

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS/2017/21

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

D'un changement de la représentation sociale du droit à la reconnaissance du droit comme instrument de la démocratie

Jacques Commaille



Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.



D'un changement de la représentation sociale du droit à la reconnaissance du droit comme instrument de la démocratie

Jacques Commaille - Professeur émérite de sociologie à l'ENS Cachan

Janvier 2017

ABSTRACT

Breaking with the social representation of the law as «Reason» and an instrument of top-down political regulation of society in order to promote a different representation of the law as connected to society could alter our perceptions of the law in response to contemporary social changes through the entry points of space and time. This then allows us to make use of the law to build a new democratic project, while guarding against a possible distortion in which the law becomes more closely tied to economic factors while shifting further away from the social sphere.

KEYWORDS: Law, sociology, representation.

RÉSUMÉ

La rupture avec une représentation sociale du droit comme « Raison » et comme instrument d'une régulation politique top down des sociétés et la valorisation d'une autre représentation du droit, cette fois-ci connecté à la société, introduit à une modification des perceptions du droit confronté aux mutations des sociétés contemporaines, telles qu'elles apparaissent grâce notamment à des entrées par l'espace et le temps. Elle autorise alors à penser le droit en relation avec ce que pourrait être la réalisation d'un nouveau projet démocratique, sans toutefois ignorer les dérives possibles d'un droit qui serait de plus en plus étroitement associé à l'économique et de plus en plus éloigné du social.

MOTS CLÉS : Droit, sociologie, représentation.

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

RÉF. J. Commaille, D'un changement de la représentation sociale du droit à la reconnaissance du droit comme instrument de la démocratie, COMPTRASEC-WPS/2017/21, Janvier 2017.

© COMPTRASEC - 2017
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

D'un changement de la représentation sociale du droit à la reconnaissance du droit comme instrument de la démocratie

La réflexion que je vous soumets aujourd'hui à la suite de votre aimable invitation est fondée sur mon ouvrage *A quoi nous sert le droit ?* (Gallimard, Folio essais, 2015). Cet ouvrage comporte trois parties :

- I - La construction sociale du droit (les représentations du droit et les juristes comme acteurs sociaux)
- II - La mise en contexte du droit effectuée à partir d'une grille d'analyse spatio-temporelle
- III - La mise en relation du droit avec le politique.

Je vous soumets aujourd'hui une présentation en quatre points, comme autant d'étapes de ce que peut être une recherche de science sociale sur le droit où la dimension politique est privilégiée

- 1 - La *construction* d'un positionnement de recherche sur le droit
- 2 - La *construction* d'un modèle de légalité duale comme expression d'une rupture épistémologique par rapport à l'objet droit
- 3 - La *mise en contexte* comme élément central d'une démarche de recherche sur le droit
- 4 - La *montée en généralité* comme expression d'une sociologie politique du droit

I - La *construction* d'un positionnement de recherche

Mon objectif est de démontrer que le droit est un exceptionnel révélateur des mutations des sociétés contemporaines, des transformations de leur mode de régulation sociale et politique. Il s'agit ici de se réinscrire dans la filiation des grandes figures fondatrices des sciences sociales, de la sociologie, qui faisaient du droit un élément central de l'analyse des transformations des sociétés.

La question qu'on peut se poser est celle de savoir si nous ne sommes pas dans un contexte historique équivalant à celui dans lequel ces grandes figures ont développé leurs analyses, un contexte équivalent à ce « moment 1900 » dont parle Olivier Jouanjan pour la France où « le positivisme juridique traditionnel est mis en crise (...) face aux réalités sociales » ? Il est intéressant de remarquer que dans l'ouvrage d'Olivier Jouanjan et Elisabeth Zoller consacré à ce « moment 1900 », Bruno Karsenti se réfère à l'ouvrage de Célestin Bouglé, *Bilan de la sociologie contemporaine* (1938)¹, lequel considère que « le droit reste toujours pour [la sociologie] la voie royale, initiatrice [...] [de telle sorte que] la sociologie juridique peut prétendre n'être rien d'autre que la sociologie elle-même » (p. 30). C'est en empruntant à ce même auteur que je soulignerai que l'intention générale de mon livre n'est pas seulement de savoir ce que « le droit fait du social mais ce qu'il en révèle » (p. 33). *A quoi nous sert le droit ?* se veut une contribution à une « théorie du monde social » (Pierre Noreau), à une théorie des régimes de régulation des sociétés.

