A quoi servent les livres sur le droit ?

Rafael E. de Muñagorri

▶ **To cite this version:**

Rafael E. de Muñagorri. A quoi servent les livres sur le droit ?. Les mots du droit, les choses de justice. Mélanges en l'honneur de Jean Danet, Dalloz, pp. 7-17., 2020. halshs-03636248

HAL Id: halshs-03636248
https://shs.hal.science/halshs-03636248

Submitted on 9 Apr 2022

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 servent les livres sur le droit ?

Par Rafael E. de Muñagorri
Professeur à l'Université de Nantes
Directeur de droit et changement social

paru in *Les mots du droit, les choses de justice. Mélanges en l'honneur de Jean Danet,* Dalloz, 2020, pp. 7-17.

Remplir une bibliothèque

En acajou ou en standard suédois, les rayonnages d'une bibliothèque ont horreur du vide. Les livres sur le droit[1] peuvent y trouver bonne place. Je ne connais pas la bibliothèque - ni le meuble, ni le fonds au sens documentaire du terme - du dédicataire de ces lignes. Un trésor peut être ? Je l'imagine riche d'ouvrages personnels, dédicacés pour nombre, rares et inédits pour certains, tutoyant la philosophie, la psychologie, l'histoire et les sciences humaines et sociales pour d'autres, à moins que cela ne soient les mêmes. Des livres sur le droit y figurent sans doute ! Mais comment sont-ils rangés et classés ? Dans une bibliothèque distincte ? Et avec quels critères de sélection ? Remplir une bibliothèque, au sens matériel et pas seulement d'une universalité de fait, renvoie à des choix cardinaux.

C'est qu'il faut bien ranger, c'est-à-dire classer, et réciproquement. L'aspect matériel de l'objet « livre » y a parfois sa part. Format, couleur, collection, autant de critères qui peuvent déterminer une esthétique de l'ordre, l'affichage d'une compétence, un confort de l'esprit, le plaisir de retrouver ce que l'on cherche aussi. Il est des bibliothèques organisées par format, par ordre alphabétique ou chronologique, par genre, par type de littérature ou encore selon des critères variables au gré des goûts du maître des lieux (s'il est des bibliothèques partagées, nul ne semble bouder le plaisir d'avoir *sa* bibliothèque personnelle, ce qui réserve le privilège d'effectuer ses choix de classement et de rangement).

La tentation de classer les ouvrages par domaines du savoir semble obéir à un critère rationnel. Cependant, le mieux et l'ennemi du bien et le souci de raffinement peut conduire à des impasses. Les esprits les plus méthodiques, ou plus exactement bibliophiliques, soucieux d'adopter la classification décimale *Dewey,* ne manqueront pas de l'adapter en la précisant à la manière d'une cartographie de détail, au-delà de la côte 340 prévue pour le « droit », et de celle 345 pour le « droit

1 Dans les lignes qui suivent on utilisera l'expression « livre sur le droit » par préférence à « livre de droit ». Deux précisions s'imposent. D'abord, par livre, on entend, pour reprendre une définition du *Petit Robert* un « assemblage d'un assez grand nombre de feuilles portant des signes destinés à être lus ». De nos jours, le livre peut être présenté sous forme numérique – en plus ou à la place d'un support papier. Ensuite, à la manière de « boire un verre » qui désigne le contenant pour le contenu, « livre de droit » est une métonymie de « livre sur le droit ». A la rigueur, un code non annoté pourrait être considéré comme un « livre de droit ». Toutes les autres productions, doctrinales ou non, portent sur le droit. Ajoutons que la précision proposée n'entend pas se superposer à la distinction parfois faite entre un point de vue interne au droit (livre de droit) et un point de vue qui lui serait externe (livre sur le droit). L'un des intérêts d'utiliser une dénomination large et linguistiquement précise (livre sur le droit) et d'éviter qu'une autre restreinte et approximative (livre de droit) soit comprise comme des ouvrages ne pouvant être produits que par des juristes à partir d'une conception dite interne du droit, ce qui est empiriquement faux et scientifiquement intenable.

pénal », etc. Le jeu débute par celui d'un tracé bien net en arborescence et tend à se diluer pour prendre la forme d'un bocage vendéen. Un échec ou l'archipel du désordre fertile de la connaissance ? Un affront ou le meilleur ferment de résistance contre une rigidité desséchante ?

