus noble (...). Comme le dit Ferdinand Tönnies, « la société (...) peut [alors] *s'opposer* par l'affirmation de son droit propre à cette extension illimitée de la *puissance législative* ou au

refoulement du droit naturel ou conventionnel par le droit étatique ou politique » (Tönnies, 2010, p. 238, 243).

Au sein même de l'univers juridique, des courants théoriques issus du droit se sont opposés à cette autarcisation du droit que porte la représentation sociale du droit comme « Raison » transcendante. Citons entre autres, l'École du « droit vivant » employé par un courant d'analyse né au début du XX<sup>ème</sup> siècle (Ehrlich, 1989). Ce « droit vivant » peut être défini comme « le droit au quotidien, tel qu'il émerge non seulement des documents reconnus officiellement dans une société comme juridiques, mais encore de l'observation directe de la pratique qui a lieu en marge, voir contre le droit institutionnalisé » (Nelken, 1993, p. 205). De même, en Allemagne, l'École Historique du droit, face à la mythification du « Législateur », à la glorification du formalisme juridique, met en avant un « droit du peuple » porté par la coutume, un droit « d'en bas » s'opposant au droit de l'État (*Ibid.*). De même encore, cette célèbre plaidoirie devant la Cour Suprême des États-Unis de l'une des figures de la « *Sociological Jurisprudence* », Louis D. Brandeis : la « *Brandeis Brief* » « comporte deux pages d'argumentation juridique et cent pages de faits sur les effets nocifs de journées de travail trop longues des femmes dans les laveries » (Michaut, 1993, p. 563).

Dans la filiation de la « *constitutive theory of law* » d'Alan Hunt et d'autres auteurs comme Sally Engle Merry (Engle Merry, 1990), pour lesquels le droit est partie prenante de la réalité sociale et non en surplomb de celle-ci, au sein du mouvement contemporain « *Law and Society* », un courant dit du « *legal consciousness* » souligne que le droit ne doit plus être considéré comme une sphère autonome, les relations entre droit et société comme inscrites dans une relation causale, mais que le droit est bien *constitutif* de la réalité sociale (Ewick, Silbey, 1998), composante de la vie de tous les jours (« *everyday life* »), dans une relation d'interpénétration avec les processus sociaux.

***L'exigence d'un nouveau cadre analytique pour comprendre ce que le droit nous dit des mutations de la régulation sociale et politique des sociétés***

Dans la réflexion à laquelle je me suis livré récemment avec cet objectif de saisir les mutations du droit comme révélatrices des mutations des régulations sociales et politiques des sociétés contemporaines, j'ai consacré une large place aux interactions entre ces deux types de mutations en faisant le choix de deux entrées : les territoires (l'espace) et les temporalités (le

temps) (Commaille, 2015<sup>5</sup>). Je ne m'appuierai ici que sur la première entrée même si celle du temps révèle combien les temporalités de l'activité juridique dans ses différentes déclinaisons sont sur-déterminées par des facteurs dont la source est dans des exigences formulées par la société, par certaines des forces qui la composent, par des pouvoirs qui la régulent ou tentent de la réguler.

L'entrée par les territoires met en valeur le fait que la régulation juridique s'inscrit de plus en plus dans un espace multcentré, caractérisé par une pluralité croissante d'arènes au sein desquelles le droit est conçu comme produit d'une volonté mais aussi comme résultante d'interactions multiples et de stratégies d'acteurs, dont les ONG, s'établissant *à la fois* au niveau local, national et supra-national (Lépinard, 2007 ; Fouilleux, 2003<sup>6</sup>).

Il est désormais admis - et ici les analyses produites au sein de la théorie du droit, notamment celles de « l'École de Bruxelles », et par les sciences sociales se font écho - que la nouvelle économie normative est davantage marquée par l'horizontalité que par la verticalité et qu'il est permis de parler du passage de la pyramide au réseau (Ost et van de Kerchove, 2002). Il ne s'agit plus simplement de contester la prétention à un « monisme juridique étatique » (Gurvitch, 1940). Il s'agit d'appréhender une économie normative qui fonctionne *en système* mêlant différents espaces et différents types de normativités faites à la fois de normes juridiques et non-juridiques et constitutives, par conséquent, d'une véritable internormativité comme le considère une des figures de la sociologie du droit québécoise (Belley, 1996).

