FRANÇOIS OST



À QUOI SERT LE DROIT ?

USAGES, FONCTIONS, FINALITÉS

PENSER LE DROIT

bruylant

À QUOI SERT LE DROIT ?

À quoi sert le droit ? La question est aussi ancienne que la société. Mais, pour la première fois, nous envisageons le scénario d'une société post-juridique. Une société dont le droit se serait dissous dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale.

Ce droit, dont on annonce la crise, le déclin, l'évaporation, que sommes-nous en droit d'en attendre ? Quel est son apport spécifique aux relations sociales, la plus-value qu'il imprime à la gouvernance ? Plus simplement : que se passe-t-il lorsque deux individus, un groupe ou une société décident de « passer au droit » ? Et, à l'inverse, que perdons-nous lorsque nous renonçons au droit ?

Au carrefour des sciences sociales, du droit et de la philosophie, cet ouvrage aborde ces questions dans toute leur radicalité. Aux fonctions techniques du droit (mesurage, bornage, tissage), répondent les usages, conformes ou non, qu'en font les autorités et les justiciables ; à leur tour, ces fonctions et ces usages s'inspirent de finalités qui débordent le droit : ordre, démocratie, justice,...

Saisissant le droit dans sa profondeur historique comme dans ses procès les plus récents, cet ouvrage, fruit de quarante ans de recherche, représente la synthèse la plus pénétrante sur la place et le rôle du juridique dans la société contemporaine.

En dialogue avec la philosophie politique et morale, voilà enfin un ouvrage qui « prend le droit au sérieux ».

François OST enseigne la philosophie et la sociologie du droit à Bruxelles et à Genève. Membre de l'Académie royale de Belgique, il préside l'Académie européenne de théorie du droit. Vice-recteur honoraire de l'Université Saint-Louis (Bruxelles) il est l'auteur de vingt ouvrages consacrés à la théorie du droit, dont la plupart sont traduits en langues étrangères.

CENTRE PERELMAN
DE PHILOSOPHIE DU DROIT
www.philodroit.be

La collection « Penser le droit » est administrée au sein du Centre Perelman de philosophie du droit de l'U.L.B.
Directeur : Benoît Frydman
Secrétaires : Grégory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge

www.larcier-group.com
www.stradalex.com

QLODRO
ISBN : 978-2-8027-5551-7
9 782802 755517

Made in EU

Table des matières

Prélude 1

PREMIÈRE PARTIE
USAGES

Chapitre 1. Mise en perspective 17

Section 1. Une entreprise plutôt rare, parsemée de difficultés 18

Section 2. Nouveaux pièges 31

A. *Fonctionnalisme* 31

B. *Essentialisme* 34

Section 3. Une expérience de pensée : le passage au droit 38

Chapitre 2. Clarification conceptuelle. Des fonctions attendues aux usages observés 49

Section 1. Un tableau, huit cas de figure 50

A. *Fonctions* 52

B. *Rôles* 55

C. *Fonctions potentielles* 57

D. *Projets* 58

E. *Finalités* 59

F. *Missions* 59

G. *Effets* 60

H. *Usages* 61

Section 2. Fonctions du droit 62

A. *Dysfonctions et fonctions négatives* 63

B. *Fonctions symboliques et fonctions instrumentales* 63

C. *Fonctions latentes et fonctions manifestes* 65
D. *Hayek, un droit spontané, non volontariste* 66

Section 3. Usages du droit 72
A. *Les particuliers : lutte pour le droit, droits de l'homme et désobéissance civile* 76
B. *Les particuliers : manipulation, corruption, abus de droit* 79
C. *Les particuliers : droit vulgaire, infra-droit et paralégalité* 82
D. *Les entreprises :* law shopping, *procès orchestrés et* lobbying 85
E. *Les pouvoirs publics :* deals *de justice, effets d'annonce, pratiques de résistance* 89

Section 4. Finalités du droit 94
A. *Diversité des finalités extrinsèques* 95
B. *Démocratie, justice, institution de l'humain* 96
C. *La lutte pour le contrôle global de la culture* 104
1. Hégémonie sans partage 106
2. Segmentation et étanchéité 109
3. Dominance et « collaboration » ; enchevêtrement et catalyse 111

DEUXIÈME PARTIE
FONCTIONS

Introduction 123

Section 1. Supplément 123

Section 2. Redoublement 127

Section 3. Dépassement 130

Chapitre 1. Institution primaire, institution secondaire 137

Section 1. Deux versions de la « double institutionnalisation » 138

Section 2. La « double institutionnalisation » comme idéal-type 143

Section 3. Un exemple historique : l'invention du droit romain 150

Section 4. Revisiter la théorie de la « double institutionnalisation ». Huit précisions 158
A. *Un mouvement unidirectionnel et irréversible ?* 159
B. *Un mouvement naturel et consensuel ?* 162
C. *Un mouvement acquis et stabilisé ?* 163
D. *Un mouvement conscient et réflexif ?* 164
E. *Un mouvement direct ?* 165
F. *Un mouvement propre au droit étatique ?* 166
G. *Un mouvement concentré dans la seule sphère législative ?* 167
H. *Un mouvement réceptif et passif ?* 168

Chapitre 2. Normes primaires, normes secondaires 171
Section 1. Une théorie canonique 173
Section 2. Une vérification empirique 177
Section 3. Une théorie à revisiter. Cinq élargissements 181

Chapitre 3. Fonctions primaires, fonctions secondaires. Jeu social, jeu juridique 191
Section 1. Jeu, performatif et monde second 191
Section 2. Six questions inspirées du jeu 198
A. *Qui est qui ? Les joueurs* 201
B. *Qui a quoi ? Les mises* 205
C. *Qui fait quoi ? Les coups* 210
D. *Où et quand joue-t-on ? Les cadres* 216
E. *Moyennant quelles sanctions ? Les peines et récompenses* 221
F. *Pour quoi et pourquoi joue-t-on ? Les buts du jeu et les enjeux* 224
Section 3. Synthèse transversale 224
A. *Introduction* 224
B. *Pilotage par encodage* 226
C. *Pilotage par ancrage* 229
D. *Cadrage, reconnaissance* 235
E. *Repérage, habilitation* 237
F. *Archivage* 238

G. *Arbitrage* 240

Section 4. Remarques conclusives : mesure, liens, limites, neutralité 240

A. *Mesure* 240

B. *Limites : bornage* 242

C. *Liens : tissage* 242

D. *Usages positifs et usages négatifs* 245

INTERLUDE
QUEL HOMME POUR QUEL DROIT ?

De la nécessité d'un détour anthropologique pour penser les finalités du droit 249

Section 1. Un sujet divisé 256

Section 2. Une auto-institution paradoxale qui passe par l'autre et le tiers 263

Section 3. Six polarités paradoxales 273

A. *Vivants, et pourtant mortels* 275

B. *Corps, et pourtant esprits* 276

C. *Libres, et pourtant déterminés* 278

D. *Rationnels, et pourtant faillibles ; moraux et pourtant virtuellement coupables* 282

E. *Égaux, et pourtant singuliers* 285

F. *Individus, et pourtant êtres sociaux* 292

G. *... dignes, tout simplement* 294

Section 4. Droit et normalisation 297

A. *Profilage et* datamining 305

B. Storytelling *et vidéosphère* 315

L'autre – le même 319

Le symbolique – l'imaginaire 320

La transcendance – l'immanence 320

Le limité – l'illimité 321

La durée – l'instant 321

La culture – l'audimat 322

La démocratie – la démagogie 322

TROISIÈME PARTIE
FINALITÉS

Introduction 329

Section 1. Le contexte : concurrence des normativités 331

Section 2. Trois finalités dialectiquement liées 336

Section 3. Caractères généraux des trois finalités 341

Section 4. La médiation juridique : sphère différente ou niveau second ? Le tiers encore. 348

Chapitre I. Première finalité intrinsèque : définir un équilibre social général à vocation opératoire 355

Introduction. Le breuvage d'Héraclite 355

Section 1. Le droit au milieu 359

Section 2. Caractères généraux de cet arbitrage 362

A. *Un arbitrage réalisé autant par les lois que par les conventions et les décisions de justice ; un arbitrage concernant autant le droit national que le droit global* 362

B. *Des compromis qui ne signifient pas nécessairement concessions mutuelles, ni stricte équivalence* 367

C. *Imposer des arbitrages, mais aussi « en appeler au droit »* 369

D. *Degrés et échelles de l'intégration produite par ces arbitrages et compromis* 371

E. *Une finalité spécifique au droit ?* 374

Section 3. Deux parallèles : langue usuelle et monnaie 377

Section 4. Le droit comme médiation : trois débats critiques 381

A. *N. Luhmann et J. Habermas : clôture ou traduction ?* 381

B. *M. Walzer : les limites des « sphères de justice »* ... 384

C. *L. Boltanski et L. Thévenot : les « compromis » entre les cités* 385

Section 5. La « commune mesure » : mythe ou réalité ? Harmonie ou conflit ? 392

A. *Le pari de la commensurabilité* 392

B. *Différends et conflits* 392

C. *Le contrepoint totalitaire* 395

Section 6. Arrière-plan métaphysique : le droit entre la force et le bien 398

Section 7. Modalités de cet arbitrage 400

A. *Ses auteurs* 400

B. *Ses objets* 404

C. *Ses procédures* 407

Chapitre 2. Deuxième finalité intrinsèque : un équilibre susceptible d'être imposé par une contrainte réglée, génératrice de confiance 415