Il est également ici des questions de frontière. A quoi correspondent *exactement* les livres sur le droit ? Il peut certes s'agir d'ouvrages rencontrés lors des études de droit, *traités* ou aujourd'hui plus souvent *manuels*, tant il est vrai que la première catégorie tend à sombrer avec l'érudition qui lui servait de légitimité. Nous ne sommes plus au temps des *traités* en plusieurs volumes occupant l'espace d'une étagère pendant une ou plusieurs générations ; les formats courts et synthétiques font la loi - surtout du marché diront les esprits grincheux. Il est des manuels de poche[2] ; des petits livres thématiques qui fleurissent au gré des modes ou de l'actualité ; des bandes dessinées sont produites afin que les étudiants mémorisent les grandes décisions de justice[3]. Publiés en langue française ou dans d'autres, il est aussi des livres plus substantiels, à la coloration plus ou moins académique : thèses de doctorat publiés ou remaniés sous forme d'un livre[4] ; ouvrages de théorie du droit, de sociologie du droit, d'anthropologie du droit ; ouvrages – aujourd'hui nombreux - de chercheurs en sciences humaines et sociales portant sur le droit ou des institutions juridiques spécifiques ; essais portant sur le droit, le fonctionnement de la justice, ou encore l'enseignement[5] et le contexte institutionnel des facultés de droit[6] ; manuels et ouvrages destinés aux juges[7] ou aux professionnels ; récits et témoignages des acteurs du droit ou des citoyens aux prises avec le monde judiciaire ; déclaration idéaliste des droits[8]. A quoi il serait possible d'ajouter les romans et œuvres de fiction portant sur les représentations du droit dans le monde judiciaire et administratif dans tel pays ou à telle époque. Shakespeare, Kafka et d'autres mis en lumière par le courant droit et littérature[9]. Le droit imaginé fait lui-même l'objet d'études savantes[10]. De quoi remplir une ou plusieurs bibliothèques !

Réussir une carrière académique

Un parcours académique se traduit par une série de publications à caractère scientifique. Le domaine des sciences juridiques - du droit entendu en tant que discipline académique – ne se singularise ici nullement. Selon les disciplines et les contextes culturels, le livre reste il est vrai plus ou moins valorisé. Par exemple, la publication d'un ouvrage reste un passage obligé pour les historiens, moins pour les économistes. Qu'en est-il pour les juristes ?

---

2 *Introduction générale au droit*, Champs Flammarion, 5ème éd., 2019.

3 *Les arrêts illustrés*, Les barons du droit, Enrick B. Editions, T. 1, 2017, T. 2, 2018.

4 Il est aussi d'excellentes thèses qui ne sont pas publiées. Jean Danet, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, Doctorat d'État, Nantes, 1982.

5 Ruth Sefton-Green (dir.), *« Démoulages ». Du carcan de l'enseignement du droit vers une éducation juridique*, Société de législation comparée, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 38, 2015.

6 Carel Stolker, *Rethinking the Law School. Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge University Press, 2014.

7 Robert Van Gulik, *Affaires résolues à l'ombre du poirier. Un manuel chinois de jurisprudence et d'investigation policière du XIII^e^ siècle*, [1957], Bib. Albin Michel, Idées, 2002.

8 Raoul Vaneigem, *Déclaration des droits de l'être Humain. De la souveraineté de la vie comme dépassement des droits de l'homme*, Le cherche midi, 2001.

9 François Ost, *Shakespeare. La comédie de la Loi*, Michalon, 2012 ; et *Le droit, objet de passions ?,* Académie Royale de Belgique, 2018.

10 Signalons la parution, sous le direction de N. Bareït et Damien Connil du premier numéro de *Considérant. Revue de droit imaginé*, Classique Garnier, 2019.

