

Chronique bibliographique

Cette chronique ainsi que les rubriques *Nouvelles du monde*, *Repères* et *Au fil des revues* peuvent être consultées sur notre site internet où elles sont mises à jour régulièrement :

www.reds.msh-paris.fr/

Pour les recevoir mensuellement, il est possible de s'inscrire sur la liste de diffusion :
www.reds.msh-paris.fr/francais/actualite.htm

Lu pour vous

- ▶ AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*
(par Francesco MAIANI)
- ▶ CARTUYVELS Yves, CHAMPETIER Brice et WYVEKENS Anne (avec la collaboration de Michel VAN DE KERCHOVE), *Soigner ou punir ? Un regard critique sur la défense sociale en Belgique*
(par Emmanuelle BERNHEIM)
- ▶ DEFFAINS Bruno et FERÉY Samuel, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*
(par Lionel ZEVOUNOU)
- ▶ ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*
(par Delphine MISONNE)
- ▶ FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*
(par Catherine VOURC'H)
- ▶ GOLDER Ben et FITZPATRICK Peter, *Foucault's Law*
(par Tom FROST)
- ▶ GUASTINI Riccardo, *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit de l'italien et présenté par Véronique Champeil-Desplats
(par Éric MILLARD)
- ▶ KENNEDY Duncan, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*
(par Lionel ZEVOUNOU)
- ▶ LEROUX Nicolas, *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales*
(par Sabrina FERSTLER)
- ▶ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*
(par Tatiana GRÜNDLER)
- ▶ NEERGAARD Ulla, NIELSEN Ruth et ROSEBERRY Lynn (eds.), *European Legal Method. Paradoxes and Revitalization*
(par Lionel ZEVOUNOU)
- ▶ PÉDROT Philippe, *Les seuils de la vie. Biomédecine et droit du vivant*
(par Muriel FABRE-MAGNAN)
- ▶ QUIROZ VITALE Marco A. (ed.), *Il difensore civico e la burocrazia. Diritto, discrezionalità e controllo / The Ombudsman and Bureaucracy. Law, Discretion and Control*
(par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS)
- ▶ ROBITAILLE David, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*
(par Adélaïde REMICHE)
- ▶ SAPIRO Gisèle, *La responsabilité de l'écrivain. Littérature, droit et morale en France (XIX^e-XX^e siècle)*
(par François OST)

Reçu au bureau de la rédaction

Lu pour vous

- **AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État***, Paris : LGDJ Lextenso éditions, coll. « Systèmes. Droit », 2^e éd., 2010, 264 p.

Compte rendu par Francesco MAIANI (Institut de hautes études en administration publique, Lausanne).

Quelque 260 pages pour aborder un sujet démesuré. *La globalisation, le droit et l'État*, dont on commente ici la deuxième édition revue et augmentée, est le fruit d'une entreprise intellectuelle hardie et nécessaire : livrer une réflexion d'ensemble – originale, accessible, ramassée – sur les transformations induites par la globalisation dans le droit, et en même temps introduire le lecteur aux multiples débats que ces transformations suscitent. Brillante réussite, le texte occupe une place qui lui est bien propre dans une littérature foisonnante.

Le livre n'est ni une sorte de précis sur le sujet « droit et globalisation » – la matière ne s'y prête en tout cas pas, tant elle est mouvante – ni une contribution spécialisée parmi d'autres sur le thème « globalisation et ... » (théorie juridique, constitutionnalisme, droit international, droit des affaires, etc.). Il se laisse encore moins ranger au nombre des pamphlets pro- ou anti-globalisation. La démarche de l'auteur est à la fois plus ambitieuse et plus modeste. Elle vise à produire un essai ramassé sur les mouvements et tendances engendrés dans la sphère du droit par le phénomène de la globalisation. L'ouvrage se veut, aussi, une clé de lecture raisonnée aux débats et aux thèmes qui animent les littératures existant en la matière. On y cherchera en vain des prises de position tranchées sur les bienfaits ou sur les méfaits de la globalisation. La démarche est strictement analytique et ses ambitions « ne vont pas au-delà d'une description de l'état actuel d'un processus qui est loin d'être achevé » (p. 12 et 14). S'il y a une thèse qui anime le texte, c'est bien que la globalisation est un puissant facteur de transformation du droit, qu'elle réclame, dans les propres mots de l'auteur, un abandon progressif de notre « vision [de géométrie plane] de l'univers juridique » (p. 13) et l'acquisition de nouvelles perspectives et de nouveaux outils conceptuels.

L'approche méthodologique choisie par l'auteur est en pleine adéquation avec les finalités de l'ouvrage. La perspective disciplinaire est juridique. L'auteur se réclame toutefois d'une approche qu'il qualifie de « positivisme critique », ouverte en particulier à une conception large de ce qui est droit. Il s'agit là d'une posture indispensable pour un traitement fructueux de la matière : la globalisation du droit s'alimente (aussi) de pratiques informelles, de rapports d'influence, etc. qu'on ne saurait détecter avec les lunettes d'un positivisme étriqué. Par ailleurs, si la discussion est ju-

ridique, elle s'appuie sur des connaissances multidisciplinaires approfondies et fait une large place aux idées et hypothèses formulées par des auteurs tels que Ulrich Beck, Saskia Sassen et Jon Aart Scholte. Il s'agit, là aussi, d'une caractéristique heureuse du livre : la globalisation n'est pas un phénomène spécifiquement, ni même principalement, juridique. Détecter ses réalités et les mouvements qu'elle engendre, ne serait-ce que pour en saisir les manifestations juridiques, suppose la mobilisation d'autres savoirs.

La matière est organisée en sept chapitres, selon une structure discursive qu'on qualifiera de cyclique. L'exposé repose en effet sur des *leitmotifs* – thèmes, thèses, exemples – que l'auteur esquisse et approfondit progressivement. S'il présente ici et là l'inconvénient d'une certaine répétitivité, ce procédé a le mérite de présenter les mêmes matériaux sous des jours, dans des contextes et à des degrés de détail différents, permettant ainsi de dévoiler les multiples facettes du phénomène étudié.

Les *leitmotifs* du livre sont présentés dans le premier chapitre (« Le droit investi par la globalisation »). L'auteur y établit d'abord une définition de travail – très inclusive – de la globalisation. Il esquisse ensuite sa vision de la « globalisation du droit » en identifiant les pressions que la globalisation exerce sur le droit, ainsi que les traits marquants du « droit globalisé » en devenir. Il compare enfin cette vision à certaines explications rivales des transformations contemporaines de l'univers juridique (hypothèses de l'« internationalisation » et de la « convergence » du droit). Le deuxième chapitre (« Champs de la globalisation juridique ») constitue le prolongement naturel du premier. Il présente trois exemples choisis de la globalisation juridique (marchés financiers, internet, contrats publics), pour ensuite élargir le discours aux domaines du droit les plus caractéristiquement touchés par la globalisation. L'auteur inclut de manière argumentée la gouvernance nationale parmi ces domaines, aux côtés des domaines classiques du commerce, de l'environnement et des droits de l'homme, ce qui mérite d'être relevé. Les chapitres 3 et 4 forment ensemble un deuxième « bloc » thématique. Le chapitre 3 (« Mécanique de la globalisation juridique ») développe les propos des chapitres 1 et 2 en mettant l'accent sur les processus normatifs typiques de la globalisation, ainsi que sur les altérations que celle-ci induit dans les rapports de système entre différents ordres juridiques. À partir de là, le chapitre 4 (« Le pouvoir et la légitimité dans l'espace juridique global ») développe une réflexion centrée sur les acteurs de la globalisation et sur les formes de sa gouvernance. On touche ici à des débats centraux portant sur la régression de l'État, sa transformation *via* le transgouvernementalisme, le sort et le rôle de la gouvernance locale ; l'érosion des formes classiques de démocratie, le développement de citoyennetés transnationales, la gouvernance axée sur l'inclusion des « parties prenantes » (*stakeholders*) ; l'État de droit et l'articulation de l'intérêt public dans un univers globalisé. Dernier volet de l'ouvrage, les chapitres 5 à 7 se penchent tour à tour sur « Le fonctionnement de l'espace juridique global », sur « La structure du droit global en construction » et – plus spécifiquement – sur « Les incidences de la globalisation dans le droit public ». Y sont abordés notamment les thèmes du pluralisme juridique, du fonctionnement en réseau des systèmes juridiques, et du dialogue des juges ; la transformation des dichotomies classiques droit

international/interne et droit public/privé ; les mutations structurelles et fonctionnelles du droit international et des droits publics internes, ainsi que de leurs relations réciproques.

En développant son propos, Jean-Bernard Auby s'appuie sur une base large de matériaux et d'illustrations divers pour en décanter des repères, des idées-force, des tendances. L'aspiration est celle de réunir dans un discours cohérent les fragments disparates d'un mouvement chaotique (OMC, intégrations régionales, pratique des affaires, etc. ; droit des contrats publics, droits de l'homme, *lex mercatoria*, etc.).

Certains critiqueront telle ou telle autre application concrète de cette manière de procéder. À titre d'exemple, l'expérience de l'Union européenne est souvent prise pour exemple de tendances globales, et ce même dans des domaines où on aurait plutôt tendance à la considérer comme une expérience singulière et unique, du moins en l'état actuel (par exemple, citoyenneté européenne, p. 160). Des zones de flou subsistent par ailleurs. Ainsi, si le propos est dénué d'ambiguïté lorsqu'il est question du « droit investi par la globalisation », l'expression maintes fois utilisée de « droit global » reste quelque peu insaisissable. Ce qui ne saurait surprendre puisque, même si l'on veut admettre qu'un « droit global » prend existence, il ne s'agit en tout état de cause pas d'une réalité conclusivement établie dans ses traits essentiels (cf. p. 209 : « quelque chose comme un droit global se construit »).

Au total, l'approche holistique qui caractérise l'ouvrage s'avère être extrêmement fructueuse. Elle permet une synthèse des enjeux et perspectives, une vision d'ensemble qui seraient autrement inatteignables. Elle produit, en particulier, des pages lumineuses sur les thèmes qui se trouvent au cœur du livre : le brassage des systèmes juridiques, leur perméabilité accrue, leur mise en réseau et en concurrence ; les mutations du droit international, se résumant tant au développement de ses technologies qu'au changement radical de ses objets ; la transformation de la gouvernance nationale sous l'impulsion des multiples ouvertures constituant le *proprium* de la globalisation.

En conclusion, *La globalisation, le droit et l'État* est un ouvrage important, hautement recommandé à plusieurs catégories de lecteurs.

Il constitue, d'abord, un texte d'introduction incontournable pour celles et ceux qui entendent s'initier au sujet – la juriste qui veut s'approcher des études sur la globalisation, comme le studieux de la globalisation qui souhaite intégrer à ses réflexions la dimension juridique. Il l'est pour plusieurs raisons : accessible, sans jamais tomber dans la vulgarisation des savoirs sur la globalisation, l'ouvrage résume efficacement l'essentiel, propose des thèses, selon les cas, persuasives ou provocantes, encourage la réflexion personnelle, introduit les débats-clés dans une perspective interdisciplinaire – et facilite d'ailleurs leur approfondissement au travers de riches indications bibliographiques.

L'ouvrage est tout aussi recommandé à celles et à ceux qui ont fait de la globalisation (et de l'euro-péisation) du droit le sujet de leurs recherches. Pour cette catégorie de lecteurs, il est destiné à devenir l'un de ces classiques auxquels on revient itérativement pour regagner une vision plus large du sujet, pour soumettre à un ré-examen critique ses propres idées, voire même pour les retrouver – exprimées sous

une forme souvent plus efficace et plus élégante – alors qu'on avait cru un moment les avoir élaborées soi-même.

- **CARTUYVELS Yves, CHAMPETIER Brice et WYVEKENS Anne (avec la collaboration de Michel VAN DE KERCHOVE), *Soigner ou punir ? Un regard critique sur la défense sociale en Belgique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Travaux et Recherches », 2010, 297 p.**

Compte rendu par Emmanuelle BERNHEIM (Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal).

Dans cet ouvrage, les auteurs proposent une analyse à la fois critique et empirique de la loi belge de « défense sociale » (la défense sociale est un régime d'internement pour les auteurs d'infraction considérés à la fois irresponsables sur le plan pénal et dangereux sur le plan social : Loi de défense sociale de 1930 modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1964). Après avoir exposé la méthodologie de recherche (I) et le contexte légal (II), ils abordent différents thèmes tels les fonctions respectives de l'expert-psychiatre et du juge au regard des décisions d'internement (III) et le contexte de soin dans les prisons et les établissements de santé (IV). Ils concluent en proposant une synthèse des « nœuds problématiques » (p. 255) mis en exergue par la recherche (V).

L'originalité et l'intérêt tout particulier de la démarche réside dans les quelques études de cas soumises à différents acteurs du milieu de la défense sociale : juges, psychiatres, psychologues, agents de surveillance de prison, assistants sociaux, infirmiers, directeurs d'établissement, etc. Les questions de fond soulevées tout au long de l'ouvrage émanent donc, en fonction d'une logique inductive, des acteurs eux-mêmes qui, par leurs réflexions et leurs échanges, mettent en lumière les contradictions conceptuelles et pratiques liées aux objectifs même de la défense sociale. En effet, le dispositif d'internement en tant que « mesure hybride qui oscille entre souci sécuritaire (protéger la société contre les individus dangereux qui échappent à la sanction pénale) et objectif curatif » (p. 7) ne semble satisfaire ni le monde médical ni le monde carcéral.

Bien qu'il porte spécifiquement sur le système belge de défense sociale, cet ouvrage présente à plusieurs égards des pistes de réflexion universelles. Quelles sont les voies de passage entre les discours psychiatriques et juridiques ? Quels sont les rôles effectifs des juges et des experts-psychiatres dans l'évaluation et la prise de décision au regard de la dangerosité ? Les objectifs de protection de la société et de soins sont-ils conciliables ? Tout au long de l'ouvrage, ces questions sont successivement évoquées et traitées à la lumière des préoccupations et des informations recueillies auprès d'intervenants aux fonctions diverses. Les échanges entre les professionnels autour de cas pratiques, puis des réflexions que ces cas suscitent, tissent au fur et à mesure de la lecture une structure de compréhension globale du système de défense sociale. Ainsi, au-delà de ce qui est prévu dans les textes, le lecteur en vient à suivre la trajectoire réelle des individus à l'intérieur de ce système, depuis le procès pénal jusqu'à l'éventuelle sortie de l'internement. Parallèlement, cependant, se développe une formidable impression de complexité et d'inextricabilité. Au-delà

de l'échec du système actuel de défense sociale, en effet, l'analyse proposée par les auteurs ne permet pas d'envisager la possibilité d'une évolution positive.

La première difficulté que la recherche permet d'identifier est la porosité des frontières entre les rôles des acteurs et leurs discours respectifs. Ainsi, bien que la décision d'internement soit judiciaire, les auteurs questionnent la place prééminente laissée – ou déléguée – aux expert-psychiatres. À cet égard, dans leur processus décisionnel, les juges semblent parfois s'abriter derrière un discours expert légitimant : la recherche d'une garantie scientifique mène parfois les magistrats à multiplier les expertises sans toutefois organiser de débat contradictoire sur le fond. Cette absence de débat et l'indétermination qui en découle se traduisent par une « délégation du pouvoir de juger » (p. 260). En même temps, les impératifs de la procédure judiciaire et des critères légaux imposent aux experts une reformulation des diagnostics et des évaluations divergentes de leur système référentiel et conceptuel. Notamment, le départage net entre folie et déraison exigé par la loi ne permet pas de nuancer l'évaluation de l'état mental d'un accusé, alors qu'une « altération partielle ou temporaire des facultés mentales [est] parfaitement possible » (p. 257). Ces constats poussent à s'interroger sur l'efficacité du processus judiciaire, et ultimement sur la capacité du droit à appréhender la subtilité et la complexité de telles situations.

La seconde difficulté touche aux fondements paradigmatiques du dispositif de défense sociale qui se veut à la fois une mesure de protection et une mesure de soins. Or il est évident, à la lecture de l'ouvrage, qu'un flou conceptuel perdure quant au statut des personnes concernées – malades ou délinquantes – qui aboutissent indifféremment dans des institutions carcérales ou de santé. L'organisation des soins dans les deux types d'institutions est pourtant bien différente, et la trajectoire de défense sociale semble être influencée par le type d'institution fréquenté. Au-delà de cette confusion, il est également évident que la conciliation entre les objectifs sécuritaires et curatifs est ardue, voire impossible, et que « le souci de la sécurité rest[e], sinon dominan[t], du moins extrêmement présen[t], toujours en passe de l'emporter sur la logique de soins » (p. 264). Ainsi, malgré la particularité de la population visée, quant à sa condition psychiatrique et sa vulnérabilité, la logique carcérale domine, même en établissement psychiatrique. Dans ce contexte, l'utilité même du système de défense sociale est remise en cause. Alors que sa fonction devait être de proposer un soutien thérapeutique et une réadaptation, l'individu en défense sociale est en réalité doublement étiqueté : il est malade *et* délinquant. Ce statut particulier permettra paradoxalement de le maintenir interné sans réelle perspective de sortie, parfois en prison, sans toujours recevoir de soins appropriés.