Introduction. Contrainte, coercition, confiance 415

Section 1. La force du droit comme coercition, génératrice de peur 423

A. *Au commencement était la peur* 423

B. *Un ordre de contrainte* 425

C. *Vengeance privée, justice publique* 428

Section 2. La force du droit comme confiance, génératrice de sécurité juridique 431

A. *La sécurité juridique : certitude ou confiance ?* ... 431

B. *Réduire la complexité par la sanction, ou risquer l'action par la promesse ?* 434

Chapitre 3. Troisième finalité intrinsèque : produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées 445

Introduction 445

Section 1. Théorie générale de la « remise en cause » . 459

A. *La justiciabilité, forme privilégiée de la remise en cause juridique* 459

B. *Remise en cause, contestabilité et falsifiabilité* 461

C. *Le doute, au principe de la remise en cause* 464

D. *Une remise en cause sujette à un refoulement paradoxal* 467

E. *Une remise en cause spécifique : basée sur des raisons et encadrée par le droit* 470

F. Kairos *et transitions : des remises en cause graduelles* 472

G. *Des remises en cause réversibles, à usages contrastés* 479
H. *Des remises en cause sujettes à dérives* 482

Section 2. Cadre philosophique 1 : démocratie et conflit 485
A. *Un lien de division* 485
B. *Désaccord raisonnable et démocratie de contestation* 488
C. *Les droits de l'homme, forces créatrices du droit* ... 493
D. *Un passage à la limite : la désobéissance civile* 499

Section 3. Cadre philosophique 2 : justice et raisonnement 501
A. *Le droit à une décision équitable* 503
B. *Dire le droit et dire le cas* 508
C. *Prolongements juridiques : prudence, imagination, abduction* 515

Section 4. Débats parlementaires et judiciaires : enjeux et dérives 522
A. *De la démocratie parlementaire à la démocratie constitutionnelle* 522
B. *Un passage à la limite : les actes et propos liberticides* 527
C. *Dérives : inflation des contrôles et hésitations régulatoires* 530
D. *Procès équitable et judiciarisation de la vie politique et sociale* 540
E. *Dérives : une société contentieuse ?* 549

Conclusions 557

Table des matières 561

Du même auteur 569

Sommaire

Prélude 1

PREMIÈRE PARTIE
USAGES

Chapitre 1. Mise en perspective 17

Chapitre 2. Clarification conceptuelle.
Des fonctions attendues aux usages observés 49

DEUXIÈME PARTIE
FONCTIONS

Introduction 123

Chapitre 1. Institution primaire, institution secondaire 137

Chapitre 2. Normes primaires, normes secondaires 171

Chapitre 3. Fonctions primaires, fonctions secondaires.
Jeu social, jeu juridique 191

INTERLUDE
QUEL HOMME POUR QUEL DROIT ?

De la nécessité d'un détour anthropologique pour penser les finalités du droit 249

TROISIÈME PARTIE
FINALITÉS

Introduction 329

Chapitre 1. Première finalité intrinsèque : définir un équilibre social général à vocation opératoire 355

Chapitre 2. Deuxième finalité intrinsèque : un équilibre susceptible d'être imposé par une contrainte réglée, génératrice de confiance 415

Chapitre 3. Troisième finalité intrinsèque : produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées 445

Conclusions 557

Table des matières 561

Du même auteur 569

Prélude

À quoi sert le droit ?

Et d'abord, pourquoi poser aujourd'hui une question aussi élémentaire et aussi permanente ? N'est-elle pas aussi ancienne que le droit lui-même ? Sans doute ; mais c'est que, pour la première fois, nous envisageons le scénario d'une société postjuridique – une société sans droit. Une société dans laquelle le droit se serait dissous dans un océan de normativité indistincte. Annonçant le processus de laïcisation du droit naturel, et sa fondation sur quelques postulats de la raison, le philosophe hollandais Hugo Grotius formulait, en 1625, l'hypothèse sacrilège : « ce que nous venons de dire aurait lieu, quand bien même nous accorderions, ce qui ne peut être concédé sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu » – « *etsi Deus non daretur* »[1]. Aujourd'hui, il n'est pas incongru de formuler l'hypothèse de l'évaporation du droit : *etsi ius non daretur*...

Depuis quelques décennies, nous avions appris à complexifier nos paradigmes d'analyses du phénomène juridique soumis à des transformations importantes ; avec M. van de Kerchove, j'ai successivement proposé la dialectique de l'ordre et du désordre, le modèle du jeu, et aussi le paradigme du réseau en lieu et place de celui de la pyramide[2]. J'ai suggéré de trouver dans la méthode et l'éthique de la traduction, la grammaire de ces réseaux, les principes de communication d'un monde pluriel dépourvu de métalangage et de « grand récit »[3].

1. H. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradié-Fodéré, Paris, PUF, 2012, *Prolégomènes XI*. La formule, qui n'a cessé d'être commentée et discutée depuis, connaît plusieurs variantes : *etsi Deus non esset, etiamsi Deus non esset*...

2. Fr. Ost et M. van de Kerchove, *Entre ordre et désordre, le système juridique*, Paris, PUF, 1988 ; *Id.*, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992 ; *Id.*, *Pyramide ou réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.

3. Fr. Ost, *Le droit comme traduction*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2009 ; *Id.*, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, 2009.

Mais les choses évoluent encore, et s'accélèrent. Au point que nous ne savons plus à quel modèle nous vouer. Le chaos, au-delà de la dialectique de l'ordre et du désordre. Comme si le réel que nous vivons essayait, au même moment, tout et son contraire. La région, proche du terrain, serait-elle l'échelle pertinente pour relancer l'économie et raffermir la légitimité ? – consultés par référendum, les peuples hésitent au bord de la sécession. L'État-nation est-il condamné ? – les crises financières et migratoires lui donnent l'occasion de réaffirmer leur *imperium*, au point même de revivifier l'idée de frontière et de banque « nationale ». L'Europe est-elle la solution ? Au moment où elle ne cesse de s'élargir, son autorité est affaiblie par les eurosceptiques de tous bords, et le jeu des égoïsmes (souverainetés ?) nationaux. Les défis planétaires appellent-ils des solutions multilatérales, du reste concrétisées par quelques avancées significatives ? – certaines superpuissances ne se font pas faute cependant de maximiser leurs intérêts par retour à la logique bilatérale.

Et sur le fond, comment penser ensemble l'avancée parfois spectaculaire des droits fondamentaux, et la loi d'airain des rapports de force économiques imposant partout un principe de libre circulation qui ne s'accommode pas des politiques sociales et environnementales décidées par des parlements nationaux ? Quelle logique pour rendre compte à la fois d'un droit qui permet, d'un côté, à un tribunal hollandais, sur recours d'une association, d'enjoindre à son gouvernement d'adopter les mesures qu'il s'était engagé de prendre, en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre[4], et qui, d'un autre côté, permet à une société commerciale (Texaco/Chevron), condamnée par une juridiction équatorienne à réparer le préjudice qu'elle a causé à des personnes et à l'environnement, d'entamer une procédure d'arbitrage contre cet État, et finalement d'obtenir une sentence enjoignant à l'Équateur de ne pas donner effet à une décision de justice rendue par ses propres tribunaux[5] ?

Sur tous ces thèmes, les ouvrages abondent, s'essoufflant derrière un réel insaisissable et devenu indéchiffrable, au risque d'être rapidement dépassés. Rompant avec cette perspective, et au risque de

4. Rechtbank Den Haag, 24 juin 2015, C/09/456689/HAZA 13-1396.

5. Sentences arbitrales des 16 février 2012 et 17 septembre 2013 (Équateur c. Texaco-Chevron). Pour un commentaire, *cf.* G. MATRAY, « Des procédures de notre temps », in *Contestations, combats et utopies. Liber amicorum Christine Matray*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 419 et s. *Cf.*, aussi, J. D. PEREZ ARIAS, *Sobrevivir. La huella nefasta de Texaco en el Ecuador*, 2015.

paraître intemporel, je propose d'en revenir aux fondamentaux et de nous poser, dans toute sa radicalité, cette question simple : « à quoi sert le droit ? » Avons-nous toujours eu besoin du droit ? Avons-nous encore besoin du droit ? Juriste et sociologue, J. Carbonnier ne s'est pas dérobé à cette interrogation : « L'hypothèse du non-droit a un sens beaucoup plus grave : c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit »[6].