¹ Pour une présentation plus complète des références, le lecteur voudra bien se reporter à mon ouvrage sur lequel repose cette intervention, J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard, Folio essais, 2015.

II - La *construction* d'un modèle de légalité duale comme expression d'une rupture épistémologique par rapport à l'objet droit

Il existe une représentation dominante du droit dans l'univers juridique, celle d'un droit comme méta-Raison, d'un droit comme Droit qui renvoie à cette définition du droit que reprend Alain Supiot, dans la filiation de Pierre Legendre, d'un droit comme « référence commune à un monde tel qu'il doit être ». Alain Supiot rappelle ainsi que le mot même de « droit vient du latin médiéval *directum* et suggère l'idée d'une direction ». Il s'agit donc d'un droit qui doit *instituer*. Nous sommes proches d'un droit né d'une « alchimie théologico-politique » (Kantorowicz, *Les deux Corps du Roi*), auquel correspond une représentation des mises en œuvre du droit : les « Palais de Justice », représentation qui est en concordance avec un modèle de régulation *top down*. comme le souligne Paolo Grossi pour qui le « Droit » comme « Raison » est la manifestation d'une survivance d'une conception jusnaturaliste, ou de sa nostalgie, d'un « absolutisme juridique » issu d'une « raison naturelle » et d'une soi-disant « volonté générale » de l'ordre de l'évidence, en relation avec cet âge d'or d'un monisme juridique lié à l'appareil de pouvoir de l'Etat. Tout ceci conduit ce dernier auteur à parler de « légolâtrie » (« la loi en tant que telle, comme émanation d'une volonté souveraine, devient objet de culte indépendamment de son contenu »². La loi apparaît ici comme une abstraction qui cache des inégalités et, éventuellement, ses sources idéologiques, où l'individu, sujet de droit, est « abstrait de toute formation sociale »³.

A cette représentation dominante « juriste » s'oppose : dans l'histoire de la pensée juridique, dans la littérature internationale, dans la littérature de science sociale une autre représentation du droit, un droit « d'en bas » distinct d'un droit « d'en haut ». Dans l'histoire de la pensée juridique, il existe ainsi un droit « connecté au social », « immergé » dans le social, « constitutif » de la société, du fonctionnement social, dont on pourrait dire que la genèse se trouve dans le début du Moyen-Age où l'origine du droit est dans la coutume, cette normativité qui « naît d'en bas, des choses de la terre (...), porte en elle les traces inévitables de la réalité particulière qu'elle entend organiser juridiquement »⁴.

Le temps ne nous permet pas de nous étendre sur ces différents courants au sein de la pensée juridique, citons simplement comme illustration :

- l'Ecole du droit vivant, celui-ci 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, voire contre le droit institutionnalisé » (David Nelken) ;

- l'Ecole historique du droit, laquelle, 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'Etat ;

- le mouvement du droit libre qui vise à combler « le fossé qui sépare le droit des législateurs et des savants du « droit vivant » avec une finalité commune : « une historicité effective du droit »⁵.

Ce que je considère comme le second terme d'une alternative dans la représentation du droit perpétue son existence dans la période contemporaine, par exemple avec la « *constitutive theory of law* » d'Alan Hunt et d'autres auteurs comme Sally Engle Merry pour lesquels le droit est partie prenante de la

2 P. Grossi, *L'Europe du droit*, Ed. Seuil, Coll. Faire l'Europe, 2011, 304, p. 127.

3 *Ibid.*, p. 116.

4 *Ibid.*, p. 36.

5 *Ibid.*, p. 201.

réalité sociale et non en surplomb de celle-ci. Il en est de même au sein du mouvement américain de la *Law and Society* avec ce courant dit du « *legal consciousness* » dont les promoteurs soulignent 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, composante de la vie de tous les jours, dans une relation d'interpénétration avec les processus sociaux.

Cette représentation alternative du droit se retrouve du côté de la sociologie avec Georges Gurvitch et l'idée de « droit social » ou encore avec Ferdinand Tönnies (« La société (...) peut s'opposer par l'affirmation de son droit propre »). On en trouve un autre écho avec la perspective pragmatique de John Dewey pour qui « la règle juridique est [...] quelque chose qui évolue nécessairement non seulement sous la pression des événements que sont les transformations macro-sociales, mais aussi plus quotidiennement du fait de son inscription à l'intérieur même des pratiques sociales »⁶.

