

PEUT-ON, SANS RISQUE, APPLIQUER AU DROIT LE TERME DE FONCTION ?

Qu'on parle de *la fonction* du droit ou *des fonctions* du droit (deux usages du mot *fonction* qui pourtant déjà ne ressortissent pas au même sens), l'application de ce concept de *fonction* au droit apparaît d'autant plus naturelle que, plus généralement, l'utilisation sociologique du terme passe parfois pour très ancienne. On peut soutenir que dans la pensée d'Aristote le concept de *fonction* joue un rôle explicatif à peu près équivalent dans les domaines anatomo-physiologique d'une part, juridico-sociologique d'autre part. Pour le stagirite en effet, les dispositions anatomiques de l'oeil seront expliquées lorsqu'on aura montré que ses matériaux constitutifs sont disposés et combinés entre eux *pour* la vision, de même que la structure de la cité sera expliquée lorsqu'on aura montré que les activités humaines qui en sont les matériaux de base sont organisés *en vue de* la fonction normale de la société qui est en particulier d'assurer une vie heureuse. Un historien de la pensée d'Aristote (1) n'hésite donc pas à conclure : « La science aristotélicienne consistera, pour une bonne part, à montrer comment les matériaux choisis s'organisent en vue d'une certaine fonction ». Le mot *fonction* est désormais lâché, comme si notre idée moderne de *fonction*, à défaut d'un synonyme grec exact, était déjà chez Aristote.

Nous devons prendre garde qu'une telle lecture d'Aristote constitue déjà une réinterprétation de sa pensée à travers nos concepts modernes. Notre moderne concept de *fonction* en effet, dans l'usage sociologique qui nous autorise à parler de *la fonction* ou *des fonctions* du droit, se trouve repris de la physiologie, laquelle avait commencé par emprunter ce concept à la pratique sociale elle-même. « *Functio* » c'était dans le latin du I^{er} siècle avant J. C. l'*exécution, l'accomplissement, l'exercice, le fait de s'acquitter* d'une charge ou, comme nous dirions aujourd'hui, d'une *fonction*, laquelle s'appelait *munus*. « *Functio muneris illius* », dit Cicéron, « l'exer-

(1) BRÉHIER, *Histoire de la philosophie*, tome I, 1, p. 206.

cice de cette fonction». Dans la basse latinité le glissement se fera de l'exercice de la fonction à la fonction elle même, si bien que le Code justinien désigne les *functiones publicae* comme nous le ferions nous-mêmes: «functiones publicae».

Il semble que le mot *fonction*, de sa stricte application à la pratique sociale, ne se soit étendu au domaine physiologique que par une véritable métaphore. Cette métaphore est sans doute extrêmement ancienne. On la rencontre dans la langue française chez Montaigne qui parle des *functiones du corps*; bien avant le xvième siècle l'idée de la métaphore (à défaut de la lettre puisqu'il s'agit ici du mot *munus* et non du mot *functio*) se trouvait d'ailleurs déjà chez Cicéron qui n'hésitait pas à écrire que «l'oeil malade est mal disposé à s'acquitter de sa charge» (1). Mais cette métaphore n'est pas encore, semble-t-il, devenue banale au xviième siècle; elle ne le deviendra véritablement et, surtout, elle ne cessera d'être métaphore pour s'accompagner d'une véritable redéfinition du concept, qu'à partir du xviiième siècle. Ainsi les éditions du *Dictionnaire de l'Académie française* de la seconde moitié du xviiième siècle, ne livrent-elles encore ce sens physiologique qu'après avoir donné le sens social «action qu'on fait pour s'acquitter des obligations d'une charge»; au surplus cette première acception une fois indiquée, les Académiciens prennent-ils la précaution de souligner que la suivante constitue une *manière de dire*: «On dit des parties destinées par la nature à la coction et à la distribution des aliments, qu'Elles font bien leurs fonctions, pour dire qu'elles font ce qu'elles doivent faire étant bien saines». On voit à cet exemple qu'au xviiième siècle l'idée sociale de *devoir* ne semble pas encore totalement effacée de la notion de *fonction*. Une traduction scientifique de l'extrême fin du xviiième siècle comme celle des *Institutions physiologiques* (2) de Blumenbach par Pugnet parle tantôt des «usages de la rate», «des usages de l'épiploon» et tantôt «des fonctions des intestins», «des fonctions du système absorbant», ou «des fonctions génitales de l'homme», cette oscillation entre le terme d'*usage* et le terme de *fonction* témoignant d'un reste d'interprétation finaliste.

Les progrès de la physiologie à partir de cette fin du xviiième siècle conduisent à une redéfinition du concept de *fonction*, dont l'utili-

(1) «Oculus conturbatus non est probe adfectus ad suum munus fungendum», Tusculanes, 3, 15. Trois siècles plus tard, Arnobe écrira de même: «in sui muneris functionem comparatas esse has partes genitales» (na, 3, 9, cité par le *Thesaurus linguae latinae* à l'article *functio*).

