



Le droit et la Justice aujourd'hui. Et demain ?

À quoi sert le droit ? ... À compter jusqu'à trois



Par **François Ost**
Professeur
Université Saint-Louis - Bruxelles

La fonction du droit est de redoubler le lien social dans ses procédures et institutions techniques propres ; sa finalité est d'inscrire ce redoublement sous l'égide du tiers. Se passer du droit consisterait à en revenir à l'immédiateté de la relation sociale primaire, sans médiation sociale, sans mesure dans la complicité comme dans la violence.

À quoi sert le droit ? est la question que je traite dans un récent ouvrage sous-titré « Usages, fonctions, finalités » (Bruxelles, Bruylant, 2016, 578 pages). Je m'y interroge sur la plus-value apportée par le droit aux relations sociales en général, sans me dérober à l'hypothèse que, peut-être, le droit, concurrencé par tant d'autres systèmes normatifs, cessera bientôt de servir à quelque chose. En 1625, Grotius posait la question, « Etsi Deus non esset ? », – faudra-t-il bientôt poser la question « Etsi ius non esset ? ». Certes, tout groupe

social a toujours connu des règles, mais celles-ci étaient domestiques, culturelles, religieuses, économiques, politiques, avant d'être juridiques – le droit n'apparaissant que dans un temps second (thèse dite de la « double institutionnalisation » apportée par le droit). Au vu de l'actuelle concurrence et confusion normative entre systèmes normatifs divers (dont celui des standards, normes techniques, indicateurs chiffrés, *nudges*...), il faut noter une réduction de l'empire et de l'emprise du droit. Poussant la question jusqu'au bout : que perdriions-nous si nous cessions d'être régulés par le droit ?

Pour mener cette enquête, j'ai d'abord constaté le peu de littérature récente consacrée à ce sujet, à l'exception de quelques textes de Luhmann, un ouvrage de N. Bobbio, et un autre de V. Ferrari. Sans doute le danger d'essentialisme philosophique et de fonctionnalisme sociologique naïfs expliquent-ils cela. Aussi la banalité des réponses qui viennent immédiatement à l'esprit (« guider les conduites, résoudre les conflits... »), ou, à l'inverse, la variété infinie des tâches remplies par le droit (« qui peut servir à tout et n'importe quoi », écrivait D. Loschak). La difficulté est réelle, en effet, de ne prêter ni trop, ni trop peu, au droit. Il n'est ni la démocratie, ni la justice auxquelles nous aimerions l'identifier, il n'est pas non plus la simple traduction « notariale », ni le simple « bras armé » de normes définies par d'autres décideurs, comme tant de gens le pensent généralement. Cette difficulté de ne prêter ni trop, ni trop peu, au droit reflète, plus généralement, la difficulté de tracer la juste place à la philosophie du droit entre les sciences sociales, d'un côté, la philosophie morale et politique de l'autre.

Trois concepts

Parmi les nombreux concepts susceptibles de traiter ma question, j'en ai retenu trois, dialectiquement liés : usages (sociaux), fonctions (juridiques, au sens de la technique juridique), finalités (éthico-politiques). Chacune

de ces notions se prête, bien entendu, à de nombreuses nuances (ainsi les distinctions entre fonctions instrumentales et symboliques, manifestes et latentes, fonctions attendues et perverses, etc.), mais la distinction la plus importante concerne les finalités. Je distingue en effet finalités extrinsèques et intrinsèques. Les premières sont extérieures au droit, même si elles y tendent : ainsi de la justice, de la démocratie, mais aussi... du maintien de l'ordre, de la défense de la race ou du prolétariat... Les finalités intrinsèques, en revanche, visent la manière dont le droit met ses fonctions techniques au service de telle ou telle finalité extrinsèque qu'on décide de poursuivre. Dans mon ouvrage, je dis si (et seulement si, ce qui n'est jamais garanti) on décide de poursuivre la démocratie et la justice, quelles sont alors les finalités intrinsèques que le droit poursuit ?

Prenons un exemple : à quoi sert une voiture ? Sa fonction est d'être un véhicule automobile (qui se meut par lui-même) ; ses usages peuvent être extrêmement variés (transport, sans doute, mais aussi, logement, arme, œuvre d'art, ...), quant à ses finalités elles peuvent relever du loisir, du travail professionnel...