Que ce soit pour avoir accès à un poste à l'université et dans une moindre mesure dans une institution de recherche, type CNRS, le point d'entrée principal reste celui du Doctorat en droit. Or, si la possibilité existe de soutenir une thèse « sur travaux », à partir de travaux accomplis au cours d'une période donnée, souvent professionnelle, le canon reste celui de l'ouvrage de thèse de doctorat en droit, pièce unique façonnée sur le mode des compagnons. Autrement dit, la thèse à la française se caractérise par le respect de critères formels très aboutis, connus et intégrés par les universitaires français, et en un sens à l'origine de leur communauté doctrinale, ce qui conduit à les rendre digne d'admiration de leurs collègues étrangers, tout en rendant parfois difficile des travaux réalisés en commun avec eux. Reposant sur un plan très détaillé et structuré par des intitulés élégants (un jardin à la française en deux ou trois parties), la thèse est l'œuvre par laquelle le candidat fait montre de son aptitude à intégrer des contraintes formelles et des références notionnelles, à cultiver un style d'expression, de penser et de raisonnement à même de rendre hommage aux anciens tout en apportant du neuf. Selon les sujets et le tempérament des candidats, il y a bien sûr plusieurs moyens de concocter au mieux cette recette alliant des ingrédients divers. Doit-on s'ébahir devant des travaux exaltant la perfection formelle jusqu'à l'esthétisme (c'est une belle thèse!), sans toujours apporter grand-chose sur le fond, ni d'ailleurs soigner des appareils scientifiques tels que des index et des tables de décisions de justice, le primat étant donné à la table des matières ? Faut-il y voir un formatage dégradant où les jeunes esprits abîment leurs idéaux et stérilisent leurs élans intellectuels ? Ni l'un, ni l'autre sans doute ; la thèse peut être abordée comme un jeu dont il convient de prendre ses distances sans délais.

Le péril est en effet de rester enfermé dans le genre de la thèse à la française, écueil d'autant plus vif que le candidat aura rejoint le troupeau en s'agrégeant. Combien de brillants esprits, reconnus pour la qualité de leur thèse, distingués par des prix, et ayant l'occasion de la faire publier sous la forme d'un livre, n'écriront guère d'autres ouvrages. Des étoiles mortes dont nous recevons encore les lumières ? Un syndrome voisin est celui des collègues qui ne cessent d'écrire et de réécrire leur thèse jusqu'à leur dernier souffle, en pièces détachées, sous forme d'articles, de chroniques et de commentaires.

La reconnaissance dans la carrière universitaire suppose d'être lus des collègues et des étudiants. La tradition d'articulation de l'enseignement et de la recherche conduit, dans le contexte juridique français, a valoriser le style des manuels. Il en est d'excellents. Ils sont utiles pour les étudiants et surtout pour les enseignants appelés à faire des cours magistraux. Il existe cependant une disproportion certaine entre ce genre indispensable à la reproduction du système universitaire et les autres ouvrages (essais, théories, etc.), témoignant de la vitalité de la pensée juridique[11]. Dans le système universitaire français actuel, il est possible de réussir sa carrière avec deux livres : une bonne thèse et un manuel régulièrement mis à jour.

Il est aussi possible de faire plus, mieux ou autrement. Qu'ils tracent leurs sillages à partir d'un statut universitaire ou au sein d'une institution de recherche, nombreux sont aussi les collègues qui

11 Pour s'en tenir aux publications en langue française, la collection *La pensée juridique* dirigée par J. Lenoble et M. Troper, publiée à la LGDJ à partir des années 1990 a eu peine à se maintenir au-delà d'une vingtaine de titres. Depuis 2004, la collection *Penser le droit* publiée chez Bruylant sous la direction de B. Frydman présente plus d'une vingtaine de titres. *Une bibliothèque de la pensée juridique* sous la direction d'O. Beaud et J.F. Kervégan présente dix titres depuis 2011.

font preuve de dynamisme en publiant des livres personnels audacieux[12], des ouvrages collectifs éclairants[13], le cas échéant appuyés sur des méthodes empiriques relevant d'autres sciences sociales[14]. Ces livres contribuent aussi à la réussite d'une carrière académique, mais restent trop souvent conçus comme une voie seconde – pour ne pas dire secondaire - qui devait s'ajouter à la première, et non comme une voie à part entière pour penser le droit.

Servir de support à l'enseignement

La conception française de l'enseignement du droit repose sur l'étude du droit positif. Autrement dit, au cours de leurs études, il est proposé aux étudiants d'étudier le droit en vigueur à une époque donnée, à partir d'un droit national donné. La notion de droit positif renvoie - de manière plus ou moins consciente chez les juristes français - au droit posé par les autorités étatiques, au droit susceptible d'être appliqué par les tribunaux, pour l'essentiel au droit interne, même si ces expressions sont problématiques et réductrices comme en témoigne la diversité des ordres juridiques nationaux et internationaux, ou encore l'existence d'ordres juridiques transnationaux, y compris criminels[15]. Même à s'en tenir à une conception simpliste du droit positif - reposant sur la loi et la jurisprudence - il existe une grande diversité de support pouvant servir à l'enseignement.

