

rationalité immanente
dérables d'information
lus, les résultats du jeu
est grande, car un sys-
e fragile. La rationalité
aire ; elle n'est pas non-
-ci appréhende la réali-
systèmes sociaux que
n ni selon une sorte de
os ni un désordre insai-
mais le chercheur et les
er d'une certaine façon
ces rationalités « systé-

our les disciplines juri-
sociale des Lumières et
té et son caractère dog-
e, plurielle, ouverte aux
tes, peut rendre compte
al qui n'est pas irration-
nnel ; seule une science
é. Par là, elle peut aider
me, systèmes de protec-
être considérées comme
ments temporels, histo-
systémiques et ambiants
AJA : « Rien n'assure un
le progrès est program-
et infallible »⁵⁸. C'est
irement à réintroduire le
ntre de l'observation du
création de la norme de

is du rationalisme juridique mo-
ncturale du code civil français.
nérale de Droit et de Jurispru-

Paris : PUF, 1991, p. 201.

« À quoi sert le droit ? », selon André-Jean Arnaud

François OST

Professeur de droit à l'Université Saint-Louis de Bruxelles

Venant de mettre la dernière main à un ouvrage intitulé « À quoi sert le droit ? »¹, et heureux de collaborer au présent volume d'hommage, je me suis assez naturellement posé la question de savoir dans quelle mesure André-Jean Arnaud avait lui-même traité la question. À vrai dire, je me doutais un peu de la réponse ; je savais bien, pour avoir pioché la bibliographie du sujet, qu'il ne lui avait pas consacré d'étude frontale (rares du reste sont les sociologues et théoriciens du droit à l'avoir fait depuis quelques décennies, à quelques exceptions notables près, dont celle de V. Ferrari, de P. Noreau, et de N. Bobbio, et aussi, tout récemment, J. Commaille, dans une perspective épistémologique : qu'apporte l'étude du droit aux sociologues ?), mais je savais aussi que cette première réponse n'épuisait pas la question. Il s'en faut en effet de beaucoup, en raison même du caractère incontournable de la question, que la problématique des fonctions du droit ne travaille pas en sous-main de nombreux développements consacrés à d'autres questions. Il s'agissait donc de reprendre l'enquête en profondeur, sans faire l'économie d'une relecture approfondie de l'œuvre.

Impossible pourtant, dans les limites restreintes d'une contribution à un ouvrage collectif et aussi en raison du temps mesuré des contraintes de la vie académique, de me livrer à une telle enquête qui se serait apparentée à un travail de thèse. Aussi me suis-je, pour l'essentiel, limité à une relecture des deux ouvrages qu'on peut tenir pour les plus aboutis et les plus synthétiques de l'œuvre immense du maître : les deux volumes de son imposante *Critique de la raison juridique* : le premier, publié en 1981, avec pour sous-titre « Où va la sociologie du droit ? », le second, paru en 2003, avec un double sous-titre « Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation ». Même si le choix de ces deux ouvrages peut paraître réducteur au regard de la variété des questions traitées par notre auteur, je peux témoigner l'avoir entendu répéter qu'il s'agissait là d'ouvrages fondamentaux à ses yeux : les étapes d'une pensée à la fois toujours en marche et pourtant en quête de synthèse opérationnelle. Ceci sans ignorer que son propos initial était plus ambitieux encore : il se serait agi de développer cette *Critique de la raison juridique*, d'abord dans un sens

1. François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles : Bruylant, 2016.

historique qui aurait éclairé l'anthropologie du droit et de sa genèse (Tome 2), puis, dans un troisième tome, l'ambition était d'« adopter une démarche philosophique, afin de définir le statut épistémologique d'une science juridique à la lumière de cette raison (« raison juridique »)².

On pourrait évidemment commencer par se poser la question de savoir pourquoi notre auteur n'a pas éprouvé le besoin de traiter la question des fonctions du droit de façon directe et frontale³. Je risque à cet égard quelques éléments de réponse.

On pourrait soutenir d'abord qu'entré dans l'écriture et la recherche à partir du courant structuraliste, il était plus naturellement porté à analyser les réalités juridiques en termes de structures, de variations et de systèmes plutôt que de fonctions. Son *Analyse structurale du code civil français* avait été un grand succès, un écho juridique réussi à la vogue structuraliste de l'époque, et l'on peut considérer que l'analyse mettait précisément en lumière de façon efficace certaines des fonctions du droit bourgeois, sous l'armature des concepts structuralistes, dès lors que le travail était sous-titré : « *la règle du jeu dans la paix bourgeoise* ». Commentant lui-même son propre travail en 2003, Arnaud écrit : « le droit d'une société, écrivait-on alors, contient les règles du jeu pour assurer la perpétuation des personnes (les joueurs) et la transmission des biens (les enjeux) »⁴.

