

Droit-marchandise, droit-bien commun.

Quel rôle pour le droit ?

François OST

Université Saint-Louis Bruxelles

Introduction.

L'exercice des conclusions est un art délicat : il s'agit de rendre justice aux différentes contributions tout en les insérant dans une perspective cohérente qui, si possible, relance et prolonge le débat. Je me propose, en ces quelques pages, de repenser les deux pôles du colloque (le « droit-marchandise », et le « droit-bien commun ») en les présentant sous la forme de « types idéaux », entre lesquels se développent confrontations et hybridations. Je commencerai néanmoins par une brève présentation du modèle « standard » du droit tel qu'il devrait être dans un Etat de droit.

Mon angle d'attaque sera une réflexion sur le rôle spécifique du droit, la plus-value qu'il peut apporter à la vie sociale, autant celle du marché que celle des luttes citoyennes. Contrairement à L. Israël qui conclut son petit ouvrage consacré à l'activisme judiciaire¹ par une curieuse mise en garde à l'égard du « risque de transformer l'appui du droit à une cause en contribution à l'édification de la cause du droit » - comme si la cause du droit était suspecte, je voudrais précisément valoriser cette cause du droit (et aussi celle du juge) dans un monde instable, menacé tant par le « tout au marché » que par toutes sortes de tentations politiques identitaires de repli sur soi.

I. Les différents exposés de la journée se sont souvent référés, le plus souvent « en creux » et implicitement, à un modèle juridique classique, idéal – disons le modèle de l'Etat de droit - dont les modèles du « droit-marchandise » et du « droit bien-commun » différencieraient dans une mesure plus ou moins importante. Il n'est donc pas inutile de commencer par broser, à gros traits, les traits de ce modèle standard. Celui-ci revêt bien entendu une forte dimension idéale, inhérente à sa nature normative elle-même. On dira plus loin l'écart inévitable qui

¹ L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de SciencesPo, 2009.

se creuse entre cette image idéale et la réalité. Mais ces écarts, aussi réels qu'inévitables, ne devraient pas être une raison de renoncer à rappeler ces traits, sous peine d'amputer le droit de sa dimension normative spécifique et ainsi de se condamner à ne rien comprendre à l'action qu'il exerce, ou n'exerce pas, sur le social.

C'est l'exercice auquel je me suis livré dans mon ouvrage *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, paru en 2016². Je me suis efforcé de répondre à cette question par une formule qui n'a que l'apparence d'une boutade : *à quoi sert le droit ? à compter jusqu'à trois !* Je tiens en effet que la finalité essentielle du droit, la plus-value qu'il apporte au lien social, consiste à « trianguler » ce lien , autrement dit l'élever à la puissance tierce, en le référant à une instance supérieure, le IL, prenant par exemple la figure du juge, lui-même référé à une loi dont il n'est pas l'auteur. « Il y a droit, écrit A. Kojève, lorsqu'intervient un point de vue tiers dans les affaires humaines »³. Et le politologue J. Freund de renchérir: « la stabilité d'une société et la concorde qui y règne sont conditionnées par ce que j'appelle la reconnaissance du tiers ; à l'inverse, le refus du tiers fait surgir une situation caractérisée par une relation duale qui est fondamentalement polémogène, c'est-à-dire source de conflits »⁴.

Cette émergence du droit entraîne comme un dédoublement des relations sociales primaires (économiques, politiques, domestiques, religieuses, ...) qui, désormais, s'inscrivent sur une scène tierce où se fait valoir le IL de la loi dont on n'est pas l'auteur (ou, plus exactement, si, en démocratie on en est le rédacteur, du moins n'est-on jamais maître de la *fonction loi*). De cette loi, le juge, lui-même tiers à l'égard des parties, est le relais et l'interprète créatif, sans en être non plus l'auteur et le dépositaire, de sorte qu'à son égard aussi elle est tierce. Placé en situation d'impartialité, ce tiers est posé en source du droit, garant des droits et engagements, truchement de l'intérêt général et du bien commun.

² Bruxelles, Bruylant.

³ A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.

⁴ J. FREUND, « Préface à la réédition de 1978 », in *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1978, p. X.

Une double logique est à l'œuvre ici : la première est celle, horizontale, de la relation primaire, économique par exemple (telle ou telle transaction sur un marché), marquée par ses rapports de force privés et ses équilibres factuels précaires ; la seconde, verticale, caractérise l'inscription de cette transaction dans l'orbite du droit, avec ses critères et ses arbitrages publics. Ces deux dimensions sont présentes, peu ou prou, dans tout rapport de droit ; toute actualisation de l'une se traduit cependant par une potentialisation de l'autre. On peut faire l'hypothèse que le modèle du « droit-marché » privilégie la dimension privée et horizontale, tandis que le modèle du « droit-bien commun », actualisant le pôle public, potentialise (relègue) la dimension horizontale dans la même proportion, sans que jamais cependant la tension entre les deux dimensions ne disparaisse complètement .

Le propre du modèle standard est, quant à lui, de maintenir cette tension à son plus haut niveau, en vue de garantir les conditions d'un équilibre le plus satisfaisant possible. De cette loi on dira encore qu'attend qu'elle établisse les *équivalences générales*, ou principes de justice, réalisant les arbitrages ou compromis les plus équilibrés entre les valeurs et intérêts qui s'affrontent dans le corps social. A ce titre, le droit opère comme une sorte de « langue commune » en laquelle il doit être possible de traduire les langages spécialisés propres à chaque sous-système social. J. Habermas, qui fait cette comparaison, note à cet égard les propriétés remarquables des langages courants : « le langage ordinaire est polyglotte, il n'est pas lié à un seul code et n'a pas à payer le prix de la spécialisation qui est d'être sourd à l'égard des problèmes formulés dans une autre langue »⁵.