Ainsi, pour prendre l'exemple du droit pénal et de la procédure pénale, l'étude pourra prendre appui sur des textes légaux *lato sensu* (Constitution, lois, règlements et circulaires) et des décisions de justice (juridictions civiles, pénales et administratives), mais aussi sur d'autres produits au niveau européen ou international (traités internationaux, Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, etc.). Des ouvrages tels que les codes commentés proposés par les éditeurs[16] fournissent des matériaux pour l'enseignement, de même que des commentaires de grands arrêts[17]. Cependant, le droit positif ne tombe pas du ciel et les nombreux rapports et avis précédant l'adoption d'un texte ou d'une décision de justice fournissent des matériaux éclairants à qui veut comprendre la fabrique du droit positif.

C'est pourtant le genre du manuel proposant une vision synthétique et/ou analytique d'une branche du droit qui constitue la matrice disciplinaire de l'apprentissage. Droit pénal général, procédure pénale, droit pénal spécial - dont certaines branches sont étudiées de manière spécifique comme le droit pénal spécial des affaires, le droit pénal du travail – donnent lieu à des ouvrages assez nombreux proposés sur le marché[18]. Les enseignants (à la demande de leurs étudiants ?) ne

12 Jean Danet, *Défendre. Pour une défense pénale critique*, Dalloz, 2e éd., 2004 ; J*ustice pénale, le tournant,* Gallimard, 2006.

13 Jean Danet et Antoine Garapon, *La justice pénale entre rituel et management*, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

14 Jean Danet, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

15 Diana Villegas, L'ordre juridique mafieux, Dalloz, 2018.

16 Code pénal ou Code de procédure pénale, traditionnellement de couleur rouge (Dalloz) ou bleue (Litec) pour la France. Il existe parfois des codifications du droit pénal spécial comme le montre le Code pénal social édictée en Belgique depuis 2010, et ayant donné lieu à commentaire : *Code commenté – Droit pénal social 2017*, C.E. Clesse et al., Larcier 2ème éd., 2017.

17 Laurence Leturmy, Patrick Kolb, *L'essentiel des Grands arrêts de Droit pénal et de Procédure pénale*, Gualino, 2ème éd., 2018 ; Jean Pradel, André Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 11ème éd., 2018.

18 Un recensement sommaire des ouvrages proposés aux étudiants français donnerait, pour ne prendre que les ouvrages paru ces deux dernières années, 20 titres pour le droit pénal général, X titres pour la procédure pénale, 25 titres pour le droit pénal spécial.

manquent pas de conseiller des ouvrages correspondant au cours qu'ils dispensent, ou en complément de celui-ci. Les éditeurs utilisent le vilain mot de «prescrire » : les étudiants seraient-ils assimilés à des malades, à des personnes souffrantes à qui il conviendrait d'administrer la bonne pilule du savoir ? Derrière l'injonction de « prescrire », il faut surtout voir le souhait des éditeurs de se nourrir d'un public captif d'étudiants ; ces derniers étant soucieux d'avoir en main la dernière édition à jour pour passer au mieux leurs examens, ce qui réduit l'intérêt d'acquérir un ouvrage l'occasion au profit du neuf. Les enseignants auteurs de manuels ne font pas toujours les choux gras à proposer des nouvelles éditions, mais passent pour sûr un temps considérable à mettre à jour régulièrement un ouvrage qui sera vite périmé au regard des évolutions du droit positif induites par les nouvelles réformes législatives et les inflexions jurisprudentielles en cours ou à venir.