À cela s'ajoute qu'il s'agissait sans doute de s'émanciper de la vague d'une sociologie fonctionnaliste fort dominante au moment où notre auteur se mettait au travail. N'écrit-il pas lui-même : « le concept de fonction est fondamental. Le fonctionnalisme a été le mode d'analyse dominant en sociologie depuis la première moitié de notre siècle » (*CRJ I*, p. 414). Et pourtant cet aveu, une page plus loin : « les structuralistes des années 60 ont hérité de bien des aspects de ce fonctionnalisme » (*CRJ I*, p. 415).

À ce rapport complexe aux notions de fonction et de fonctionnalisme s'ajoute, du moins à l'époque du premier ouvrage, une nette réticence à l'égard de l'approche luhmannienne, jugée formaliste et conservatrice (*infra*) – Luhmann qui accorde une grande importance à la notion de fonction, mais l'infléchit résolument dans le sens mathématique de covariation.

Arnaud devait sans doute aussi se défier de la notion de fonction, dès lors que, traiter de front de celle-ci aurait impliqué de frôler une approche ontologique supposant un engagement quant à la « nature » du droit. Non que notre

2. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. où va la sociologie du droit ?*, Paris : LGDJ, 1981, p. 32-33 ; cf. aussi, p. 429. Désormais nous citerons cet ouvrage directement dans le texte lui-même à l'aide des lettres *CRJ I*, suivies du numéro de la page.

3. Cf. cette observation au détour d'une note de bas de page figurant à la page 315 (*CRJ I*, p. 315) : « On ne traitera pas ici du fonctionnalisme, n'abordant d'ailleurs dans ce livre les questions touchant aux fonctions du droit que dans la mesure où elles sont inséparables de la problématique soulevée par l'approche sociologique de la raison juridique ».

4. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris : LGDJ, 2003, p. 99. Désormais nous citerons cet ouvrage dans le texte lui-même à l'aide des lettres *CRJ 2*, suivies du numéro de la page.

sa genèse (Tome 2), une démarche philosophie juridique à la

a question de savoir la question des fonctions et égard quelques éléments

la recherche à partir à analyser les réalités systèmes plutôt que de is avait été un grand de l'époque, et l'on ière de façon efficace des concepts structu- du jeu dans la paix 1 2003, Arnaud écrit : es du jeu pour assurer ion des biens (les en-

per de la vague d'une iotre auteur se mettait tion est fondamental. i sociologie depuis la int cet aveu, une page bien des aspects de ce

t de fonctionnalisme tte réticence à l'égard erversatrice (*infra*) – on de fonction, mais iation.

de fonction, dès lors une approche ontolo-droit. Non que notre

ociologie du droit ?, Paris : t ouvrage directement dans page.

rant à la page 315 (*CRJ 1*, d'ailleurs dans ce livre les lles sont inséparables de la ridique ».

ants sans frontières. Entre désormais nous citerons cet numéro de la page.

auteur disqualifiait cette question, mais c'est qu'il la réservait pour plus tard : le fameux tome deux de sa *Critique de la raison juridique* qui ne verra jamais le jour, du moins sous cette forme. Dans l'intervalle on s'en tiendrait soit aux banalités convenues, habituelles à ce sujet, soit à de fulgurantes intuitions et d'utiles préalables, en attente d'une théorie générale de synthèse.

Je relève quelques-unes de ces banalités auxquelles il est difficile d'échapper : « le droit a pour fonction le maintien d'un ordre social » (*CRJ 1*, p. 31) ; « le droit mène une mission de pacification menée à bonne fin grâce à l'utilisation d'un pouvoir » (*CRJ 1*, p. 430) ; « la fonction du droit étant l'organisation et le maintien d'un ordre social déterminé » (*CRJ 2*, p. 96)⁵ ; « s'il est vrai que le droit a une mission de paix dans la société, cette dernière attend du juriste qu'il mette en œuvre des règles susceptibles d'assurer la quiétude dans les rapports sociaux »⁶.

Ces banalités représentent, pourrait-on dire, la vulgate, le sens commun pré-scientifique contre lesquels le travail critique se met en marche : la toile de fond véhiculée par le sens commun, pas vraiment fausse, mais réductrice et paresseuse, que le théoricien ne récuse pas totalement pour ne pas perdre ses appuis, mais contre laquelle il lutte en vue de construire son objet (Arnaud dira plus tard : développer son projet). Aussi bien, notre auteur multiplierait-il les chantiers en vue de circonvenir progressivement ces nébuleuses formant « obstacle épistémologique », comme dirait G. Bachelard. Il s'agirait de conjuguer le droit au pluriel, de valoriser les usages multiples (pas nécessairement orthodoxes) qu'en font les acteurs, de dégager les potentialités de ses syntaxes (les « règles du jeu », fonctions des différentes « raisons » que les évolutions historiques lui font prendre), d'apprécier les différentes « fins » que ces conjonctures sociales impriment aux formes juridiques. Autant de manières, on s'en aperçoit, de différencier et d'opérationnaliser la notion vague de « fonction » du droit et dépasser ainsi le cliché d'un droit exclusivement voué à la reproduction d'un ordre social déterminé et à la pacification des rapports sociaux qui s'y rapportent.