Outre les questions fondamentales traitées dans l'ouvrage, soulignons la méthode de recherche empirique originale et efficace, qui permet d'accéder à la pluralité des expériences, des intérêts et des perspectives des nombreux acteurs impliqués. Après une cinquantaine d'entretiens exploratoires préliminaires avec divers intervenants, les grandes pistes de réflexion ont été approfondies au moyen d'analyses en groupe. Cette technique de collecte de données, développée aux Facultés universitaires Saint-Louis, « vise à saisir, avec les participants, la dynamique des relations sociales qui les réunit et les oppose autour d'un même enjeu » (p. 12). Ainsi,

les informateurs mènent collectivement un travail réflexif à partir de cas pratiques issus de leurs propres expériences et sont parties inhérentes de l'analyse. Il est évident que cette méthode particulière, qui témoigne d'un investissement considérable de la part des chercheurs, est à l'origine de la finesse et de la profondeur de l'analyse que font les auteurs. En effet, rare est la recherche qui permet d'accéder aussi totalement à la complexité et aux nuances des situations étudiées. Les auteurs font simultanément la démonstration que la recherche empirique permet de mettre en perspective droit vivant et droit des textes, dans un objectif d'amélioration et d'effectivité.

■ **DEFFAINS Bruno et FERÉY Samuel, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit***, Paris : Panthéon-Assas, 2010, 123 p.

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Centre de théorie et analyse du droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

C'est sur le syncrétisme méthodologique évoqué à propos de l'essai de Kornhauser que se penche l'ouvrage de Bruno Deffains et Samuel Ferey¹. Là encore, les auteurs ne sont pas inconnus. Ils travaillent activement à établir depuis quelques années des liens méthodologiques entre analyse économique et théorie du droit. À terme, ce programme se donne pour ambition de démontrer que l'économie du droit constitue une composante à part entière du champ de la théorie du droit et qu'elle prend au sérieux les problématiques des juristes ainsi que des acteurs du droit. Contrairement à Kornhauser, Deffains et Ferey admettent explicitement l'éclatement de l'économie du droit. Le corollaire de cette observation est qu'il est en pratique difficile d'assimiler d'un point de vue méthodologique les différents courants qui composent l'économie du droit. Les auteurs ne tiennent pas cependant à rester sur une telle aporie. Ils veulent aller plus loin ; c'est pourquoi ils choisissent d'interroger la « représentation implicite que les théories économiques se font du droit » : « ces représentations ont-elles un sens du point de vue de la théorie du droit ? » (p. 7) La démarche proposée consiste dès lors à exposer les thèses d'auteurs représentatifs des principaux courants de l'économie du droit à partir d'une « reconstruction rationnelle » (p. 9).

L'objectif est clair, il s'agit à travers cette démarche de proposer une articulation valide entre droit et économie. Cinq principaux auteurs sont analysés : Hayek, Posner, Sunstein, Tirole et Hart². Chacun d'eux est censé être représentatif d'écoles de pensée différentes : l'École autrichienne pour le premier, l'École de Chicago pour le second, l'économie du droit comportementale et de la théorie des contrats pour les derniers. Le point d'ancrage choisi par les auteurs est celui du couple information/interprétation. Comme l'indiquent les auteurs : « Le cœur de notre typologie porte donc sur la capacité informationnelle des règles, qu'elles soient considérées du point de vue de l'économiste ou du juriste » (p. 19). À partir de cette typologie,

1. Lewis KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris : Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2011 ; voir notre recension parue dans *Droit et Société*, 78/2011, p. 525-529.

2. Comme le précisent les auteurs, il s'agit de l'économiste Oliver Hart et non du juriste H.L.A Hart.

les auteurs proposent un classement des différents courants d'économie du droit retenus. Dans une première partie, les auteurs apportent une justification à la typologie qu'ils proposent. Un premier chapitre traite du tournant informationnel en économie ; un second du tournant herméneutique en théorie du droit.

Il est bien connu depuis les années 1970 que l'analyse économique se penche sur le problème de l'asymétrie informationnelle. Dans l'idée de coller le plus possible à la réalité, Hayek, Keynes, Coase, Simon et d'autres se tournent vers un modèle d'acteur rationnel qui dispose d'une information imparfaite. C'est précisément cette imperfection qui explique l'apparition des institutions. Différentes approches en ont résulté. La première étudie la répartition de l'asymétrie informationnelle entre les agents. Tel est le cas du modèle Principal/Agent développé par la théorie des contrats. La seconde approche traite des « processus de décisions en situation d'incertitude » (p. 34). La troisième approche – à la différence des deux autres – postule de manière générale un modèle de rationalité imparfaite. On peut lire en ce sens (p. 35) : « Au modèle de la maximisation de l'utilité espérée, il faut préférer des modélisations alternatives qui prennent en compte les erreurs que peuvent faire les agents. Le modèle de *prospect* de Kahneman et Tversky est un exemple d'une modélisation alternative. » Dès lors, les réflexions sur l'information limitée débouchent nécessairement sur l'interprétation des règles. Ainsi, l'anticipation rationnelle conduit à une réflexion sur l'incohérence temporelle des règles. Ces dernières ne sont pas immuables et c'est pourquoi elles sont soumises à une activité d'interprétation. Le problème de l'information s'en trouve de fait déplacé de la règle vers le pouvoir discrétionnaire des interprètes.

Cette préoccupation rejoint à bien des égards nombre de débats contemporains en théorie du droit. Il s'agit principalement de la contestation par le « réalisme » – entendu dans un sens très large – d'un modèle d'interprétation considéré comme « formaliste ». Deffains et Ferey qualifient cette remise en cause de « tournant herméneutique » ou de « crise de l'interprétation » (p. 47-48). De là, les auteurs en viennent plus précisément au réalisme dans sa version développée par M. Troper. En effet, cet auteur pose que la validité d'une norme s'entend comme la signification objective d'un acte de volonté. Deux conséquences en résultent : (1) aucune norme ne préexiste à la signification qu'en donne l'interprète ; (2) ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire. De là, les auteurs déduisent que « toute réflexion sur l'interprétation peut être vue comme ayant des conséquences sur l'information des acteurs, car interpréter une règle c'est en extraire une information particulière, celle-là même qui est cruciale pour pouvoir agir » (p. 51)³.

La seconde partie est consacrée aux représentations du droit développées respectivement par Hayek et Posner. Il s'agirait, si l'on se réfère à la typologie de départ information/interprétation, de deux cas opposés. En effet, tandis qu'Hayek adopte une représentation de la règle qui repose sur un modèle d'interprétation-connaissance, Posner développe une approche davantage « réaliste ». Dans le but de trouver une cohérence entre le réalisme posnérien et la théorie économique,

3. Indiquons toutefois que, pour les réalistes de tradition analytique, les énoncés sont interprétés afin d'en extraire des règles, le terme « règle » étant synonyme ici de celui de « norme ».

Deffains et Ferey proposent de compléter le réalisme de Posner par l'hypothèse d'anticipation rationnelle (p. 78-81).

Laissant de côté les cas « polaires » abordés dans la seconde partie, la troisième partie met l'accent sur les cas « intermédiaires » (économie comportementale de Sunstein et théorie des contrats incomplets). Sunstein adopte un modèle de rationalité limitée composé d'heuristique (de représentativité, d'ancrage et de disponibilité, p. 91-94). Les auteurs qualifient sa posture « d'interprétation-connaissance imparfaite » (p. 97). La théorie des contrats est quant à elle analysée par la suite. En mettant l'accent sur le rôle du juge, la controverse entre la théorie des contrats complets et celle des contrats incomplets repose une nouvelle fois sur la dialectique information/interprétation. La théorie des contrats incomplets s'interroge en effet sur le degré d'information du juge. « Ce dernier est moins parfait que dans la théorie posnérienne fondée sur la maximisation du bien-être. La décision du juge dans la théorie des contrats incomplets risque donc d'être plus arbitraire et c'est précisément contre cet arbitraire que les agents cherchent à se protéger par du design contractuel » (p. 110). En conclusion, les auteurs estiment que la typologie information/interprétation permettrait de redonner une cohérence au projet de l'économie du droit. L'opposition méthodologique entre analyse économique et théorie du droit se doit par conséquent d'être relativisée.

D'une grande clarté, cet ouvrage, fort accessible pour un juriste, informe sur les différents courants qui composent aujourd'hui l'économie du droit. Plus encore, il expose avec élégance et rigueur les différents présupposés méthodologiques de ces courants. La thèse proposée est du reste fort séduisante. Elle cherche en effet à établir des ponts entre analyse économique et théorie du droit à partir des concepts « d'interprétation » et « d'asymétrie d'information ». Par ce biais, les auteurs relancent avec succès une piste féconde de recherche en économie du droit dont le programme paraît bien immobile depuis quelques années. Pour autant, la thèse avancée n'est pas à l'abri de critiques. On pourrait croire qu'il s'agit en effet d'un ouvrage d'épistémologie. Or il n'en est rien ; les auteurs cherchent en fait à redonner une cohérence programmatique à l'économie du droit. Cette recherche de cohérence est sous-jacente à l'ensemble du propos. Ainsi l'exposé des différents courants mentionnés doit-il se comprendre à partir du critère proposé par les auteurs (information/interprétation) et non le contraire.

Cette démarche a ses revers. La recherche de cohérence pousse parfois les auteurs à déformer sensiblement certaines des théories qu'ils exposent. Par exemple, la « crise de l'interprétation » à laquelle ils se réfèrent est largement sujette à caution. La « crise » ne signifie nullement une crise des modes d'interprétation : les juges ne sont pas à court d'ingéniosité pour justifier leurs décisions. La « crise » ne signifie pas non plus sur le plan méthodologique l'absence de modèles permettant de comprendre et d'expliquer ce que font les interprètes. L'emploi du terme « crise » ne se justifie que si l'on présuppose – comme le font les auteurs – que le pouvoir discrétionnaire dont bénéficient les juges relève de « l'arbitraire ». N'est-ce pas la preuve d'un attachement à une représentation d'un système reposant, à l'instar du

modèle d'équilibre, sur la complétude, comme si le pouvoir laissé à l'interprète relevait de l'ordre du « pathos » ?

Par ailleurs, l'emploi de certains concepts reste flou. Lorsque les auteurs mentionnent le « réalisme », ils ne prennent pas soin d'indiquer au préalable à quel courant ils se réfèrent. Cette ambiguïté rejaillit sur la validité de leur hypothèse de départ. En ce sens, il apparaît difficile de mettre sur le même plan le « réalisme » – parfois modéré – de Posner⁴ et celui développé par M. Troper. Et l'on peut même dire qu'on ne voit pas très bien l'opposition entre Posner et Hayek dans la mesure où ce dernier estime aussi que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire⁵. De même, le « réalisme modéré » dans lequel est rangé Sunstein est contestable à plus d'un titre. Sur ce point, les auteurs n'apportent pas de manière convaincante la preuve de leur affirmation. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la posture de Sunstein est assimilée à une « interprétation-connaissance *imparfaite* ». On avouera ne pas avoir bien saisi la signification d'une telle expression. À l'évidence, les concepts de base (information/interprétation) sur lesquels repose la démonstration des auteurs mériteraient plus ample clarification. Ce travail analytique indispensable constituerait sans nul doute une piste de réflexion féconde sur les rapports entre analyse économique et théorie du droit.

■ **ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique***, Paris : LGDJ Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Série Sociologie », 2009, 235 p.

Compte rendu par Delphine MISONNE (CEDRE, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles).

Voici un ouvrage qui ravira toute personne soucieuse de mieux comprendre les liens qui unissent la science, la technique, le droit et la politique. Fruit d'une recherche collective et de rencontres ayant, au gré de manifestations scientifiques, favorisé le dialogue entre les disciplines, l'ouvrage explore la mécanique de la prise de décision en matière de changement climatique sous un angle particulier, celui du rôle de l'expertise et de la manière dont celle-ci est produite, encadrée, vérifiée, installée au cœur même des modes de gouvernance.

Il n'existe pas un schéma unique, mais bien une palette de situations variées imposant toutes, à leur manière, un recours aux « experts ». Et l'on constate que leur rôle est crucial, mais qu'il est aussi construit, rarement spontané, nécessitant d'être porté par un effort organisationnel pour aboutir, comme aujourd'hui, à peser sur la décision politique.

Le premier volet des travaux explore la manière dont s'établissent les « discours de vérité », dans un contexte où les controverses houleuses restent pourtant nombreuses. Rafael Encinas de Munagorri nous invite tout d'abord à découvrir la façon dont la science du climat a, petit à petit, construit son autorité et fait entendre sa

4. Cette interprétation semble, en effet, s'imposer à la lecture d'un des derniers ouvrages de Richard A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), Londres : Harvard University Press, 2008.

5. Jean-Philippe FELDMAN, « Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek », *Droits*, 33, 2001, p. 181-191.

voix. Le propos démontre que l'effort ne tient en rien du hasard. Le processus, patient mais déterminé, a nécessité un soutien certain de la part des cénacles institutionnels. Le début de l'histoire est déjà ancien puisque l'auteur le situe au XIX^e siècle, avec la mise en place d'une communauté transnationale par les sociétés savantes, pour se consolider ensuite en plusieurs étapes, d'abord sous l'impulsion des scientifiques, ensuite grâce au soutien d'institutions internationales. Si la dynamique est puissante, c'est parce qu'elle est animée par le souci de convaincre et par la volonté de parvenir à un consensus scientifique susceptible d'engendrer un accord politique au plus haut niveau. Avec Olivier Leclerc, l'on s'installe ensuite au cœur même des travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, le GIEC, découvrant dans le détail, pas à pas, les règles qui y président à l'élaboration de la connaissance et à l'implication des différents acteurs, parmi lesquels les gouvernements. L'auteur propose une lecture de ces dispositifs à la lumière de la théorie de la preuve, décrivant le GIEC comme une instance particulièrement originale, en ce qu'elle n'est pas seulement chargée d'éclairer les décideurs mais parce qu'elle se prononce elle-même sur la force probante et sur la preuve des faits.

Le deuxième volet de l'ouvrage se tourne vers la place de l'expert dans l'instauration de dispositifs techniques. Deux mécanismes particuliers aux logiques essentiellement économiques, véritables constructions de l'esprit issues de montages produits, précisément, par les experts, y sont analysés de près. Les processus sont tellement inhabituels et complexes qu'ils nécessitent la parole des initiés pour les décrypter et pour les expliquer. Seuls ceux qui en détiennent une connaissance pointue seront d'ailleurs à même d'en faire fonctionner les rouages et d'en assurer le contrôle. Sandrine Rousseaux nous fait ainsi découvrir les arcanes de la régulation du marché mondialisé du carbone, par une présentation très fouillée des obligations et des actions qui se sont mises en place, en différents lieux de la planète, dans la mouvance du feu vert conféré à ce mécanisme par le Protocole de Kyoto. Benjamin Denis nous explique l'instrument si particulier qu'est le « mécanisme pour un développement propre », autorisant une délocalisation de l'effort de réduction des émissions de gaz à effet de serre par des transferts technologiques et des investissements impliquant une interface de type Nord-Sud. Le propos se concentre sur la procédure de vérification qui accompagne le mécanisme, du point de vue des savoirs qu'elle convoque et des acteurs qu'elle implique, pour ensuite en analyser les caractéristiques en tant qu'instrument de gouvernance. L'auteur révèle les atouts théoriques de l'instrument mais aussi ses faiblesses, regrettant le technicisme étriqué dans lequel se débat la procédure d'évaluation des projets et la prédominance d'une logique financière « dont il n'est pas certain qu'elle reflète la volonté collective des sociétés affectées par ces projets ». La réflexion mériterait d'être prolongée par des études de cas, le mécanisme étant désormais bien ancré dans les réalités de terrain.

La troisième partie de l'ouvrage est consacrée à l'*observance* des mesures de lutte contre le changement climatique, tant du point de vue des mécanismes de contrôle qui sont mis en place pour vérifier le respect des obligations découlant des traités, que du point de vue du contentieux porté devant les cours et tribunaux. Re-

naud Colson estime que le régime relatif au climat illustre de manière remarquable l'évolution par laquelle le savoir technique devient vecteur d'exercice du pouvoir institutionnel et que ce constat est particulièrement frappant en ce qui concerne le contrôle du respect des engagements des États. Cependant, il observe que, loin de se substituer aux logiques juridique et diplomatique, la raison scientifique s'y soumet, et c'est à une politisation de l'expertise par le droit que donnent lieu les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Marta Torre-Schaub nous accueille sous d'autres latitudes car son étude est consacrée au rôle des expertises scientifiques dans la formation du droit aux États-Unis, mettant en évidence le rôle crucial qui y est joué par la jurisprudence, le juge étant lui-même éclairé par l'expertise scientifique. Le propos concernant le *Clean Air Act* et l'affaire *Massachusetts* est particulièrement révélateur, traitant de la question de savoir si le CO₂ était susceptible d'être réglé sur la base de la Loi fédérale relative à la qualité de l'air, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un polluant comme les autres, n'ayant en principe pas d'effet au niveau local. Le juge doit alors faire office d'expert, à même de traiter l'ensemble des informations scientifiques qui lui sont fournies et l'on s'intéresse ici aux règles de production et d'admissibilité de la preuve, dans un contexte d'incertitude, ainsi qu'à la manière dont le message du juge est susceptible de peser sur l'action régulatrice.

