

Jean Carbonnier

FLEXIBLE DROIT

*POUR
UNE SOCIOLOGIE
DU DROIT
SANS RIGUEUR*

10^e édition

L.G.D.J

FLEXIBLE DROIT

Jean Carbonnier

FLEXIBLE DROIT

*POUR
UNE SOCIOLOGIE
DU DROIT
SANS RIGUEUR*

10^e édition

L.G.D.J



© Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2001
31 rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15
ISBN : 2-275-02008-X

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

art.	: article.
A.S.	: <i>L'Année sociologique.</i>
Bull.	: <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.</i>
cf	: <i>confer</i> , comparer.
C.C.	: Code civil.
C. Just.	: Code Justinien.
C.P.	: Code pénal.
D.	: Dalloz.
Dig.	: Digeste.
<i>Gaz. Pal.</i>	: <i>Gazette du Palais.</i>
<i>J.C.P.</i>	: <i>Jurisclasseur périodique (ou Semaine juridique).</i>
Nov.	: Nouvelles (de Justinien).
<i>R.R.J.</i>	: <i>Revue de la Recherche Juridique (ou Droit prospectif)</i> , Aix.
<i>R.T.</i>	: <i>Revue trimestrielle de droit civil.</i>
S., S. chron.	: Sirey (aujourd'hui fondu dans le Dalloz) • Sirey chronologique (compilation des arrêts des premières années du XIX ^e siècle).
s.	: siècle.
v.	: voir

PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Quoique les textes réunis dans ce volume aient été écrits — et même pour quelques-uns déjà, publiés (1) — à des époques différentes et en ordre dispersé, on reconnaîtra sans doute qu'ils concourent tous, par la même méthode, au même dessein.

Cette méthode commune, c'est la sociologie du droit. Mais une sociologie entendue sans rigueur, ainsi que le suggère à première lecture le sous-titre apposé à l'ouvrage. C'est-à-dire, avouons-le : une sociologie du droit comme il n'en faut plus faire. La sociologie du droit se doit d'être désormais rigoureuse, donc scientifique, non pas littéraire. Il est vrai qu'il y eut dans le passé toute une tradition de la *scientia amabilis* qui mariait les deux caractères, l'astronomie pour marquises, la chimie par affinités électives ; mais l'avenir de la science n'est plus de ce côté-là, du côté des à peu près nonchalants. Et si la sociologie juridique veut devenir science, elle acceptera de quantifier, au lieu de poétiser. Alors, à quoi bon, dira-t-on, ces recherches ? En général, on se contente d'être préscientifique par le malheur d'être né trop tôt, sans y ajouter le péché d'intention. C'est que le procédé, tout de même, peut avoir une utilité tactique : l'hypothèse aventureuse passe plus facilement sous des figures littéraires qui semblent n'engager à rien. La science, assurant de nos jours beaucoup d'esprits sérieux, progresse à coups d'erreurs — d'erreurs qu'elle engendre et qu'elle élimine. L'ennui est qu'il peut en rester, entre savants, et

(1) Nous remercions vivement de leur courtoisie tous les éditeurs qui ont bien voulu autoriser la reproduction de ces textes. Il est, d'ailleurs, advenu çà et là que la rédaction primitive ait été remaniée.

Il arrive aussi que, d'une édition à l'autre, certains textes aient disparu, remplacés par d'autres. Ainsi, de la 8^e édition a disparu un article sur la sociologie de la vente, ainsi qu'une parenthèse sur la législation de la famille ; de la 9^e, un dialogue sur l'urgence de réformer le droit de la famille (la source qui avait été interrogée n'a plus l'air de croire à l'urgence). Dans ces disparitions, il ne faut voir ni remords ni désaveu, mais simple conséquence de l'abondance des matières.

pas seulement dans le parti défait, un arrière goût d'absinthe querelleuse. D'où vient l'amertume ? De ce que l'erreur scientifique, pour être efficace, avait été obligée de croire qu'elle n'était pas une erreur. Tandis que la fiction littéraire sait bien qu'elle n'est pas une vérité.

Si cette sociologie n'était pas aussi dénuée de prétention, elle serait imparadonnable de se lancer seule, légèrement armée comme elle est, à la poursuite de ce que le droit a de plus jalousement défendu, qui est sa propre essence ou du moins sa propre image. Car c'est bien de cela qu'il s'agit constamment, d'un fragment à l'autre : qu'est-ce que le droit ou du moins comment le vois-tu ? L'étonnant est que, partis en enfants perdus, parfois à vingt ans d'intervalle, pour une exploration dont ils ne soupçonnaient pas toujours l'objet, ces textes disparates nous rapportent en somme une même idée du droit. Laquelle ? D'un sous-titre ambigu, le moment est venu de découvrir la seconde face : ce n'est pas seulement la sociologie qui peut être sans rigueur, c'est le droit aussi.

Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu — dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit !

Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu. Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou imposture.

Rigueur, raideur. *Raide comme la justice*, c'était autrefois comparaison courante dans les milieux populaires, et qui tombait sur une morue plate ou une lessive gelée avec le même accent que sur une iniquité évidente. Qui a entendu le dicton sur les lèvres parentales n'est pas près de l'oublier. À quoi pouvait-il bien faire allusion ? À la corde de la potence une fois l'œuvre accomplie ? au bois du tribunal ? au marbre de la loi ? Combien de générations de justiciables avaient dû d'abord se rompre les os sur la justice pour en arriver à la juger aussi brièvement. Si ce livre ne peut être une leçon, qu'il lui suffise d'être légèrement une revanche.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ET NON-DROIT

Dans cette première partie, un *leitmotiv* ne tardera pas à transparaître : c'est qu'il y a plutôt trop de droit. On objectera que l'hypothèse n'est pas scientifique : comment estimer le trop ou le trop peu alors que les besoins n'ont pas été chiffrés ? Et optimistes d'enchaîner : qu'une société industrielle, financière, virtuelle, nécessite plus de droit que l'île de Cythère ; que la loi de complexification qui entraîne tout l'univers appelle, pour ordonner celui-ci, un volume croissant de normes et d'arbitrages. Ce qui, du même coup, résout opportunément un problème de débouchés : pour manier cette machine juridique de plus en plus compliquée, il faudra un nombre de plus en plus élevé de jurisconsultes. Notre époque n'a-t-elle pas vu se développer, derrière les professions judiciaires de style traditionnel, une rallonge, qui semble inépuisable, de carrières nouvelles : conseils juridiques, experts fiscaux, juristes d'entreprise, médiateurs à toutes disputes ?

Ceux qui raisonnent ainsi ne semblent pas soupçonner quel avait été le grouillement des robins du temps des droits féodaux jusqu'à la veille du 4 août, et comment leur nombre même avait provoqué la nation à s'en délivrer, comme de parasites, par une grande secousse. Si ennuyeux qu'il soit d'avoir l'air d'un enfant de Malthus, nous ne pouvons nous empêcher de penser que l'aspiration à un droit indéfiniment extensible fait bon marché de ce que le droit a d'artificiel, de pathologique, voire de pathogène. On peut, à la rigueur, admettre que plus il y aura de médecins en France, mieux les Français se porteront (encore l'assertion devrait-elle être vérifiée de plus près, et beaucoup soutiendront qu'à une certaine pléthore du réseau médical sont d'ores et déjà imputables les pharmacopées ruineuses, les chirurgies téméraires, et tant de prétendues prolongations de la vie qui ne sont que des comas à titre onéreux). Mais de la multiplication des juristes, qu'est-il permis d'espérer ? Les peuples balkaniques en firent autrefois l'épreuve lorsqu'ils se furent donné des codes à la française ; plus tard, ce fut le tour des jeunes États africains. Par de successives interactions, si le droit suscite les juristes, les juristes suscitent le droit — c'est-à-dire le contentieux, la réglementation et la sourde résistance à tout allègement du fardeau juridique. Des juristes en excès, ce n'est pas un

phénomène neutre, qui ne poserait qu'une question d'emploi se limitant aux intéressés eux-mêmes. C'est dans le corps de la société une injection supplémentaire de droit qui se retrouvera en chicane et bureaucratie, inhibitions, prétentions, contentions, tensions. La loi fiscale étant devenue bien plus subtile, il nous faut plus de conseillers fiscaux. Eh oui ! mais maintenant que vous avez tant de conseillers fiscaux, la loi fiscale est à l'aise pour se faire plus subtile encore.

Chapitre premier

HYPOTHÈSES FONDAMENTALES POUR UNE SOCIOLOGIE THÉORIQUE DU DROIT

Dans toute recherche de sociologie juridique, même limitée, même de sociologie concrète et empirique, une hypothèse de travail est nécessaire pour guider le chercheur (Henri Poincaré avait mis en lumière cette nécessité de toute démarche scientifique). Mais l'hypothèse de travail est alors une hypothèse de portée restreinte. La sociologie théorique apporte des hypothèses fondamentales, c'est-à-dire des hypothèses explicatives qui prétendent rendre raison chacune d'un grand nombre de phénomènes juridiques, peut-être même de la totalité de ces phénomènes — le postulat étant que tous pourraient se ramener à l'unité sous une grande hypothèse directrice. C'est dire qu'avec ces grandes hypothèses on est très près, sinon de la philosophie du droit, au moins d'une sorte de philosophie de la sociologie juridique.

Elles n'ont pas, cependant, un intérêt purement spéculatif. Elles peuvent servir à dessiner un cadre de concepts où s'inséreront les recherches ultérieures de la sociologie empirique. Même pour des recherches concrètes, il est important de disposer d'un tel cadre : les hypothèses fondamentales élaborées par la sociologie théorique peuvent le fournir.

Il faut tenter de classer ces hypothèses. Les unes se situent dans le temps ; elles essaient de saisir le droit dans son mouvement historique (« historique » au sens le plus large, qui peut comprendre aussi bien la préhistoire du droit) : il s'agit de rendre compte de l'évolution du droit. Ce sont des hypothèses d'évolution, c'est même, par excellence, *l'hypothèse d'évolution*. D'autres considèrent le droit dans sa situation présente, au repos, à l'état statique, pour essayer d'en saisir la structure, sinon l'essence. Ce sont des *hypothèses de structure* (sans référence au structuralisme).

I — L'HYPOTHÈSE DE L'ÉVOLUTION

Négligeant pour l'instant (1) les hypothèses très conjecturales qui ont pu être proposées sur la cosmogonie du droit, la *nomogonie* — nous voulons dire l'origine des mécanismes juridiques élémentaires, à l'aube de l'humanité —, nous nous en tiendrons à une hypothèse beaucoup plus solide, et de portée plus considérable, qui paraît admise par la plupart des sociologues du droit : l'hypothèse de l'évolution.

Il y aurait une histoire à écrire de l'idée d'évolution appliquée à la matière juridique. Dans le petit, mais très substantiel livre consacré par lui à la *Sociologie du droit*, Henri Lévy-Bruhl plaçait sous le patronage d'Héraclite l'affirmation de principe que toutes règles de droit ont un caractère essentiellement provisoire et relatif. De tout temps, l'observation la plus superficielle des faits a suggéré aux hommes le sentiment que le droit est variable dans le temps, comme du reste dans l'espace. Est-il besoin de citer Montaigne et Pascal ?

Mais c'est à partir du siècle dernier, sous l'influence de l'évolutionnisme scientifique, plus spécialement peut-être du transformisme darwinien — Sumner Maine (1822-1888) et Jhering (1812-1892) jouant le rôle d'intermédiaires, que l'évolutionnisme juridique s'est constitué en doctrine. Deux circonstances, pourtant, semblaient contrarier son avènement.

La première, c'était la prodigieuse survie du droit romain dans les sociétés occidentales. Sans doute, il n'avait survécu, Moyen Âge et au-delà, qu'en se transformant profondément, mais, de ces transformations, les juristes non spécialisés n'avaient pas claire conscience. Ce qu'ils voyaient, c'est que le droit romain était arrivé à se perpétuer à travers la codification justinienne, comme s'il était immuable, parce que ses règles, ajoutait-on, avaient un caractère de parfaite rationalité. Le droit romain, affirmaient certains dogmatiques, surtout le droit romain des obligations, a la perpétuité des théorèmes de géométrie, parce qu'il a la même essence. La géométrie ne varie pas, le droit des obligations ne le saurait davantage, car le droit romain a découvert, une fois pour toutes, la géométrie euclidienne des obligations.

Seconde circonstance, la force des doctrines du droit naturel. Quelque variante qu'elles revêtent, elles tendent toujours, par définition, à introduire un certain fixisme dans le droit, elles agissent dans un sens antiévolutionniste. C'est surtout vrai pour la formule pure, où ce sont les institutions concrètes du droit qui sont déclarées relever directement du droit naturel ; par exemple, la propriété individuelle, la famille monogamique, le mariage indissoluble.

(1) V. *infra*, p. 107.

Chaque institution est réputée par là avoir existé de toute éternité et être promise à l'éternité dans l'avenir. Assurément, il existe des formules plus édulcorées (telle la théorie de Stammler : le contenu bouge, le cadre seul demeure immuable). Dans le moindre songe de droit naturel, cependant, il y a un rôle de résistance au changement.

Or, à l'encontre des immuabilités prétendues, c'est un des postulats de la sociologie juridique que le droit est sujet à des transformations. La sociologie ne peut pas ne pas être peu ou prou transformiste. En ce sens, il est exact de dire qu'elle est difficilement compatible avec l'idée d'un droit naturel : même l'idée de droit naturel est contingente, relative, évolutive (2).

Un évolutionnisme d'hypothèse constitue ainsi au moins le climat général dans lequel se déroulent les recherches de sociologie juridique. L'accord est à peu près unanime pour trouver ce climat stimulant.

► SIGNIFICATION DE L'HYPOTHÈSE

D'où peut venir au droit l'essentielle mobilité qui lui est prêtée ?

Parfois, c'est à un fondement organiciste que l'on se réfère. Ce genre d'explication a été fréquent en sociologie générale pour rendre raison des transformations sociales. La société est présentée comme un organisme vivant, un corps doté de vie. Cette idée, que l'on fait remonter à Aristote, est venue échouer, au XIX^e siècle, chez René Worms (*Organisme et société*, 1896). Mais à notre époque, un auteur aussi considérable qu'Alfred Sauvy s'en inspirait encore (3).

Or, quelle est la loi de tout organisme vivant ? C'est de se transformer, de la conception à la mort, par l'enfance, l'adolescence, la maturité et le vieillissement. Analogiquement, il existerait une croissance et une décadence de cet organisme vivant qu'est la société.

L'explication peut être transposée ici. Puisque la société est un organisme vivant, le droit, qui en est un élément constituant, participe de la vie de tout l'organisme. Toutefois, en sociologie juridique, l'explication organiciste est souvent rapportée, plutôt qu'à la société globale et à l'ensemble du système juridique, à chaque institution particulière du droit.

Il existe, en effet, une conception organiciste de l'institution juridique. Elle a trouvé un singulier relief chez Jhering. L'institution est pour lui un corps, un

(2) Par exemple, Gustave GLOTZ a montré comment l'antiquité grecque avait eu successivement deux conceptions de la justice : d'abord, la justice mystique, la *thémis*, limitée au *genos* et dérivant du culte des dieux domestiques ; puis, la justice civile, laïcisée, la *diké*, qui a finalement absorbé la *thémis*. Même les droits naturels se battent entre eux aux yeux de la sociologie juridique.

(3) A. SAUVY, *La nature sociale*, 1957.

ensemble de règles de droit, mais un ensemble qui est comme lié et animé par un esprit. Étant réellement un être, un être vivant, il est naturel qu'elle soit sujette à la loi de la vie, susceptible de croissance et de décadence, de développement et de vieillissement. Aux sociologues, mais aussi aux juristes, c'est une idée familière que les institutions juridiques passent par les phases successives de la vie. Il est courant d'entendre dire que telle institution ou telle loi est vieillie (par exemple, la partie du Code civil relative au bénéfice d'inventaire) ou, au contraire, en pleine jeunesse (ainsi, l'adoption). L'explication organiciste vient donner appui à l'hypothèse de l'évolution.

D'autres auteurs, qui hésitent à admettre ce postulat de la société organisme vivant — postulat qui, de fait, en sociologie générale, a suscité bien des discussions — donnent de l'hypothèse transformiste une explication plus simple : ils rapportent l'explication non plus à la société considérée comme un ensemble vivant, mais aux individus qui la composent. La réalité physique des individus paraît devoir fournir au raisonnement un étai beaucoup plus tangible.

Telle est l'explication, esquissée par Henri Lévy-Bruhl dans l'ouvrage précité : puisque les individus composants sont périssables, la société se renouvelle sans cesse. Chaque individu emporte dans la tombe sa part de droit (ses états de conscience, ses comportements, ses exigences juridiques), si même il n'en avait pas déjà changé durant sa vie. De sorte qu'après une génération, rien ne subsisterait du droit antérieur, si une partie n'en avait été transmise par l'éducation — mais une partie limitée et modifiée, du reste, par les innombrables déperditions de toute pédagogie.

À cette analyse il a été fait grief de demeurer par trop marquée de l'individualisme français, de méconnaître une des premières exigences sociologiques : qu'un phénomène collectif tel que le droit ne peut avoir, dans sa forme première comme dans ses transformations, que des causes elles-mêmes collectives. Mais, à la vérité, a-t-on jamais montré qu'un phénomène collectif pût avoir son siège quelque part ailleurs que dans des comportements individuels ?

Ce qui pourrait nous rendre plus perplexes, c'est la conséquence impliquée dans la thèse quant au rythme de l'évolution. Il est clair qu'ainsi expliquée, l'évolution du droit ne peut être que graduelle, sinon insensible. C'est bien la représentation que l'on s'en forme le plus ordinairement : il y a dans le droit tant de mécanismes — la coutume, la jurisprudence, la prescription — qui prédisposent les esprits à ne trouver naturelles que les actions lentes. Et pourtant, la nature connaît des mutations brusques, auxquelles les naturalistes accordent un rôle éminent dans l'évolution. Il ne serait pas inconcevable que l'évolution du droit s'accomplît aussi à coups de mutations, profondes, mais espacées et irrégulières, plutôt que par un continu de changements imperceptibles. Les révolutions et, plus à froid, les grandes réformes législatives, les codifications novatoires, ne correspondraient-elles pas pour le droit à ce que sont les mutations en biologie ? C'est à considérer. Ainsi, de l'esclavage dans les colonies :

la mutation, ce sera le décret Schoelcher en 1848, mais, auparavant, il y aura eu plusieurs décennies d'évolution jurisprudentielle qui tendaient à l'abolition (4). On aurait tort, toutefois, de par trop durcir le contraste entre les deux voies de l'évolution : ce sera toujours une question que de savoir si une mutation (une réforme), qui nous a l'air soudaine (et arbitraire), n'a pas été préparée par un invisible et long travail de mûrissement.

Mais il n'est peut-être pas désirable d'encombrer de trop de problèmes adventices l'hypothèse de l'évolution. On la simplifie utilement en la rattachant à la pure philosophie de l'histoire. Tous les événements, dira-t-on, se situent dans le temps et, métaphysiquement, dans le devenir. Le droit, événement, série d'événements, participe nécessairement du devenir universel, de ce *Werden* dont Herder a été le philosophe très lyrique : Herder, dans une discipline juridique, n'est pas une autorité déplacée, car sa philosophie du devenir a directement fécondé la pensée juridique. L'influence en est décelable non seulement chez un historien comme Charles de Savigny, mais même chez un législateur comme Portalis. Celui-ci, du temps de son exil sous le Directoire, s'était familiarisé dans les salons allemands avec l'idéologie de Herder, et dans maintes phrases du fameux *Discours préliminaire* sur les lois qui se font avec le temps, c'est un écho du *Werden* qu'il faut écouter : le droit, comme toutes les choses, est roulé par les vagues du devenir universel.

Par cette présentation simplement historique, la Sociologie du droit se trouve suffisamment pourvue du cadre conceptuel qu'elle réclamait : un cadre neutre, qui ne préjuge pas où va le flux. Le droit est dans le devenir, est donc devenir lui-même. Mais la direction de son mouvement nous est, à première vue, inconnue et incognoscible. Et après tout, ne pourrait-il se faire — mystère — que le devenir n'eût pas de sens ?

L'exigence de rationalité, pourtant, est telle dans l'homme que l'hypothèse de l'évolution se double ordinairement de quelque hypothèse relative à l'orientation du flux.

Mettons à part ceux qui tiennent — idée antique, mais souvent renaissante — que l'évolution se poursuit en cercle ou en spirale. Les uns supposent que les systèmes juridiques tout entiers sont animés d'un éternel mouvement de noria, qu'ainsi le droit constitutionnel passe indéfiniment par le cycle tyrannie-démocratie-anarchie-tyrannie. D'autres se contentent d'observer, avec moins de généralité, mais sans doute plus de pertinence, comment au fil des siècles apparaissent, s'éclipsent, resurgissent les institutions particulières (que ce soit, par exemple, le formalisme des contrats ou le divorce) (5). Dans une vue légèrement différente, il semble à beaucoup que certains phénomènes juridiques de

(4) Cf. *infra*, p. 250.

(5) Cf. J. LÉAUTÉ, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1946.

grande envergure, comme la criminalité, obéissent à des pulsions cycliques, dont les causalités demanderaient à être élucidées.

Plus nombreux sont probablement les croyants de l'évolution linéaire, quoiqu'ils se partagent en deux camps : les régressifs et les progressifs.

De régressifs, à dire vrai, nous n'en avons plus guère, si jadis il y en eut beaucoup. Pour tout un courant de la pensée antique, l'âge d'or, à l'origine de l'humanité, avait été un Âge sans lois. C'est notre perversion — ailleurs, on dira notre chute — qui a déterminé l'apparition du juridique, et l'aggravation de nos vices, de plus en plus, fait pulluler le droit. La Révolution, sous l'influence de Rousseau, devait reprendre à son compte cette *nomogonie* : elle fut persuadée que l'abondance des lois était la marque d'une civilisation corrompue, que le retour à l'âge d'or se ferait par une *déjuridicisation* de la société, par une espèce de désarmement juridique. La France réduirait le nombre et la complexité de ses lois (tel était l'esprit des deux premiers Codes de Cambacérès, rédigés en style lapidaire), et elle substituerait la conciliation à la juridiction.

Mais la philosophie du droit étant le plus souvent œuvre de juristes, il est rare qu'elle se donne sérieusement pour tâche d'organiser ainsi le suicide de sa matière. À notre époque, c'est devenu une habitude mentale que d'identifier le progrès des sociétés au progrès du droit. La notion de progrès, pourtant, en toute matière, ne va pas sans difficulté. De ces difficultés, l'une des plus notoires est que, si le progrès matériel peut être un objet d'observation, il n'en est pas de même du progrès moral. Or, le progrès du droit, s'il en est un, paraît bien relever de cette sphère de la moralité qui échappe à toute vérification objective. Ce n'en est pas moins un lieu commun, dans la dogmatique contemporaine, que de parler des « avancées » du droit. Des avancées qui se manifesteraient, notamment, par plus de sécurité et plus de justice. Mais sur le *dies a quo* du mouvement, sur sa vitesse et les repères qui pourraient servir à la mesurer, on est très sobre de précisions.

Ah ! comme il sera plus scientifique de postuler le mouvement sans en postuler la direction ! Dès que l'hypothèse de l'évolution vient ainsi à se surcharger d'une idée d'avance — ou de recul — elle se laisse envahir par les jugements de valeur. C'est un droit naturel qui resurgit : droit naturel que nous sommes en train de construire ou dont nous sommes déçus — le droit naturel est tenace.

► LIMITE DE L'HYPOTHÈSE

Si communément acceptée que soit de nos jours l'hypothèse de l'évolution, on ne saurait se déguiser que certains courants nouveaux, sans la remettre fondamentalement en question, tendent à la nuancer sensiblement : il est bien connu que l'évolutionnisme est devenu, à la fin du XX^e siècle, beaucoup moins fanatique, en général, que cent ans plus tôt.

L'interrogation, en gros, est celle-ci : n'est-il pas, dans la nature humaine, un élément permanent, immuable (du moins à l'échelle de l'observation historique)? Déjà, dans ses *Carnets* (publiés après sa mort), Lucien Lévy-Bruhl se demandait si cette mentalité magique, mystique, irrationnelle, qu'il avait étudiée à travers les sociétés archaïques, ne constituait pas, même chez les modernes, sous la mince couche de la rationalité, le tréfonds de toute psyché. N'est-ce pas ce que, d'une autre manière, a dit Carl Gustav Jung? Certes, il est permis de voir en celui-ci un poète plutôt qu'un savant. Ce qu'il imagine n'en est pas moins troublant pour la science, quand il évoque cet inconscient collectif, réservoir d'archétypes, qui serait la condensation de l'expérience ancestrale depuis des centaines de milliers d'années, un dépôt de l'histoire universelle, une sorte d'image intemporelle du monde, venant s'opposer à l'image consciente que nous en avons momentanément. Et quoiqu'il s'agisse d'une ethnologie assurément fort dissemblable, on ne peut s'empêcher de citer, après Jung, Claude Lévi-Strauss : en tant qu'il oppose la nature à la culture, ne suggère-t-il pas que quelque chose demeure d'immuable et d'universel sous les changements et bigarrures de la surface?

Mais, derrière Lévi-Strauss, n'est-ce pas tout le structuralisme qui va s'introduire? La philosophie du droit ayant dans sa fatalité d'être une philosophie lunaire (entendez : de reflet), il eût été surprenant qu'elle restât impénétrable à la vogue structuraliste. Il en est résulté une conception plus cristallisante du droit. Car le structuralisme (c'est bien ce qui lui a valu de robustes inimitiés) n'est pas spécialement évolutionniste. Plus exactement, il paraît attacher moins d'importance à la diachronie, comme il dit, qu'à la synchronie.

De ce sens du permanent retrouvé en sociologie générale, on entrevoit les implications en sociologie juridique : il redevient légitime de mettre non point la totalité, mais une part du droit en dehors de l'évolution. Et suivant les écoles, les uns parleront d'une mentalité juridique primitive toujours résurgente, les autres d'archétypes juridiques, d'autres même d'une nature du droit, que la culture recouvre sans l'altérer. Le tabou de l'inceste (non pas dans ses modalités, mais en ce qu'il a de plus général), le principe de réciprocité (c'est-à-dire, selon les remarques de Mauss et de Lévi-Strauss, l'appel du don au contre-don) pourraient bien être les représentations les plus saisissantes de cet éternel juridique. Non pas les seules, sans doute : le droit folklorique, par exemple, ou bien, très différemment, ce que l'on pourrait appeler le droit absurde (tel qu'il se révèle à travers certaines prétentions extravagantes de plaideurs, certaines décisions singulières de tribunaux) constituent des champs d'observation où les sociologues devraient se mettre à l'écoute, afin de capter dans la nuit le passage des archétypes.

Néanmoins, si ces théories novatrices aboutissent à limiter l'hypothèse de l'évolution, elles ne la détruisent pas, et il serait injuste de dénoncer en elles un retour insidieux aux doctrines du droit naturel. Car l'intention réelle de ces doctrines n'était pas tant de reconnaître dans le droit un noyau immuable que d'attribuer à ce noyau une origine métaphysique et une valeur absolue. Or, ici,

l'origine est humaine, et la valeur toute relative. Il se pourrait même que l'immuabilité apparente prêtée à certains éléments des systèmes juridiques fût une pure illusion d'optique, tenant à ce qu'une évolution qui se prolonge sur une durée colossale échappe à tout enregistrement historique.

II — LES HYPOTHÈSES DE STRUCTURE

Nous essayons d'appréhender le droit non plus dans son mouvement, mais abstraction faite de celui-ci. Supposant l'immobilité d'un système juridique, il s'agira de déceler dans sa nature, à un moment de la durée, des traits essentiels, des caractères qui seront comme des clefs pour la compréhension sociologique des phénomènes.

► L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE

Cette hypothèse de structure a acquis droit de cité en sociologie juridique. Pour comprendre ce qu'elle est, il faut partir de la conception que le droit dogmatique se fait du droit. C'est une conception essentiellement moniste : le droit est un, le droit est un tout homogène, un bloc sans fissure. Le droit est *un* pour les juristes modernes, parce qu'il se confond avec l'État et que dans un milieu social donné, un seul État peut logiquement trouver place.

L'idée moniste a été portée à son extrême par une école de juristes dogmatiques, ceux qui ont formé au milieu de ce siècle l'école italienne de droit international privé. À première vue, le droit international privé semblerait contredire l'idée moniste, puisqu'il est dans son génie d'admettre que des lois étrangères puissent s'appliquer sur un territoire en concurrence avec les lois nationales. Mais, justement, l'école précitée déclare que, si des lois étrangères sont applicables sur le territoire national, ce n'est qu'après avoir été, en quelque sorte, reçues par le droit du pays. La condition préalable de l'application d'une loi étrangère par le juge national serait son incorporation à l'ordre juridique interne. Et pourquoi ? C'est, répondent ces auteurs (notamment Ago, un des chefs de file de l'école), parce que, par définition, le droit est exclusif. Il est dans son être d'être un dieu jaloux qui ne tolère pas de partage : le droit ne peut que dénier à tout autre système de règles le titre de droit.

Dans cette thèse, le système juridique est donc un bloc d'une seule coulée, à l'intérieur duquel ne peut se discerner aucun pluralisme. La thèse est excessive, et même les dogmatiques, dans leur majorité, en ont reconnu l'excès : si les lois étrangères s'appliquent sur le territoire national, c'est sans perdre leur qualité de lois étrangères, ce qui fonde la possibilité rationnelle d'un pluralisme juridique de *droit positif*.

Cependant, il était donné à la sociologie juridique de reformuler l'hypothèse du pluralisme, en lui conférant une portée plus vaste. Georges Gurvitch a

eu ici, chez nous, un rôle décisif (6). Il s'appuie sur l'expérience moderne, mais aussi sur l'histoire. Il fait cette réflexion très judicieuse que le monisme juridique a correspondu à une situation politique contingente, à la création des grands États modernes, dans une période qui va du XVI^e au début du XX^e siècle. Auparavant, les juristes étaient loin d'avoir une conception aussi radicale de l'unité du droit. C'est comme un reflet de la monarchie absolue et de l'État jacobin que le monisme s'est implanté dans la pensée juridique.

Mais, précisément, notre époque a remis ce monisme en question. De nouveau, la diversité a envahi le milieu juridique, et Gurvitch observe, dans les sociétés industrielles, d'innombrables centres générateurs de droit, d'innombrables foyers autonomes de droit, qui viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique.

Ainsi, à l'intérieur des syndicats, des associations, des sociétés anonymes, il se crée du droit : c'est un droit spécial à des groupements particuliers, mais c'est du droit. Semblablement, les églises, les services publics, les établissements décentralisés peuvent avoir leurs droits particuliers qui sont des droits infraétatiques. Et, au-dessus de l'État, certaines organisations internationales (aujourd'hui l'ONU, l'Union européenne) émettent aussi des règles de droit qui auront vocation à s'appliquer sur les différents territoires nationaux en concurrence avec les droits étatiques. Bref, il faut admettre, comme une hypothèse fondamentale, que l'on n'a pas *a priori* affaire, sur un territoire donné, à un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits concurrents, étatiques, infraétatiques, supraétatiques. Faut-il craindre le désordre, le chaos ? Ce sont des notions qui ne font plus peur : les mathématiciens les ont, de nos jours, intégrées à la science.

C'était déjà, sous la plume de Gurvitch, une forme assez accentuée de pluralisme juridique. L'idée était posée avec netteté. Toutefois, la sociologie juridique peut aujourd'hui aller plus loin, pousser plus avant le concept. Elle tend à montrer qu'il n'existe pas un pluralisme juridique, mais bien plutôt des phénomènes de pluralisme juridique, phénomènes multiples, ressortissant à des catégories diverses, et qu'il convient de distinguer, quoiqu'une conséquence commune en découle : que le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui.

Pour tenter de déceler et d'inventorier ces formes frustes de pluralisme juridique, on peut d'abord les envisager comme phénomènes collectifs. Le système juridique d'un pays peut, par l'effet de l'histoire, réunir des éléments provenant de sources diverses.

(6) Notamment dans son ouvrage de 1935, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Il se peut que Gurvitch ait dû beaucoup sur ce point au sociologue polonais Petrazycki, son maître, qui avait professé un pluralisme très étendu, incluant des phénomènes infrajuridiques tels que les règles des jeux enfantins, les disciplines asilaires, etc.

De cette première sorte de pluralisme, la *Réception du droit romain* en Allemagne fournit un exemple notoire. Il y a eu à l'intérieur du système allemand, à partir de la *Réception*, deux ordres juridiques en rivalité : un système de coutumes germaniques et un système de droit romain. Pendant les siècles qui suivirent, on assista à des alternatives de flux et de reflux, de conflit et de pacification entre ces deux couches historiques de droit.

Aujourd'hui, en sociologie générale, on englobe volontiers cette catégorie de phénomènes sous le vocable large d'acculturation : acculturation il y a lorsqu'une culture d'origine étrangère est greffée sur une culture autochtone. Ainsi, dans les pays ex-colonisés, se sont produits des phénomènes d'*acculturation*. Acculturation intellectuelle, sociale, économique, mais aussi juridique. Dans la mesure où des droits d'inspiration occidentale auraient été transplantés dans des pays africains ou asiatiques (par exemple, des pays du Moyen-Orient, de l'Afrique se sont souvent donné des codes des obligations et contrats calqués sur des modèles européens) — dans cette mesure, des phénomènes d'acculturation juridique se sont produits. Ces phénomènes se traduisent sociologiquement par un pluralisme juridique. Une sorte de conflit s'élève entre les règles (les coutumes) autochtones et ces règles d'origine étrangère qui ont pour elles d'avoir reçu la sanction du droit étatique. Les règles greffées se heurteront à une résistance sociologique dans les profondeurs de la masse, où les vieilles règles continuent à vivre. D'où un heurt (*clash*), une rencontre combative entre le droit de souche et le droit d'importation. Si l'un de ces deux ordres a pour lui la positivité, le point peut bien avoir des conséquences aux yeux d'un juriste, il ne saurait en avoir au regard d'un sociologue. Sociologiquement, les deux ordres juridiques sont à parité.

Mais le pluralisme juridique peut se manifester aussi comme phénomène individuel. Il se révélera par un conflit déchirant la conscience ou l'inconscient de *l'individu*.

Tels sont, très typiquement, les conflits d'un droit laïc avec un droit religieux. On connaît le problème étudié, en droit et en théologie, sous la rubrique de l'objection de conscience. En sociologie, le phénomène peut être analysé comme un phénomène de pluralisme juridique. Tout au moins, lorsque, d'après la théologie compétente pour le qualifier, l'impératif religieux (tel, pour les Catholiques, l'impératif de droit canon) doit être considéré comme ayant valeur juridique, comme étant pour de vrai une règle de conduite sociale autoritairement sanctionnée. L'objection de conscience ainsi entendue est la collision de deux ordres juridiques dans la conscience individuelle.

Que l'on imagine encore un conflit dans le for intérieur entre le droit positif, un droit qui vient d'entrer en vigueur — la loi nouvelle, pour s'exprimer en termes de conflit de lois dans le temps — et le droit précédent, la loi ancienne. Celle-ci a été abrogée dogmatiquement, mais non sociologiquement. Car l'abrogation juridique ne coïncide pas toujours avec l'abrogation sociologique, et la loi que le législateur a voulu supprimer peut persévérer, très vivace, dans la conscience de l'individu.

De ces conflits entre la loi ancienne, sociologiquement survivante, et la loi nouvelle, dogmatiquement promulguée, le droit positif lui-même offre des exemples. Ainsi, lorsque la Révolution vint abolir les rentes féodales, ou mélangées de féodalité, les débiteurs de ces rentes, au moins dans certaines provinces, continuèrent de les acquitter volontairement, comme si de rien n'était. Il en fut ainsi pendant dix ou vingt ans. Mais il arriva que, plus tard, leurs héritiers en eurent regret et s'avisèrent de réclamer la restitution de ce qui avait été versé sans obligation. Les tribunaux furent assez embarrassés. S'ils avaient purement et simplement appliqué les règles du droit dogmatique, ils auraient décidé qu'il y avait eu paiement de l'indu, donc que la répétition était admissible. Ils s'en tirèrent par le biais de l'obligation naturelle : les débiteurs qui avaient payé ces rentes abolies avaient acquitté une obligation de conscience sur laquelle ils ne pouvaient revenir. La notion d'obligation naturelle servait ainsi de pont entre les deux ordres juridiques : l'ordre vivant quoique aboli, et l'ordre platement positif. L'obligation naturelle, c'est toujours du droit, quoique d'une couche différente. Preuve qu'au sein d'un même système, plusieurs ordres juridiques peuvent coexister.