En croisant ces trois axes, je me suis efforcé de rester fidèle à mon approche interdisciplinaire des phénomènes juridiques : il s'agissait de faire justice aux réponses des théoriciens du droit aussi bien qu'à celles des sociologues et des philosophes – elles existent, mais quand dialoguent-elles ? J'ajoute encore, avant de détailler quelque peu mes trois axes, que tout au long de ce travail je n'ai cessé de me poser une question simple, mais radicale – quasiment une expérience de réduction phénoménologique : qu'est-ce qui change quand deux individus, ou un groupe, décident de « passer au droit » : d'acter leur relation, de s'en remettre à un juge, de se référer à une règle générale ? ... Cette question est au cœur de mon livre, et je ne cesse encore de tenter d'approfondir la réponse qu'on peut lui donner. Les usages du droit sont aussi variés que

les acteurs qui le mettent en œuvre et les stratégies qu'ils poursuivent : acteurs privés ou publics, tantôt se conformant au droit, tantôt le contournant, tantôt le détournant – et ce, aussi bien dans des buts « conservateurs » que « transformateurs ». Pour nous en tenir aux seuls particuliers, on peut noter, à côté de l'obéissance attendue, des formes de « lutte pour le droit » (dont parlait déjà Ihering au XIX^e siècle), parfois même des comportements de désobéissance civile (désobéir à la loi pour promouvoir le Droit). Ils peuvent aussi contourner le droit de mille façons (relire la *Comédie humaine* de Balzac), abuser du droit (l'abus est une forme d'usage), voire corrompre une autorité (obtenir un passe-droit à leur profit exclusif, un privilège, c'est-à-dire une loi privée, un traitement de faveur, au détriment de la position tierce de l'autorité et de la loi). Ils peuvent aussi, comme les sociologues l'ont souvent montré, se bricoler un « droit vulgaire », sorte de réappropriation approximative de la règle en fonction des besoins propres des groupes et de leur niveau d'appréhension de sa technicité. Ce réalisme lucide quant aux usages du droit ne doit pas conduire à son désenchantement ni au relativisme : ce droit ainsi « mis à toutes les sauces » présente des fonctionnalités techniques et des prétentions normatives (finalités, valeurs) qu'il s'agit de prendre au sérieux car sans elles on ne comprendrait rien aux usages (conformes ou hétérodoxes) qu'on en fait.

L'étude des fonctions du droit relève de la théorie générale du droit. Je rappelle ici la thèse de la « secondarité » du droit (thèse de la « double institutionnalisation » que je reprends et complexifie sur certains points), qui conduit, sur le plan de la théorie des normes, à la fameuse distinction hartienne entre normes primaires (le droit reprenant à son compte les normes sociales qui le précèdent) et secondaires (nécessaires à l'auto-organisation du système juridique lui-même). Je m'inspire de ces travaux pour traiter mon questionnement relatif aux fonctions du droit. Dans ce cadre (et à l'aide de la métaphore du jeu, toujours bien utile), je distingue fonctions primaires et secondaires. Quand il reprend à son compte normes et valeurs sociales, on peut dire que le droit remplit des fonctions de pilotage (comme le pilote étatique qui monte sur la passerelle d'un navire de commerce, dans les passes difficiles et à l'approche des ports, il conseille le capitaine sans s'y substituer pour autant). Quand il s'auto-organise, le droit remplit des

fonctions de cadrage, repérage, archivage et arbitrage, bien proches de celles que Hart désignait par ses normes secondaires (décrites d'ailleurs dans un vocabulaire fonctionnaliste).

Institution de la contestation organisée

De manière générale, on peut dire que le droit tisse des liens, fixe des limites, trace des mesures. Le droit est lien, borne, mesure. Mais, notons-le bien, on ne s'est pas encore prononcé, à ce stade, sur le bon ou le mauvais usage qui peut être fait de chacune de ces finalités. Chacune d'entre elles peut-être détournée ou dénaturée de la finalité que nous lui associons : la mesure peut être biaisée, la limite étouffante, le lien relâché... Aussi ne pouvons-nous nous dérober au troisième niveau d'interrogation, celui des finalités.