Ces six incursions dans le domaine du climat, présentées sous la forme d'un triptyque, se clôturent par une réflexion sur la notion d'expertise. Saisissant comme fil conducteur la théorie du droit, Rafael Encinas de Munagorri et Olivier Leclerc proposent une typologie des différents types d'expertise sollicités, pour en révéler toutefois aussi l'unicité et pour les confronter aux exigences essentielles que sont, classiquement, l'indépendance, l'impartialité et le contradictoire. Les auteurs démontrent que l'expertise présente un caractère normatif susceptible de se manifester, selon les cas, dans la production des normes, la qualification des choses et la détermination des faits. Il en résulte qu'il s'agit dès lors bien là d'un phénomène qui mérite d'être étudié sous l'angle juridique, les auteurs regrettant l'attitude pusillanime des juristes qui se cantonnent souvent à leur pré carré, là où les économistes n'hésitent par contre pas à adopter une attitude conquérante. Invitation est ainsi faite à s'intéresser de plus près au phénomène de la *normalisation* – dont l'importance est capitale dans ces matières techniques – non pas pour gloser sur la question de savoir s'il s'agit là de droit ou non, mais pour appréhender le mécanisme à partir du prisme de l'analyse juridique.

- **FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse : Érès, coll. « Trajets », 2010, 304 p.**

Compte rendu par Catherine VOURC'H (Conservatoire national des arts et métiers, Paris).

« Nous traversons une période incertaine », écrit Jacques Faget dans sa conclusion. Les médiations participent-elles de la contractualisation de la société qui, « corrélative du retrait de l'État, ouvre la voie incertaine d'une reféodalisation du lien social », ou sont-elles « le vecteur d'une démocratie expérimentale incarnant la

préservation d'un idéal social de convivialité, la nécessité de relier des récits disjointes, des univers fragmentés, des appartenances morcelées » ? En chercheur et praticien des médiations, l'auteur analyse comment des tensions dialectiques travaillent et s'expriment « sans espoir de repos » entre forces de l'institution et forces de l'inspiration sur ce qu'il nomme « l'axe du système », et entre émancipation et normalisation sur ce qu'il nomme « l'axe de l'acteur » (p. 276-277). Cette approche dialectique fait ouverture dans un champ (la médiation) où beaucoup pensent détenir la vérité avec son outillage et ses préceptes. J. Faget questionne les tensions, marque les écarts, s'intéresse aux bricolages plus ou moins précaires, toujours silencieux, que les médiations nouent et dénouent au sein de la société civile et entre la société civile et les institutions. Il s'y emploie en prenant soin de mettre un *s* à médiation, non sans balise. Ce *s* nous préserve des hégémonies, il nous rappelle que la médiation échappe aux médiations et aux médiateurs, les précède et les prolonge.

Le livre de J. Faget vient à point. Nous attendions celui qui, calmement, analyserait la construction sociopolitique de la médiation depuis les années 1970-1980 dans les pays occidentaux, sa construction normative ainsi que ses champs d'exercice. Nous avons besoin d'être aidés à nous repérer dans le développement de pratiques institutionnelles et sociales fragmentées en « une myriade de petits champs ou de référentiels obéissant à des logiques propres » (p. 76). C'était d'autant plus urgent qu'une institutionnalisation des pratiques se développe⁶, qu'un code commun de déontologie s'est élaboré en France⁷, que la professionnalisation de la médiation fait débat⁸, que des acteurs sociaux entendent rappeler que la médiation s'enracine dans la société civile⁹.

Dans la première partie, intitulée « La construction sociopolitique de la médiation », l'auteur présente, sans en faire la cause directe, le socle de valeurs et le climat intellectuel préparant, dans les années 1960 et 1970, la naissance de la médiation. Puis il montre en quoi les métamorphoses des régulations (politiques, institutionnelles et sociales traditionnelles, juridiques et judiciaires) créent les conditions contextuelles et sociopolitiques du développement d'un cadre – une médiation – où les conflits s'expriment et se règlent par un accord entre les protagonistes. Il identifie trois dynamiques du développement de la médiation : la fragmentation empirique et conceptuelle des initiatives depuis les années 1980, puis l'institutionnalisation progressive¹⁰ des pratiques, et enfin sa marchandisation. Cette dernière,

6. Jacques FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse : Ères, 2007.

7. Code de déontologie adopté en décembre 2008 par un rassemblement des organisations de médiation.

8. Lire l'étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2010 : CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Paris : La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 2010.

9. Février 2011, résolution sur la médiation adoptée dans le cadre du Forum de la société civile sur la médiation.

10. Institutionnalisation marquée par une professionnalisation (normalisation ?) de l'activité et par l'intégration de pratiques de médiation voire d'un service de médiation dans les institutions, précise Jacques Faget. L'exigence de transposition par les États-membres de la directive du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation civile et commerciale participe de cette institutionnalisation, de même que la velléité récurrente d'étendre à tous les médiateurs le diplôme d'État réservé depuis 2004 aux médiateurs familiaux.

précise J. Faget, accompagne le délestage par l'État de certaines de ses activités ; elle se traduit par la mise en concurrence entre médiateurs et entre médiateurs et avocats ou juristes, par un marché croissant de la formation à la médiation, et par une spécialisation des médiateurs et une hiérarchisation du champ selon la position sociale (et les ressources) des clients. Nous y sommes en effet, tout médiateur peut en témoigner. La société civile a-t-elle de quoi s'en inquiéter ou s'en réjouir ?

Dans la deuxième partie « La construction normative de la médiation », l'auteur questionne le cadre de la médiation, puis les modèles de médiation. Parler de *construction* normative marque une position : ne pas figer le tout dans un prêt à penser. Le propos doit non seulement au chercheur mais au praticien qui sait combien l'orthodoxie de la médiation parvient à occulter derrière l'ingénierie de la résolution des conflits les valeurs philosophiques et les perspectives idéologiques qui la soutiennent (p. 88). Alors que, si souvent, éthique et déontologie sont comme fondues l'une dans l'autre, au profit de la seconde, J. Faget travaille à identifier les valeurs qui étayent les pratiques¹¹, et à les distinguer des « fondamentaux déontologiques » que sont « les caractéristiques et la posture du tiers » et « les caractéristiques du processus ».

Le chapitre consacré aux principaux modèles de médiation aide à repérer certains clivages entre les praticiens (il resterait à analyser les praxis selon les modèles). J. Faget présente tout d'abord les objectifs, les valeurs et croyance de base et la méthode de travail des différents modèles tels que définis par leurs promoteurs : le « *problem solving* », qui considère le conflit comme une menace et se focalise sur la recherche de solution par l'obtention d'un accord ou d'un compromis ; « la négociation raisonnée » (modèle de Harvard), qui invite à traiter séparément les questions de personnes et le différend et à se concentrer sur les intérêts et non sur les positions ; « le modèle transformatif », né dans les années 1990, qui considère le conflit comme une crise de l'interaction humaine pouvant avoir des fonctions positives ; « le modèle narratif », qui fait du conflit l'expression du discours culturel dominant dans la communauté ; et « le modèle systémique ». Puis il analyse « l'hybridation empirique des modèles » sous l'effet de tensions qui travaillent le cœur de métier de la médiation et qui, écrit-il, traversent la posture du tiers (directif ou non directif), l'objectif de la médiation (solution ou communication) et le champ d'action de la médiation (individuel ou systémique). Tous modèles confondus, on peut regretter que la médiation ne soit pas nommée ici comme une activité du langage travaillant ce qui est structurel au langage : l'équivoque, le mal-entendu.

Enfin, la troisième et dernière partie traite des « champs de la médiation » auxquels la moitié de l'ouvrage est consacrée. L'auteur répertorie ici les médiations qui ont en commun « l'intervention d'un tiers impartial, neutre et sans pouvoir de décision », excluant *de facto* les médiations institutionnelles et administratives dont les fonctions s'apparentent plus à l'accès aux droits et au maintien du lien social. Sont analysées les médiations organisées dans des conflits d'intérêt général : les médiations politiques et les médiations environnementales ; puis les médiations judiciaires, sociales et communautaires, scolaires, commerciales et d'entreprise, sanitaires.

11. Comme l'a fait l'Association pour la médiation familiale (APMF) en 2003.

Cette partie est particulièrement riche. J. Faget y réunit et analyse pour chacun de ces champs les informations disponibles (dispositifs, études, recherches, expériences) en France et à l'international. Les informations sont disparates selon les champs, mais elles se font écho d'un champ à l'autre et l'ensemble questionne le développement de la médiation et ses enjeux sociopolitiques non plus seulement à partir de ce que J. Faget appelle « le discours enchanté de la médiation face à la mauvaise institution » (p. 209), mais à partir des conditions de mises en œuvre de la médiation et de certains effets.

Nous aimerions poser à toutes les médiations les questions que pose l'auteur au fil de son exploration et obtenir pour toutes les bouts de réponses qu'il obtient pour certaines, par exemple : qui sont les médiateurs ? qui accède à la médiation ? qui finance ? s'agit-il d'un simple *lifting* du travail [institutionnel] ou d'une métamorphose éthique du travail de paix ? assiste-t-on à l'avènement d'un nouvel esprit démocratique ? à quelles injonctions s'assignent ou sont assignés les médiateurs ? l'autonomie de la médiation existe-t-elle ?

Suggérons à ceux que la médiation intéresse de compléter cette lecture par l'ouvrage de Claire Denis *La médiatrice et le conflit dans la famille*¹² où la praticienne nous invite au cœur de l'acte de médiation et questionne son exigence, et par la recherche de Christophe Mincke sur la médiation pénale publiée en 2010 *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*¹³.

Ces trois ouvrages évitent de nous enfermer dans une orthodoxie enchantée ou désenchantée de la médiation. Ils invitent à penser la manière dont « la médiation s'inscrit dans le projet politique d'une société post moderne dans laquelle l'individu sujet est placé au cœur de la régulation sociale » (p. 90-91). Ce qui ne nous dispense pas de penser ce que administrer ou juger veulent dire aujourd'hui.

■ **GOLDER Ben et FITZPATRICK Peter, *Foucault's Law***, Abingdon, New York : Routledge, 2009, 143 p.

Compte rendu par Tom FROST (Newcastle Law School, Newcastle University).

Foucault's Law should stand as an important contribution to legal scholarship and the debate surrounding the position of Foucault's works in relation to law. In this slim volume, Ben Golder and Peter Fitzpatrick have managed to produce a work that is both erudite and challenging, and one that will stimulate debate for many years to come. What is more, *Foucault's Law* does not limit itself to either an exegetical approach, attempting to locate the position of law within Foucault's works, or an appropriative approach, which seeks to employ Foucauldian concepts and methodologies in the critical study of law.¹⁴ *Foucault's Law* does both. Golder and Fitzpatrick attempt to reverse standard understandings of the place and function of law within Foucault's thought,¹⁵ as well as taking a post-structuralist ap-

12. Claire DENIS, *La médiatrice et le conflit dans la famille*, Toulouse : Érès, 2007.

13. Christophe MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*, Waterloo : Kluwer, 2010.

14. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 5, 8 n. 16.

15. *Ibid.*, p. 5.

proach influenced by Jacques Derrida's theorisation of law.¹⁶ Although Foucault would not have seen his work in the terms Golder and Fitzpatrick place it,¹⁷ the authors are impelled by Foucault's own tribute to Nietzsche: "the only valid tribute to Nietzsche's is precisely to use it, to make it groan and protest".¹⁸

Foucault's Law is divided into three chapters. 'Orientations: Foucault and Law', traverses the extant literature on the position of law in Foucault. The primary point of departure is Alan Hunt's and Gary Wickham's 'expulsion thesis', forwarded in 1994.¹⁹ The expulsion thesis contended that Foucault expelled law from modernity within his works, which was why Foucault paid little attention to law within his myriad of works.²⁰ In the second chapter Golder and Fitzpatrick develop their own interpretation of Foucault's law, arguing that Foucault did not expel the law from modernity, but instead conceived of a dynamic law that moved between determinacy and an illimitable responsiveness.²¹ The final chapter links this understanding of Foucault's law to a constituent source of our being-together in and as society.

Expelling the Expulsion Thesis?

The greatest accomplishment of the book is to challenge the way of thinking about Foucault and law that has been so heavily influenced by Hunt and Wickham. Golder and Fitzpatrick begin their questioning of the expulsion thesis by introducing three approaches of scholars who have all challenged the expulsion thesis and reconstructed Foucault's approach to law. The first is the view that the law and disciplinary power are not opposed but are interrelated. Law and the disciplines interacted, overlapped and articulated one another, as well as being in a state of tension.²² It is this first argument that is modified and developed in the second and third chapters of *Foucault's Law*.

The second approach focuses upon Foucault's 'governmentality'.²³ Governmentality operates alongside disciplinary power,²⁴ which led to scholars rehabilitating law in Foucault's work, arguing that law is part of the wider dispersal of government sites throughout the social body.²⁵ Foucault's governmentality seems to show that law has become the pliant instrument of a governmental apparatus rather than existing as a discipline on its own.²⁶

The third approach is a semantic argument that Foucault's usage of the terms 'juridical' and 'legal' are not synonymous. Drawing upon the work of François Ewald,

16. See Jacques DERRIDA, « Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority' », *Cardozo Law Review*, 11, 1990, p. 919-1045.

17. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 5.

18. Michel FOUCAULT, « Prison Talk », in Michel FOUCAULT and Colin GORDON (ed. and transl.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, Brighton: Harvester Press, 1980, p. 53-54.

19. Alan HUNT and Gary WICKHAM, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London: Pluto Press, 1994.

20. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 14.

21. *Ibid.*, p. 3.

22. *Ibid.*, p. 29.

23. Michel FOUCAULT, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977-1978*, translated by Graham Burchell, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

24. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 32, 55.

25. *Ibid.*, p. 33.

26. *Ibid.*, p. 34.

such an argument does not contend that the law is in decline.²⁷ Rather, disciplinary technologies are coterminous with a proliferation of legality. The law continues to exist as a normative device, operating “more and more as a norm”.²⁸ However, this movement tying the law to the functioning of the norm would end up assimilating the law to the norm, leaving law with a subordinate position in the analytic of power.²⁹

Foucault's 'Other Law'

The first chapter's overview and its distinguishing approaches to Foucault and law taken by other academic writers should not lead the reader to conclude that Golder and Fitzpatrick 'expel' the expulsion thesis. Rather, *Foucault's Law* attempts to show a positive conception of Foucault and law that can sit beside the expulsion thesis in the extant writings on Foucault and law. The expulsion thesis that subsumed law to the disciplines, and the three examples of a 'threadbare' Foucauldian law given above are both incorporated into a conception of Foucault's law that is located “between a subordinated law and a surpassing law, between a law that is confined by ... disciplinary power and biopower and one which is illimitable and always going beyond itself”.³⁰ Foucault's constant shifting of positions on law throughout his thought is therefore used as the basis to rethink what this means for law in Foucault's thought.

Golder and Fitzpatrick forward that law exists in a 'productive *ir*resolution' between a present determinacy and an illimitable responsiveness to what lies beyond it.³¹ Two main arguments support this contention. Firstly, an exegetical process is undertaken, demonstrating that amongst Foucault's better known works, the law exists in a fundamental power relation with the disciplines, sovereignty and biopower. This helps to justify the claim that the law has a determinate content, but the law is not simply determinate, akin to a legal formalism that conceives of law as a system of rules.³² In a reversal of the expulsion thesis, the authors argue that it is the law that constitutes the disciplines through exercising supervisory jurisdiction over discipline's excesses. This confirms the law's claim to persist in modernity as well as discipline's claim to act as the primary normalising influence over the social body.³³

The second argument turns to two lesser known areas of Foucault's writings – writings from the 1960's on Georges Bataille and his late works on Maurice Blanchot from the 1980's.³⁴ These writings are used to conceive of a Foucauldian law that has two dimensions. The first is a determinate law of a determinate content – the law of the norm. The second is a responsive dimension in which law extends

27. See François EWALD and Marjorie BEALE, « Norms, Discipline and the Law », in Robert POST (ed.), *Law and the Order of Culture*, Berkeley: University of California Press, 1991, p. 138-161.

28. Michel FOUCAULT, *The History of Sexuality*, vol. 1, London: Penguin, 1998, p. 144.

29. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 38.

30. *Ibid.*, p. 39.

31. *Ibid.*, p. 56.

32. See John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis: Hackett Publishing, 1998.

33. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault's Law*, *op. cit.*, p. 64, 67, 70.

34. *Ibid.*, p. 75-77.

itself illimitably and attempts to encompass and respond to what lies outside of its definite content.³⁵ This law, also referred to as ‘mutable’ or ‘labile’,³⁶ is built upon a discussion of Foucault’s writings on power and resistance. Golder and Fitzpatrick draw an analogy between power and law. Foucault argued that power could not be maintained in a single place, and that resistance precedes and constitutes power.³⁷ Just as power is argued to be responsive to and generated by resistance, so law operates within the same dialectic.³⁸ Just as formations of power as constitutively lacking due to something ‘escaping’ them (in the form of resistance), law is self-resistant and constantly being challenged.³⁹

The Future of Law

Golder and Fitzpatrick develop a notion of law that is both receptive to resistance and with a determinate content – a content that prevents the law from becoming a vacuity. This development of a Foucauldian law shows law to be central to political agonism. This agonistic law is tied to Foucault’s writings on ethics and Derrida’s notion of futurity – the authors speak repeatedly of constructing a law of futurity that acts as an agonistic constituent for being-together.⁴⁰ Law is placed in a central position not just to political life but also to how subjects are constructed.⁴¹ More than this, it is always open to political resistance and action, meaning that Golder and Fitzpatrick’s mutable law has the potential to change and be open to such activism.