► LES THÉORÈMES FONDAMENTAUX DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Théorèmes, le mot semble annoncer des démonstrations *more geometrico*. On l'emploiera avec un certain sourire. Il est vrai que nous poserons des *inégalités* au sens de l'algèbre, mais uniquement pour mieux faire ressortir des hypothèses sous-jacentes. Et il convient d'affirmer ces hypothèses parce qu'en dehors d'elles, la sociologie juridique, au fond, est impossible.

1° PREMIER THÉORÈME : LE DROIT EST PLUS GRAND QUE LES SOURCES FORMELLES DU DROIT

Même chez les juristes dogmatiques, il s'est produit un élargissement progressif dans la conception des sources formelles (7).

Au XIX^e siècle, l'École de l'exégèse régnant, on pouvait poser l'équation : droit égale loi. Puis vint Gén^y (1899), l'École moderne ; l'équation s'élargit. Dans la conception dogmatique du XX^e siècle, droit égale loi, plus coutume, plus jurisprudence (qui est, du reste, pour certains, une espèce de coutume), plus pratique extrajudiciaire (les formulaires notariaux, les contrats des grandes entreprises, on admet volontiers qu'ils doivent entrer dans une vision globale du droit). L'élargissement est patent.

(7) Cf. *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982 (« Sources » du droit); JESTAZ, *R.T.* 1993, 73 et 1996, 299.

Mais, aux yeux des sociologues, il reste encore en deçà des réalités. Notamment quant aux jugements. L'équation classique à notre époque ne prend en considération les jugements qu'autant qu'ils constituent des déductions de la loi ou d'une règle de droit préexistante, ou bien parce qu'ils sont devenus règles de droit nouvelles en se consolidant (par la répétition et la hiérarchie) en jurisprudence. Or, il est des jugements qui ne sont pas l'application pure et simple de règles préexistantes, et d'autres qui ne se consolideront jamais en jurisprudence (des jugements qui ne tirent pas à conséquence, qui ne seront jamais répétés). Il y a même beaucoup plus de jugements de cette façon que de jugements qui font jurisprudence. Parmi les quelque 500 000 jugements rendus chaque année en France, l'immense majorité sont des jugements inextensibles, bien souvent des jugements d'équité ou des jugements de pur fait (8), qui n'appliquent pas une règle de droit antérieure et ne deviendront pas eux-mêmes règles de droit : donc, des jugements que l'équation classique laisse en dehors des sources formelles et qui, sociologiquement, pourtant, font partie de l'ordonnement juridique. Ils constituent du droit, quoiqu'ils ne créent pas de règles de droit.

Ce qui amène à une sorte de lemme, de proposition préliminaire : *le droit est plus grand que la règle de droit*. Le droit déborde de partout la notion de règle. Il y a toute une part du droit qui ne tient pas dans des commandements abstraits, généraux et permanents, mais qui est faite de décisions individuelles, de jugements spontanés et sans lendemain. Tous les phénomènes d'autorité peuvent, au fond, contenir des phénomènes de droit.

S'il existe un rapport entre le droit au sens sociologique et la théorie dogmatique des sources, ce n'est donc pas du côté des sources formelles — pour employer la terminologie du grand juriste Gény (1861-1959) — qu'il convient de le chercher, mais bien plutôt du côté des sources réelles. On sait que Gény faisait entrer dans les sources réelles du droit une série de donnés : donné naturel, constitué notamment par la nature physique ou morale, les conditions économiques et sociales, etc. ; donné historique ; donné idéal. Ce sont là — même le donné idéal (l'aspiration à un droit plus juste), en tant qu'il est un phénomène collectif — des objets plausibles de l'observation sociologique. Seulement, pour Gény, les sources réelles pouvaient bien approvisionner, nourrir le droit : au fond, elles n'étaient pas le droit lui-même. Elles ne devenaient le droit véritable, le droit positif, qu'une fois filtrées, acceptées par les sources formelles. La sociologie juridique, pour sa part, rejette cette identité fondamentale du droit à quelques-unes de ses sources formelles. De Gény (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* 1899) à Eugen Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts* 1913), il y a un indéniable *Saltus*. On ne saurait trop mettre en relief la phrase sur laquelle s'ouvre la

(8) Cf. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, 1988 (un livre très original).

Grundlegung : « Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque..., comme en tout temps, ne doit être cherché *ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même.* »

Ainsi, dès l'origine, par la voix d'Ehrlich, la sociologie juridique prenait ses distances à l'égard de cette prodigieuse idolâtrie de la jurisprudence qui devait marquer le XX^e siècle en tous pays, mais en France peut-être plus qu'en tout autre. L'illusion des civilistes et des publicistes qui ont cru atteindre une couche plus profonde de la réalité du droit en substituant à l'étude des lois celle des arrêts — cette grande illusion a plutôt retardé que favorisé les progrès de la sociologie. Non, la réalité du droit ne s'identifie pas à la jurisprudence : elle en sort plutôt déformée. Car la jurisprudence, c'est le contentieux, et le contentieux, c'est le droit pathologique, non point le droit à l'état normal.

Que l'on ne s'y méprenne. Il ne s'agit pas de nier le poids du contentieux, sociologiquement dans la vie du droit (la maladie fait partie de la vie) — et plus encore peut-être conceptuellement dans une définition du droit. On sait combien il est difficile de définir la règle de droit par opposition à la règle de mœurs, ou plus largement le juridique en face du social non juridique. Or, il se pourrait bien qu'en dernière instance, la définition la moins improbable fût encore celle-ci : qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage que l'on appelle arbitre ou juge. Mais de ce que la possibilité toujours latente d'un procès soit inhérente à la notion du juridique, il ne s'ensuit pas que la réalité du droit se confonde avec le contentieux.

Une des bases de la sociologie juridique doit être cette constatation que la plupart des rapports de droit n'accèdent pas à la litigiosité. Ils s'accomplissent à l'amiable, et même si quelque différend surgit à leur occasion entre les intéressés, ce différend ne franchit pas le seuil d'intérêt psychologique ou économique au-delà duquel on se décide à plaider. Le contentieux ne nous découvre qu'une très faible portion du droit effectif.

On objectera que c'est la portion la plus significative. Si par là on veut dire qu'elle révèle le droit, comme la maladie révèle les mécanismes biologiques, à la bonne heure ! Mais cette utilité du pathologique pour une observation plus pénétrante du normal n'empêche pas que le normal ne soit en lui-même plus important que le pathologique. Ce qui autorise à poser une nouvelle inégalité, corollaire de l'inégalité initiale : *le droit est infiniment plus grand que le contentieux.*

2° SECOND THÉORÈME : LE DROIT EST PLUS PETIT QUE L'ENSEMBLE DES RELATIONS ENTRE LES HOMMES

C'est contre une tentation assez répandue parmi les juristes, et d'ailleurs pour eux bien naturelle, que la sociologie juridique a le devoir de réagir : ce que l'on pourrait nommer la tentation du panjurisme, qui nous porte à suppo-

ser du droit partout, sous chaque relation sociale ou interindividuelle. Déformation de la vision qui est comme la rançon d'un privilège. Le *panjuriste* est, à sa façon, un poète : il a la chance de voir le droit rayonner au contour des choses familières. Là où le profane sent la tempête, il renifle le cas fortuit. Un soc de charrue dans un champ, il crie à l'article R.26-7° du Code pénal (l'article R. 641-1 du Nouveau) ; et sous les pigeons qui volent, il aperçoit des immeubles par destination. Un tel regard est capable de faire jaillir une gerbe de droit hors des faits les plus sèchement factuels. Ainsi, pour le *panjurisme*, le droit est indéfiniment expansible, de même qu'il est absolument homogène : il tend à emplir tout l'univers social sans y laisser aucun vide.

Il serait dommage que la sociologie juridique se crût obligée, parce qu'elle est juridique, de lire l'univers comme si c'était un livre de droit. Il est vrai que la sociologie *générale* pêche quelquefois par l'excès contraire, aveugle qu'elle est à l'aspect juridique des phénomènes qu'elle étudie (notamment en matière de famille), où elle ne voit plus que des phénomènes de mœurs. Mais une exagération ne justifie pas l'autre. La sociologie juridique sait bien que le droit existe, qu'il est cause ou effet de beaucoup d'actions humaines ; il ne lui échappe pas, cependant, qu'il y a dans la vie beaucoup plus de choses que dans le droit. Une certaine insignifiance du droit doit être un des postulats de la sociologie juridique : le droit est une écume à la surface de la société. S'il nous faut ici une hypothèse, ce sera, loin du panjurisme, l'hypothèse salubre du *non-droit*.

Chapitre II

L'HYPOTHÈSE DU NON-DROIT *

Les juristes dogmatiques pensent, sinon que tout est droit, du moins que le droit a vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir, comme un idéal, tout l'univers habité. Il règne, chez les juristes dogmatiques, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme. Une théorie comme l'universalité du droit de punir (en droit pénal international) trahit naïvement ce panjurisme foncier.

La sociologie du droit, du temps qu'elle faisait ses premiers pas, aurait souvent incliné à la même attitude. Parce qu'elle voyait dans le juridique la forme la plus achevée du social (à cause de la sanction organisée), il lui semblait que, la société étant partout, le droit ne devait être absent de nulle part, et elle le concevait comme un continu sans faille.

Parvenue par la maturité à plus de compréhension, la sociologie juridique d'aujourd'hui a cessé de revendiquer pour le droit cette ubiquité divine. Elle reconnaît que tout le social n'est point juridique, outre que, dans les rapports entre les hommes, il s'en rencontre peut-être qui échappent au droit parce qu'ils ne sont même pas socialisés. Elle en vient ainsi à admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme une hypothèse, à côté du droit, le non-droit.

Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu

* Le texte avait paru pour la première fois dans les *Archives de philosophie du droit*, 1963, Sirey, édit. et avait scandalisé, sur le moment, mon ami Charles EISENMANN, admirateur et traducteur de la *Théorie pure de droit* de KELSEN. Cf. dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., 1993, v^o Non droit, l'article d'André-Jean ARNAUD; et dans la *Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1995 (1), p. 13 et s., la minutieuse critique d'Alain SÉRIAUX. Ne pas manquer d'y ajouter, de Jean PÉRIN, savant psychanalyste, un article débordant d'humour, au *Journal français de psychiatrie*, n^o 12, 4^e trim. 2000, p. 19-23 : « *L'a-droit* ou un espace vert pour la psychanalyse ».

vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif (1). Ce n'est pas non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie d'infrajuridiques — ainsi, le droit folklorique, ou la coutume ouvrière (au sens de Maxime Leroy) — apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, une négativité, une absence caractéristique.

Deux réflexions, à cet endroit, peuvent être proposées : l'une qui aggrave la difficulté de l'hypothèse, l'autre qui l'atténue quelque peu.

La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le non-contentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux — cette pathologie — est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux : elle a un sens beaucoup plus grave : c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit.

La réflexion minimisante est que la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. Ce passage d'un ordre de différence à l'autre est légitime d'un point de vue sociologique, parce que, d'un tel point de vue, le droit qui est présent dans une catégorie de relations humaines peut être conçu comme une masse statistique, susceptible de plus ou de moins. Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique. La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques que susciterait le concept d'un pur néant.

(1) La confusion, cependant, a quelquefois été faite, l'expression de non-droit (*Nicht Recht = Unrecht*) étant alors employée pour qualifier un état de fait où il n'y aurait qu'une apparence de droit (ainsi, suivant les points de vue, le droit hitlérien ou le droit stalinien). Il va de soi que c'est une acception entièrement distincte de celle qui est ici proposée. Cet état supposé de perversité dans la législation devrait plutôt être rapproché de la *dysnomie* que dépeint Hésiode — enfantée par la Nuit entre les désastres et les combats. L'*Unrecht* au sens de Hegel, (*Principes de la philosophie du droit*, § 82), c'est du reste encore autre chose que cette injustice perverse, quelque chose de plus fortuit, de moralement plus neutre : que l'on pense au tort innocemment causé (*unbefangenes Unrecht*, § 84 ; cf. E. FLEISCHMANN, *La philosophie politique de Hegel*, 1964, p. 106). Le non-droit de notre hypothèse se rapproche plutôt, en définitive, de ce qu'entendait JHERING (*Scherz und Ernst*, p. 321), après SAVIGNY, par *Nicht Recht* : les faits qui sont *juridiquement indifférents*.

Ces touches successives laissent subsister, cependant, beaucoup de vague. Pour donner à l'hypothèse sa véritable signification, sa signification de pointe, il est capital d'aller plus loin que la simple constatation d'une coexistence du droit avec d'autres systèmes de normes. Car cette constatation est, au fond, d'une banalité extrême. Il est banal de se représenter le droit comme une mince pellicule à la surface des choses humaines ou — pour reprendre une métaphore à peine moins usée — comme la partie visible d'un iceberg symbolisant l'ensemble des relations sociales (2). Même les juristes dogmatiques le savent : s'ils veulent que le droit soit partout, ils s'empressent, pourtant, d'ajouter, parce qu'ils sont moralisants, que le droit n'est pas tout : *quid leges sine moribus* ? Et c'est, pour eux, un exercice classique que d'exposer la distinction de la morale et du droit (comme de deux cercles concentriques). Les sociologues américains se servent d'un outillage conceptuel plus moderne, en distinguant *folkways*, *mores* et *law* (*law*, le droit, *mores*, les règles de mœurs, telle que celle qui oblige le séducteur à épouser sa victime ; *folkways*, les manières de vivre, par exemple le port de la cravate pour un bourgeois). Mais l'aboutissement est toujours le même : que le droit n'est pas seul, qu'il coexiste avec d'autres systèmes de normes.

Ces règles de conduite qui ne sont pas du droit, c'est déjà, en un sens, la rencontre du non-droit. Sans pénétrer au cœur du problème, on se bornera à reconnaître statistiquement, que des règles non juridiques sont là, le long du droit ; on jugera leur épaisseur par comparaison au droit ; on essaiera de saisir en quoi elles se séparent du droit (ce qui revient à rechercher le critère, du reste fuyant, de la juridicité). Tout cela a son importance. Mais quoi ? S'il faut étudier le non-droit, il paraît logique de s'attacher en première ligne au *non*, au vide, à l'absence, remettant à plus tard le soin de découvrir ce qui viendra à la place du droit. L'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, est le *mouvement* du droit au non-droit, l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit. Par une démarche très sociologique, pulvérisons le non-droit abstrait en une multitude de phénomènes : nous dirons que les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire.

Comment cela peut-il se produire ? Est-il possible d'y trouver un sens ? La théorie sociologique se doit avant tout de faire l'*inventaire* des phénomènes de non-droit ; ce n'est qu'ensuite, et avec prudence, qu'elle se hasardera à en chercher l'*interprétation*.

(2) DAHRENDORF (du temps qu'il n'était pas lord), « Ueber Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft », *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 7^e année (1962).

I. — INVENTAIRE DES PHÉNOMÈNES DE NON-DROIT

L'hétérogénéité des exemples surgissants nous invite à un essai de classification. Puisse-t-il n'être pas trop superficiel, et avoir quelque utilité pour une construction que l'avenir tient en réserve ! Il nous semble que le non-droit est tantôt objectivement *donné par la société*, tantôt subjectivement *choisi par l'individu*.

► LE NON-DROIT COMME DONNÉE SOCIALE

Contre les juristes dogmatiques qui supposent la continuité du droit objectif, il nous faut observer, à l'intérieur de celui-ci, de larges intervalles de non-droit. Il est naturel d'imputer le phénomène à des forces antagonistes qui font reculer le droit. Mais ces forces ne sont pas toujours extérieures au droit : elles peuvent résider dans le droit lui-même, et bien mieux, dans la volonté même du droit. En reprenant cette triple distinction à rebours, nous rencontrerons successivement : 1° un non-droit par *auto-limitation du droit* ; 2° un non-droit par *auto-neutralisation* du droit ; 3° un non-droit par la *résistance du fait au droit*.

a) *L'auto-limitation du droit*. Il arrive que le droit se limite lui-même et organise, paradoxalement, ce que l'on pourrait appeler des *institutions juridiques de non-droit*. Dans son *continuum* de contrôle social, il aménage, par politique, des espaces verts et des temps de repos.

1° Il y a des *lieux de non-droit*. Le type en est donné par le droit d'asile, sous les formes multiples qu'il a revêtues dans l'histoire. Ce prétendu droit peut équivaloir à la reconnaissance d'un îlot de non-droit (de non-droit pénal). Il a fait un retour remarquable sous la V^e République : des bâtiments — la Sorbonne en mai 68, et à maintes reprises des églises abritant des sans-papiers — ont invoqué une aura de sacré (par le sacre du savoir ou de la grâce) pour revendiquer d'être exempts des incursions de police. Il se peut, toutefois, que le phénomène ait été dû moins à une poussée enthousiaste de non-droit qu'à une irruption d'archétypes de droit médiéval dans des consciences restées plus ecclésiastiques que l'on eût pensé. S'il faut un exemple, le plus banal sera le plus probant : aujourd'hui encore, nos maisons sont nos forteresses ; et quoique le droit puisse y pénétrer, à l'occasion, par voie de perquisitions et arrestations selon la loi, la pression juridique y est infiniment moins lourde que dans les rues ou les lieux publics. Un trait encore de non-droit dans notre Droit : lorsque la loi pénale fait de la publicité un élément constitutif de certaines infractions, elle confesse *a contrario* que, pour le secteur juridique considéré, les cachettes sont lieux de non-droit.

2° Il y a des *temps de non-droit*. Contre un postulat du droit dogmatique, nous devons enregistrer que l'intensité du droit (de la pression sociale spécifiquement juridique) n'est pas égale dans les divers instants de la durée.

Le calendrier judiciaire de la Rome antique en est un témoignage, avec ses jours néfastes, fermés aux actions de la loi (3). Selon P.F. Girard, esprit trop positif, ce calendrier n'aurait été, à l'origine, que l'agenda royal : les jours néfastes étaient ceux où le roi ne pouvait s'occuper des *legis actiones* parce qu'il était retenu ailleurs. D'autres, moins imperméables à la magie, scrutent les tabous d'où pouvait bien venir cette répugnance périodique à la procédure. Mais, par-delà les explications secondes, la vérité sociologique est que les hommes ne sauraient faire du droit continûment. Les vacances du droit sont une nécessité de l'hygiène sociale.

À telles enseignes qu'aujourd'hui encore nous avons un calendrier du droit. Les dimanches et jours de fête, les nuits (art. 664 C. proc. civ.), le cœur de l'hiver (art. L. 613.3 du Code de la construction et de l'habitation) ne sont pas pleinement juridiques. Tous les actes d'exécution n'y sont pas autorisés. Ce sont des moments où la pression sociale se relâche, et pour partie, des intervalles de non-droit.

Du même besoin nous ferions dériver les périodes de licence sociale. Telles que l'Antiquité les avait institutionnalisées, principalement dans les Saturnales (4), elles évoquent pour nous un renversement de la morale courante. Mais il faudrait y voir davantage la suspension des règles du droit (les maîtres servaient les esclaves), l'insertion périodique d'un non-droit dans la vie quotidienne.

À travers l'Occident chrétien, le Carnaval a prolongé cette double tradition : période de relâchement moral, il a été, il reste partiellement période de non-droit (5). Longtemps, il a paru conférer à ses participants un droit d'insulte, ce qui revenait à un non-droit pénal, une non-répression de l'injure et de la diffamation. Même aujourd'hui, là où il n'est pas tombé en désuétude, il a pour effet de suspendre les règlements de police proscrivant les attroupements et le tapage nocturne.

Plus pur peut-être dans sa signification de non-droit, c'est enfin le phénomène du sommeil de la loi, jadis observé au Tonkin (6) : pendant plusieurs jours, le grand sceau de la justice demeurait enfermé dans un coffret, l'effigie en dessous ; les tribunaux étaient clos ; les crimes et délits (sauf les crimes de

(3) Cf. H. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, 1960, p. 104 et s. ; et l'admirable article de P. BRAUN, *Les tabous des feriae*, A.S., 1959, p. 49 et s., spécialement p. 68 et s.

(4) Cf. BRAUN, *loc. cit.*, p. 77 et s.

(5) Cf. VAN GENNEP, *Manuel de folklore français contemporain*, 1947, t. I, 3, p. 881, 981, 1068 et s.

(6) V. R. CAILLOIS, *L'homme et le sacré*, 1939, p. 124.

sang) n'étaient plus poursuivis. C'étaient bien les vacances du droit, plus exactement, c'était le droit qui, de lui-même, se mettait en vacances, comme par l'obscur sentiment d'une nécessité psychothérapeutique.

3° Temps et lieux de non-droit matérialisent l'autolimitation du droit. Mais cette autolimitation peut être aussi toute intellectuelle. Nous désignons par *non-droit intellectuel* le régime juridique où, la règle de droit présentant des lacunes et l'extension analogique étant interdite, certaines situations ne sont pas conceptuellement appréhendées par le droit. L'article 4 du Code civil, suivant l'interprétation panjudiciaire qui a prévalu, exclut du droit privé un tel régime. Au contraire, le principe libéral de la légalité des délits et des peines (consacré par l'article 4 C. pén., l'article 111-3 du Nouveau) a pour conséquence la discontinuité du droit criminel. Par ce principe, le droit pénal moderne s'est constitué de lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins. La maxime « Tout ce qui n'est pas défendu est permis » peut être traduite ici. « Tout ce qui n'est pas expressément juridicisé est non-droit », et le droit apparaît comme l'exception, le non-droit comme le principe. Beaucoup des actions qui passent ainsi à travers les mailles de la répression légale sont parfaitement innocentes. Mais il en est d'autres qui sont moralement répréhensibles, et qui ne doivent qu'à l'interdiction de l'analogie de n'être pas traitées en infractions pénales. À leur propos, les critiques des doctrines libérales parlent de « crimes impunissables » (7). On ne saurait mieux mettre en relief que de telles actions se situent dans une zone qui, rationnellement, pourrait être balayée par le droit, quoique, pour des motifs d'opportunité contingente, celui-ci s'en soit désintéressé (8).

b) *L'auto-neutralisation du droit*. Que l'on pardonne le barbarisme ! Il veut dire que, par ses propres exigences, le droit en arrive à s'annihiler lui-même, tel le serpent qui se dévore par la queue. Dans un nombre immense de cas, il dévore les phénomènes juridiques, neutralise leur juridicité. Ce n'est plus son dessein, ce sont ses contradictions internes qui creusent des trous de non-droit. En voici deux exemples :

(7) V. STANCIU, La criminalité impunissable, III^e congrès international de Criminologie, Londres, 1955.

(8) On pourrait objecter ici que l'hypothèse du non-droit n'ajoute rien à ce qu'enseignait, depuis longtemps, la théorie des lacunes du droit (*Rechtslücken*). La différence est, cependant, considérable. C'est une différence de point de vue : la théorie dogmatique envisage les lacunes du droit avec malaise, et n'a de cesse qu'elles ne soient comblées, tandis que, pour l'hypothèse sociologique, le non-droit créé par le régime de légalité est un phénomène naturel, qu'il y a seulement lieu de constater (cf. PERELMAN, TERRÉ et autres, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968).

1° *L'exigence de la preuve* rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé : *idem est non esse aut non probari* (ce *non esse* est digne d'être médité). Or, pour une infinité d'opérations juridiques (la vente au détail des denrées de consommation courante), il n'y a pas de preuve, ou il n'y a de preuve que très rapidement périssable (le souvenir, qui aurait pu être le ressort d'un aveu, s'effacera en quelques jours).

2° *L'exigence d'une intervention humaine* pour accomplir le droit tend à rejeter hors du droit tout ce qui vaut moins que cette intervention. Le droit est dépourvu d'automatisme, il ne s'accomplit que par l'intermédiaire des hommes ; or, l'action des hommes est soumise à la grande loi de l'intérêt. Même amiable, *a fortiori* contentieuse, la réalisation du droit requiert de l'argent et du temps (qui est encore de l'argent). Si l'intérêt qui s'y attache est trop faible, il ne se rencontrera personne pour plaider, voire pour réclamer amiablement : il n'y aura rien ; le droit aura été neutralisé par le coût de son accomplissement. Il existe ainsi une série de seuils juridiques que *la plupart* des relations sociales ne franchissent pas (9). C'est le motif pour lequel, par exemple, un droit de la vente de la laitue au détail aurait peine à se constituer, et de même un droit de ce *furtum usus* qui consiste à lire un journal, sans payer, à l'étalage du marchand. Des règles de droit régissant ces matières sont théoriquement imaginables ; seulement, elles sont frappées d'une incapacité congénitale d'émerger à la surface de la vie pratique. Ce ne sont là, dira-t-on, que frottements dans la machinerie du droit. Mais l'étude des frottements fait partie de la mécanique.

c) *La résistance du fait au droit*. La sociologie juridique est fort éloignée de la position des juristes dogmatiques, pour qui l'inapplication du droit n'est jamais qu'accident et sujet de réprobation. Elle est prête à traiter avec une égale sollicitude le droit et les obstacles auxquels il se heurte. Il s'en faut, néanmoins, que tout obstacle au droit crée du non-droit. Une discrimination s'impose, qui est un des points délicats de l'hypothèse.

Les phénomènes de violation du droit ne sont certainement pas des phénomènes de non-droit par le seul fait qu'ils violent le droit. Sans entrer dans les vues d'Adamson Hoebel, qui laisse entendre qu'une règle ne s'affirme jamais

(9) Parfois, c'est le droit lui-même qui organise ces seuils, et nous pourrions, à leur propos, employer de nouveau l'expression d'institutions juridiques de non-droit. L'explication vaudrait, notamment, pour la notion classique du *bonus dolus* : tromperie trop insignifiante pour être traitée par le droit en vice du consentement. Il est, de même, des législations pénales qui ont fait d'une certaine dose de préjudice un élément constitutif de l'infraction (v. par ex. : art. 6 C. pén. soviétique de 1926 ; art. 757 C. pén. espagnol de 1928 : en France, le principe de l'opportunité des poursuites suffit à y pourvoir). On peut rapporter enfin à la même considération la maxime : *De minimis non curat praetor*. Cf. *infra*, p. 74.

mieux comme juridique que lorsqu'elle est violée (10), il faut reconnaître qu'entre la règle juridique et sa violation (l'infraction pénale, le contrat nul) se forme un couple conceptuel, qui est tout entier du droit. Ceux qui transgressent le droit font encore du droit à leur manière.

Si l'on veut délimiter ce qui relève du non-droit dans les phénomènes de violation du droit, et plus généralement, d'ailleurs, dans tous les phénomènes d'inefficacité (qui sont de bien différentes sortes : ineffectivité par ignorance, timidité, impécuniosité, etc.), ce n'est pas du côté des transgresseurs du droit qu'il convient de regarder, c'est du côté du droit lui-même. Pourquoi la criminalité punissable *de jure* et impunie *de facto* ne contribue-t-elle pas à constituer du non-droit ? Parce que la répression cherche encore à l'atteindre, quoique vainement. Pour isoler ce qui, dans cette direction, est proprement non-droit, nous avancerions un critère double : il faut cumulativement que le droit ait *renoncé* à saisir les faits considérés, et que sa renonciation ait un caractère de *généralité*. Dans le cas de la criminalité impunie, le droit n'a pas renoncé à poursuivre et punir les coupables, et même s'il advient que le ministère public y renonce en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, cette renonciation n'opère qu'à titre particulier. Demandons à la forêt l'épreuve du critère. Que, dans la France paisible d'aujourd'hui, quelques malfaiteurs puissent trouver refuge au fond des bois, on n'en déduira pas que l'épaisseur des taillis, parce qu'elle s'oppose à l'application du droit, est une manifestation du non-droit. Mais c'étaient bien des massifs de non-droit que ces forêts impénétrables du Moyen Âge où vivait un peuple d'*outlaws*. Le droit avait renoncé en bloc à s'y aventurer, avouant ses propres frontières (11).

À cet endroit, on ne peut s'empêcher d'insérer, pour le mettre en observation, un phénomène d'actualité, fortement suspect de non-droit, tant l'expression lui a été appliquée depuis 1990 dans le discours politique. Sont ainsi couramment désignés comme *lieux de non-droit*, sur fond de délinquance et de violences, certains quartiers très typés des banlieues pauvres dans la région parisienne, mais aussi autour de Lyon, Marseille et autres grandes villes. Non-droit parce que l'État de Droit, en ses organes les plus voyants — la police, la justice — n'y pénètre plus ; et petit signe, mais qui frappe, les conducteurs de bus obtiennent d'en détourner leurs trajets. C'est bien l'illustration de la définition : le droit s'est retiré d'un espace où il avait vocation à être présent.

(10) Une règle de conduite sociale qui n'est jamais violée pourrait bien n'être rien de plus qu'une omnipotente règle de mœurs. C'est l'application éventuelle d'une sanction juridique par une procédure juridique (toujours aléatoire) qui révélera s'il faut y voir du droit. Cf. Adamson HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, 1954, p. 37.

(11) Le marronnage au temps de l'esclavage colonial avait donné lieu à un phénomène comparable : des communautés d'esclaves marrons vivaient hors du droit dans des zones-refuges (V. DEBBASCH, *Le marronnage ; essai sur la désertion de l'esclave antillais*, A.S., 1961, p. 1 et s., spécialement p. 56, 89 et s. et 1962, p. 117 et s.).

L'analyse, néanmoins, doit rester prudente, et il est probable que la même ne conviendrait pas à tous les cas. Il est des quartiers d'immigrés qui, en se repliant sur leurs identités, se constituent en ghettos : un ghetto a sa coutume et ses juges, c'est du droit, bien qu'étranger ; le phénomène est de pluralisme juridique, non pas de non-droit. Ailleurs, les carences juridiques devraient être évaluées de plus près. Il ne semble pas que le service de l'état civil, ce symbole, ait jamais cessé de fonctionner, et si les impôts ne rentrent pas, la manne des prestations sociales continue d'être recueillie. L'image générale est, plutôt que de non-droit, de violations du droit, d'obstacles à l'exécution, imparfaitement combattus.

Des dysfonctionnements localisés n'empêchent pas une société moderne d'être dominée par l'économie, et même par l'économie de marché. Aussi peut-on s'attendre à ce que les poches de non-droit les plus vivaces, s'il doit s'en former, procèdent d'anomalies économiques. Une fois de plus, cependant, il faut distinguer. Que, par-ci, par-là, des bricoleurs bricolent au noir, des vendeurs vendent sans factures, etc., ce ne sont que des contraventions aux règlements – contre le droit, donc au péril du droit. Ce n'est pas le non-droit. Mais que de tels actes se multiplient et s'articulent, que les acteurs prennent conscience de participer à un système cohérent, une économie souterraine se constitue, indépendante de l'autre et, du même coup, détachée du droit, qui est là-haut, à la surface. Engendré par les excès mêmes de l'intervention réglementaire, l'*underground*, l'économie parallèle pourrait bien être l'espace de non-droit promis au plus bel avenir.

► LE NON-DROIT COMME CHOIX INDIVIDUEL

Ce qui différencie de la précédente cette nouvelle chaîne de cas, c'est le rôle que la volonté individuelle y tient. L'individu a une option à exercer. Non pas nécessairement ce que nous appellerons une option *organique* : entre droit et non-droit, comme entre deux routes également bien tracées, qui s'ouvriraient devant lui une fois pour toutes. Mais, plus fréquemment peut-être, une option *diffuse*, une préférence marquée au jour le jour pour les solutions de non-droit à l'intérieur d'une situation de droit. Au demeurant, le mécanisme est toujours de même nature : c'est toujours l'individu qui, par sa volonté, fait reculer le droit, crée du non-droit.

a) *Les choix diffus* — L'individu inséré dans une situation juridique peut avoir à décider, pour chacun des épisodes qui en tissent la trame, s'il le vivra juridiquement ou non. Les juristes ne mesurent pas assez combien le droit est facultatif, même dans les secteurs qu'ils proclament d'ordre public.

Le droit de la famille en est l'illustration. C'est une réflexion qui traîne un peu partout, que les institutions familiales, pour fonctionner harmonieusement,

ont besoin d'être soutenues par des relations affectives entre les participants, et que, par exemple, un mariage où chacun des époux s'enfermerait dans le statut de droits et d'obligations que la loi lui assigne, serait, à la vérité, un bien pauvre mariage. Mais, partant de cette réflexion juste, on en arrive à une conclusion discutable : on se représente le mariage et les autres institutions du droit de la famille comme des composés de droit et de mœurs, de droit et de morale, de droit et d'affection, de droit et d'amour. On accorde bien un rôle au non-droit, mais sous le droit ; un office d'imprégnation et, suivant une image fameuse, de sève cachée.

Ce n'est pas décrire exactement les faits. Dans le déroulement quotidien d'une institution familiale, les individus ne sont pas continûment à pratiquer un droit mouillé de non-droit, de mœurs et de morale. Pour la plupart, ils ne pratiquent le droit que de loin en loin, quand ils ne peuvent pas faire autrement (ainsi, quand il leur faut célébrer leur mariage, ou rassurer un acheteur qui redoute une incidence du régime matrimonial) : dans l'intervalle, ils vivent comme si le droit n'existait pas. Le non-droit ne vient pas se mélanger au droit, il est d'un côté, et le droit de l'autre. Il y a de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence, le droit l'accident. Le droit, le plus souvent, n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéressés, tandis que leur volonté implicite suffit à le tenir à l'écart.

b) *Les choix organiques.* — Il advient que l'on aperçoive dans le non-droit comme un décalque, un reflet du droit. En face de l'institution juridique se dresse une sorte de *shadow*-institution, dont les structures sont similaires quoique plus floues. Il y manque les effets juridiques, l'exigibilité, l'action en justice. Ce n'est pas toujours assez pour détourner les individus d'y recourir. Leur choix est très net, très structuré : ils refusent de s'engager dans la situation de droit, et se placent dans la situation de non-droit correspondante. *Situation de fait*, dit-on couramment dans certains cas ; *situation d'amitié*, dirons-nous dans d'autres. Du premier type au second, ce pourrait bien être par une plus haute dose de volonté que se marquerait la gradation : les relations d'amitié ont pour ressort la volonté des amis ; elles sont, dans le non-droit, la transposition de la liberté contractuelle.

1° *Les situations de fait.* — Le sujet a ses heures de vogue (12), bien qu'il ne soit jamais absolument neuf : la possession n'est-elle pas vieille comme la

(12) V. R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui ; structures matérielles et structures juridiques, *Etudes Ripert*, 1950, t. 1, p. 75 ; et ultérieurement, outre les *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées de Lille, 1957 t. XI, 1960), de très bonnes synthèses : NOIREL, Le droit civil contemporain et les situations de fait, *R.T.*, 1960, p. 456 et s. ; LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, 1990.

propriété ? Mais, de nos jours, les exemples paraissent s'être multipliés, quelques-uns pimentés de désordre : ménage de fait, séparation de fait, filiation (naturelle ou adultérine) de fait, que l'on étudie avec prédilection. Dans la théorie des situations de fait, tout n'est pas, cependant, également utilisable pour une construction du non-droit.

Il faut, d'entrée, relever l'ambiguïté de la position doctrinale : si les auteurs s'intéressent aux situations de fait, c'est dans la mesure où elles sont devenues, du moins partiellement, des situations de droit. Ils cherchent, avant tout, à systématiser les effets que des législations spéciales ou la jurisprudence ont pu attacher à l'union libre, aux séparations amiables, à la filiation naturelle non reconnue, etc. Mais ces effets sont des effets juridiques, et un statut juridique, même incomplet, même de seconde zone, est l'antithèse du non-droit.

Ce qui appartient à l'hypothèse du non-droit, ce sont les situations de fait à l'état pur ; considérées *avant* les effets juridiques que des législations spéciales ou la jurisprudence ont pu y accrocher artificiellement. Mais toutes les situations de fait dont on établit le catalogue sont-elles susceptibles d'être ainsi appréhendées dans une espèce de « factualité » pure ? Une nouvelle distinction paraît nécessaire (13).

Il est des éventualités où la situation de fait prise en considération était, d'intention première, une situation de droit, mais elle a déchu au rang du fait par suite de quelque obstacle juridique : ainsi de la possession de bonne foi, des sociétés de fait, de ces relations que l'on qualifie de paracontractuelle (l'occupation du locataire congédié ; la relation de travail que l'on suppose sous le contrat de travail annulé). Une des parties au moins avait voulu créer du droit ; quoiqu'elle n'y ait pas réussi, le droit lui accorde une fraction de ce qu'elle avait voulu faire. Cette survie partielle des effets d'un acte malgré son inefficacité de principe, c'est du droit, et même de la technique juridique, non point du non-droit.

Mais il est d'autres éventualités où, dès l'origine, les intéressés se sont installés dans la situation de fait : ils ont emménagé en concubinage là où l'on aurait attendu le mariage ; ils se sont séparés de fait au lieu de plaider en séparation de corps ; ils ont recueilli un enfant à leur foyer plutôt que de l'adopter selon les règles. Il se peut que leur choix n'ait pas été purement potestatif (il a été longtemps interdit au père adultérin de reconnaître son enfant ; des conventions peuvent empêcher un mariage). Mais, dans tous les cas, c'est bien une décision volontaire qui, au départ des événements, a mis la situation hors du droit. Ici, la situation de fait n'apparaît plus comme la dégénérescence ou la conversion d'une situation de droit : elle est situation de fait à titre originaire, et il est légitime de l'analyser comme phénomène de non-droit.