Cette question prend une acuité toute nouvelle aujourd'hui dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la « concurrence des normativités »[7], dont le constat est dressé un peu partout[8]. Sans doute notre vie sociale est-elle saturée de normes : la concurrence des normativités se traduit d'abord par la « densification normative » ; mais, s'il y a toujours plus de normes, leur juridicité, en revanche, se réduit. Il y a d'abord la prolifération des standards techniques et managériaux visant, dans une culture de la performance et du *management*, la normalisation des objets et la standardisation des pratiques. Il y a ensuite les normes « matérielles », au sens propre du terme, inscrites dans les dispositifs techniques eux-mêmes : ainsi les injonctions technologiques consistant par exemple à devoir fournir des données personnelles, dans le cadre d'une procédure informatisée, sous peine d'arrêt de la démarche, ou ces dispositifs qui empêchent la voiture de démarrer si le conducteur n'a pas bouclé sa ceinture de sécurité. Le tout couplé à divers dispositifs de contrôle social assurant la traçabilité de nos déplacements et de nos gestes : vidéosurveillance, localisation par télépéage, stockage d'informations recueillies en temps réel par des puces électroniques… Il y a ensuite l'empire des normes chiffrées, étudiées récemment par A. Supiot, qui généralisent une culture de l'évaluation et transforment en impératif catégorique les objectifs chiffrés relatifs aux « bonnes pratiques »[9]. On en arrive même à constater la montée en puissance d'une gouvernance sans véritables normes, en se penchant sur l'empire des statistiques et la nébuleuse des *nudges*, ces objets normatifs non identifiés

6. J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1971, p. 21.

7. « La concurrence des normativités » est le titre d'une recherche collective, financée par le FNRS-FRFC (Belgique), menée par le *Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques* (Université Saint-Louis, Fr. Ost), le *Centre de philosophie du droit* (ULB, B. Frydman) et l'Unité de recherche *Matérialités de la politique* (ULg, E. Delruelle).

8. *Cf.*, notamment, C. Thibierge *et al.*, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013.

9. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

qui prolifèrent aujourd'hui, et qui, à l'instar d'un coup de coude, incitent « en douceur » à adopter le comportement souhaité[10].

Ces normes d'un genre nouveau affectent doublement l'« empire du droit » : d'une part, leur développement réduit mécaniquement la part qu'occupe le droit dans la régulation d'ensemble – dans ces conditions l'« empire du droit », dont parlait encore Dworkin il n'y a guère, pourrait bien se réduire à un simple archipel. D'autre part, cette concurrence ne laisse pas indemne le droit lui-même, comme s'il était condamné, pour donner l'illusion de sa survie, à emprunter le style et la logique de ses concurrents – dans ces conditions, l'archipel du droit pourrait bientôt être submergé par la montée de cette vague normative extérieure. Non seulement son empire serait compromis, mais aussi son emprise – sa prise spécifique sur le réel.

Ici encore, les diagnostics se multiplient ; abondent les études construites sur le modèle du « gouverner par… » – gouverner par tout, sauf le droit[11]. Et si, formellement, le droit ne disparaît pas, tant s'en faut, du moins sa substance se transforme-t-elle insidieusement, du fait de son insertion dans des dispositifs normatifs hybrides et son alignement sur des normes techniques de type ISO, des normes éthiques, des normes de *management*. Les différences s'estompent alors et la confusion des genres s'installe entre des normes formellement non juridiques exerçant une réelle portée normative et s'autorégulant, d'une part, et, d'autre part, des normes formellement juridiques dotées d'une normativité matérielle douteuse. Avec l'avantage, pour les décideurs, de disposer de normes dont la portée opérationnelle ne fait aucun doute, mais qui échappent cependant à la censure juridictionnelle (sans parler de l'absence du débat démocratique en amont), dès lors qu'elles ne disposent pas, selon le droit positif, du statut de règle de droit[12].

10. A. Alemanno et A.-L. Sibony (éd.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

11. B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; Th. Berns, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009 ; A. Desrosières, *Gouverner par les nombres. L'argument statistique II*, Paris, Presses de l'École des Mines, 2008 ; P. Lascoumes et P. Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004 ; K. Davis *et al.* (dir.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, OUP, 2012.

12. D. Mockle, « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux genres de régulation », in *Les Cahiers du droit*, vol. 43, n° 2, 2002, p. 149.

Dira-t-on que le droit a toujours manifesté une grande capacité d'« internormativité » – cette faculté de s'approprier des contenus normatifs qui lui sont extérieurs ? Ajoutera-t-on que cette capacité est même l'illustration de sa fonction sociale la plus importante, celle d'assurer une médiation sociale générale, un arbitrage global des multiples champs sociaux, complémentaires ou en conflit ? Certes, mais savoir si le droit est encore en mesure d'exercer cette fonction est précisément l'enjeu crucial de la question à un moment où les contrôles de validité juridique semblent marginalisés, voire instrumentalisés, par les contrôles de performance qu'impose l'idéologie managériale, et l'obsession de l'uniformisation. Une tendance lourde se dessine en ce sens, qui s'appuie sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, et s'accélère par un effet d'emballement de la machine normative – le propre de ces régimes normatifs étant de s'autonomiser et de s'auto-alimenter réciproquement[13].

Les études dont nous disposons aujourd'hui sont suffisamment convergentes et crédibles pour que nous accordions foi à ces constats. Plutôt que d'alourdir le bilan d'une nouvelle étude empirique[14], je pense qu'il est urgent d'en revenir aux fondamentaux et de se demander « à quoi sert le droit ? ». Ce droit, dont on annonce la crise, le déclin, l'évaporation, la dissolution, que sommes-nous en droit d'en attendre ? Quel est son apport spécifique aux relations sociales, la plus-value qu'il imprime à la gouvernance ? Si nous devions désormais nous passer du droit, au moins saurions-nous ce que nous perdons ; nous pourrions aussi nous demander si les fonctions, hier assumées par le droit, sont encore (et sous quelles formes ?) prises en charge par d'autres registres normatifs, voire d'autres techniques de conduite sociale.

Ces questions, je les aborde dans toute leur radicalité, en ne me dérobant pas à l'éventualité que le droit pourrait ne servir à rien, ou, à tout le moins, que ses fonctions pourraient être (avantageusement ?) exercées par d'autres dispositifs. Que se passerait-il si nos sociétés étaient soudain (ou insensiblement) amenées à fonctionner sans droit ? On sait que bon nombre d'œuvres littéraires traitent de cette question ; et on sait aussi qu'il s'agit généralement de dystopies

13. En ce sens, C. Thibierge, *loc. cit.*, pp. 1149-1150.

14. Pour une étude de ces phénomènes menée à partir des sources du droit, *cf.* les quatre volumes issus de la recherche collective du *Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques* (2009-2012) : I. Hachez, Fr. Ost *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthemis-Presses de l'Université Saint-Louis, 2013.

angoissantes plutôt que de riantes utopies[15]. Sur un plan moins dramatique, mais tout aussi révélateur, on pourrait se demander ce qui se passe lorsque deux individus, ou un groupe entier, décident de « passer au droit », d'inscrire leurs relations dans le registre juridique ; ou, à l'inverse, que se passe-t-il lorsqu'ils décident de se passer du droit et d'en revenir à un échange « primaire », directement affectif, économique ou politique.

Le livre entier se propose de répondre à ces questions, et ce, au bénéfice de trois observations liminaires. D'une part, je note que le droit est une institution « seconde », qui nécessairement se greffe sur des relations plus originaires, familiales, religieuses, commerciales, politiques. En ce sens, il est exact de soutenir qu'ont existé, et qu'existent encore, des sociétés sans droit (non pas sans règles, mais sans droit). D'autre part, second constat liminaire, je note que le droit a perdu la place centrale qu'il occupait durant l'âge moderne, et peut-être jusqu'à la Première Guerre mondiale, au sein de ce que j'appelle le « grand tout culturel » (place qu'occupait la religion en des temps plus reculés, et qui est aujourd'hui tenue par le marché et les technologies sur lesquelles il s'appuie). Il ne disparaît pas pour autant, mais la question demeure de savoir dans quelle mesure il conserve l'essentiel de sa spécificité, dès lors que, marginalisé, il gravite autour d'une logique qui lui est étrangère et le détermine plus ou moins profondément. Définir en quoi consiste cette spécificité, les propriétés émergentes que son interaction avec les autres champs sociaux fait surgir, est l'objet des chapitres qui suivent.

Mais, quelle que soit la réponse qu'on apportera à cette question, j'observe encore – et c'est ma troisième remarque liminaire – que même marginalisé, notamment en tant que science de l'État, au cœur du modèle bureaucratique « légal rationnel » wébérien, le droit contribue à la diffusion d'une « culture juridique », implicite mais opératoire, qui détermine en profondeur procédures, habitus et valeurs. À la manière d'un langage partagé, cette culture juridique invisible a pour effet que de nombreux acteurs, dans leurs champs d'action respectifs, font du droit sans le savoir, à la manière dont Monsieur Jourdain faisait de la prose[16]. La religion hier, le droit

15. Qu'il suffise d'évoquer *1984* de Orwell, *Le Meilleur des mondes* de Huxley ou encore *Le Procès* de Kafka.

16. M. Maira, Chr. Majastre, O. Paye et C. Xhardez, « Formations et identités professionnelles dans la fabrique de l'action publique : quelle place pour le droit et les juristes ? regard de politologues », in *R.I.E.J.*, 2014-73, pp. 16 et s.

aujourd'hui, peut-être l'économie demain, peuvent être ainsi tantôt activés, tantôt potentialisés, au gré de la place qu'ils occupent dans le « grand tout culturel » et des dominances qui s'y manifestent. En ce qui concerne le droit, c'est à la recherche des traits essentiels de la forme de culture qu'il représente, qu'elle soit explicite et dominante, ou implicite et marginale, que ce livre est consacré.