Qu'on me permette ici une mise au point conceptuelle ; m'étant colleté à ce combat en première ligne avec le thème des fonctions du droit, j'ai éprouvé le besoin de différencier trois ordres de réalité, bien distincts, quoique dialectiquement liés : les *usages* que les acteurs sociaux, sujets de droit, privés et publics, font du droit (mieux : *des* droits) – des usages qui tantôt appliquent, tantôt contournent, tantôt détournent, parfois instrumentalisent ce qu'Arnaud appelait « le droit imposé » ; ensuite les *fonctions* (au sens de fonctionnalités techniques) qui caractérisent la syntaxe de ces droits (qui sont toujours des institutions *secondes* au regard des institutions sociales primaires dont il s'agit d'assurer le tissage, le bornage et, de manière générale, le mesurage) ; enfin les

5. Et Arnaud d'ajouter : « ses éléments formant système, dont la raison elle-même acquiert pour fonction la garantie et la reproduction de cet ordre ».

6. André-Jean ARNAUD, « Du *dia-logein* au *transgredir* : en guise d'ouverture », in Sandrine CHASSAGNARD-PINET et alii (dir.), *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé) passer les frontières disciplinaires*, Paris : LGDJ -Lextenso, 2013, p. 27.

finalités au service desquelles ces fonctions sont mobilisées et ces usages exercés (je distingue à cet égard *finalités extrinsèques*, telles la justice et la démocratie, et *finalités intrinsèques* qui visent la manière dont le droit s'organise lorsqu'il opère au service de telle ou telle finalité extrinsèque : le procès équitable est, par exemple, la forme spécifique aux systèmes juridiques mis au service de la finalité extrinsèque de justice). On remarquera que cette construction, si elle ménage bien une place pour des finalités idéales (justice, démocratie...) ne succombe à aucune forme d'idéalisme juridique, dès lors que ces finalités demeurent extrinsèques au droit (c'est seulement si, dans la mesure où, on mobilise le droit au service de ces valeurs qu'il s'organise dans ce sens ; l'inféoderait-on à d'autres finalités extrinsèques qu'il s'organiserait autrement), et que, par ailleurs, l'éventualité de tous les usages possibles de ces formes, même les plus nobles, reste ménagée jusqu'au bout – tant il est vrai que dirigeants comme dirigés ne se privent pas de les instrumentaliser à l'occasion, sinon de les détourner scandaleusement. Ainsi donc, cette théorie entend à la fois faire justice au réalisme des rapports sociaux observables, tout en ne sacrifiant pas la dimension proprement normative (visée d'un idéal, poursuite de valeurs) qui s'attache au droit – visée normative sans laquelle on ne comprendrait même pas les stratégies les plus cyniques de détournement de son objet, dont l'efficace repose précisément sur le crédit qui s'y attache.

On observera, au surplus, que cette classification ternaire postule nécessairement une approche interdisciplinaire et dialectique, combinant l'approche des sciences sociales (*usages*), de la théorie du droit (*fonctions*) et de la philosophie (*finalités*). Toutes les formes de positivité et de dogmatisme – qu'il s'agisse de celles de la sociologie, de la doctrine juridique, ou de la métaphysique, sont ainsi ébranlées, interpellés et sommées de se décentrer.

Mon hypothèse est que, même non théorisée, ce genre d'articulation opère en sous-main dans toute théorie du droit conséquente. Ainsi, même s'il renvoie la question des fins à des ouvrages ultérieurs, André-Jean Arnaud pose clairement le lien, par le truchement du concept de « raison », entre structures d'un système juridique et fin qu'il poursuit : « la raison juridique est le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins ; la perspective téléologique est inséparable de l'aspect structural du système juridique, dont elle justifie la dynamique » (*CRJ* 1, p. 27).