(2) A Lyon, chez J. T. Reyman et Cie, Libraires, rue Saint-Dominique, n.º 73, 1797.

sation permettra désormais, dans la description du fonctionnement de l'organisme, l'économie d'un appel à la finalité. Le fonctionnement de l'organisme repose en effet sur la combinaison d'un grand nombre d'opérations simultanées, toutes plus ou moins dépendantes les unes des autres, mais dont le jeu apparaît si complexe que l'observateur, incapable de le décrire globalement, est obligé d'y distinguer artificiellement certaines opérations partielles qui recevront alors le nom de *fonctions*. On parlera de fonctions *digestive, respiratoire, circulatoire, sécrétrice, reproductrice, sensitive, locomotrice*. A chaque *fonction* physiologique correspondra anatomiquement un *appareil*, lequel se décomposera en organes, auxquels correspondront en physiologie les *fonctions secondaires*. C'est en ce sens que Claude Bernard expose en 1853 «une nouvelle fonction du foie considéré comme organe producteur de matière sucrée». Mais il ne faut pas oublier que la commodité même de cette *nouvelle* notion de *fonction*, qui est à l'origine de sa réussite scientifique, est directement liée à son artifice; artifice qu'on peut aussi bien soupçonner par l'origine métaphorique de la notion que mesurer à la fragilité des découpages opérés en son nom.

Il n'en reste pas moins que la notion de *fonction* a gagné à son détour par la physiologie, au moment même où cette science accumule ses premiers grands succès, un prestige scientifique tel que l'observation sociologique n'hésitera pas, dès le XIX^{ème} siècle, à redemander à la physiologie le concept que celle-ci lui avait originellement emprunté. Mais, dans l'esprit des sociologues qui tentent cette récupération, il s'agit, non pas de faire rentrer dans le bercaïl des sciences sociales un concept qui originellement leur appartenait, et qui reprendrait ainsi chez elles sa place naturelle, mais de chercher dans une science indiscutée un nouvel instrument notionnel, dont on pense qu'il a fait la preuve de son efficacité, mais dont on oublie volontiers les origines sociologiques.

Ainsi lorsqu'on parle des *fonctions* du droit, l'usage du mot *fonction* est-il doublement métaphorique: c'est d'abord une métaphore, en ce qu'il compare le fonctionnement social au fonctionnement physiologique; cette première métaphore s'appuie sur la seconde métaphore qui consiste à se représenter la *physiologie* en termes sociaux de fonctions. Or cette double métaphore accumule au-dessus de la notion de *fonction* la charge d'une double problématique:

1) A quelques succès scientifiques qu'eût été lié l'avènement de la notion physiologique de *fonction*, cette utilisation d'un concept originellement social ne laissait pas déjà, nous l'avons dit, de soulever de graves difficultés. Les développements de la biologie contemporaine ne permet-

tent-ils d'ailleurs pas d'entrevoir que la notion de *fonction* n'aura eu à jouer dans le développement de la physiologie de rôle scientifique que très provisoire?

2) Si même on s'abstient de discuter la valeur scientifique du concept physiologique de *fonction*, avons-nous le droit de *transporter* tel quel, ou dans quelle mesure pouvons-nous *transposer*, ce concept physiologique dans le domaine de l'observation sociale?

La commodité même du nouveau concept de *fonction sociale* nous amène à le suspecter. Le détour par la physiologie a permis par exemple de dépouiller la fonction de toute conscience de sa finalité. A la différence de la charge sociale, du *munus*, la *fonction physiologique* ne présuppose pas la conscience de l'organe qui s'en acquitte. D'où l'avantage, assuré au nouveau concept de *fonction sociale* réemprunté à la physiologie, de permettre l'admission dans l'analyse du jeu social de fonctions inavouées, et par le fait même de rendre compte de cet inconscient social auquel les sociologues paraissent de plus en plus attentifs. Bref en passant par la physiologie la fonction a perdu la conscience de la fonction, *perte* que beaucoup ressentent comme un *acquis* scientifique.

On nous permettra d'être moins optimiste: la généalogie du concept de *fonction* nous paraît soulever trop de problèmes, pour que la facilité avec laquelle beaucoup d'auteurs contemporains se permettent d'y faire recours ne donne beaucoup à réfléchir. D'aucuns n'hésitent pas à sauligner par exemple la *fonction conservatrice* du droit, et certes les exemples ne manquent pas dans l'histoire, en particulier contemporaine, d'une utilisation du travail des juristes dans un dessein de conservation sociale; d'autres, qui auront davantage présente à l'esprit la montée de l'absolutisme des Capétiens à partir du XIV^{ème} siècle ou l'oeuvre des grands théoriciens du droit naturel au XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, n'hésiteront pas plus à parler d'une *fonction novatrice*, voire *révolutionnaire*, du droit. Le rapprochement des deux exemples suffit à montrer que l'utilisation du mot *fonction* y est chaque fois abusive; ou du moins le serait-elle si l'utilisateur de ces formules s'imaginait employer le terme dans son acception *scientifique*. Il ne suffit pas qu'on puisse *se servir* d'un organe ou d'une institution à telle ou telle fin, pour qu'on ait le droit de parler de sa *fonction*. Le terme de *fonction* présuppose une certaine permanence du fonctionnement décrit; d'où la difficulté de l'appliquer utilement au Protée de la réalité sociale. Que ce terme fournisse un instrument apparemment très

commode aux amateurs contemporains de psychanalyse sociale ne doit pas nous masquer que de tels discours ne consistent souvent qu'à couvrir de l'oripeau de la scientificité le fait après tout extrêmement banal que nos institutions juridiques sont, comme le reste, manipulables.

JEAN LOUIS GARDIES