(13) NOIREL, *loc. cit.*, n° 7.

2° *Les situations d'amitié.* — Nous évoquons Aristote sans prétendre le tirer à nous. À ses yeux, les deux principaux facteurs de l'harmonie entre les hommes étaient la justice et l'affection (amitié, amour), la *diké* et la *philotes*. Traduisons librement en disant que la vie sociale peut s'ordonner sur l'un ou l'autre de ces deux axes, le droit et l'amitié, et qu'elle peut parfaitement fonctionner sans droit, par l'amitié réciproque des individus.

Les philosophes n'ont pas toujours suffisamment noté l'antinomie de l'amitié et du droit. Quand Jean Lacroix écrit que le droit est amitié organisée, l'amitié droit spontané, la formule est captieuse parce qu'elle laisserait conclure à une identité de substance (14). Domat, dans le chapitre du *Traité des lois* qu'il a consacré à « la nature des amitiés et à leur usage dans la société (chap. VI) », est d'une sécheresse plus exacte : « L'amitié, énonce-t-il, n'est pas régie par les lois civiles ». L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. Sinon, les amis auraient fondé une association selon le droit, une amicale. Et cela pourrait bien être la fin de leur amitié.

Il est ainsi une foule de relations, de conventions officieuses qui demeurent dans la nuit paisible du non-droit, parce que ceux qui les ont nouées n'ont pas eu la volonté de les porter au grand jour du droit (15). Ce n'est que par hasard que le droit, quelquefois, est amené à les prendre en considération, non pas en tant que conventions et *in globo*, mais pour tel ou tel incident particulier qu'il isole dans leur exécution. C'est seulement par ce biais que leur existence se révélera. Ainsi :

— *Le conseil* qu'un individu donne à un autre se situe dans le non-droit. Le droit y est indifférent, selon l'antique adage *consilii non fraudulentum nulla obligatio* (16). Une démarcation est tracée entre le mandat et le conseil, comme entre le droit et le non-droit (17). Du conseil ne peut sortir une responsabilité contractuelle à la charge de celui qui le donne, car il n'a pas voulu prendre d'engagement juridique, s'assujettir à l'empire du droit. Il ne peut même en sortir de responsabilité délictuelle dans les conditions du droit commun : le conseiller n'est tenu que de son dol (18), non de sa simple faute (indiscrétion ou témérité). Ce qui l'oblige le cas échéant, à réparer le dommage, ce sont, en

(14) Jean LACROIX, *Force et faiblesses de la famille*, 1949. p. 139, Dans *L'amour et la justice comme compétences, trois essais de sociologie de l'action* (1991), Luc Boltanski présente l'amour (*agapé* plutôt qu'*eros*) comme une alternative générale à la justice. Mais si l'*agapé* peut entrer dans la *philotes* d'Aristote, la Justice dans la pensée de Boltanski est autre chose que le droit des juristes.

(15) Le crédit ouvert par une banque à son client, c'est du droit (un contrat) ; la « facilité de caisse » qu'elle pratique en sa faveur, du non-droit (« Votre banquier est Votre ami »). Cf. JHERING, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, 1880, p. 56, 61.

(16) Digeste, 50, 17 (*De diversis regulis juris antiqui*), 47.

(17) Digeste, 17.1.2.6 ; cf. POTHIER, *Traité du mandat*, n° 20.

(18) Cf. AUBRY et RAU, *Cours de dr. civ.*, t. VI, 6^e éd. par P. EISMEIN, § 410, texte et note 19.

réalité, des manœuvres frauduleuses dont le conseil n'a été qu'un élément, non le conseil lui-même, phénomène de non-droit.

— La jurisprudence distingue, dans les testaments, les dispositions juridiquement obligatoires pour les héritiers et celles qui sont *purement précatives*, n'ayant valeur que de prière, de vœu, de recommandation (19). La distinction a surtout servi à sauver des libéralités de la nullité que l'article 896 du Code civil édicte contre les substitutions fidéi-commissaires (20). Mais elle repose sur une constante psychosociologique : un individu peut, pour assurer la dévolution de ses biens après sa mort, se fier, plus qu'au droit, à l'affection de ses proches.

— *Le transport bénévole* a longtemps donné lieu à des arrêts notables (21). La Cour de cassation avait toujours refusé de regarder le « transporté » comme un co-contractant du « transporteur ». La doctrine s'était parfois étonnée de cette position (22) : le problème aurait dû être placé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, non des articles 1382 et suivants, et aurait abouti ainsi à faire présumer la faute du transporteur ; le transport bénévole est-il autre chose qu'un contrat de transport non salarié, où, comme dans le transport salarié, le transporteur contracte une obligation de sécurité ? C'était, pourtant, la Cour de cassation qui avait perçu le plus clairement la situation psycho-sociologique : dans le transport bénévole, les parties n'entendent point soumettre leurs relations au droit, faire un contrat juridiquement obligatoire. Si l'automobiliste commet une faute (et même on ne devrait, rationnellement, la retenir qu'autant qu'elle assez grave pour être dissociée de la relation amicale), une responsabilité peut s'ensuivre, mais qui vient de la faute, non point du pacte antérieur *ex amicitia*.

La synthèse des exemples qui précèdent, peut être cherchée dans la notion de *volonté juridique*. Suivant notre système consensualiste, la volonté est créatrice d'engagements juridiques. Mais pas n'importe quelle volonté. Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique : une mani-

(19) Req. 7 janv. 1902, D. 1903.1.302 ; Civ. 27 mai 1952, *J.C.P.* 1952.IV, p. 111.

(20) Ex. Req. 11 juin 1860, D. 1860.1.447 ; Civ. 5 juin 1899, S. 1900.1.259 ; cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité prat. dr. civ.*, t. V, *Donations et Testaments*, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 298.

(21) Civ. 27 mars 1928, D. 1928.1.145, note R. Ripert ; Req. 5 mai 1942, S. 1942. 1.125, note H. Mazeaud ; 2^e sect. civ., 19 mai 1958, D. 1959.294, note Aberkane. v. cep. Poitiers, 8 déc. 1954, *J.C.P.* 1955.11.8510 : il n'y aurait pas eu transport bénévole dans les rapports entre deux amis, parce que le propriétaire de la voiture devait escompter que l'autre le relayerait au volant et lui épargnerait ainsi une part des fatigues du trajet (la solution semble un véritable contresens sociologique : l'amitié est-elle moins sûre lorsqu'elle est également sentie des deux côtés ?). Dans un arrêt du 20 décembre 1968, une Chambre mixte de la Cour de cassation a abandonné l'article 1382 pour l'article 1384, al. 1^{er}, et en 1985 le transfert bénévole s'est trouvé noyé dans la loi Badinter sur les accidents de la circulation.

(22) En ce sens : R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. 1, n° 123 et s. ; LAMBERT-FAIVRE, D. 1969, chr., 93.

festation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, des modifications de l'ordonnancement juridique ; autrement dit, qui est *destinée* à introduire une relation humaine dans la sphère du droit. Réciproquement, la volonté des parties peut se proposer de maintenir hors du droit, dans le non-droit, la relation envisagée. L'autonomie de la volonté n'est pas seulement la liberté de créer du droit : elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit (23).

La pratique n'a pas toujours une conception assez ferme de ce caractère facultatif du droit contractuel, de cette option fondamentale entre le contrat juridique et l'accord purement amical. Témoin certaines assertions au sujet de ce que l'on a nommé la convention d'hébergement ou d'occupation précaire. Sous réserve de la fraude à la loi, cette convention échappe à la législation contraignante des baux à loyer, et notamment à l'interdiction des sous-locations. On y met, toutefois, la condition que l'hospitalité donnée soit non seulement gratuite, mais temporaire. Si elle était durable, quoique gratuite, le cas retomberait dans la sous-location prohibée (24). Mais une telle condition n'est admissible que s'il existe un acte juridique véritable entre le locataire et son hôte. Or, bien souvent, celui qui accueille ainsi à son foyer des parents ou des amis n'entend pas contracter envers eux d'engagement juridique, faire naître contre lui-même le principe d'une action en justice ; sa volonté est de se cantonner rigoureusement dans le non-droit. Il n'y a donc pas, dans ces arrangements domestiques, un contrat juridique de sous-location qui puisse, en tant que tel, être saisi par le droit (25).

II — INTERPRÉTATION DES PHÉNOMÈNES DE NON-DROIT

La sociologie, qui s'estime compétente pour la collecte des faits, se sent mal à l'aise s'il faut mettre en eux quelque intelligibilité. Elle ne saurait, pourtant, se dispenser d'un minimum de réflexion philosophique sur les rapports

(23) Un passage de POTHIER (*Traité des obligations*, n° 3), qui a une réelle valeur sociologique, met bien en lumière ce qu'est l'engagement de non-droit : « Il y a des promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet, *déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, ou de celui à qui la promesse est faite*. Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les *vacances*, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit » (c'est-à-dire un engagement juridique).

(24) En ce sens : Soc. 8 juill. 1955 et Civ. 15 mai 1962, *Bull. civ.*, 1955.IV.460 et 1962, III, n° 248 ; cf. *R.T.*, 1958, 627.

(25) Cf. 1^{re} Sect. civ., 7 févr. 1962, *J.C.P.* 1962.II.12727, note Désiry.

du non-droit au droit. Car, droit et non-droit étant posés, il est immanquable qu'une question de préséance surgisse entre eux. Et même deux questions, autre chose étant la primauté à l'intérieur d'un système juridique donné, le *rapport hiérarchique*, autre chose la priorité dans le temps à travers la série des systèmes juridiques, le *rapport chronologique*.

► LE RAPPORT HIÉRARCHIQUE ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Dans un système juridique saisi à un instant de la durée, nous constatons des poches, souvent énormes, de non-droit. Mais cette observation ne nous livre pas l'essence des phénomènes, et il n'est pas illégitime de chercher à savoir lequel, au fond, du droit ou du non-droit, soutient l'autre.

a) *Hypothèses*. — L'esprit flotte entre deux extrêmes.

1° D'une part, il est tentant pour des juristes, d'affirmer le *caractère secondaire des phénomènes de non-droit*. Les phénomènes de droit, expliquera-t-on, créent une atmosphère juridique, qui se diffuse dans les intervalles où nous apercevons le non-droit, si bien que ces intervalles ne sont pas, néanmoins, vides de droit. Selon cette hypothèse, un droit serait latent derrière les phénomènes de non-droit, et seul il les rendrait tolérables.

Ainsi, dans la vente de la laitue au détail — pour remettre sur la table l'échantillon de tout à l'heure — il ne se forme jamais de contentieux et même, si l'on veut, jamais de droit, parce que le droit n'a ni le temps ni la force économique de se former. Mais la confiance réciproque qui permet à l'opération de se dérouler sans droit, et qui fait que le vendeur ne délivre pas de marchandises trop avariées, que l'acheteur ne part pas avant d'avoir acquitté le prix, cette confiance réciproque repose sur l'existence d'un système général de droit, toujours présent lors même qu'il ne peut pas, en fait, intervenir. Pareillement, ce qui maintient le Carnaval dans le droit, c'est l'universelle conviction que le droit est prêt à revenir tout armé si des excès se produisent (il est l'invisible gardien de la paix). Ou bien encore, si la loi consentait à s'endormir au Tonkin, c'était d'autant plus tranquillement qu'elle était sûre de se réveiller à point nommé.

Et pour toutes les manifestations du non-droit, l'interprétation se répéterait : le non-droit n'est possible que sous-tendu par du droit. Est-il même juste de parler de non-droit ? Cette aire d'action où les hommes peuvent s'ébrouer sans contrainte, parce qu'elle a été évacuée par le droit, si le droit continue à la ceinturer de sa protection, elle se transforme en droit subjectif, à tout le moins en faculté ou liberté, et c'est encore du droit. Par exemple, sous l'interdiction de l'analogie en droit pénal, ce n'est pas un vide de droit qu'un juriste aimera voir, mais bien au contraire, la plénitude de droit d'une liberté publique.

2° Toutefois, des esprits moins dogmatiques — semblables en cela au fameux Tao, qui exalte le vide et chante les trous, portes et fenêtres, comme les parties vitales de la maison — préféreront affirmer le primat du non-droit, le *caractère secondaire des phénomènes de droit*.

Il faut bien comprendre que le non-droit n'est pas néant ni chaos. C'est un monde de relations que le droit quand il se retire, n'abandonne point à la dissolution et au désordre (même dans les périodes dites de licence sociale). Le terrain qu'il évacue sera tout simplement réoccupé par les anciens occupants, principes d'ordre, de paix et d'harmonie dont on postule plus ou moins, dans l'hypothèse considérée, l'antériorité au droit. Ces principes coulent de maintes sources.

Ils coulent, d'abord, de tout le social non juridique, qui a vocation, dans cette zone, à prendre le relais du droit, de tous les systèmes de normes qui ne sont pas des systèmes de droit : les *folkways*, *mores*, pour revenir aux catégories de la sociologie américaine ; *costume*, pour en emprunter une autre à la sociologie italienne (26) ; ou, tout bonnement, les règles de mœurs, de convenance, de courtoisie, de civilité, les impératifs de l'éthique et de la religion (à supposer que morale et religion procèdent totalement de la société).

Cependant, un large pan du non-droit paraît échapper non seulement au droit, mais à la société elle-même ; car on n'y aperçoit de relations qu'entre les individus. Or, il s'en faut que ce vide absolu de pression sociale suffise à faire de l'homme un loup pour l'homme. Chaque individu découvre en lui-même son propre frein. Quel frein ?

C'est avant tout, une certaine prudence raisonnable. Le principe de prudence est entré dans le droit positif (Voir l'art. 14 du Code de commerce). Il est analogue — on ne saurait trop le souligner — à celui qui, visiblement, préside depuis des millénaires aux relations entre États, dans le grand vide juridique imparfaitement dissimulé par ce que nous appelons droit international public. Mais, sur un registre tout différent, c'est aussi une certaine tendresse humaine, une certaine sympathie pour le semblable, la sociabilité de l'homme insociable. Et c'est enfin l'amour (*agape* plutôt qu'*eros*, mais pourquoi pas *eros* ?).

On objectera que ces sentiments viennent eux-mêmes de la société, qui en a imprégné l'homme à travers le droit. Ils seraient, dans la mentalité individuelle, un résidu diffus des comportements auxquels le droit nous contraint. Autrement dit, c'est en regardant opérer le droit que chacun acquiert le besoin d'un ordre même pour le non-droit, et conquiert la pratique des mécanismes élémentaires de cet ordre : la régularité, l'équilibre, la modération, le respect

(26) AMBROSETTI, *Contributi a una filosofia del costume*, 1959 (C.R., *Archives de philosophie du droit*, 1961, n° 6, p. 255).

de l'autre. Ainsi, l'auto-discipline que nous admirons dans le non-droit ne serait qu'imitation ou transfert de la discipline collective.

Mais c'est soulever un problème de génétique. Si nous envisageons une région de non-droit à un moment de la durée, son ordre intérieur nous a bien l'air de n'être déterminé que par des phénomènes de psychologie individuelle, et si quelque paix y règne, quelque harmonie, il semble (sans essayer de sonder le fond de l'histoire) que ce soit en toute indépendance du droit et de la société.

De même qu'il est permis d'étudier les choses terrestres sans s'inquiéter de ce qui soutient la terre, pourquoi n'étudierions-nous pas le non-droit sans avoir égard à son support inconnu ? Tout se passe, à un moment de la durée, comme si les individus arrangeaient hors du droit *la plupart* de leurs relations mutuelles, relations de famille ou d'échange. Bien mieux, comme s'ils voyaient une réussite de la vie à ne jamais rencontrer le droit. *Slalom* magnifique ! Il faut arriver au but en zigzaguant, sans s'être jamais heurté à un gendarme ou à un juge. Les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas.

b) *Vérification*. — Reconnaissons tout de suite qu'il n'en est pas de décisive (si bien que nos jouissances dialectiques ne sont pas près d'être épuisées).

1° Nous disposerions d'une *expérience cruciale*, si nous pouvions observer les effets d'une ablation totale du droit dans une société donnée. Mais l'histoire ne nous offre, à ce sujet, que des constatations restreintes (27).

On concevrait, en théorie, que, dans des périodes révolutionnaires, le droit ancien fût radicalement abrogé avant la promulgation du nouveau, de sorte qu'un vide de droit pourrait se produire, au moins pendant quelque temps.

Cependant, quelque passion qu'ils éprouvent pour la transformation de la société, des gouvernants responsables balanceront toujours à créer une espèce de *no man's land* juridique. Ils préféreront maintenir un principe de continuité du droit. Ainsi fit la Révolution de 1789 ; ainsi la Libération de 1944 (la nullité de principe prononcée en bloc contre la législation de Vichy signifiait seule-

(27) On ne confondra évidemment pas avec l'abolition du droit la suspension du cours de la justice. L'Ancien Régime a connu des grèves des Parlements qui, à ce qu'il semble, causaient de grandes perturbations sociales (peut-être parce que les procès tenaient alors dans la vie un rôle plus considérable que de nos jours). Mais elles n'étaient que temporaires et n'affectaient que le contentieux, aspect très partiel du droit.

ment le rétablissement de la légalité républicaine, c'est-à-dire du droit antérieur, ce qui empêchait tout *vacuum legis*) (28).

2° Il semblerait scientifique de s'en remettre à la *statistique* pour décider de l'importance respective de droit et du non-droit dans la société contemporaine. Cette sorte de vérification serait, toutefois, bien aléatoire, lors même que nous disposerions d'instruments scientifiquement parfaits (29).

Car où trouver le critère de l'importance ? Le nombre de cas est peu significatif dès qu'il s'agit de comparer des phénomènes aussi dissemblables que, par exemple, la vente de légumes au détail (non-droit) et la vente d'immeuble (droit). Et si l'on substitue au nombre l'évaluation monétaire des phénomènes, en laissant de côté tout ce qui ne s'exprime pas pécuniairement : comment savoir si l'enregistrement des naissances et des décès, domaine d'un droit quasi sans non-droit pour les Français d'aujourd'hui, tient plus ou moins de place dans leur vie que le transport bénévole ?

Une investigation empirique achèverait probablement de constater que, dans notre société du XX^e siècle finissant, les situations de fait qui relèvent du non-droit sont, en général, sensiblement moins fréquentes que les situations de droit correspondantes : les concubinages de vieux, même grossis des cohabitations de jeunes, restent plus rares que les mariages (30) ; les séparations de fait, moins nombreuses que les divorces et séparations de corps ; et il y a, sans doute, plus d'enfants légalement adoptés que d'enfants recueillis *de facto*. On ne saurait en être surpris puisque la pression sociale pèse de tout son poids en faveur des situations juridiques. Dans l'État bureaucratique, il est quotidiennement plus simple, pour l'individu, de vivre dans des situations de droit, avec « des papiers

(28) Au contraire, c'est une opinion assez accréditée que la Révolution soviétique, dans sa première phase, celle du communisme militaire (avant les codifications de la N.E.P), avait connu un instant de désert juridique. On mentionne en ce sens un décret du 22 novembre 1918 sur la justice, à teneur duquel les tribunaux ne pouvaient appliquer les lois des gouvernements renversés que si elles ne se trouvaient pas soit abolies par la Révolution, soit contraires au sentiment du droit et à la conscience révolutionnaire (un sentiment du droit pouvant bien n'être qu'une vapeur de non-droit). Et surtout un décret du 30 novembre 1918, interdisant purement et simplement aux juges de se référer aux lois des gouvernements renversés, ce qui fut interprété comme une abrogation globale du droit antérieur, sans que rien vînt encore le remplacer. Mais, en fait, il ne se produisit pas un vide absolu de droit. Outre que des lois fragmentaires avaient été promulguées par le nouveau pouvoir, les jugements continuèrent, dans la pratique, à se référer au droit antérieur, sous le couvert d'une fiction : la conscience révolutionnaire était censée s'approprier la disposition abolie que le juge estimait opportun de maintenir.

(29) Il sied de ne pas confondre, ici non plus, le contentieux (ou le non-contentieux) avec le droit (ou le non-droit). *L'Annuaire statistique de la justice* permet de supputer que, chaque année, seule une petite minorité de Français se trouve engagée dans un procès. Mais le droit est infiniment plus vaste que le contentieux.

(30) V. pour le concubinage ancien style, R. THÉRY, *Le concubinage en France*, R.T., 1960, p. 33 et s. ; et pour la cohabitation juvénile, M. LERIDON et C. VILLENEUVE-GOKALP, *Les nouveaux couples*, *Population*, 1988, p. 331 et 1990, 265.

bien en règle ». Il serait téméraire d'en conclure que ces situations représentent plus que les autres la normalité sociologique ; et surtout, de se figurer qu'elles sont devenues, pour l'homme en société, comme une nouvelle nature.

3° Cette dernière remarque suggérerait de déplacer de la collectivité aux individus le lieu de la vérification : ne pourrait-on rechercher, par voie d'enquête extensive, lequel, du droit ou du non-droit, tient le rôle principal dans les *motivations individuelles* ?

Bien qu'il n'ait pas été spécialement orienté à cette fin, le test de Mira y Lopez nous offre un aperçu de la recherche possible (31). C'est une histoire à compléter. Une histoire toute classique : le mari adore la femme ; celle-ci adore l'amant. À chaque interrogé on demande quel épilogue, entre dix concevables, il ajouterait à l'histoire s'il était lui-même à la place du trompé. Or, il est fort suggestif que la seule solution parfaitement juridique, savoir la séparation de corps (on était dans un pays d'indissolubilité canonique), n'ait été retenue que par 32 % des hommes et 17 % des femmes (signe très palpable d'une moindre juridicité féminine, où il n'est pas défendu d'entrevoir une supériorité) (32). À la vérité, on n'en saurait déduire que cette proportion se retrouverait dans la pratique : il ne faut pas confondre la réponse qu'un individu, à tête reposée, donne à une enquête avec celle qu'il donnerait aux événements, éventuellement après consultation de parents, d'amis et d'hommes de loi. La place relativement réduite que le droit paraît occuper dans la psychologie individuelle n'en est pas moins symptomatique.

► LE RAPPORT CHRONOLOGIQUE ENTRE DROIT ET NON-DROIT

Allons-nous du non-droit au droit, ou du droit au non-droit ? Le point peut sembler relever de la spéculation la plus imaginative. Sous quelque forme, d'ailleurs, que l'on envisage la recherche : *historique* ou *prophétique*, car le brouillard des origines n'est pas moins difficile à percer que celui des fins dernières. Ce nous sera une raison de nous en tenir à un rapide survol, abandonnant chaque lecteur, pour le surplus, aux ressources de sa poésie personnelle.

(31) MIRA Y LOPEZ, *Manuel de psychologie juridique*, trad. franc. de Florès, 1959, p. 78 et s.

(32) Corrélativement, la solution qui semble typiquement de non-droit, la séparation de fait, recueillait 19 % des suffrages masculins, 36 % des féminins. Parmi les autres solutions proposées, on en remarque qui pouvaient révéler, plutôt que le non-droit, des couches mal refoulées de droit archaïque : provoquer le rival en duel ; l'assassiner ; assassiner l'infidèle ; appliquer le talion au rival en séduisant sa femme. Ces solutions ralliaient au total 16 % des hommes et 9 % des femmes (ce droit archaïque est, avant tout, un droit masculin).

a) *Dans l'histoire.* — L'opinion la plus répandue — non pas théorisée, mais diffuse — est que l'évolution s'est faite du non-droit au droit (33). Dans le détail, ne voit-on pas qu'à Rome, beaucoup de combinaisons usuelles — telles que la fiducie ou le dépôt — avant d'être sanctionnées par le droit comme contrats, ont commencé à fonctionner hors du droit, comme services d'ami ? Et en général, n'est-il pas évident que les juristes sont payés pour croire que tout passage au droit présente en soi un progrès ? Ce qui n'empêche pas les non-juristes, bien qu'ils paient, de penser eux aussi que les codes et les jugements font partie de la civilisation, au même titre que les arts et les sciences. À tout le monde il paraît naturel que les sociétés archaïques aient un droit rudimentaire, les sociétés évoluées un droit développé.

Sur ce schéma ont brodé les philosophes de l'histoire. Des distinctions ont été introduites. Ainsi, Montesquieu, s'il prend à son compte l'idée d'une simplicité initiale du droit, la restreint au droit civil, et il prête au droit pénal une ligne d'évolution inverse, où c'est la simplification qui va de pair avec la civilisation (34). Ce qui sera, au XIX^e siècle, un des rochers de la doctrine libérale : une formule célèbre de Jhering (que notre temps devait bien se charger de jeter à bas) assurait que l'histoire de la peine avait été celle d'une abolition constante.

Plus tard, l'effort s'est porté sur l'explication du processus, la détermination des causalités. Pourquoi le progrès se traduit-il, dans une société, par un accroissement de la quantité globale du droit ? À cause de la division du travail social, laquelle, en s'intensifiant, multiplie les relations entre les hommes, donc les rapports de droit. On reconnaît les thèses de Durkheim, adaptées par Duguit. À l'heure actuelle, c'est le progrès technique et économique qui est ordinairement invoqué pour expliquer, justifier l'inflation du droit. Il semble que le droit, de plus en plus de droit, soit tout à la fois le moyen nécessaire et le résultat inéluctable du développement (35), tandis que le sous-développement a l'air d'avoir partie liée avec le non-droit, ou du moins avec un état d'insuffisance juridique, dont la sous-administration serait la variété la plus voyante.

Inverser le schéma pour le seul plaisir de ranimer les paradoxes de l'évolution régressive, en soutenant que l'évolution générale s'est faite du droit au

(33) Cf. Digeste, 1.2 (*de origine juris*), 2.1. : *Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit.*

(34) *Esprit des Lois*, livre VI : *Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles.*

(35) Ce qui ne signifie pas : de plus en plus de contentieux (en quoi se vérifie de nouveau la proposition fondamentale que le contentieux est plus petit que le droit). Tout à l'opposé, on peut raisonnablement former l'hypothèse que l'industrialisation s'accompagne d'une réduction relative du nombre des procès. ASCARELLI (*Saggi di diritto commerciale*, 1955, p. 521 et s.) avait relevé en ce sens un contraste statistique entre l'Italie du Nord et le *Mezzogiorno*.

non-droit, serait proprement saugrenu. Mais pourquoi le mouvement, quel qu'il soit, devrait-il être forcément en droiture ? Des *ricorsi* ne sont pas inimaginables. L'ethnologie s'inscrit en faux contre la prétendue pauvreté des droits primitifs. Ces droits sont souvent d'une grande richesse, non seulement par leur formalisme, mais par la subtilité de leurs combinaisons. Plus près de nous, n'est-il point patent que l'Ancien Droit avait été plus compliqué, plus luxuriant que le droit du Code civil de 1804 ? De la décomposition féodale du domaine à la propriété unitaire définie par l'article 544, le passage s'est fait du complexe au simple. Ce n'est pas un des moindres méfaits du schéma courant que de rendre notre Révolution immanquablement ridicule, comme si elle avait voulu nous ramener aux Troglodytes, parce que, rêvant d'un Code lapidaire et dépouillé de technique, substituant parfois la conciliation à la justice, elle essaya d'apporter aux Français les prémices du non-droit.

b) *Dans la prophétie.* — C'est sinon l'histoire, du moins la légende qui souvent nourrit la prophétie : l'âge d'or est à la fois le passé mythique et l'avenir idéal. Il est quasi instinctif d'identifier le non-droit à l'âge d'or et de l'installer ainsi aux deux bouts du temps. Les doctrines du droit naturel peuvent y aider, pour peu qu'on sublime le droit naturel en une morale sans obligation ni sanction.

C'est avec cette nuance d'équivoque qu'il convient d'entendre ceux qui, dans l'Antiquité, tel Ovide (36), ont exalté l'âge d'or, à reconquérir, comme l'heure d'innocence où l'homme *sine tege fidem rectumque colebat* (37). *Rectum sine lege*, ce peut être une définition du droit naturel (à moins que ce ne soit celle du jugement d'équité sans règle préexistante). Mais il est plus vraisemblable de comprendre par là — ne serait-ce que parce qu'il y faut un degré de plus d'irréalité et de lyrisme — que chaque individu portait alors en lui-même sa propre justice, ce qui est l'exacte négation de tout droit, fût-il

(36) *Métamorphoses*, livre I, v. 89-93 :

*Aurea prima sata est aetas, quae, vindice nullo,
Sponte sua, sine lege, fidem rectumque colebat.
Pœna metusque aberant; nec verba minacia fixo
Aere legebantur, nec supplex turba timebat
Judicis ora sui, sed erant sine vindice tuti.*

Ce tableau du non-droit est d'une justesse remarquable, où tous les traits sont à relever : la spontanéité de l'ordre non juridique (*sponte sua*) ; la libération psychique qui en résulte (*metusque aberant; nec verba minacia*) ; la radicale différence entre un système de droit, quel qu'il soit, fût-il de nature gnomique (*fixo aere*) et le pur non-droit ; la nécessité, pour accomplir le non-droit, d'éliminer le juge en même temps que la loi (*judicis ora sui*).

(37) Cf. BRAUN, *loc. cit.*, A.S., 1959, p. 61 ; selon cet auteur, les tabous des *feriae* constituent le moyen par lequel la tradition et la loi religieuse protègent un rêve collectif, le retour à l'âge d'or, transfiguration mythique d'un passé réel.

naturel — si le droit doit se définir dans et par la société. C'est du non-droit que nous venons ; c'est vers son retour que notre attente est dressée.

La théorie du dépérissement de l'État, canonisée, sinon inventée par le communisme marxiste, semble relever de la même ligne prophétique. Et elle n'est pas non plus exempte d'équivoque, quoique l'équivoque soit ici d'un autre genre, tenant à ce que l'État n'est point le droit. Parmi les adeptes de la théorie, peut-être en est-il beaucoup qui considèrent que, si l'État doit s'évanouir un jour, et avec lui le droit étatique, ce sera en laissant la place à des formes non étatiques de droit (il faut songer à des droits de microcosme, au niveau de la commune ou de l'usine, du kolkhoze ou du kibboutz, l'espoir ou l'illusion étant qu'un droit est plus affectueux, moins lourd quand il s'élabore et s'accomplit au sein d'un petit groupe). Une interprétation plus radicale pourrait, néanmoins, trouver des répondants : que derrière l'État, c'est aussi le droit, tout le droit, même non étatique, qui est visé, et que le dépérissement de l'État aura pour suite naturelle l'avènement du non-droit. Le gouvernement des hommes, annonce-t-on, cédera la place à l'administration des choses. Les choses sont-elles des sujets de droit ?

À voir les esprits forts se réunir aux autres pour mettre dans le non-droit leurs espérances messianiques, plus d'un sera tenté de crier Noël ! Disons-nous bien, pourtant, que le prophétisme contraire se rencontre aussi, quoique rarement explicite, parmi les doctrinaires du progrès. Si le cosmos est entraîné par une loi de complexité croissante, l'évolution juridique doit participer à cette loi. Au *superman* du troisième millénaire, ce n'est pas le non-droit qu'il faut promettre, mais, à l'opposé, un *super-droit*, embrassant des relations de plus en plus nombreuses dans les plis d'une technologie de plus en plus riche, complexification supportée sans effort, parce qu'une capacité cérébrale accrue, une éducation à l'infini feront de chaque sujet de droit un juriste spontané.

La sociologie ne se risquerait à prendre parti entre ces prédictions adverses que si l'actualité sociologique, interrogée, révélait déjà, par quelques signes, l'amorce d'un dessein. Or, combien les signes sont ambigus ! D'un côté, on ne peut pas ne pas constater que de vastes provinces (ainsi dans le domaine du préjudice moral), jadis abandonnées aux mœurs ou à la résignation, se sont juridicisées, sous nos yeux. En revanche, certains phénomènes typiques de notre temps ne signifient-ils pas autant de terrain gagné par le non-droit ? Ainsi, la remontée du don, et sous sa forme la plus non-juridique, le présent d'usage, l'empire accordé au hasard dans le cadre illusoire d'un contrat de jeu ; le développement d'une civilisation de loisirs et de vacances, alors que vacances et loisirs impliquent un relâchement de la pression sociale et du droit ?

Une sociologie objective se refusera à prophétiser ; elle pourra estimer, toutefois, être dans son rôle en s'essayant à une typologie des prophètes. Car chacun de nous projette un peu de lui-même dans l'idée qu'il affiche des chances du droit ou du non-droit. Entre ceux qui attendent qui plus, qui moins de droit,

le contraste, à première vue, pourrait bien être de tempéraments politiques, comme entre interventionnistes et libéraux.

Mais il tient peut-être bien davantage aux situations personnelles : le jeune spécialiste qui cultive une branche nouvelle de la science, et plus encore de la pratique juridique, est porté à souhaiter, donc à prédire une expansion illimitée du droit ; le juriste fatigué pour avoir cheminé trop longtemps dans une forêt trop touffue aspire, comme physiquement, à retrouver les clairières, voire les champs ouverts, le désert peut être. L'allusion qui vient d'être faite à l'âge doit, du reste, s'entendre avec un grain de sel : on a l'impression que certains empereurs byzantins furent des inflationnistes du droit jusque sur leur lit de mort, tandis que Salomon avait reçu très jeune la grâce de la sobriété juridique.

SCOLIES SUR LE NON-DROIT

— I —

Il a pu sembler que l'hypothèse du non-droit avait trouvé une illustration nouvelle dans les incidents de mai 1968. Nous disons *incidents* faute d'une analyse plus sûre, les uns continuant d'y voir une simple dépravade (1), tandis que d'autres les tiennent pour une authentique révolution. Et la commémoration indécise de mai 98, où certains acteurs se sont retrouvés — debout, assis ou couchés — n'a pu lever l'indécision.

Ce qui avait fait question, d'ailleurs, ce n'étaient pas les violences, ou comme on disait avec une retenue significative, les *affrontements*. Il y avait là des actes de guerre, à cela près que l'on s'arrêtait au premier sang. Encore n'est-il pas établi, historiquement, que, même dans son acception la plus rigoureuse, le concept de guerre implique la mise à mort. S'il y avait guerre, il y avait droit. Dans les guerres intestines les plus folles, les belligérants se reconnaissent toujours quelque règle en commun. Ici, la règle commune, c'était précisément que l'on s'abstiendrait de se tuer. Il n'est que de se rappeler les barricades du siècle dernier pour mesurer le chemin parcouru. Nulle peur là-dessous ; seulement l'aveu que la mort est l'événement unique et, sans doute, le monopole divin. Cette convention tacite, avec son corollaire pratique, la prohibition d'user des armes à feu, les deux partis surent en assurer la religieuse observation (les aumôniers ne manquaient pas), par une sagesse dont il est bon de leur faire honneur, sans pousser l'honneur jusqu'à les en agacer rétroactivement.

(1) *Sous le pavé la plage*, c'était un des graffitti les plus réussis. Il pouvait s'entendre comme un encouragement à dépaver pour se munir d'une arme de choc ou d'une première pierre de barricade. Mais pourquoi la plage ? Les pavés ôtés, se découvrait, disait-on, une couche de sable doré, arène pour jeux de cirque ou corridas. Ce n'était pas, pourtant, le dernier mot de l'apophtegme. Le dernier mot se révéla lorsque la lassitude et l'été commencèrent à envahir l'émeute. Le soleil bronzant des bords de mer apparut alors comme la promesse d'un bonheur physique rendant vaine l'intelligence.

La question du non-droit est venue d'un autre point : dans le parti du mouvement, beaucoup affirmaient pour doctrine qu'il fallait rompre les amarres d'avec la société ambiante, ce dont le symbole parlant était leur retranchement en Sorbonne et autres bâtiments ombratiques. Pour quelques semaines, la Sorbonne parut ressusciter la tradition médiévale des lieux d'asile ; et sur ses murs, l'épigraphe bientôt la plus fameuse : *Il est interdit d'interdire*, pouvait se lire comme une négation de toute loi. Il est, néanmoins, difficile de caractériser ces tendances par rapport au droit ou au non-droit, car ceux qui les animaient, philosophes plutôt que juristes, n'avaient que faible souci de s'exprimer juridiquement. La chasse aux interdictions pouvait s'entendre comme une abolition non pas du droit positif en bloc, mais des seules réglementations de police, où abondent en effet les irritantes *défenses de*. Cette explication lénifiante pourrait se recommander d'une distinction qu'aurait professée le professeur Marcuse — maître à penser de quelques-uns — entre la *surrépression* policière, qui seule mériterait d'être honnie, et la répression simple, simple exercice d'un minimum de contrainte collective, tolérable par nécessité comme inhérente à toute cohabitation. Mais on ne s'est pas privé de prêter au mouvement des projets plus radicalement libertaires, qui, bien au-delà du droit, s'attaquaient à toutes les règles de conduite sociale, à la morale et aux mœurs — un seul frein subsistant : l'autolimitation individuelle (ce qui devait amener une intelligence fine à hasarder cette paraphrase : *Rien n'est interdit, pas même de s'interdire*). Bref, avec une interprétation comme avec l'autre, il apparaît que l'objectif premier n'était pas de vivre sans droit : c'était soit moins, soit plus, et probablement autre chose.