Se tenant ainsi, en principe et dans le meilleur des cas, à l'intersection et légèrement au-dessus des intérêts en conflit, ce droit est mieux armé pour résister aux pressions de l'extérieur cherchant à l'instrumentaliser. Lorsque cette alchimie opère et que la fiction de sa relative transcendance reste opératoire, ce modèle peut alors être caractérisé d'*Etat de droit*, ou de *régime de droit : rule of law*,

⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, traduit par R. Rochlitz et Chr. Bouchindomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 69-70.

autonome et transcendant, et pas seulement *rule by law*, gouvernance dont le droit est l'instrument ⁶. Le propos peut paraître bien métaphysique, et pourtant de nombreux mécanismes juridiques ne s'expliquent que par cette manière de « saut par-dessus ses propres épaules » (plus loin je parlerai d'« auto-transcendance ») : ainsi l'« intérêt supérieur de la justice » que vise à protéger la Cour européenne de Luxembourg (communication de J.-E. Barthelemy).

Plusieurs traits accompagnent cette structure triangulaire de base. Tout d'abord l'instauration d'un écart, résultant du dédoublement de la relation sociale, sa reformulation juridique supposant l'inscription sur une scène autre, distinguée notamment par un langage propre, des délais et des lieux spécifiques. Une certaine sacralité y est associée (aujourd'hui mise à mal, explique A. Bailleux), de même que toutes sortes de mécanismes de représentation destinés précisément à combler l'écart et assurer la traduction d'un plan à l'autre (J.-E. Barthelemy décrit à cet égard la déontologie de l'avocat désireux de mériter la confiance du justiciable). L'univers juridique classique multiplie les écarts de ce genre : ainsi, par exemple, la séparation de la société civile et de l'Etat, la séparation des pouvoirs, ou encore la distinction entre les fonctions de contrôle et de pouvoir...

Un autre trait essentiel du modèle est de se traduire par des lois *générales et abstraites*. Cela peut paraître évident et banal, mais on verra que cette qualité est bien souvent contournée aujourd'hui, dans l'ignorance (?) de la garantie qu'elle représente. Car, on l'aura compris, cette généralité et cette abstraction sont précisément de nature à garantir l'égalité devant la loi et les charges publiques.

Finalement je retiens, parmi beaucoup d'autres, ce dernier trait du modèle standard : il présuppose et s'adresse à des *sujets de droit* conçus comme des être libres, volontaires et responsables. La personnalité juridique dont ils sont revêtus leur assure une égale dignité accompagnée d'un bagage de droits inconditionnels. Cette construction, on le verra, se démarque radicalement des modèles pénaux sécuritaires dont parle Yves Cartuyvels – des modèles

⁶ Sur cette distinction, cf. A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 16.

ramenant l'individu à un « profil » basé sur des traces comportementales privées de sens et d'intention.

Bien entendu, un tel modèle ne surgit pas en vase clos, pas plus qu'il ne se développe (ou régresse) dans un *vacuum* social. Aussi se pose la question centrale : quels sont, dans le monde d'aujourd'hui, la place et le rôle d'un tel modèle de *rule of law* par rapport aux autres grands sous-systèmes sociaux, économiques, politiques, moraux, religieux ? Force est de reconnaître que la pensée contemporaine ne facilite pas la réponse à cette question, dès lors que, éclairant, avec une grande efficacité, la pluralité de ces instances et soulignant avec force leur large autonomie, elles ne font guère de place à quelque chose comme un arbitrage juridique d'ensemble. Ainsi en va-t-il, par exemple, des « sphères de justice » décrites par M. Walzer⁷, ou encore des « cités » dépeintes par L. Boltanski et L. Thévenot⁸. Sous leur plume (on aurait pu citer également N. Luhmann et, dans une moindre mesure, G. Teubner), chacun de ces sous-domaines est régi par des principes de justice, ou des règles d'équivalence qui leur sont propres, l'injustice menaçant dès qu'un sous-système est colonisé par un autre, le tout sur fond d'impuissance quasi-totale du droit⁹.

Mon hypothèse, en revanche, est que, dans le cours de l'histoire, cette étanchéité des sphères n'a jamais vraiment existé ; qu'il suffise de se reporter à l'ancien régime où la religion exerçait une forme de domination vassalisant chacune des autres sphères, alors qu'aujourd'hui, c'est l'économie, on le verra, qui est placée en position centrale du système. Quant à l'ordre juridique, je tiens qu'il n'est pas une sphère de justice ou une cité parmi d'autres, mais qu'il occupe plutôt la place d'un méta-niveau, exerçant le rôle d'arbitrage à leurs

⁷ M. WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit par S. Engel, Paris, Seuil, 1997, p. 443.

⁸ L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

⁹ Je présente en détail ces ouvrages et propose une discussion critique de leur thèse dans mon ouvrage *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, p. 381-392.

frontières et proposant les compromis nécessaires à leur interaction¹⁰. C'est précisément ce que signifie la position tierce, qu'il occupe, l'impartialité attendue de ses interventions. Il reste que cette position est fragile, sans cesse menacée et à reconquérir.