Finalités intrinsèques – je le rappelle : celles que nous développons si nous décidons de poursuivre la justice et la démocratie. Ici je réponds en distinguant trois finalités qui n'ont de valeur qu'à être dialectiquement équilibrées ; l'une d'entre elles serait-elle hypertrophiée que l'équilibre se romprait et que les problèmes s'accumuleraient. Je dirais donc : le droit vise (1) une formulation (seconde, technique) d'un équilibre générale des intérêts sociaux et valeurs en conflits, (2) équilibre susceptible d'être appliqué le cas échéant par la contrainte (une contrainte réglée), (3) et qui, en même temps, est toujours susceptible aussi d'être remis en discussion dans le cadre de procédures (régliées elles aussi).

Quelques remarques à propos de ces trois finalités. L'équilibre général semble rejoindre l'ADN du droit symbolisé par la balance, poursuivant la mesure, et traduit aujourd'hui dans la balance des intérêts et le principe de proportionnalité. Je précise que cet équilibre est d'autant plus délicat qu'il s'agit d'un équilibre social général ; pas seulement l'arbitrage de tel dossier économique ou familial ou culturel complexe, mais un macro-arbitrage inter-jeux – une régulation sociale d'ensemble. Habermas parle à juste titre de finalité de coordination générale ; mieux : de traduction généralisée, comme celle qu'opère la langue usuelle à l'égard de tous les sous-langages techniques ou privés. J'ajoute encore que cet arbitrage ne doit pas être compris (même s'il peut y retomber factuellement à tout moment) comme une médiocre voie moyenne ou une compromission entre intérêts en conflit. Dans sa visée normative à tout le moins, le droit tend

ici à la construction de quelque chose comme un intérêt général, un bien commun. Rousseau dirait : une volonté générale qui est plus et autre chose que la volonté de tous ; Kant parlerait de recherche du critère universalisable, Habermas de discussion autour de l'argument le meilleur. À mes yeux, il s'agit du tiers comme propriété émergente – quelque chose de contrefactuel sans doute, d'improbable le plus souvent, mais qui s'inscrit néanmoins comme finalité intrinsèque de l'opération.

Par ailleurs, cet équilibre n'est pas seulement virtuel ou académique ; il a vocation à s'inscrire dans le réel, par mobilisation de la contrainte si besoin. On retrouve ici M. Weber et son analyse de l'État (et de son droit) comme monopole de la violence légitime. Pourquoi légitime ? Parce qu'au plan normatif qui est le nôtre ici, cette violence de la contrainte juridique est elle-même encadrée par le droit et que les autorités y sont soumises comme les autres sujets de droit. Telle est la définition de l'*État de droit*, seul de nature à rendre acceptable cette contrainte juridique, et seul de nature à garantir la confiance sans laquelle le lien social ne tient pas (encore une propriété émergente, aussi essentielle qu'insaisissable, d'un ordre juridique poursuivant justice et démocratie). Finalement cet équilibre est aussi susceptible d'être toujours rediscuté, remis en cause et en question, – dans les formes légales et procédurales, cependant. Carbonnier parlait à cet égard du droit comme d'une institution de la contestation organisée ; institution du doute réglé. Comme si le conflit (y compris le conflit interne entre normes et autorités) faisait partie de son mode de production ordinaire ; que l'on songe aux controverses doctrinales, aux revirements de jurisprudence, aux abrogations de lois, amendements des traités, révisions des contrats. Que l'on songe encore aux mille techniques dont dispose le droit pour s'auto-limiter, se nuancer, se neutraliser, faire place au principe fondamental qui le traverse : *audiatur et altera pars*.

Finalement, à quoi sert le droit ? S'il fallait résumer en cinq mots un livre de 578 pages, je répondrais : « à compter jusqu'à trois ». La plus-value du droit par rapport aux relations sociales, la propriété émergente qu'il suscite dans les meilleurs des cas, c'est d'inscrire ces relations sur ce que j'appelle la « scène tierce » de la loi commune et du juge au-dessus des parties, garantissant ainsi une amorce d'égalisation de traitement. ■