Pour que l'effervescence universitaire pût promouvoir l'hypothèse du non-droit, il eût fallu sans doute qu'elle s'accompagnât d'une réflexion sur le droit lui-même. Celle-ci fit défaut. Il est remarquable que, dans ces quelques mois où furent passionnément discutés tant d'accessoires, d'enjoliveurs de la machine juridico-judiciaire — les hiérarchies professionnelles, les examens, les études, la robe — à aucun moment, les confréries de juristes (praticiens, théoriciens, apprentis) ne se sont interrogées sur l'utilité de leur matière, fût-ce sous la forme édulcorée, s'il n'y avait pas trop de lois, qui n'excluait pas, il est vrai, le risque d'une autre interrogation, plus redoutable, parce que plus personnelle, s'il n'y avait pas trop de juristes. Ah ! certes, pas plus dans le droit que dans la médecine, on n'eut jamais l'impression qu'allaient être remis en cause les privilèges de la classe druidique, en tant que classe, sur le commun des mortels : l'ésotérisme, le monopole, le ministère imposé de ces obligatoires intercesseurs.

L'aventure pourrait bien, en somme, avoir révélé une difficulté majeure du non-droit : la difficulté de s'y tenir. Rien de plus naturel : beaucoup de ceux qui se réfugient dans le non-droit sont tentés ensuite de cumuler avec ses avantages quelques-uns des bénéfices du droit. Les couples non mariés réclament un régime successoral ; des associations d'anarchistes ont déposé leurs statuts. Voyez plutôt ce qui est arrivé au don manuel. Qu'est-ce qui pouvait justifier —

plus exactement : expliquer — qu'il fût efficace, en présence de l'exigence apparemment absolue de l'article 931 du Code civil? Le fait qu'il se reconnaissait pur fait, qu'il ne demandait rien au droit. Mais, maintenant, le don manuel a pignon sur les recueils de jurisprudence. Et l'on en vient à admettre qu'il puisse y avoir don manuel par virement en banque. C'est-à-dire que l'on plonge dans le non-droit pour échapper au formalisme, tout en appelant le droit à la rescousse pour qu'il procure les commodités d'un jeu abstrait d'écritures. La même équivoque, dans notre espèce, semble avoir troublé bien des esprits : l'ordre juridique était répudié comme inhibiteur, il ne l'était point comme dispensateur de ses signes, la monnaie et les grades. Mais il n'y aura pas de non-droit — il n'y aura jamais de *non* — sans un certain dépouillement.

Pour terminer, une remarque de fait, propre à relativiser davantage l'événement : les étudiants de mai 68, dans leur ensemble, étaient plus jeunes que ne le seraient les étudiants d'aujourd'hui, n'ayant pas atteint les vingt-et-un ans de l'époque, d'autant que leur *cursus* lycéen (surtout pour ceux du XVI^e, qui, dit-on, avaient donné le *la*) avait dû se dérouler sans trop de secousses. L'état de mineur ajoute à la jeunesse un piment juridique. Le Premier ministre, Georges Pompidou, dans une allocution qu'il voulait d'apaisement, avait cru flatter le désir des jeunes, en leur concédant que leur statut d'autrefois, fait de discipline et d'effort, était dépassé par l'évolution des mœurs. Mais touchait-il vraiment au plus profond? Le fils rebelle jouit de sa soumission en se révoltant contre elle.

— II —

Parmi les objections qui ont été faites à l'hypothèse, les plus pratiques ne sont pas les moins embarrassantes. Que ferez-vous du Parlement, m'a-t-on demandé, si vous décrétez un moratoire de la législation? À question faussement naïve, réponse bête : il aura besoin de sessions en série pour faire un inventaire de toutes les lois inutiles et pour les abroger.

Mais ce n'est pas de cela que sérieusement il s'agit. Et ce serait déjà un beau résultat si nos hommes de gouvernement consentaient à prendre conseil de quelques maximes, inspirées de l'hypothèse et pourtant raisonnables, telles que *Ne légiférez qu'en tremblant*, ou bien *Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale*.

Ce qui est bon pour le cercle des législateurs mériterait, du reste, d'être entendu aussi par le grand public, juristes et usagers mêlés. À cette fin, il faudrait que fût imprimé aux conseils de non-droit un accent de règle juridique. Le Japon, est, à cet égard, fascinant par son art de marier les deux

contraires (2) : le miracle japonais, c'est que l'un des socles du géant économique soit un système de droit où le droit est sous un contrôle indéfinissable du non-droit. Cette subtilité serait intraduisible en droit français : notre tradition légaliste nous imposera toujours de faire des textes en prose. En vain j'en ai moi-même proposés — un surtout, que je ne désespère pas, cependant, de voir adopté un jour ou l'autre. On pourrait l'insérer dans le Code civil, au titre préliminaire, sans déranger le vocabulaire usuel ni l'ordre établi. Ce serait un article zéro : *l'amour du droit est réductible en cas d'excès*.

(2) Cf. NODA, *Introduction au droit japonais*, 1966, p. 21, KITAMURA, « Psychanalyse de l'homme juridique au Japon », *Rev. internat. de droit comparé*, 1987, p. 791 ; OKUBO, « Le refus du législateur étranger ? », *ib.*, 1991, p. 398-402.

Chapitre III

DATE LILIA*

Des lys à pleines mains, mais nous n'aurons pas de fleurs si nous n'allons pas d'abord au jardin.

— I —

C'est dans un jardin que tout a commencé, avec ce couple de jardiniers à jamais malheureux de n'avoir pas eu le temps d'avoir une enfance ? L'enfance où ils se seraient émerveillés tous deux de la gratuité des fleurs, ce qui les eût gardés plus tard de l'illusion utilitaire d'un fruit. Car le fruit a beau être le lendemain de la fleur, il en est aussi la mort et l'antithèse. Ils peuvent se disputer une place au soleil. Lorsque le législateur, voulant émietter un peu de paradis sur les banlieues, inventa les jardins familiaux (1), il les définit par leur aptitude à pourvoir aux besoins d'une famille, et il ne pense qu'aux besoins alimentaires. Le superflu, pourtant, n'est-il pas un besoin ? Non pas qu'il faille dédaigner les vergers et les potagers. Mais ce sont les fleurs, luxe de la nature, que nous sommes allés chercher au jardin.

Jardin public, jardin privé ? D'instinct tout jardin tend à se refermer sur lui-même, et le droit le guette aussitôt, qui est fait d'arpentage, de grilles, de murs, qui est appropriation et exclusion. On aurait tort, toutefois, de réduire le jardin privé à son statut de propriété privative. Le jardin privé, c'est aussi, plus philosophiquement, le jardin qui participe de la vie privée de ses propriétaires.

Ce qui, d'ordinaire, s'explique *ratione loci* par un rapport de contiguïté à

* Cet article, d'octobre 1993, a d'abord été publié dans le volume des *Écrits en hommage à Gérard Cornu* (Presses universitaires de France, 1994). Passant qui s'éloigne, s'enfonçant de plus en plus dans une épaisse ignorance des lois, que pouvais-je faire d'autre, en présentant ces quelques pages d'une teneur juridique si faible, que de demander beaucoup d'indulgence à celui qui a toujours su allier à la poésie une recherche rigoureuse du droit ? J'avais rêvé de droit et de fleurs, mais le droit, je le vis bien, m'avait fui.

(1) D'abord appelés jardins ouvriers. La loi de codification n° 52-895 du 26 juillet 1952 a pris place dans le Code rural, art. 1 564-3 et s.

l'habitation, de proximité étroite à tout le moins. Un jardin est défendu par l'article 184, alinéas 1 et 2, du Code pénal contre les violations de domicile, mais c'est à condition, déclare la Chambre criminelle, que sa situation en fasse « une dépendance directe et immédiate de la demeure » (2). Le droit civil doit se livrer à une recherche analogue, sur le terrain, quand il lui faut déterminer jusqu'où s'étend le legs particulier d'une maison (3). Des arrêts ont paru poser en thèse que le jardin dépend, dépend toujours, de la maison (4). Et d'invoquer l'article 1018 du Code civil. Mais c'était une lecture un peu rapide : à la lettre, l'article eût exigé, en préalable, la démonstration que le jardin était bien, pour la maison, un accessoire nécessaire, que la maison n'était pas habitable, *vivable*, sans son jardin. En particulier, si la maison a été acquise plus ou moins longtemps avant le jardin, le passé lui-même est un démenti de la nécessité. C'est l'hypothèse que vise l'article 1029, et il y apporte une réponse négative, sauf à tempérer celle-ci par un retour à la configuration des lieux. Les Romains, grands maîtres dans l'art d'interpréter les legs, usaient de critères plus souples. La *lex Praedii*, au Digeste, un fragment de Papinien (5), pour attribuer à un jardin le caractère d'accessoire, se contentait de relever que le défunt l'avait acheté afin de rendre sa maison plus plaisante et plus saine, *amoeniorum et salubriorem domum* (6). C'était reconnaître comme efficace, par l'esthétique et l'hygiène, l'agréable et l'utile, une sorte d'affectation invisible du jardin à l'habitation (7).

Aujourd'hui, cependant, il est permis de s'interroger si nous ne devrions pas pousser plus avant la dématérialisation du lieu : à la *ratio loci* se substituerait la *ratio personae*. Observons, à titre de symptôme, que, transférée du Code pénal de 1810 au nouveau Code pénal de 1992, la violation de domicile a changé de nature et qu'une intrusion dans les lieux est devenue une atteinte à la personnalité (8). Et rattachons le jardin franchement à la personne plutôt qu'à l'immeuble : l'homme ou la femme — la femme surtout, peut-être —

(2) Crim. 13 mars 1974, *Bull.*, n° 110, *Rev. Sciences criminelles*, 1975, 148, obs. Levasseur. La notion de dépendance figure expressément dans des textes du Code pénal (art. 329-1° et 395) et implicitement dans la litanie de l'escalade (art. 397, où les jardins sont, du reste, nommément visés). Cf. VITU, *Droit pénal spécial*, I, n° 300.

(3) Des questions semblables pourraient se poser, dans le droit de la communauté conjugale, pour l'application des notions d'accessoire ou d'annexe de propre (art. 1406, 1475 du Code civil).

(4) Dijon, 1^{er} avril 1930, D., 31, 2, 152; Montpellier, 4 juin 1952, D., 52, 645.

(5) Digeste, 32, *De legatis et fideicommissis*, 91, 5.

(6) Papinien remarque de surcroît que l'on accédait au jardin par la maison. Cette circonstance de l'accès au jardin faisait l'objet d'un autre texte, également célèbre sous l'angle de la constitution des servitudes, la *lec Olympico*, de Scaevola, au Digeste, 8, 2, 41.

(7) La discussion du texte romain (et des gloses qui s'y collèrent) se retrouve dans le traité du cardinal Mentica, *De conjecturis ultimatum voluntatum* (éd. de Venise, 1607, IX, 2, 36, p. 210).

(8) C'est la rubrique du chapitre dans lequel est inséré le nouvel article 226-4.

entretient avec son jardin une relation affective ou sensuelle, psychologique en tout cas. Des conséquences s'ensuivent dans le plan pratique, dont l'apparence insolite ne devrait pas effrayer : dans le logement familial, régi selon l'article 215, alinéa 3, du Code civil, par un statut particulier, pourrait être englobé un jardin qui ne serait pas topographiquement dépendant de la demeure (9), le jardin de banlieue, le jardin à la campagne, poumon de la famille ; plus sûrement encore, le *cadre de vie* — dont la réforme du droit successoral en continuuel projet se propose de faire la véritable réserve héréditaire du conjoint survivant — devrait tout naturellement comprendre le jardin d'agrément que les époux ont possédé quelque part, fût-il séparé du domicile conjugal. C'est le secret du cœur plutôt que la clôture d'un espace qui donnera son sens au jardin de l'épouse. Ainsi pourra revivre, après métamorphose, l'*hortus conclusus* des romans courtois.

Comment se peut-il que l'intimité jalouse ait parfois abdiqué pour consentir à la promiscuité ? Le phénomène a été, pourtant, constaté le long de notre XVIII^e siècle finissant (10). Une grande époque pour les jardins (11) : celle où, en leur for intérieur, ils abandonnèrent l'ordre pour la liberté, la géométrie de Le Nôtre pour les courbes à l'anglaise, mais aussi, *ad extra*, celle où ils ouvrirent leurs grilles pour laisser entrer, fût-ce en le filtrant, le peuple. Sous l'effet d'une mode écologique revenant par cycles, il y avait alors dans les villes un vaste besoin de vie champêtre. Beaucoup, dans la noblesse, s'y prêtèrent volontiers, et soit philanthropie sincère, soit démagogie calculée, de pans de nature qu'ils détenaient en propriété ils firent don en jouissance commune aux promeneurs solitaires et aux familles endimanchées. D'avoir eu ainsi une

(9) Alors qu'il ne s'entend pas, selon l'interprétation la plus commune, à la résidence secondaire (Cf. à propos de l'art. 1751, Orléans, 20 février 1964, D. 64-260, R.T., 1966, 103, obs. G. CORNU). V. cep., plus nuancé, Y. CHARTIER, Domicile conjugal et vie familiale, R.T., 1971, 572.

(10) J.-L. HAROUEL, Caliban hors du jardin, le droit d'accès au jardin public parisien à la fin de l'ancien régime, *Histoire du droit social (Mélanges Jean Imbert)*, 1989, p. 895 et s.

(11) Dans leur livre au titre évocateur, *L'Art et l'âme des jardins, de l'Égypte pharaonique à l'époque contemporaine, une histoire culturelle de la nature dessinée par l'homme* (Anvers, Mercator, 1998), Pierre BONNECHÈRE et Odile DE BRUYN analysent la succession des deux styles de jardin, au fil du XVIII^e s., comme la projection de l'évolution idéologique de l'Occident : la monarchie rectiligne de Louis XIV est refoulée peu à peu par un esprit de liberté parlementaire, qui sait ménager des surprises (voire des labyrinthes) au détour des sentiers. Il est tout un courant littéraire de l'époque qui pourrait être replacé dans la même perspective d'une nature libérée. Témoin l'enthousiasme avec lequel fut accueillie, en 1780, l'œuvre de Jacques Delille (1738-1813), *Les jardins ou l'Art d'embellir les paysages*, poème en quatre chants. En plus d'un endroit y sont perceptibles des réminiscences du *Paradis perdu* de Milton, dont Delille devait donner plus tard une traduction versifiée. Mais il faut aussi rapprocher des *Jardins Les saisons* de Saint-Lambert (1717-1803) et *Les mois* de Roucher (1745-1794) — sans préjudice de *La Nouvelle Héloïse* (1761) et du poème en prose qu'est la description du jardin de Julie (4^e partie, XI, Pléiade, p. 470-485). Il y eut ainsi toute une poésie écologique à l'usage des aristocrates qui s'amusaient à colin-maillard dans les parcs de leurs châteaux.

bonne part de leurs origines modelée par le privé — la propriété privée, la vie privée — les jardins publics conservèrent longtemps la trace (12). Ce n'est qu'à grand-peine que le droit administratif est parvenu à les faire sortir du domaine privé des communes (13) : ils étaient vraiment trop différents des voies publiques, la promenade était trop différente de la circulation.

Mais enfin le jardin public est maintenant public sous tous les angles. Le danger est même qu'absorbé dans une domanialité publique trop vaste il ne perde son identité. Car, s'il crée une sociabilité (14), c'est en l'isolant de la société globale. Il est à lui seul une société, cette petite société — instable malgré les habitués, mais recomposée sans cesse — dont Pierre Sansot, sociologue de poésie et d'humour, a si profondément analysé l'âme (15). Essaierons-nous de transposer au droit ? Le jardin public n'est-il pas un système juridique ? Les analogies se pressent : il a un code, les interdits en pancartes ; une police, les gardiens galonnés ; un fisc, l'essaïm des chaisières. Tout cela, néanmoins, ne dépasse guère l'infrajuridique. C'est d'un droit de folklore que se prévaut le gardien qui admoneste de jeunes déprédateurs. S'il fallait, d'ailleurs, en appeler au droit étatique, au droit véritable, qui pourrait dire, de jurisprudence certaine, sous la garde de qui sont placés les gamins très autonomes des jardins publics ? Ils ne sont pas à l'école et ne sont plus à la maison. Le pouvoir se sent mal à l'aise pour contraindre à l'obéissance un microcosme qu'il a lui-même destiné au jeu, au rêve, à l'oisiveté. Il ne s'y manifeste que timidement, dévalée la pyramide des normes, dans des règlements assez illisibles pour être lus comme une promesse de n'être qu'exceptionnellement sanctionnés (16). Une de leurs dispositions, pourtant, a de quoi troubler. Elle a

(12) Cf. l'épisode relaté par Victor HUGO dans les *Misérables* (5^e partie, l. 1^{re}, c. XVI) : en ce temps-là (juin 1832), « certaines maisons riveraines, rue Madame et rue de l'Enfer, avaient une clef du Luxembourg, dont jouissaient les locataires quand les grilles étaient fermées, tolérance supprimée depuis ».

(13) Ce n'est qu'à partir d'un arrêt du 22 avril 1960 (*Revue de droit public*, 1960, 1223) que le Conseil d'État a intégré, et de plus en plus clairement, les jardins publics au domaine public des communes. Cf. LAVROFF, Le domaine de la commune, in *Encyclopédie Dalloz, Collectivités locales*, 1990, p. 1532-1 et s.

(14) Delille en saluait l'apparition avec des accents presque modernes :
Il est des lieux publics où le peuple s'assemble,
Charmé de voir, d'errer et de jouir ensemble,
Tant l'instinct social dans ses nobles désirs
Veut, comme ses travaux, partager ses plaisirs.

(15) P. SANSOT, *Jardins publics*, 1993.

(16) Un historien des jardins Mark LAIRD (*The Formal Gardens, Traditions of Art and Nature*, Londres, 1992) oppose en passant la *Lex Hortorum* qui était, paraît-il, arborée à l'entrée des jardins dans l'Italie de la Renaissance, et qui était d'un extrême libéralisme, aux règlements tatillons du XX^e siècle (pas de pique-nique, pas de chien, etc.). Encore faut-il concéder, pour être juste, qu'il arrive aux administrations modernes d'en appeler à la sensibilité : « Laissez à ce gazon sa chance » est plus persuasif que « Défense de marcher sur la pelouse, même nu pieds. »

été classique : défense d'entrer dans le jardin en tenant des fleurs. Deux secondes de réflexion et l'on approuve la prudence des autorités : elles devaient bien s'efforcer d'enlever tout alibi aux pillards. Une minute de plus, et l'on s'indigne : il est monstrueux de supprimer la présomption d'innocence. Surtout, de la supprimer pour des fleurs ! peut-être une seule fleur !

— II —

Ne disons pas que la quantité ne fait rien à l'affaire. Il est vrai que de la fleur au bouquet, du bouquet à la gerbe, le passage ne se laisse pas chiffrer exactement. Il est, cependant, un instant du crescendo où la fleur, sous le poids du nombre, change de nature ; et d'être masse devient plus naturellement objet de législation. Rien d'étonnant : les lois ne sont pas faites pour l'individu.

Imaginons les fleurs comme une collectivité à l'infini émaillant les champs et les montagnes : ce sera poétiquement la flore. Mais lorsque la grande loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature (17) a introduit la flore, à côté de la faune, dans le vocabulaire juridique, il lui a fallu donner au mot des contours plus techniques : la flore, c'est l'ensemble des espèces végétales non cultivées qui doivent être préservées comme faisant partie du patrimoine biologique de la nation. Le catalogue des espèces à protéger est établi par une cascade de textes (18) ; la protection est assurée par une série d'interdictions, sanctionnées d'amende et d'emprisonnement. Voilà une flore cuirassée de droit. Sont ainsi punissables la destruction, la coupe, la mutilation, l'arrachage. Et nous tous d'applaudir : ce sont des actes barbares. Mais la loi continue en nommant la *cueillette*, et c'est elle, maintenant, qui a l'air barbare. Cueillir, le verbe évoquait un geste léger, gracieux, avec je ne sais quoi de juvénile ou de féminin. Fallait-il de la prison pour si peu ? Nul doute que les interprètes sauront rendre la loi raisonnable, inventant des excuses tirées du fonds coutumier ou d'une analogie (19). S'agissant du fruit — toujours lui —, que disait la vieille règle

(17) Article 3 de cette loi, transporté depuis (par décret 89-804 du 27 octobre 1989) à l'article L. 211-1 du Code rural (livre 11 nouveau, Protection de la nature).

(18) La loi (l'article L. 211-2 du Code rural) renvoie à un décret (en fait, l'article R. 211.1 du même Code), qui renvoie lui-même à des arrêtés interministériels, lesquels peuvent à leur tour laisser une marge d'adaptation aux arrêtés préfectoraux. A titre d'échantillon, on pourrait retenir l'arrêté du 13 octobre 1989 (*JO*, 10 déc.), non pas parce que les ministres y parlent latin aussi savamment que Linné, mais parce que leur liste est révélatrice des espèces en péril grave (tel l'*edelweiss* auquel on pense d'emblée, tels les œillets, plus inattendus).

(19) On rencontre dans le Code forestier des dispositions traditionnelles (dont s'est inspiré l'art. 3 de la loi précitée de 1976 sur la protection de la nature), aujourd'hui les articles R. 331-1 et 331-2, qui punissent l'extraction ou l'enlèvement de certains produits de la forêt, parmi lesquels il y a des fleurs, la bruyère et les genêts. Or, ces textes, en graduant l'amende au mètre cube et au litre, donnent à penser qu'au-dessous de l'unité le fait est impuni.

qui s'était inscrite dans le Code pénal de 1810 (20)? Qu'en cueillir sur la propriété d'autrui pour les manger sur place n'était point vol, rien que maraude, non plus délit, mais simple contravention (21). *A fortiori* — *a fortiori* puisque le fait est plus impalpable encore — devait être excusable celui qui cueille des fleurs du patrimoine national pour en respirer le parfum, ou même pour les garder et les regarder avant qu'elles n'expirent. Ce qui ne nous détournera pas de reconnaître que, dans l'une des rares espèces publiées où des poursuites avaient été engagées sous le chef de cueillette lèse-nature, le cueilleur avait cueilli d'un coup 1 600 exemplaires de la reine des Alpes, lesquels s'étaient retrouvés le lendemain dans une boutique de fleuriste (22). Un mauvais exemple, assurément; et ce ne sont les mauvais exemples qui font pulluler nos lois.

Il serait paradoxal qu'en quittant la protection de la nature, qui les immobilisait dans le paysage, pour entrer dans un circuit économique, dans la circulation des richesses, les fleurs pussent davantage se passer de droit. Tout mouvement est un risque de heurts, et les conflits appellent la justice. Entre la production et la consommation, des horticulteurs aux fleuristes, des fleuristes aux clients (quels clients?), les fleurs vont circuler, objets d'innombrables contrats, ventes en gros ou au détail, fleurs contre argent, apparaissant pour ce qu'elles sont très prosaïquement, des marchandises. Il existe des marchés de fleurs, des marchés aux fleurs, et la Hollande du siècle d'or connut une folle spéculation sur les tulipes en bulbes. Que les fleurs, ainsi envisagées *commercialiter*, soient soumises au droit commun des affaires, le principe ne souffre guère de difficulté. Tout banalement, elles susciteront des questions et des procès de propriété (23) ou de concurrence (24), de garantie contractuelle (25) ou

(20) Article R. 26-9°, lequel n'a pas été repris directement dans le nouveau Code pénal, qui est, du reste, dans sa partie relative aux contraventions, un monument dénué d'esprit comme de style.

(21) Exemple d'application légitime : Crim 3 janvier 1879, D., 79, 1, 377 (en l'absence d'*animus lucrandi* et de préjudice, relaxe).

(22) Tribunal correctionnel de Gap, 12 octobre 1988, *Revue juridique de l'environnement* (3), 1990, 417.

(23) Ex. la cour administrative d'appel de Bordeaux a condamné une commune, en juillet 1993, au motif que des lampadaires avaient perturbé la floraison d'un lot important de chrysanthèmes.

(24) Ex. Paris, 13 février 1992, D., 92, IR, 143 : la chambre syndicale des fleuristes de la région parisienne obtient, sur la base de l'article 1382, la condamnation d'un parti politique qui avait organisé sans autorisation une vente de muguet de serre sur la voie publique.

(25) Ex. Cass. Ch. com., 15 novembre 1971, D., 72, 211, à propos d'une vente portant sur 18000 boutures de chrysanthèmes : l'acheteur avait-il intenté l'action réhibitoire dans le *bref délai* de l'article 1648? Ses juges ont estimé que le délai dans lequel il avait agi n'était pas excessif. Autre ex., Cass. 1^{re} Ch. civ., 15 janvier 1976, *Bull.*, I, n° 22 : l'acheteur alléguait que des plants de thuyas s'étaient révélés dans des proportions anormales inaptes à reprendre leur végétation, mais il est débouté, n'ayant pas fait la preuve d'un défaut à l'origine de cette inaptitude. En général, la vente de boutures ou de plants (comme d'ailleurs de semences) prête plus aisément le flanc au contentieux que la vente des fleurs elles-mêmes, parce que le *tempo* du développement y est plus étalé.

de fraudes (26). Ce qui frappe, pourtant, c'est au regard de la multitude des transactions, la faible émergence du sujet dans la littérature juridique, la rareté du contentieux. Comme si la fleur inhibait les interrogations et les querelles du droit par l'originalité de sa nature.

On est tenté de mettre premièrement en cause ce qu'il y a de terriblement éphémère dans l'objet : il dépérit, périt avant que le différend ne s'ébauche. À la fragilité physique s'additionne une fragilité économique : les achats de fleurs relèvent de ce que Veblen avait nommé la consommation de prestige (27), une consommation sensible aux crises, sujette à des caprices de mode ; l'aléa du marché y décourage les prétentions du droit. Il est probable que ces deux traits ont contribué à imprimer une particularité au commerce des fleurs. Nous logerions plus haut, toutefois, l'originalité décisive : en ceci que les fleurs sont des biens symboliques (28), chargés d'une signification immatérielle, irrationnelle, qui déborde la réalité de leur corps ou de leur prix.

À la vérité, la fleur déconcerte nos catégories juridiques. Séchée dans un herbier, elle est sans conteste un bien : seulement, elle est morte. Vivante, on ne sait toujours pas dans quelle classe de biens la ranger. Les fleurs sont des choses fongibles — du moins au sein d'une espèce déterminée — pour peu qu'elles soient portées en vrac sur un marché. Mais l'amateur qui contemple un bouquet reconnaît à chaque corolle sa personnalité et une destinée sans pareille. Il est des choses que les juristes désignent comme non consommables parce qu'elles résistent à un usage même prolongé. Naturellement, les fleurs n'en sont pas. Mais si, *a contrario*, nous les déclarons consommables, il nous faut découvrir en quoi consiste ce premier usage qui est leur propre consommation. Or, ce n'est rien de plus qu'une brève jouissance des sens, purement aérienne, sans trace ni profit, tout au plus suivie peut-être d'un regret plus bref encore. Nous sommes à l'extrême pointe de la subjectivité : une sensation qui s'éteint peu à peu d'elle-même, dès que son objet a disparu.

Cette irréalité virtuelle des fleurs explique l'embarras que l'on éprouve à

(26) La loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes aurait suffi par ses propres forces à garantir la loyauté du commerce des fleurs comme de toutes autres marchandises. Le décret 70-326 du 14 avril 1970, présenté par son intitulé comme un règlement pris en application de l'article 11 de ladite loi de 1905, s'est borné, en réalité, à adopter comme tel un règlement du Conseil des communautés européennes. Il n'est besoin, au demeurant, que de lire les visas précédant le décret pour se convaincre du poids des organisations européennes en ce domaine — plus concrètement du poids des marchés néerlandais (ex. le Centre coopératif d'Aalsmeer, dans la banlieue d'Amsterdam). Cf. Christiane PERRIN-COOK, *L'horticulture ornementale française face à l'internationalisation des échanges*, thèse 3^e cycle économique, Paris, EHESS, 1985.

(27) Thornstein VEBLEN, *The Theory of the Leisure Class*, New York, 1899, rééditée en 1918 et rajournée par Roger VUARIDEL. Une définition des biens sociologiques, A.S., 1968, p. 133-170.

(28) Cf. Pierre BOURDIEU, Le marché des biens symboliques, A.S., 1971, p. 49-126. Ce sont les œuvres d'art, les productions intellectuelles, que l'auteur retient comme prototypes des biens symboliques.

faire d'elles le support de droits réels (29), même si nous ne forçons pas le qualificatif au-delà de son acception technique. Non pas qu'il y ait impossibilité juridique : c'est une sorte de disproportion morale qui crée la gêne. En droit, une fleur coupée a nécessairement un propriétaire. Mais le droit de propriété écrase la fleur de sa perpétuité, de son *jus fruenti*, de son *jus abutendi* : il n'est pas construit pour elle. Et quoique allégé de la perpétuité, l'usufruit ne l'est pas davantage, « De mémoire de rose on n'a jamais vu mourir de jardinier, » — même après avoir beaucoup servi, l'aphorisme demeure charmant et grave, il a dû être inventé pour prouver que l'homme, qui pourrait être usufruitier d'une roseraie, voire d'un rosier, ne peut l'être d'une rose. Le rythme de la fleur la met hors du droit.

Ce n'est pas rendre entière justice à la fleur que de la tenir pour juridiquement inexistante. On néglige par là sa capacité d'entame et d'attaque du droit, son aptitude à le neutraliser, à le refouler dans la marge. De ce potentiel antijuridique des fleurs l'Ancien Droit nous a légué un témoignage, éclatant dans sa modestie : le chapel de roses. Sous cette expression, on entendait, dans certaines coutumes (30), le couvre-chef fleuri, peut-être couronne ou simple guirlande, dont le père de famille coiffait sa fille bien-aimée en la mariant noblement, moyennant quoi, et c'était peu de choses (31), elle était censée renoncer à ses droits successoraux (32). En notre siècle, nous avons conservé le mécanisme : non plus chapeau, mais gerbe, bouquet, les fleurs attirent à elles le droit pour l'étouffer. À une prestation qui est restée impayée parce que la bienséance frappe le paiement d'interdit, elles apportent un contre poids impondé-

(29) Les servitudes ont été l'occasion d'une hypothèse d'école : le droit de cueillir des fleurs sur la propriété voisine (et des fruits, les deux sont souvent visés de front) pourrait-il être constitué en servitude ? La négative est ordinairement enseignée (ex. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. 3, *Les biens*, par Picard, n° 944). Non pas à cause de la nature des fleurs, car en fait la servitude aurait pu être comprise comme portant sur l'ensemble du jardin, non sur les fleurs elles-mêmes. Mais en raison du principe de l'article 686, qu'une servitude ne peut être établie que pour le service d'un fonds, non en faveur et pour l'agrément d'une personne. La solution serait différente si nous imaginions pour fonds dominant une usine de parfumerie.

(30) Nommément : coutumes d'Anjou (art. 241), du Loudunois (chap. 27, art. 26), du Maine (art. 258), de Tours (art. 284). Vallée-de-la-Loire, jardin de la France.

(31) Dans le *Roman de la Rose* :
Chapel de fleurs qui petit coûte
Et de roses à Penthecouste,
Et ce peut bien chacun avoir
Qu'il ne couste pas grand avoir.

Dans la pratique, toutefois, il n'était pas interdit aux parents de rehausser le chapeau de quelques pièces d'or ou d'argent. *Chapeau de roses*, *chapel d'argent*, lit-on au Répertoire de Merlin (de Guyot).

(32) FERRIÈRE (*Dictionnaire de droit et de pratiques*, 1779, v° *Chapeau de roses*) traduit le but social sans ambages : « C'est une disposition introduite en faveur des mâles pour leur conserver les biens des familles. »

nable. D'un dommage qui n'était de la compétence d'aucun tribunal, elles offrent en leur langage une réparation qu'aucun tribunal ne pourrait estimer (33). Dans un cercle que délimitent les mœurs, la fleur circule ainsi comme une monnaie, un signe qui a une valeur et n'a pas de prix. Ayant échappé au droit pour retrouver sa naïveté première, elle est le non-droit qui cherche à désarmer le droit (34).

(33) De Théophile GAUTHIER :
Par des violettes de Parme
La mauvaise humeur se désarme :
Elle viendra !

Dans les lendemains enivrants de mai 68, il arrivait à des *hippies* d'acheter des fleurs pour les lancer sur les C.R.S.

(34) Ce n'est point un hasard si, à l'heure où la France allait s'enthousiasmer pour les jardins, Condillac, ami fidèle de Rousseau (il y en eut), se saisit d'une rose pour animer sa statue — je suis odeur de rose — et par les sensations en faire un homme. Quel besoin aurait-il eu d'un article de loi pour consacrer la personnalité humaine ? Une fleur lui avait suffi — qu'ensuite sans doute il avait jetée.

Chapitre IV

NOCTURNE *

La continuité est un des postulats du droit dogmatique : permanente autant que générale, la règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais. La sociologie a une vision différente, et relative : à la limite, elle concevrait que chaque instant qui passe dans la vie d'une société pût apporter et emporter avec lui son propre droit ou son non-droit. Marcel Mauss avait étudié dans les sociétés eskimo (innuit) de curieuses variations saisonnières, la succession d'un droit d'hiver à un droit d'été (1). Cependant, n'avons-nous pas nous-mêmes à portée de la main, si familière que nous n'y prenons garde, une autre discontinuité du droit, non moins remarquable, dans l'alternance du jour et de la nuit — non plus le long jour et la longue nuit polaires, mais les vingt-quatre heures de lumière et d'ombre qui découpent notre existence d'Européens ?

Le droit d'été est chez les Innuits un droit de dispersion et d'individualisme, tandis que l'hiver, les rameutant autour du même foyer dans la « longue maison », les ramène aux observances communautaires, à la propriété collective. Rêvant là-dessus, l'imagination analogique se laisse aller à conjecturer que, chez nos ancêtres de la préhistoire, le jour était dissociation et absence de règles, la nuit communauté et droit : si le droit fut inventé, ce dut être dans les ténèbres animées par la peur féconde, quand l'homme, autour du feu, chercha refuge auprès de l'homme, contre les fauves, les fantômes et les ennemis. Mais de cette phase où l'Etat et le droit auraient été enfantés par la nuit, nous n'avons à la vérité, que peu ou point de traces (2). Aux époques historiques,

*Ce texte a paru d'abord dans les *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, 1959, Sirey, édit.

(1) MAUSS, Essai sur les variations saisonnières des sociétés eskimo, *Année sociologique*, 1904-1905, IX, p. 39 et s.

(2) On pourrait citer comme symptomatique la précellence attribuée à la nuit sur le jour dans les cosmogonies antiques (V. p. ex. la *Théogonie* d'HÉSIODE, la *Parabase des Oiseaux* chez ARISTOPHANE : « Au commencement étaient la Nuit et le Chaos » ; cf. PAULY-WISSOWA, *Realencyclopädie*, v° *Nox, Nyx*) et dans la computation germanique du temps (par nuits et non par jours ; v. TACITE, *Germ.*, XI ; du Cange, v° *Nox* ; cf. anglais, *fortnight*, quinzaine). Et *cum granulo salis* : la collégialité des magistratures antiques (les premiers magistrats furent des veilleurs, et il vaut mieux être plusieurs pour se partager les veilles).

peut-être parce que l'individu, ou plutôt la famille, a appris à avoir son habitat et son sommeil séparés — la grande mutation est déjà accomplie. La vie sociale est décidément liée au jour (3); le droit est diurne, et la nuit n'est plus pour lui qu'un vide qu'il abandonne, ou un inconnu qu'il redoute.

*
* *

Il se peut qu'une loi d'évolution gouverne l'attitude du droit devant la nuit. Le progrès technique, en fournissant à l'homme de nouveaux moyens d'éclairage, individuels ou collectifs, lui donne de plus en plus l'illusion de faire reculer les ténèbres. Les législations deviennent, à proportion, plus hardies, s'efforcent de soumettre à leur empire des zones de plus en plus étendues de la nuit. Peines perdues : la nuit, dans son épaisseur essentielle, demeure inentamée.