II. Bien entendu, en effet, ce tiers n'est pas donné a priori (il ne tombe pas, déjà constitué, d'un quelconque Sinaï), pas plus qu'il ne demeure, stable et inaltéré, au-dessus de la vie sociale et à l'abri de ses vicissitudes. Même s'il est placé en position de transcendance et ne peut fonctionner que s'il entretient cette illusion nécessaire, Il est le produit permanent de la lutte pour le droit. Mieux encore : cette conflictualité ne lui est pas seulement extérieure ; elle s'inscrit en son sein, caractérisant sa logique propre, agonale et dialectique. Pour le dire autrement : en droit, légalité et légitimité ne coïncident pas nécessairement, et la tension entre elles est même le principe de son mouvement permanent.

La difficulté ici est à la fois de se représenter l'instance tierce comme impartiale et transcendante, mais en même temps comme le produit de nos valeurs et de nos luttes. La seule manière de concilier ces deux exigences est dès lors de concevoir l'instance juridique du Tiers et ses institutions comme une forme d'*auto-transcendance* ; paradoxalement : une instance supérieure qui pourtant est notre propre production. Une autre façon encore de viser cette réalité paradoxale est de comprendre que si la *fonction* tierce du droit, sa nécessité et sa nature, nous échappent (et représentent en cela une réelle dimension d'hétéronomie), en revanche le *contenu* qu'il revêt, la forme qu'il prend, ici et maintenant, sont le produit de nos élaborations culturelles variables et de nos luttes permanentes.

¹⁰ C'est ce que finira par noter L. Boltanski, dans un ouvrage ultérieur (L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p.500) : « Le droit, lieu même du compromis parce que n'étant inscrit dans aucune cité particulière, mais conservant la trace des différentes définitions légitimes du bien commun, est amené sans cesse à travailler, c'est-à-dire à réduire les tensions entre les exigences hétérogènes qui composent sa trame ».

III. Du point de vue de la lutte pour le droit, il n'y a pas de différence significative entre le *lobbying* du marché et celui de la société civile. Le colloque a décrit de part et d'autre un même activisme judiciaire (*cause lawyering*, transformation d'une affaire particulière en cause significative, d'intérêt général), un même *lobbying* législatif. On notera cependant que des nuances significatives sont néanmoins apparues entre *lobbying* économique et *advocacy* citoyen, le premier étant de préférence discret et visant des intérêts sectoriels ou corporatistes, alors que le second en appelle à un large soutien populaire et se réclame de l'intérêt général. Par ailleurs, et la précision est importante, le rapport de forces n'est pas égalitaire entre les uns et les autres ; on a parlé, à propos du rapport *lobbying/advocacy* s'exerçant à Bruxelles auprès des responsables de la Commission européenne, d'une proportion de un à trente. (Cf. à cet égard la contribution de Julie Ringelheim et Véronique van der Plancke).

Il reste que, en dépit de ces différences, c'est, de part et d'autre, la « lutte pour le droit » qui s'observe – celle dont parlait Ihering en 1872 : « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre »¹¹. Ces luttes représentent des formes d'« usages » du droit conformes aux finalités stratégiques des différentes catégories de sujets de droit¹².

Du reste, le colloque a permis de mettre en lumière bien des points communs entre ces combats ; qu'il suffise d'évoquer leur inscription fréquente sur une scène transnationale, la mobilisation des réseaux sociaux, ou encore le recours privilégié au juge.

Dans ces conditions, où réside la différence entre le « droit-marchandise » et le « droit-bien commun » ? Pour y répondre, je me propose de procéder à la construction de « types idéaux » au sens que Max Weber donnait à cet outil méthodologique. Compris comme instrument heuristique (ni normatif, ni vraiment réaliste), le « type idéal » est un tableau de pensée réunissant les traits conceptuels paraissant les plus significatifs de la réalité culturelle étudiée, qui

¹¹ R. von IHERING, *La lutte pour le droit*, 1872.

¹² F. OST, *A quoi sert le droit ?*, op.cit., Première Partie : Usages, pp. 17 et s.

servira ensuite de point de comparaison pour l'analyse des phénomènes qui s'offrent à l'analyse concrète¹³.

IV. Et d'abord le modèle du « droit-marchandise » ou la lutte pour la *privatisation du droit*. Ici, le JE de l'acteur économique tend à prendre la place du IL, le tiers public. A. Supiot parle à cet égard de « privatisation de l'Etat providence »¹⁴, tandis que G. Teubner décrit le droit globalisé comme « hétérarchique », c'est-à-dire dépourvu de centre et de sommet¹⁵.

- la logique sous-jacente à ce modèle est la privatisation et la libéralisation. Tendanciellement, il s'agit de s'affranchir toujours plus des règles imposées et même des engagements contractés (théorie dite de l'*efficient breach of contract*, en vertu de laquelle il est parfois efficient, et autorisé, de ne pas tenir sa parole), suspectés par principe de constituer des entraves à la liberté individuelle, représentée et désirée comme inconditionnelle. La relation bilatérale (centrée sur les initiatives du sujet) est ici fortement actualisée, au détriment de son encadrement vertical par la réglementation publique. Sans doute le bien public n'est-il pas ignoré, mais le credo libéral soutiendra que la somme des intérêts privés finit par générer, en vertu du miracle de l'auto-régulation, quelque chose comme l'intérêt commun – ou de façon plus directe encore, on soutiendra, comme dans la fable des abeilles de Mandeville (1714) que « les vices privés font la vertu publique »¹⁶.