À quoi donc sert le droit ?

Simple dans sa formulation, cette question se révèle vite d'une très grande complexité et multiplie pièges et chausse-trappes. Le premier chapitre balise la voie, entre le Charybde du fonctionnalisme, et le Scylla de l'essentialisme. Il débroussaille aussi un terrain notionnel pour le moins encombré ; c'est que non moins de huit notions se proposent comme guides pour traiter notre question : du côté du système : fonctions (établies), fonctions (potentielles), finalités, effets ; du côté des acteurs : rôles, projets, missions, usages.

Après avoir établi la spécificité de ces différents concepts, ainsi que les liens qu'ils entretiennent, j'en privilégie trois auxquels correspondent les trois grandes parties de cet ouvrage : usages, fonctions, finalités.

Prenons l'exemple simple d'une voiture ; à la question de savoir à quoi elle sert, on peut répondre de trois manières différentes. Comme son nom l'indique, une « automobile » est un engin susceptible de se déplacer tout seul ; sa « fonction » consiste dans une aptitude à la mobilité automotrice ; cette mobilité est sa fonctionnalité dans le monde des objets. Son usage, en revanche, peut être extrêmement diversifié, au gré des intérêts et des stratégies de ses utilisateurs, jusqu'à, y compris, l'abus, qui est encore une forme d'usage ; rien n'interdit, par exemple, de se servir d'une voiture comme d'un logement, d'une arme ou d'une œuvre d'art. Enfin, on peut encore se demander quelle fin assigner à ses fonctionnalités : mobilité oui, mais pour quoi faire ? Loisir, transport de personnes ou de marchandises, contacts professionnels…

Au droit aussi, on peut poser ces trois séries d'interrogations. Dans la deuxième partie, j'examinerai ses fonctionnalités propres, au titre d'institution secondaire. M'inspirant du modèle du jeu, je retiendrai les fonctions de pilotage (par encodage et par ancrage), de cadrage, de repérage, d'archivage et d'arbitrage, avant de synthétiser ces diverses fonctionnalités à l'aide de trois termes : mesurage, bornage et tissage.

Dans la première partie, je relèverai les divers usages dont ces fonctions juridiques peuvent faire l'objet, et ce tant de la part des autorités, que des simples sujets de droit. Certains de ces usages sont conformes aux finalités attendues du droit, d'autres les contournent, d'autres encore les détournent. Gouvernants comme gouvernés peuvent, au gré de leurs stratégies et de leurs intérêts, mobiliser le droit – qui est à la fois menace et ressource, arme et bouclier –, dans des sens les plus divers, y compris pour légitimer des actes qui y contreviennent.

Enfin, la troisième partie sera consacrée aux finalités attribuées au droit. Je n'entame cependant cette troisième étude qu'après avoir distingué finalités extrinsèques et intrinsèques. Les premières demeurent extérieures au droit ; il peut les poursuivre, mais elles ne lui sont pas spécifiques. Je soutiens à cet égard que la démocratie, la justice, et la constitution de l'humain (dans un ordre croissant d'importance) sont les finalités extrinsèques les plus éminentes que le droit peut servir ; mais il n'en a pas le monopole. Par ailleurs, on a parfaitement pu lui assigner d'autres finalités extrinsèques, tel le maintien de l'ordre établi par exemple. Dans ces conditions, la recherche la plus importante porte sur les finalités « intrinsèques » : celles que l'on attribue au droit, si et seulement si, on en subordonne les fonctionnalités à la promotion de la démocratie, la recherche de la justice et le souci de conforter la constitution de l'humain. Ce deuxième type de finalités, objets de la troisième partie, consiste donc en l'inflexion qu'on imprime aux fonctions techniques du droit lorsqu'on le met au service de la démocratie ou de la justice. Les notions d'« État de droit », et de « procès équitable » sont, parmi d'autres, des exemples de « propriétés émergentes » des finalités intrinsèques qui se développent à l'interface des fonctions techniques et des finalités extrinsèques.

Trois finalités intrinsèques de ce type me paraissent devoir être dégagées : d'un droit voué à la promotion de la démocratie, de la justice et de la constitution de l'humain, nous attendons qu'il définisse un équilibre social général à vocation opératoire, qu'il soit en mesure de l'imposer par une contrainte réglée, génératrice de confiance, et qu'il soit également susceptible d'assurer sa remise en cause dans le cadre de procédures déterminées. La formulation nuancée et balancée de ces trois finalités indique, par ailleurs, que la véritable spécificité du droit tient dans le lien dialectique qui les réunit : sa plus-value réside dans la mise en œuvre combinée et simultanée de ces trois

finalités. Séparées et dissociées, elles ne lui sont pas nécessairement spécifiques – pis : elles conduiraient, si le droit devait s'y vouer exclusivement, à de graves déséquilibres (qu'il suffise d'imaginer ce que serait un droit poursuivant exclusivement l'imposition de la contrainte, ou, à l'inverse, l'organisation de sa remise en cause).

La dialectique, véritable fil rouge de cette étude, ne se limite cependant pas à la troisième partie ; elle préside également aux rapports qui s'établissent entre les usages, les fonctions et les finalités. Si les nécessités pédagogiques de l'exposé me conduisent à les rapporter à trois parties distinctes, il est clair à mes yeux qu'elles ne cessent d'interagir dans la réalité. Il n'est pas jusqu'aux finalités les plus nobles, poursuivies par telle ou telle fonction technique, qui ne puissent faire l'objet d'usages variés, y compris de manipulations les plus cyniques. Ce n'est pas une raison cependant pour raplatir l'analyse du droit sur ce réalisme empirique, car, à défaut de consistance normative minimale attribuée à la « noblesse » de telle ou telle finalité, on ne comprendrait même pas l'effet de manipulation recherché. À l'inverse, les analyses les plus spéculatives des finalités ne dispensent jamais de l'étude des fonctions techniques qui en conditionnent la réalisation, ni des détournements toujours possibles auxquelles elles se prêtent. Sans pouvoir mobiliser à chaque instant les trois dimensions distinguées, je ne cesserai pourtant d'avoir à l'esprit leurs interactions : pas de finalités normatives, sans la mise en œuvre de fonctionnalités techniques, ni d'implication dans tel ou tel usage stratégique ou pragmatique. La thèse peut être retournée dans tous les sens, elle se vérifie toujours.

Les remarques précédentes suggèrent encore cette observation qui, par son importance, demande à figurer dans ce propos introductif. Je vise ici une des difficultés principales de l'exercice auquel je me suis livré en réponse à la question « à quoi sert le droit ? » Il s'agit de la propension, presque inévitable, soit de prêter trop au droit, soit, à l'inverse, de lui dénier tout rôle significatif. Dans le premier cas, emporté par son sujet ou par ses convictions, on finit par assimiler le droit à tous les objectifs qu'il poursuit, de sorte qu'à la fin on ne discerne plus ce qui le distingue de la justice, de la sécurité, de la paix ou de la démocratie par exemple. Et on s'indigne alors à l'idée qu'on puisse le dissocier de ces nobles fins, ou suggérer qu'il puisse opérer au service d'objectifs moins édifiants.

À l'inverse, gagné par la vague du soupçon, et persuadé de faire preuve de réalisme sociologique ou de lucidité anthropologique, on

pourrait bien prétendre dissiper toutes les brumes normatives dont le droit s'entoure, et le ramener alors à la platitude de déterminismes factuels. D'un côté le rôle du législateur omniscient, l'instituteur du peuple, dont rêvait Rousseau ; de l'autre, le rôle ancillaire du notaire ou du gendarme. Je ne doute pas que si, par bonheur, ce livre retenait l'intérêt de ses lecteurs, bon nombre de discussions se cristalliseraient sur ce point. C'est que la voie est vraiment étroite entre une approche idéalisante qui charge la barque du droit au risque de lui faire prendre eau et de le rendre méconnaissable, et une perspective déniaisante qui, au prétexte de ne pas s'en laisser conter, perd tout simplement le fil du récit.