Ainsi donc se précise mon intuition de départ : à défaut de livrer une théorie des fonctions du droit *ready-made*, André-Jean Arnaud aura patiemment accumulé les matériaux et forgé les outils nécessaires à l'édification de celle-ci. Ainsi par exemple, sa mise en valeur des successives « raisons du droit » (chrétienne, ludique, providentielle...), sa dialectique du droit imposé, du droit conçu et du droit vécu (magnifique propédeutique à une étude des usages du droit), son attention constante à l'épistémologie juridique (en vue de se délivrer progressivement de l'enfermement positiviste sur l'objet, pour libérer le champ d'une recherche inter-voire trans-disciplinaire qui libérerait les possibles d'un projet de connaissance, voire de pratique), enfin son engagement, relevant cette

ses et ces usages exer-
la justice et la démo-
ont le droit s'organise
sèque : le procès équi-
juridiques mis au ser-
que cette construction,
justice, démocratie...)

lors que ces finalités
la mesure où, on mo-
ganise dans ce sens ;
rganiserait autrement),
ssibles de ces formes,
nt il est vrai que diri-
taliser à l'occasion, si-
théorie entend à la fois
s, tout en ne sacrifiant
, poursuite de valeurs)
ne comprendrait même
t de son objet, dont

naire postule nécessai-
abinant l'approche des
is) et de la philosophie
me – qu'il s'agisse de
la métaphysique, sont

re d'articulation opère
nsi, même s'il renvoie
n Arnaud pose claire-
, entre structures d'un
lique est le moteur en
hérente et propre à ré-
séparable de l'aspect
rique » (CRJ I, p. 27).
it de livrer une théorie
ura patiemment accu-
idification de celle-ci.
isons du droit » (chré-
imposé, du droit con-
e des usages du droit),
ue de se délivrer pro-
pour libérer le champ
rait les possibles d'un
gement, relevant cette

fois des convictions personnelles, en vue d'une mobilisation citoyenne du droit (des droits) qui, dans ses derniers ouvrages, l'a conduit à valoriser la gouvernance conçue par lui comme instrument de participation du plus grand nombre à la prise de décision. J'ajouterai, en conclusion, que son infini souci encyclopédique – non pas l'arrogance du savoir total, mais, au contraire, l'attention fine à toutes les manières d'exprimer le monde – fait d'André-Jean Arnaud à la fois le « traducteur » de toutes les approches pertinentes, toutes légitimes dans leur prétention à cerner le vrai, et le type même du « guetteur judicieux » dont parle le philosophe J.-F. Lyotard, celui qui sait que toute parole (tout droit) est potentiellement violente, et que donc le « différend » menace toujours, dès lors que rien ne garantit *a priori* que nous partagions tous les mêmes langages et les mêmes codes.

Mais j'anticipe ; il me faut, dans un premier temps, glaner dans les deux tomes de sa *Critique de la raison juridique* les traces d'une possible théorie des fonctions du droit.

L'apport du premier tome (*Où va la sociologie du droit ?*) consiste, pour l'essentiel, dans une ambitieuse synthèse de l'histoire et de l'état actuel de la sociologie du droit. Le thème des fonctions, amplement référencé dans l'index thématique, y apparaît sous deux angles principaux. Tout d'abord, et de façon frontale, au titre du rôle attendu et exercé par le droit dans la société, et ce au fil de la pensée des fondateurs et relais principaux de la sociologie du droit : A. Comte, M. Hauriou, G. Gurvitch, T. Parsons, N. Luhmann, J. Habermas...

Ensuite, et de façon plus développée, le thème apparaît sous l'angle des fonctions assignées à la sociologie juridique : fonctions documentaire, explicative, critique, pratique. L'occasion de discuter longuement aussi de l'apport de la sociologie à la confection des lois (l'ombre immense de J. Carbonnier plane sur ces pages) et des manières, pour la sociologie du droit, de s'affranchir du rôle « ancillaire » que le décideur est toujours tenté de lui assigner. Ou comment se tenir un pied dans le système et un pied en dehors ; sans doute en démontrant, comme notre auteur le fait à longueur de pages, que le juridique ne se limite pas au droit imposé, à ses sources officielles et ses sanctions instituées.

À noter qu'un tableau de synthèse (CRJ I, p. 179), reprenant les thèmes d'intérêt majeur étudiés par les sociologues contemporains du droit (tableau constitué à partir des communications à divers colloques, de publications spécialisées, de rapports de recherche, et ce à une échelle mondiale et durant les années qui précédaient la rédaction de l'ouvrage) ne contient pas d'allusion aux fonctions du droit au fil des neuf rubriques retenues. Observation qui contraste cependant avec les nombreuses occurrences du terme « fonctionnalisme » dans le même ouvrage, et aussi cette allusion (CRJ I, p. 170) au « débat très actuel qui partage les esprits entre fonctionnalisme structural et théorie critique » – preuve, selon moi, que le thème des « fonctions », s'il ne fait pas nécessairement l'objet de théorisation explicite, n'en travaille pas moins en profondeur les orientations des chercheurs. Le débat qui oppose à cet égard N. Luhmann à

J. Habermas est présenté aux pages 171-176 ; notre auteur ne cache pas, à cette occasion, sa défiance à l'égard du fonctionnalisme structural – il sera question de « réduction fonctionnaliste » (CRJ 1, p. 117), de « prétentions technocratiques des fonctionnalistes » (CRJ 1, p. 178), de doctrine faisant usage « d'outils méthodologiques suspects d'idéologie » (CRJ 1, p. 174) ; de toute évidence notre auteur se range du côté de la théorie critique de J. Habermas.