- Le colloque a amplement documenté les illustrations concrètes, en droit positif, de cette logique. Ont notamment été étudiées : la privatisation de l'arbitrage (communication de C. Verbruggen), les pressions à la managérialisation du juge (communication de M. Cadelli qui commente la loi belge du 18 février 2014 relative à la

¹³ Cf. verbo “type idéal” in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. ARNAUD et alii, Paris, LGDJ, 1993, p. 628-629.

¹⁴ Cf. par exemple A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, *op.cit.*, p. 335 s : la privatisation de l'Etat providence.

¹⁵ G. TEUBNER, « Die Episteme des Rechts », in D. Grimm (éd.), *Wachsende Staatsaufgaben*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 27.

¹⁶ A SMITH, dans *La richesse des nations* se contentera de remplacer le mot « vice » par « amour de soi » (*self love*).

« gestion autonome » des juridictions, inspirée par les principes du *new management public*), les normes payantes (communication de A. Van Waeyenberge), ou encore les phénomènes de *law shopping*. A propos de ce choix de système juridique, B. Frydman a montré la radicalité du processus : les opérateurs économiques ne choisissent même pas un ordre juridique complet, mais « bricolent » des montages ou solutions juridiques *sui generis* (« produits finis » à caractère privé, en ce sens) à partir de la « matière juridique » fournie par les Etats, désormais dépossédés de la capacité de contrôler l'ensemble de l'opération (dans ses aspects fiscaux, sociaux et environnementaux, notamment). Il montre aussi combien cette mise en concurrence des systèmes juridiques sur le « marché du droit » entraîne, de façon très prévisible, un *dumping* des exigences juridiques, ou « course législative au moins disant » (ou encore, « dérégulation compétitive »)¹⁷, en vue d'attirer les investissements étrangers. L'ingénierie juridique qui procède à ces montages s'inspire notamment des Rapports *Doing business* publiés annuellement par la Banque mondiale en vue de faciliter les choix stratégiques des opérateurs ; ainsi, par exemple, selon le *Business reform simulator*, un système juridique qui réduit sa protection sociale gagne des points. Ici donc, le IL de la réglementation publique (à conjuguer au pluriel sur la scène mondiale) est non seulement librement choisi par les opérateurs sur un marché mondialisé du droit, mais il est aussi dépecé, recomposé et hybridé au mieux de leurs intérêts.

- La philosophie économique et sociale que traduit le modèle du « droit-marchandise » répond au phénomène que Karl Polanyi a désigné du nom de « grande transformation » : le fait que l'économie s'est comme affranchie de la régulation juridique, cessant d'être contrôlée au sein des frontières étatiques, et opérant désormais à un niveau mondial, tolérant seulement des zones de réglementation juridique locales dont elle réussit le plus souvent à s'émanciper,

¹⁷ CF. aussi A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, op.cit., p. 71.

jouant même sur leurs limites et leurs contradictions¹⁸. Dans ces conditions, après la terre, les ressources naturelles, le travail, l'art et la monnaie, le droit lui-même devient marchandise. Comme l'écrit Alain Supiot: « sur le marché total, le droit est considéré comme un produit de compétition à l'échelle du monde, où s'opérerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le droit, c'est le droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence. Ce darwinisme normatif avait déjà été théorisé par Hayek »¹⁹.

- Au plan épistémologique, celui des représentations cognitives du monde sous-jacentes, ce modèle repose sur une idéologie, le scientisme, qui fait passer le fonctionnement des règles du marché pour un « fait de nature » (l'ordre spontané du marché, dit Hayek) relevant de lois scientifiques que décrit l'économie politique et qui, sur le plan normatif, relève d'une gouvernance par les nombres²⁰. La contribution de Y. Cartuyvels a illustré ce fantasme scientiste en matière de politique répressive (le volet pénal de la politique libérale de marché) depuis le XIXe siècle jusqu'à nos jours où il prend la forme du *risk assessment* proposant aux juges des grilles d'aide à la décision, censées fournir, sur la base de divers indicateurs, une anticipation fiable de la dangerosité des individus, mineurs en difficultés ou candidats à la libération conditionnelle, par exemple. On aura beau soutenir qu'il ne s'agit que de probabilités et d'aides à la décision, on devine qu'il sera bien difficile aux magistrats de s'écarter de ces prédictions algorithmiques, alors qu'eux-mêmes seront évalués sur la base d'une logique de la performance et du chiffre. L'objectif utilitariste d'efficacité, ici appuyé sur une approche behavioriste censée neutre, risque bien d'avoir pour effet de refouler une approche herméneutique de l'humain et une pratique de la justice au cas par cas, comme il se doit.

¹⁸ K. POLANYI, *La grande transformation*, traduit par C. Angeno et M. Malamoud, , Paris, Gallimard, 1983

¹⁹ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie*, *op.cit.*, p. 64.

²⁰ A. SUPLOT, *Ibidem*, p.77.

La contribution de A. Waeyenberge livre une autre illustration de cette approche scientiste de la normativité, cette fois au plan de la production de normes techniques à vocation générale, dont le nombre et le champ d'application s'étendent de façon exponentielle, gagnant tous les secteurs de la vie sociale, y compris celui des services et du non-marchand. Ici encore, c'est l'idée même de conflit entre intérêts et valeurs opposés qui est évacuée sous couvert d'objectivité scientifique et d'efficacité consensuelle.