Solis occasus suprema tempestas esto (4). Il est probable que cette disposition ne signifiait pas seulement, dans les XII Tables, l'interdiction d'exercer les *legis actiones* après le coucher du soleil, l'arrêt du cours de la justice, mais, aussi bien, l'interdiction de faire un *nexum*, de procéder à des *actus legitimi*; en bref, la suspension de tout ce qui constituait alors la vie juridique (5). Pourtant, dans la compilation de Justinien, si l'on perçoit encore les échos d'une hésitation qui avait pu concerner la validité de tous les actes juridiques

(3) C'est de jour, remarquait DURKHEIM en étudiant les causes du suicide (*Le suicide*, p. 97 et s.), que la vie sociale atteint son maximum de cohérence et d'intensité. Un témoignage de la faible socialisation de la nuit est l'extrême difficulté qu'éprouve notre mémoire à dater les nuits tant soit peu anciennes que nous avons vécues. Un peu différemment — sur le mode freudien — on pourrait dire encore que les sociétés modernes ont spécialisé le jour et la nuit : à la nuit seule le rêve, et individuel; au jour l'action, de tous et de chacun — tandis que, chez les primitifs, le rêve envahit tout, et il est facilement collectif (cf. Roger BASTIDE, *Sociologie et psychanalyse*, 1950, p. 191).

(4) GIRARD, *Textes*, p. 12, tab. I, 9. Cf. sur la *suprema*, MARQUARDT, *Vie privée des Romains*, trad. franç. I, p. 301 et sur la notion corrélatrice de *nox intempesta* (*quom tempus agendi est nullum*), VARRON, *de L. I*, VI, 7.

(5) C'est une difficulté de concilier la règle de la *suprema tempestas* avec la division romaine de la journée, qui allait de minuit à minuit, en cousant, pour ainsi dire, chaque moitié de la nuit à la portion de jour contiguë (cf. MARQUARDT, *op. cit.*, I, p. 297 et s.). N'était-ce pas nier et l'unité de la nuit et la séparation fondamentale entre la nuit et le jour? Mais ce système de nyctémère, qui paraît avoir été particulier aux Romains, n'avait eu probablement, dans son origine, qu'une portée limitée — soit cultuelle (c'est la raison que développe MACROBE, *Saturnalia*, 1, 3, après AULU-GELLE, III, 2) : ne pas interrompre les sacrifices (notion du *fas* : un droit qui peut être nocturne?) — soit plutôt militaire (V. PLUTARQUE, *Questions romaines*, LXXXIV), comme il est naturel d'un peuple de soldats qui se lèvent tôt : le général tenait conseil de nuit, on prenait les auspices, et *uno contextu*, on attaquait au petit jour. Cf. l'article de SONTHEIMER, in PAULY-WISSOWA, *op. cit.*, v° *Tageszeiten*.

nocturnes (6), il ne subsiste plus de prohibition précise que celle de rendre la justice la nuit (7).

Dans les textes romains, les interprètes de l'Ancien Droit redécouvrirent le principe que la justice doit être rendu de jour, et ils le développèrent avec insistance (8). Peut-être le Moyen Âge, si pauvrement éclairé, avait-il, plus que d'autres périodes, ressenti l'effroi de la nuit (9). Mais Pothier, au siècle des lumières, cite encore les XII Tables pour enseigner qu'aucun acte de justice ne peut avoir lieu après le coucher du soleil (10). Il parle moins des jugements que des actes d'exécution, en quoi il orientera la législation napoléonienne. Celle-ci ne reproduit nulle part l'interdiction traditionnelle des jugements de nuit : l'heure des audiences ne dépend plus que des nécessités du service (11). En revanche, l'article 664 code de procédure civile, auquel font cortège les articles 59 et 134 du Code de procédure pénale, prolonge jusqu'à nous la règle de la *suprema tempestas* : aucune signification, aucune saisie, aucune arrestation à domicile, aucune perquisition ne peuvent avoir lieu pendant la nuit.

On se demande seulement si la règle n'a pas changé de sens, si elle n'a pas pris, au passage de la Révolution, un accent de liberté publique. Il est courant aujourd'hui (12) d'exprimer la prohibition des actes d'exécution nocturnes comme une protection du repos des citoyens, en y ajoutant à l'occasion quelques considérations pratiques : que l'obscurité favoriserait les substitutions de personnes (13), encouragerait les rixes, etc. Mais ce sont des explications forgées après coup (14). La véritable tient au tréfonds sociologique :

(6) C. Just. 2, 4, 20, pour la transaction (l'hésitation avait pu venir d'un rapprochement entre la transaction et le jugement) ; Dig. 28, 1, 22, 6 (*posse et nocte signari testamentum nulla dubitatio est* ; sans même soupçonner *nulla* d'interpolation, on peut observer que, lorsqu'un juriste affirme qu'il n'y a pas de doute, c'est ordinairement qu'il y en a un).

(7) Nov. 82, c. 3 (dont on cherchera parfois plus tard à restreindre la portée aux seuls *judices pedani*) ; Dig. 1, 2, 31 (qui n'est qu'un historique) ; Dig. 49, 4, 1, 8.

(8) En dehors des textes cités aux deux notes précédentes, la loi *More romano* (D. 2 12, 18), sur la division romaine de la journée, fut un forum favori des gloses et postgloses relatives à la question. Il y eut plus tard une étude systématique de l'Italien RIPA, *Tractatus de nocturno tempore*, Venise, 1602.

(9) Cf. Lucien FEBVRE, *Combats pour l'histoire*, 1950, p. 216.

(10) POTHIER *Proc. civ.*, I, 1, art. 3 ; IV, 2, art. 4, § 2. Il écarte la règle, au contraire, en matière pénale, pour les décrets de prise de corps, *Proc. crim.*, III, art. 3, § 2.

(11) V. ainsi, BOURGES, 6 août 1831, *Dalloz, Jurispr. génér.*, v° *Organisation judiciaire*, n° 305.

(12) Ex. GARSONNET et CÉZAR BRU, *Traité de proc. civ.*, II, n° 114.

(13) V. déjà Dig. 25, 4, 1, 10 : *...tenebrae ad subjiciendum aptiores sunt*.

(14) Si elles étaient exactes, on n'aurait pas attendu aussi longtemps pour remanier, dans l'article 1037 C. proc. civ. ancien, les critères de la nuit, et on les aurait remaniés plus à fond, afin de saisir exactement, au lieu de la nuit physique, la nuit sociale, la période de temps où, selon les mœurs, les hommes se livrent au sommeil. Car il est notoire que l'horaire légal ne correspond pas aux modes de vie de notre époque, surtout dans les villes, que le sommeil et la nuit sociale commencent et finissent plus tard. Beaucoup plus tard que les chiffres de 1806, il va de soi (de

c'est que le droit, en ce qu'il a de plus élémentaire — la contrainte sociale, la violence étatique — est fait pour le jour et s'arrête, désarmé, au bord de la nuit. L'Etat a besoin de voir : sans y voir, comment frapper, comment identifier (ces moyens de contraindre)? Quelques points lumineux çà et là n'empêcheront pas que le territoire ne soit une masse d'ombre qui, échappant aux regards de la société, échappe à son pouvoir. Le droit, impuissant, abdique alors provisoirement devant la nuit. Ainsi, loin qu'il faille analyser les articles 664 et autres semblables comme tendant à former une espèce de droit, d'organisation sociale du sommeil, on doit se les représenter comme un sommeil du droit et de l'organisation sociale (15). La nuit est vide de droit (c'est pour cela qu'elle nous apparaît tantôt insécurité, tantôt délivrance et poésie) (16).

Dans ce vide juridique, dans ce désert social, l'homme retourne à un état de nature (s'il en fut jamais), à un état de pré-droit, de non-droit. Ne se justifiait pas autrement l'impunité antique de celui qui tuait sur le fait le *fur nocturnus* (17) — ainsi que de nos jours encore le cas privilégié de légitime défense, l'article 329-1° de l'ancien Code pénal (18), l'article 122-6-1° du nouveau. Le conflit est en dehors du droit, parce qu'il est en dehors du jour : la société, avouant sa faiblesse nocturne, en abandonne le règlement à la peur individuelle. La grande association est dissoute, chaque cellule composante (l'individu ? la maison ?) rentre en elle-même. n'est-ce pas ce qu'entendait

9 h à 4 h en été, de 6 h à 6 h en hiver). Mais même, sensiblement, encore plus tard que les chiffres aménagés par la loi du 6 décembre 1954 et retenus par le C. proc. civ. de 1975, art. 664 (de 9 h à 6 h, uniformément). Cette discordance persistante s'explique parce qu'il y a toujours eu à la base du Code de procédure, autre chose que le respect du lit : un tabou de la nuit en tant que telle.

(15) Cf. *supra*, p. 29, le « sommeil de la loi » dans l'ancienne coutume tonkinoise, dont on rapprochera les phénomènes de licence sociale périodique, tels que Saturnales, Carnaval, etc.

(16) Cf. à la fois l'étymologie (fausse, mais il n'importe) de Varron, de L. 1., VI, 6 : *nox, de nocere* et le grec Ἐυφρονη la bienfaisante (à moins qu'il ne faille entendre la bonne conseillère, allusion aux chouettes, palabres nocturnes et autres souvenirs d'une préhistoire où la Cité, plus poétique que politique, n'existait que la nuit).

(17) XII Tables, tab. VIII, 12 (GIRARD, *Textes*, p. 19); Cf. Exode, 22 : 2.

(18) C'est pourquoi on peut penser que les auteurs (ex. TRÉBUTIEN, *Cours élém. de dr. crim.*, p. 154) et les arrêts (Crim. 11 juil. 1844, S. 1844.1.777; 8 déc. 1871, S. 72, 1, 346; Dijon, 21 mars 1900, Dalloz, 1901, 2, 473) qui ont présenté ce texte comme une présomption irréfragable de légitime défense, étaient sociologiquement plus dans le vrai que les partisans de l'opinion contraire (GARRAUD, *Traité de dr. pén.* 3° éd. II n° 449; cf. Paris, 18 fév. 1933, sol. impl., S. 1933.2.107), qui faisaient pratiquement dépendre l'impunité des circonstances morales du cas. On objecte à la présomption irréfragable qu'elle serait un retour à la barbarie primitive (M. WEIL, *De la circonstance de nuit en droit pénal*, thèse Paris, 1910, p. 135). Cette objection humanitaire a sa valeur pour la *lex ferenda*; mais, pour l'historien, l'art. 329-1 est bien un document de droit primitif. Cf. J.P. JEAN, La nuit et le droit pénal, A.S., 1976, 507.

Héraclite : « Les hommes à l'état de veille ont un seul monde, qui leur est commun ; dans le sommeil, chacun s'en retourne à son propre monde » (19).

*
**

La crainte fixe de la société est que, de ce vide qu'elle se sait impuissante à remplir, ses adversaires ne s'emparent. La nuit offre aux ennemis des lois, dans ses replis innombrables, une base de départ autant qu'un refuge. Qu'ils sortent des sphères individuelles que le droit leur a concédées (faute de pouvoir les détruire), et qu'ils se groupent : le risque est qu'ils ne se forment en une société rivale ; que du non-droit, ils ne préparent un contre-droit. Vers 1952, dans une vaste portion de l'Indochine, il s'était ainsi institué un étrange condominium par alternat : les Franco-Vietnamiens exerçaient de jour sur les villages les attributs du pouvoir, mais, s'enfermant dans leurs postes au crépuscule, tandis que troupes et administrateurs du Vietminh resurgissaient des rizières, ils abandonnaient à l'adversaire la souveraineté de la nuit (20).

Aussi comprend-on la suspicion de principe dont l'autorité a toujours enveloppé ceux qui font de la nuit le jour, prétendant installer dans le vide social une vie sociale rivale de l'autre : les noctambules, qui, selon le mot profond de Sénèque (21), sont comme des habitants des antipodes dans la même ville, désertant le jour de tout le monde pour se faire un jour qui ne soit qu'à eux — noctambules et lucifuges de toute sorte (22), adeptes des mystères ou Chrétiens des catacombes, esclaves gourmands d'air frais ou politiciens conspirateurs.

(19) HÉRACLITE, éd. Diels, B. n° 89. — que contredit d'ailleurs royalement un autre aphorisme (B. n° 75) : « Les hommes, dans leur sommeil, travaillent en commun aux événements de l'Univers », ce que l'on pourrait essayer de rapporter à deux phases de l'histoire de l'humanité, la Cité de nuit et la Cité de jour, si l'on ne savait combien il est dans la méthode d'Héraclite d'unir les contraires. Le philosophe d'Ephèse semble avoir médité profondément sur la nuit (ex. B. n° 6,14, 67 ; il avait compris qu'elle n'est qu'absence de lumière (B. n° 99), à une époque où la physique grecque la concevait encore positivement comme un flot de vapeurs noires montant de la terre).

(20) Le même phénomène de partage entre un ordre diurne, conservateur, et un ordre nocturne, révolutionnaire, s'est reproduit depuis lors dans des circonstances analogues : en bien des régions d'Algérie vers les années 60, au Vietnam du Sud un peu plus tard.

(21) Épîtres à Lucilius, 122 : ... *Sunt quidam in eadem urbe antipodes... Dies publicus retinquatur ; proprium nobis ac peculiare mane fiat.* Et la cause de cette perversion est finement diagnostiquée, elle relève de la sociopsychiatrie : *Causa tamen praecipua mihi videtur hujus morbi, vitae communis fastidium.* Sur les non-conformistes quant au temps, cf. HALBWACHS, *La mémoire collective*, 1950, p. 81 et s.

(22) Cf. MICHELET, *La bible de l'humanité*, II, 5 : « Pour le misérable esclave, essentiellement lucifuge, la nuit, c'est la liberté. Les psaumes et les chants des prophètes, la plupart, sont des chants de nuit ».

Cette crainte de la nuit hostile s'est constamment matérialisée dans des institutions de police. Tel est le sens du couvre-feu, qui agit comme une garde placée, si l'on ose dire, aux issues de l'incontrôlable nuit individuelle pour l'empêcher d'envahir les lieux publics. On aurait tort de n'y voir qu'un expédient pour périodes exceptionnelles : état de guerre ou état de siège. Relevant du droit municipal autant que du droit militaire, ce fut, jusqu'au XIX^e siècle, sous le nom de retraite (23), une institution permanente de police urbaine.

L'établissement de fonctionnaires spécialisés dans la surveillance de la nuit est d'une technique plus directe. Comme Paris devait avoir son chevalier du guet, Rome, après avoir eu ses *tres viri capitales*, avait eu son préfet des vigiles. *Nocturnus*, disait le vulgaire (24), ce que le peuple de Constantinople allait traduire : le nyctéarque, le préfet des nuits (à côté de l'éparque, préfet de la ville et implicitement préfet des jours). Justinien s'étonna et s'indigna d'une telle appellation (25) : comme s'il fallait, fulmine-t-il (26), qu'une magistrature spéciale se lève quand le soleil se couche, se couche quand il se lève. Mais on peut trouver que l'instinct populaire avait, mieux que l'empereur, saisi le ressort secret de cette dualité des magistratures : c'était la dualité même des mondes juridiques qu'elles étaient appelées à régir, éternellement voisins, éternellement distincts, le jour et la nuit.

*
**

... Éternellement distincts, à cela près, toutefois, que le jour, chaque matin, sort de la nuit, suggérant aux hommes, par son retour même, les premières idées juridiques, l'ordre universel, la fidélité à la promesse.

(23) L'heure de se retirer chez soi ; v. par ex. Crim. 21 fév. 1811, Dalloz, *Jurispr. génér.* v^o *Commune* n^o 1171. L'institution n'a pas été assez étudiée par les historiens.

(24) Dig. 1,15, 1 ; cf. PAULY-WISSOWA, *op. cit.*, v^o *Nocturni*, qui en signale l'existence également dans des municipes.

(25) Nov. 13, *praeformatio*. Il interdit d'appeler désormais ce fonctionnaire autrement que préteur du peuple (cf. Louis BRÉHIER, *Les Institutions de l'Empire byzantin*, 1949, p. 122 et s.). Le titre de préfet des nuits, déclare-t-il, ridiculisait la fonction et faisait que personne n'acceptait plus de la remplir. Des plaisanteries qui avaient cours, on a peut-être une idée dans CASSIODORE, VII, ep. 7 (*formula praefecti vigilum urbis Romae*) : ... *Vigila impiger cum nocturnis avibus, etc.*

(26) Au fond de son palais, il ne devait pas sentir l'orientalisation de l'empire, et combien la chaleur de la journée rendait naturelle l'ouverture d'une seconde vie urbaine, pour la promenade, mais aussi le commerce, à la fraîcheur de la nuit.

Chapitre V

LE SOMMEIL

Pas le sommeil léthargique, pas le sommeil hypnotique. Mais le sommeil normal, le bon sommeil naturel, *bonteous nature's second service*, comme l'a appelé Shakespeare (toutefois, n'est-ce pas plutôt le troisième service? un tiers de la vie est sommeil).

Peu importe ce qui s'y passe, et si l'homme, comme l'insinue Freud, y retrouve sa personnalité véritable. Cette vérité des abîmes n'intéresse pas le droit. Le droit reste à la surface des êtres. C'est pourquoi il se plaît davantage en compagnie des gens éveillés (et même il distribue des primes aux vigiliants). Ceux qui dorment, fût-ce en eau peu profonde, le troublent, les dormeurs de la nuit ou de la sieste. Il hésite comme devant des rideaux tirés. Entrera-t-il?

L'homme qui dort est-il obligé? peut-il acquérir? a-t-il des droits? est-il sujet de droit? La controverse est classique (1), où les modernes ont fourgonné dans les braises de droit romain (2). Si le droit subjectif est un pouvoir de vouloir, comme Windscheid l'assure, il s'est dissous, puisque la volonté est abolie. Et s'il a l'intérêt pour noyau, comme le soutient Jhering, que garde-t-il de ce noyau? Il n'est d'autre intérêt de dormant que l'intérêt de dormir (3), de ne pas être réveillé. Les intérêts de la veille ont disparu, et avec eux les droits subjectifs. Ainsi, la personnalité juridique, chaque nuit, serait suspendue; le sommeil placerait provisoirement l'humanité en dehors du droit. Mais est-ce bien cela? Le panjurisme des juristes se révolte. Il va y avoir deux analyses du sommeil.

(1) V. par ex. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum, Quaestio XIV* (édit. Ascarelli, 1966, p. 261); GOROVITSEFF, *Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, R.T.*, 1927, p. 1 et s. spéc. p. 8 et s.

(2) Deux textes du Digeste paraissent avoir joué ici un grand rôle : 1° Dig. 41, 2.1, 3; *Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*; 2° Dig. 50, 16, 209 : ... *Si furtosus aut infans sit aut dormiat, non videtur coram eo fecisse*.

(3) Cf. J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 116, note 3. L'homme qui dort serait au moins le sujet d'un droit au sommeil.

Les juristes aiment à penser que le sommeil n'est qu'une atténuation, un ralentissement de la vie de veille (4). La volonté s'affaiblit, l'intérêt s'émousse, la personnalité se met en veilleuse — mais tout subsiste virtuellement, la différence n'est que de degré, non de nature. La continuité de l'état de droit n'est pas brisée par ces alternances. Si bien que l'endormi demeure, en droit, identiquement le même que l'éveillé; le réveillé, identiquement le même que le dormant — sujet unique d'un *continuum* juridique dont il est constamment enveloppé. Par le droit, la fortune, comme les charges, peuvent lui venir en dormant, et s'il les a reçues quand il veillait, il les emporte dans son sommeil (à preuve qu'il les retrouvera dans ses rêves).

Cet *homo* qui reste *juridicus* vingt-quatre heures sur vingt-quatre, c'est, dira-t-on, un postulat nécessaire. Il serait absurde qu'un bien devînt vacant dès que le propriétaire s'est assoupi (5). Et surtout il faut empêcher que le sommeil ne s'ouvre comme une porte, par où s'évader du droit.

Pour échapper à ses responsabilités. On conçoit que le droit pénal ait été le plus acharné à présenter le sommeil comme un simple dégradé de l'état de veille : il fallait se donner juste motif de l'atteindre. Il est ainsi des sommeils qui sont par eux-mêmes des délits pénaux : tel traditionnellement celui de la sentinelle ou du marin de quart (aujourd'hui, art. 469, al. 2, du Code de justice militaire). Ils sont punissables par leur seule matérialité, sans qu'il y ait à relever d'intention coupable, et quand bien même, l'agent (si l'on ose dire) n'eût fait que céder à un incoercible assoupissement (6). C'est que, dans cette conception (7), le sommeil est jugé comme une défaillance de la volonté; partant, il présente toujours l'aspect de la faute, jamais de la force majeure (8). C'est sans doute ce droit pénal des guerres archaïques qui, par un effet d'atavisme, conti-

(4) C'est la thèse que Cicéron (*De divinatione*, liv 2, c. 48) attribue à Zénon (pour en déduire que l'âme ne saurait, dans le sommeil, entrer en communication avec la divinité) : *Contrahi autem animus Zeno, et quasi labi putat atque concidere, et id ipsum esse dormire.*

(5) Cf. TROPLONG, *Prescription*, t. 1, n° 264.

(6) Cf. AUGIER et LE POITEVIN, *Traité de droit pénal militaire*, 1905, v° *Sommeil d'une sentinelle*, p. 668.

(7) Le point sociologiquement important, c'est la résistance que lui a opposée l'opinion publique. Résistance qui, en 1829, avait été évoquée de façon significative par le rapporteur d'un projet de loi tendant à la révision du Code de justice militaire (cf. PRADIER-FODÉRÉ, *Commentaire sur le Code de Justice militaire*, 1873, p. 498). Il observait que, pour toutes les campagnes de l'Empire, les Archives du ministère de la Guerre ne contenaient l'indication d'aucune poursuite qui eût été fondée sur l'incrimination en cause.

(8) Un surveillant installé dans une usine par une entreprise de gardiennage doit-il être traité comme un factionnaire privé, en faute par le seul fait du sommeil? Un arrêt (Com. 15 mars 1954, D. 1954.625) semblait le supposer, qui pourrait donc être versé au dossier du sommeil-relâchement coupable. Et pareillement, Soc. 23 octobre 1975 (Union des Industries métallurgiques) : le salarié surpris à plusieurs reprises en train de dormir dans un local de la société n'a pas fourni une part de la prestation qui était la contre-partie de son salaire; d'où, pour l'employeur, un droit à dommages-intérêts.

nue, dans bien des peuples, à inspirer même aux civils une honte généralisée d'un état si innocent de nature. Chacun se sent mis en poste par la société pour faire le guet contre un ennemi invisible, et l'on se cache pour dormir.

Mais il existe, en droit pénal classique, un problème plus vaste : à supposer qu'une infraction quelconque ait été commise par un individu endormi, est-elle punissable ? Il faut, pour y répondre, donner un sens à l'état de sommeil. La mère qui, en dormant, étouffe l'enfant qu'elle faisait coucher dans son lit, est-elle coupable d'homicide par imprudence ? Le voyageur qui s'endort et dépasse la gare à laquelle son billet lui donnait droit est-il en contravention comme voyageant sans billet ? On devine les arguments dont va se cuirasser la sévérité des praticiens : il ne faut pas que l'infanticide puisse revêtir le masque d'un invérifiable accident ; il ne faut pas que, dans les trains de nuit, les fins de parcours deviennent gratuites. En droit, pourtant, il reste que l'action, considérée dans ses conséquences délictueuses, a été le fait d'une masse que la volonté n'habitait plus, alors qu'il n'est pas de délit sans volonté (art. 64 C. pén., et 122-1 du Nouveau). Mais, réplique-t-on, dans sa cause l'action a été libre, car il appartenait à l'intéressé de ne pas se laisser glisser sans prendre de précautions pour ne point nuire. La faute doit être reportée à ce commencement, parce qu'il y avait, à ce moment-là, une volonté (9). C'est la théorie classique des *actiones liberae in causa* (10). L'Ancien Droit s'en était armé pour accabler, par démonstration philosophique, les mères étouffantes (11). Et bien plus tard, les compagnies de chemins de fer devaient s'en ressouvenir

(9) Ce point de vue précautionneux est celui de notre droit civil de la responsabilité, particulièrement attentif aux dangers du sommeil automobile. Le conducteur qui se sent envahi par le sommeil a le devoir d'arrêter son véhicule (2^e Sect. civ. 22 oct. 1961, *J.C.P.* 1961. IV, p. 166), et par voie de conséquence, il en a le droit (ce n'est pas une faute, le cas échéant, à l'égard de son employeur, 1^{er} Sect. civ. 22 nov. 1965, *J.C.P.* 1966.2.14520, note Munier). Non loin de là, un arrêt (1^{er} Sect. civ. 22 nov. 1965, *J.C.P.* 1966.2.14520, 1^{er} esp., note P. Esmein) paraît bien considérer qu'un voyageur transporté en autobus est dans son tort s'il s'est assoupi, ce qui a eu pour résultat de le faire tomber à l'occasion d'un virage trop brusque ; et selon un autre arrêt de la même chambre (8 nov. 1989, *R.T.*, 1990, 92), la propriétaire d'une voiture n'en conserve pas moins la garde, si, après avoir confié le volant à une autre personne, il s'est endormi à côté d'elle.

(10) Pour l'exposé dogmatique de la théorie, V.R. GARRAUD, *Traité théor. et prat. dr. pén.*, 1913, 3^e édit., t. 1, n^o 338 (V. aussi n^o 333, p. 647, n^o 335, p. 665). Cf., plus anciennement, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, 4^e édit., 1871, § 238 ; F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, trad. franc., 1913, t. 1, § 37-38). Même sur le terrain dogmatique, du reste, cette théorie n'est pas exempte d'objections, car si un élément moral est requis dans l'infraction, c'est au moment même où elle est commise qu'il doit exister (cf. art. 64 C. pén. : ... au temps de l'action), et non point à un moment antérieur.

(11) La nourrice était d'ailleurs punissable, en pareil cas, aussi bien que la mère, encore que les interprètes se fussent divisés quant à savoir si elle devait l'être plus ou moins (les uns tenaient pour une répression plus rigoureuse contre la mère, le devoir étant plus profond, et le risque de suppression d'enfant plus grand, mais les autres inclinaient à plus d'indulgence, la mère étant déjà assez punie par son chagrin ou son remords). Cf. *infra*, p. 439.

opportunément quand elles décidèrent d'attacher le péril d'une amende au berceement tentateur de leurs propres wagons.

Il ne faut pas se figurer qu'elles n'eurent aucun succès, parce que, dans un arrêt assez connu, la Cour de cassation approuva qu'un voyageur qui dormait en défaut eût été relaxé (12). S'il avait été relaxé, c'est qu'il rapportait la preuve qu'une maladie rendait ce soir-là son sommeil invincible et qu'au surplus, avant d'y succomber, il avait demandé à d'autres voyageurs de le réveiller, qui n'y avaient veillé. Mais on ne relaxe pas celui qui, sans penser à mettre en place une organisation de réveil, s'est endormi en toute simplicité, parce que c'était son heure (13). Bref, ce qui compte pour le droit, c'est l'attitude de veille qui a précédé le sommeil, qui y a présidé. Et nous reconnaissons l'analyse : le sommeil n'est que dérive ou dérivé de l'état de veille, fléchissement du vouloir, abandon de soi-même. L'homme s'endort de même qu'il s'enivre. Analogie révélatrice : la théorie des *actiones liberae in causa* est passée de l'ivresse (14) au sommeil, comme s'il n'y avait nulle différence du produit de la culture au donné de la nature. Le droit serait-il donc incapable de sentir le mystère du sommeil ?

Il est, cependant, une autre analyse juridique : non plus ce sommeil qui n'est qu'une annexe de l'état de veille, mais le sommeil qui est un ailleurs absolu — le sommeil image de la mort, le dormeur cadavre qui respire (15). Pour tous les autres (et le droit en fait partie), il n'y a plus de personne, il n'y a plus personne. Rien que matière, une statue (« il est doux de dormir, meilleur d'être de pierre », ce que Michel-Ange a gravé au socle de son énigmatique *dormante*). Le dormeur n'est plus ici, parmi nous, avec nous. Il paraît être présent *corporaliter*, physiquement, écrivait Leibniz, mais il ne l'est plus *moraliter*, en esprit ; or, c'est l'activité de l'esprit qui seule fait la présence juridique (16).

Le juge qui dort est-il à l'audience ? Sous cette forme pratique (17), c'est la nature du sommeil qui est en discussion. Dans l'Allemagne weimarienne,

(12) Crim. 19 oct. 1922, D. 1922.1.233. — Cf. Toulouse, 5 déc. 1893, s. 1894.2.57, où le voyageur s'était endormi en sûreté de conscience, parce que, si son billet était insuffisant, c'était par suite d'une erreur de guichet, qu'il comptait faire rectifier en cours de route.

(13) Pau, 29 mai 1886, s. 1887.2.64 (où le sommeil, il est vrai, avait été provoqué par de trop nombreuses libations) ; Aix, 19 juin 1896, s. 1896.2.240 (hypothèse moralement neutre).

(14) Crim. 29 janv. 1921, s. 1922.1.185, note Roux.

(15) Il n'est naturellement pas question, dans cette étude, d'un sommeil qui serait obtenu par hibernation. L'hypothèse pratique, comme on le sait, est la suivante : un individu, confiant que d'ici un siècle ou deux, les progrès de la médecine permettront à tout un chacun de se procurer la longévité de Mathusalem, sinon l'immortalité, pourrait demander à être placé jusque-là en état d'hibernation. Des juristes d'outre-Atlantique se préoccupent déjà, paraît-il, de déterminer quelle pourrait être la condition juridique de l'hibernant dans la période intérimaire non moins qu'à son réveil (réveil de droits acquis). Tant est grand le désir de ne rien laisser sans droit.

(16) LEIBNIZ, *Specimen*, loc. cit. (cf. note 1).

(17) La question sous-entend que la procédure est régie par le principe de l'oralité.

deux arrêts du *Reichsgericht* étaient venus décider, presque coup sur coup, que la nullité de la procédure était encourue si le juge avait dormi, mais non point s'il s'était livré à un travail personnel (18). On avait crié à la contradiction. Mais il n'y en avait point : le sommeil est plus que distraction, il est absence. En France, par un hasard révérencieux, la jurisprudence ne semble avoir eu à connaître que du sommeil des jurés d'assises.

Une première fois, dans une affaire où il était allégué que l'un des jurés avait dormi au cours des débats, la Cour de cassation refusa d'annuler la procédure (19). Il est vrai que tout s'était borné à une somnolence de quelques instants. Néanmoins, si ce juré était sorti de la salle, fût-ce pour deux secondes, n'y aurait-il pas eu nullité? À quelque temps de là, la Chambre criminelle n'hésita plus : elle cassa l'arrêt de la Cour d'assises, parce qu'il était avéré que l'un des jurés avait dormi, et dormi notamment pendant toute la durée de l'interrogatoire. Il résulte de ces constatations, déclare-t-elle, que l'un des jurés ayant pris part à la délibération n'avait pas réellement assisté à tous les débats (20). En effet, s'endormir, c'est partir un peu.

S'endormir, c'est déposer le fardeau juridique. Le débiteur ne doit plus, le condamné ne subit plus sa peine. Le Français rêve peut-être en français, mais il n'est plus Français. Les songes ont beau nous être donnés par la société (21), le sommeil nous est donné contre elle (22). L'homme qui dort est sorti de l'univers sur lequel le droit exerce son empire, il a refermé derrière lui le portail du non-droit. Parlons bas, tout de même.

(18) Cf. CALAMANDREI, *Rivista di diritto processuale*, 1938.1.255.

(19) Crim. II mai 1901, S.1904.1.63.

(20) Crim. 27 août 1903, S.1906.1384.

(21) Cf. *Le rêve et les sociétés humaines*, sous la direction de R. CAILLOIS et G. E. VON GRUNEBaum, 1967. Et, spécialement, dans cet ouvrage collectif, l'étude de Roger Bastide, qui relève un contraste entre les sociétés traditionnelles et les sociétés de type occidental (dans celles-ci, il ne paraît pas y avoir de communication de l'état de veille au rêve).

(22) On rêvera sur l'arrêté (consulaire) du 19 frimaire an XI, relatif à l'enseignement dans les lycées : les élèves seront divisés, pour la police, en compagnies de vingt-cinq; il y aura dans chaque compagnie un sergent et quatre caporaux qui seront choisis parmi les élèves les plus distingués (art. 21); *tout ce qui est relatif* aux repas, aux récréations, aux promenades, *au sommeil se fera par compagnie* (art. 23). — Les lits, peut-être, mais pas le sommeil.

SCOLIE SUR LE SOMMEIL

Si le sommeil est non-droit, le réveil est retour au droit, rentrée du droit. Souvent, les phénomènes de passage, parce qu'ils supposent une rupture et laissent apparaître un contraste, sont d'un plus grand rendement expérimental que les deux masses inertes entre lesquelles ils se déroulent. L'hypothèse est que, dans les sentiments pénibles dont s'accompagne assez couramment le réveil, une part au moins est imputable à la pesanteur du droit. Elle pourrait être vérifiée s'il était constaté que le réveil est plus ou moins désagréable selon qu'il y avait plus ou moins de droit autour du dormant (amère est, quand il se réveille, la bouche de l'homme en procès). Encore faudrait-il savoir discriminer l'ennui généralement social de l'ennui proprement juridique.

Il arrive que le réveil soit institutionnalisé, déterminé par une pression extérieure à la régularité de laquelle on peut attribuer un caractère juridique. Ne pensons pas au réveil des salariés : il est d'un type semi-volontaire, puisqu'une analyse dont nous ne méconnaissons pas ce qu'elle a sociologiquement d'artificial, fait de leur venue au lieu du travail la conséquence d'un contrat qu'ils sont libres de rompre unilatéralement chaque matin, quitte à payer les dommages. Mais le réveil militaire est directement contraint par des procédés qui peuvent être regardés comme intégrés à un droit positif réglementaire.

Quand la sociologie américaine énumère la musique parmi les méthodes de *social control*, elle ne songe qu'à la verveuse d'héroïsme. Le clairon du réveil, lui, fait plus que participer au contrôle social : il est instrument de contrainte juridique — moyen de droit pour vous ramener de force dans le droit. Il est remarquable qu'au réveillé qui ne veut sortir du non-droit, les paroles brodées par le folklore régimentaire sur l'air du réveil n'ouvrent d'autre alternative que de se réfugier dans la maladie. L'infirmerie, l'hôpital ne sont point lieux de non-droit, il est vrai ; mais de droit moins lourd, de règlement moins lourdement ressenti, ne serait-ce que parce que pour commencer il est différent, qui en douterait ?

La diane peut être un genre littéraire. Molière en a fait un exercice de verve dans le prologue de la *Princesse d'Elide*. Son dormeur y exhale avec trucculence tout le déplaisir que l'individu éprouve, de nature, à être tiré du sommeil — du non-droit — par la collectivité. Mais il retrouve son équilibre à partir du moment où il s'aperçoit qu'il peut user de représailles sur les innocents.

« Puisque me voilà éveillé, il faut que j'éveille les autres, et que je les tourmente comme on m'a fait ». Le trait est juste, et sans doute conviendrait-il d'en enrichir l'étude de l'obligatoire (1). On dit que l'homme se sent obligé d'accomplir la règle en faveur d'autrui parce qu'il compte que d'autres l'accompliront plus tard en sa faveur. Mais peut-être pourrait-on envisager le jeu de la réciprocité par l'autre côté, le côté du mal : l'homme se sent obligé de supporter la règle que les autres lui appliquent parce qu'il se voit en position de l'asséner à d'autres encore *.

(1) Cf. *infra*, p. 118 s.

* Au lecteur curieux de savoir ce que la sociologie (non juridique) pense du sommeil, on pourrait recommander : SULLIVAN, A note on formulating the relationships of the individual and the group, *American Journal of Sociology*, 44 (1939), p. 932 et s. (selon lui, c'est seulement dans l'hypnose et le sommeil profond par opposition, sans doute, au sommeil dit *paradoxal*, que l'homme peut se soustraire aux relations interpersonnelles) : VILHELM AUBERT et HARRISON WHITE, Sleep : a sociological interpretation, *Acta sociologica*, 1959, (IV), n° 2 et 3.

Chapitre VI

VERS LE DEGRÉ ZÉRO DU DROIT : *DE MINIMIS...**

... *non curat praetor*, la phrase est passée en proverbe, mais elle a exprimé une règle de droit. Ne fût-elle plus que proverbe, elle attesterait encore l'étonnante aptitude du droit romain à ne pas mourir tout à fait, même en payant sa survie de métempsycoses. Mais nous aimerions mieux que la phrase fût toujours règle de droit.

Car elle ravit l'imagination par le grand large sur lequel, tacitement, elle s'ouvre. Elle nous dit, c'est à peu près cela, que le juge n'a pas à s'occuper des menus litiges. Seulement, elle ne nous dit pas ce que ces litiges vont devenir, une fois qu'il les a mis à la porte. Se régleront-ils par la violence de l'agression ou par l'inertie possessoire ? à la médiation séparative des amis ou des parents, des vieillards ou des femmes ? selon les normes des mœurs ou les impératifs de la morale ? On ne sait. Il est si rare que le droit proclame ses propres limites.