En dehors de ces observations érudites, l'apport principal de l'ouvrage à la théorie des fonctions du droit tient, comme je l'ai déjà noté, dans la vigoureuse articulation de la « raison (juridique) » assurant la cohérence de tel ou tel ordre juridique à l'égard de la *fin* qu'il poursuit (variable dans chaque contexte historique-social), ainsi que dans les innombrables variations que permet la dialectique du droit officiel (imposé) et des droits conçus et vécus.

Avant d'évoquer le tome second de la *Critique de la raison juridique* j'observe au passage que, maître d'œuvre du monumental *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* daté de 1993, André-Jean Arnaud eut la bonne idée de confier la rédaction du verbo « fonction du droit » V. Ferrari, tandis que le verbo « fonction » était rédigé par N. Luhmann, Arnaud en assurant lui-même la traduction française. La vérité me conduit à noter qu'autant la rubrique « fonction du droit » s'avère éclairante et utile (accompagnée notamment d'une très utile bibliographie), autant le texte de Luhmann aussi court qu'abscons, ne s'avère pas vraiment une contribution positive à l'interdisciplinarité.

Lorsqu'il publie le second tome de son *opus magnum*, vingt-quatre années se sont écoulées depuis la parution du premier. Le changement du monde s'est encore accéléré – le sous-titre évoque une « post-mondialisation » – et, plus qu jamais, le théoricien est mis au rouet. Cette fois l'interrogation sur la raison du droit, mais aussi son rôle social, sa capacité à avoir prise sur le réel, se fait plus angoissée : « ainsi sommes-nous amenés à repenser la place, les limites et l'efficacité d'une régulation juridique par le droit, que les politiques ont eu tendance à laisser se diluer au gré des nécessités » (CRJ 2, p.85). Et notre auteur d'ajouter : « à la limite, on pose le problème de savoir si le droit constitue vraiment la société, ou s'il est constitué par elle » (CRJ 2, p. 87). La question semble rhétorique, dès lors qu'il écrit bientôt : « le droit est devenu inapte à générer, comme il le faisait autrefois, seul et de manière tranchante, des relations complexes sur le mode qui était le sien. Fondé sur le paradigme de la simplicité, il se révèle désormais, largement inapproprié » (CRJ 2, p. 89).

La dramatisation ne signifie cependant pas démission ; à la vérité, la posture est stratégique : il s'agit, comme toujours chez lui, de proposer une vision étroite et rigide du droit officiel (droit imposé, « le » droit), pour mieux déployer le champ d'action des systèmes juridiques vécus et conçus et faire ainsi leur place aux initiatives des acteurs – qui, sur le plan cette fois de ses convictions personnelles, rime avec prise en charge citoyenne des affaires de la cité⁷.

7. « Mais si l'on se place dans une perspective téléologique, tous ces vices pourraient bien cacher un projet encore imperceptible » (CRJ 2, p. 89) ; on comprendra bien vite que ce proje

ir ne cache pas, à cette tural – il sera question prétentions technocrat- faisant usage « d'outils »; de toute évidence, abermas.

ipal de l'ouvrage à une té, dans la vigoureuse nce de tel ou tel ordre chaque contexte histo- que permet la dialect- us.

2 la raison juridique, tal Dictionnaire ency- 1993, André-Jean Ar- « fonction du droit » à par N. Luhmann, Ar- tité me conduit à noter inte et utile (accompa- le texte de Luhmann, ontribution positive à

n, vingt-quatre années ement du monde s'est isation » – et, plus que gation sur la raison du sur le réel, se fait plus place, les limites et politiques ont eu ten- p.85). Et notre auteur r si le droit constitue 2, p. 87). La question it est devenu inapte à : tranchante, des rela- : paradigme de la sim- 2, p. 89).

; à la vérité, la posture proposer une vision roit), pour mieux dé- t conçus et faire ainsi tte fois de ses convic- s affaires de la cité⁷.

s vices pourraient bien ca- dra bien vite que ce projet

En résulte, dans ce second volume, une analyse efficace des transformations imprimées à la raison juridique par la mondialisation et le retour en force de l'idéologie du marché. Comme un retour à la raison « ludique » (propre au jeu du marché) après quelques décennies de raison « providentielle ». Non pas la « paix bourgeoise », comme au XIX^e siècle, mais le « consensus de Washington », credo des institutions financières internationales à base de dérégulation, privatisation, libéralisation financière, rigueur budgétaire, signant le déclin de la souveraineté des États et la montée en puissance d'acteurs transnationaux pratiquant à loisir le *law shopping* (CRJ 2, p. 157)⁸. Suivent des pages d'une très grande pertinence analysant la globalisation sous cinq angles différents : *from above, from below, through, alongside, et beyond* (CRJ, 2 p. 183-270). Quant à l'évaluation par l'auteur de ces évolutions, elle oscille entre un regret discret et classique de cette perte de centralité du droit et des valeurs qui lui sont associées⁹, et espoir que cette nouvelle donne finisse par accoucher d'un mode de régulation participatif qui donnerait sa chance à des alternatives émanant de la société civile – ce qu'il vise sous le vocable de « post-mondialisation ».