The success of this slim volume has been to rehabilitate a version of law in Foucault that offers real political possibilities for legal theory and legal scholarship. Whilst the only drawback to *Foucault’s Law* is that it does not offer any detailed examples of how this responsive Foucauldian law may operate in practice, this should not be seen as an oversight. The book should be viewed as a successful attempt to show that the law can hold a much more fundamental role in Foucault’s writings than previously thought, and as a springboard for future studies into how this responsive law can operate within modern legal orders.

■ **GUASTINI Riccardo, *Leçons de théorie constitutionnelle***, traduit de l’italien et présenté par Véronique Champeil-Desplats, Paris : Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, 269 p.

Compte rendu par Éric MILLARD (Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

Il y a au moins deux bonnes raisons de se réjouir de la publication, chez Dalloz, de ces *Leçons de théorie constitutionnelle* dans la (encore) nouvelle collection « Rivages du droit », dirigée par Pascale Gonod, qui rend accessibles au lectorat franco-

35. *Ibid.*, p. 71.

36. *Ibid.*, p. 77-79.

37. Michel FOUCAULT, « Sex, Power and the Politics of Identity », in ID., *Essential Works of Foucault 1954-1984, vol. 1: Ethics, Subjectivity and Truth*, edited by Paul Rabinow and translated by Robert Hurley, London: Penguin, 1997, p. 167; Michel FOUCAULT, *The History of Sexuality*, vol. 1, London: Penguin, 1998, p. 94.

38. Ben GOLDER and Peter FITZPATRICK, *Foucault’s Law*, *op. cit.*, p. 77.

39. *Ibid.*, p. 80, 83-85.

40. *Ibid.*, p. 103, 108-111.

41. *Ibid.*, p. 118-120, 123.

phone des œuvres juridiques étrangères pour nourrir son débat théorique. La première est de disposer, dans une excellente traduction de Véronique Champeil-Desplats, d'un panorama complet des conceptions de Riccardo Guastini en matière constitutionnelle, conceptions qui par leur influence comme par leur rigueur ne peuvent être ignorées par quiconque se préoccupe de près ou de loin du débat constitutionnel actuel. Il est d'ailleurs à noter que cette traduction ne correspond pas exactement à l'original italien dans ses éditions successives, mais qu'à l'occasion de cette traduction l'auteur et la traductrice ont fait l'heureux choix d'actualiser le contenu, et de procéder à des ajouts et des retraites. La seconde est de disposer aussi, en même temps, d'une remarquable introduction, toujours par Véronique Champeil-Desplats, qui permettra au lecteur peu familier de ces conceptions de les situer et de les comprendre (rendant presque vain l'exercice du compte rendu : finalement ces deux parties de l'ouvrage se suffisent à elles-mêmes et il faut les lire).

Élève de Giovanni Tarello, très influencé par la pensée théorique de Norberto Bobbio, deux des grands maîtres de la théorie italienne du droit du siècle dernier, Riccardo Guastini est un des principaux animateurs de ce que les théoriciens du droit nomment l'École de Gênes : une approche analytique rigoureuse (radicale voire intégriste pour ses critiques) de la théorie du droit, qui conçoit le droit comme un langage prescriptif que la science du droit décrit par l'analyse de sa structure et de ses fonctions ; une conception partagée, par exemple, par les analyses menées en France, à la suite de Michel Troper, au sein du Centre de théorie et analyse du droit (CTAD) de Nanterre. Mais comme pour Michel Troper, de qui il est proche sans pour autant en partager toutes les conceptions théoriques, la théorie du droit n'est pas pour Riccardo Guastini un exercice coupé pratiquement de la science du droit, et aux côtés d'une importante œuvre de théorie générale du droit, il s'est attaché à produire de nombreux écrits en droit constitutionnel, qui déclinent ses conceptions théoriques, permettant de le présenter, avec un brin de provocation, comme un juriste « compréhensible, utile et lu par les juristes » (Carbonell). C'est de ce dernier champ que relèvent les textes réunis dans cet ouvrage, même si le lecteur aura déjà deviné de ce qui précède que ne peuvent en être exclues des considérations épistémologiques et méthodologiques.

Du point de vue épistémologique, ces textes sont marqués par les conceptions théoriques de l'École de Gênes : une épistémologie positiviste, telle que l'a développée Norberto Bobbio à partir d'une lecture critique de la théorie kelsénienne, confrontée à la philosophie analytique et au réalisme américano-scandinave. Deux fondements sont à la base cette épistémologie : philosophiquement une adhésion au non-cognitivism éthique, qui traite les valeurs comme expressions d'émotions ; et théoriquement la revendication de la neutralité axiologique de la science du droit, qui n'évalue pas son objet mais décrit le langage, par l'analyse critique. Il en découle une ontologie empiriste : la réduction du droit à des faits, et des faits linguistiques. Le droit constitutionnel est simplement un ensemble d'entités linguistiques réelles, et la théorie constitutionnelle conçue par Riccardo Guastini ne vise qu'à la connaissance de ces entités qui énoncent et (pro)posent des interprétations de ces entités. En ce sens, même si de manière générale Riccardo Guastini est un tenant affirmé d'une théorie réaliste de l'interprétation (c'est l'interprétation qui

créé la norme), il développe au sein de cette théorie une version sinon plus modérée du moins plus complète que la plupart des théories réalistes disponibles, en affinant l'opposition classique entre interprétation et création pour distinguer l'interprétation connaissance (scientifique), dont il admet avec Kelsen la possibilité, l'interprétation décision comme interprétation authentique dans le cadre de significations scientifiquement établies, et l'interprétation création, interprétation authentique hors de ce cadre de significations.

Du point de vue méthodologique, Riccardo Guastini mobilise de manière systématique les méthodes de l'analyse du langage, et l'art de la distinction. Cet art n'est pas une fin en soi : la distinction est l'outil de mise au jour des problèmes réels qui se posent à la science du droit ; mais c'est une manière radicale de soumettre le discours théorique et scientifique sur le droit aux exigences de l'analyse logique, en distinguant des significations, des situations, des problèmes que le savoir classique des juristes confond. Tous les textes proposés ici à la lecture sont construits sur cette méthode, et ceux qui ont déjà eu la chance d'entendre, dans un cours ou dans un colloque, Riccardo Guastini parler retrouveront ce phrasé si révélateur qui soumet avec douceur et simplicité, mais aussi une redoutable efficacité, tous les discours du droit ou à propos du droit à une véritable déconstruction.

Cette approche analytique du droit constitutionnel est ici composée de 13 chapitres (on regrettera l'absence de table des matières et sans doute d'un index qui en faciliteraient l'accès) qui peuvent se lire isolément, mais qui sont évidemment compréhensibles comme un tout, et comme une invitation aussi à aller plus loin en se référant à d'autres ouvrages de l'auteur, en matière constitutionnelle comme en matière de théorie générale du droit (le travail critique de Véronique Champeil-Desplats permettant de trouver facilement les références nécessaires). Sont successivement abordées les questions portant sur la structure du système juridique, la « *lex superior* », les jugements de validité, le concept de constitution, la relation du système juridique à l'État, le concept de souveraineté, le monisme et le dualisme, les relations entre les pouvoirs de l'État, la constitutionnalisation du système juridique, la théorie de l'interprétation constitutionnelle, l'éthique du juge en droit constitutionnel, et enfin la rigidité constitutionnelle et la normativité de la science juridique. On comprendra à l'énoncé de ce contenu que s'il est sans doute nécessaire, avant d'entrer dans l'ouvrage, de posséder une connaissance minimale des questions de droit constitutionnel (Guastini le dit lui-même : cet ouvrage est destiné à des étudiants qui, ayant ces connaissances, souhaitent en approfondir certains aspects de façon critique), il n'est nul besoin d'être spécialiste ou de droit constitutionnel ou de théorie du droit pour tirer bénéfice de sa lecture. Ce sont là des questions centrales, finalement, de toute réflexion un minimum critique sur les concepts et les structures du droit, quelle qu'en soit par ailleurs la conception que l'on peut s'en faire. On verra également par là que ces questions, nées évidemment d'une analyse de l'expérience italienne ou européenne, ne sont pas limitées à un cadre national ou à un système de droit positif donné : ce sont des questions qui se posent à tous les systèmes et que la méthode analytique aborde sans présupposés culturellement ou historiquement situés. En ce sens, il s'agit bien de leçons de

théorie constitutionnelle, et l'utilité de leur lecture par un lecteur francophone ne devrait pas avoir à être davantage soulignée.

■ **KENNEDY Duncan, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système***, Montréal : Lux, coll. « Lettres libres », 2010, 148 p.

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Centre de théorie et analyse du droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

Avec Roberto Unger⁴², Duncan Kennedy est l'un des juristes dont la popularité des travaux n'est plus à faire. Le présent ouvrage traduit en français est considéré aux États-Unis, et plus généralement dans les milieux universitaires nord-américains, comme un classique incontournable de la littérature académique. La notoriété de D. Kennedy n'est pas dissociable du courant auquel il se rattache et dont il est en partie à l'origine : celui des *Critical Legal Studies* (ci-après CLS). Né dans la fin des années 1970, ce mouvement se réclame ouvertement d'une gauche progressiste⁴³. Ses influences sont très diverses. Elles proviennent autant des théories socialistes, des philosophies structuralistes, des courants féministes, que de la phénoménologie. Cette diversité a elle-même donné naissance à plusieurs objets d'analyse en matière de race, de genre, de classe, etc.⁴⁴ En dépit de cette hétérogénéité, les CLS se caractérisent par un certain nombre de traits communs : d'une part, leur engagement en faveur d'une société égalitaire ; d'autre part, leur critique d'une certaine orthodoxie juridique.

D'un point de vue méthodologique, les CLS prennent leur distance à l'égard d'une certaine représentation classique du « droit ». Cette dernière réduit le discours juridique à un ensemble cohérent de règles et de principes sans tenir compte du caractère profondément indéterminé du langage du droit. Sur ce point, les CLS rejoignent le réalisme – qu'il soit américain ou scandinave – en affirmant qu'il convient de prendre au sérieux le contexte dans lequel sont rendues les décisions des autorités juridiques. Ces dernières ne sont pas dissociables des idéologies et des conflits d'intérêts qui les entourent, comme le montre avec clarté l'un des premiers écrits de D. Kennedy⁴⁵. Mais l'analyse des CLS va plus loin. En montrant que le droit tend à naturaliser nombre de représentations sociales dominantes, elles proposent, pour s'en prémunir, une action politique qui permet de s'en extraire. C'est ici que les références à Marx ou Sartre s'imposent comme autant d'alternatives de lutte à la simple observation passive du caractère éminemment politique du droit.

L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies peut se comprendre comme un pamphlet adressé à ceux des étudiants qui refusent de se conformer à

42. Roberto UNGER, *Knowledge and Politics*, New York : Free Press, 1975 ; ID., *Law in Modern Society*, New York : Free Press, 1976.

43. Roberto UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge : Harvard University Press, 1983.

44. Sur cette hétérogénéité, voir « Critical Legal Studies Symposium », *Stanford Law Review*, 36 (1/2), 1984 ; et l'introduction de James BOYLE, in ID. (ed.), *Critical Legal Studies*, Aldershot : Dartmouth, 1992, p. 13-53.

45. Duncan KENNEDY, « The Structure of Blackstone's Commentaries », *Buffalo Law Review*, 28, 1979, p. 209-221.

un enseignement du droit qualifié de traditionnel. Cette forme d'enseignement ne serait, en définitive, qu'un reflet des hiérarchies et des rapports de domination qui se retrouvent dans le corps social. L'affirmation ressort très clairement de la préface de l'ouvrage : « Cet essai [...] montre de quelle façon l'enseignement du droit contribue à reproduire une hiérarchie illégitime à l'intérieur du barreau et de la société en général. Et il propose des façons de procéder pour que les étudiants et les professeurs de gauche qui ne veulent pas se laisser démobiliser par les facultés de droit puissent profiter de leur expérience pour faire de l'enseignement du droit un agent de transformation sociale. »

Le premier chapitre plonge le lecteur dans l'expérience d'un étudiant de première année. Dans la plupart des cas, elle aboutit à annihiler tout lien entre droit et engagement politique et déjà s'installe entre l'étudiant et son professeur un rapport hiérarchique caractérisé par une forte compétition entre les étudiants. En effet, le programme de la première année se compose de matières très techniques, présentées comme telles par le corps professoral (p. 15-22). La technicité renforce l'autorité de l'enseignant. Les rapports de domination et de hiérarchie se perpétuent également au travers du système de notation. D. Kennedy soutient que ces notes n'ont aucun rapport avec les aptitudes des étudiants. Tous, en effet, sont capables à un moment ou à un autre d'acquérir ces aptitudes. Le système de notation et ses corollaires – le classement et le sentiment de méritocratie – renforcent chez les étudiants le sentiment « qu'ils ont appris autant qu'ils étaient capables d'apprendre et que, si certains se sentent incompetents ou considèrent qu'ils auraient pu faire mieux, ils n'ont qu'eux-mêmes à blâmer. Toute opposition au système serait perçue comme du dépit ou de la rancœur » (p. 39).

La méritocratie alimente la hiérarchie des rapports professionnels, entre avocats seniors, avocats juniors, secrétaires, garçons de courses, personnel d'entretien ; entre juges et auxiliaires de justice ; entre les avocats et leurs clients (p. 50-54) ; entre professeurs, étudiants et personnel administratif (p. 73-88). Ainsi, outre qu'elle est économique, la nature des rapports de domination se fonde aussi sur la race ou le genre (p. 80-87).

Une fois établi le lien entre hiérarchies du barreau et hiérarchies de la faculté, D. Kennedy analyse ensuite la réaction des étudiants au processus de domination évoqué. Quelle stratégie permettrait dès lors de briser le *statu quo* ? Pour l'auteur, chaque acteur de gauche devrait agir là où il se situe dans la hiérarchie. L'étudiant de gauche devrait alors être capable à terme de mobiliser le droit dans le sens de revendications progressistes (p. 113). Par conséquent, « pour les étudiants et professeurs de droit, cela signifie qu'il est important de s'investir dans une lutte au sein de la faculté de droit, même s'ils consacrent la plus grande partie de leur temps à des activités parascolaires qui soutiennent les personnes opprimées » (p. 121). D. Kennedy propose un modèle d'université pensé sur une utopie égalitaire. Mais cet égalitarisme est-il réellement praticable, du moins concernant les rapports professeurs/étudiants ? Et faut-il chercher les causes de cette situation inégalitaire en dehors des acteurs qui composent l'institution universitaire ? Répondre à cette question suppose un effort de clarification. En effet, D. Kennedy aborde indistinct-

tement plusieurs problèmes très différents : (1) celui relatif au modèle d'université ; (2) celui du contenu du savoir universitaire transmis aux étudiants ; (3) celui des rapports entre les acteurs au sein de l'université ; (4) et enfin celui des rapports entre l'enseignement universitaire et le monde des professionnels du droit.

Sans conteste, l'ouvrage de Duncan Kennedy soulève de nombreuses questions originales, souvent pertinentes, déjà abordées en partie par la sociologie de Bourdieu⁴⁶. Pourtant, à lire l'ouvrage de D. Kennedy, on se demande si l'auteur ne tombe pas lui-même dans les travers qu'il dénonce. En effet, le type d'étudiant auquel il s'adresse est cultivé – et donc peu ordinaire. Car un recul critique vis-à-vis des règles de droit implique préalablement une parfaite assimilation de leur mécanisme de fonctionnement. Dès lors, la démonstration que propose D. Kennedy repose elle-même sur un élitisme intellectuel. Il n'est même pas sûr, à cet égard, que la démonstration proposée dans le cadre de l'ouvrage puisse être entièrement comprise par un étudiant de première année...

On voudrait terminer ce compte rendu par deux critiques complémentaires. La première, d'ordre méthodologique, s'interroge sur la pertinence du maniement des concepts de « domination » et de « hiérarchie » afin d'interpréter le comportement des étudiants. Et l'on pense ici aux travaux récents de sociologues qui, sans autre forme de préjugés, en partant du point de vue des acteurs eux-mêmes, aboutissent à des conclusions diamétralement opposées à celles de l'ouvrage⁴⁷. La seconde critique relève de la stratégie proposée par l'auteur, consistant à lutter là où l'on se trouve au sein de la hiérarchie. N'est-ce pas finalement cautionner une forme de *statu quo* ? N'est-il pas temps d'interroger différemment les raisons de cette pérennité ? Un début de réponse semble d'ailleurs se trouver dans le texte même de Kennedy : « Peut-être suis-je dans l'erreur concernant le véritable état des choses. Peut-être que ma constante préoccupation pour les horreurs de la hiérarchie n'est qu'un moyen de savourer jusqu'à la dernière goutte le plaisir ironique qui découle de ma propre supériorité hiérarchique » (p. 94).

■ **LEROUX Nicolas, *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales***, préface de Joe Verhoeven, Bruxelles : Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2010, 576 p.

Compte rendu par Sabrina FERSTLER (Doctorante, Laboratoire GSPE-PRISME, Université de Strasbourg).

Le livre de Nicolas Leroux, *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales*, constitue la version publiée de sa thèse de doctorat soutenue

46. Pierre BOURDIEU et Jean-Claude PASSERON, *Les héritiers*, Paris : Minuit, 1964 ; Pierre BOURDIEU, *La reproduction*, Paris : Minuit, 1970 ; Pierre BOURDIEU, Jean-Claude PASSERON et Monique DE SAINT-MARTIN, *Academic Discourse: Linguistic Misunderstanding and Professional Power*, Stanford : Stanford University Press, 1996. On pense aussi aux travaux de Liora ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris : Presses de Sciences Po, 2009 ; ID., « Le droit mis au service des causes politiques : le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », in Emmanuel DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris : Dalloz, 2007, p. 7-15.