Cette évolution s'inscrit dans un espace de tension entre logiques néo-libérales et logiques démocratiques. Le nouveau régime de régulation juridique y apparaît d'abord inspiré par une économie fondée sur les principes du neo-libéralisme. Le pragmatisme y est plus conforme aux logiques de défense des intérêts privés que le formalisme du droit codifié qui a sa source dans la souveraineté de l'État. Mais la prévalence de cette logique n'exclut pas les potentialités d'une autre porteuse d'une vision moins hiérarchique, plus horizontale mais aussi plus encline à la délibération qu'à l'imposition et, par conséquent, plus démocratique, d'une reconnaissance des vertus de la seconde face d'une légalité « connectée au social » et susceptible de consacrer un droit, non plus seulement comme *référence* mais comme *ressource* à la disposition des citoyens et des mouvements sociaux.

---

<sup>5</sup> Voir notamment la deuxième partie de l'ouvrage : « Le bouleversement des contextes du droit », p. 157-291.

<sup>6</sup> Sur ces stratégies d'acteurs jouant de cette multiplicité des niveaux, voir par exemple, sur l'instauration de la parité en politique : Lépinard (2007) ; sur les dispositifs juridiques de la politique agricole : Fouilleux (2003).

Finalement, toutes ces déclinaisons de l'activité juridique s'inscrivent dans un cadre général qui est bien celui de l'ordre politique des sociétés. Le droit peut être à la fois un de vecteurs importants de la régulation politique des sociétés et de ses transformations et seulement la résultante de celles-ci. C'est donc bien en termes d'*enjeux* qu'il convient d'aborder la question des avènements possibles du droit, indissociablement liés aux avènements possibles de l'ordre politique.

Mais ce contexte d'incertitude justifie plus encore le cadre analytique proposé *supra* en termes de modèle de légalité duale. En effet, les mutations du droit révèlent une contestation de la légitimité de la loi issue d'un processus *top down* et la remise en question de la première face de ce modèle de légalité duale : celle du « Droit » comme « Raison ». La remise en question du monopole d'une représentation du droit comme *référence* et la revendication d'un droit comme *ressource* suggèrent *une conception de la légalité moins fondée sur l'idée d'unicité, de monisme, que sur celle d'un pluralisme* où le droit prend des formes différentes dans les différences mêmes qui caractérisent l'espace social, où il est susceptible d'être activé de façon différentielle et de faire l'objet de tentatives de reconfigurations : soit de la face de la légalité comme « Raison », soit de la face de la légalité comme « connectée », « immergée » dans le social.

Par exemple, dans la période actuelle, rien ne semble mieux illustrer ces tentatives de renouveler la tradition historique d'un droit *référence*, d'un droit comme « Raison », que les nouvelles déclinaisons des droits de l'homme. Mais cette expression d'un droit *référence*, dont la force symbolique tient certainement à ce qu'il est à la fois fait d'éthique et de droit, se réalise pleinement quand il acquiert effectivement la dimension internationale constitutive de son essence. Il y a, dans la longue histoire des droits de l'homme associée à l'avènement des démocraties et au processus d'internationalisation, tous les éléments justifiant qu'ils soient plus que jamais au cœur des débats sur l'avenir des sociétés contemporaines en relation avec la question démocratique et celle de la globalisation. Dans le cadre d'une « déconstruction des normes qui entourent les discours des droits humains et surtout leur universalisme » (Saillant et Truchon, 2013, p. 15), un nouvel universalisme intégrerait l'idée de « relativisme culturel », c'est-à-dire la reconnaissance des différences au sein d'un même État et entre les États (Lobo de Souza, 2010, p. 172-177). L'idée est bien que « la solidarité citoyenne puisse se régénérer au niveau plus abstrait d'un universalisme sensible aux différences » (Habermas, 2000, p. 128).