Il existe aussi des ouvrages spécialement conçus pour mieux préparer et réussir ses examens. Ces ouvrages donnent des exemples d'exercice corrigés afin que les étudiants comprennent aux mieux les attentes de leurs professeurs/évaluateurs et surtout puissent s'améliorer dans la perspective d'un examen ou d'un concours[19]. Ils contiennent des éléments de méthodologie universitaire générale et des conseils et exemples plus spécifiques concernant les exercices traditionnellement proposés aux étudiants : cas pratique, commentaire d'arrêt, et – quoique semble-t-il dans une moindre mesure de nos jours – dissertation. Sans douter de l'utilité de ces ouvrages pour les étudiants, le problème est d'éviter qu'ils soient par eux abordés comme des recettes à appliquer leur permettant d'avoir la moyenne, en leur évitant autant que faire se peut d'avoir à lire des traités ou manuels correspondant à leurs cours, et plus encore à consulter des ouvrages considérés comme périphériques, car dépourvus d'utilité dans la perspective de la réussite de l'examen. Comment concevoir les cours et les examens pour éviter ce biais ? Proposer des supports hétérodoxes pour enseigner le droit et/ou renvoyer à d'autres types d'ouvrages ?

Infléchir le cours du monde

Conçus pour décrire le droit positif aux étudiants, les traités et manuels proposés aux étudiants ne s'avancent guère – ou seulement par endroits - sur le terrain de la critique du droit et des propositions de réforme. C'est qu'ils visent à présenter le droit tel qu'il est, de manière descriptive, et non tel qu'il devrait être, de manière prescriptive. Il est pourtant des ouvrages rédigés ouvertement dans le but de modifier le droit en vigueur, et parfois plus encore de le concevoir sur de nouvelles bases, à partir de nouvelles lignes directrices. L'objectif est, pour parler avec plus d'emphase, d'infléchir le cours du monde, même si les auteurs ont la lucidité de penser que cela ne résultera pas de la seule force des idées développées dans leurs œuvres.

Illustrons le propos à partir de quelques exemples en lien avec le droit pénal. L'exemple le plus fameux est sans doute celui de Beccaria et de son *Traité des délits et des peines* publié pour la première fois en Italie en 1764[20]. Influencé par les analyses du contrat social et les idéaux d'égalité promus par les Lumières, il présente le droit de châtier comme un mal nécessaire devant trouver ses limites au regard des justifications fondées sur le bien-être public et le bonheur des individus qui composent la société. « Tout châtiment qui au va au-delà du besoin de conserver ce lien [du contrat

19 Par exemple : Philippe Bonfils, Etienne Vergès, Nicolas Catelan, *Travaux dirigés. Droit pénal et procédure pénale*, Lexis Nexis, 4ème éd., 2018.

20 Beccaria, *Traité des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, préf. R. Badinter, Flammarion, 1991.

social] est injuste dans sa nature même »[21]. Cette référence à la justice – qui est aussi combat contre l'arbitraire - n'est pas exclusive de rationalité, et Beccaria d'insister, comme on sait, sur la notion de proportionnalité de la peine au regard de la gravité des crimes commis[22]. Quant à la finalité de la peine, elle est conçue dans une perspective de dissuasion au regard de l'avenir, non de sanction du passé. L'introduction de l'idée de calcul dans le domaine pénal fut l'un des points d'appui de la pensée utilitariste développée par Jeremy Bentham dans plusieurs directions[23]. A partir d'une critique véhémente de la *common law* de son époque, son ambition de fonder le droit sur de nouvelles bases, en particulier le droit pénal sur lequel il a écrit abondamment tout au long de sa carrière, est manifeste. Bentham entend guider le législateur, lui montrer la voie même en rédigeant un projet de code pénal, dont l'un de ses ouvrages majeur, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*[24], constitue l'introduction. Quoi que l'on pense de l'utilitarisme en matière de pénale et des idées de Bentham, (telles que le *Panopticon* pour la prison), il est difficile de leur dénier l'ambition de contribuer à l'évolution du droit pénal par l'expression d'une pensée rationnelle.

En contemplation, les études de Lombroso sur les crânes des délinquants paraissent plus sombres. Mais ne sont-elles pas aussi à l'origine d'un courant de pensée visant à modifier notre appréhension du champ pénal et à introduire des réformes dans l'identification et le traitement des délinquants ? Elle aura son influence sur des approches de sociologie criminelle, telles que celles développées par Enrico Ferri[25]. Parmi divers facteurs, le recours aux statistiques est mobilisé par l'auteur pour proposer une classification des criminels, pour minorer le caractère dissuasif de la peine, ou encore – quoique moins directement - pour mettre en valeur des réformes sociales susceptibles de diminuer la criminalité. L'accent est donc mis sur la prévention, voire sur la prise en compte de la dangerosité des délinquants pour déterminer leur sanction et leur retrait de la société, ce qui correspond à un penchant actuel. Les tentatives pour repenser à nouveaux frais le champ pénal connaît des initiatives récurrentes.