47. Élise TENRET, *Les étudiants et le mérite : à quoi bon être diplômé ?* Paris : La Documentation française, 2011.

en 2007. Cet ouvrage bienvenu vise à expliquer le phénomène non gouvernemental international. Sa démarche, quelque peu éloignée des études de droit positif classiques qui ne sont pas à même de rendre compte du phénomène dans son ensemble, s'attache à cerner la réalité *juridique* d'un phénomène sociologique et politique complexe. Cet ouvrage propose donc une étude globale – il en existe très peu⁴⁸, sinon consacrées à des parties spécifiques de la réglementation⁴⁹ – du régime juridique de l'existence et de l'activité internationales des organisations non gouvernementales.

Ne s'embarrassant pas des acceptions courantes du terme ONG qui ne semblent pas opératoires *en droit*, le juriste définit l'organisation non gouvernementale comme « tout groupement de droit privé à but non lucratif ». De la même manière, l'ouvrage ne traite pas de l'action décisive des ONG dans l'adoption d'un nombre toujours plus important d'instruments internationaux car, si le développement massif des ONG sur la scène internationale est un fait sociologique et politique incontestable, il ne s'agit pas là d'un fait *juridique*.

Ces avertissements ou ce cadrage posés, l'auteur s'attache à circonscrire l'agencement du régime juridique applicable à l'existence et à l'activité internationales des ONG au travers d'une approche empirique. Ce faisant, son ambition est de déceler l'inspiration de l'« agencement juridique étatique »⁵⁰ dans sa régulation du phénomène non gouvernemental international. « La modélisation de ces considérations extra-juridiques permettra de sérier les fins que l'agencement juridique étatique peut, possiblement, affecter à la réglementation des ONG à dimension internationale, et celles qu'il a effectivement choisies » (p. 21). Au final, l'auteur cerne trois modèles idéaux d'organisation de la société civile : un modèle corporatiste, un modèle libéral « pur » qui correspond au droit positif, et un modèle libéral « actif » en faveur duquel il prend position.

L'étude de la condition juridique des ONG se résume nécessairement à une étude circonstanciée des normes applicables à toute ONG, aux niveaux national⁵¹ et international, ainsi qu'à l'étude successive de plusieurs régimes particuliers tels que l'octroi de statuts consultatifs auprès des organisations intergouvernementales, ou de la participation des ONG en tant *qu'amicus curiae* ou encore des « accords de siège » conclus par certaines d'entre elles. L'auteur est également amené, au travers d'un choix raisonné, à traiter des particularités de certaines entités atypiques telles

48. À l'exception notable de l'ouvrage de Anna-Karin LINDBLOM qui accompagne l'auteur tout au long du sien, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

49. Des thèses, mentionnées par l'auteur, ont été consacrées à des parties spécifiques de la réglementation : voir, pour les statuts consultatifs, Caroline E. SCHWITTER-MARSAJ, *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights. Challenging the Democratic Deficit*, Zürich : Schulthess, coll. « Études suisses de droit international », 2004 ; et, pour la participation à l'instance internationale, Isabelle SOUMY, *L'accès des organisations non gouvernementales aux juridictions internationales*, Bruxelles : Bruylant, 2008 (thèse de doctorat, Université de Limoges, 2005).

50. Par « agencement juridique étatique », il faut comprendre l'ensemble des ordres juridiques de l'État, c'est-à-dire l'ordre juridique international et les 193 ordres juridiques nationaux existants.

51. Pour les règles internes, l'auteur se réfère, par exemple, à l'ouvrage de Michel DOUCIN (dir.), *Guide de la liberté associative dans le monde : les législations des sociétés civiles de 138 pays*, Paris : La Documentation française, 2000.

que le Comité international olympique, l'Église catholique ou encore le Comité international de la Croix-Rouge. Il fallait donc au juriste rechercher la cohérence de son sujet à un niveau supérieur, c'est-à-dire trouver un « principe ordonnateur » de la réglementation des ONG à dimension internationale. La thèse de l'auteur est là : « l'agencement juridique étatique a choisi de fonder la régulation de l'existence et de l'activité internationales des organisations non gouvernementales sur le principe essentiel de la *liberté d'association* » (p. 21). Cette liberté est une *liberté d'exister*, c'est-à-dire liberté de se créer et d'agir, et ensuite une *liberté de participer*. Ainsi, l'ouvrage est divisé en deux parties qui abordent chacune un aspect particulier du phénomène non gouvernemental international.

Liberté d'exister. L'auteur démontre que le régime juridique des ONG est fondé sur une norme coutumière internationale de liberté d'association. Sa démonstration donne la preuve qu'elle reflète la pratique des États, dans une écrasante majorité, et qu'il existe au sein de la communauté internationale la conviction qu'une telle pratique est requise par le droit. Seulement, c'est dans le droit interne que se déploie la réglementation des ONG sur la base du principe international de la liberté d'association. C'est à lui que revient la tâche de fournir aux organisations non gouvernementales les possibilités de se créer et d'agir, dans l'ordre juridique interne mais aussi au niveau international, le droit international n'intervenant que de manière subsidiaire. Certaines ONG y parviennent en développant leurs propres ordres juridiques transnationaux, bénéficiant d'une certaine autonomie, et en contractant des partenariats public-privé originaux tels que des « accords de siège ». Cette reconnaissance particulière du rôle de certaines ONG ne doit toutefois pas conclure à l'octroi d'un « statut exceptionnel » mais elle montre qu'il est possible pour les ONG de se projeter internationalement à travers des mécanismes qui assurent la reconnaissance de leur existence juridique en dehors du cadre de leur ordre juridique d'origine et donc, dans certains cas, de s'ériger en mode original de gouvernance internationale.

Liberté de participer. La liberté de participer des ONG s'exerce pour sa part en direction des organisations internationales. La participation au dialogue intergouvernemental constitue l'un des éléments essentiels de la condition juridique des ONG en ce qui concerne leur activité internationale. Celle-ci s'exprime au travers d'une variété de statuts consultatifs, dont le plus exemplaire, développé par l'auteur, est celui du statut consultatif auprès de l'ECOSOC. Un autre élément est celui de la participation des ONG à l'instance internationale par l'octroi de la qualité d'*amicus curiae*. L'auteur s'attache à modéliser les différents mécanismes d'association des ONG à l'instance internationale à travers l'étude de plusieurs organisations internationales. Il en ressort que si les ONG ne sont pas en mesure d'introduire une action collective au niveau international, au final la procédure internationale à laquelle peuvent être associées les ONG soulèverait bien des problématiques d'*intérêt général*. Cela correspond à « une conception libérale normale du rôle de la société civile internationale, qui est celui de porter les opinions des membres des organisations non gouvernementales dans le débat public pour influencer sur les décideurs internationaux » (p. 459-460).

Toutefois, cette liberté véritable accordée aux ONG de participer au dialogue intergouvernemental et à l'instance internationale a une contrepartie : les droits participatifs qui leur sont reconnus ne sont que d'une portée limitée. Car si le droit international garantit aux ONG la *possibilité* de participer, la réalité de leur participation n'en est pas moins abandonnée à la concurrence entre les ONG participantes, privilégiant ainsi « la dimension *formelle* de la réglementation des ONG, au détriment de la *substance* de la participation militante et de l'égalité dans l'accès à l'action opérationnelle » (p. 515-516), avec toutes les incidences que cela peut avoir en termes de pluralisme et de démocratie.

Pour pallier ces défauts dont souffre ce modèle libéral « pur » qui est le modèle dominant en droit positif, l'auteur préconise une alternative, largement inspirée par la pensée du philosophe Jürgen Habermas. Il s'agit du modèle libéral « actif » – dans le sens où il ne se limite pas à garantir négativement un ensemble de libertés fondamentales. Ce modèle « réglementé » s'intéresse à la *réalité* de cette participation et cherche à mettre en place des mécanismes juridiques qui garantissent la participation réelle et équilibrée de tous les groupes intéressés. Le souhait de l'auteur est donc, pour l'avenir, celui d'un modèle libéral « actif » garantissant la réalité d'une participation au sein d'un « espace public rénové » et, par là, une démocratie véritable.

Selon les derniers mots de Joe Verhoeven dans sa préface : « On peut ne pas souscrire pleinement aux idées du philosophe, et hésiter parfois à suivre le juriste dans le dédale des ONG qu'il invite le lecteur à parcourir en s'efforçant de le guider d'une main sûre. Nul ne contestera toutefois qu'il y a là un beau travail, intelligent et séduisant », nous ajouterons qui est utile au juriste, mais aussi au politiste et au sociologue, chercheurs et praticiens qui s'intéressent à la matière.

■ **LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité***, Paris : Puf, coll. « Les voies du droit », 2010, 254 p.

Compte rendu par Tatiana GRÜNDLER (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux [CREDOF], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

À la lecture du dernier ouvrage de Danièle Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, on retrouve nombre de thèmes chers à son auteur. En cela il pourrait apparaître comme une sorte de conclusion du vaste travail de recherche déjà accompli. Pourtant, si ce texte s'inscrit effectivement dans la continuité de publications antérieures portant sur la place faite aux femmes, le statut des Juifs ou la condition des étrangers, pour ne citer que quelques exemples, il dépasse indéniablement le simple exercice de synthèse. Ainsi, des développements conséquents sont consacrés au droit international – chemins jusqu'alors moins empruntés par D. Lochak –, qu'il s'agisse de la Cour pénale internationale ou du droit d'ingérence dans sa version originale ou plus contemporaine qu'est la « responsabilité de protéger ». Au-delà de l'écho inattendu qu'il fait à l'actualité avec l'intervention en Libye sous mandat du Conseil de sécurité de l'ONU, ce détour par le droit international conduit l'auteur à mettre en exergue le poids des États au sein de la Communauté internationale et, dès lors, les tensions existant entre leur souveraineté et une certaine forme d'universalité.

Les tensions sont précisément au cœur de ce travail. Partant du constat de la multiplicité des références et usages faits de l'universalité et de la forte charge symbolique qui lui est attachée, D. Lochak se propose, comme le titre l'indique, de se servir du droit comme d'une clef d'entrée dans le concept d'universalité en s'efforçant, plus que d'en éclairer le sens, de révéler les paradoxes qui le traversent. Pour reprendre ses propres termes, le droit est présentement conçu comme un analyseur destiné à éclairer la notion d'universalité.

Pour tenter d'appréhender l'universalité, la linguistique mais également la philosophie ou les sciences dures se trouvent mobilisées. La pensée philosophique, en particulier celle des Lumières, accorde en effet une place importante à l'idée d'universalité, ce que résume cette belle citation tirée des *Pensées* de Montesquieu : « Si je savais une chose utile à ma nation qui fût ruineuse à une autre, je ne la proposerais pas à mon prince, parce que je suis homme avant d'être français (ou bien) parce que je suis nécessairement homme et que je ne suis français que par hasard. » Parmi les sciences dures, les mathématiques peuvent être vues comme universelles par nature, dans le temps et dans l'espace, comme le prouve la pérennité des théorèmes découverts par les Grecs lors de l'Antiquité. Après cette étude préliminaire indispensable retraçant les origines et le sens du concept d'universalité (I. « Saisir l'universalité »), le cœur du sujet est embrasé dans un propos décliné en quatre thèmes que sont l'égalité, les appartenances identitaires, les droits de l'homme et l'humanité.

D. Lochak commence son investigation par une réflexion sur la problématique, classique mais néanmoins fondamentale pour ce questionnement sur l'universalité, de l'égalité (II. « Quelle universalité pour quelle égalité ? »). S'appuyant sur le cas des femmes ou des Juifs, pour lesquels les progrès vers l'égalité sont allés de pair avec leur « invisibilisation », c'est-à-dire leur effacement du texte juridique, l'auteur montre en quoi le dogme de l'universalité formelle du droit – selon lequel la loi doit être aveugle aux différences – peut être une condition de l'égalité. Toutefois, des contre-exemples sont immédiatement évoqués, faisant apparaître l'insuffisance d'un tel dogme pour garantir l'universalité effective des droits. L'universalité de la norme connaît ainsi des exceptions, que l'on pense à l'esclavage ou aux colonies dans lesquelles les « indigènes » sont privés de certains droits. Elle repose en outre souvent sur une représentation normalisée de la société. En effet, la règle de droit universelle est conçue non pas à partir d'une humanité abstraite, mais d'un modèle majoritaire, « le national de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales » (p. 69). Enfin, plus subtilement, la règle théoriquement universelle peut être appliquée de façon différenciée. Ainsi en est-il du contrôle du consentement des futurs époux instauré par le législateur. Si la loi n'opère aucune distinction selon la nationalité des futurs époux, posant de façon générale l'obligation pour le maire de procéder à leur audition préalable, l'exception rendue possible dans l'hypothèse où il n'existerait aucun doute sur la réalité du consentement aboutit à ce que seuls les mariages mixtes soient en pratique étroitement contrôlés. En conséquence, l'universalité de la norme ne permet pas mécaniquement l'égalité réelle. Il peut au contraire s'avérer nécessaire de rompre avec l'universalité abstraite de la norme juridique pour parvenir à l'égalité recherchée.

Dans une telle optique, la théorie des « accommodements raisonnables », en cours au Canada depuis le milieu des années 1980, offre un outil précieux et pourtant méconnu en France de réflexion sur les limites que l'on peut être conduit à apporter à l'universalité abstraite de façon à ce que celle-ci ne soit pas source de discrimination indirecte sans pour autant renoncer à l'idéal universaliste. Prosaïquement, il s'agit « d'aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement préférentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme » (p. 85).

Dans le prolongement de ce questionnement relatif à l'égalité, le thème des appartenances identitaires est abordé (III. « L'universalité à l'épreuve des appartenances identitaires »). Si les deux sujets présentent une parenté évidente, ils se distinguent par leur ampleur. Alors que, dans une perspective égalitaire, l'entorse à l'universalité de la norme est conçue comme transitoire, le temps de parvenir à une égalité réelle, la dérogation revendiquée, et parfois accordée, aux minorités et/ou peuples autochtones se veut pérenne. D. Lochak souligne ici le paradoxe qu'elle avait déjà pu mettre en évidence selon lequel la France, qui refuse vigoureusement le multiculturalisme pratiqué par certains États et véhiculé aujourd'hui par les instances onusiennes, met en œuvre une gestion pragmatique des différences. Les illustrations foisonnent de cette prise en compte des différences, qu'elles concernent les groupes confessionnels, les minorités linguistiques ou les peuples d'outre-mer.

Est ensuite traité le sujet qui pouvait *a priori* apparaître central dans cette entreprise d'appréhension par le droit du concept et de ses tensions internes, à savoir l'universalité des droits de l'homme (IV. « L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? ») – central pour l'auteur, inlassable combattante en faveur des droits de l'homme, mais central aussi et surtout parce que, précisément, ces droits sont par essence universels, que ce soit en vertu d'un supposé droit naturel ou de la dignité humaine. Une telle prétention universaliste que l'internationalisation du droit des droits de l'homme, tout à la fois, reconnaît et favorise, se heurte à la diversité culturelle. C'est pourquoi, au nom du relativisme culturel, différentes voix s'élèvent contre la prétendue universalité de ces droits. Ainsi en est-il de la « critique tiers-mondiste » portée par des États qui, depuis leur indépendance, voient dans les droits de l'homme, tels qu'ils sont reconnus par le droit positif, une forme de néocolonialisme, de la « critique asiatiste » qui insiste sur le décalage entre la dimension essentiellement individuelle de ces droits et le caractère holiste des sociétés asiatiques ou encore de la critique religieuse du fait de la non-prise en compte de la « loi » que constitue, selon certains États, la charia islamique. Sans nier la réalité de la problématique posée par les tenants du relativisme culturel, D. Lochak en réduit néanmoins la portée en rappelant utilement, d'une part, que cette dénonciation est systématiquement instrumentalisée par des régimes non démocratiques et, d'autre part, qu'à l'inverse le caractère universel des droits de l'homme n'est jamais discuté par ceux qui luttent contre les dictatures.

Cette recherche conduit enfin l'auteur à s'intéresser au droit international dont l'ambition est fondamentalement universelle mais qui se heurte à la souveraineté des États. Malgré cet obstacle, force est de reconnaître que l'universalité progresse à

travers la figure de l'humanité (V. « La résurgence de l'humanité comme figure de l'universel »). Celle-ci est en effet de façon croissante prise en compte par le droit devenant un objet à protéger. Une telle protection implique de juger les atteintes pouvant lui être portées, en particulier les crimes contre l'humanité, selon des mécanismes de plus en plus perfectionnés, que l'on pense à la compétence universelle ou à la Cour pénale internationale. Elle exige également d'empêcher les violations graves des droits de l'homme que peut subir une population. Si la légitimité d'un tel objectif est difficilement contestable, sa conciliation avec le principe de souveraineté des États est pour le moins délicate. C'est ce que tente pourtant de réaliser la théorie de « responsabilité de protéger ». Elle reconnaît certes le devoir de l'État de protéger sa population contre les crimes les plus graves que sont les génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et nettoyages ethniques, mais admet également que la Communauté internationale puisse venir en aide à la population civile, notamment lorsque l'État est à l'origine de telles exactions. Cet exemple annonce, tout comme les notions de patrimoine commun de l'humanité ou de biens publics mondiaux – présentées en toute fin d'ouvrage –, l'émergence d'une solidarité au niveau international donnant corps à l'idée d'universalité.