- Au plan de la philosophie du droit sous-jacente au modèle du droit - marchandise, c'est sans conteste la pensée de F. Hayek, prix Nobel d'économie mais par ailleurs théoricien du droit, qu'il faut rappeler. Par sa radicalité, Hayek représente sans doute l'auteur le plus farouchement opposé à tout espèce de finalisation du droit, c'est-à-dire sa mobilisation au service d'un objectif « tiers » produit d'une délibération politique. Pour lui, le droit se dénature dès qu'il se met au service d'une quelconque finalité délibérée - comme si toute finalisation était nécessairement une instrumentalisation ²¹. Seul est vraiment légitime à ses yeux un droit d'origine coutumière constitué de règles non finalisées exprimant des usages diffus et non intentionnels, et ce, par opposition aux législations imposées par des législateurs particuliers poursuivant des objectifs politiques, suspects à la fois de partialité et de méconnaissance de la réalité. Seul cet ordre juridique spontané garantit, selon lui, le développement de la « grande société » (A.Smith) ou « société ouverte » (K.Popper) qu'il convient de défendre contre les projets transformistes de majorités parlementaires qui auront tôt fait de dénaturer cette société libre en « système totalitaire mis au service de quelque coalition d'intérêts organisés » ²².

Hayek en appelle ainsi de ses vœux un droit minimal, un droit horizontal, simple reflet de la relation sociale de base entre A et B. Un droit tissé de coutumes et d'usages, ponctué de contrats bilatéraux négociés au mieux des intérêts des parties. Un droit dont le rappel est

²¹ F.A.HAYEK, *Droit, législation, liberté*, traduit par R.Audouin, Paris, PUF, 1980.

²² *Ibidem*, p.3.

confié au juge plutôt qu'au législateur : le juge civil, en l'occurrence, qui, respectant l' « autonomie de la volonté » des parties, garantira l'exécution des contrats, et un juge pénal, sévère, qui sanctionnera les marginaux et les délinquants qui ne se prêtent pas au jeu « spontané » du marché.

Ainsi se concrétise l'idée que le marché est un modèle d'autant plus désirable et parfait qu'il est autorégulé, à la manière d'un ordre spontané ou d'un organisme biologique. Ici, la boucle auto-référentielle du marché autorégulé est censé tenir lieu de tiers transcendant.

- Quant à la philosophie de la justice qui inspire le modèle du « droit marchandise », elle est, très logiquement, celle de la justice commutative, uniquement préoccupée de l'équilibre des échanges synallagmatiques, et très peu soucieuse de justice redistributive. Elle est donc, pour l'essentiel, confiée à la sagesse du juge, la responsabilité du législateur se bornant à assurer le bon déroulement du jeu du marché.

- De nombreuses règles de droit positif favorisent ce régime de droit minimal s'effaçant devant les mécanismes de marché. Qu'il suffise d'évoquer les principes de base du droit de l'Union Economique européenne, et notamment les quatre libertés fondamentales de circulation, à l'égard desquelles les législations nationales sont toujours frappées de soupçon de protectionnisme et sommées de se justifier²³. On pourrait évoquer encore les programmes d'ajustement structurels que le Fonds monétaire international et la Banque mondiale imposent aux pays endettés du Tiers-Monde. Ou encore Les « critères de convergence » imposés aux économies nationales au regard de l'orthodoxie budgétaire européenne - avec les politiques d'austérité qui en sont la conséquence.

-Le passage à la limite du système est intéressant à étudier, dans la mesure où il pousse à bout la logique tendancielle qui l'anime. Il s'agit,

²³ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie*, op.cit., p. 66.

en l'occurrence, de la tentation des pratiques corruptives. La corruption, comme on sait, cherche l'obtention d'un passe-droit ou d'un privi-lège (littéralement, loi privée) ; on se soustrait à la loi générale et abstraite en vue de bénéficier d'un traitement de faveur, en marge ou au détriment du collectif. On sait par exemple que certaines pratiques marginales du *lobbying* finissent, au moins à la marge, par s'apparenter à des pressions corruptives²⁴.

On dira donc, en conclusion, que, dans le modèle du « droit-marchandise », le droit ne disparaît pas, mais tend à être instrumentalisé et contaminé par une logique économique qui lui est externe. Plus précisément, c'est la logique monétaire qui occupe l'instance tierce, c'est la monnaie – « équivalent universel », comme le notait Marx, qui remplit les fonctions du IL, référence régulatrice. La monnaie représente l' « équivalent universel » le plus abstrait qui soit, et s'avère donc, à ce titre, la mieux adaptée à une circulation devenue mondiale, des biens et des services. Elle représente par ailleurs un signe symbolique très largement affranchi de contenus culturels substantiels, en terme de valeurs notamment, qui, aux yeux du marché, sont toujours considérés comme sources de malentendus, de retards et de conflits²⁵. Dans cette logique d'autorégulation monétaire (« main invisible » du marché), la dimension politique, agonale et délibérative de la vie sociale est très largement refoulée, les règles étant censées jaillir spontanément de la pratique, tandis que tout comportement ou théorie qui s'y opposerait frontalement sera rapporté à une déviance ou une infraction, et sanctionné à ce titre.

V. Le modèle du « droit-bien commun » ne vise pas, comme le précédent, la privatisation du droit, mais, à l'inverse, sa promotion. Il

²⁴ G. HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012 : « la carence actuelle de notre réglementation entretient les apparences d'une pratique corruptrice et n'est pas sans effets sur la confiance des citoyens envers les institutions » (4^e de couverture).