Suivent alors les descriptions, plutôt enthousiastes, de diverses expériences alternatives de production du droit et de règlement des conflits, telle par exemple, la négociation de budget urbain de la ville de Belo Horizonte. Non sans parfois, sous sa plume, une certaine crispation legaliste, révélatrice sans doute d'une certaine hésitation quant au rôle principal attendu du juridique : ainsi lorsqu'il condamne un certain activisme social de juges brésiliens au motif qu'« une mise en cause peut se faire de l'extérieur du droit, non de l'intérieur » (CRJ 2, p. 252), et que « l'institution judiciaire, dans nos ordres démocratiques legalistes, n'est autre que la voix du droit de l'État » (CRJ 2, p. 253). Je me permets de m'inscrire en faux contre cette appréciation tranchée, comme si la distinction du *secundum legem*, du *para legem* et du *contra legem* était donnée et évidente, soustraite à l'argumentation et l'interprétation, et comme si le droit

consiste dans une nouvelle gouvernance hantée par la participation. On conviendra qu'avec cet accent placé sur une approche « téléologique » et la pensée d'un « projet », c'est bien de recherche du but ou du rôle du juridique (du *juridique*, et pas seulement du droit étatique) qu'il s'agit fondamentalement.

8. Ce point est vraiment essentiel, car choisir le droit auquel on accepte de se soumettre, c'est faire déchoir ce droit de sa position tierce ; sur l'importance de ce phénomène, cf. Alain SUPLOT, « Introduction », in Alain SUPLOT et Mireille DELMAS-MARTY (dir.) *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris : PUF, 2015, p. 15 et p. 23.
9. Cf. notamment ce passage, p. 319 : « Le droit, là-dedans, a une spécificité : il est l'outil de contrainte dont dispose l'État pour exercer le contrôle qui lui appartient en propre. Or "piloter", "guider" n'est pas contrôler. Qui veut user d'un autre mode de régulation sociale ne peut éviter de se référer à lui, qui est "le" référent, l'unique décalogue légitime qui puisse éviter à une société de tomber dans le désordre et la confusion. Une régulation sociale ne peut s'affranchir des dispositions juridiques fondamentales qui définissent le caractère public de l'action, la répartition des rôles institutionnels, la légalité de l'action, la légitimité des autorités de décision et de contrôle. Ici pointe un risque grave : l'instrumentalisation du droit : s'y référer non point en tant qu'Écriture (sic, avec majuscule – *je souligne*), mais comme outil d'implémentation de normes élaborées par ailleurs... ».

officiel était immunisé à l'égard de toute remise en cause, l'innovation étant réservée aux systèmes juridiques non officiels, comme si le rôle du droit officiel était cantonné à la simple perpétuation de l'ordre établi. Ces dichotomies tranchées sont d'autant plus étonnantes que notre auteur en appelle finalement à une dialectique, sous le signe de la complexité, entre logique de *représentation* (propre au modèle traditionnel) et logique de *participation* (produit de la post-mondialisation) : articulation, donc, sous le signe de la complexité, entre production du droit *top down* et initiatives de terrain. Non pas un prudent moyen terme entre modèles concurrents, ni une maladroite juxtaposition de logiques incompatibles, mais des pratiques innovantes en attente de traduction constitutionnelle (CRJ 2, p. 382). En ce point d'aboutissement de la réflexion de notre auteur la réflexion ne débouche pas sur une théorie des fonctions du droit (qui aurait conduit à penser la manière dont s'articulent ses finalités intrinsèques de maintien de l'ordre et de remise en cause, ou, en d'autres termes, comment chaque figure juridique articule ses fonctions, virtuellement opposées, de type irénologique et polémogènes – ou comment encore le droit est à la fois porteur d'ordre et de conflit¹⁰), mais plutôt sur l'appel à une nouvelle épistémologie de la complexité (seule en mesure de rendre justice à la complexité annoncée), d'une part, et l'évocation, chargée d'espérance, d'une gouvernance qui serait actionnée par et pour la société civile – par où se laisse entrevoir cette fois un plaidoyer vigoureux pour une fin(alité) démocratique du droit.