— I —

L'adage ne se trouvait point tel quel dans le *Corpus juris civitis*, et ce sont les commentateurs, peut-être déjà les glossateurs, qui l'en ont tiré (1). Lui et ses variantes : *De minimis non curatur*, *De modico in jure non est curandum*

* Ce chapitre est venu avec quelques additions d'un *liber amicorum*, les *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, 1981, Dalloz édit.

(1) La source habituellement citée est un fragment de Callistrate, Digeste, 4, 1, 4, à propos des *restitutiones in integrum* promises par le préteur. Mais d'autres textes ont contribué à l'élaboration de la règle : Digeste, 4, 3, 9, 5 (*modica summa*); 13, 6, 18, 2 (*modica impendia...*); 19, 2, 25, 6 (*modicum damnum...*).

— des variantes qui auraient pu estomper son aspect judiciaire (2), mais qui ont eu, en récompense, le mérite de montrer qu'il s'agissait bien, brutalement, de dénier aux affaires de peu d'importance tout accès à la justice, non pas simplement de les faire renvoyer à une juridiction inférieure ou de les priver d'une voie de recours. En fait, l'aspect judiciaire est resté prédominant; et si la maxime peut aujourd'hui encore être intégrée au droit positif, ce sera comme règle, ne disons pas : de procédure (l'expression évoquerait trop la forme) — mais plus largement d'administration, de bonne administration de la justice.

L'adage n'aurait pas surgi, ni connu son succès millénaire, s'il n'avait été appelé par les besoins permanents — diffus plutôt que lucides — d'une saine organisation judiciaire. Avant même qu'il n'y eût des statistiques, la justice a, d'instinct, perçu les menaces de saturation que faisait peser sur sa machinerie le pullulement des menus litiges : d'où la réaction spontanée d'élimination. Mais c'est aussi à l'échelle du procès singulier que les bagatelles (3) sont porteuses de désordre — par maints canaux psychologiques. Le juge est troublé dans son repos : il avait bien le droit de n'avoir pas la tête rompue pour des riens. L'institution est compromise dans sa gravité : elle ne doit pas avoir l'air de s'amuser à des vétilles. Et ne faut-il pas s'inquiéter des plaideurs ? du demandeur, pourquoi pas ? il serait hygiénique de le protéger contre lui-même, contre sa prodigalité de quérulant — mais du défendeur surtout, car dans la demande futile peut se cacher le venin d'une demande vexatoire. Contre les risques insidieux d'une folklorisation dissolvante de la justice, l'adage affirme la nécessité d'une discipline austère du procès.

Au début de notre XX^e siècle, il paraissait aller de soi que *De minimis...* faisait partie du droit positif. La mise en garde de Gény contre les brocards reçus de confiance n'avait guère touché ceux qui en composaient des florilèges (4).

(2) L'aspect judiciaire semblerait même complètement effacé dans une autre variante, reçue en Angleterre : *De minimis non curat lex*, *The Law does not concern itself about trifles*, si l'on ne se rappelait combien la *Common Law* est judiciaire, Cf. H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 9^e éd., 1924, p. 100 et s. Et pourquoi *de minimis non curat lex* ? parce que, répondait WINFIELD (vers 1930), *de minimis non agit sapiens*.

(3) Les Allemands parlent de *Bagatelljustiz* pour désigner la justice applicable aux menues affaires.

(4) E.-M. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, I, p. 180-182, présentait la maxime *De minimis...* comme traditionnelle, tout en observant des hypothèses (ainsi, en matière de contravention, Crim. 2 déc. 1915, S. 16.1 Suppl. 5) où elle n'avait pas été appliquée. P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2^e éd., 1926, p. 255, la classait lapidairement parmi les « brocards en vigueur », sous la rubrique « Justice, jugement », mais sans la relier à un autre adage, précédemment mentionné sous la rubrique "Action", *Actio non datur, cui nihil interest*. Quant à la phrase de Demogue (*Traité des obligations en général*, 1923, IV, n^o 385 *in fine*), souvent relevée, qui citait expressément *De minimis...*, il faudrait une analyse psychologique pour décider si la maxime y avait été pensée comme proverbe familier ou comme règle de droit.

Mais chez les contemporains, dans les ouvrages de droit (5) aussi bien que de parémiologie juridique (6), le scepticisme se fait jour : on ne croit plus à l'adage *De minimis...* en tant que transmetteur d'une règle de droit, et l'on ne croit plus qu'à moitié à la règle de droit qu'il était censé transmettre.

a) L'autorité de la tradition est récusée, et si une règle d'exclusion des menus litiges continue d'être affirmée, ce n'est plus l'adage qui en est la source formelle. Le renouvellement des doctrines procédurales (7) a permis ici un relais des arguments. L'équivalent de *De minimis...* est désormais cherché dans une analyse plus poussée de la notion, qui est légale, de l'action en justice. Pour être recevable à agir, le demandeur doit justifier d'un intérêt, et d'un intérêt qui présente certains caractères, parmi lesquels celui d'être suffisamment important (on dit parfois : d'être sérieux, remarquable antithèse à la plai-santerie). L'intérêt insignifiant est dénué de sens juridique.

b) Ainsi dégagée de l'adage, la règle d'exclusion des menus litiges n'est ni un absolu, ni même un principe. Ici les positions se ressentent de la propension moderne à faire du droit positif une projection de la jurisprudence. Car les arrêts sont divisés : s'il en est qui écartent des demandes à cause de l'insignifiance de l'enjeu, il en est d'autres qui ont égard aux objets les plus minimes. Pour illustrer les deux courants, deux séries jurisprudentielles sont toujours

(5) MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932, n° 29 bis. SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, 1961, I, n° 225, modernisent l'adage en le ramenant à l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt, mais ils ne lui accordent qu'une portée réduite. GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 1994, n° 591, note 20, considèrent que la question de savoir si un intérêt minime reste légitime n'est pas susceptible d'une réponse absolue.

(6) H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, II, 1978, p. 199-202, ainsi que, plus récemment, *Adages de droit français*, 1999, n° 83. Ces auteurs consacrent à *De minimis...* une réflexion approfondie, dont la conclusion est qu'en droit moderne il n'y a plus là qu'un précepte méthodologique : un détenteur quelconque de l'autorité doit laisser à ses subordonnés le soin de vaquer aux affaires subalternes. On remarque, en effet, que les publicistes recourent parfois à l'adage pour expliquer que des mesures d'ordre intérieur ne puissent être attaquées devant le juge de l'excès de pouvoir : elles sont trop insignifiantes (cf. VEDEL, *Droit administratif*; 1976, p. 180; LUCE, note J.C.P., 1962, 2, 12865. Orlando de Rudder, *Aperto libro ou le latin retrouvé*, Larousse, 1988, p. 34 a repris l'adage sous une métaphore, *Aquila non capit muscas*, un aigle ne prend pas les mouches.

(7) VINCENT et GUINCHARD, *Procédure civile*, 1999, n° 103 ; SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 223 et s. ; CORNU et FOYER, *Procédure civile*, 1958, p. 290 et 1999, n° 78 ; LOUIS GARAUD, *L'intérêt pour agir en justice ; contribution à la notion d'intérêt en droit positif*, thèse Poitiers, ronéo, 1959 ; YVES DESDEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime, essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Thèse Nantes, ronéo, 1974 ; L. BOY, *Réflexions sur l'action en justice*, R. T. 1979, 511.

citées de routine : la première, où c'est le droit au nom qui est en procès (8) ; la seconde, beaucoup plus frappante, qui relève du contentieux immobilier, les décisions fameuses ordonnant, pour l'empiètement le plus léger sur la propriété voisine, la démolition d'une construction entière (9). Nous pourrions imaginer sous cette différence d'attitude une rationalité *secundum subjectam materiam... ou immateriam*, en faisant réflexion qu'un pouce de terre est, dans la mentalité nationale, une valeur incommensurable, tandis que le nom n'est jamais qu'un impalpable *flatus vocis*. Mais la doctrine préfère conclure à l'empirisme, voire aux contradictions de la jurisprudence.

— II —

Au terme de l'évolution qui vient d'être retracée, il semble que le contraste se dessine entre la conception originaire de ce que nous avons nommé, pour cesser un instant de parler latin, la règle d'exclusion des menus litiges et l'avatar actuel de cette règle. D'une règle autonome et apparemment péremptoire, on est passé à la simple adaptation, souple au point d'être aléatoire, d'une théorie générale de la procédure. Mais quant à savoir si la règle, en devenant ainsi plus technique, moins gnomique, a gagné en solidité et en utilité, c'est affaire de comparaison.

a) Tant que la règle se présentait sous les espèces d'un adage, elle n'avait besoin d'exhiber d'autre titre que la coutume : après tout, il ne manque pas de maximes que les tribunaux déclarent obligatoires par la seule force de la tradition. Au contraire, du moment où elle prend la forme d'un emprunt à la théorie procédurale de l'intérêt, elle doit se soumettre à un test de légalité. Et d'emblée une objection *a silentio* se profile : dans le Code de procédure civile de 1975, le texte de base, l'article 31, qui fait de l'intérêt une condition de l'action en justice, ne lui impose pas un minimum de taille. Tout ce qu'il exige de lui est : implicitement d'exister, explicitement d'être légitime. Mais, en logique, une valeur proche de zéro n'est pas égale à zéro, et, en morale, on ne voit pas pourquoi la modicité, cousine de la modestie, serait en soi illégitime. L'illégitimité, il est vrai, pourrait se découvrir ailleurs — dans les mobiles et non plus dans l'objet : la futilité serait illégitime non pas pour elle-même, mais

(8) Aix, 25 juill. 1867, D. 68.2.33, et sur pourvoi, Req. 20 avr. 1868, D. 68.1.292 ; Paris, 18 juin 1883, D. 85.2.192. La série pourrait être complétée aujourd'hui : 1^{re} Ch. civ. 13 févr. 1967, D. 1967. somm. 78 (« bénignité du déplaisir ») ; Paris, 4 juin 1968, D. 1969.388, note J. FOULON-PIGANIOL ; Paris, 24 mai 1975, D. 1975.488, note R. LINDON, etc.

(9) Civ.3 janv. 1905, S. 1905.1.329 ; Civ. 20 nov. 1912, S. 1913.1.198. Cette fois-ci encore, la série pourrait être prolongée : Civ. 4 mai 1959, J.C.P. 1960.II.11409, note BLIN (en l'espèce, par l'application de l'art. 555 C. civ., la victime de l'empiètement est devenue propriétaire, à concurrence de 20 centimètres de profondeur, d'un immeuble de 7,15 m de longueur) ; 1^{re} Ch. civ. 21 nov. 1967, D. 1968.134 et 21 nov. 1969, D. 1970.426 ; 3^e Ch. civ., 26 juin 1979, *Bull.*, III, n°142, etc.

pour l'acte malicieux dont elle serait l'indice. Le défaut d'intérêt sérieux rejoint alors l'abus du droit (10) : il en est le premier élément selon la doctrine classique ; que s'y ajoute l'intention de nuire, voici l'abus caractérisé. Seulement, outre qu'une infinité de menus litiges sont soulevés en toute bonne foi, l'argument tourne court devant l'article 32-1 du nouveau Code : l'abus du droit d'agir en justice n'a pas pour sanction le rejet de la demande, mais une amende civile et des dommages-intérêts. Le test de légalité n'est toujours pas franchi (11).

Supposons, cependant, que la présentation moderne de la règle puisse être dispensée de ce préliminaire. On se dit qu'elle devrait être créditée au moins d'un avantage, en ce qu'elle permet de rattacher l'exclusion des menus litiges à une catégorie légalement consacrée, celle des fins de non-recevoir. Seulement, à l'expérience, ce rattachement pourrait bien se révéler impropre. D'après l'article 122 du Code de 1975, la fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt, comme les autres, opérerait sans examen au fond (12). Or, en nombre de cas, ce n'est que par le débat de fond que sera mise en lumière la vanité d'une demande. Le juge ne déclarera insignifiante une action en responsabilité qu'après s'être convaincu de l'insignifiance du préjudice (13) ; pour décider qu'il n'y a pas lieu à plainte ou à réintégration, il voudra avoir constaté

(10) Cf. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, p. 41 ; SOLUS et PERROT *loc. cit.* — Un arrêt, Colmar 8 mars 1822, S. Chron., mettant à néant une procédure de saisie immobilière engagée pour une dette de 1 fr. 15 centimes, a fait, de façon exemplaire, application de la théorie de l'abus du droit, à une époque où elle n'avait pas encore émergé en doctrine. Il semble que, par ses traditions, la cour de Colmar ait eu, avant d'autres, le souci d'un contrôle judiciaire à exercer sur les actes de chicane et d'abus.

(11) Sans cesser de se référer au nouveau Code de procédure civile, on pourrait se retourner vers l'article 125, al. 2, et soutenir qu'il a dû envisager, sous l'expression *défaut d'intérêt*, l'insuffisance de l'intérêt autant et plus que son absence radicale. Il découle de cette disposition que l'instance va pouvoir se poursuivre malgré le défaut d'intérêt, quand la fin de non-recevoir n'est relevée par personne. Ce procès dans le vide absolu serait-il bien raisonnable ? Et la faculté laissée au juge de ne pas relever d'office la fin de non-recevoir ne s'explique-t-elle pas mieux en supposant un intérêt plus ou moins faible, donc sujet à appréciation ? Il est peu vraisemblable, néanmoins, que les auteurs du décret aient choisi cette voie sinueuse et énigmatique pour édicter une règle qu'il leur était si facile d'inscrire directement à l'article 31.

(12) Sur les difficultés que soulève, en thèse générale, cet aspect des fins de non-recevoir, cf. VINCENT et Guinchard, *op. cit.*, n° 145 ; MOTULSKY, *Ecrits : études et notes de procédure civile*, 1973, p. 354 et s. ; Y. DESDEVICES, *op. cit.*, n° 10, 124, qui relève les interférences du fond et de la recevabilité.

(13) Ex. Req. 15 janv. 1862, S. 62.1.168, D. 62.1.144 ; Civ. 11 nov. 1902, S. 1903.1.453, D. 1904.1.126 ; 1^{re} Ch. civ. 12 juill. 1966, *J.C.P.* 66.2.14813 ; Trib. civ. Saint-Nazaire 11 juill. 1950, D. 1951.195, note (d'ailleurs critique) LALOU.

que le trouble a été fugitif, la voie de fait anodine (14), etc. Cette liberté que ne lui laisseraient pas des fins de non-recevoir, il l'a pleinement, au contraire, s'il raisonne dans le souvenir de l'adage. Car, bien que l'on ait peu doctriné sur la mise en œuvre procédurale de celui-ci (15), il paraît bien que ce n'est pas par une irrecevabilité qu'elle s'accomplit, mais par une dénégation d'action (16). Ce qui différencie des fins de non-recevoir la dénégation d'action, ce n'est pas simplement qu'elle peut se placer après aussi bien qu'avant l'examen au fond, c'est, plus fondamentalement, qu'elle peut être la conséquence naturelle de cet examen et, en quelque manière, sa conclusion philosophique.

Il n'est pas défendu d'étendre la critique plus loin. Peut-être le tort de l'analyse moderne a-t-il été de se lier à une notion elle-même fragile, la notion générale de l'intérêt, que même la psychologie a de la peine à capturer. « Chacun est juge de son intérêt », le poncif, plus éloquent qu'une démonstration scientifique, nous renvoie à l'inéluctable subjectivité de la notion. Or, si le demandeur est, du dedans, le meilleur juge, à quel titre les juges, du dehors, prétendraient-ils lui en remonter ? Ils ont les moyens de mesurer l'objet de la demande, non pas l'intérêt du demandeur. Quand on s'étonne que la jurisprudence ne repousse pas, pour défaut d'intérêt suffisant, ceux qui se battent contre des empiétements de quelques centimètres, on confond manifestement l'intérêt avec l'objet (17) : les sacrifices d'argent, de temps, de tranquillité qu'ils ont dû accepter pour arriver jusqu'au prétoire témoignent assez de l'ardeur de leur intérêt. Toute action exercée devrait emporter avec elle la présomption d'un intérêt à agir — sauf à laisser par exception la présomption se renverser sur la preuve d'un intérêt inadmissible (la turpitude, la joie du mal...).

b) Où la conception moderne, néanmoins, semblerait reconquérir une supériorité, tout argument théorique s'effaçant, c'est en utilité pratique, si c'est une plus grande utilité, pour le droit, que d'être moins rigide, de pouvoir mieux s'adapter aux choses et aux personnes. En encourageant l'empirisme jurisprudentiel, on confère à l'exclusion des menus litiges une capacité d'être équi-

(14) Ex. Civ. 20 avril 1944 D.A. 1944.86 ; 1^{re} Sect. civ. 7 juill. 1954, D. 1954.661 ; Paris, 8^e chambre, 2 juillet 1984 (inédit), qui se réfère expressément à la maxime et relève le caractère *anodin* de l'empiètement (fleuri, du reste).

(15) Cf. S. SATTI, *Commentario al Codice di procedura civile*, I, 1959, p. 340, sur la sanction du défaut radical d'intérêt : refus de juger et radiation du rôle. On pourrait encore avancer l'idée que le *non curat* traduit une sorte d'incompétence, le défaut absolu de juridiction pour statuer sur ce qui est réellement en dehors du droit.

(16) Sur la dénégation d'action, qui n'est point le déni de justice, cf. CORNU et FOYER, 1999, n° 76. L'article 4 du Code civil donne à entendre que, révérence gardée à la loi, il est des refus d'action qui sont licites.

(17) Ou, suivant un autre vocabulaire, l'intérêt processuel avec l'intérêt substantiel.

table. Sur l'autre colonne du parallèle, n'est-ce pas le contraire? L'adage ne veut-il pas qu'à toutes les causes minimales le préteur oppose la même indifférence de marbre?

— III —

Et pourtant, le droit gnomique enferme en ses replis bien plus de possibilités qu'on n'en soupçonnerait en se contentant du *De minimis*... habituel. Car, malgré les apparences, il ne s'est jamais résigné sans remords à abandonner les menus litiges aux ténèbres extérieures, et il a frayé les chemins sentimentaux ou idéologiques par où les petits peuvent faire écouter leurs plaintes, voire combiner leurs attaques.

a) L'adage traditionnel n'était pas seul. Il avait un pendant, maintenant rongé par l'oubli : c'est comme la face cachée de la Glose. De l'océan du Digeste (18), les docteurs avaient retiré un contre-adage : à *De minimis non curatur*, donnait la réplique *De minimis curare debemus*. Nuance à noter : la dénégation d'action était énoncée en termes impersonnels, comme venant du système ; l'action nous était réclamée à nous, comme un devoir personnel, presque une obligation du cœur. Si l'antinomie n'avait séparé que des textes, les outils des exégètes auraient suffi à la résoudre tant bien que mal (19), et l'épisode serait clos. Mais nous croyons à une contradiction beaucoup plus profonde. Ce qui était mis en balance avec l'élément de rationalité que le *non curat praetor* avait cherché à introduire dans l'organisation judiciaire, c'était une sensibilité, une attention portée aux petites choses, et par-delà une tendresse pour les petites gens. De cette sensibilité, les siècles qui suivirent, et jusqu'au nôtre, ne se sont pas libérés.

Était-ce parce qu'il était stoïcien? Cicéron professait que les Dieux prennent soin des grandes choses et se désintéressent des petites (20). Tout à l'op-

(18) Notamment, de deux fragments accolés concernant la pétition d'hérédité (Digeste, 5, 3, 9 et 10), ou l'incise a, du reste, les allures louches qu'on prête aux interpolations : ... *rem hereditariam, [licet minimam]*...

(19) En l'espèce, plutôt mal que bien. Car les interprètes avaient préconisé deux modes de conciliation qui étaient eux-mêmes rigoureusement contradictoires : pour les uns, *De minimis non curandum* devait s'appliquer là où les demandeurs invoquaient un privilège, une loi spéciale, à l'encontre du droit commun (c'était le modèle de Bartole) ; pour d'autres, à l'inverse. Le *curandum* s'imposait en pareil cas. CUIAS suggérait une autre distinction : il ne fallait exclure les demandes de peu d'importance qu'autant qu'elles faisaient, de leur nature, courir au détenteur un risque d'infamie. La distinction a laissé des traces : l'action de la victime, pour réussir, doit être mieux lestée devant les tribunaux répressifs que devant les tribunaux civils.

(20) C'était le théologien qui s'exprimait ainsi, *De la nature des Dieux*, II, 66. L'avocat tenait un autre langage, *Pro Caecina*, XII, XIII : ... « pleins de prévoyance et de sagesse, nos aïeux ont créé du droit pour régler les choses les plus tenues comme les plus importantes »... ; et les préteurs qu'il fréquentait ignoraient encore qu'ils ne devaient *de minimis* avoir cure : « le préteur... qui prononce des interdits dans de minimales affaires de servitudes... ».

posé, Platon avait cru pouvoir établir, par les seules forces de la raison (21), que, loin d'avoir moins de soin pour les petites choses, les Dieux en ont plutôt davantage pour elles que pour les très grandes. Ce n'est point, cependant, la philosophie qui a été le plus efficace, quand il a fallu persuader les hommes qu'un moineau de quatre sous ne tomberait pas à terre sans qu'il fût pris en compte au Ciel. Et puisqu'il est écrit que les juges sont comme les Dieux — Domat, par exemple, ne cessait de le leur répéter dans ses *Harangues* — on comprend comment le parfait juge chrétien de l'âge classique, et au plus tard le parfait juge tout court, trouve dans ses premiers devoirs d'état celui de juger les petites choses avec le même zèle que les grandes (22).

Quoique les menus litiges ne soient pas toujours ceux du menu peuple, le glissement confus d'une idée à l'autre était inévitable, parce que les demandes des pauvres sont le plus souvent de pauvres demandes. Bien avant que la science économique n'eût inventé le marginalisme, il était de jurisprudence sacrée que, dans le procès ultime, la petite brebis choyée par l'indigent pèserait plus lourd que tous les troupeaux de riche. Sous cette lumière-là, justice et charité mêlées, il n'est plus rien de minime (23).

b) Mais, de nos jours, les minimes ne se contentent plus d'une justice de charité ; ils entendent se faire reconnaître pour ce qu'ils sont ; ils se font fort — et revendiquent le for — de leur faiblesse. Ce pourrait être l'occasion de transposer en termes judiciaires ce que Ripert (24) écrivait, il y a soixante ans, de l'affection de la démocratie pour les petits. Nous songeons, toutefois, à des phénomènes moins diffus, plus concrets, peut-être plus récents. L'idéal national dont l'Etat était gardien s'est pulvérisé en une multiplicité d'idéaux particuliers, et c'est ainsi que foisonne cette pratique de demander un franc symbolique de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice moral inappréciable. Dans des mini-actions de ce genre, la puissance explosive du symbole contraint le juge à autant de vigilance que si l'infini y était enclos. Et puis, le

(21) *Les lois*, livre X, 900 c (p. 166 de la traduction Diès, édition Les Belles Lettres). L'argument est que les Dieux ne pourraient négliger les petites choses que par méconnaissance du rapport de celles-ci à l'ensemble, ou par mollesse et incurie — toutes défaillances incompatibles avec la nature divine.

(22) À cet endroit, il convient de citer entre autres : MATHIEU, 10 : 30 ; Psaumes, 82 : 6 ; DOMAT, *Harangues* aux Assises de 1660 et de 1671 ; et d'observer que les magistrats de l'Ancien Régime avaient d'autant plus besoin d'être exhortés à ne pas négliger les petites causes qu'à proportion des épices ce n'étaient pas pour eux des causes très excitantes.

(23) Cette sympathie pour les malheureux n'a pas été étrangère à des décisions telles que Civ. 20 mars 1912 et 22 juill. 1914, S.1912.1320 et 1915.1.14 (4 arrêts en tout) : à des ouvriers, victimes d'accidents du travail, on devine que devait être objecté, par sous-entendus, le taux minime de leur incapacité permanente (1 à 5 % selon les cas) ; les arrêts n'en ont pas moins, *de minimis*, appliqué la loi,

(24) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1937, n° 81.

développement commercial des contrats de masse a pour conséquence que le contentieux de la convention mal exécutée repose virtuellement sur une multitude de contractants, mais sur chacun pour une somme ridicule. Qu'un consommateur isolé s'aventure, pour si peu, à défier l'entreprise géante (25), personne n'aura le front de lui reprocher la frivolité de sa demande, car il fait figure de champion d'une cause qui le dépasse. La société de consommation, en devenant la société des consommateurs, pourrait ainsi sonner la revanche de Lilliput (26).

*
* *

Si l'actualité laissait aux juges le loisir d'une réflexion archéologique sur leur état, ils prendraient conscience de la tension qui secrètement les habite entre deux archétypes, les deux archétypes *de minimis*, n'avoir cure et avoir cure. Mais l'actualité qui commande, confère privilège à l'activité et condamne la non-intervention, la non-douleur comme indolence. Dans la magistrature de notre époque, il ne semble pas demeurer de place pour l'incurosité (pas plus, à la vérité, que pour les sinécures). Que s'ensuit-il ? Qu'il n'y a plus de menus litiges ; en tout cas, plus de problème des menus litiges : les démocrates modernes ont tout résolu en instituant *ad hoc* des juridictions et des procédures légères (27). Comme si un phénomène qui a ses racines dans la psychologie sociale et individuelle pouvait être traité à la surface, par la seule logistique judiciaire.

(25) Tel est ce gamin de treize ans qui, en 1972, au pays de Ralph Nader, reçut les honneurs de la presse, parce qu'il avait eu l'obstination de déclencher des poursuites contre un fabricant pour un préjudice de 4 cents sur une fiole de peinture.

(26) Mais une loi du 5 janvier 1988 (avec son décret d'application du 11 décembre 1992) a ouvert aux Lilliputiens la faculté se donner par mandat un champion professionnel, en la personne d'une association (agrée) de consommateurs. On peut aimer ou critiquer cette réforme, selon que l'on en retient l'efficacité imprimée aux justes doléances de consommateurs ou la décadence avouée de l'Etat, attestée par l'intronisation d'une doublure privée du ministère public.

(27) Le droit d'agir en justice, le *droit au juge*, a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme (21 nov. 1975, 9 déc. 1994 ; cf. Vincent-Guinchardeau, *op. cit.*, n° 55) comme un droit fondamental. On pourrait voir dans ces décisions une condamnation de la maxime traditionnelle. Mais ne faut-il se placer que du côté du demandeur ? Le défenseur est ainsi protégé contre des actions abusives. Question à la Sphynge de Strasbourg : une procédure engagée pour une bagatelle serait-elle encore une procédure équitable ? Une discussion analogue pourrait se présenter devant le Conseil constitutionnel. Mais, si le droit au juge est un droit fondamental garanti par la Constitution (en ce sens, Th. Renoux, *in Le droit au juge dans l'union européenne*, Nice, L.G.D.J., 1997, p. 109), le droit de ne pas être traîné en justice pour des vétilles, ne devrait-il pas être constitutionnalisé lui aussi ? Les retombées seraient surtout sensibles en droit public, car ce sont les administrations (y compris le fisc, la Sécurité sociale) qui, anonymes et insouciantes des frais, paraissent hésiter le moins à agir *de minimis*.

Les juges devraient réapprendre à défendre le droit contre ses propres excès. L'actualité elle-même, s'ils voulaient en lire les signes, ne manquerait pas d'être instructive pour eux : lorsque, dans la pratique des assurances, se développent les franchises et les amabilités des petits règlements, lorsque, dans la loi du 3 janvier 1975, la plupart des petits chèques sans provision sont décriminalisés, ce sont autant de coups de pioche donnés dans la digue sous la pression de l'urgence, pour que le flot montant des causes minimales se puisse déverser hors des prétoires. Que ne scrutent-ils aussi le sens de quelques vieux réflexes du droit pénal le plus général ? La remise du mineur mini-délinquant à sa famille (de *puerilibus non curat praetor*), certains types extrêmement fréquents (28) d'abandon des poursuites (le *de minimis non curat* des parquets). Ce qui est admis du parquet ne devrait pas être interdit au tribunal. On objectera que le ministère public, quand il abandonne les poursuites, ne fait que renoncer à ce qui lui appartenait, tandis que le juge, en appliquant la maxime traditionnelle dépouille les demandeurs de leurs actions. Le scrupule est louable, et l'on se sentirait plus apaisé si, après avoir été saisis *de minimis* par leurs propres démons, nos demandeurs, de sang-froid, se dépouillaient eux-mêmes. Mais c'est justement ce que font beaucoup d'entre eux. Il n'est que de méditer sur un fait d'autant plus exemplaire, qu'il est populaire : la contravention dite d'injure non publique, prévue à l'article R 26-11° du Code pénal (R-621-2 du Nouveau), se commet vraisemblablement plusieurs millions de fois chaque année. En regard, combien peu d'injuriés portent leurs griefs en justice : c'est le plus colossal (et le moins dramatique) des chiffres noirs de la délinquance. Contre un droit qui serait dérisoire, le rire exerce son effet désarmant, l'humour sur soi réfrénant l'amour de soi.

(28) Cf. DAVIDOVITCH et BOUDON, « Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites », A.S., 1964, p. 111 et s.

Chapitre VII

VERS LE DEGRÉ ZÉRO DU DROIT : DE PEU, DE TOUT ET DE RIEN *

Euclide de Milet l'avait dit : un tas de blé ne cesse pas d'être un tas si vous en ôtez un grain, puis un grain... ; pourtant vient un moment où, en ôtant un grain, il n'y a plus de tas. L'école de Mégare, en s'amusant à interloquer le langage, sinon la logique, a du moins laissé un enseignement à la méditation des juristes : c'est que les degrés de la quantité sont aussi difficiles à discerner que les nuances de la qualité. Le peu, le petit peu (comme on aime, de nos jours, plus mignardement le nommer) en porte témoignage. Voilà une notion que nous pratiquons d'instinct pour les besoins de la vie, mais que nous avons peine à reconnaître lorsque, d'aventure, nous la croisons dans les avenues du droit. C'est que les effets que le droit lui fait produire sont loin d'être uniformes et uniformément lumineux ; c'est que le palier de la pente où le droit la priera de s'arrêter est loin d'être marqué d'avance. Quel régime ? Quel critère ? Le peu pose au droit des questions immenses.

§ 1. — Il n'y a pas, en droit, un régime, mais trois régimes du peu ; tantôt le peu est lui-même, en somme peu, tantôt il est tout, tantôt il n'est rien.

I. — Traiter le peu par le peu, faire qu'à un peu de fait un peu de droit réponde, c'est le régime le plus banal. Il a pour lui la raison : l'effet se proportionne à la cause. Et aussi l'équité : les deux plateaux de la balance s'équilibrent. « Depuis l'homicide jusqu'à la plus légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi ». Cette présentation de l'article 1382, qui a immortalisé le tribun Tarrible, revenait à ceci, qu'aux yeux du législateur il n'est rien qui soit méprisable, que tout lui est également cher, sous-entendons, cependant : cher au prorata. A la moindre plainte, le droit promet justice ; mais s'il n'est saisi que de bagatelles, ce sera une *Bagatelljustiz*, suivant le mot des Allemands (il serait messéant de

* Ce chapitre, jumeau du précédent, a d'abord paru dans un *liber amicorum*, les *Etudes offertes à René Rodière*, 1981, Dalloz édit.

traduire : une justice de paix). Sentence d'Antoine Loysel ! « Pour peu de chose, peu de plaid » (1). Il voulait dire qu'à des affaires mineures conviennent des procédures sommaires. Une norme tacite d'adéquation, de proportionnalité plane ainsi sur l'ensemble du droit positif, comme un vague reflet du *Suum cuique tribuere*. Et nos tribunaux en font un usage constant : sur de faibles, de très faibles dommages, ils allouent de faibles, de très faibles dommages-intérêts (mais ils en allouent) ; comme ailleurs, sur un petit délit, ils prononceront une courte peine, ou, si des bornes ont été avancées de quelques centimètres en trop, ils les feront reculer d'autant. Mesure pour mesure.

II. — Il advient pourtant qu'au lieu d'enfermer la petitesse dans ce qu'elle est, le droit la comble d'un accroissement imprévu et, la tirant vers le haut, la transportant au-delà du peu qu'elle est, la sublime jusqu'à en faire la représentation d'une invisible totalité (2). « Le petit objet perdu peut traîner derrière lui l'éternité d'un désir ». Comment un tel miracle est-il possible ? De la même manière que, par l'imagination, il entre de l'infini dans une miniature, et par la contagion dans un microbe. Le peu est microcosme de bien ou de mal, ainsi qu'il est écrit : celui qui est juste ou injuste dans les petites choses l'est semblablement dans les grandes. Lorsque le droit en vient à grossir de petites choses, c'est qu'il les considère non en elles-mêmes, mais comme symboles ou symptômes.

a) Rien de tel, comme on sait, pour attester une douleur incommensurable que de réclamer un franc seulement en réparation du préjudice moral : la fonction symbolique du peu éclate dans cet exemple. Les civilistes, en revanche, hésiteront à parler de symbolisme lorsque, vente ou bail, une convention est passée pour le prix d'un franc. Par défaut de prix sérieux, enseignent-ils, elle se transforme en libéralité, donation déguisée ou indirecte (3), ou même, en l'absence d'intention libérale, elle s'effondre, atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence (4). C'est une analyse qu'appuie en effet la jurisprudence. Mais celle-ci s'est construite sur des espèces où le prix, quoique très inférieur à la valeur de la chose, sans que du reste une lésion fût alléguée, présentait tout de même une certaine consistance. La vente ou le bail au prix d'un franc est une tout autre figure juridique. Une antique figure — *nummo uno*, pour un sesterce

(1) *Institutes coutumières*, éd. Laboulaye, n° 694.

(2) Cf. BACHELARD, *Psychanalyse du feu*, chap. V : « Cette action des quantités infimes est très symptomatique... C'est que la quantité infime observée est magnifiée par la volonté de puissance. On voudrait pouvoir concentrer l'action chimique sur une poudre de projection, la haine dans un poison foudroyant, un amour immense et indicible dans un humble cadeau. »

(3) 1^{re} Sect. civ. 16 juil. 1959, D. 60.185, note René SAVATIER.

(4) 1^{re} Sect. civ. 17 déc. 1959, D. 60.294. *R.T.*, 1960.489 ; cf. MAZEAUD et DE JUGLARD, *Leçons de droit civil*, III, n° 875 ; B. GARRIGUES, La contre-prestation du franc symbolique, *R.T.*, 1991, p. 459 s.

—, qui se rencontre, cependant, aujourd'hui encore, dans ces combinaisons, où l'Administration vend et, plus fréquemment, loue un immeuble à un particulier dont elle escompte une prestation que l'argent ne saurait payer. Quoi de plus édifiant, dans le genre, que les locations de presbytères par les communes ? Le loyer stipulé y symbolise un infini, puisqu'il fait équilibre à une contrepartie qui se situe elle-même à l'infini du spirituel (du moins est-ce le pacte informulé).

Dans les arrhes, en tant qu'elles ouvrent à l'acheteur une faculté de dédit, ce qui est leur mission première selon l'article 1590 du Code civil, le symbole est aussi évident : abandonner les arrhes, c'est abandonner le contrat tout entier. Or, qu'est-ce qui leur procure cette représentativité ? On se rappellera ce qu'était l'arrhe dans l'ancien droit romain, avant qu'une confusion avec l'acompte n'en eût altéré la notion : une petite somme d'argent (5). C'est la petitesse, pour ne pas dire la joliesse de la petitesse (*Small is beautiful...*), qui explique ici l'aptitude du peu à exprimer le tout en expirant (6).

b) Le droit n'ignore pas, néanmoins, les virtualités opposées qui sont dans la petitesse, et que celle-ci, tel le caniche de Faust, peut recéler le mal absolu. Un peu de déviance est parfois le symptôme d'une perversion totale qui n'a pas encore explosé. La vieille sagesse paysanne se contentait d'avertir : « Qui vole un œuf vole un bœuf » — et elle châtiât en conséquence. Les modernes ont mis en forme criminologique cette méfiance ancestrale, et c'est la théorie de l'état dangereux : le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pas pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile. On conçoit l'embarras d'une politique criminelle : la réaction sociale aux mini méfaits doit-elle être taillée sur la minceur de ce que l'on constate ou sur l'énormité de ce que l'on entrevoit ? D'autant que maintenant la perplexité se complique d'une troisième voie en train de se dessiner : il faudrait balayer hors de la loi pénale cette poussière de délits, décriminaliser hardiment. Mais cette troisième voie est large, qui mène au non-droit.