Faut-il penser alors que le domaine propre du droit est celui de la seule technique, à égale distance des idéalisations éthiques, comme des déterminismes factuels ? Non, ce serait, encore une fois, perdre la dialectique en chemin. Ce qu'il faut arriver à penser c'est que, langage technique et pratique professionnelle spécifique, le droit poursuit des finalités idéales qu'il prend au sérieux et auxquelles il contribue à donner consistance, sans s'y identifier pour autant, tout en se prêtant, en même temps, aux jeux pragmatiques, plus ou moins bien intentionnés, des acteurs qui le mettent en œuvre – des jeux qu'il anticipe partiellement, du reste, mais non plus sans s'y réduire. C'est très exactement cette ligne de crête que je me suis efforcé de suivre, sans qu'elle me mène au sommet néanmoins, car longue est la route qui en déploierait toutes les virtualités.

Cette allusion au chemin m'amène enfin à aborder la question de la méthode. Je dirais que la méthode de ce travail est interdisciplinaire, que sa perspective est généraliste, et son ton humaniste.

L'interdisciplinarité, dans la ligne des travaux menés par le *Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques*, et la *Revue* du même nom depuis quarante ans (respectivement 1973 et 1978), s'impose pour traiter un thème dont le rapprochement dialectique de ses trois objets centraux exige qu'ils soient pensés au carrefour de plusieurs disciplines. Les « fonctions » appellent un traitement prioritairement juridique, les « usages » supposent la mobilisation d'éclairages empruntés aux sciences sociales, tandis que les « finalités » relèvent, pour l'essentiel, de considérations philosophiques.

Bien entendu, dialectique oblige, on ne peut se contenter de la simple juxtaposition de ces trois approches ; ce serait en rester à une simple pluridisciplinarité, qui ne réussira jamais à constituer un objet ou une problématique scientifiques. Aussi bien, chacun des

développements relatifs aux trois parties de cet ouvrage, s'il relève d'une approche dominante, ménage des ouvertures, parfois de véritables articulations, avec les approches prévalant dans les deux autres parties. Sans verser pour autant dans la fusion d'objet propre à la transdisciplinarité, cette approche, disons dialogique et traductive, se propose d'articuler les points de vue, sans les identifier pour autant. Exactement comme il en va des fonctions, des usages et des finalités – trois notions fortement articulées, mais qui, sous peine de confusion et de réductionnisme, ne doivent pas être rabattues les unes sur les autres.

Mon souhait est donc de croiser, dans toute la mesure du possible, le regard du juriste qui considère le droit de l'intérieur à partir de ses concepts et méthodes spécifiques, avec celui de l'anthropologue qui étudie les sociétés sans droit et parfois le passage au droit, celui des sciences sociales qui étudient les effets des prétentions juridiques sur le terrain et dans les mentalités, et celui du philosophe qui analyse les potentialités de telle ou telle finalité que le droit se propose ou devrait se proposer. Chacun de ces points de vue apporte un éclairage spécifique au sujet, chacun détient une part de vérité ; c'est au croisement de ces différents axes que se dessine la réponse à la question des fonctions, usages et finalités du droit ; c'est de l'enchevêtrement de leurs perspectives que l'objet étudié acquiert consistance, volume et mouvement, se rapprochant ainsi de la réalité, comme un objet en trois dimensions animé de mouvement et éclairé sous ses différentes facettes.

Si la méthode est interdisciplinaire, la perspective de l'ouvrage se veut généraliste. C'est pourquoi on peut dire qu'il relève de la théorie *générale* du droit. Au rebours de l'hyperspécialisation des savoirs contemporains, qui affecte les sciences sociales et juridiques comme toutes les autres, mon ambition (utopique ?) est de saisir le droit en ses multiples facettes : ses différentes échelles, ses différentes branches, ses différents acteurs. Le droit des Cours internationales de justice aussi bien que celui des justices de paix locales, le droit civil le plus classique comme le droit d'environnement ou des télécommunications le plus contemporain, le droit du constituant comme celui de l'apatride ou du demandeur d'emploi. Formulée comme telle, une pareille ambition encyclopédique pourrait sembler traduire autant d'inconscience que d'arrogance. Je pense quant à moi le contraire : cette volonté de ne rien laisser échapper d'essentiel me contraint à l'humilité permanente du chercheur, privé du confort de toute espèce

de niche où régner en maître, à l'écart aussi de la griserie que procure la complicité avec les théories en vogue du moment.

Pas une affirmation de ce livre que je n'ai tenté de problématiser en la confrontant à d'autres aspects du droit. Très souvent cette option m'a conduit à en dire moins, à concentrer des analyses potentiellement trop spécialisées, à réduire la portée de conclusions, trop partielles, trop conjoncturelles, pour relever d'une théorie « générale » ; très souvent aussi, ce parti pris de généralité m'aura exposé à des approximations, voire à des lacunes et des erreurs. Tout en les regrettant, bien entendu, je les assume, tant il me paraît nécessaire d'honorer le projet d'une théorie du droit généraliste, tout comme je crois également essentiel que les étudiants en droit continuent à bénéficier d'une formation articulée autour d'un solide tronc commun. L'intérêt est scientifique, mais éthique aussi bien : qui ne voit qu'une spécialisation trop précoce et trop accentuée ne ferait qu'anticiper, renforcer et légitimer une ségrégation sociale déjà bien trop présente dans le monde réel ? Dans l'esprit de la première finalité intrinsèque que je prête au droit – définir des équilibres généraux à vocation opératoire – je soutiens la nécessité d'une pensée sur le droit qui ne le confine pas dans tel rôle spécialisé, au service de tel ou tel type d'intérêt, fût-il celui du Prince qui honore, ou du puissant qui rémunère. Fût-il aussi celui de la « juste cause » qui mobilise et enthousiasme, mais qui ferait oublier que l'analyse du droit ne peut occulter le fait qu'il est aussi, surtout, celui des Princes et des puissants.

Enfin, si la méthode est interdisciplinaire et la perspective généraliste, le ton général de l'ouvrage se veut humaniste. C'est, on l'aura deviné, le souci exigeant de la constitution de l'humain qui motive mon écriture, et me conduit à remettre sur le métier, une fois encore, une théorie générale du droit – envisagé ici sous l'angle de ses fonctions, usages et finalités. Ceci explique que je consacre un important *Interlude*, de nature philosophique et de plusieurs dizaines de pages, à la question : « quel homme pour quel droit ? ». Il ne m'est pas paru possible, en effet, d'aborder la question des finalités, sans passer par ce détour anthropologique ; c'est notre image de l'homme, en effet, qui détermine le type de société et de droit que nous voulons défendre.

Relève également de ce ton humaniste, le fait, non délibéré, que la plupart des chapitres, voire des sections, s'ouvrent par une évocation des commencements grecs et romains. Je tiens en effet que la cité grecque comme les *responsa* des jurisconsultes romains, sans parler

des virtualités de la langue d'Aristote et de Cicéron, représentent la matrice culturelle, la grammaire constitutive dans lesquelles se pensent nos institutions et nos procédures. Point de nostalgie ou d'érudition savante dans cette option ; « penser à partir de », veut dire parfois aussi « penser contre » ou « penser au-delà » – mais c'est se condamner à la myopie de croire qu'on puisse « penser sans ».

Humanistes aussi, les très nombreuses références littéraires qui parsèment le texte. Ici encore, le fait ne procède d'aucun propos délibéré, ni d'un tic de méthode. J'espère au contraire que chacune de ces occurrences apporte au texte un éclairage complémentaire et original, souvent un passage à la limite comme seules les œuvres de fiction peuvent en ménager. Menant, depuis une quinzaine d'années, et en marge de mes études de théorie du droit, de nombreux travaux dans la ligne du courant « droit et littérature », je ne pensais pas que j'aurais un jour l'occasion de croiser ces deux recherches. Il se fait que l'occasion s'est présentée aujourd'hui, et à de multiples reprises, au cours des chapitres. On se méprendrait en conférant à ces passages un rôle ornemental, inspiré par je ne sais quelle coquetterie d'auteur ; au contraire, bien souvent, c'est l'œuvre littéraire qui m'a mis sur la voie de la chose à penser.

Ce serait un effet collatéral, imprévu mais bienvenu, de cet ouvrage s'il contribuait également à démontrer la pertinence et la fécondité du courant « droit et littérature », non pas en marge du droit, mais en son cœur. Ce qui me donne aussi l'occasion d'affirmer, au moment de conclure ce propos introductif, que cette recherche à propos des fonctions, usages et finalités du droit, se développe tout entière à l'ombre et à la faveur de l'« imaginaire constituant ». Non pas le petit imaginaire irrationnel ; non, la forte puissance imaginante, qui marque la raison des peuples et des individus. Celle-là même qui inspire leurs « romans politiques » et en fait des « communautés narratives ».

En définitive, le droit sert aux fins que nous imaginons pour lui[17].

Espérons que nous serons capables d'imaginer le meilleur.

Mont-Xhoffraix, 28 décembre 2015

17. Pour un exemple, *cf.* les quatre volumes de l'ouvrage de M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004-2011. *Cf.* aussi B. de Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Paris, LGDJ, 2004.