Comme tout théoricien d'importance, André-Jean Arnaud n'a cessé de repenser l'épistémologie sous-jacente à ses travaux, toujours en quête de chemins de traverse susceptibles d'opérer la percée en dehors des savoirs convenus, particulièrement contraignants dans le domaine juridique, où cette approche officielle n'hésite pas à se qualifier elle-même de « doctrine » ou de « dogmatique ». Comme si la pensée devait elle-même se libérer pour pouvoir accompagner et comprendre des pratiques sociales en voie de libération. À partir du second tome de sa *Critique de la raison juridique* (p. 365 s. : *La nécessité d'un nouveau cadre épistémologique*), notre auteur entend définitivement rompre les ponts avec ce qu'il appelle une « épistémologie positiviste », qui, selon lui, marquerait encore ses travaux antérieurs. Il s'agirait de se convaincre définitivement de l'absence d'objets donnés *a priori*, de se délivrer des illusoirs références à « la » réalité, de dépasser le confort des dichotomies figées et de leur gardien aveugle, le principe de non-contradiction. S'affranchir donc de l'arrogance du principe *one best way* reposant sur une logique réductrice du simple, du pur et du stable. Dès lors, au contraire, que c'est la complexité, l'hybridation et la contingence qui caractérisent notre monde, on comprend que la complexité caractérise d'abord et surtout l'élaboration de nos propres connaissances. L'épistémologie se fait alors résolument constitutive ou constructive, et nous apprenons à assumer nos interprétations du monde – « rien n'est donné, tout est construit », écrivait G. Bachelard. La connaissance, découvre-t-

10. Julien FREUND, « Le droit comme motif et comme solution des conflits », in A.R.S.P., 1974, p. 47 et suivantes ; François OST, *A quoi sert le droit ?*, op.cit., p. 445 et suivantes.

n cause, l'innovation étant me si le rôle du droit officiel est établi. Ces dichotomies leur en appelle finalement à la logique de *représentation* (produit de la post- la complexité, entre pro- lon pas un prudent moyen juxtaosition de logiques nte de traduction constitu- nt de la réflexion de notre les fonctions du droit (qui es finalités intrinsèques de d'autres termes, comment llement opposées, de type droit est à la fois porteur nouvelle épistémologie de la complexité annoncée), ne gouvernance qui serait sse entrevoir cette fois un du droit.

Arnaud n'a cessé de re- jours en quête de chemins les savoirs convenus, par- e, où cette approche offi- ctrine » ou de « dogma- érer pour pouvoir accom- de libération. À partir du 365 s. : *La nécessité d'un* définitivement rompre les sitiviste », qui, selon lui, de se convaincre définiti- élivrer des illusoires réf- otomies figées et de leur u. S'affranchir donc de ne logique réductrice du que c'est la complexité, monde, on comprend que tion de nos propres con- constitutive ou construc- du monde – « rien n'est onnaissance, découvre-t-

on, repose moins sur des « objets », qu'elle ne risque des « projets » ; elle est exploration de possibles, plus que rumination de certitudes.

Ce programme de « joyeux savoir » concerne en particulier les frontières disciplinaires, aux confins desquelles le fondateur de la revue et du réseau *Droit et Société* n'a cessé de guerroyer. Assez des stériles querelles de chapelle, de minable défense de territoires minuscules et d'entretien affairé d'un patrimoine poussiéreux de concepts obsolètes ! Flamboyant corsaire de la science, Arnaud évoque les promesses de l'inter – et même de la transdisciplinarité. C'est seulement dans ces *terrae incognitae*, ces fascinants *no man's land* entre les chasses gardées des forteresses académiques que la chose à penser nous attend. Il faut une bonne dose d'*indiscipline* – qui ne déplaisait pas au destinataire de ces lignes – pour transgresser ainsi les canons de l'orthodoxie scientifique cadastrée : c'est bien au « *transgredir* » qu'en appelle un de ses derniers articles. Et voilà l'épistémologie du « projet », la promesse d'un champ de questions à creuser, dans l'écart entre les objets disciplinaires, au point de tension maximale entre leurs visées théoriques.

Peu importe que les uns (dont je suis) rapportent ce projet à l'interdisciplinarité, tandis que d'autres (dont notre auteur) l'associent à la transdisciplinarité¹¹, dès lors qu'est posé le principe de la prise au sérieux des principes et méthodes de chaque discipline (sauf à parvenir à la création d'une langue vraiment inédite, au-delà du dialogue traductif, ce qui signifierait création d'une discipline nouvelle). Peu importe, dès lors surtout qu'appel est fait à l'approche dialectique qui, professant qu'« il y a de l'un dans l'autre », ou que « l'un ne va pas sans l'autre », conduit à l'interaction des idées, dans l'écart entre les disciplines, et donne ainsi ses chances à l'apparition de propriétés émergentes, insoupçonnées et non repérables par les approches traditionnelles.