²⁵ En dépit de ce fait, on n'ignore pas cependant que l'argent n'opère pas seulement comme signe de valeur patrimoniale ; sa portée symbolique est bien plus grande, dès lors qu'il fonctionne aussi comme signe de prestige, d'estime de soi et de reconnaissance sociale.

s'agit de renforcer la position du Tiers, à la faveur notamment d'une réhabilitation de la règle de droit, générale et abstraite.

- Quel est ici l'équivalent général, l'instance tierce qui fixe les équivalences, qui détermine les mesures? Je dirais qu'il s'agit de l'échange des idées (le débat) sur l'agora, l'espace public de discussion dont parle H. Arendt. Une instance « politique » donc, extérieure au droit, mais qui, contrairement au marché et à la monnaie, ne tente pas d'en réduire l'empire, mais, cherche au contraire à le renforcer, se coulant même désormais dans ses formes, comme cela s'observe dans l'Etat de droit. Ici, c'est la société civile (le collectif) qui est à la manœuvre, et qui en appelle à plus d'institution, plus de pouvoir public, et donc généralement plus de réglementation (cf. le titre de la communication de Briec Wathelet). C'est une lutte pour plus de droit et plus de tiers qui se livre.

Le modèle dominant, ici, est le politique plutôt que l'économique, l'agora plutôt que le marché: ce qui est *actualisé* (au sens de « mis en acte ») est la construction de la scène tierce par le débat politique concernant les normes publiques, comme c'était le cas du droit grec, droit public et politique plus que technique et privé, discuté sur l'agora²⁶. Corrélativement, est *potentialisée* (ramenée au second plan) la dimension d'autonomie caractérisant les relations sociales primaires, la légitimité de celles-ci dépendant désormais des normes collectives discutées sur la scène tierce. Tendanciellement, ce modèle vise à réduire au minimum la part spontanée de la vie sociale au profit d'une réglementation réflexive, délibérative et volontariste – politique, en un mot. Mais cela ne signifie pas nécessairement que le droit qui résulte de cette délibération prenne la forme classique du droit étatique et contraignant ; il peut tout aussi bien adopter des formes collectives inédites, comme cela s'observe notamment dans la redécouverte contemporaine des pratiques de *commoning*

²⁶ A l'opposé du droit romain, droit technique et rendu autonome par une caste de spécialistes, les juristes ; telle est du moins la thèse de A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, traduit par G. et F. Bouffartigue, Paris, Belin, 2008.

(contribution de S. Gutwirth). Dans ce cas, l'autonomie devient collective.

Les pratiques d'*advocacy* (communication de J. Ringelheim et V. van der Plancke) , d'activisme judiciaire (intervention d'A. Berthier), ou encore l'émergence des mouvements municipalistes inspirés par la démocratie directe (communication de S. van Outryve) s'inscrivent exactement dans cette logique.

.
- L'épistémologie ou modèle cognitif sous-jacent à ce modèle peut-être résumée par une thèse revenue plus d'une fois lors des discussions du colloque : « tout n'est pas calculable ». Autrement dit, appel est fait ici à la raison pratique, délibérative, argumentative, à une raison herméneutique, dont nous savons, depuis Aristote, qu'elle est mieux adaptée au caractère variable et incertain des affaires humaines. Il ne s'agit pas pour autant d'un renvoi à l'irrationnel, à l'idéologie, à l'émotion ou au relativisme subjectif. La raison pratique, que les grecs appelaient *phronèsis* et les romains *prudentia* (d'où vient « jurisprudence », la prudence des juristes) est cette forme de raison qui cherche la solution pratique la mieux adaptée à la contingence du cas. Elle ne renonce ni à la justification, ni à la recherche de critères généralisables, mais sait combien il est illusoire et réducteur de résoudre les enjeux normatifs de l'action à l'aide de règles générales et a priori qu'il suffirait d'appliquer mécaniquement à la situation. A l'opposé de cette logique syllogistique (« jugement déterminant », dans la terminologie de Kant), il s'agit plutôt de faire droit à la contingence des situations, tout en s'efforçant de les traiter selon des critères généralisables à réinterpréter, ou parfois même à (re)découvrir (« jugement réfléchissant »). A défaut d'une « objectivité » logique et calculable, peu de mise ici, un tel raisonnement, loin de verser dans la subjectivité, s'inscrit dans l'inter-subjectivité contrôlée du débat public et de la pratique réglée de l'argumentation, dont Habermas, notamment, rappelle les principes

fondamentaux dans le cadre de son « éthique communicationnelle » (publicité, contradictoire, accès de tous à la discussion ...).

- La conception de la justice qui est ici privilégiée est celle de la justice redistributive dans ses différents aspects : justice sociale, environnementale, intergénérationnelle ... Plus complexe que la justice commutative, qui se règle seulement sur l'égalité arithmétique et la compensation des charges et des gains, la justice redistributive intègre les dimensions des besoins et des mérites et se règle sur des proportions variables. Aussi fait-elle l'objet de débats virtuellement infinis et relève, en définitive, de choix politiques discutés dans l'espace public. Plus politique donc que la simple justice commutative qui relève pour l'essentiel du juge, elle passe le plus souvent par des arbitrages législatifs.