La reconnaissance de cette autre conception du droit m'a conduit à considérer ce que j'ai donc appelé un *modèle de légalité duale*. Cette dualité était présente dans l'histoire de la pensée juridique. Elle l'est comme une évidence dans la littérature internationale de recherche sur le droit. Stuart Scheingold associe ainsi au « *myth of rights* », défini comme la foi dans le droit par les citoyens, comme le droit comme principe de gouvernement, un « *politics of rights* » qui concerne les droits « conçus comme des ressources contingentes agissant indirectement sur les politiques publiques dans la mesure où elles peuvent contribuer à modifier l'équilibre des forces politiques, où elles feraient potentiellement des citoyens des acteurs conscients que ces droits constituent non plus seulement une référence mais une ressource pour agir, se mobiliser collectivement.

On retrouve cette dualité chez Susan Silbey quand elle avance l'idée d'un dualisme entre une légalité donnée à voir comme transcendante, sacrée, formelle et impartiale quelle que soit la position sociale de celui qui la sollicite ou se la voit appliquer, en un mot comme un « idéal », et une légalité « profane », inscrite dans la société, dans la vie quotidienne, sorte d'arène séculière, où les rapports de pouvoir prévalent.

Un dernier mot sur la seconde face de mon modèle de légalité duale pour noter que la genèse de cette conception du droit est présente dans ce que Paolo Grossi considère comme « l'émergence d'un moi collectif » à la fin du XIX^e siècle concomitant de ce qu'Emmanuel Lévy interprétera comme « l'affirmation du droit collectif », contexte dans lequel se manifestera le développement du droit social, celui du droit du travail, ceci dans le cadre d'une « prolifération de faits économiques et sociaux parallèle à la « perte d'autorité de l'Etat, à l'effritement de son monopole, à la formation de deux niveaux de juridicité, celui des lois et celui de l'expérience quotidienne, celui du droit formel et celui du droit vivant »⁷.

III - La *mise en contexte* du droit comme élément central d'une démarche de recherche sur le droit

Si l'affirmation d'un modèle de légalité duale participe d'une rupture épistémologique par rapport à une représentation dominant du droit, la volonté de mise en œuvre d'une mise en contexte du droit participe de l'affirmation d'une démarche de recherche spécifiquement de science sociale sur le droit. Pour ce faire, j'adopte une grille d'analyse spatio-temporelle. L'approche par l'espace concerne les

6 L. Israël et J. Grosdidier, « John Dewey et l'expérience du droit... », *Tracés*.

7 P. Grossi, *op. cit.*, p. 237.

territoires du droit confrontés à ceux du politique. L'approche par le temps concerne les temporalités du droit confrontées aux temporalités externes agissant sur le droit.

Dans un article de référence déjà ancien, Boaventura de Sousa Santos affirmait l'existence de trois espaces juridiques prenant la forme d'une légalité locale, d'une légalité nationale et d'une légalité mondiale : « le champ juridique national est de plus en plus imprégné de formes juridiques qui se déploient en établissant des rapports complexes aussi bien avec l'ordre juridique étatique qu'avec les ordres juridiques locaux ». Le rapport du droit au territoire national et à l'Etat tel que le considérait Max Weber est ainsi relativisé. Comme le dit Saskia Sassen, il s'agit d'une « dénationalisation » dans la mesure où elle implique « la dénationalisation des formes spécifiques de l'autorité de l'Etat, due à l'implantation partielle des processus globaux dans les hiérarchies institutionnelles nationales ».

Ce bouleversement des *territoires* a plusieurs conséquences sur l'économie de la légalité :

- le développement d'un pluralisme en opposition à l'idée d'unicité de la loi

- un changement de régime de régulation juridique dans la mesure où s'établit une économie de la légalité polycentrique parallèle au bouleversement de la « juridiction » de l'Etat et à l'affaiblissement d'un étato-centrisme. Le parallèle mérite ici d'être établi avec les analyses sur les politiques publiques avec le processus de contractualisation et de procéduralisation qui s'y observe ou encore le passage d'un régime de légitimité légal-rationnel inspiré de l'idée d'un « ordre axiologique » à l'établissement d'une nouvelle légalité « fonctionnelle » en référence à un régime de construction d'une légitimité au caractère aléatoire et contingent⁸. Comme le souligne Mauricio Garcia-Villegas⁹, ces transformations doivent être prises en compte dans le régime de connaissance sur les rapports entre droit et politique ». Il est nécessaire de reconsidérer les *socio-legal studies* dans un mode où s'affaiblit le pouvoir régalien des Etats, un monde qui est témoin non seulement de nouvelles et de plus subtiles formes de domination qui se manifestent au-delà des frontières nationales, géographiques et politiques habituelles. Quelles sont les implications de ces changements en termes de droits et de démocratie ? ».