Précisément, si je peux me permettre, les conditions épistémologiques que je tente de ménager pour penser la dialectique des usages, des fonctions et des finalités du droit dans l'écart qu'ouvre la question *impertinente* (non-pertinente au regard des savoirs en place, provocation *indisciplinée*) et *naïve* (Mireille Delmas-Marty faisait remarquer que dans « naïveté » se laisse entrevoir l'idée d'une naissance et d'une initiative, quelque chose qui commence) : à *quoi sert le droit* ?

Il est très significatif que ce soit sous le signe de cette grande dialectique qu'André-Jean Arnaud place ses ultimes travaux consacrés à la gouvernance, conçue comme dialectique entre représentation (*top down*) et participation (*bottom-up*), entre démocratie représentative classique, et démocratie délibérative à inventer. Le dernier livre de notre infatigable explorateur des confins, *La gouvernance. Un outil de participation*¹², pose les jalons de ce nouveau régime de *représentation* : représentation mentale par apprentissage de la délibération *out*

11. Sur ce débat, cf. André-Jean ARNAUD, « Du *dia-logos* au *transgredir* : en guise d'ouverture », *art.cit.*, p. 32.

12. André-Jean ARNAUD, *La gouvernance. Un outil de participation*, Paris : LGDJ – Lextenso-éditions, coll. « Les petits manuels. *Droit et Société* », 2014.

es conflits », in *A.R.S.P.*, 1974, p. 445 et suivantes.

of the box et construction même des états possibles du monde par fécondation des savoirs des experts, des politiques et de la société civile ; représentation politique, par l'expérimentation de nouveaux collectifs susceptibles de construire une volonté politique élargie et mieux informée.

Un souffle, une inspiration profonde et entraînant parcourt cette recherche – à vrai dire un souffle qui se laissait percevoir dès les premiers travaux d'Arnaud : un élan d'utopie, la conviction que le meilleur du droit réside dans ses possibles encore à venir, l'espoir qu'il puisse œuvrer comme instrument de libération plutôt que comme outil de domination. À ce stade, assurément, on atteint le niveau ultime des finalités du droit. Chercheur tenace et patient, Arnaud diffèrait l'étude de ces finalités qu'il ne voulait aborder que quand il aurait déblayé tout le terrain – un terrain immense qui, sous sa plume, prenait des dimensions planétaires et plongeait ses racines dans les couches plus profondes de notre histoire. Mais, à la vérité, ces finalités ultimes, ce projet émancipateur œuvraient en sous-main dès les premiers textes, et elles n'auront cessé d'orienter la marche de ses travaux.

Ce paradigme émancipateur est aussi ce qui lui permettait de dépasser les étroitesse disciplinaires, de prendre appui sur les segments de théories qui, bien qu'appartenant à des savoirs distincts, partagent un même paradigme, et ainsi de nouer des alliances avec les chercheurs qui portent ces courants. Tant il est vrai qu'à bien y réfléchir, les querelles disciplinaires masquent le véritable enjeu qui tient dans l'élection d'un paradigme¹³. Si Arnaud aura été ce rassembleur exceptionnel, c'est parce que, mieux que d'autres, il aura incarné la force de ce paradigme émancipateur.

Ce faisant, il représente à mes yeux, à titre exemplaire, le personnage du « veilleur judicieux » qui, pour J.-F. Lyotard, se montre sensible au « différend » : tous ces cas, au-delà du « contentieux classique », dans lesquels des catégories entières de personnes ne se retrouvent pas dans la décision de justice, parce qu'elles n'en partagent ni la langue, ni les codes. Réduites au silence, ces victimes ne laissent que des signes des phrases qu'elles n'ont pu prononcer. Et c'est ici qu'ici que se dresse le veilleur « qui se défend par la critique de la torpeur qu'exercent les doctrines », le veilleur qui « témoigne des différends en leur trouvant des idiomes »¹⁴.

Trouver un langage pour dire ce qui ne peut encore se dire, voilà le programme auquel nous convie André-Jean, – depuis la haute mer, la *mare liberum*...

25 décembre 2016,
Un an après l'embarquement du veilleur

13. Sur ce point, cf. François OST, Antoine BAILLEUX, « De la guerre des disciplines à celle des paradigmes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 77, 2016, p. 5-24.

14. Jean-François LYOTARD, *Le différend*, Paris : Éditions de Minuit, 1983, p. 30 ; *Id.*, « Judicieux dans le différend », in *La faculté de juger*, J. DERRIDA et alii, Paris : Éditions de Minuit, 1985, p. 200-204.

droit **et** société

Maison des Sciences de l'Homme

Repenser le droit

Hommage à André-Jean Arnaud

Sous la direction de

*Wanda Capeller,
Jacques Commaille
et Laure Ortiz*

Série droit

59

LGDJ

une marque de
lextenso