- Ici encore, il est intéressant de pointer le passage à la limite de ce modèle. Cette fois, je fais l'hypothèse que ce point-limite, révélateur de la nature même du modèle étudié, est représenté par la désobéissance civile. Il s'agit d'une figure, assurément paradoxale, de désobéissance à la loi justifiée au nom du Droit (droit naturel hier, principes supra-constitutionnels aujourd'hui). Ainsi se réclame-t-on encore du Droit (un droit supérieur) pour dénoncer et s'opposer à une loi ou une pratique qui n'y répondrait pas. Ce faisant, on pose un geste politique fort, destiné à faire scandale et remuer l'opinion publique, au risque de sa propre liberté ou sécurité, en vue d'obtenir la transformation de la norme jugée inacceptable. Toute l'opération se déroule dans l'espace politique de la publicité, à la différence de la délinquance ordinaire qui ne prospère qu'à la faveur de la clandestinité - à la différence aussi de certaines pratiques de *lobbying* à la limite de la corruption (la contribution de S. van Outryve évoque, sous le nom de « désobéissance politique » des formes d'exercice du pouvoir local non conformes à la Constitution). La désobéissance civile, évoquée par des figures comme celles de Martin Luther King ou de l'abbé Pierre hier, de Greenpeace et des faucheurs d'OGM

aujourd'hui, porte à son point maximal la tension permanente qui noue la légalité à la légitimité. En opposant la légitimité (plutôt politique et éthique) à la légalité (plutôt juridique), le désobéissant civil rappelle que le droit n'est pas un cadre normatif externe et figé, mais le produit mouvant des aspirations et des luttes.

On frôle cette situation de rébellion juridique dans les tentations de jurisprudence prétorienne *contra legem* qui gagnent parfois les juges. Dans des situations pareilles, on sait que l'invocation des droits fondamentaux (individuels ou collectifs, de la première, deuxième ou troisième génération) sert souvent, aux plaideurs et aux juges, de « cheval de Troie » en vue de la transformation du droit en vigueur, par la reconnaissance de nouveaux droits ou de nouveaux ayant-droits, à la lisière du droit positif et du droit « meilleur » souhaité. M. Messiaen évoque cette question dans sa contribution, à propos de la résistance des Conseils de Prudhomme à l'égard de l'ordonnance française de 2017 qui entend désormais limiter les barèmes d'indemnité de licenciement, suscitant ainsi une partie de bras de fer avec l'exécutif.

Pour les avocats, la question du choix politique entre légalité et légitimité prend, dans les cas les plus extrêmes, la forme du choix entre « défense de connivence » et « défense de rupture », dans les situations-limites où la légitimité globale de l'ordre juridique est en jeu et où le simple fait de mobiliser les lois et les procédures de ce régime aurait pour effet paradoxal et indésirable de contribuer à légitimer ce régime. Un tel « conformisme » pourrait être aussi interprété comme une façon de relativiser la gravité du « différend » qui caractérise la situation de leurs clients (« différend » au sens que lui donne J.-F. Lyotard : un conflit non encodable dans les termes de l'ordre juridique en vigueur)²⁷. En optant pour une « défense de rupture » (comme ce fut le cas, à l'époque de la guerre d'Algérie, pour les avocats français des militants du FLN plaidant devant les juridictions militaires françaises), les avocats renoncent à voir dans le

²⁷ J.-F. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Editions de minuit, 1983; cf. aussi L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, *op.cit*, p. 99.

prétoire une enceinte de justice, préférant l'utiliser comme une tribune politique – le politique retrouvant alors directement sa voix, sans passer par les médiations juridiques.

Bien entendu, ce modèle du « droit-bien commun » ne manque pas de susciter à son tour des questions critiques. On se contente d'en évoquer trois. On pourrait, tout d'abord, se demander de quoi est le signe le glissement, partout observable, du législatif vers le judiciaire, comme si le prétoire était devenu le réceptacle ultime de la plainte ? Malgré la sympathie que suscitent ces recours en justice et les décisions imaginatives qu'ils provoquent parfois, comme dans le contentieux climatique, ce glissement ne traduit-il pas une forme d'impuissance du politique – du moins le politique conçu traditionnellement comme débat parlementaire débouchant sur l'adoption d'une loi générale et abstraite, valable pour tous et pas seulement le plaignant ? A. Bailleux parlait à cet égard de « droit schizophrénique et d'Etat impuissant, exposant le différend, mais incapable de le résoudre ». A cela, on pourrait répondre que le politique prend précisément de nouvelles formes, s'exprimant par la voie de recours collectifs dans des « causes significatives » dont la portée dépasse de loin l'indemnisation du plaignant individuel²⁸. On pourrait faire valoir aussi que la pratique américaine d'attribution de dommages-intérêts colossaux (comme ceux qui frappent aujourd'hui la société Bayer, ex-Monsanto, pour les dommages causés par la vente du *Rondup*) exerce nécessairement un effet dissuasif à l'égard des sociétés condamnées, et peut donc, à ce titre, s'analyser comme une décision politique dont l'effectivité est peut-être supérieure à une interdiction légale qui, elle, comme c'est souvent le cas, serait peu sanctionnée.

Une autre question critique concerne les situations, déjà évoquées, dans lesquelles une décision novatrice suscite une réaction négative

²⁸ Cf. P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006 : l'auteur analyse la montée en puissance du juge, instaurant « un nouveau régime de la vie démocratique » ; quant aux jugements, ils constituent désormais « une forme d'action publique ».

dans le chef d'une majorité parlementaire conservatrice et de l'exécutif qui en émane, soucieux d'étouffer dans l'œuf cette jurisprudence naissante. M. Messiaen évoquait une pareille fronde à propos de la décision « fraternité » rendue par le Conseil constitutionnel français le 6 juillet 2018, parfois présenté comme « coup d'Etat constitutionnel », et suscitant même des menaces de révision de la Constitution en vue de réduire le pouvoir de magistrats jugés trop indépendants. Quelle que soit l'issue de telles controverses, au moins ont-elles le mérite de faire clairement apparaître le conflit – ici porté au sein même des institutions étatiques : guerre des juges, conflits d'interprétations -, et de témoigner ainsi d'une réalité qui ne devrait jamais être occultée : si le droit est relativement autonome, ses enjeux sont clairement politiques.