De façon significative, ce mouvement relativise le statut de l'État dans la mesure où il renforce l'idée de droits opposables aux ordres juridiques nationaux et aux États : par les citoyens ou les groupes de citoyens qui le composent, par le développement, dans le cadre d'une « nouvelle société civile mondialisée » (« *a new global civil society* ») (Hoffmann, 2003, p. 27-35), d'un « mouvement social global » attaché à la reconnaissance de la juridicité et de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels de catégories de populations particulières (Guibentif et Roman, 1993).

Une des illustrations les plus probantes de cette aspiration à restaurer un droit référence est l'interprétation qui peut être donnée au mouvement de constitutionnalisation depuis la seconde guerre mondiale (il est question d'un « *new constitutionalism* » illustré par la création de cours constitutionnelles dans de nombreux pays (Commaille et Dumoulin, 2009), notamment dans les pays d'Europe ex-communistes (Coman, et de Waele, 2007), à la mise en place d'autorités publiques indépendantes, à celle de cours suprêmes ou encore de juridictions pénales supranationales, dans le cadre d'un processus de « judiciarisation du politique » (Commaille et Dumoulin, *op. cit.*<sup>7</sup>).

Mais, parallèlement à ces tentatives de reconfiguration de la première face de la légalité comme « Raison », l'accent est mis de plus en plus sur une économie normative de la légalité s'inspirant de sa seconde face. Dans un contexte favorisant la constitution d'une « société civile mondialisée », les reconfigurations de la seconde face du modèle de légalité duale s'inscrivent dans de nouvelles formes de mobilisation collective pour la préservation ou l'établissement de droits à un niveau transnational, en recourant éventuellement à l'arène judiciaire (voir par exemple, le mouvement altermondialiste - de Sousa Santos et Rodriguez-Garavito, 2005). Comme une sorte d'inversion, le droit n'est plus dans un statut exclusif où il s'imposerait aux sociétés mais il naît aussi de leur effervescence. Comme une illustration d'un rapport au droit conçu activement par les individus et les organisations qui les représentent, les acteurs consacrés des mouvements sociaux, des structures intermédiaires reconnues au niveau national n'hésitent plus à changer d'échelle territoriale dans leurs stratégies de défense des droits. C'est ainsi, par exemple, que « les syndicats du Nord et du Sud [repensent] leur façon d'agir » (voir les analyses de la Chaire de responsabilité sociale et du développement durable, Université du Québec à Montréal : <http://www.crsdd@uqam.ca>). Ce qu'on pourrait appeler l'internationalisation ou la transnationalisation du marché s'accompagne ou est suivi

---

<sup>7</sup> Voir également : Commaille et Dumoulin (2014).

par un phénomène du même ordre en ce qui concerne les mises en œuvre d'une action collective dont le répertoire intègre le recours au droit ou/et la revendication de droits (Israël, 2009).

Ce changement d'échelle de l'action collective inclut la circulation et le transfert de modèles d'action collective intégrant le recours au droit. La possibilité y est ouverte d'un « jeu » entre le niveau supranational et le niveau national, mené par des acteurs de mouvements sociaux en mesure d'optimiser l'efficace de la ressource juridique en la sollicitant au niveau international ou supranational pour des usages stratégiques dans le cadre national. Le droit de référence intangible est donc bien reconfiguré comme une *ressource* susceptible d'être manipulée par les acteurs sociaux en fonction des objectifs qu'ils poursuivent. Dans un contexte où s'affirme, dans l'espace politique comme dans la gestion des rapports sociaux et économiques, l'idée d'action, moins expression d'une volonté supérieure que résultante d'interrelations multiples, de rapports de force, d'échanges démultipliés entre des acteurs aux intérêts divergents ou contradictoires, le droit de *référence* devient effectivement instrument d'*action*.

La justice elle-même n'échapperait pas à ce changement de statut de la norme juridique. Le lieu institutionnalisé qu'elle constitue est fréquemment investi, au sens auquel les politologues usent de ce mot, comme une « arène » où s'affrontent des appropriations différentielles de cette référence juridique et où le but peut être moins d'obtenir un jugement favorable que de contribuer à promouvoir une cause ou à imposer un problème comme problème public en le projetant dans l'espace public.