Pour en venir maintenant au *temps*, je soulignerai au préalable la forte valeur heuristique de la variable temps pour l'analyse du droit. La « naturalité » du temps et du droit se conjuguent et se répondent. Paradoxalement travailler leur relation favorise l'analyse en termes de construction sociale, de dénaturalisation. La représentation dominante de la relation du temps et du droit est conforme à la première face de mon modèle de légalité duale. Le « Droit » comme « Raison » est logiquement inscrit dans le temps que Fernand Braudel appelait de la « longue durée », ceci en opposition avec le temps contingent, le temps social immédiat. Une telle relation s'exprime dans la célébration « juriste » des vertus de la permanence. Mais une telle relation est menacée par l'influence d'autres temporalités :

- une temporalité d'essence culturelle comme celle que décrit François Hartog en parlant de « présentisme » ou Hartmut Rosa en développant la thèse d'une « accélération du temps » ;
- une temporalité imposée par la globalisation, celle des opérateurs économiques
- une temporalité politique découlant d'une pratique de plus en plus fréquente du « marketing politique ».

8 C. Colliot-Thélène, *Le désenchantement de l'Etat*, PuF; Coll. Philosophie, Paris, 1990.

9 M. Garcia-Villegas, A Comparison of Socio-Political Legal Studies », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, p. 25-44.

C'est l'influence de ces temporalités qui contribue à considérer que nous sommes passés du « modèle de l'écriture basé sur une temporalité linéaire orientée et raisonnablement stable (« historique ») à un modèle de « traitement de texte supposant une temporalité circulaire, réversible et résolument instable ».

IV - La montée en généralité comme expression d'une sociologie politique du droit

Les bouleversements de l'économie de la légalité en relation avec les transformations des territoires et celles des temporalités ont pour effet de donner de l'importance à la seconde face du modèle de légalité duale. Dans ce contexte, s'affirme une potentialité du droit à n'être pas simplement une *référence* mais une *ressource* ou, plus encore, un *instrument de résistance*. Ce statut du droit comme ressource ou comme instrument de résistance s'affirme dans le cadre d'une tension entre une logique néo-libérale et une logique démocratique.

Pour ce qui concerne l'espace, si l'on prend l'exemple de la globalisation, celle-ci est d'abord en adéquation avec les exigences de l'économie. Le juridique d'instrument privilégié de gouvernement des hommes devient instrument privilégié d'une économie et des intérêts portés par des opérateurs économiques. Les ressources juridiques sont manipulées par des acteurs transnationaux face à une « mosaïque d'ordres juridiques » qu'il leur appartient de mettre en concurrence comme le souligne Alain Supiot dans son ouvrage *L'esprit de Philadelphie*, en décrivant les pratiques de « *law shopping* » ou de « *forum shopping* » expressions d'un « darwinisme normatif » où il s'agit de « faire son marché entre les différents ordres juridiques nationaux en fonction d'objectifs exclusivement d'optimisation des profits et des intérêts économiques, d'efficience, en occultant toute dimension faite de finalités politiques et éthiques ».

Mais la globalisation, c'est aussi une internationalisation ou une supranationalisation autorisant :

- une remise en question de l'occidentalo-centrisme et la reconnaissance d'une pluralité normative parallèle à celle d'une pluralité culturelle : la reconnaissance d'une nouvelle perspective extérieure à la modernité occidentale (Boaventura de Sousa Santos et Cesar Rodriguez-Garavito) ;

- de nouvelles formes de mobilisations collectives supranationales issues d'une « société civile mondialisée » ;

- des stratégies de mouvements sociaux jouant de la pluralité des niveaux de légalité comme ces luttes dans les « *sweatshops* » qui mobilisent le droit national du travail, des conventions transnationales, des règles internes aux entreprises, des dispositifs juridiques établis au niveau local (Cesar Rodriguez-Garavito, « Nike » Law : the anti-sweatshop movement... »).

On peut alors parler d'une « globalisation contre-hégémonique » relevant d'une *bottom up approach* de la régulation politique et juridique des sociétés. Une telle globalisation incite à repenser les fondements du positionnement des sciences sociales, notamment celles qui abordent la question du droit, à prendre en considération ce qui serait une épistémologie du Sud » (Boaventura de Sousa Santos, *Epistémologie du Sud*).