Chapitre 1.
Mise en perspective

Ce qui frappe le chercheur qui entame une recherche consacrée aux fonctions du droit, c'est la relative rareté des travaux relatifs à cette question, dont il est pourtant difficile de nier l'importance. Une des explications réside sans doute dans la trivialité des réponses qui viennent immédiatement à l'esprit : lorsqu'on a dit « guider les comportements » et « résoudre les conflits », on s'imagine avoir à peu près vidé la question. Ajouterait-on « assurer la sécurité », « garantir la paix », « opérer un contrôle social », qu'on ne sortirait pas vraiment des banalités. Mais alors, que dire d'autre ?

Pour le chercheur qui s'accroche néanmoins, c'est ensuite l'amoncellement des difficultés méthodologiques qui risque de le décourager (section 1) : faut-il, en ces matières, adopter une perspective descriptive ou normative ?, faut-il raisonner de façon intemporelle ou contextuelle ? épouser le point de vue du système ou celui de l'acteur ? tourner ses regards vers l'avenir (projets, objectifs) ou plutôt vers le passé (effets, résultats) ? Comment, pour répondre à la question « à quoi sert le droit ? », faire la part aux fonctions objectives, aux usages stratégiques, et aux finalités idéales ?

Deux pièges surtout menacent l'analyse (section 2) : un fonctionnalisme presque inévitable lorsqu'on s'interroge sur les fonctions d'une institution – quelle place alors réserver à l'échec et au conflit ?, ou, sur l'autre bord, un essentialisme qui, en postulant l'existence « du » droit, lui attribue des fonctions et des finalités éthérées, sans lien avec les dynamiques sociales et les imaginaires collectifs.

Le présent chapitre tente d'identifier ces difficultés et ces pièges, laissant pour le chapitre suivant la mise au point d'une grille conceptuelle susceptible de les affronter en faisant droit à leurs exigences respectives.

Mais on n'entame pas une recherche de l'ampleur de celle-ci, à l'aide seulement d'une notice méthodologique, du genre de celle qui

Chapitre 2.
Clarification conceptuelle.
Des fonctions attendues aux usages observés

Les pièges et difficultés de l'entreprise maintenant bien identifiés, nous voici à pied d'œuvre. La première étape du parcours consistera à dénouer l'écheveau, passablement complexe, des notions qui gravitent autour de l'idée de fonction. De la typologie en huit cases que présente la première section, je dégage trois concepts centraux – usages, fonctions, finalités – qui correspondent aux trois sections suivantes, et qui, aussi bien, donnent leur titre aux trois Parties de ce livre.

Le lecteur avisé remarquera peut-être que les développements consacrés aux « usages » du droit sont moins conséquents que ceux que je consacre à ses fonctions et ses finalités. Il ne faut cependant pas en déduire une moindre importance de ces usages, ou un moindre intérêt de ma part pour cette réappropriation du juridique par ses acteurs, encore que ma qualité de juriste-philosophe me donne sans doute plus de titre à traiter des deux autres axes. À l'appui cependant de ma conviction de la nécessité absolue d'introduire la perspective pragmatique de l'usage sur pied d'égalité avec la perspective syntaxique des fonctions et la dimension axiologique des finalités, je voudrais avancer deux arguments. J'observe d'abord – dialectique oblige – qu'il sera encore question d'usage à l'occasion de l'examen des fonctions et des finalités ; chaque fois que possible, je rappellerai combien celles-ci sont susceptibles de varier en fonction des contextes, des stratégies, et des intérêts. D'autre part, il faut mesurer, à sa juste importance, la manière de révolution copernicienne que produit, à l'égard du paradigme juridique traditionnel, le simple décentrement du regard en direction des « usagers », les acteurs en situation. Inutile ici d'argumenter longuement, ni de produire des quantités de confirmations empiriques : l'effet de décentrement est atteint par ce seul déplacement du regard. On s'aperçoit alors que le roi est nu – ou plutôt le

Introduction

Le droit comme « supplément » : redoublement et dépassement

« N'est-ce pas nous qui t'avons donné la vie ? Nous t'avons nourri et élevé, nous avons présidé à l'union de ton père et de ta mère. »

PLATON, *Criton*, Paris, Hachette, s.d., pp. 52 et 58.

« Cette institution au second degré qu'est le droit. »

C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 174.

Section 1. Supplément

« Nourrir, présider à l'union des époux et consacrer la filiation », c'est, pour Platon, la fonction des lois (on aura reconnu, dans le passage du *Criton*, cité en exergue, la fameuse *Apologie des lois*) : fonctions matérielles (nourrir, élever, entretenir) et fonctions symboliques (fixer des généalogies, conférer identité et statut). Tel serait le rôle du droit (« institution au second degré », écrit Castoriadis), dans la société : instituer une seconde fois, consacrer, sanctionner, pérenniser ce qui déjà s'était institué au plan social. Mais que cache cette symbolisation au carré : un simple redoublement, ou le passage à une logique supérieure ? Une inutile redondance, ou une propriété émergente bienvenue ? C'est l'objet de cette Partie de tenter de répondre à cette question : en quoi consistent les fonctions du droit et quel type de plus-value sont elles censées apporter ?

Il reste que l'objet de cette deuxième Partie (« fonctions »), après une première qui s'était consacrée pour l'essentiel aux « usages et effets » du droit, et une troisième qui explorera les « finalités » du droit, s'avère particulièrement difficile à identifier, comme si la fonction se dérobait à l'analyse, entre l'évidence des usages et des

Chapitre 1.
Institution primaire, institution secondaire

Quatre étapes jalonneront ce chapitre. Je commence par rappeler l'analyse canonique de la « double institutionnalisation » telle que faite, en son temps, par l'anthropologue P. Bohannan. En contrepoint, je juxtapose l'étude du théoricien du droit, L. François, qui étudie le même passage au droit, mais sous un angle radicalement désenchanté. J'observe d'emblée que la composante symbolique est absente chez P. Bohannan, tandis que, chez L. François, elle se réduit, dans une optique matérialiste, à une simple légitimation idéologique.

Dans une seconde étape, je propose le « récit standard » de la double institutionnalisation, tel qu'il fait l'objet aujourd'hui d'un très large consensus. Mais l'analyse souffre encore, à ce stade, de l'abstraction typique des « idéaux-types ». Aussi ferai-je écho, dans un troisième développement, à l'analyse concrète que A. Schiavone consacre à l'« invention du droit romain », et à son développement sur dix siècles.

Enfin, dans une dernière étape, je me propose de revisiter à mon tour la vénérable théorie ; ce seront non moins de huit correctifs importants que je lui apporterai dans le contexte du droit en réseau en voie de mondialisation.

Avant d'entamer ce parcours, il convient cependant de définir le concept d'« institution » qui est au centre de ce chapitre. « L'institution », précise Castoriadis, « est un réseau symbolique, socialement sanctionné, où se combinent en proportions et en relations variables une composante fonctionnelle et une composante imaginaire »[261]. Le droit, « institution secondaire », répond bien évidemment à cette définition. Mais il importe de noter que, si il y a institution seconde, c'est que les relations sociales élémentaires (échanges économiques, liens affectifs, rapports de force...) sont déjà instituées à leur niveau respectif. Une mise en forme symbolique configure toujours déjà les liens que les hommes tissent entre eux ; à aucun stade n'existe des rapports « bruts », purement vitaux,

261. *Ibid.*, p. 184.

Chapitre 2.
Normes primaires, normes secondaires

Nul n'ignore que la distinction des règles primaires et secondaires, ainsi que leur articulation sous la forme d'une théorie complète, a été proposée par H. Hart dans son *Concept of Law*[329]. Précisée par N. Bobbio notamment[330], cette théorie bénéficie d'un très large consensus en théorie du droit, et s'avère extrêmement opérationnelle. Elle s'inscrit de surcroît au cœur de notre problématique dès lors, on le verra, qu'elle répond entièrement à des questions fonctionnelles – le propre des règles secondaires étant, pour Hart, de *pallier les défauts* apparus au plan des règles primaires. Inscrite dans le prolongement naturel de la théorie de la « double institutionnalisation », la distinction des règles primaires et secondaires a pour objectif de préciser le plus nettement possible l'avantage *fonctionnel* d'une institutionnalisation redoublée. L'intuition dégagée dans le chapitre précédent, selon laquelle, pour s'occuper efficacement du social, le droit devait d'abord et surtout bien s'occuper de lui-même, s'en trouvera amplement confirmée et même largement amplifiée.

Il reste que, bien entendu, Hart n'est pas le premier à avoir tenté de théoriser cette double nature des règles de droit, en rapport avec la vocation instrumentale du juridique. Qu'il me suffise d'évoquer, parmi d'autres tentatives, la distinction que L. Duguit faisait entre « règles de droit normatives ou règles de droit proprement dit », d'une part, et « règles de droit constructives ou techniques qui sont établies pour assurer, dans la mesure du possible, le respect et l'application des règles de droit normatives », d'autre part[331].

329. H. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1976, pp. 103-125.

330. N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit*, études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 116 et s.

331. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Cie, 1927, p. 106.