Le mérite de cette étude réside sans aucun doute dans la mise en évidence de la complexité des problématiques traversant l'universalité qui sont autant de questions posées au juriste sur le rôle et le sens de la norme et, plus largement, au citoyen sur le vivre ensemble. En effet, l'envisageant au moyen d'un large spectre, D. Lochak offre au lecteur une vision complète des approches juridiques possibles de l'universalité. Tout au plus peut-on remarquer l'absence d'évocation, s'agissant de l'universalité des droits de l'homme, de l'ambivalence que constitue la régionalisation des systèmes de protection des droits de l'homme, considérée parfois comme un vecteur d'universalisation mais pouvant également être perçue comme une alternative à ce mouvement. Sous cette réserve, par l'analyse minutieuse qu'elle livre des approches juridiques de l'universalité, D. Lochak débusque les paradoxes et les contradictions de la société dans son approche des différences et pousse le lecteur dans des abîmes de réflexion le mettant devant ses propres contradictions intellectuelles et politiques. Si, indéniablement, *Le droit et les paradoxes de l'universalité* invite et même oblige à la réflexion, il le fait par la richesse des champs étudiés et l'analyse fouillée des débats contemporains (parité, discriminations positives, statistiques ethniques) questionnant le vivre ensemble et non par la défense d'une thèse. Pour cette raison, le lecteur pourra éventuellement nourrir le regret de ne pas saisir, autrement qu'incidemment, la position de l'auteur, en particulier sur sa préférence entre les tenants du modèle républicain universaliste et les partisans d'un communautarisme différencialiste. Force est d'admettre, pour conclure, qu'en faisant un tel choix, celui de la démarche scientifique et non de l'essai, D. Lochak n'assène aucune certitude, mais donne les clefs indispensables pour accéder à la compréhension, elle-même nécessaire pour que chaque lecteur puisse forger sa propre pensée, telle l'enseignante qu'elle continue d'être.

- NEERGAARD Ulla, NIELSEN Ruth et ROSEBERRY Lynn (eds.), *European Legal Method. Paradoxes and Revitalization*, Copenhague : Djoef Publishing, 2011, 378 p.

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Centre de théorie et analyse du droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

La doctrine juridique communautaire doit-elle renouveler ses thématiques traditionnelles de réflexion ? C'est à cette interrogation stimulante qu'invite le présent ouvrage. Issu de travaux tenus lors d'un colloque organisé conjointement par la Business School et l'Université de Copenhague, l'ouvrage *European Legal Method. Paradoxes and Revitalization* entame une réflexion sans doute amenée à s'amplifier au sein de la doctrine communautaire. Avant d'en venir au sujet, il convient préalablement de saluer la publication en langue anglaise de travaux qui permettent de se faire une idée globale de l'état de la recherche sur le droit de l'Union européenne. Au-delà d'une approche traditionnelle que l'on pourrait qualifier – pour parler dans le langage d'un théoricien du droit – de dogmatique, le présent ouvrage fait aussi appel à des réflexions méthodologiques critiques pour la plupart, dans la tradition du réalisme scandinave.

Il est impossible, dans le cadre de cette rubrique, de rendre compte de façon exhaustive des différents thèmes abordés. Au risque d'être partial, on focalisera le propos sur les problématiques qui, de notre point de vue, sont apparues les plus fécondes. Sur la forme, l'ouvrage comprend deux parties : l'une théorique, l'autre pratique. En dépit de leur caractère hétérogène, les neuf contributions sont liées par une réflexion commune autour de la méthodologie juridique communautaire. On plonge ici au cœur du sujet. Précisément, que faut-il entendre par « méthodologie juridique communautaire ? » En effet, nul doute qu'il s'agit là d'une expression polysémique à plus d'un titre, susceptible de faire appel à plusieurs points de vue distincts, ainsi que le démontre la contribution des professeurs Rob Van Gestel et Hans-W. Micklitz.

Pour ces auteurs, penser une méthodologie juridique communautaire, c'est d'abord interroger les discours doctrinaux sur le droit communautaire. Ce qui implique d'interroger le sens profond d'un certain nombre de présupposés doctrinaux, entre autres l'attachement si prononcé en faveur de la séparation entre droit et politique. Pour Van Gestel et Micklitz, la recherche en droit communautaire aurait jusqu'à présent été dominée par une approche qu'ils qualifient « d'instrumentale ». Les sujets traités par les universitaires restent souvent ancillaires des orientations politiques des principaux acteurs de l'Union européenne. Plusieurs contraintes institutionnelles y participent : celles liées aux objectifs des fondations qui financent la recherche, celles relatives à la politique éditoriale des revues spécialisées ou encore celles en lien avec le rayonnement de certaines facultés. Ainsi, au lieu d'élaborer un agenda de recherche autonome, la recherche universitaire reste souvent prisonnière des priorités jurisprudentielles de la Cour de justice, des politiques de la Commission, du Conseil ou du Parlement. Dès lors, il n'est pas étonnant que la production doctrinale partage souvent les mêmes idéologies que celles véhiculées par le discours des acteurs politiques et des juges (p. 39). Cette influence n'est pas dénuée d'explications.

Les débuts de la construction communautaire – que les auteurs qualifient d'intégration par le droit – ont en effet été marqués par un engouement pour la réalisation du marché commun. La doctrine communautariste, souvent pro-européenne, aurait largement apporté son soutien à ce projet après 1986. En retour, la Commission européenne a fourni son appui financier aux projets de recherche touchant au marché commun. Dans ce contexte, tout recul critique à l'égard de la construction communautaire a systématiquement été mis en minorité. Par la suite et au début des années 2000, l'intégration par le droit aurait fait place à une intégration « sans le droit », notamment par l'introduction de la méthode ouverte de coordination. La justification de la construction communautaire s'est par conséquent appuyée sur des concepts prescrits par la science politique et l'analyse économique : « régulation », « gouvernance », « gouvernance à multiples niveaux », etc. Ce faisant, la Commission européenne a davantage apporté son financement aux programmes pluridisciplinaires – *Law and Economics*, par exemple – ou centrés sur des réflexions relatives aux droits fondamentaux.

La réflexion sur la méthode juridique communautaire est l'occasion pour les auteurs d'appeler la doctrine communautariste à une réorientation de ses priorités de recherche tant dans l'attention qu'elle porte aux problèmes méthodologiques que dans son recul critique vis-à-vis des principaux acteurs de la politique communautaire. Ainsi, selon l'acception qu'en proposent les auteurs, « méthodologie juridique européenne » signifie interrogation et remise en question des principales orientations actuelles de la doctrine communautaire.

Comme l'indique par ailleurs Denis Patterson, employer l'expression de méthodologie juridique communautaire dans ce premier sens revient au préalable à identifier les points « méthodologiques » susceptibles de faire débat. Un consensus sur les outils théoriques d'une méthode s'avère au préalable nécessaire – principalement s'agissant de la résolution des cas complexes. Patterson, partisan d'un réalisme « modéré », estime que le besoin d'interprétation – et donc de méthode – se fait ressentir lorsque des questions complexes surgissent concernant la manière de pratiquer le droit au quotidien (p. 236). Patterson se détache toutefois du propos de Van Gestel et Micklitz lorsqu'il admet que le contenu de la « méthode juridique communautaire » – comprise cette fois-ci comme un ensemble de discours dogmatiques sur le droit communautaire – est loin de faire consensus.

Pourtant il apparaît, au regard des différentes contributions, que la signification de l'expression « méthodologie juridique communautaire » se confond avec celle du discours des acteurs qui interprètent le droit communautaire. Cette acception semble de loin la plus répandue. D'aucuns – Ruth Nielsen et Ulla Neergaard – entendent par « méthodologie juridique communautaire » l'analyse des modes d'argumentation de la Cour de justice. Longtemps, l'une des particularités de la jurisprudence communautaire fut la référence à l'argumentation téléologique. Néanmoins, et contrairement à une idée répandue, ce mode d'argumentation n'a pas toujours dominé la jurisprudence des premières années de la Cour. Il serait d'ailleurs de moins en moins utilisé à mesure que les « lacunes » liées à l'interprétation des traités se résorbent. Les auteurs interprètent les causes de cette résorption de la manière suivante : la volonté de la Cour de centraliser l'interprétation du droit communautaire aurait, au

fil des élargissements successifs, cédé la place à une politique plus décentralisatrice. Par là, la Cour aurait cherché à accorder plus de marges de manœuvre aux interprètes nationaux. Ce passage d'une approche verticale à une approche horizontale rejoindrait les enseignements actuels sur la « gouvernance à multiples niveaux » qui se met progressivement en place au sein de l'Union européenne.

À ce titre, les rapports entre les droits nationaux et le droit communautaire restent complexes. Le juge suédois s'approprie, par exemple, le droit communautaire sans nécessairement en faire mention ; la Cour constitutionnelle tchèque, de son côté, a récemment posé à titre préjudiciel la question de la compatibilité de la constitution avec le traité de Lisbonne. Le juge anglais quant à lui établit, dans le domaine du droit du travail, une séparation nette entre le droit national et le droit communautaire. Enfin, les juges français, notamment la Cour de cassation, font de plus en plus appel, à l'image des juges européens (Cour européenne des droits de l'homme ou Cour de justice) à une multiplicité de sources européennes et internationales, dans le but de renforcer leur pouvoir discrétionnaire.

Il n'est pas sûr, en refermant l'ouvrage, que le lecteur ait eu la conviction d'avoir trouvé un sens univoque à l'expression « méthodologie juridique communautaire », celle-ci étant souvent tenue pour évidente. Par méthodologie communautaire, il semble plutôt que la plupart des contributeurs de l'ouvrage aient voulu traiter des problématiques contemporaines propres au droit communautaire reconnu désormais comme une « discipline »⁵² à part entière au sein de la communauté académique. En revanche, le particularisme de l'objet et de la méthode abordés semblent être tenu pour acquis. Car parler de méthode implique au préalable de construire un objet autonome dont on puisse déduire un certain nombre de spécificités. Il s'agit là d'un débat somme toute classique en droit communautaire, lequel est loin de faire l'unanimité⁵³ : en quoi les modes de raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne diffèrent-ils de ceux de la Cour européenne des droits de l'homme ? Certes, afin de singulariser l'objet communautaire, on avance régulièrement – entre autres – la primauté et l'effet direct dans le but de montrer que le droit de l'Union européenne n'est en rien apparenté au droit international ou interne. Mais ces différents traits caractéristiques suffisent-ils à considérer le droit communautaire comme un objet autonome à part entière ? Personne ne nie qu'il existe en droit positif des normes communautaires produites par des acteurs, habilités en ce sens par les traités, lesquels déterminent à leur tour les compétences de l'Union européenne. À vrai dire, le doute s'installe moins sur l'existence d'un tel ensemble de normes – que, par convention de langage, on s'accorde à qualifier de « communautaire » – que sur leur singularité. Le droit communautaire comporte indéniablement des caractéristiques propres ; mais ces dernières sont-elles à ce point prononcées qu'il soit aujourd'hui permis de parler – notamment par référé-

52. Le terme « discipline » s'entend ici dans un sens très général de spécialité. La philosophie et la sociologie des sciences en font un usage très différent : Jean BOUTIER, Jean-Claude PASSERON et Jacques REVEL (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Paris : éditions de l'EHESS, 2006.

53. Pour une discussion de la singularité du droit communautaire en comparaison à d'autres ordres juridiques, voir Karen J. ALTER, « The European Court and Legal Integration: An Exceptional Story or Harbinger of the Future? », in ID., *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 32-44.

rence à la jurisprudence de la Cour de justice – d'une méthodologie juridique communautaire autonome ? On avouera ne pas partager ce dernier point de vue.

À la différence de la science politique dont les discours sur l'intégration européenne comprennent plusieurs courants et débats méthodologiques (rationalistes, néo-fonctionnalistes, inter-gouvernementalistes, institutionnalistes, constructivistes, etc.)⁵⁴, l'ouvrage n'aborde pas la question de la « méthode » en terme méta-théorique d'analyse des outils théoriques pertinents susceptibles d'expliquer les choix jurisprudentiels ou politiques des acteurs communautaires.

Ici, il convient de distinguer l'autonomie académique, revendiquée avec succès depuis maintenant plusieurs années par un certain nombre de juristes communautaristes, de l'autonomie entendue comme méthodologique spécifique appliquée à un objet. Doit-on prendre l'affirmation d'une méthodologie juridique communautaire dans ce second sens pour argent comptant ou considérer que l'emploi de cette expression présuppose l'adhésion à un certain nombre de valeurs sous-jacentes à la réalisation d'un ordre communautaire autonome ? Si l'on admet la deuxième proposition, aujourd'hui accréditée par nombre de travaux de la science politique, la reconnaissance d'une méthodologie juridique communautaire découle d'un jugement de valeur préalable et non pas d'une méthode d'analyse spécifique du droit communautaire. Son apparition et son évolution appellent un travail épistémologique quant à la genèse et la spécialisation de cette matière au sein de la discipline juridique⁵⁵. Sous cet angle, *European Legal Method* ouvre, d'un point de vue épistémologique, de nombreuses perspectives de réflexion⁵⁶. Mais l'ouvrage souligne surtout l'importance d'un véritable débat théorique – qui apparaît désormais incontournable – sur l'opportunité d'une méthodologie juridique appliquée au droit communautaire ouverte aux autres sciences sociales.

■ **PÉDROT Philippe, *Les seuils de la vie. Biomédecine et droit du vivant*, Paris : Odile Jacob, 2010, 189 p.**

Compte rendu par Muriel FABRE-MAGNAN (Université Paris I Panthéon-Sorbonne).

Le titre même du livre de Philippe Pédrot annonce l'alliance de l'effort pédagogique et de la rigueur du propos. Effort pédagogique nécessaire, car les questions complexes qui nous assaillent aujourd'hui concernent inéluctablement tout un chacun : la naissance, la vie et la mort (ce que l'auteur appelle les « seuils » de la

54. Voir, en ce sens, Sabine SARUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris : Presses Sciences Po, 2009.

55. Pierre BOURDIEU, « Le champ scientifique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2-3, 1976, p. 88-104 ; Pierre FAVRE, « Retour à la question de l'objet ou faut-il disqualifier la notion de discipline ? », *Politix*, 29, 1995, p. 141-157.

56. Karen J. ALTER, « Jurist Advocacy Movements in Europe: The Role of Euro-Law Associations in European Integration (1953-1975) », in ID., *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 63-91 ; Antonin COHEN et Antoine VAUCHEZ, « Les juristes et l'ordre politique européen », *Critique internationale*, 26, 2006, p. 97-158 ; Antonin COHEN, « Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s-1960s) », *Law and Social Inquiry*, 32 (1), 2007, p. 109-135 ; Antoine VAUCHEZ, « The Force of a Weak Field: Law and Lawyers in the Government of the European Union », *International Political Sociology*, 2 (2), 2008, p. 128-144.

vie). Ces questions apparues avec la biomédecine relèvent bien du droit, c'est-à-dire de la nécessité, contestée et pourtant essentielle, de s'accorder sur un sens commun et un bien commun. Il ne s'agit donc pas seulement d'éthique ou de bioéthique, pris dans leur sens mou et flou de choix individuels qui, par définition, sont alors éminemment subjectifs. Chacun a fort heureusement une liberté de conscience et peut choisir ses valeurs et la façon de mener sa vie, mais le rôle du droit est au-delà. Il faut plus qu'une multiplicité d'individus pour faire une société.

Le droit occupe d'ailleurs aujourd'hui le devant de la scène, et il est sommé de répondre à ces questions de vie et de mort. Cette soudaine publicité s'accompagne de sa dilution, le droit étant ramené sur le même plan que toutes les autres disciplines, comme un des outils parmi d'autres pour résoudre les cas difficiles. Ce n'est pas dire que le droit devrait avoir la préséance, mais qu'il présente des enjeux et des mécanismes propres. Le très grand mérite du livre de Ph. Pédrot est qu'il passe en revue tous ces grands débats de façon accessible à un grand public, mais sans pour autant renoncer à en analyser les arcanes techniques les plus subtiles, et surtout sans renier la spécificité de la normativité juridique. Cette grande exigence intellectuelle face à un exercice périlleux rend son livre particulièrement précieux pour comprendre de quoi il est question, c'est-à-dire ce qui est en jeu dans le droit du vivant.

Le livre est ordonné en chapitres consacrés successivement à toutes les grandes questions (« Déterminer le seuil d'entrée dans la vie », « Réparer le préjudice né de la vie », « Peut-on contrôler la qualité de la vie ? », « L'être prénatal est-il protégé par le droit ? », « Peut-on protéger la personne contre elle-même ? », « L'autonomie de la personne est-elle absolue ? », « Le corps humain est-il appropriable ? », « La maternité de substitution est-elle légitime ? », « Existe-t-il un "droit à la mort" ? », « Le droit doit-il déterminer le seuil du raisonnable ? »). À l'occasion de chaque question, les affaires médiatiques ayant été soumises aux tribunaux sont rappelées avec précision et remises dans leur contexte. L'auteur connaît parfaitement le contentieux français mais aussi étranger, en particulier américain. Ceux qui s'intéressent à ces débats trouveront dès lors dans ce livre de quoi nourrir leur réflexion : des sources juridiques précises et pertinentes, mais aussi des références à des sources philosophiques, sociologiques ou encore anthropologiques. Ph. Pédrot est un juriste cultivé, et de grands penseurs contemporains précieux pour le débat sont mobilisés (Canguilhem, Castoriadis, Habermas, ou encore Ricœur).