Pour ce qui concerne le temps, le passage d'un temps long, en phase avec une conception du pouvoir en même temps qu'avec une représentation dominante du droit, à un temps court est en adéquation avec les temporalités exigées par les nouvelles formes de développement du capitalisme. Les usages du droit, le fonctionnement de la justice sont mis en adéquation avec ces temporalités via la

managérialisation, la rationalisation, la « markétisation » (Michel Foucault), dont une des expressions est la mythification de la quantification.

Mais ces évolutions conduisent aussi à :

-la reconnaissance de la pluralité des temporalités au sein d'une même société et entre sociétés différentes ;

-la prise de conscience que la définition du temps s'inscrit aussi dans les rapports sociaux et dans les rapports entre cultures (on pourra relire sur cet aspect les analyses magnifiques de Pierre Bourdieu sur ces hommes kabyles inscrits dans une représentation du temps de l'économie précapitaliste et confrontés à l'économie capitaliste imposée par le colonialisme ;

-le développement de théories critiques : sur « l'accélération du temps » où, à partir de l'idée de « contrecarrer l'hégémonie du temps technico-capitaliste », par exemple dans le domaine du droit du travail ou encore en posant la question de la répartition entre temps de travail et temps de la vie privée tant pour les hommes que pour les femmes.

Outre d'introduire l'idée de rapports de force ou de rapports de pouvoir entre des temporalités plurielles dont celles des pauvres comme le montrent, par exemple, les travaux sur l'urgence sociale), de telles visions distanciées du temps autorisent ainsi à avancer la thèse de l'importance d'un « droit du temps » participant d'un « gouvernement du temps » associant la question des temporalités sociales et celle des principes démocratiques avec l'objectif de construire « une culture démocratique du temps ».

Finalement, la capacité à résister que révèle la seconde face du modèle de légalité duale, mise en valeur grâce au cadre d'analyse spatio-temporel, participe d'une relativisation de la première face de ce modèle et de ce qui y est associé du point de vue d'une régulation politique strictement *top down*. C'est ce constat qui m'a conduit à faire un retour critique sur le paradigme de la domination, paradigme dominant de la pensée française des années 1960-1980 en France et dont Michel Foucault et Pierre Bourdieu vont être des figures de référence dans l'affirmation d'une conception de la domination que les sciences humaines et sociales ont longtemps exclusivement associée à une vision *top down* de la régulation politique des sociétés, de telle sorte que le droit n'y est pensé que comme l'instrument de cette domination. Certes Michel Foucault n'exclut pas dans son œuvre l'idée de luttes, en déplaçant progressivement son intérêt des dispositifs de pouvoir vers les processus de subjectivation, vers l'expérience du sujet de droit « faisant valoir ses droits subjectifs »¹⁰. Il reconnaît ainsi la possibilité de « penser autrement » le droit pour reprendre une expression de Michel Foucault¹¹ et réutilisée pour travailler la question du droit par Miguel Alves da Fonseca¹² en dévoilant les rapports de force qui sont dans son essence. Il en résulte la reconnaissance que les « gouvernés » sont susceptibles de s'indigner et d'engager des actions contre les abus de pouvoir. Une telle reconnaissance permet finalement « de donner un contenu éventuellement subversif à la notion de sujet de droit ou de citoyen »¹³. Dans cette perspective, apparaît logiquement la possibilité « d'inscrire la vie, l'existence, la subjectivité et la réalité même de l'individu dans la pratique du droit »¹⁴ jusqu'à produire un droit « anti-disciplinaire »¹⁵ relevant d'une « attitude critique »¹⁶ qui n'est rien moins que l'exercice effectif par les individus de la volonté de considérer que le droit ne relève pas

10 P. Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ-lextenso éditions, coll. « Droit et Société », 2010, p. 74.

11 M. Foucault, *L'usage des plaisirs. Histoire de la sexualité*, II, Paris, Gallimard, Vol. 2, coll. « Tel », 1984, p. 17.

12 M.A. da Fonseca, *Michel Foucault et le droit*, L'Harmattan, Paris, 2013.

13 *Ibid.*, p. 78.