Chapitre 3.
Fonctions primaires, fonctions secondaires. Jeu social, jeu juridique

Section 1. Jeu, performatif et monde second

Le jeu n'est pas seulement une *métaphore* commode et féconde pour penser le droit. Dans un ouvrage antérieur, Michel van de Kerchove et moi-même avons proposé de trouver dans la logique du jeu la matière d'un *paradigme* pour penser le droit sur les plans explicatif, épistémologique et éthique[354]. Pas étonnant, dans ces conditions, que le paradigme du jeu s'avère aussi, comme nous l'avons déjà observé à plus d'une reprise, particulièrement pertinent pour notre étude des fonctionnalités du droit. La plupart des aspects du droit que nos analyses précédentes ont retenus, en vue de dégager ses fonctions, sont en effet efficacement pris en compte par le modèle ludique : ainsi les dimensions du conflit et non seulement de l'ordre, du symbolique et non seulement de l'instrumental, de l'action et non seulement de la convention, de la fiction et non seulement de la réalité. Je détaille ces quatre traits.

1. De nature à la fois collaborative et pourtant agonistique, le jeu intègre autant la dimension fonctionnaliste d'ordre et d'harmonie, que la part de rivalité et de conflit que nous savons être tout aussi consubstantielle au droit. Verserait-il dans l'un des deux extrêmes, l'harmonie complète ou le conflit déchaîné, que le droit, comme le jeu, disparaîtrait.

2. Relevant autant de la stratégie et d'une rationalité instrumentale (*Zweckrationalität*) que de la représentation ou de l'expression de significations et de valeurs (*Wertrationalität*), le jeu, dit Huizinga,

354. Fr. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992 ; *cf.* aussi Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Droit et jeu. Variations interdisciplinaires*, numéro spécial de la Revue *Droit et Société*, nos 17-18, 1991 ; A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.

De la nécessité d'un détour anthropologique pour penser les finalités du droit

À Thèbes sévit la peste, tandis que, aux portes de la cité, la sphinge, mi-humain, mi-animal, pose cette question aux voyageurs terrorisés : « Qu'est-ce que l'homme ? » Nous ne cessons d'être confrontés à cette injonction : avoir à identifier l'humain, avec la survie pour enjeu, ou, du moins, la poursuite d'une vie sensée. Demain, aux portes de nos mégapoles, ce seront des robots androïdes qui nous reposeront peut-être la question.

Il est significatif que ce soit un marginal : Œdipe, héros sans doute, mais boiteux et incestueux, qui résolve l'énigme (*quel animal marche sur quatre pattes le matin, deux à midi, et trois le soir ?*). Il savait d'expérience que l'homme ne marche pas toujours droit et qu'est sinueuse la limite où se constitue l'humain[450]. Mieux que personne, il devait savoir, lui le claudiquant, que l'homme ne cesse de chercher sa mesure, et que la faille, autrement dit la conscience de l'altérité qui le traverse lui-même, le contraint à un ajustement permanent. Qui l'ignore reste exposé aux menaces des dérèglements de la cité et tétanisé par les questions de la sphinge.

C'est donc à partir de l'énigme qu'il est à lui-même que l'homme se signifie – Kant évoquait son « insociable socialité », Freud parlait de son « inquiétante étrangeté »[451]. Réfléchir cette énigme est une priorité pour qui veut penser le juste ordonnancement de la cité ; l'arrêt sur la case « sphinge » est une étape obligée de notre quête des finalités du droit.

450. G. de Stexhe, « L'expérience du handicap comme seuil d'humanité », in *R.I.E.J.*, 2015-74, p. 142.

451. S. Freud, *L'inquiétante étrangeté et autres essais*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 1988 : « Le profane se voit là confronté à la manifestation de forces qu'il ne présumait pas chez son semblable, mais dont il lui est donné de ressentir obscurément le mouvement dans les coins reculés de sa personnalité. » (p. 25.)

Introduction

Après l'évocation des usages qu'il est possible de faire du droit et l'étude des fonctionnalités qui lui sont propres, le moment est venu d'aborder ses finalités, et ce, au bénéfice du détour anthropologique de l'*Interlude*, qui a réfléchi au type d'humanité qu'il paraissait *souhaitable* de garantir. *Souhaitable* : c'est dire que la perspective de cette *troisième Partie* est clairement normative ; cette normativité est ici ouvertement assumée et même revendiquée, comme manière adéquate de comprendre de l'intérieur les finalités du droit, après avoir décrit de l'extérieur ses usages possibles, et, dans la *deuxième Partie*, analysé ses fonctionnalités techniques. Cette question des fins ultimes avait été suspendue jusqu'ici, et la neutralité de l'analyse soigneusement maintenue, chacune des fonctions attribuées au droit étant susceptible d'opérer en vue du meilleur comme du pire.

Alors qu'une fonction s'inscrit dans un rapport instrumental et dérivé de moyen à fin, et qu'un tel rapport est toujours susceptible d'une analyse de pertinence ou d'adéquation (le moyen est-il adapté à la fin ? la fonction est-elle pertinente au regard de la finalité ?), la finalité, en revanche, paraît trouver sa justification en elle-même et ne dériver que de sa désirabilité intrinsèque. En discuter requiert cette fois de recourir aux catégories d'intentions délibérées, de solutions argumentées et d'accords motivés – soit un langage normatif qui suppose de prendre au sérieux la perspective « interne » à l'objet étudié.

Envisagée dans cette perspective, une finalité (intrinsèque) ne redouble pas une fonction, elle l'oriente dans un sens déterminé ; ainsi, c'est une fonction du droit d'assurer la coordination des activités sociales et de maintenir l'ordre public ; relève, en revanche, de ses finalités, le fait que cet ordre et cette coordination soient le fruit d'un équilibre recherché entre les différents intérêts sociaux ou, au contraire, qu'ils visent à maximiser le pouvoir d'un parti, d'une église ou d'un occupant étranger.

Chapitre 1.
Première finalité intrinsèque : définir un équilibre social général à vocation opératoire

Introduction. Le breuvage d'Héraclite

La recherche de l'équilibre semble consubstantielle au droit : la balance l'évoque, de même que le principe de proportionnalité qui domine le raisonnement juridique d'aujourd'hui comme d'hier ; ce qui est droit, est d'équerre, comme le rappelle l'étymologie de la norme (*norma*, équerre). En son sens le plus primitif, le droit est mesure, balance, pondération. Entre toutes les prétentions qui lui parviennent, les intérêts qui réclament protection, les valeurs qui entrent en conflit, le droit arbitre, ou plutôt propose les instruments d'un arbitrage qui, sans ajouter un nouveau poids dans la balance (en ce sens, nous l'avons vu, le droit n'est pas une « cité », mais un « niveau »), assure la régularité de l'opération (il la hisse au « niveau » de l'*im-partialité* : n'ayant pas de part propre à défendre, il peut assurer l'équilibre du partage)[621]. Au plan pragmatique de la gouvernance sociale, l'enjeu est de réaliser la coordination des actes et projets les plus diversifiés du plus grand nombre d'acteurs ; au plan éthique, l'enjeu de cette prise en compte généralisée est la reconnaissance de l'individualité (et partant, de la dignité) du plus grand nombre de personnes.

Ces exigences sont devenues encore plus impératives aujourd'hui qu'hier, dès lors que les défis auxquels nos sociétés sont confrontées apparaissent sous forme de problèmes « indivisibles », ou encore

621. Je rappelle encore une fois que les analyses menées dans cette troisième Partie relèvent d'une perspective normative ; aussi l'objection selon laquelle le droit a évidemment une part à défendre, celle des intérêts socialement dominants, quoi que souvent exacte sur le plan constatif (on en revient alors à l'étude des *usages* du droit), n'a pas pour effet d'invalider la thèse défendue au texte : l'impartialité du droit tient à sa vocation normative et nourrit sa force symbolique qui explique, du reste, et cette fois sur le plan constatif, que le droit puisse servir à l'occasion d'arme d'émancipation des plus faibles (en ce sens, *cf.* M. Garcia-Villegas, *Les pouvoirs du droit. Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Paris, LGDJ – Lextenso éditions, 2015, pp. 69 et s.).

Chapitre 2.
Deuxième finalité intrinsèque : un équilibre susceptible d'être imposé par une contrainte réglée, génératrice de confiance

Introduction. Contrainte, coercition, confiance

Une réflexion sur les finalités du droit, menée comme ici dans une perspective normative, incline facilement aux idéalisations spéculatives, et donc à l'euphémisation des pratiques et des paroles. Cette tendance s'accentue encore dans une culture juridique déterminée par la primauté des droits de l'homme et un contexte politique caractérisé, en Occident depuis sept décennies, par le refoulement des conflits armés en direction de confins plus ou moins éloignés.

Il ne faudrait pourtant jamais oublier que la violence, qui préside aux origines, est partout et toujours menaçante. Toute théorie du droit, de la politique ou du social qui perdrait de vue, ne serait-ce qu'un instant, cette potentialité du déchaînement de la violence et ses travestissements bien réels, ne serait que bavardage dérisoire. Il importe donc que chacune assume résolument cette face d'ombre, et s'explique sur sa manière de la prendre en compte.