On pourrait encore relever, ce serait une troisième question critique, qu'à côté de ces recours collectifs à caractère disons sociaux, économiques et environnementaux, se multiplient aussi, (sous l'égide du modèle « droit bien commun » ?), de nombreuses requêtes en justice inspirées plutôt par ce qu'on pourrait qualifier de demandes identitaires de reconnaissance, qu'il s'agisse de personnes se réclamant d'une minorité religieuse en quête d'accommodements raisonnables, de groupes ethniques revendiquant une meilleure prise en compte de leurs statut de minorités et de leurs droits spécifiques, de personnes revendiquant des manières non majoritaires de vivre leur sexualité ou réclamant la reconnaissance de leur identité transgenre, ou encore de descendants de victimes d'un passé historique douloureux exigeant réparation ? Ces demandes traduisent toutes la non-homogénéité de la société (et donc des conceptions différenciées du « bien commun »), et certaines d'entre elles pourraient bien s'inscrire, comme l'affirme Alain Supiot, dans l'orbite anthropologique du marché, dès lors elles pourraient relever d'un « narcissisme identitaire », ou d'« un repli sur une condition sublimée de victime »²⁹. Quoi qu'on pense de cette interrogation, au moins a-

²⁹ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, op.cit., p. 101 s. et références aux critiques de Pierre Legendre (« être à soi-même le Tiers »). L'hypothèse de Supiot est que les gens, n'ayant plus la

t-elle également le mérite de problématiser la prise en compte de la notion de « commun », la renvoyant au conflit inévitable des interprétations, et donc, ici encore, à la fois au débat politique (engagé) et à l'arbitrage juridique (sous l'égide du Tiers).

Conclusions

Quelques considérations en guise de conclusions.

La plus-value du droit, sa propriété émergente par rapport aux rapports sociaux de base (les « cités, » les « sphères de justice »), est d'instaurer un arbitrage *tiers* ; mais ce rôle est fragile dès lors qu'il ne résulte que de constructions et luttes sociales. Dans le combat des sphères et des cités, le droit est aujourd'hui menacé d'instrumentalisation au service de l'équivalent monétaire, selon la logique de la main invisible du marché qui tend à réduire le droit au minimum. En régime théocratique, (dont certains Etats contemporains donnent un exemple), il est mis au service d'une classe cléricale qui, au nom de la transcendance absolue d'un Dieu sévère, ramène le droit au tranchant de l'épée répressive. Une troisième alternative se développe, avec l'émergence d'une société civile mobilisée : le droit se pratique alors comme pratique collective, comme débat permanent dans l'espace public, comme recherche d'une justice redistributive multiforme.

On peut faire l'hypothèse que, à certaines conditions (non respectées en régime marxiste), ce troisième modèle est celui qui garantit le mieux le droit dans ses fonctions tierces. Quelle conditions ? Des formes d'auto-limitation du politique lui-même au profit des règles du débat (par exemple la décision selon la règle de la majorité) ou encore le respect de la chose jugée (comportant l'acceptation du risque de jugements régressifs - Marc Galanter a bien

maîtrise de leur destin socio-économique, voyant se dérober leurs statuts et disparaître les solidarités de lutte, se rabattent sur d'autres formes d'identité, ici plus immatérielles et symboliques.

montré que les petits gagnent rarement contre les gros³⁰), ou encore l'acceptation d'une certaine logique d'écart et de représentation (ce qui n'est pas le cas, par exemple, du mouvement des gilets jaunes qui traduit une forme d'absolution du politique et une illusoire volonté d'immédiateté et de transparence).

Bien entendu, les deux modèles du « droit-marchandise » et du « droit-bien commun » que nous avons analysés ne sont que des « types idéaux » qui ne se rencontrent jamais comme tels dans la réalité, tant leurs traits significatifs ont été épurés ; la vie réelle nous donne plutôt à voir un enchevêtrement permanent et variable de leurs logiques respectives, non sans révéler des formes de dominance, bien réelles, d'un modèle sur l'autre, selon les époques et les régions.

Quoi qu'il en soit de ces observations, la question spécifique qui se pose au droit, est la spécificité, et, on peut l'espérer, la plus-value, la propriété émergente qu'apporte la régulation juridique à ces logiques sociales en conflit : logiques économiques, politique, symbolico-identitaire. Encore une fois, c'est, me semble-t-il, dans la fonction tierce qu'il est censé exercer (je dis « censé » pour bien montrer qu'il s'agit d'une exigence *normative*, et pas nécessairement d'un constat *factuel*) que l'on peut trouver le meilleur du droit. Cette fonction de « funambule » qu'évoquait M. Messiaen, ce rôle de « médiateur social » que rappelait A. Bailleux, citant Habermas, pour lequel le droit, traducteur de tous les sous-langages sociaux (i.e. médiateur des logiques respectives des différentes cités et sphères de justice) offre un langage commun à tous les citoyens et « empêche ainsi le tissu social de se déchirer ». C'est en ce sens que la meilleure façon de lutter pour une « cause significative », c'est aussi de lutter pour la cause du droit.

³⁰ M. GALANTER, "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change", in *Law & Society Review*, vol. 9, n°1, 1974, p. 95 s.