Pour m'en tenir à un dernier exemple illustrant une sorte de renversement de perspective dans l'économie de la légalité, je me référerai au domaine de la sphère des individus où, à côté de dispositifs de politique publique et/ou juridiques visant à perpétuer une certaine conception des comportements privés dans le sens d'une défense de la famille comme institution, s'est manifestée ces dernières années une logique politique portée par les individus eux-mêmes au nom d'une autonomie revendiquée dans le choix de leur mode d'organisation et de fonctionnement de leur univers privé. Cette revendication a été formulée au nom des principes de liberté et d'égalité censés régir la cité démocratique.

De façon particulièrement illustrative, ce domaine de la sphère privée des individus était soumis à un régime de régulation juridico-politique *top down* où la production des règles

appliquées à l'univers privé des individus résultait de l'action univoque du pouvoir politique et de l'État. De plus en plus, les aspirations et les comportements des individus peuvent conduire à des mobilisations interpellant le politique et exigeant une réforme des dispositifs juridiques dans le sens d'une libéralisation et d'une reconnaissance de nouvelles formes d'organisation de cet univers privé. Il ne s'agit plus de se soumettre aux injonctions d'un pouvoir politique, en perte d'autorité et de finalités, et à celle des « entrepreneurs moraux », en vertu des intérêts supérieurs de la société proclamés « d'en haut ». Il s'agit d'exiger le respect des valeurs de liberté et d'égalité des individus, sujets de droit et citoyens, en leur nom propre et, éventuellement, au nom des groupes sociaux dont ils relèvent (en l'occurrence ici particulièrement : les femmes, les homosexuels....)<sup>8</sup>. Dans ce processus, les transformations des positions occupées par les femmes, tant sur le plan de l'entrée massive sur le marché du travail que de celui de la reconnaissance même partielle de leur rôle au plan politique, a constitué un facteur important en faveur de ce changement (Commaille, 1993).

En un mot, ces évolutions conduisent à restaurer l'existence de la seconde face du modèle de légalité duale - que rien ne qualifie mieux que le titre de cet ouvrage : « *L'arme du droit* » (Israël, *op. cit.*) - et d'en souligner l'importance, à côté de la première face, celle censée porter l'inspiration d'une « Raison » du droit (Legendre, *op. cit.*). Il s'agit d'admettre la nécessité de donner tout son poids à la prise en compte concomitante de ces deux faces du modèle de légalité duale, en accordant la plus grande attention aux tensions constitutive de leurs rapports, celles-ci elles-mêmes révélatrices des tensions se manifestant dans les régimes de régulation sociale et politique des sociétés contemporaines.

### ***Les cadres d'analyse des régimes de régulation sociale et politique des sociétés contemporaines en question***

Au-delà ou à partir de ce cadre analytique construit pour tenter de donner sens à l'économie des relations entre les mutations du droit et celles des sociétés contemporaines, la question peut être posée de la pertinence, plus largement, des cadres d'analyse des régimes de régulation sociale et politique des sociétés contemporaines et des paradigmes qui sont sollicités en la matière. Ainsi, le paradigme de la domination, qui a tant prévalu dans la pensée française des années 1960 à 1980, est-il toujours adéquat pour fournir une explication des exceptionnelles transformations et de la complexité nouvelle de ces régimes de régulation

---

<sup>8</sup> Parmi la littérature importante consacrée à cette évolution, on en trouvera : d'une part, une synthèse dans Commaille, Strobel et Villac (2003) ; d'autre part, une illustration exemplaire dans Roca I Escoda (2010).

sociale et politique ou convient-il de le repenser, de le redéfinir, de le prolonger en prenant en compte notamment ces tensions révélées par le modèle de légalité duale et le changement d'échelle imposée par l'importance prise par le niveau supranational ? Bien entendu, il ne s'agit pas de nier le constat d'une perpétuation de ces processus de domination dans les sociétés contemporaines. Dans mon ouvrage *A quoi nous sert le droit ?* je n'ai pas manqué d'évoquer à maintes reprises ce que pouvaient en être les multiples expressions. Si la domination demeure, ce sont ses formes qui ont été l'objet de métamorphoses : elle est plus diffuse, moins liée à un « centre ». Il s'agit d'une domination plus polycentrique. De plus, recourir à cette notion pour qualifier les régimes de régulation des sociétés ne saurait épuiser le sens de la complexité croissante de ces derniers.