Au commencement était le crime... Caïn et Abel, Romulus et Remus, Étéocle et Polynice, Joseph et Esaü, Richard Cœur de Lion et Jean sans Terre... Tous les mythes, qui sont la mémoire travestie des origines, racontent ces débuts sanglants, et la grande menace qu'ils font peser sur la survie des sociétés. Conjurer cette violence originaire est la grande affaire, la priorité absolue des sociétés primitives (et des nôtres aussi bien) – une question de survie. Zeus lui-même s'alarmait de ces guerres incessantes, intestines et étrangères, qui menaçaient les hommes, dès lors que leur survie matérielle était assurée par le feu et les techniques que Prométhée leur avait apportés. Et Platon, qui rapporte cette histoire dans son *Protagoras*, d'imaginer le remède qu'on sait : *philia* et *dikè*, le respect et la justice ; mais ce sont là des vertus civiques tardives et bien civilisées – des siècles de domestication de la violence sont déjà passés par là, tenant

Chapitre 3.
Troisième finalité intrinsèque : produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées

« Il est clair qu'une cité, à force de progresser ainsi, et de devenir davantage une, ne sera plus une cité, car la cité, par sa nature, est d'une certaine façon pluralité. »

(ARISTOTE, *Politique*, II, 2)

« Ce serait la possibilité d'une mise en question qui caractériserait le mieux la norme juridique, une certaine nature interrogative. Ce qui est le propre du droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation. »

(J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 135)

Introduction

Après avoir dégagé les finalités juridiques relatives à la recherche de l'équilibre et à la production de la contrainte, je suis maintenant en mesure d'aborder la troisième de mes finalités intrinsèques : la « remise en cause », associée aux idées de contestation, recours, révision, correction, abrogation. Un ensemble de thèmes qui renvoient à la nature agonistique de la production du droit, et au caractère controversé de sa logique. Depuis toujours, le raisonnement juridique se produit sous les auspices de la controverse argumentée, tandis que sa substance n'évolue qu'au travers du choc des intérêts et des valeurs.

Conclusions

Au moment de terminer ce livre, j'ai le sentiment, qu'en dépit de sa longueur, l'ouvrage reste largement inachevé. Bien des aspects du droit demeurent dans l'ombre, bien des pistes évoquées demanderaient à être approfondies.

Au moins aurais-je contribué à remettre la question des fonctions du droit à l'ordre du jour. Je serais heureux si, à partir de ce livre, parfois contre lui, souvent au-delà, la réflexion reprenait au sujet la place du droit dans la société, et que se relançait le débat à propos de sa contribution à l'institution de l'humain. Sans doute, les réponses partielles ne manquent pas ; mais elles sont dispersées, spécialisées, cloisonnées par les disciplines respectives dont elles relèvent. Ce qui nous manque, ici comme sur bien d'autres terrains, c'est une pensée des liens, une aptitude à traduire. S'il y a un seul mérite que je revendique, c'est d'avoir tenté de nouer quelques-uns de ces liens, au bénéfice d'une circulation des discours.

La triade « usages-fonctions-finalités » offre une structure solide qui permet de jeter des ponts entre ces réponses partielles. Je n'en ai donné ici qu'une présentation générale ; mais, pour faire apercevoir sa réelle fécondité, il faudrait se livrer à l'analyse approfondie d'institutions, de procédures ou de législations précises à l'aide de la typologie qu'elle offre et surtout de la dialectique qu'elle appelle. Mon ambition est que cette grille d'analyse permette de dégager, à propos de n'importe quel procédé ou solution juridique, les fonctionnalités que le droit mobilise, les finalités qu'il poursuit, les usages, mésusages et détournements dont il fait l'objet. Et ainsi de mieux saisir la place, si spécifique, qu'occupe la régulation juridique dans ce que j'ai appelé le « grand tout culturel ».

En menant scrupuleusement, et pas à pas, cette analyse, en n'attribuant pas directement au droit des finalités hautement mobilisatrices comme la justice et la démocratie, j'ai souvent eu le sentiment d'être exagérément modeste au regard des combats que le droit a menés dans le passé, et de ceux qu'il s'apprête encore à mener – au moment

où je mets la dernière main à cet ouvrage, le *Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques* de mon université entame, du reste, une vaste recherche collective sur le thème de *la contribution du droit à l'édification d'une société en transition*, et je ne doute pas que cette contribution soit décisive. Peut-être aurai-je été plus convaincant, plus éclairant même, si j'avais adopté un ton plus inspiré, parfois plus militant, en célébrant plus explicitement la contribution du droit à l'édification d'une société ouverte, créative, et juste. Je m'en suis, au contraire, tenu à une stricte ascèse intellectuelle, en ménageant toujours l'éventualité que les fonctionnalités du droit soient détournées ou subverties au service de finalités désinstituantes. Mais cette manière de renoncement n'avait pour but que d'aiguiser la vigilance critique et d'affiner la recherche des conditions nécessaires pour que le droit mette ses techniques au service des finalités « extrinsèques » de démocratie, de justice, et de constitution de l'humain.

Bon connaisseur de la montée du droit nazi, O. Jouanjan pose la question : « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? »[1058]. En 1926, Kelsen et Duguit, qui avaient des raisons personnelles de se méfier de la montée des périls, ont tenté de répondre, dans l'éditorial qu'ils cosignaient du premier numéro de la *Revue internationale de théorie du droit*, que l'attachement résolu au strict formalisme juridique constituait le meilleur rempart contre le déchaînement de la violence : « nous croyons avoir des raisons sérieuses pour être persuadés que l'unique moyen d'assouvir nos aspirations vers la justice et vers l'équité, c'est l'assurance résignée qu'il n'y ait pas d'autre justice que celle que l'on trouve dans le droit positif des États et de la communauté des États »[1059].

Hélas, le formalisme juridique n'a pas réussi à contenir les menaces, et fut lui-même emporté dans la tourmente, n'opposant finalement que peu de résistance à sa dénaturation[1060]. Le recours se trouvait-il plutôt dans la référence au droit naturel et à des valeurs matérielles supérieures au droit positif ? Oui, sans doute, et ce sont ces valeurs qui inspireront la *Charte des Nations unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui jettent les

1058. O. Jouanjan, in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, pp. 223 et s.

1059. H. Kesen et L. Duguit, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1re année, 1926-1927, Brno, p. 3.

1060. D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, Curapp-PUF, 1989, pp. 252 et s.

bases d'une reconstruction juridique du monde au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Il reste que la référence au droit naturel est elle-même pour le moins ambivalente, dès lors que les juristes nazis s'en réclamaient hautement (un droit naturel basé sur la pureté du sang, la supériorité de la race, et la nécessité d'un espace vital) pour bousculer précisément les garanties et procédures du droit positif. Peut-être comprenons-nous alors que c'est seulement dans le contrôle réciproque et la limitation mutuelle du droit formel par le droit substantiel, et de celui-ci par celui-là, que se trouve la moins fragile garantie de cette « aspiration vers la justice et l'équité » dont parlaient Kelsen et Duguit.

C'est dire que la technique juridique a sans cesse besoin de s'abreuver aux sources éthiques des valeurs qui seules peuvent la préserver de la dénaturation ou de l'instrumentalisation – dans le langage de cet ouvrage : les fonctionnalités du droit sont, grâce à ses « finalités intrinsèques », mobilisées au service de la démocratie et de la justice, « finalités extrinsèques ». Mais cette dialectique présente un second versant, moins souvent mis en lumière et pourtant tout aussi essentiel : ces valeurs extrinsèques demandent à leur tour d'être cadrées par les garanties juridiques formelles, sous peine de déraper elles aussi.

Où je retrouve la question, simple et radicale, qui m' a accompagné tout au long de la rédaction de ce livre : « Qu'est-ce qui change lorsque deux personnes, un groupe ou une société décident de passer au droit ? ». La réponse, entrevue dans les premiers chapitres, n'a fait que se confirmer, chemin faisant : peu de choses changent, et pourtant rien n'est pareil. Un caractère invisible s'attache alors à n'importe quelle relation sociale, qu'elle soit affective, commerciale, professionnelle, ou politique : elle s'inscrit désormais sur une « scène tierce », sinon « indisponible » du moins protégée des manipulations les plus directes, car légèrement distanciée, et impersonnelle ; une scène, générale et abstraite, qui introduit la dimension d'égalité de traitement, une scène publique vouée à la durabilité des institutions, une scène où se négocient des arbitrages sociaux concrets susceptibles d'être imposés par la contrainte, tout en se prêtant à des remises en cause dans les formes. Un léger écart, un infime distanciement, qui rend possible la référence à une « commune mesure » – celle qui convient à des êtres humains « dignes » de respect.

Peu de choses, en somme ; et pourtant...

Au départ, c'est seulement cet article du règlement de la prison de *Robben Island* qui permet à Nelson Mandela d'exiger, pour lui-même et ses compagnons, une ceinture pour tenir leur pantalon, et ainsi se tenir droits, face à leurs geôliers. À l'arrivée, c'est la nouvelle Constitution d'Afrique du Sud qui proscrit l'apartheid et établit un régime de droit.