14 M. Foucault, *Dits et écrits*, Gallimard, vol. 1, Paris, 1994, p. 57.

15 M. A. da Fonseca, *op. cit.*, p. 181.

16 *Ibid.*

du monopole des instances de pouvoir¹⁷. Mais, précédant ce déplacement qu'il opère dans le développement de son œuvre, 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 »¹⁸. Une telle position rejoint alors celle de Pierre Bourdieu quand celui-ci considère que le droit est un instrument efficace, notamment par l'apparente neutralisation ou euphémisation qu'il donne à voir, relevant du registre symbolique, pour assurer la reproduction de l'ordre social, perpétuer la domination des classes dominantes et consacrer l'ordre établi¹⁹.

Il y a un paradoxe sur le fait que ces figures des « théories critiques » (auxquelles on pourrait ajouter Gramsci ou Susan Silbey quand ces auteurs admettent une dualité du droit mais en considérant que celle-ci n'est là que pour assurer la perpétuation de la domination du droit et de l'hégémonie) quand, en développant ces analyses sur le droit comme instrument de la domination consacrent le monopole de la représentation « juriste » de la première face du modèle de légalité duale. Il y a donc, de mon point de vue, nécessité de repenser ce paradigme et de prendre ses distances avec son unilatéralité. La reconnaissance de la seconde face du modèle de légalité duale porte *a contrario*, dans sa réalité autant que dans sa virtualité, la possibilité pour ce que Michel de Certeau appelle, à partir d'une vive critique du caractère unilatéral du paradigme de la domination tel que célébré chez Michel Foucault ou Pierre Bourdieu, le développement de « tactiques » des « faibles » susceptibles de neutraliser ou de détourner les « stratégies » des « puissants »²⁰.

Comment tirer parti, comment tirer les conséquences de cette relativisation du paradigme de la domination ? Il convient certainement de repenser le politique à partir du droit et de revenir alors au couple wébérien légalité-légitimité en repensant la question de la légitimité du politique à partir de la question de la légalité. Ce qui importe, c'est de *redéfinir les conditions de construction de la légalité* à partir d'une prise en considération de la seconde face du modèle de légalité duale. La question devient alors de se demander comment associer les citoyens, comment les impliquer dans la construction, dans la mise en œuvre de la légalité²¹ en se rappelant par exemple cette considération de Jürgen Habermas : « La légitimité démocratique ne se construit que dans la mesure où « le cercle des personnes qui participent aux décisions recoupe celui de ceux qui en subissent les conséquences [...] [ceci suivant le principe] d'autorégulation par les citoyens [qui] requiert en effet que ceux qui sont soumis en tant que destinataires se pensent aussi comme auteurs du droit »²².

Dans cette prise en considération de la seconde face du modèle de légalité duale, il ne s'agit pas de nier l'importance d'un droit comme raison, d'un droit comme référence. En fait, les deux faces de ce modèle font système. La production et la mise en œuvre d'un droit *activé* par la société, processus au sein duquel les citoyens sont partie prenante, *acteurs*, sont susceptibles d'influer sur l'établissement d'un droit-référence susceptible de retrouver sa propre légitimité parce qu'il aura été aussi la résultante d'une approche *bottom up*. Les deux faces du modèle de légalité duale ne sont plus en tension dans cette hypothèse. C'est la possibilité de leur *hybridation*, de leur *métissage* qui est en jeu, ceci suivant une configuration qui est aussi celle visant à la réalisation de l'idéal démocratique.

17 *Ibid.*

18 C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année sociologique*, n°59/2009, p. 236.

19 P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 3-19.

20 M. de Certeau, *L'invention du quotidien*. 1– *Arts de faire*, Paris ; Gallimard, coll. « Folio Essais, 1990 (1ère éd. 1980).

21 Voir les recherches de J. Lenoble et M. Maesschalk, *Démocratie, droit et gouvernance*, Editions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

22 J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1993.

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

J. Commaille,

A quoi nous sert le droit ?, Gallimard, coll. Folio Essais, 2015, 340.1 COM

J. Commaille,

« A quoi nous sert le droit pour comprendre sociologiquement les incertitudes des sociétés contemporaines ? », *Sociologies*, 7 mars 2016, <http://sociologies.revues.org/5278>.

E. Bernheim et J. Commaille,

« Quand la justice fait système avec la remise en question de l'Etat social. Présentation du dossier », *Droit et société*, La justice dans la gestion du social, n° 81, 2/2012, p. 281-298.



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé.
Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2017

Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. J. Commaille, D'un changement de la représentation sociale du droit à la reconnaissance du droit comme instrument de la démocratie, COMPTRASEC-WPS/2017/21, Janvier 2017.