III. — Entre le droit et le peu, ne règne-t-il pas une incompatibilité d'humeur ? Certains traits que l'on prête au droit jusqu'à la caricature, donneraient d'avance à le croire : il a trop de solennité pour gaspiller son temps à des babioles ; il vit à trop grands frais pour s'attarder à des intérêts misérables ; il est trop myope — entendons qu'il lui faut trop de preuves, trop de formes — pour apercevoir ce qui est infinitésimal.

a) De cette sorte d'imperceptibilité juridique du peu, des procédures spéciales offrent un cas remarquable, révélateur par son archaïsme même. Il arrive que

(5) Cf. R. MONIER, *Manuel de droit romain, les obligations*, n° 111.

(6) Avant de devenir une *scie*, *Small is beautiful* servit de titre, en 1973, à l'œuvre de l'économiste E. F. SCHUMACHER, qui, remâchant la nostalgie du Paradis perdu, préconisait une économie — comme nous autres un droit — à la mesure de l'homme.

des praticiens lancés par fonction sur la piste d'un patrimoine, tombent sur un si maigre butin qu'ils feignent de n'avoir rencontré que le vide. Le juge doit apposer les scellés, le notaire doit faire inventaire, l'huissier doit saisir (à supposer que l'insaisissabilité n'ait pas déjà mis le bien, sinon dans le non-droit, du moins hors du droit de l'exécution forcée). S'il n'y avait rien, on dresserait un procès-verbal de carence — terme admirable, puisqu'en désignant l'absence il suggère le désir (7). Mais s'il y a peu, très peu, c'est également un procès-verbal de *carence* qui sera rédigé (8). *Parum pro nihilo putatur*, expliquaient les procureurs de l'École de l'exégèse, plus flexibles qu'on n'imagine.

Le même raisonnement s'est retrouvé sur une autre question, que soulevait, en des termes analogues, l'addition d'hérédité. Toute aliénation d'un bien successoral emporte acceptation tacite; tout détournement d'un effet de la succession est sanctionné, comme recel, par la déchéance du bénéficiaire d'inventaire. Ce sont des conséquences graves, puisqu'elles englobent la totalité d'un patrimoine; et il peut sembler excessif que le moindre objet mobilier suffise à les déclencher. De fait, il est des décisions qui ont alors préféré en exempter le successible, comme si son acte n'avait porté sur rien (9). D'autres, il est vrai, se sont refusées à distinguer là où la loi ne distinguait pas (10). Contradiction? Pas pour autant. Car, dans de tels litiges, les tribunaux ont avant tout à interpréter l'état d'esprit des héritiers, lequel peut colorer diversement, d'*intentionnalité* ou d'insignifiance, les mêmes gestes accomplis sur cette catégorie, extérieurement homogène, des choses mobilières sans grande valeur.

La psychologie a aussi une place à tenir dans le statut de faveur dont bénéficient, en droit civil, les dons et legs modiques. Et l'on n'a pas manqué d'y recourir. C'est ainsi que la dérogation au droit commun des libéralités a pu être rapportée au défaut d'intention libérale, une telle intention étant exclue par l'esprit d'échange, de rémunération, auquel il est fait allusion dans l'article 909, 1^o du Code civil et surtout dans l'article 1083. Mais le don modique ne se limite pas à la donation rémunératoire, comme le montre, dans l'article 1083 lui-même, la finale *ou autrement*. Et le fait est que, par cet *autrement*, bien d'autres idées se sont engouffrées : la préexistence d'une obligation, obligation de mœurs plutôt que de morale, qui ferait de la donation modique l'exécution d'une obligation naturelle; le but, en songeant au but pieux ou charitable

(7) Ainsi que Cicéron l'a philosophiquement exposé (*Tusculanes*, I, 36).

(8) V., par ex., CARRÉ et CHAUVEAU, *Les lois de la procédure civile et commerciale*, 5^e éd., 1880, VI, question 3094; GARSONNET et CÉZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, VII, 3^e éd., 1921, n^o 36, note 22; cf. Paris, 19 avril 1817, S. chron.

(9) Cf. Req., 5 juill. 1909, *Gaz. Pal.* 1909.2.457 (une barque de pêche sans valeur avait été omise dans l'inventaire); Bordeaux, 2 juill. 1900, sous Cass. s. 1904.1.17 (appréhension d'un vestiaire et de bijoux de valeur minime); Trib. civ. Seine, 24 déc. 1909, sous Cass. S. 1912.1.523.

(10) Civ. 26 mars 1902, S.1904.1.17; Limoges, 18 févr. 1831, et Bourges, 19 févr. 1831, S.32.2.349; Douai, 8 juill. 1902, sous Cass D. 1905.1.332.

des aumônes ; l'origine des fonds, en considérant qu'il n'y a pas d'appauvrissement réel quand la libéralité a été prélevée sur les revenus (11). Toutes ces analyses peuvent être utiles, en éclairant une variété ou l'autre des libéralités modiques. Encore faut-il ne jamais oublier que, s'il y a une clef générale du statut dérogoratoire, elle est dans *modique*, le mot décisif. La modicité de l'objet engendre une indifférence des parties au droit, et cette indifférence frappe en retour l'objet d'insignifiance juridique. Comme tout à l'heure, le peu est refoulé au néant : *modicum et nullum aequiparantur* (12).

Après ces exemples cadastrés, on est moins surpris de découvrir, dispersés sur la vaste plaine du droit, d'autres points d'émergence, plus insolites, de l'annihilation juridique des petites choses. C'est la Cour de cassation qui admet, malgré l'axiome liminaire de l'article 815, qu'il peut ne pas y avoir lieu à partage, quand le mobilier à partager est de peu de valeur (13). C'est aussi bien, quoique tout différemment, le préfet de police qui décide de faire échapper à la législation des épaves certains objets trouvés dans le métro, parce qu'ils ont une valeur nulle, voire simplement négligeable (14). C'est encore une circulaire interministérielle (Santé-Finances), qui, après avoir décidé que 10 % seraient prélevés dans les hôpitaux psychiatriques, sur les ressources du malade, pour lui être remis éventuellement à titre d'argent de poche, ajoute que ce sont là, en toute hypothèse, des sommes trop modiques pour donner lieu aux règles du Code civil (15).

(11) Sur ces différentes conceptions, cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit Civil, V. Donations et testaments*, 1957, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 313 et s., 322 et s.

(12) Côté passif, au contraire, une dette *modique* n'en existe pas moins, puisque l'article 2019 C. civ. la suppose cautionnable.

(13) Civ. 12 juin 1844, S. 44.1.574, auquel pourrait être opposé un arrêt très orthodoxe, Civ. 30 mai 1877, D. 78.1.109, la divergence montrant seulement l'importance des données de fait dans l'évaluation du trop peu et du suffisant. Semblablement, il est des arrêts qui, pour l'application de l'ancien art. 841, C. civ., ont regardé comme pratiquement négligeable une part très faible du patrimoine mobilier ou immobilier : 1^{re} Sect. civ., 18 janv. 1954, *Bull.*, 1954, 1, p. 19, et 13 juill. 1955, D. 1956.337. Cf. à propos des erreurs *insignifiantes* dans les partages, 1^{re} Ch. civ., 8 janv. 1987, D. 87.377 et la note du doyen Breton.

(14) « Décision » préfectorale de routine, texte de 1957. Avec toute la minutie du droit bureaucratique, elle classe parmi les valeurs nulles les emballages vides, les étuis en plastique, et parmi les valeurs négligeables les stylos-billes, les journaux et périodiques — toutes valeurs également condamnées à la destruction. Malgré des ressemblances superficielles, la loi du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets, traduit, de la part du droit, une tactique opposée : pour obtenir leur élimination, il a fallu *rejuridiciser* les déchets et leur conférer un statut qu'ils avaient perdu par l'effet d'un abandon, voire d'un retour à l'état de poussière.

(15) Circulaire n° 72-118 M 2 du 29 septembre 1972. D'une légalité contestable – s'agissant d'organiser un régime autonome d'incapacité, une loi serait même indispensable selon l'article 34 de la Constitution de 1958 –, un texte comme celui-ci n'en fait pas moins la loi dans les hôpitaux. L'expression *argent de poche* mérite l'attention : elle évoque l'enfance (et l'infantilisation dénoncée par Michel Foucault) ; c'est parce qu'il est enfantin que le peu est mis hors du droit.

Le droit pénal, néanmoins, semble rester en arrière. Le principe de légalité empêche les juges de procéder de leur propre mouvement à ce qui serait une décriminalisation *ratione quantitatis* (16); et les législateurs, qui décriminalisent tant à notre époque, répugnent à mettre des atteintes aux biens hors de toute répression, sous le seul prétexte que les biens menacés seraient d'importance minime. L'idéologie propriétaire et l'idéologie égalitaire, pour une fois d'accord, concourent avec les théories de l'état dangereux à faire maintenir ici des incriminations, mais atténuées (17). Encore l'atténuation doit-elle probablement moins à la médiocrité de l'objet qu'à la légèreté de la volonté délictueuse (18).

b) Il est temps, maintenant, d'une synthèse, et de se demander s'il existe, en droit positif, un principe, certes passible d'exceptions, suivant lequel ce qui est peu de chose serait censé n'être rien.

À vue de pays, point de texte de loi (19). Seulement des adages latins. Ils montent d'un passé assez lointain pour que puisse leur être attribuée force de coutume — d'une coutume savante (20). Mais à défaut d'avoir reçu par visa exprès la griffe de la jurisprudence, on leur souhaiterait de pouvoir prouver leur raison d'être. Dire que ce qui est presque le néant équivaut au néant ne saurait satisfaire : l'explication relève de la fiction, et toute fiction heurte les prétentions du droit moderne au réalisme. Plutôt qu'à une démonstration par l'objet — laquelle ne pourrait jamais conduire qu'à un à-peu-près (21) — c'est

(16) Cf. Crim. 13 mai 1954, *Gaz. Pal.* 1954.2.151

(17) Cf. dans notre système répressif, ces diminutifs du vol pour lesquels la loi ou l'usage emploient des vocables adoucis, suggérant la petitesse et appelant l'indulgence : le grappillage (art. R. 26-10° du Code pénal [ancien]), la grivèlerie (art. 401 [313-5 du Nouveau]).

(18) Significative est l'association d'idées sur laquelle repose l'article 138 du Code pénal suisse : le larcin, qu'il punit comme simple contravention, est la soustraction d'un objet mobilier de peu de valeur (à l'appréciation du juge); encore faut-il que la soustraction ait été commise sous l'influence de certains mobiles, lesquels peuvent être, outre la détresse, la légèreté (c'est-à-dire l'irréflexion) ou l'envie (c'est-à-dire un caprice). Cf., plus généralement, sur le traitement de la plus-que-petite délinquance, Eduard DREHER, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz*, *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, p. 917 et s.

(19) De l'article 960 du Code civil, en tant qu'il dispose que la survenance d'enfant révoque toutes les donations entre vifs, *de quelque valeur qu'elles puissent être*, un argument *a contrario* se laisse déduire, sinon pour une théorie d'ensemble du peu, au moins pour le régime particulier des dons modiques : sous réserve de l'exception prévue par le texte, la modicité d'une donation l'empêche, en général, de produire ses effets de droit.

(20) POTHIER (*Donations testamentaires*, chap. III, art. 2) cite la maxime *Parum pro nihilo reputatur* comme une règle de droit à l'appui d'une interprétation de la Coutume de Paris (titre XIV, art. 294) : « Une personne est censée n'avoir pas de meubles lorsque ce qu'elle en a est de peu de considération ». La maxime *Modicum et nullum aequiparantur* paraît avoir été forgée par les post-glossateurs à partir de textes fort peu explicites (ex. Code Justinien, 4, 19, 9).

(21) Dans un *Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire* (Paris, 1912, n° 2424, p. 261), JOUANNEAU, juge de paix à Rambouillet, donne de l'adage une variante, *Nihil vel pene nihil nihilo aequiparatur*, où l'on peut apercevoir une ébauche de ce raisonnement en forme d'asymptote.

à la psychologie du sujet qu'il convient de demander une légitimation des adages.

Parmi les innombrables faits et gestes, repos et travaux, silences et propos qui composent nos existences, il n'en est que quelques-uns, de-ci de-là, auxquels nous attachions, auxquels la société attache une portée juridique. Faire passer un comportement humain sous la prise du droit nécessite, en nous ou dans la société, une tension spéciale de la volonté — un effort. Or, il y a une loi du moindre effort, et quand l'objet en cause est de peu de volume, peu de valeur, peu d'importance, *nugae*, des noix, l'effort est improbable. La présomption — ce n'est qu'une présomption — est que les petites choses se perdent dans la masse, juridiquement indifférente, des actes de la vie quotidienne, parfois même, par une antithèse au droit encore plus frappante, dans cette part fugitive de la vie quotidienne qui est abandonnée au jeu, à l'enfantillage, à la fantaisie (22), voire aux folies (23). Ce qui n'est pas sérieux n'est pas juridique.

§ 2. — Pas plus qu'il n'est toujours facile de deviner sur les traits de l'interlocuteur qui plaisantait, l'instant où il redevient sérieux — il n'est pas toujours facile de saisir, dans la théorie du peu, le point où l'on passe, de ce qui était trop petit pour n'être pas négligé par le droit, à ce qui est assez grand pour retenir son intérêt. Comme le droit se veut créateur de sécurité, il ne lui déplairait pas de donner à ce qu'il déclare insuffisant des limites fixes ; mais, épris de justice, il sait aussi que le juste est affaire de proportion. Dans sa quête d'un critère du peu, il oscillera sans cesse entre l'absolu et le relatif.

I. — L'absolu du peu serait l'unité, si celle-ci n'était elle-même susceptible de fractionnement, ainsi que l'attestent les centimes dans l'expression monétaire de la valeur — ces centimes que le droit, précisément, enjoint parfois de tenir pour nuls. Du moins l'unité représente-t-elle le peu par excellence, lors-

(22) Traces de l'idée dans Crim. 14 nov. 1902, S. 1904.1.380 (arrêt d'autant plus remarquable que c'est d'une loi *pénale* qu'il écarte ainsi l'application ; cf. *supra* note 17). Il n'y a pas eu, estime-t-il, violation du monopole des tabacs, en raison de la faible valeur des cigarettes fabriquées. Et l'on observe qu'il s'agissait de cigarettes pour enfants : la *causa jocandi* (même très *remota*) enlevait de son sérieux à l'affaire.

(23) Mettre en branle un marteau-pilon juridique pour écraser un moustique peut être digne de déraison. Ainsi, DEMOLOMBE (VI, *Puissance paternelle*, n° 314), dissertant sur l'hypothèse singulière d'un père de famille qui se serait prévalu du droit de correction, tel que prévu à l'époque, pour requérir la détention de son enfant en bas âge concluait que le président du tribunal aurait eu le devoir de tenir la requête pour inopérante comme acte de folie.

qu'il faut le chiffrer (24). L'unité, ce pourra être, selon le cas, un franc ou un homme, mais dans des rôles qui font contraste : le franc de dommages-intérêts est un peu qui enferme un tout ; l'homme seul est un peu qui ne vaut rien, quand il s'agit de constituer une société (25).

Pour une société anonyme, il est vrai, c'est au moins sept qu'il faut être, si bien que jusqu'à six *parum pro nihilo*. Mais trois est un autre nombre sacré, et, au temps jadis, la théorie du peu s'y était accrochée de façon plus originale. « Trois sont libres », *Drei sind frei*, vieille coutume germanique : le voyageur avait licence de prendre trois pommes, ou trois poires, ou trois noix, etc., dans le verger d'autrui, sans encourir les peines du vol (26).

Plus couramment, c'est par une appréciation très intuitive — tout juste guidée par l'attraction de la computation décimale — que la barre du peu est fixée ici ou là. Jusqu'à 30 F de mobilier, estimaient les praticiens du siècle dernier, on se contentera d'un procès-verbal de carence. Non plus pour faire jouer la présomption *pro nihilo*, mais en rappel de la règle première, celle d'adéquation — pour les choses de peu (peut-être pour les gens de peu), peu de droit, peu de formes. Loysel avait écrit : « Peu de chose est quand il n'est question que de 10 livres » (27), comme le Code Napoléon devait décider qu'il ne serait pas besoin d'écrit jusqu'à 150 F. Trente francs, 150 francs, 10 livres, tous croyaient parler d'or. La suite devait faire sentir l'invisible mobilité qui se cache sous la fixité monétaire (28). C'est un des pièges de l'absolu.

II. — Si le peu n'est qu'un rapport, encore faut-il dire à quoi. Pour relativiser le peu, le droit a usé de méthodes diverses, entre lesquelles s'il a choisi, c'est probablement, chaque fois, selon les données du problème qu'il avait à résoudre.

(24) L'unité peut s'induire, par un raisonnement exégétique *a contrario*, de l'emploi du pluriel dans une disposition. L'article 26 de la loi du 1^{er} juillet 1901 réputait association étrangère l'association qui avait des administrateurs étrangers. Selon l'interprétation du Conseil d'Etat, si un seul était étranger, cette extranéité unique était quantité négligeable. Pareillement, à propos de l'art. R. 26-9° du Code pénal (ancien), on pouvait soutenir que manger, sur le lieu même, *un fruit* appartenant à autrui, c'était comme n'en pas manger du tout.

(25) La « société unipersonnelle » a beau être devenue une réalité dans la loi (11 juillet 1985, art. 1832 c. civ.) ; elle n'est toujours pas une réalité dans la nature.

(26) Cf. Jacob GRIMM, *Deutsche Alterthümer*, 4^e éd., 1899, I, p. 287 et 554 ; CHAISEMARTIN, *Proverbes et maximes du droit germanique*, Paris, 1891, p. 488, VI. L'adage est peut-être à rapprocher d'un autre proverbe juridique : *Dreimal sind Bubenrecht*, « Trois fois, c'est le droit des gamins » (cf. HILLEBRAND, *Deutsche Rechtssprichwörter*, Zurich, 1858, p. 222, 420).

(27) *Op. cit.* (cf. *supra*, note I), n° 695.

(28) L'article 278 du Code pénal retenait comme circonstance aggravante de la mendicité et du vagabondage le fait d'être trouvé porteur d'un ou plusieurs effets d'une valeur supérieure à 100 F sans pouvoir en justifier la provenance. Ce que les éditeurs du Code traduisaient fort légalement en 1990 par 1 F (nouveau). C'était vraiment très peu, du symbolisme à rebours, et l'on conçoit que la disposition soit tombée en désuétude. Ah ! si le Code avait dit 5 napoléons...

Le peu pouvait être conçu comme une fraction — par exemple, une fraction de la valeur énoncée dans un acte juridique (29). On saisit mieux cette technique à travers un modèle célèbre, celui de la rescision pour lésion, si nous le regardons à l'envers. La lésion énorme, qui fut d'outre-moitié, avant d'être chiffrée à plus de sept douzièmes, définit très simplement par soustraction quelle est la lésion juridiquement négligeable (un peu qui n'est rien, mais qui n'en pèse pas moins).

En d'autres matières, c'est le patrimoine qui a été pris, globalement, comme référence ; et il a paru alors naturel de confier au juge, espèce par espèce, le soin d'évaluer si la portion en procès représentait un peu ou davantage. Telle est la méthode d'après laquelle est jaugée la modicité des dons modiques (30) ; celle dont le Code des assurances, art. 132-14, fait une application particulière, lorsqu'il met hors du droit commun des libéralités les primes versées au bénéfice d'un héritier, à moins qu'elles ne soient manifestement exagérées eu égard aux facultés de l'assuré (31).

On objectera que le patrimoine est l'écran d'abstraction dont le droit se sert pour masquer les inégalités de classe, et qu'une théorie du peu a le devoir de ne pas s'y arrêter. Disons, à tout le moins, qu'elle ne saurait se dispenser d'insérer dans l'éventail de ses relativités (32) l'éternelle distinction des riches et des pauvres. Dans le droit savant du Moyen Âge, la présomption *pro nihilo* n'a surgi qu'accompagnée de ce correctif (33) : un sesterce qui est une miette

(29) Il avait été soutenu, parmi les glossateurs, que le tiers d'un ensemble pouvait, en certains cas, être tenu pour peu de chose, et le quart comme quelque chose de *minuscule*. Ces estimations peuvent sembler fort réductrices et, à leur lumière, on retirera une impression insolite de l'article 913 du Code civil sur les quotités de la réserve héréditaire.

(30) Avec ce critère de relativité, on ne s'étonne plus que d'un prince les cadeaux princiers soient traités comme dons modiques : ex. Paris, 16 déc. 1864, D. 66.2.191 (sur une aumône de 24 000 F-or) ; Civ. 30 déc. 1952, J.C.P. 1953.2.7475 (dans une affaire *Sacha Guitry*, sur un bracelet qui ne devait pas être un colifichet) .

(31) Dans l'évaluation des facultés, il faut faire entrer, en sus des revenus, les possibilités qui sont ouvertes par la possession d'un capital ; cf. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 3^e éd., I, n° 520.

(32) Ce qui doit être tenu pour peu, professait la Glose, est laissé à l'appréciation du juge, et celle-ci doit se déterminer en fonction des choses, des personnes, du lieu, du temps et de la matière.

(33) Un fragment d'Ulprien (*Digeste*, 5, 1, 52, 2) proposait d'interpréter le quantum d'une libéralité d'après la condition sociale des bénéficiaires (un lingot d'or peut être peu de chose pour des *clarissimi viri*). De la solution, les commentateurs tirèrent un précepte : *Modicum vel magnum relictum dicitur respectu personarum*.

pour le riche est une fortune pour le pauvre. Ce qui était alors une règle de droit (34) demeure un critère de bon sens (35).

Pourtant, parmi toutes les relativités dont les légistes de jadis entouraient le *parum* et le *modicum*, ce n'est pas à celle-là que nous décernerions la palme de l'esprit philosophique. Chez quelques-uns d'entre eux apparaît la thèse que la modicité se mesure sur les frais de justice. On aurait tort de flairer là-dessous des intérêts professionnels. Car la réflexion se poursuit en s'approfondissant : la modicité doit s'apprécier au regard de tous les tracasseries, soucis, amertumes que le droit porte en sa besace (36). Est juridiquement peu, à ce compte — donc, juridiquement réputé n'être rien —, ce qui ne suffit pas au coût, matériel et mental, de son propre accomplissement juridique. Pessimisme pénétrant : il met à nu l'auto-destruction du droit en même temps que la sagesse des individus, qui, dans leurs bilans intimes, savent procéder à l'amortissement de l'injustice.

*
* *

Il est une question que nous n'avons pas rencontrée, peut-être parce qu'elle ne pouvait avoir de réponse, bien qu'elle semble fondamentale, étant au cœur de la présomption *pro nihilo* : si, dans cette aspiration du peu au néant ou du peu par le néant, ce sont les petites choses qui cherchent à s'évader du droit, ou le droit qui cherche à se débarrasser des petites choses. Il est possible que les deux mouvements se conjuguent. Cependant, nous aimerions qu'aujourd'hui l'initiative principale vînt du système juridique : ce serait, de sa part, indice de santé que d'être décidé à se concentrer sur l'essentiel, la preuve qu'il n'est pas encore mithridatisé au poison du *panjurisme*.

(34) Les commentateurs avaient trouvé dans le *Digeste* (48, 2, 10), avec une définition de la pauvreté (moins de 50 pièces d'or), d'autres éléments pour constituer un *jus pauperum*, un statut des pauvres, voire un bouclier des misérables (*Clypeus personarum miserabilium*, c'était encore le titre d'une thèse de droit à Vienne, en 1717).

(35) Bon sens que ne partageait peut-être pas le tribunal correctionnel d'Annecy. 8 oct. 1892, D.93.2.398, condamnant pour vagabondage, faute des moyens de subsistance exigés par l'article 270 de l'ancien Code pénal, un chômeur trouvé en possession de 0,75 F (75 centimes-or), à lui remis par une association ouvrière comme secours de route (mais V. la critique de ce jugement par Emile Garçon. *Code pénal annoté*, art. 269-273, n° 56).

(36) En 1691, dans son *Historischer Processus juns Belials contra Jesum*, 1^{re} partie, chap. IV, observation 4, Jacob AYRER, avocat à Nuremberg (et fécond poète dramatique à ses heures), définissait la *causa modica* celle *quae ad sumptus judiciales non sufficit*; et aussi, ajoutait-il, celle qui n'en vaut pas la fatigue, *die der Mühe nicht werth ist* - comme si sa langue maternelle lui était revenue pour exprimer une profonde lassitude du droit.

Chapitre VIII

MORALE ET DROIT *

Morale et droit, nous sommes habitués à les voir marcher en couple. Couple conflictuel ou harmonieux, ce sera à voir. Mais ils vont ensemble. Qui se ressemble s'assemble. Un sociologue a écrit ces temps-ci : « *la morale est un quasi droit* ». Un autre pourrait lui donner la réplique : « *le droit est une morale modeste — modeste mais militante* », s'empresse-t-il de préciser. De ces aperçus on retire l'impression qu'il ne doit pas être facile de distinguer le droit de la morale. Les juristes romains s'y étaient exercés (c'est le métier des juristes que de distinguer), mais ils n'y avaient pas tellement bien réussi. Le jurisconsulte Paul, dans un fragment placé à la fin du Digeste (1), présente comme une règle de droit antique (une antiquité à l'échelle de Justinien) la maxime « *tout ce qui est permis n'est pas honnête* », ce qui peut se traduire : le licite n'est pas toujours moral. La séparation paraît très nette. Seulement, en tête du même Digeste, Ulpien a une autre maxime (2) : le premier précepte du *droit* est de « *vivre honnêtement* », *honnête*, qu'est-ce à dire ? suivant l'honneur ? plutôt : selon la *morale*. Et pour achever de mettre nos idées en déroute, il ajoute sans désespérer (3) : « *la science du droit est ta connaissance des choses divines et humaines* ». Divines, c'est la religion qui fait irruption. Le fait est que jamais la morale, dans son face à face avec le droit, ne parviendra à se débarrasser entièrement de la religion. La morale peut souvent être perçue comme une médiatrice entre la religion et le droit : elle est la religion de ceux qui n'en ont pas, ou bien (autre manière de parler) elle est le masque dont la religion se revêt pour se faire agréer de ceux qui ne veulent

* C'est grâce à la Faculté de droit d'Orléans que ce texte a été écrit et publié par la suite dans la *Revue juridique du Centre Ouest*, Poitiers, 1993, n° 11, p. 3-11). Qui va à Orléans y trouve Pothier, et qui lit Pothier ne peut se tenir de méditer sur les rapports de la morale et du droit. Fut-il jamais jansénisme mieux moralisant (cf. *infra*, p. 342) ?

(1) Digeste, 50, 17, 144.

(2) Digeste, 1, 1, 10, 1.

(3) Digeste, 1, 1, 10, 2.

pas d'elle. Ainsi, religion, morale et droit, entre les trois termes se déroule comme un ballet.

À bien des siècles de distance, les mêmes incertitudes se retrouvent chez nos révolutionnaires. Sans préjudice de la religion — de la Constitution civile du clergé à la théophilanthropie, la Révolution fut constamment à la recherche de son église — les oscillations entre la morale et le droit ne pouvaient être absentes d'une époque où la vertu et la loi faisaient, à l'égal, l'objet d'un culte fanatique. La contradiction aurait pu se résoudre pour peu que le législateur eût fait de vertu nécessité, en la faisant passer dans les textes. Mais un législateur ne fait pas toujours ce qu'il veut, même en révolution. La vertu n'était plus à la mode lorsque vint l'heure du Code civil. Restait la loi. La codification parut enfermer le Droit dans un système de normes écrites qui n'avait pas à chercher de compléments au dehors, en d'autres systèmes normatifs. La méthode d'interprétation qui prédominera au XIX^e siècle, l'École de l'exégèse, durcit encore cette impression d'autosuffisance du droit. Sans doute, çà et là, les commentateurs admettront qu'un zeste de morale peut avoir son utilité pour le droit, comme de l'huile dans les rouages, par exemple dans les rouages du mariage ou de la puissance paternelle. La morale donne du liant aux relations juridiques ; il n'empêche qu'elle relève d'un autre univers. On aura beau saluer au passage quelques-unes de ses percées dans les textes — telle la notion de bonnes mœurs, ou la révocation des donations pour cause d'ingratitude — le principe n'en demeure pas moins : chacun chez soi. Et pendant cent ans et davantage, un bonheur pacifique régnera sur le droit comme sur la morale, chacun des deux systèmes acceptant de rester à part de l'autre. À peine un instant de turbulence qui ne sera pas sans séquelles : vers 1876, sous la présidence de Mac-Mahon, l'épisode de l'ordre moral. Certains traduiront : l'ordre clérical. Un collègue du célèbre Demolombe à la faculté de droit de Caen — collègue et pas tellement ami — Bertauld, composa alors un pamphlet pour défendre l'autonomie du droit en face de la morale. Chose curieuse, aux alentours de 1920, le souvenir du pamphlet était encore tenace, et dans leurs introductions au droit civil, des professeurs continuaient à mettre les esprits en garde contre une confusion de la morale et du droit.

C'est en 1926 qu'éclate le coup de cymbale de Georges Ripert, « la règle morale dans les obligations civiles ». Pour la première fois depuis le Code civil, un livre de civiliste mettait franchement en cause la séparation de la morale et du droit. Une métaphore de l'auteur acquit rapidement célébrité : le droit des obligations doit être vivifié par une montée continue de la sève morale. Il ne s'agit plus de quelques gouttes dans les rouages. Ce qui est acclamé, c'est la pénétration de la morale dans les institutions, voire la création de nouvelles règles de droit par la morale. Cette morale, Ripert la caractérise expressément par son origine : c'est la morale de la tradition française, de la tradition chrétienne. La thèse ne concernait directement que la morale dans les obligations — surtout la morale contractuelle ; mais elle suggérait un argument *a fortiori* pour le droit de la famille et peut-être pour le reste du droit

civil. Comment expliquer cette soudaine arrivée de la morale dans le droit ? Il s'était produit un desserrement de la légalité par la jurisprudence. Dans les interstices de la loi ou même à l'encontre de la loi, le juge apparaissait comme le possible défenseur d'un autre système normatif.

Sans épiloguer davantage sur l'action de Ripert, je me transporte un demi-siècle plus loin pour constater une nouvelle résurgence de la morale dans la création, en 1983, du *comité national d'éthique*. Là aussi l'objet est limité : *pour les sciences de la vie et de la santé*, tel est le titre. Cependant, le phénomène doit être apprécié comme le témoin d'un phénomène beaucoup plus vaste qui s'est produit dans les mentalités : un retour général à la morale (et par derrière, diront certains, au religieux). C'est, du reste, afin de mieux assurer ce retour, en exorcisant tout soupçon de moralisme, que l'on tend de plus en plus à remplacer *morale* par *éthique* (Max Weber avait déjà commencé). En tout cas, le mouvement est désormais bien enclenché.

Philosophie morale, sociologie morale, ce ne sont que colloques, numéros spéciaux des revues. Dans un des *Cahiers internationaux de sociologie* de 1990, je lis : « Il y a, à l'heure actuelle, une demande d'éthique. » Qui demande de l'éthique ? Ce n'est point précisé, mais l'offre ne manque pas.

Tout, dans cette effervescence intellectuelle, n'intéresse pas le droit. Ce qui l'intéresse est proprement notre sujet, tel qu'il m'a été proposé, morale et droit (j'entends le droit privé, le reste m'échappant). C'est une hypothèse de sociologie que celle du pluralisme normatif : l'homme est enserré dans une pluralité de systèmes de normes. La morale est un de ces systèmes, le droit en est un autre, et chacun d'eux se reflète subjectivement dans les consciences individuelles par des devoirs, des obligations. Ce sont les interactions entre les deux systèmes normatifs qu'il nous faut tenter de saisir ; des interactions qui se produisent dans la *société*, mais aussi dans l'*individu*.

— I —

Dès avant sa rencontre avec le droit, la morale en tant que phénomène collectif est très près du droit. Il est faux de prétendre que c'est une norme sans obligation ni sanction, dépourvue de toute coercition extérieure. Le point est classique en sociologie depuis Durkheim : même dans la morale se manifeste une contrainte, une pression sociale, la réprobation de la société globale ou d'un groupement particulier. Ce qui fait la différence est la nature de la contrainte : instinctive et diffuse dans la morale, la contrainte est volontaire et organisée quand il s'agit de droit.

On voit dès lors que le droit peut faire quelque chose pour la morale : lui prêter sa force, norme pour norme la renforcer. C'est à ce schéma tout simple que se référerait le vice-président du Conseil d'État, inaugurant en 1992 un colloque d'éthique (médicale) : « *Les directives éthiques ont toute la force et l'autorité morales et consensuelles, mais il leur manque la sanction du droit, qui, seul, garantit l'application des règles générales s'imposant au juge qui les*

interprète et leur donne leur sanction. » Le processus élémentaire est bien décrit. Cependant, l'auteur sautait immédiatement à la formule exécutoire, comme si celle-ci était le seul cadeau que le droit pût faire à la morale. Or, les normes juridiques peuvent avoir un effet dès avant qu'il ne soit question d'exécution : en prenant en charge la norme morale, elles la transforment. Car la morale pouvait bien parler à l'homme, mais elle lui parlait en langage inarticulé ; ce n'était qu'un chuchotement qu'il écoutait en lui-même. Que le droit intervienne, et d'un mouvement informe, vague, d'une émotion, il va faire sortir par condensation une formule. La formule est typique de la norme de droit. Il est ainsi des normes qui sont à la fois morales et juridiques (on pourrait citer, au hasard, la responsabilité aussi bien que l'ingratitude) : elles ont jailli de la morale, mais elles ont été adoptées et mises en formules par le droit. Tout au plus se souviendront-elles de leur famille d'origine le jour où il faudra les appliquer : il y aura peut-être de la morale dans leur interprétation.

L'observation qui précède ne fait, toutefois, que reporter plus avant le problème fondamental : ces normes viennent de la morale, mais d'où vient cette morale ? On croit la voir tantôt monter de la base, d'un fonds coutumier, tantôt descendre de l'empyrée, de plus haut que le droit, de valeurs, de principes transcendants. Mais regardons de plus près.

a) N'allons pas tout de suite chercher la morale coutumière là où elle s'affiche le plus : dans la notion de bonnes mœurs. Il est plus probant de commencer par un endroit où elle se cache un peu, tout en étant très active : la notion de faute. Dans un article de la *Revue trimestrielle* qui n'a rien perdu de sa vigueur depuis 1949, Paul Esmein avait bien mis en lumière la genèse du phénomène : la faute, c'est primitivement le péché, la souillure, et le concept est incompréhensible si l'on oublie cette origine morale et même religieuse. De fait, comment définissons-nous couramment, après Planiol, la faute civile ? La violation d'une obligation préexistante, mais quelle sorte d'obligation ? Légale, il va de soi, mais ce ne serait pas suffisant pour nourrir le catalogue dressé par la jurisprudence. De l'avis général, des obligations morales doivent aussi y entrer. L'homme marié qui congédie sa maîtresse après usage fait un pas en direction des bonnes mœurs et une entorse à la morale : il y aura des tribunaux pour le condamner à dommages-intérêts ; il est une morale non écrite qui ne se confond pas avec les bonnes mœurs.

Mais enfin il faut bien en arriver à la morale des bonnes mœurs. Son insertion dans la loi — dans le Code Civil et dans le Code pénal — ne suffit pas à la rendre toute lisse. Elle paraît même porter en elle une contradiction. D'un côté, un fait brut, neutre, les mœurs, dont les sociologues ont pu croire autrefois qu'elles pourraient par projection créer une norme. De l'autre, l'exigence d'une qualité : il faut que ces mœurs soient *bonnes*, ce qui semble supposer un jugement moral, extérieur au fait. Où est l'issue ? Selon les durkheimiens, dans l'idée de normalité, elle-même procédant d'une évaluation statistique, des mœurs seront retenues comme bonnes par un tri qui aura écarté les comportements très minoritaires, marginaux.

Telle qu'elle est inscrite dans le Code civil, à l'article 6, à l'article 1133, la notion de bonnes mœurs fonctionne comme un instrument de moralisation du contrat. Le contrat contraire aux bonnes mœurs est, par une nullité absolue, expulsé de la scène juridique. Et même, par un biais, le contractant en personne pourra s'en trouver expulsé : c'est l'effet de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Notre droit ne connaît pas pour autant une condition personnelle de la *persona turpis*, frappant l'individu non plus sur un acte ponctuel, mais de façon permanente. Tout au plus des déchéances très partielles de droits (pour inconduite notoire, débauche, aux articles 340-1, 342-4, 378-1, 444), et aussi cette curatelle pour vice d'intempérance ou d'oisiveté que prévoit l'article 488 (mesure de protection, il est vrai, non point pénalité).

À s'en tenir à l'article 1133, il est banal de relever son faible rayon d'action dans la jurisprudence. Il a été contaminé par les textes du Code pénal qui font référence aux bonnes mœurs en les spécialisant à la morale sexuelle. Ce n'est guère que dans ce même secteur que nos tribunaux civils se sont servis de l'article 1133, le rabattant sur les libéralités entre concubins (4) et les contrats relatifs aux maisons (de moins en moins) closes. Jurisprudence gauloise, a-t-on pu dire, tandis que de la notion comparable des *gute sitten* la jurisprudence germanique fait un usage beaucoup plus large qui s'étend à l'éthique des affaires.