L'auteur insiste sur l'importance du choix des mots. Des philologues comme Klemperer ou des romanciers comme Orwell l'ont montré pour les régimes totalitaires, mais l'analyse vaut aussi pour le monde contemporain, *a fortiori* en droit où les mots de la loi sont souvent des qualifications juridiques qui conduisent à l'application d'un régime propre. Selon que l'on parle de « mères porteuses » ou de « gestation pour autrui », on associe l'institution dans l'esprit du public à un contexte de marchandisation ou d'altruisme ; lorsque la Cour suprême du New Jersey parle quant à elle de « servitude volontaire », c'est pour invoquer le XIII^e amendement de la Constitution abolissant l'esclavage. Il y a beaucoup à dire aussi sur les « bébés-médicaments », qualifiés aujourd'hui de « bébés de l'espoir ». Le vocabulaire choisi tente d'insinuer l'idée que le bonheur est à la clef, et que les

nouvelles prouesses techniques feront disparaître tout négatif. Comme s'il n'y avait pas toujours un prix à payer.

Le bilan des nouveautés biomédicales ne peut pourtant être que nuancé et, si les appréciations sont souvent tranchées, Ph. Pédrot montre très bien qu'elles ne sont en réalité pas incompatibles, mais décrivent les deux aspects simultanés de l'évolution de notre société : les nouveautés techniques sont porteuses tout à la fois de progrès dans la qualité de la vie ou l'autonomie individuelle et, dans le même temps, d'une transformation des êtres humains en objets et en marchandises. Le choix de vivre dans une société où l'on respecte davantage le droit des individus à choisir leur propre « bien » ne doit dès lors pas conduire à oublier la nécessaire protection contre la vulnérabilité de la personne et la fonction symbolique du droit. L'auteur montre d'ailleurs que l'évolution de la société n'est pas sans paradoxe : « Plus on avance dans l'égalité, nous dit-il, plus ce qui reste d'inégalité dans les relations entre individus est jugé inacceptable ; plus on jouit de la liberté, plus on se plaint des quelques contraintes qui subsistent. »

L'auteur aborde enfin avec courage la question la plus complexe qui est celle des raisons d'interdire. Il remet bien cette question dans le contexte d'un monde moderne de pluralité des valeurs. Tous ces cas difficiles se discutent et il ne s'agit pas de porter un jugement moral définitif sur une position ou une autre. Souvent d'ailleurs, il montre que le choix n'est pas entre le bon et le mauvais, mais entre le mauvais et le moins mauvais. Le monde a changé, et l'éthique de discussion imprègne les débats contemporains. Il n'empêche que le juriste doit décider, et donc porter des jugements de valeur, au moins provisoires. Le droit se retrouve alors au premier rang des accusés car il est tenu de trancher sans pouvoir attendre indéfiniment, ni se réfugier derrière le caractère insoluble de certaines de ces questions (on sait que, selon le célèbre article 4 du Code civil, le juge qui refuserait de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourrait être poursuivi comme coupable de déni de justice). L'auteur se reconnaît alors dans la fonction anthropologique du droit, qui voit le droit comme un des moyens de rendre le monde habitable. Ce n'est en effet « pas seulement le corps dans son identité et son intégrité qui est affecté par ces pratiques scientifiques, mais c'est aussi [...] notre psychisme lui-même ».

La difficulté du débat est que les arguments échangés ne sont pas de l'ordre du démontrable. Il est impossible d'apporter la démonstration péremptoire et définitive des dangers d'une nouvelle pratique sur l'être humain ou la société. D'autant que le plus souvent, ce n'est pas une seule de ces pratiques isolées qui peut poser véritablement problème, mais l'ensemble mis bout à bout. Dès lors, face à l'apaisement que chaque nouvelle technique apportera à des personnes souffrantes ou en mal d'enfants, les inconvénients opposés apparaissent soit excessifs, soit incantatoires. Ph. Pédrot entreprend tout de même d'essayer de convaincre que la technicisation à outrance fait perdre de vue l'homme, notamment l'homme souffrant ou en fin de vie, et conduit à une normalisation progressive du vivant. Ainsi, par exemple, la reconnaissance d'un droit de mourir impliquerait l'élaboration d'un seuil au-delà duquel le droit reconnaîtrait la légitimité d'une assistance à mourir, et

donc qu'une vie ne vaut plus la peine d'être vécue. Une telle assertion est-elle compatible avec l'égalité de tous les êtres humains, et surtout à quelle instance confier un tel jugement dernier ?

Là encore, il faut comprendre que les affirmations du droit ont des effets particuliers sur la société – des effets instituants – et qu'il faut tenir bon sur quelques principes pour contenir les risques de dérive. Ce n'est pas parce qu'il existe *en fait* des violations du principe d'égalité des êtres humains ou du principe de non-marchandisation du corps humain, qu'il faut abandonner ces principes, tout au contraire. L'égalité hommes/femmes ne serait-elle pas encore moins respectée si le droit n'en posait pas aussi fermement le principe ?

L'auteur conclut que les juges sont devenus par nécessité des philosophes du droit, statuant sur les interprétations ultimes des valeurs de nos sociétés. On voit alors les risques de l'impérialisme juridique, mais on voit moins l'impérialisme et la normativité à l'œuvre dans le pouvoir biomédical lorsque les possibilités techniques ou médicales dictent les normes de vie des sujets. Dès lors, insiste l'auteur, « il ne s'agit pas tant de savoir comment le droit peut décider de façon trop abrupte du devenir de la médecine, mais de se demander comment la médecine peut éviter de décider, en particulier dans les cas extrêmes, de l'ensemble des problèmes juridiques ».

Rendre à chacun le sien, disait la sagesse romaine.

- QUIROZ VITALE Marco A. (ed.), *Il difensore civico e la burocrazia. Diritto, discrezionalità e controllo / The Ombudsman and Bureaucracy. Law, Discretion and Control*, Milan : Mimesis, coll. « Law without law », 2010, 205 p. / 195 p.

Compte rendu par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux [CREDOF], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

L'ouvrage dirigé par Marco A. Quiroz Vitale retient tout d'abord l'attention par sa formule éditoriale. Deux ouvrages en un : côté pile les textes sont publiés en italien, côté face en anglais. Il s'agit ainsi, selon les propos du directeur de l'ouvrage, de conserver les finesses de raisonnement et d'expression que peuvent se permettre les auteurs en écrivant dans leur langue maternelle, tout en contribuant à la diffusion et à la communication internationale de la pensée par l'intermédiaire de l'anglais. L'expérience s'avère concluante et pourrait être sans mal reproduite dans d'autres États soucieux de sauvegarder l'usage de leur langue officielle, tout en assurant une accessibilité internationale des travaux scientifiques de leurs chercheurs.

Mais l'intérêt de l'ouvrage, intitulé donc à la fois *The ombudsman and bureaucracy. Law, discretion and control* et *Il difensore civico e la burocrazia. Diritto, discrezionalità e controllo*, ne s'arrête pas à son bilinguisme. Sa lecture arrive pour le lecteur français à un moment particulièrement opportun. À l'heure où la création d'un Défenseur des droits par la révision constitutionnelle de juillet 2008 entre en vigueur avec l'adoption définitive de la loi organique la mettant en œuvre, l'ouvrage dirigé par M. A. Quiroz Vitale offre un excellent terrain de réflexion à la fois théorique et pratique, juridique et sociologique, national et comparatif, sur un type

d'institution que les contributeurs choisissent d'appeler génériquement « *ombudsman* » dans la version anglaise et « *difensore civico* » dans la version italienne.

Après une introduction de M. A. Quiroz Vitale qui présente la démarche générale de l'ouvrage, celui-ci comprend sept articles qui portent successivement sur les formes que prennent les *ombudsmans* dans le monde, leur histoire et leur pouvoir (M. A. Quiroz Vitale), sur le droit et le pouvoir discrétionnaire des décideurs publics (A. Renteria Diaz), sur l'*ombudsman* néerlandais et la spécificité de son mode de contrôle au regard de celui exercé par les juges (M. Hertogh), sur les concepts d'actes illicites et d'abus commis par la bureaucratie administrative (M. L. Ghezzi), sur le défenseur civique italien et l'abus de droit dans la jurisprudence administrative (L. Pannarale), sur les nécessités de repenser le rôle du défenseur civique italien (S. Animalì) et, enfin, sur les perspectives de redéfinition d'une action administrative conférant une place accrue à la participation du public (C. Pennisi). Les analyses se situent essentiellement dans le champ de la sociologie du droit, ce qui, par delà les spécificités des angles d'attaque propres à chacun des auteurs, confère à l'ouvrage une certaine homogénéité théorique. En se situant ainsi dans le champ de la sociologie du droit, les contributeurs ne proposent pas seulement une description des normes qui instituent et encadrent les pouvoirs des *ombudsmans*. Ils s'engagent dans des analyses de la spécificité de leur mode d'intervention face à l'administration, de leur légitimité et de l'efficacité de leur mode d'intervention.

Si, en raison de la nationalité des contributeurs, l'ouvrage développe surtout les cas des « défenseurs civiques italiens » institués localement et de l'*ombudsman* néerlandais, l'intérêt des analyses proposées dépasse largement les cadres nationaux de référence. C'est ainsi notamment que l'article de M. A. Quiroz Vitale (p. 20 et suiv.) dresse une typologie comparative des formes d'*ombudsmans* institués dans le monde et de leurs pouvoirs.

Plusieurs idées-forces développées dans les différents articles qui composent le volume retiendront l'attention. Les contributeurs partent tous, à juste titre, de l'idée que la fonction d'exécution du droit confiée aux administrations ne correspond pas – et n'a sans doute jamais correspondu – au modèle idéalisé de l'application mécanique et syllogistique du droit. Le raisonnement vaut aussi analogiquement pour la fonction juridictionnelle. La contribution d'A. R. Diaz (p. 63) se fait ainsi l'écho des critiques adressées aux représentations classiques des processus d'application et d'exécution du droit. Elle montre, en s'appuyant sur les analyses de H. Kelsen, de J. Wroblewski ou de R. Guastini, que toute application des textes juridiques suppose une opération d'interprétation qui laisse ouverts des jeux possibles avec les énoncés. Cela est dû non seulement à la plus ou moins grande précision des textes juridiques qu'il s'agit d'appliquer, mais aussi au caractère inédit des circonstances qui se présentent aux autorités d'application. Lorsqu'elles décident, celles-ci donnent aux textes une signification parmi plusieurs possibles, elles évaluent et qualifient les faits ; bref, elles opèrent des choix qui procèdent inévitablement d'actes de volonté. Dès lors, l'un des problèmes qui se posent aux juristes et, en particulier aux sociologues du droit, est d'analyser comment s'opèrent ces choix, comment les autorités d'application font usage de leur pouvoir d'appréciation. Plus

avant, comment faire le départ entre une décision administrative qui reste dans le cadre d'un exercice légal du pouvoir discrétionnaire et celle qui relève de l'arbitraire, de l'abus de pouvoir et peut alors être considérée comme illégale ?

R. Diaz comme M. L. Ghezzi mettent particulièrement bien en évidence le fait que les frontières entre ce qui peut être conçu comme une appréciation discrétionnaire légale et, au contraire, ce qui peut apparaître comme un usage arbitraire et abusif du pouvoir sont parfois ténues. Les concepts d'« arbitraire », de « pouvoir discrétionnaire » ou d'« abus » sont flous et peuvent faire l'objet de conceptions variables. Une des tâches des juristes et des sociologues du droit consiste alors à analyser la façon dont, dans un ordre juridique donné, sont fixés et construits les cadres de ce qui sera considéré comme relevant d'un pouvoir discrétionnaire légal et de ce qui est déclassé au rang de l'arbitraire illégal. Pour cela, il est nécessaire d'analyser qui sont et comment opèrent les acteurs habilités à déterminer ces concepts et à les opposer à l'administration. C'est ainsi que l'ouvrage propose de se pencher tout particulièrement sur le contrôle exercé par les *ombudsmans*, et de montrer sa spécificité à l'égard de celui opéré traditionnellement par les juges. Trois traits au moins caractérisent alors l'action des *ombudsmans*.

En premier lieu, tandis que les juges exercent un contrôle de type coercitif ayant le cas échéant pour issue une sanction, les *ombudsmans* n'ont en général pas un tel pouvoir, ce qu'ils compensent par un mode d'intervention de type coopératif. Plus pédagogique, plus attentif aux arguments des parties, plus souple quant à la définition des remèdes destinés à mettre fin aux désagréments subis par les administrés, l'*ombudsman* est placé dans une position institutionnelle qui lui permet souvent d'obtenir des résultats plus effectifs et efficaces que les juges (voir pour le cas hollandais, M. Hertogh, p. 93). En deuxième lieu, les *ombudsmans* n'interviennent pas seulement pour des cas d'illégalité comme le font les juges, mais aussi contre toutes les formes de « maladministration » et de désagréments bureaucratiques. Or ceux-ci peuvent résulter d'inattentions, de lenteurs, de mauvaises volontés qui ne présentent, sur le plan juridique, aucune illégalité (L. Ghezzi, p. 117). En troisième lieu, la création d'*ombudsmans* intervient un peu partout dans un contexte institutionnel valorisant la démocratisation de l'administration. Celle-ci passe notamment par la création de formes nouvelles de participation des administrés dans la vie administrative. Les *ombudsmans* participent de ce mouvement et ont été conçus comme l'un des premiers instruments de construction d'un dialogue entre les services administratifs et les administrés (C. Pennisi, p. 173).

Il est tentant d'ajouter que les témoignages des difficultés que rencontrent en Italie les défenseurs civiques à s'imposer et des barrages qui sont parfois dressés contre cette institution elle-même (nominations retardées, tentation de nommer des amis politiques, mise à disposition tardive des moyens nécessaires à leur installation...) constituent, *a contrario*, un facteur confortant la nécessité de leur institutionnalisation (contributions de L. Pannarale, p. 139, de S. Animalì, p. 151 et de C. Pennisi, p. 173). En Italie, comme ailleurs, les administrations nationales ou locales manifestent souvent des réticences à être contrôlées, ce qui suffit aux yeux des

auteurs à justifier que, dans les sociétés démocratiques contemporaines, elles le soient sous les formes les plus variées.

- **ROBITAILLE David, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain***, Bruxelles : Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2011, 323 p.

Compte rendu par Adélaïde REMICHE (Centre de droit public, Université Libre de Bruxelles).

Dans son excellent ouvrage *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, David Robitaille nous invite à saisir comment des dispositions constitutionnelles qu'il qualifie de symboliques, telles que celles consacrant les droits économiques et sociaux, peuvent, par le « pouvoir transformateur du juge », devenir de véritables normes juridiques. C'est à cette fin qu'il est proposé de distinguer, définir et discuter les notions de *juridicité* et de *normativité*.

D. Robitaille définit la juridicité comme la caractéristique des règles « rattachées, directement ou indirectement, à l'ordre juridique »⁵⁷ alors qu'il propose de comprendre la normativité juridique comme nécessitant « qu'une sanction juridique soit prévue et qu'elle puisse être imposée lorsque les individus ne se comportent pas conformément à la norme »⁵⁸. Cette distinction entre juridicité et normativité permet de penser qu'une disposition peut être juridique sans nécessairement être normative. S'il existe donc une frontière entre le juridique et le normatif, D. Robitaille refuse de la considérer comme étanche. Au contraire, il démontre que le juge peut, « par le pouvoir ou le jeu de l'interprétation »⁵⁹, amener une règle juridique à franchir la frontière de la normativité. Cette démonstration nécessitait que l'auteur nous montre que ce que les juges « *font* réellement en pratique »⁶⁰, c'est de co-écrire la norme, et non pas simplement d'en découvrir le sens qui aurait été entièrement prédéterminé par le législateur. D. Robitaille refuse, en effet, de ne voir dans l'interprétation qu'une découverte ou un acte de connaissance. Au contraire, il comprend le processus interprétatif nécessairement comme une construction dans laquelle le juge entre en dialogue avec le législateur afin d'élaborer le sens de la disposition interprétée. Ainsi, l'interprète est co-auteur de la norme, même lorsqu'il ne le reconnaît pas et qu'il, pour reprendre l'image de François Ost, refoule l'interprétation opérée⁶¹. C'est parce que le sens d'un texte n'est jamais entièrement dé-

57. David ROBITAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, op. cit., p. 38. L'auteur parle de rattachement direct lorsque la règle est reconnue par voie législative ou réglementaire et de rattachement indirect lorsque l'intervention d'une juridiction est nécessaire pour fonder le rattachement de la règle à l'ordre juridique. Ainsi en va-t-il, par exemple, des règles coutumières ou des principes généraux de droit (p. 41).

58. *Ibid.*, p. 53.

59. *Ibid.*, p. 116.

60. *Ibid.*, p. 77 (italique de l'auteur).

61. François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications des FUSL, 1978.

terminé par son auteur et qu'il doit nécessairement être co-déterminé par son interprète que le juge peut participer à donner un contenu normatif au texte dont il construit la signification, quand bien même celui-ci apparaissait à l'origine comme une simple déclaration symbolique.

D. Robitaille applique ensuite ce cadre théorique aux jurisprudences québécoise et sud-africaine en matière de « droits à » pour, d'une part, en faire une lecture critique et pour, d'autre part, proposer une approche renouvelée des droits économiques et sociaux au Québec.