Tout cela confirme cette exigence de repenser ce paradigme, permettant ainsi de remédier à sa trop grande unilatéralité et aux processus de généralisation dont il a fait l'objet, ceci à partir d'observations circonscrites empruntant à la démarche ethnologique (de Certeau, 1980). Sans parler de Michel Foucault qui va déplacer progressivement son intérêt pour les dispositifs de pouvoir vers les processus de subjectivation, vers l'expérience du sujet de droit « faisant valoir ses droits subjectifs » (Guibentif, *op. cit.*, p. 74), donnant ainsi une place possible à la résistance (Alves da Fonseca, 2013), « Michel de Certeau parle de ces « tactiques » des « faibles » susceptibles de neutraliser ou de détourner les « stratégies » des « puissants » (de Certeau, *op. cit.*). Ce retour interrogatif sur un paradigme où le droit est supposé occuper une place majeure comme instrument privilégié d'exercice de cette domination se fait, paradoxalement, grâce au droit conçu ici comme analyseur. Dans cette dernière fonction, il nous permet d'observer à l'évidence que les impulsions « par le haut » (« *top down* ») ne doivent pas occulter celle, réelle ou virtuelle, « par le bas » (« *bottom up* ») et que les processus de changement des sociétés, susceptibles de devenir des promesses de changement dans le sens de la poursuite des idéaux démocratiques, ont également leur source dans ce seconde type d'impulsion. Dans sa confrontation avec le phénomène de la globalisation, le droit nous montre aussi que, bien au-delà des nomenclatures consacrées de la pensée juridique, bien au-delà des grandes systèmes juridiques, romano-germanique ou de *common law*), un décentrement s'impose pour rompre avec l'occidentalo-centrisme qui continue à inspirer les cadres d'analyse des régimes de régulation juridique, sociale et politique et de leurs transformations contemporaines.

L'enjeu est désormais de saisir les causes, les manifestations, les devenir possibles d'une *régulation polycentrique* de par la multiplicité de ses polarités et de ses ancrages géographiques et culturels. Ce régime de régulation s'établit en référence à des pôles (le politique, le culturel, le social et l'économique), le juridique étant lui-même partie prenante de cette configuration. Il est la résultante de la confrontation de logiques à l'œuvre inspirées tout à la fois par des idéaux, des intérêts et des processus structurels, agissant sur ces pôles et sur les combinaisons nées de leurs interrelations. Face à une telle complexité et à la multiplicité des paramètres, la recherche de sens dans des théories totalisantes, dans des meta-théories, est-elle encore concevable ? Ceci dans un contexte où il est juste de continuer à considérer que la légalité est au fondement de la légitimité du politique, il convient d'admettre que l'un des enjeux désormais des sociétés dites démocratiques est de *redéfinir les conditions de construction* de cette légalité.

Face à ces enjeux de connaissance, la question peut être également posée de savoir, pour revenir au point de départ de mon propos, si la longue histoire des rapports de pouvoir entre la sociologie et le droit ne doit pas entrer dans une nouvelle phase : celle de la recherche de complémentarités<sup>9</sup>, non pas au nom d'un œcuménisme naïf, mais à partir du constat que ce travail de vérité, qui tente plus que jamais d'être entrepris par une sociologie générale ayant retrouvé la valeur du droit comme analyseur, fait écho ou s'appuie sur des travaux venues du droit, de la théorie du droit et que développent notamment des courants de recherche appartenant au monde francophone, en particulier hors de France. Nous n'en citerons que trois exemples pour illustration et qui relève : 1) d'une réflexion sur ce que j'ai appelé *supra* une *redéfinition des conditions de construction de la légalité*, où il s'agit de concevoir des processus d'action collective dans le cadre desquels les acteurs sont associés à la conception des normes et à leur application grâce à des opérations d'apprentissage relevant d'une approche « génétique » de la participation (Lenoble et Maeschalk, 2011), ou encore d'un retour à la pensée de Georges Gurvitch pour qui « la réalité sociale profonde et pleine du droit [est] une réalité qui reste ancrée dans les expériences collectives de la justice, au cœur même de la vie sociale » (Belley, 2014, p.733-734) ; 2) d'une *redéfinition de conditions de production de la connaissance sur le droit* illustrée par la prise de conscience assumée d'une théorie du droit estimant nécessaire de repenser la doctrine de la science du droit confrontée à