L'on mentionnera aussi *La Défense sociale nouvelle. Un mouvement de Politique criminelle humaniste*, ouvrage publié en 1956, dont l'introduction est explicite : « Nous espérons faire apercevoir qu'elle constitue bien un phénomène nouveau consistant dans une prise de conscience de quelques exigences profondes, qui conduisent à repenser certains grands problèmes concernant l'action législative, judiciaire ou administrative de réaction contre la criminalité et à promouvoir certaines réformes positives, dans un esprit nouveau et selon une coordination idéologiquement acceptée »[26]. Esprit qui entend affirmer « la prééminence de la Politique criminelle »[27]entre le droit

21 Op. cit., Chapitre 2.

22 « S'il existait une échelle précise et universelle des crimes et des châtiments, nous pourrions mesurer approximativement et communément les degrés de tyrannie et de liberté, ainsi que l'humanité et le mal inhérents aux différentes nations ». chapitre 6.

23 Pour une présentation de cette grande figure de le pensée juridique, cf. Jean-Louis Halpérin, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz 2008, p. 46 et s.

24 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* T. Payne, 1789. L'ouvrage est en libre accès sur http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30085224s.

25 Enrico Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. 1893, rééd. Dalloz 2004.

26 Marc Ancel, *La Défense sociale nouvelle. Un mouvement de Politique criminelle humaniste,* Cujas, 3ème éd. 1981 introduction à la première édition, p. 16.

27 Op. cit., p. 19.

pénal et les sciences de l'homme éclairant les phénomènes criminels. Le contenu a changé mais l'accent est toujours mis sur sur les nouvelles données et leur nécessaire traduction en terme de réforme pénale.

Plus près de nous, le phénomène de la mondialisation, ou de la globalisation au sens économique du terme, a donné lieu à des pensées d'envergure. Mireille Delmas-Marty nous invite ainsi à considérer *Trois défis pour un droit mondial* avec un projet explicite : « Entre le rêve d'un droit unique, peut être idéal mais certainement utopique, et le cauchemar d'une monarchie universelle marquant l'hégémonie d'une culture, d'une nation, d'une religion ou d'une économie sur toutes les autres, on entrevoit la possibilité de concevoir un droit commun pluraliste, construit par ajustements successifs, au terme de débats où la raison apparaît moins comme le fondement philosophique que comme l'outil de justification et de dialogue »[28]. L'éminente auteure n'a pas manqué de déployer ce projet dans quatre volumes[29] illustrant « les forces imaginantes du droit » …qui sont aussi les siennes. C'est qu'il faut de l'imagination, du souffle et de l'énergie pour que notre monde évolue pour le mieux.

Réfléchir tel un miroir

À quoi nous sert le droit ?[30] À quoi sert le droit ?[31] Deux interrogations proches, deux titres jumeaux parus presque en même temps, qui nous fournissent deux illustrations d'ouvrages de réflexions sur le droit. Réfléchir c'est à la fois penser par soi-même, à partir de soi-même et en soi-même, mais aussi, étymologiquement, renvoyer par réflexion une lumière, une onde ou un signal dans une certaine direction. Occasion de briller tel un miroir mais surtout d'apporter des éclairages, des perspectives déformantes et/ou formatrices. Les apports de la réflexion sur le droit sont à la fois modiques mais essentiels, en ce qu'ils ont la capacité d'opérer des légers décalages stimulant la perception du droit par le lecteur, ce qui contribue à nourrir sa propre réflexion. C'est sans doute pourquoi les ouvrages de réflexion sur le droit gardent leur intérêt et leur actualité longtemps après leur parution.

