



HAL
open science

Le droit doit-il se contempler dans le miroir de la société ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le droit doit-il se contempler dans le miroir de la société?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2018, 04, pp.1020. halshs-02250330

HAL Id: halshs-02250330

<https://shs.hal.science/halshs-02250330>

Submitted on 26 Jun 2023

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.

Le droit doit-il se contempler dans le miroir de la société ?

J. Commaille, Repenser la légalité, JCP 2018. 753 R. Libchaber, Là où la société le conduira, JCP 2018. 813

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Les deux contributions précitées s'attachent à répondre à la question « où va le droit ? » qui a été lancée dans les colonnes de *La Semaine juridique*. Ces études ont pour point commun de considérer qu'il faut lire l'évolution du droit dans le miroir de la société. Mais est-ce le bon lieu où le droit doit se mirer pour avoir une image fidèle de lui-même ? C'est toute la question.

Pour *Jacques Commaille*, le droit fait face à de nouveaux défis qui sont la fin de l'impulsion gouvernementale, l'épuisement de la légitimité procédurale et la dénationalisation du traitement des problèmes. Le statut du droit change sous la double influence du néo-libéralisme et du darwinisme normatif qui poussent à éliminer les normes considérées comme insuffisamment efficaces d'un point de vue économique. On assiste encore à la montée en puissance du droit souple (*soft law*) et à la réévaluation du droit comme simple moyen technique ouvert à la pluralité des points de vue et au jeu d'influence des *lobbies*. Le droit est spécialement mis au service de considérations marchandes et délaisse un domaine comme celui de la promotion de la famille traditionnelle où les revendications d'autonomie sont aujourd'hui les plus fortes. Forme privilégiée de légitimité pour Max Weber, la légalité devrait alors être repensée en rapport avec une société où se situerait « la vérité du droit » (p. 1276).

Pour *Rémy Libchaber*, le constat est proche : le droit doit changer avec la société et s'adapter à ses transformations. En effet, le droit est le « reflet des mutations sociales » (p. 1382). La société, hier agricole, est devenue industrielle et aujourd'hui individualiste. Désormais, chacun refuse qu'une structure supérieure vienne lui dire comment vivre et comment se conduire. La centralité de l'État a perdu de son évidence car « la perception du droit en vigueur change avec les inflexions sociales » (p. 1384). Le droit civil, modèle de régulation bilatéral arbitré par un juge, cède le terrain à des régulations nouvelles et collectives. Le droit ne s'inscrit plus dans le long terme et il occupe des espaces laissés vacants par les moeurs, la politesse, la morale... Le droit prétend régir tous les problèmes sociaux, à rendre toute question justiciable dans un souci d'efficacité. Cependant, la primauté des droits de l'homme laisse de côté la recherche du juste dans les relations humaines pour devenir une voie de revendication pour les minorités afin d'imposer leurs vues. Le droit devient l'affaire de tous, il se périmé désormais plus rapidement et ses réformes paraissent inéluctables dans un contexte de droit global et de « société des individus ».

L'assimilation implicite du droit à la normativité prépare sa réduction au social. Certes, il ne s'agit pas de nier que le droit est enfanté par la société et par le politique mais nous croyons pour notre part que la destinée du droit ne peut se lire ni dans la société ni dans son contenu mais plutôt dans ses formes de pensée. Ce sont elles qui conservent une actualité en dépit des vicissitudes sociales.

Le droit est certainement le révélateur des mouvements sociaux, il en est même le réceptacle privilégié. Toutefois, en soi, le droit ne produit rien. Il est une forme sans fond prédéterminé, il s'épuise dans une procédure de production des normes et dans une interprétation spécifique en rupture avec une logique morale ou politique. Le droit érige la fiction de la cohérence interne de son fonctionnement en principe d'intelligibilité. À cet égard, le droit n'est pas cet absolu dont nous rêvons et qui porte par ailleurs le nom de justice. Le droit est moins normativité que formalisme, moins pouvoir que savoir, il n'est pas dans les mains de l'État mais plutôt dans celles des juristes. Ce qui mute dans le droit est son substrat social : en réduisant le droit à la société, on ne peut alors que constater la déréliction de l'ancien monde. Comme le remarque finement *Rémy Libchaber*, il y a une montée en puissance d'un droit « conscient de lui-même » (p. 1385). À ce titre la loi est désormais produite pour être interprétée par le droit, elle n'est plus un acte de pure

puissance ; sa réception vaut tout autant que son émission. Le droit fait donc un chemin circulaire vers lui-même : il est au point de départ et à l'arrivée d'un même processus. Le droit est bien devenu cette procédure, au sens technique et intellectuel, qui s'impose en elle-même et par elle-même.

À ce titre, le droit ne saurait être réduit à l'État ou au social. De même, il ne saurait être ramené à tel ou tel contenu. Raisonner de la sorte est en réalité un résidu de l'analyse morale des normes qui scrute leur contenu pour discerner ce qui relève du bon grain ou de l'ivraie. Cette analyse matérielle du droit est sans doute un legs lointain de la pensée jusnaturaliste qui nous a habitués à soupeser les règles à l'aune de la considération de justice. Or lorsque la justice est éclatée en diverses conceptions, l'analyse est vouée à la dispersion. Le constat du pluralisme normatif n'est plus une source d'étonnement dans l'effervescence des revendications individuelles des sociétés contemporaines. À rebours d'un droit perçu comme un phénomène normatif dont le contenu et le volume s'emballent, on pourrait opposer un droit vu comme un ensemble de formes (règles, procédures, catégories) qui opèrent une médiation avec le social. De ce point de vue, le droit n'irait pas où la société le mène et il ne serait pas nécessaire que les juristes repensent la légalité : il faudrait plus simplement qu'ils commencent à penser leur propre pratique, en définitive plus mystérieuse que les normes elles-mêmes.

La vieille antienne de l'autonomie et de la spécificité du juridique mérite d'être redécouverte sous d'autres aspects. Il existe une contribution assez largement ignorée en France et qui ouvre une telle perspective, celle d'Anne-Lise Riles, professeur à l'Université de Cornell à New York. Dans un article d'une très grande richesse, elle propose un nouveau défi aux études culturelles du droit : prendre pour objet le travail quotidien des juristes, observer et décrire toute l'originalité de la technique juridique notamment à travers ses formes de raisonnement et d'argumentation (A.-L. Riles, *A New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities*, *Buffalo Law review*, 53, 2005. 973-1033). Cette façon de considérer le problème n'aurait pas seulement pour avantage d'éviter des constats assez dépressifs sur le déclin du droit d'hier ou de ramener les juristes à davantage d'humilité sur leur capacité à dicter des lois à la société. Ce regard centré sur les formes du droit plutôt que sur ses contenus ou ses origines aurait surtout pour intérêt de remettre au coeur du débat ce qui fait sans doute tout le métier du juriste : qualifier, analyser, justifier et produire des solutions techniques pour des cas. Cette pratique mérite mieux que le relatif mépris dans lequel les grandes analyses théoriques l'ont relégué. L'approche sociologique nous incline à porter notre attention aux stratégies sociales et politiques qui existent derrière la construction juridique. La technique juridique ne se réduit pourtant pas à n'être qu'une façade et un masque facile posé sur la vérité sociale. À cet égard, le droit pourrait bien n'avoir d'autre destinée que lui-même : sa forme et sa technique seraient le véritable miroir dans lequel il pourrait se contempler dans une espèce de complaisance intemporelle vis-à-vis de lui-même.