---

<sup>9</sup> Je rends ici hommage à mon collègue et ami André-Jean Arnaud qui, grâce à son exceptionnelle compétence en théorie, histoire et sociologie du droit, a tenté depuis longtemps cette recherche de complémentarités. C'est ce dont témoigne en particulier son dernier ouvrage (Arnaud, 2014).

la globalisation (Chérot et Frydman, 2012) ; 3) d'une recherche d'optimisation d'une approche « prenant au sérieux le droit », sans rien concéder des exigences d'une démarche sociologique, jusqu'à autoriser une montée en généralité, comme l'illustre cette recherche sur l'internement psychiatrique sans le consentement des patients au Québec, où l'étude de la place du cadre juridique prise dans les faits dans les décisions cliniques et judiciaires n'interdit pas des interrogations concernant les transformations du « gouvernement des populations » en relation avec l'affaiblissement de l'Etat social (Bernheim, 2011 ; Bernheim et Commaille, 2012).

L'étude du droit, un « objet » si longtemps ignoré par la sociologie, peut avoir effectivement la double vertu d'imposer l'exigence de « décentrer le regard » et celle de « déplacer les frontières ».

## **Bibliographie**

- Alves da Fonseca Marcio (2013), *Michel Foucault et le droit*, Paris, L'Harmattan.
- Arnaud André-Jean (2014), *La gouvernance. Un outil de participation*, Paris, LGDJ-lextenso éditions, coll. « Droit et société. *Les Petits Manuels* ».
- Assier-Andrieu Louis (1996), *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, coll. « Essais & Recherches ».
- Belley Jean-Guy (2014), « Le « droit social » de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? », *Droit et Société*, n° 88, p. 731-746.
- Belley Jean-Guy (1996), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société ».
- Bernheim Emmanuelle (2011), *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes cliniques et judiciaires : une étude du pluralisme normatif appliqué*, Thèse de doctorat de droit et de doctorat de sciences sociales, Université de Montréal, École normale supérieure de Cachan.
- Bernheim Emmanuelle et Commaille Jacques (2012), « Quand la justice fait système avec la remise en question de l'État social. Présentation du dossier », *Droit et Société*, n° 81, p. 283-298.
- Bourdieu Pierre (1986), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre, p.3-19.
- Caillosse Jacques (1994) , « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs", *Droit et Société*, n° 26, p. 127-154.
- Certeau Michel de (1980), *L'invention du quotidien. 1/ L'art de faire*, Paris, Les Editions 10/18.
- Chassagnard-Pinet Sandrine et al. (2013), *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires*, Paris, LGDJ-lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux ».
- Chérot Jean -Yves et Frydman Benoît (dir.) (2012), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit ».
- Colliot-Thélène Catherine (2009), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année Sociologique*, n° 1, vol. 59, p. 231-258.

Coman Ramona et De Waele Jean-Michel (2007), *Judicial Reforms in Central and Eastern European Countries*, Baden-Baden, Van den Broele.

Commaille Jacques (2015), *A quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais ».

Commaille Jacques (2010), « Justice et globalisation », dans Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire de la globalisation*, Paris, LGDJ-lextenso éditions, p. 302-310.

Commaille Jacques (2007), « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année Sociologique*, n° 2, vol. 57, p. 275-299.

Commaille Jacques (1993), *Les stratégies des femmes. Travail, famille et politique*, Paris La Découverte, coll. « Textes à l'appui/série sociologie ».

Commaille Jacques et Dumoulin Laurence (2014), *Prendre la mesure de la judiciarisation. Un état international des savoirs et des modes de production des savoirs sur la justice*, Paris, Rapport au GIP Mission de recherche sur le Droit et la Justice, multigr.

Commaille Jacques et Dumoulin Laurence (2009), « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judiciarisation » », *L'Année Sociologique*, n° 1, vol. 59, p. 63-107.