L'ouvrage de Jacques Commaille, dont on ne prétend pas ici restituer la richesse, envisage le droit et la société dans leur imbrication, sous un jour nouveau, non réducteur, en considérant le droit comme un élément de nos sociétés. Il en résulte une sortie par le haut : loin de fortifier une représentation convenue de la séparation entre droit et société, et d'analyser le regard de l'une sur l'autre et réciproquement, il contribue à pendre le droit au sérieux, l'érigeant en « un nouveau paradigme pour l'analyse des sociétés contemporaines »[32]. Le droit est aussi appréhendé comme une construction sociale, forgé de représentations qui ne correspondent pas toujours à « ce que *sont* et *font* les acteurs du droit »[33]. Parmi les éclairages apportés, l'auteur insiste sur la « dualité de la légalité », analyse qu'il a reprise dans une revue juridique généraliste[34]. Pour aller vite, et au risque de déformer sa pensée, une légalité référence, conçue d'en haut par les autorités, peut être

28 Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Essais, 1998, p. 11.
29 Les forces imaginantes du droit publiés en quatre tome au Seuil de 2004 à 2011.
30 Jacques Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015.
31 François Ost, *À quoi sert le droit ?,* Bruylant, 2016.
32 Jacques Commaille, op. cit., p. 25.
33 Titre du chapitre III, p. 94 et s.
34 « Où va le droit ? Repenser la légalité », JCP éd. G, 2018.753.

distinguée d'une légalité ressource, mobilisée d'en bas par les acteurs de la société civile. Ces deux légalités sont en tension, comme les deux pièces d'une même médaille, ou pour utiliser une métaphore sans doute plus appropriée, comme une corde tendue par deux forces distinctes. Cette tension est productrice de sens, et la pensée de Jacques Commaille ouvre le champ de réflexions stimulantes, à la fois juridiques et dans un horizon d'interdisciplinarité.

Le livre de François Ost est bâti sur d'autres ressorts. La cogitation y est plus interne. L'ouvrage déploie l'interrogation « à quoi sert le droit » en trois strates, les usages sur un versant sociologique, les fonctions sur un plan de théorie du droit, les finalités sur le volet philosophique. Cette dernière partie est explicitement normative[35] et entend affirmer la place du droit à partir de de valeurs : la démocratie, la justice, la constitution anthropologique de l'humain[36]. Ce dernier aspect a le primat, est placé à part, et donne lieu dans l'ouvrage à un détour anthropologique pour penser le droit - « quel homme pour quel droit ? »[37]- , ne manquant pas de renvoyer à des livres fameux[38]. Mais si l'affirmation des finalités du droit apparaît si importante, c'est qu'elle intervient dans le contexte de « concurrence des normativités », le droit étant de plus en plus concurrencé par d'autres techniques de normativité d'ordre comptable, gestionnaire ou technologique ayant recours à des procédés divers (certification qualité, indicateur de performance, dispositif d'incitation). Après avoir publié de nombreux ouvrages visant à trouver un modèle pour le droit (le système, le jeu, le réseau), l'auteur fait le pari, dans ce nouveau contexte de perte de repères, d'identifier trois finalités au droit : définir un équilibre général à vocation opératoire ; trouver un équilibre susceptible d'être imposé par une contrainte réglée, génératrice et confiante ; produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédure déterminées. Chemin faisant, il prend nettement parti pour des auteurs affirmant un rôle essentiel au droit (Habermas)[39] au détriment d'autres ne s'inquiétant pas de sa dilution dans une série de systèmes sociaux (Lhumman).

Il est des réflexions sur le droit qui éclairent jusqu'à éblouir. Et s'il est clair que pareilles ouvrages contribuent à des apports réfléchissants, voire rafraîchissants, c'est à la condition d'en lire plusieurs, et de les assimiler pour mieux en faire son miel. La réflexion n'est guère compatible avec la pensée d'un gourou qu'il s'agit de suivre, voire d'obéir. Car il s'agit alors seulement d'absorber et non de réfléchir à son tour par soi-même.

Rendre hommage

Dédicaces, remerciements, citations, les ouvrages sur le droit sont aussi l'occasion de rendre hommage à un ami, un prédécesseur ayant inspiré des manières de penser et de faire, un collègue allié dans des combats intellectuels, sociaux et politiques. Il y a bien sûr aussi le genre dédié des « hommages », qui prend parfois la forme des « mélanges », tels que ceux dédiés à Jean Danet par le présent volume. En espérant que le présent texte soit à la hauteur de son irréductible bienveillance.

35 François Ost, *op. cit.*, p. 329.
36 op. cit., p. 96 et p. 330. Valeurs classés par l'auteur par ordre croissant d'importance.
37 op. cit., p. 249 et s.
38 Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
39 Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes,* trad. Gallimard, 1997.