L'analyse commence par un aperçu général de la jurisprudence québécoise relative aux droits économiques et sociaux. L'auteur poursuit par une longue discussion de la célèbre « saga » *Gosselin*. Pour celles et ceux qui ne seraient pas familiers avec les faits de la cause, il nous en rappelle les grandes lignes : la loi québécoise sur l'aide sociale disposait que, pour recevoir une pleine prestation, les jeunes de moins de 30 ans devaient participer aux programmes mis sur pied par la loi. Or, en raison du manque de places disponibles, une grande majorité des jeunes, dont Louise Gosselin, ne put toucher une aide complète. Cette dernière introduisit alors une action devant la Cour supérieure, tribunal de première instance, et « prétendit que les prestations moins élevées pour les assistés sociaux de son groupe [...] portaient atteinte [...] [notamment] au droit prévu à l'article 45 de la *Charte québécoise* »⁶², qui dispose que « toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ». La Cour supérieure rejeta sa demande au motif, mis en avant par D. Robitaille, que l'obligation instituée par l'article 45 est « purement facultative »⁶³. La majorité de la Cour d'appel ne reforma pas cette décision. Enfin, la majorité de la Cour suprême du Canada ne jugea pas autrement au motif, notamment, que « l'article 45 n'est pas contraignant dans la mesure où le législateur aurait clairement indiqué qu'il souhaitait conserver le contrôle sur l'étendue de la protection à laquelle il s'est obligé »⁶⁴. Ainsi, D. Robitaille montre que l'interprétation actuelle de l'article 45 de la Charte québécoise ne permet pas de qualifier cette disposition de normative, même si une majorité des juges ayant rendu une décision dans le cadre de cette affaire en affirmèrent la normativité. En effet, même s'il a été reconnu que cet article crée une obligation à charge de l'État, les juges y « apportent tellement de nuances et d'exceptions qu'on en vient à réduire à néant l'obligation préalablement reconnue »⁶⁵. Avec la disparition de toute obligation juridique, la normativité potentielle de la disposition supralégislative s'évapore.

Si l'auteur analyse l'actuelle jurisprudence relative à l'article 45 comme dénuant à cette disposition toute normativité, il entend dévoiler les failles sur lesquelles se fonde cette interprétation. Par exemple, il soulève l'incohérence des juges qui pré-

62. David ROBITAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, op. cit., p. 199.

63. *Ibid.*, p. 199.

64. *Ibid.*, p. 203.

65. *Ibid.*, p. 208.

tendent s'appuyer sur la clarté du texte, qui en prédéterminerait le sens, tout en en reconnaissant en même temps « le caractère ambigu »⁶⁶. Les juges, en se cachant derrière la clarté du texte, semblent refuser d'assumer la responsabilité qui est la leur dans tout processus interprétatif ; et cela n'aboutit pas, au contraire de ce que la doctrine classique laisserait entendre, à une interprétation qui soit plus fidèle au texte.

Après avoir mis en lumière les failles de l'interprétation actuelle de l'article 45, D. Robitaille souhaite nous démontrer qu'« une interprétation différente de [cet] article est [...] possible »⁶⁷, et il réussit à nous en convaincre. Cependant, il ne va pas jusqu'à construire un régime juridique opératoire pour cet article 45, tel qu'il propose de l'interpréter. Des pistes très prometteuses – certaines inspirées de la jurisprudence constitutionnelle sud-africaine – sont néanmoins avancées, telles que le standard de « raisonnabilité » par lequel les magistrats seraient en mesure de juger si le législateur a rempli ses obligations constitutionnelles⁶⁸.

L'auteur choisit de contraster l'interprétation des droits économiques et sociaux au Québec avec celle qu'ils ont reçu en Afrique du Sud, où « la Cour constitutionnelle [...] offre une interprétation des droits économiques et sociaux plus respectueuse de leur présence dans un document supralégislatif, tout en étant consciente des rôles respectifs des tribunaux et du législateur »⁶⁹. Il nous démontre qu'au contraire de l'approche québécoise l'interprétation par la Cour constitutionnelle sud-africaine des sections 26 et 27 de la Constitution de 1996 – qui garantissent les droits de la seconde génération – aboutit à reconnaître ces dispositions comme de « véritables normes juridiques et des droits fondamentaux de la personne »⁷⁰. En effet, la Cour sud-africaine « a identifié l'obligation et les standards généraux que ces droits imposent à l'État et a reconnu la possibilité d'en sanctionner juridiquement la violation, ce qui suffit pour reconnaître la normativité de ces dispositions »⁷¹. Il s'agit de l'obligation « d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes sociaux cohérents et raisonnables, contribuant à la réalisation progressive des droits économiques et sociaux »⁷². Le critère de « raisonnabilité » sera rencontré si le programme « est suffisamment *flexible* et *équilibré* entre les besoins urgents des plus défavorisés et la réalisation progressive, à moyen et à long termes, de besoins moins pressants »⁷³. Une telle approche est intéressante en ce qu'elle permet la définition précise de l'obligation, qui est la face cachée des « droits à », sans pour autant aboutir à ce que les juges jouent le rôle du gouvernement et du parlement en matière d'allocation des ressources. Et pourtant, même si la Cour considère « que l'élaboration dans les moindres détails des programmes sociaux ainsi que le choix

66. *Ibid.*, p. 217.

67. *Ibid.*, p. 223.

68. Selon ce standard, ce ne serait que si le législateur adoptait des « mesures, qui ne tendraient pas, de manière raisonnable, eu égard aux circonstances, à l'atteinte d'un niveau de vie décent », qu'il violerait l'article 45 de la Charte québécoise (*ibid.*, p. 226).

69. *Ibid.*, p. 12 et 13.

70. *Ibid.*, p. 263.

71. *Ibid.*, p. 267.

72. *Ibid.*, p. 225.

73. *Ibid.*, p. 255 (italique de l'auteur).

des moyens spécifiques de leur mise en œuvre revient [...] au législateur »⁷⁴, elle n'hésite pas à sanctionner tout manquement de l'État à ses obligations constitutionnelles, y compris en rendant « des ordonnances susceptibles d'avoir des répercussions sur les pouvoirs législatifs et exécutifs »⁷⁵. C'est dans cette possibilité de sanction que se loge la normativité des dispositions constitutionnelles sud-africaines consacrant ces « droits à ».

En refermant l'ouvrage de David Robitaille, le lecteur ne pourra qu'être convaincu que les droits économiques et sociaux ne sont pas condamnés à rester des énoncés juridiques symboliques, « dont la violation n'est susceptible d'entraîner aucune sanction juridique, mais seulement des sanctions politiques ou symboliques »⁷⁶. L'auteur réussit en effet à démontrer que, par le pouvoir de l'interprétation, le juge est en mesure de donner un contenu véritablement normatif aux droits de la deuxième génération sans « outrepasser le rôle des tribunaux et [...] envahir celui du législateur »⁷⁷. C'est pourquoi il nous semble que le livre ici soumis à recension répond brillamment à l'appel lancé en 1997 par Pierre de Vos pour qui la consécration constitutionnelle des droits économiques et sociaux « *will require judges, lawyers and academics to scrutinise and reject many of the accepted practices and assumptions in relation to judicial review* »⁷⁸.

■ **SAPIRO Gisèle, *La responsabilité de l'écrivain. Littérature, droit et morale en France (XIX^e-XXI^e siècle)***, Paris : Seuil, 2011, 746 p.

Compte rendu par François OST (Facultés universitaires Saint-Louis).

L'auteur, spécialiste de la sociologie de la littérature, livre ici son *opus magnum* : une généalogie des conceptions de la responsabilité de l'écrivain, dans une perspective de sociologie historique. Ce travail, qui traverse quatre moments-clés des deux siècles précédents (la Restauration, le Second Empire, la Troisième République et la Libération), est l'occasion de revisiter quelques procès littéraires célèbres (Béranger, Sue, Flaubert, Baudelaire, les naturalistes et les intellectuels collaborationnistes, parmi beaucoup d'autres) en vue de penser les pouvoirs et les fonctions de la littérature. L'écrivain peut-il *tout* dire ? Aucune société ne répond vraiment par l'affirmative à cette question, mais les limites imposées à l'écriture varient fortement d'une société et d'une époque à l'autre, explique l'auteur dans une perspective bourdieusienne.

74. *Ibid.*, p. 254.

75. *Ibid.*, p. 260.

76. *Ibid.*, p. 280.

77. *Ibid.*, p. 283.

78. Pierre DE VOS, « Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights: Social and Economic Rights in the South Africa's 1996 Constitution », *South African Journal on Human Rights* (SAJHR), 13, 1997, p. 67.

Pour celles et ceux qui souhaiteraient approfondir la lecture critique de l'ouvrage de David Robitaille, nous nous permettons de renvoyer à notre texte publié dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 69/2011 (à paraître).

Nous tenons à remercier Daniel Dumont et Annemie Schaus pour leur relecture de cette recension et pour leurs précieuses remarques. Les éventuelles erreurs restent néanmoins nôtres.

L'enquête à laquelle s'est livrée Gisèle Sapiro force l'admiration, tout en décourageant le commentaire, tant la matière est imposante. À vrai dire, le lecteur est en présence de quatre livres, eux-mêmes précédés d'une très substantielle introduction (40 p.). On devrait dire : deux fois quatre livres. Aux quatre périodes évoquées (faisant chacune l'objet d'analyses fouillées) s'ajoutent au moins quatre perspectives d'analyse : le commentaire juridique des législations et des procès (accompagnés des documents préparatoires et des commentaires doctrinaux), la théorie littéraire (toujours originale, comme l'analyse de *Madame Bovary*), l'analyse sociologique (théorique, mais aussi empirique, comme l'enquête consacrée à 55 dossiers d'auteurs accusés d'« intelligence avec l'ennemi »), et enfin la perspective criminologique. Le fil de la responsabilité des écrivains est déroulé au travers de ces deux axes (historique et disciplinaire) qui ne cessent de s'entrecroiser – un index thématique aurait, à cet égard, facilité la tâche du lecteur désireux de suivre, au travers de cette imposante matière, une piste déterminée (les modifications législatives, par exemple).

On aurait aimé livrer au lecteur de ce compte rendu quelques conclusions de synthèse ou fils d'Ariane susceptibles de le guider dans ce labyrinthe ; la tâche paraît cependant singulièrement malaisée : non que le livre en soit dépourvu, mais que, au contraire, il en déborde. Même l'introduction, qui a pour ambition de fixer le cadre théorique du travail, décourage la synthèse : c'est qu'il y est question, plusieurs fois par page, de « coupures », d'« émergences de figures », de « luttes », de « réappropriation », d'« instrumentalisation », de « nouvelles figures », d'« autonomisation du champ », d'« étatisation de la morale », de « libéralisation progressif du marché », etc. de sorte que toute formule de synthèse apparaîtrait singulièrement réductrice au regard de la complexité de l'analyse. L'ouvrage, on le répète, force l'admiration par l'étendue de sa documentation et la finesse de son commentaire, mais il présente aussi le défaut de ces « cartes aussi vastes que le territoire » qu'elles sont censées représenter. Ce qui cependant apparaît comme une faiblesse pour le rédacteur d'un compte rendu ne manquera de présenter d'énormes avantages aux chercheurs intéressés à telle ou telle période, qui ne manqueront pas de trouver dans ces pages très denses quantité de matériaux inédits et de perspectives novatrices.

On se bornera donc à pointer quelques débats récurrents à travers l'ouvrage : ainsi, bien entendu, la tension permanente entre une conception objective et une conception subjective de la responsabilité de l'écrivain ; les difficiles balances à établir entre éthique de responsabilité et éthique de conviction (donne-t-elle le « droit à l'erreur » ? Paulhan dira oui, Brasillach dira non) ; le débat, sans cesse renouvelé, entre ceux qui tiennent pour les devoirs moraux et politiques des auteurs (et ce, tant dans une perspective conservatrice, Bourget, que dans une optique critique, Zola) et ceux qui défendent l'autonomie de la littérature, voire l'esthétisme de l'« art pour l'art » (O. Wilde, Gide, les surréalistes) ; le choix, toujours délicat, entre « plaidoiries de rupture » (les défenseurs de Béranger et de Zola, par exemple) et « défense de connivence » (les avocats de Flaubert et de Baudelaire). On pourrait aussi relever le rôle que joue, à l'égard de l'évolution de la responsabilité des écrivains, des facteurs externes constitutifs de la structuration du champ où elle s'exerce : la professionnalisation des gens de plume ainsi que l'organisation et la déontologie de

la profession d'auteur et de journaliste (instrument d'autonomie, mais aussi danger de contrôle), le développement du marché éditorial et la nature sociologique du lectorat, le rôle de la lecture dans une politique d'éducation voire d'édification nationale, les places respectives de la presse, du roman, de la scène et de la chanson dans la diffusion des idées, le talent comme circonstance atténuante ou aggravante (« un peuple civilisé fusille-t-il ses poètes ? », demandait M^e Isorni lors du procès Brasillach), la fonction du livre de fiction dans la diffusion des idées et des valeurs, comparée au rôle joué, à cet égard, par la religion ou la science et donc la concurrence entre groupes professionnels rivaux dans le champ culturel (entre un magistère en déclin et une expertise bientôt triomphante, quelle place pour l'auteur de fiction ?), les formes variées que prend l'interdit ou la limite à travers les âges (le dogme religieux, la morale publique, la dignité nationale, la normalité psychologique, les bonnes mœurs) et les valeurs, plus universelles encore, que les écrivains leur opposent à leur tour (ainsi la « vérité » revendiquée par les naturalistes, la responsabilité « universelle » plutôt que « nationale » chez Sartre)... Tous ces thèmes se croisent et se recroisent dans le livre et en expliquent la richesse.

Il faudrait rendre justice aussi à la cohérence qui justifie chacune des quatre monographies évoquées ; montrer, ainsi, comment la Restauration reste hantée par le vertige du retour à l'apocalypse révolutionnaire, mais aussi combien les progrès inspirés par la Révolution (à propos de la liberté de penser, notamment) devaient nécessairement emporter les digues illusoire que cette très provisoire « Restauration » croyait leur imposer. Ou encore : comment, sous la Troisième République, qui entendait enfin faire droit à la liberté d'écrire, un interdit se restaure sous la forme de la médicalisation criminologique ou de la fièvre nationaliste.

On signalera enfin l'épilogue, volumineux lui aussi (30 p.), qui évoque les transformations de ces enjeux de 1950 à nos jours : si la place des écrivains s'est marginalisée dans l'espace public, la censure, plus discrète qu'auparavant, ne désarme pas pour autant.

Au delà de la question explicite de la liberté (accompagnée ou non de responsabilité) de l'écrivain, ce livre creuse aussi – et ce n'est pas son moindre mérite – la question implicite, beaucoup plus difficile, des pouvoirs de l'écrit. « Écrire, c'est faire », sans doute ; mais faire quoi au juste ?

Reçu au bureau de la rédaction

-
- AMIEL Philippe, *Des cobayes et des hommes. Expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Les Belles Lettres, coll. « Médecine et Sciences humaines », 2011, 340 p.
 - BERNHEIM Emmanuelle, *Garde en établissement et autorisation de soins : quel droit pour quelle société ?*, Cowansville (Québec) : Yvon Blais, 2011, XV-216 p.
 - CHAUVAUD Frédéric, JEAN Yves et WILLEMEZ Laurent (dir.), *Justice et sociétés rurales du xv^e siècle à nos jours. Approches pluridisciplinaires*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2011, 379 p.
 - COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, *La démocratie sans « demos »*, Paris : Puf, coll. « Pratiques théoriques », 2011, VI-213 p.
 - GROSSI Paolo, *L'Europe du droit*, traduit de l'italien par Sylvie Taussig, Paris : Seuil, coll. « Faire l'Europe », 2011, 294 p.
 - HOUARD Noémie (coord.), *Loger L'Europe. Le logement social dans tous ses États*, Paris : La Documentation française, 2011, 390 p.
 - LETONTURIER Éric (études réunies et présentées par), « Valeurs, métier et action : évolutions et permanences de l'institution militaire », *L'Année sociologique*, 61 (2), 2011, p. 259-485.
 - LIZÉ Wenceslas, NAUDIER Delphine et ROUEFF Olivier, *Intermédiaires du travail artistique. À la frontière de l'art et du commerce*, Paris : Ministère de la Culture et de la Communication, DEPS, coll. « Questions de culture », 2011, 264 p.
 - MULCAHY Linda, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, Abingdon (Oxon), New York (NY) : Routledge, 2011, XV-204 p.
 - PAVLICH George, *Law and Society Redefined*, Oxford : Oxford University Press, 2011, 227 p.
 - ROUNCEFIELD Mark et TOLMIE Peter (eds.), *Ethnomethodology at Work*, Farnham (UK) : Ashgate, coll. « Directions in Ethnomethodology and Conversation Analysis », 2011, XXV-251 p.
 - STIVERS Tanya, MONDADA Lorenza et STEENSIG Jakob (eds.), *The Morality of Knowledge in Conversation*, Cambridge : Cambridge University Press, coll. « Studies in Interactional Sociolinguistics », 2011, 356 p.
 - SZYMANSKI Margaret H. et WHALEN Jack (eds.), *Making Work Visible: Ethnographically Grounded Case Studies of Work Practice*, Cambridge : Cambridge University Press, coll. « Learning in Doing: Social, Cognitive and Computational Perspectives », 2011, 408 p.
 - WELZER-LANG Daniel et ZAUCHE GAUDRON Chantal (dir.), *Masculinités : état des lieux*, Toulouse : Érès, 2011, 269 p.