Commaille Jacques, Strobel Pierre et Michel Villac (2003), *La politique de la famille*, Paris, La Découverte, coll. « Repères ».

Duguit Léon (1889), « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'Enseignement*, 15 nov., p. 3-24.

Ehrlich Eugen (1989), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, (1ère éd. 1913).

Engle Merry Sally (1990), *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working Class*, Chicago, The University of Chicago Press.

Ewick Patricia and Silbey Susan (1998), *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press.

Favre Pierre (1989), *Naissance de la science politique en France, 1870-1914*, Paris, Fayard.

Foucault Michel (1994), *Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, (1<sup>ère</sup> éd. 1976).

Fouilleux Eve (2003), *La PAC et ses réformes. Une politique à l'épreuve de la globalisation*, Paris, L'Harmattan.

Garcia Villegas Mauricio (2004), « On Pierre Bourdieu's Legal Thought », *Droit et Société*, n° 56-57, p. 57-71.

Guibentif Pierre (2010), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ-lextenso éditions, coll. « Droit et Société », série « Sociologie ».

Guibentif Pierre et Roman Diane (2010), « Droits sociaux » dans Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire de la globalisation, op. cit.*, p. 179-188.

Gurvitch Georges (1940), *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier Montaigne.

Habermas Jürgen (2000), *Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, (1<sup>ère</sup> éd. 1998).

Hoffmann Stanley (2003), « World Governance: Beyond Utopia », in *Daedalus*, 132/1.

Hunt Alan (1993), *Explorations in Law and Society. Toward a Constitutive Theory of Law*, New York, London, Routledge.

Israël Liora (2009), *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Contester ».

Jhering Rudolf von (1883), *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf & Härtel.

Kantorowicz Ernst (1989), *Les deux Corps du Roi*, Paris, NRF Gallimard, (1<sup>ère</sup> éd. 1957).

Lascoumes Pierre et Zander Harwig (1984), *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit*, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui ».

- Latour Bruno (2015), *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, coll. « Les empêcheurs de penser en rond ».
- Legendre Pierre (1974), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, coll. « Champ freudien ».
- Lenoble Jacques et Maesschalk Marc (2011), *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke.
- Lépinard Éléonore (2007), *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po. ».
- Levy-Bruhl Henri (1967), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? ».
- Linhardt Dominique et Moreau de Bellaing Cédric (2013), « « Ni guerre, ni paix. Dislocations de l'ordre politique et décantonnements de la guerre », *Politix*, n° 104, p. 7-23.
- Lobo de Souza Ielbo Marcus (2010), « Droit international des droits de l'homme », dans Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire de la globalisation, op.cit.*, p.
- Michaut Françoise (1993), « Sociological Jurisprudence », dans Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., p.
- Nelken David (1993), « Droit vivant », dans André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique, op. cit.*, p..
- Noreau Pierre (2011), « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté...à la recherche de soi », *Cahiers de droit*, n° 52, p. 687-710.
- Ost François et Kerchove Michel van de (2002), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Parsons Talcott (1977), « Law as an Intellectual Stepchild », *Social Inquiry*, n° 47, p. 11-58, repris dans Johnson Harry M. (Ed.) (1978), *Social System and Legal Process*, San Francisco, Jossey Bass.
- Roca I Escoda Marta (2010), “Les mobilisations du droit : le cas de la loi genevoise sur le partenariat”, *Droit et Société*, n°76, p. 569-588.
- Saillant Francine et Truchon Karoline (dir.) (2013), *Droits et cultures en mouvements*, Laval, Presses de l'Université Laval.
- Scheingold Stuart (2004), *The Politics of Rights; Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2<sup>nd</sup> éd. (1ère éd. 1974).
- Schnapper Dominique (2014), *L'esprit démocratique des lois*, Paris, Gallimard, coll. « nrf essais ».
- Sousa Santos Boaventura de and Rodriguez-Garavito César A. (Eds) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Law and Society ».
- Tönnies Ferdinand (2010), *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris, PUF, coll. « Le lien social », (1<sup>ère</sup> éd. 1887).
- Wallerstein Immanuel (1999), « L'héritage de la sociologie. La promesse de la science sociale », *Sociétés contemporaines*, 33-34, janvier-avril, p. 159-194.