Ce n'est pas que notre pratique se désintéresse de cette éthique-là. Seulement, pour la faire respecter, elle emploie d'autres techniques. C'est un outillage des plus variés : la nullité pour dol et l'exigence de la bonne foi dans l'exécution en droit civil, l'interdiction de la concurrence déloyale en droit commercial, la chasse aux clauses abusives dans le droit de la consommation, la condamnation de la fraude en toutes matières (*fraus omnia corrumpit*), etc. L'éthique des affaires n'est au fond, qu'une morale coutumière, la vieille morale marchande et des marchés. L'épreuve d'une longue pratique judiciaire met en elle quelque chose de concret qui tranquillise.

b) Au contraire, la morale des principes est exposée à tous les aléas de l'abstraction. Elle est, en effet, fondée sur la raison et sur des valeurs abstraites : en elle se retrouve la rationalité axiologique selon Max Weber. Ce n'est pas, cependant, un bloc homogène : on y discerne plusieurs strates historiques.

Il en est une qui, par son antiquité même, défie la contestation. Elle est formée de principes de justice (d'équité, si l'on y met de la souplesse), déjà en

(4) Non pas toutes, certes : ne sont visées que celles qui encouragent à se passer de la cérémonie, alors que trouvent grâce les cadeaux de consolation après rupture. Encore la Cour de cassation (1^{re} Civ. 3 févr. 1999, D. 99, 267, rapport Xavier SAVATIER) a-t-elle eu l'air de donner le signal du « Lâchez-tout », même pour le cas extrême où l'immoral se pimente d'illicite, parce qu'il y a adultère, violation du devoir légal de fidélité.

suspension dans *l'Ethique à Nicomaque*. Les tribunaux les manient couramment sans se demander si, ce faisant, ils font du droit ou de la morale : tel le principe de réciprocité ou principe synallagmatique (une indexation, par exemple n'est valable que si elle est appelée à jouer dans les deux sens) ; tel le principe de proportionnalité (rien de trop, la réparation doit se mesurer sur le préjudice, et une clause pénale peut être révisée si elle est excessive ou dérisoire).

Mais il est d'autres principes qui n'ont pris figure de morale que sous la V^e République, même si leur origine peut être retracée jusqu'à la Révolution, voire à la philosophie des Lumières. Ils sont gravés dans des textes auxquels est attribuée une portée normative, qui sont, cependant, souvent conçus en termes trop généraux pour engendrer directement des effets de droit. Aussi peut-on y voir une morale, morale d'Etat que l'on suppose consensuellement approuvée. En gros, elle est faite du respect des Droits de l'homme au sens large, ceux de la Déclaration de 89 et tous ceux qui aujourd'hui sont plus ou moins constitutionnalisés. Une catégorie s'en détache parce que la morale d'Etat y est pénalement imposée : c'est la série des dispositions qui, en sanctionnant différentes pratiques discriminatoires, fondent une morale de la non-discrimination, de la non-exclusion, forme modernisée de l'égalité et de la fraternité, portée par le souvenir des années 40. Il n'est que de lire les articles 225-1 et suivants du Nouveau Code pénal en les inversant : les normes réapparaissent sous leur violation qui est punie. Ici le droit ne se contente pas de prendre en charge une morale préexistante : il crée une morale nouvelle. Et l'on aimerait être sûr que celle-ci ne créera pas un ordre moral, guère plus tolérant que celui du Maréchal (de Mac Mahon), les dissidents du consensus n'étant certes pas pourchassés au pénal, mais, plus doucement, privés des grands médias.

C'est le troisième volet, et non le moindre, de la morale des principes que la bioéthique. Si, d'intention première, elle n'était qu'une déontologie à l'adresse des médecins et des laboratoires, elle a aujourd'hui envahi la société tout entière. Elle a pour racines deux axiomes qui peuvent se corriger mutuellement : la supériorité de la vie sur la non-vie et l'éminente dignité de la personne humaine. À partir de là, excitée par les progrès inouïs de la biologie, pullule toute une casuistique dont raffolent les médias. Et il y a des schismes — des schismes de morale. La vie est la valeur suprême, c'est entendu. Mais quand commence-t-elle ? Dès la fécondation, affirment les uns ; à la fin de la dixième semaine, suggère la loi Veil. Mais que l'I.V.G. vienne à rater par la faute du médecin, la mère peut-elle prétendre à l'indemnisation d'un dommage ? Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avaient d'abord nié qu'il y eût dommage (5), sans oser peut-être aller jusqu'au bout de leur pensée, le

(5) Cons. d'Etat, 27 sept. 1989, D. 91.89 ; Cass. civ. 1^{re} 26 mars 1996, D. 97, Somm. 322.

principe indémontrable (peut-être teinté de théologie) : que la non-vie ne peut pas valoir plus que la vie (6).

Ces morales qui gravitent autour du droit, auxquelles le droit prête une partie au moins de sa force, semblent agir dans le système juridique à l'instar du levain qui fait lever la pâte. C'est un mouvement vers le haut contre la pesanteur d'intérêts pharisiens, un allègement, une allégresse du droit. Tel est le point de vue optimiste. Les pessimistes, suivant leur humeur, feront réflexion que ces morales interventionnistes provoquent finalement le droit à produire des normes supplémentaires et que la pression sociale sur les individus s'en trouve globalement alourdie. Et se hâtant de quitter la morale collective, ils chercheront une oasis dans la morale individuelle.

— II —

En quoi une morale peut-elle être dite individuelle ? Ce n'est pas que l'individu l'ait créée *ex nihilo* par sa propre imagination. La morale individuelle a une source collective : la société, ou une fraction dissidente de la société. Antigone est un cas exemplaire. Si elle se révolte contre l'édit de Créon, c'est au nom d'une loi non écrite, d'une morale coutumière qui le dépasse, qui veut que les morts ne restent pas sans sépulture. Non, ce n'est pas caprice de conscience : la morale est individuelle en ceci que l'individu se sent seul juge, est seul juge d'appliquer ou non la morale qui lui vient du dehors. Pour se référer aux expressions de Kant, le devoir moral, hétéronome par sa source, devient autonome par la liberté de ne pas l'accomplir.

L'individu est conscient qu'aucune obligation juridique ne le contraint à agir dans le sens que lui commande la morale ; il peut même arriver qu'il se sache tenu d'une obligation juridique en sens contraire. Que peut-il espérer du droit ? Le droit est, au mieux, indifférent à cette portion de morale qu'il n'a pas juridicisée ; au pire, il peut, tel Créon, l'avoir condamnée. Pourtant, il accepte quelquefois d'aider à l'accomplissement de ces devoirs moraux demeurés à l'état sauvage. Sans doute parce qu'il y voit l'épanouissement d'une liberté, et qu'il peut estimer salubre, politique aussi, de ménager, au sein de la société, des espaces de liberté individuelle. Comment s'y prend-il ? D'une manière si subtile que le coup de main qu'il donne à la morale peut passer inaperçu. Car, se refusant à toute ingérence dans le débat préliminaire de la conscience, il se borne à créer les conditions qui permettront aux devoirs

(6) En fait, la question ne s'est jamais posée à l'état pur. Si les parents agissent contre le médecin, c'est parce que l'enfant est né handicapé. Ils peuvent faire la preuve d'un préjudice pécuniaire, et si la faute du médecin est établie, leur droit à indemnité est défendable. Mais un arrêt d'assemblée plénière, (cf. *infra*, p. 240, note 4), a reconnu ce droit à l'enfant lui-même, et cette solution, quoique procédant d'une intention généreuse, a été condamnée par beaucoup comme blessante pour la dignité des personnes handicapées.

moraux de s'accomplir et de s'accomplir dans leur plénitude. Soit qu'il abaisse devant eux les barrières que lui-même avait élevées, et nous avons un statut de l'objection de conscience ; soit qu'il intervienne *ex post facto* pour les empêcher de se renier, et c'est le schéma de l'obligation naturelle.

a) Le principe est que nul ne peut, pour motifs de conscience, par des arguments tirés de son éthique personnelle, s'affranchir de l'obéissance qu'il doit à la loi. Le droit pénal ne requiert pas en général l'objection de conscience comme un fait justificatif de l'infraction (il n'y avait ni ordre de la loi ni commandement d'une autorité légitime) ; et pas davantage il n'en infère une cause d'irresponsabilité (la pression intérieure du devoir moral ne créait pas une contrainte irrésistible). Tel est le principe, et il en a été fait application, par exemple, à des Témoins de Jéhovah qui, invoquant la Bible, s'étaient opposés à ce qu'une transfusion de sang fût opérée sur la personne de leur enfant : ils furent condamnés pour non-assistance à personne en danger. Il est deux cas, cependant, où le législateur contemporain a, par exception, admis la légitimité de l'objection de conscience.

Une exception figure dans la loi Veil. Les médecins, le personnel de santé plus généralement, ne sont jamais tenus de prêter leur concours à une I.V.G. : il est sous-entendu que le déclinatoire de compétence recouvre une réprobation, s'inspirant de motif moraux et surtout religieux. Aucune motivation, néanmoins, n'est exigée.

L'autre exception, c'est l'objection de conscience par excellence, l'objection au service militaire, moyennant en contrepartie un service civil de substitution, de durée double. Selon le texte initial (de 1963), les demandeurs devaient se déclarer opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques. C'était poser nettement l'hypothèse d'un conflit de devoirs et, par derrière, d'un conflit internormatif, entre la norme juridique et la norme religieuse ou morale. Dans la pratique, la philosophie avait fréquemment dérapé vers le pacifisme, l'écologie, la politique, voire la politique militante. Une association qui s'était fondée pour encourager à l'objection avait rédigé un modèle de demande qu'il n'y avait plus qu'à recopier. « *L'arme du citoyen ne doit pas être le fusil, mais la pelle et la pioche* ». C'était le stéréotype *Pelle et Pioche*. Il devint fameux et afflua en de multiples exemplaires sur le bureau de la commission juridictionnelle qui était alors compétente pour statuer. Elle aurait pu se contenter de dire, prudemment, demande par demande, que le demandeur n'avait pas fait la preuve de la sincérité de ses convictions, appréciation de fait où elle eût été souveraine. Mais elle préféra arguer de la multiplication du stéréotype pour en conclure qu'elle avait affaire à un mouvement de groupe, non pas à cet élan personnel qui seul entrait dans les prévisions légales. L'idée était intéressante : transposée au plan de la morale, elle mettait en relief la distinction entre morale collective et morale individuelle, entre hétéronomie et autonomie des devoirs. Mais du même coup elle rendait la décision vulnérable à une censure pour vice de procédure. Et pour casser, le Conseil d'Etat, le 21

décembre 1973 (7), eut beau jeu de rappeler qu'un procès ne doit pas être jugé en fonction d'un autre procès, fût-il identique (affirmation procéduralement correcte, mais qui à la limite aboutirait à étouffer dans l'œuf la formation de la jurisprudence). Par la suite, la compétence pour statuer a été transférée d'une juridiction au ministre, et la formule de base élargie à tous « *les motifs de conscience* », à la pure morale individuelle, sans le détour de la philosophie ou de la religion. Et finalement, en 1999, c'est le système militaire lui-même qui a changé : dans une armée appelée à se recruter désormais par volontariat professionnel, l'objection aux armes ne pourra plus avoir la même urgence.

b) C'est un mécanisme bien rodé que celui de l'obligation naturelle, tel que l'ont fixé les commentateurs classiques du Code civil avec l'unique appui de l'article 1235. Celui qui acquitte volontairement une dette dont il sait n'être pas juridiquement tenu, mais dont il se croit tenu moralement, celui-là fait un paiement valable, et il ne pourra, bien qu'en droit il ait payé l'indu, exercer d'action en restitution. Ripert a eu raison de le dire : il n'existe pas, dans notre droit, un catalogue préconstitué d'obligations naturelles. C'est au juge de reconnaître ou non, dans chaque espèce, la présence d'un devoir moral qui justifiait le geste ; et préalablement c'est à chacun d'apprécier si, en conscience, il doit faire plus que ce que le droit exige de lui. La dette était éteinte par prescription, le débiteur, librement, n'en choisit pas moins de payer ; les conditions de la responsabilité selon le droit ne sont pas réunies, l'individu se sent pourtant moralement responsable, et librement il indemnise sa victime. En face il n'y avait pas de créancier véritable, pas de droit subjectif selon le droit ; un droit moral ? mais qu'est-ce donc sans l'action en justice ? Seulement, de la même manière qu'au créancier moral a été déniée l'action en paiement, au débiteur moral sera déniée l'action de sens contraire. C'est ce refus de l'action en répétition qui nous fait toucher à l'essence de l'obligation naturelle : celle-ci est avant tout le blocage d'un *regressus*, l'interdiction du regret. Comment l'expliquer ? On pourrait songer, sans paradoxe, à un rapprochement avec l'autorité de la chose jugée. En acquittant volontairement l'obligation, le débiteur s'est jugé lui-même : dès lors, que tout soit fini. Mais il est probable que l'on aimera mieux, se replaçant sur le terrain familier de la sagesse et des proverbes, se livrer à une analyse du cœur humain. C'est le premier mouvement qui est toujours le bon, portant en lui une présomption de moralité ingénue, tandis qu'un soupçon d'immoralité pèse sur les retours en arrière. Il y a une éthique de la morale qui enferme la liberté d'accomplir le devoir moral sur elle-même, en lui fermant la liberté de s'en repentir.

On ne remarque pas assez que, dépouillé du contexte, le schéma de l'obligation naturelle se reproduit dans d'autres parties du droit. Une similitude qui est plus que verbale conduit à citer d'emblée la reconnaissance d'enfant natu-

(7) D. 1974, 421, note J. Mourgeon.

rel. Très souvent l'enfant est démuné d'action en recherche, du moins d'action efficace. Le père (de vérité ou de complaisance) qui reconnaît l'enfant s'acquitte spontanément de ce qu'il sent comme un devoir moral. Or, de nouveau ici, le repentir est interdit. La reconnaissance pourra bien être contestée, mais il y faudra des preuves : elle n'est pas révoquée *ad nutum*.

Et que dire de l'aveu, de l'aveu judiciaire ? Sans que l'on y prenne garde, il vient s'insérer dans le schéma et lui confère un champ d'action considérable. L'hypothèse est que, le créancier n'ayant pu réunir les preuves nécessaires, la créance est comme n'existant pas. L'aveu seul pourra lui rendre vie. C'est un devoir moral (religieux aussi, par derrière) de dire la vérité, même, surtout à l'encontre de son propre intérêt. En avouant, le débiteur s'acquitte de ce devoir. Et cette fois encore, le droit le protégera moralement contre lui-même, contre la nostalgie du temps heureux où il ne devait rien. L'aveu, sauf erreur de fait, est irrévocable.

Jusqu'à présent, nous n'avons guère croisé en chemin les donations. C'est, pourtant, dans la libéralité, dans la gratuité que s'exprime le plus fortement l'originalité des devoirs moraux. Il existe des classifications de ces devoirs. Traditionnellement, elles situent les devoirs de bienfaisance, de charité, très au-dessus des devoirs de simple justice, accroissant en eux davantage encore la distance qui sépare du droit la morale. Mais c'est le droit lui-même qui travaille à cette distanciation. Car les hommes ne sont authentiquement charitables que parce que la loi les avait laissés libres de ne pas faire la charité et les libère maintenant du remords de l'avoir faite. Ne donne qui ne veut, mais la donation est irrévocable. Une fois de plus, le schéma.

Y a-t-il une suite ? Après tout, on peut trouver que les donations, arrangements de famille ou philanthropies organisées, sont encore assez près de la glaise. Plus haut ! toujours plus haut ! Nous y découvrirons le devoir du pur amour, la gratuité du « *hors soi pour l'autre* » qu'a évoquée Lévinas, ou sur un autre registre les héroïsmes fous. On entrevoit le royaume du non-droit — une raison, pour les juristes, de se taire.

DEUXIÈME PARTIE

GRAND DROIT ET PETIT DROIT

La rubrique de cette partie évoque l'opposition entre le Droit à majuscule et le droit à minuscule, selon la distinction typographique d'autrefois (qui est en passe de se perdre, les deux s'alignant sur la minuscule, et cela même peut n'être pas dépourvu de signification). En termes techniques, c'est du droit objectif et du droit subjectif qu'il s'agira. Il n'est pas indifférent à la sociologie, qui se veut aussi psychologie sociale, de constater que le grand a besoin du petit, que le droit est phénomène non pas seulement collectif, mais personnel.

Objectif ou subjectif, cependant, le droit n'apparaîtra pas ici comme un droit en majesté. Troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté — ce n'est pas la coulée de bronze que décrivent les juristes dogmatiques. La sociologie du droit manque-t-elle d'égards à son objet en lui tendant le miroir ? Le droit gagnera en respect véritable s'il se montre tel qu'il est, chair et non métal, participant de nos faiblesses, humain, trop humain, même quand il lui arrive, par crises, de ne pas l'être du tout.

TITRE I

LE DROIT OBJECTIF

Chapitre premier

SUR LE CARACTÈRE PRIMITIF DE LA RÈGLE DE DROIT *

Nous postulons, sans la dater, l'antiquité du droit lui-même. Ce qui est en question, c'est si la règle — c'est-à-dire, pour s'en tenir à une définition élémentaire, le commandement général et permanent du Pouvoir — a été la forme première du phénomène juridique. Le droit a-t-il été, à l'origine, constitué par des règles ? ou par des jugements ? ou même par quelque tiers phénomène juridique, qu'il nous faut essayer d'imaginer ?

Que de telles recherches soient vouées à demeurer largement conjecturales n'est pas une raison pour s'en abstenir. Rien de plus rafraîchissant pour le droit, de plus propice à sa tempérance, que le doute sur lui-même. Et l'étude, ici, pourrait n'être pas totalement inutile si elle devait simplement suggérer que la règle, malgré tous les bienfaits qu'elle a apportés aux hommes, n'est peut-être pas une forme nécessaire et éternelle du droit.

Ce qui rend les recherches conjecturales, c'est que la préhistoire juridique échappe à toute observation directe (1). Restent les inductions plausibles, mais toujours à base d'interprétation subjective, que l'on peut tirer des sociétés situées à l'orée de l'histoire, ou même des flots de primitivisme survivant parmi nous. On peut, d'ailleurs, multiplier ces champs indirects de recherche en faisant porter l'investigation non pas seulement, comme il vient d'abord à l'esprit, sur la *pratique* de la règle (I), mais aussi — par une sorte de déplacement de l'objet de la preuve — sur le *sentiment* de la règle (II).

* Cet article a d'abord paru dans *les Mélanges Paul Roubier*, 1961, t. I, Dalloz et Sirey, édit. À Paul Roubier qui avait su explorer en maître l'abîme de temps où les lois un instant se poursuivent avant de se perdre, il n'était que juste de dédier ces quelques réflexions sociologiques ou psycho-sociologiques sur l'antiquité de la règle de droit.

(1) Cf. J. CAZENEUVE, in *Traité de sociologie* de G. GURVITCH, t. II, p. 424 ; V. cep. J. DAUVILLIER, *Mélanges Henri Lévy Bruhl*, p. 351.

L'opinion la plus répandue (classique, pourrait-on avancer) accorde à la règle de droit un caractère primitif. À notre époque, cependant, des hésitations sont devenues perceptibles. Avant de prendre parti, il ne sera pas mauvais d'exposer (parfois, de suppléer) la thèse et l'antithèse, car l'une et l'autre sont très loin d'être explicites chez les auteurs.

I. — Au commencement était la Règle. Dans les nomogonies des religions révélées, on remarque l'effort déployé pour faire remonter la Loi, donc la règle, à l'origine des temps, voire au-delà. Vingt-six générations semblent séparer de la Genèse le tonnerre du Sinaï, mais le Talmud fait de la Thora une hypostase divine, consubstantielle à Dieu de toute éternité. La même croyance, et ce n'est probablement pas un emprunt, se rencontre dans l'Islam : le Coran, incréé, a coexisté avec Dieu dès le principe. Il n'est pas jusqu'à notre Révolution (laquelle, à tant d'égards, se voulut révélation) où l'on ne puisse discerner l'équivalent : quand elle pensait redécouvrir, après des siècles d'oubli, des lois éternelles émanant de la Raison suprême, elle ne doutait point que la règle n'eût été la forme première du droit.

Plus tard, les conceptions *nomogoniques* pourront bien se laïciser : elles continueront à faire coïncider l'origine du droit avec l'apparition de la règle. L'esprit de légalité qui devait marquer le XIX^e siècle libéral — parce que l'Ancien Régime avait abusé de l'arbitraire, des privilèges et même de l'équité — n'a pas peu contribué à faire regarder la règle de droit comme le plus essentiel des phénomènes juridiques : par son impersonnalité comme par son immutabilité de principe, n'est-elle pas la garantie spécifique de la liberté, de l'égalité, de la sécurité, ces valeurs fondamentales que le droit a pour fonction de sauvegarder ? À la loi, donc à la règle, l'École de l'exégèse rendit on sait trop quel culte. Mais, dans la doctrine civiliste rénovée par Gény, la position n'est pas très différente — à ceci près qu'à côté de la règle légale, d'autres règles (la coutume, la jurisprudence) ont été admises à figurer. Et que l'on considère, chez les publicistes, un auteur aussi révolutionnaire d'intention que Duguit : c'est encore la règle de droit qui est au centre de sa philosophie.

Cette précellence théorique a été aisément, et comme par un raisonnement inconscient, transposée en priorité chronologique. Si la règle renferme l'essence même du droit, celui-ci n'est pas concevable en dehors d'elle, c'est avec elle et par elle qu'il a dû commencer ; ses premiers balbutiements avaient déjà cette forme du commandement permanent et général. La règle de droit est ainsi présentée comme le phénomène primaire (à tous les sens du qualificatif). Le seul véritablement primaire : tous les autres phénomènes juridiques n'en sont que des dérivés, des combinaisons ou des dégradations. Parmi ces autres phénomènes qui auraient pu prétendre aussi à la primarité, le plus visible et le plus embarrassant est le jugement. Mais nos juristes vont le faire rentrer dans le rang, si l'on ose dire, et par les deux bouts (sans, d'ailleurs, soupçonner une

contradiction possible entre les deux). D'une part, ils ne consentiront à le prendre en considération que s'il se cristallise en jurisprudence, coutume et, partant, règle. D'autre part, sous le nom d'acte juridictionnel, ils le réduiront à n'être plus que la déclaration d'une règle préexistante. De la sorte, l'unité se rétablit : tout le droit n'est que règles, n'a dû être que règles dès le principe.

Que des juristes dogmatiques, habitués à opérer sur des règles de droit, supposent que le droit n'a jamais eu d'autre consistance, l'illusion, si c'en est une, n'est pas surprenante. Que des sociologues la partagent est plus inattendu. Pourtant — à ce qu'il semble bien, si l'on s'en tient aux grandes lignes — Durkheim et son école ont cru, autant que les dogmatiques, leurs contemporains, que la notion de règle était nécessaire à toute intelligibilité du juridique. Le droit des sociétés primitives, sur lequel ils raisonnent si volontiers, est, à leurs yeux, un droit de règles. Assurément, ces règles sont avant tout des coutumes, et non des lois comme chez les juristes. Mais cette substitution de catégorie n'altère pas le primat de la règle. La règle demeure le phénomène juridique à la fois principal et primitif. Corrélativement, le jugement ne paraît avoir qu'un rôle second dans la vision durkheimienne du droit.

Il ne suffit pas, pour expliquer cette convergence, de faire état de l'influence personnelle que Duguit avait pu exercer sur Durkheim (et réciproquement), dans les années de Bordeaux. La préférence donnée à la règle de droit sur le jugement pouvait, aux yeux d'un sociologue, se recommander de motifs scientifiques. La règle de droit, à cause de sa généralité et de sa permanence mêmes, est *a priori* plus facilement objectivable, ce qui répond à l'une des maximes notoires de la méthode sociologique (2); envisagée surtout sous l'aspect de la coutume — elle a plus constamment le caractère d'un phénomène collectif, que la psychologie ne saurait disputer à la sociologie. Mais pourquoi ne pas ajouter que les tendances profondes de Durkheim, philosophiques, morales, devaient l'attirer vers ce que le droit a de plus rigide? Sa conception sévère du droit trouvait à se satisfaire dans un enchaînement mécanique de la règle à la sanction. Le jugement, au contraire, qui, même chez les primitifs, peut être inapplication de la règle, fraude à la règle — par tout ce qu'il a d'intuitif, voire de primesautier, était mal à l'aise dans une telle conception.

II. — Si, maintenant, la défiance s'est éveillée contre la thèse de la précession de la règle, c'est moins en s'appuyant sur l'observation de faits précis qu'en partant de vraisemblances, ou plutôt d'invraisemblances générales.

(2) Cf. DURKHEIM, *Les règles de sa méthode sociologique*, spécialement p. 57. Sur Durkheim aujourd'hui, cf. A.S., 1999 (1).

Ce qui n'est pas vraisemblable, c'est que la règle, avec son double caractère de généralité et de permanence, faisant à la fois abstraction de l'individu et du moment, ait pu entrer dans les fonctions mentales des sociétés inférieures. Car la mentalité primitive telle qu'elle a été décrite par les classiques de l'ethnologie, paraît incapable d'abstraire, incapable de généraliser comme d'appréhender l'avenir.

Notre généralisation est fille de la raison : elle est étrangère à l'esprit prélogique (3). Les langues primitives, surabondantes en termes concrets, dénotent l'impuissance à abstraire : elles ont, par exemple, un mot pour chaque variété d'arbre ou de poisson, mais point pour l'arbre ou le poisson en général. Comment, avec un outillage intellectuel aussi rudimentaire, pourrait être saisie l'unité foncière entre les conduites humaines auxquelles leurs auteurs, leurs objets, leurs circonstances imprimeront tant de différences extérieures ?

Et comment, surtout, pourrait-elle être saisie d'avance ? Sans être tous comme ces Caraïbes un peu légendaires du P. Labat, qui étaient disposés chaque matin à vendre leurs hamacs aux Européens de passage, parce qu'ils ne prévoyaient pas avant midi qu'ils auraient à se coucher de nouveau le soir, les primitifs semblent éprouver une difficulté structurelle à projeter leur volonté dans un avenir tant soit peu lointain. Ce qu'est justement la fonction législative.

Mais il ne suffit pas d'écarter la règle, comme improbable, à l'origine du droit ; encore faut-il proposer de mettre autre chose à sa place. Diverses hypothèses s'offrent à nous.

1° Au commencement aurait été le Jugement. Non pas l'acte juridictionnel dès modernes, le jugement logique, déduction d'une règle de droit préexistante. Mais un jugement spontané, intuitif, de nature magique ou charismatique. Quand il était arrivé aux vieillards-juges d'une tribu de prononcer plusieurs fois un jugement identique sur des faits semblables, ainsi juger leur devenait une habitude, une coutume, la première règle de droit. Pour parler en termes d'aujourd'hui, la formation des règles de droit aurait été jurisprudentielle. C'est une opinion latente chez beaucoup de juristes historisants, Planiol, par exemple.

2° À propos du très ancien droit romain, Giuffredi a défendu une hypothèse quelque peu différente, parfois subtile (4) : le phénomène primitif du droit romain n'aurait été ni la règle de droit (loi ou coutume), ni même le jugement (du moins si l'on entend par là l'acte juridictionnel qui intervient sur un procès), mais bien un tiers phénomène, de nature originale. Étayant sa démonstration d'arguments philologiques tirés d'emplois analogues de *dicere*, il soutient

(3) Cf. avec d'ailleurs beaucoup de nuances, Lucien LÉVY-BRUHL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, p. 123 et s., 190 et s.

(4) GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Rome, 1955.

que *jus dicere* n'est pas déclarer, *énoncer* une règle de droit préexistante : c'est prononcer une formule qui va créer du droit, établir une situation juste. *Ita jus esto* : qu'ainsi soit le juste, la situation conforme non à une règle juridique antérieure, mais à un sentiment inné de la justice. La traduction la plus adéquate, en ce qu'elle a de flou, serait peut-être *faire justice*. L'acte de faire justice (au sens où faisaient justice les paladins, les redresseurs de torts) serait à l'origine du droit (5).

3° L'hypothèse la plus simple est celle-ci : que tout a commencé, dans la société primitive, par des commandements actuels du chef, des ordres à exécuter immédiatement par un ou plusieurs sujets ; des ordres de type familial ou de type militaire. Ces actes d'autorité instantanés, issus des besoins du moment et oubliés sitôt le moment passé, ont dû constituer les premières manifestations du droit. Mais c'était comme éclairer une caverne avec les étincelles du silex : il y fallait une infinité d'efforts pour un très faible résultat. La règle a représenté un progrès décisif, une invention admirable (dont le merveilleux nous est maintenant masqué par l'accoutumance). Elle a procuré aux chefs une énorme économie de moyens, en leur permettant de multiplier la portée de leurs commandements, non seulement à travers l'espace, mais, plus extraordinairement encore, à travers le temps. Jusqu'alors, il fallait forger le droit pour chaque nécessité, et le laisser ensuite se perdre. Grâce à la règle, l'humanité à partir d'une certaine époque, a eu la possibilité inouïe d'emmagasiner le droit (6).

III. — Ceux qui ont soutenu la précession de la règle l'ont probablement fait avec des arguments contestables, projetant dans le passé la situation de leur siècle, déduisant l'antiquité de l'instrument de la supériorité philosophique ou technique qu'ils lui prêtaient. Mais la thèse n'est pas, pour autant, forcément inexacte. Et d'ailleurs, les vraisemblances générales par lesquelles on l'a combattue n'ont pas plus de valeur scientifique : le sens commun est un guide trompeur en sociologie.

Que les faits témoignent, s'ils le peuvent. Deux se présentent, l'un cité par la thèse, l'autre par l'antithèse. Mais diront-ils ce que, dans chacun des camps, on escomptait ?

(5) C'est la légende des chevaliers errants, au Moyen Âge et après, Eviradnus (dans la *Légende des siècles* de Victor Hugo), Don Quichotte (à un moment où l'on n'y croit plus). Cf. les conclusions de DIAMOND, *L'évolution de la loi et de l'ordre*, trad. franç., 1954, p.72, sur des observations relatives à des sociétés très primitives (Trobriandais, Australiens).

(6) Les psychosociologues de l'enfance ont construit une notion de la consigne, qui serait l'ordre à échéance indéterminée (cf. J. PIAGET, in *Traité de sociologie* de G. GURVITCH, t. II, p. 240). Il nous semble que ce type d'ordre a pu, à l'intérieur de l'autorité domestique, constituer justement un intermédiaire entre l'ordre instantané et la véritable règle.

1° *La présence du tabou dans les sociétés primitives.* — Le phénomène est universel chez les primitifs (7) : il est attesté non seulement en Polynésie, d'où le capitaine Cook rapporta le mot, mais aussi bien dans l'Amérique indienne, en Afrique, voire au seuil des sociétés historiques, et par exemple, sous les *res sanctae* et *res sacrae* du très ancien droit romain. Or, l'idée générale est celle d'un interdit, d'une prohibition, bref d'une règle ; négative, sans doute ; règle tout de même. Le tabou qui frappe certaines unions sexuelles est bien l'équivalent d'une première coutume matrimoniale. Précisément, c'est un des tabous les plus généraux de l'humanité que celui de l'inceste ; au point que certains ont pu y voir l'origine du droit (8).

L'observation paraît en faveur du caractère primitif de la règle. On peut se demander, il est vrai, si c'est bien la règle de droit qui est en cause. Sous sa forme la plus fréquente, le tabou a pour sanction non pas une réaction sociale, mais une colère divine (se traduisant par la mort, la maladie, le vieillissement précoce de l'infracteur, etc.) : plutôt que d'un phénomène juridique, ne s'agit-il pas d'un phénomène religieux ? La question, toutefois, a quelque chose d'anachronique : notre séparation tranchée de la religion et du droit aurait bien peu de sens pour les sociétés qui pratiquent le tabou.

Mais une autre objection surgit, plus coriace : c'est nous, modernes, qui, par notre pouvoir d'abstraction, discernons, sous le tabou, une prescription conceptualisable ; il est probable que le primitif n'y aperçoit rien de pareil. Pour lui, l'intouchabilité s'incorpore à la chose ou à la personne qui en est frappée (ainsi, à la femme du même clan) : c'est une marque qui s'imprime à un être (telle pourrait être l'étymologie du mot). Il va en éprouver un éloignement, une répulsion toute physique pour l'être ainsi marqué. Mais cette répulsion, il la vivra : ce n'est pas une maxime qu'il écouterait mentalement.

2° *L'absence de temps législatifs dans les langues primitives.* — Les temps législatifs, ce sont ceux que nous appelons l'impératif et le futur. Or, ils manquent dans beaucoup de langues primitives. On souligne, notamment, que les langues indo-européennes, dans leur état préhistorique, n'avaient probablement pas de formes spéciales pour le futur (ce qui rejoint l'observation faite sur l'impuissance du primitif à sortir du présent). Si l'instrument verbal de la règle faisait encore défaut, comment celle-ci aurait-elle pu exister déjà ?

On pourrait objecter que le fait allégué n'a pas une portée absolue, l'absence de formes spéciales n'impliquant pas toujours que la nuance législative ne puisse être rendue autrement ; et que, surtout, il n'est nullement général : l'impératif des XII Tables est assez sonore ; et qui ne songe au futur des lois de Moïse, tantôt apodictique (*tu ne tueras pas*), tantôt casuistique (*si un bœuf donne un coup de corne à un homme... le bœuf sera lapidé*) ?

(7) Cf. H. WEBSTER, *Le tabou*, trad. franç. 1952.

(8) Cf. LÉVY-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 1948.

Seulement, l'objection concerne un stade du droit qui, à l'échelle de l'histoire humaine, ne peut être qualifié que de très archaïque, non de réellement primitif, même sous la forme casuistique, pourtant plus ancienne, sans doute, que l'apodictique. À ce moment-là, le passage à la règle est déjà accompli. Et justement, il est permis de relever, dans les grammaires, comme des traces du passage. En hébreu, la manière dont l'impératif sort de l'infinitif présent par la seule élévation de la voix, ou dont le futur se construit sur cet infinitif, évoque le processus mental par lequel le commandement actuel a pu donner naissance au commandement projeté vers l'avenir, c'est-à-dire à la règle. Plus suggestive encore peut-être la dualité des impératifs en latin : le présent pour les actions à exécuter immédiatement ; le futur (qui est précisément le mode d'expression propre aux lois archaïques), pour les actions à exécuter plus tard. De l'impératif présent à l'impératif futur, renforcé, prolongé (en *to*), on saisit le *saltus* de l'ordre instantané, familial ou militaire, à la véritable règle de droit.

— II —

Il est raisonnable de supposer une contemporanéité, fût-ce avec un décalage, entre la genèse de la règle elle-même et l'apparition du sentiment de la règle (ou conscience de la règle, *Regelbewusstsein* étudiée par K. Buhler) ; sans qu'il soit, du reste, indispensable de décider si c'est la pratique qui a son reflet dans l'état de conscience ou si, à l'inverse, l'état de conscience a frayé les voies à la pratique.

L'hypothèse de travail est qu'en établissant le caractère primitif (ne pas dire : naturel, inné) du sentiment de la règle, on se sera autorisé à conclure que la règle elle-même est un phénomène primitif. Et l'intérêt qu'il peut y avoir à déplacer ainsi l'objet de la preuve du plan des pratiques vers celui des sentiments, quoique celui-ci semble *a priori* nous être encore moins accessible, à des millénaires de distance, c'est que le sentiment de la règle peut se manifester pour beaucoup d'autres types de règle que la règle *de droit*. Le *Regelbewusstsein* est un phénomène général qui n'est nullement lié aux normes juridiques, si bien qu'on peut espérer l'observer dans un plus grand nombre de cas. Mais, même s'il n'est attesté que pour des normes non juridiques, il a pu prédisposer les sociétés à inventer, comprendre, recevoir des règles de droit, si bien que, de sa présence ou de son absence dans le milieu primitif, il pourra être légitime d'induire des conditions favorables ou défavorables à la genèse d'un droit formé de règles. L'induction, bien entendu, aura plus ou moins de force selon que le sentiment analysé se rapportera à une règle plus ou moins proche de la règle juridique.

I. — Une des formes les plus rudimentaires du sentiment de la règle est celle qui naît des automatismes psychologiques, des habitudes et, plus encore, des habitudes durcies en manies. C'est un phénomène classé en psychopathologie : les anormaux érigent spontanément certains comportements en règles de conduite, auxquelles ils ne pourraient déroger sans une sensation doulou-

reuse. Le Senne a décrit sous le nom de jacquemarts ces maniaques de la discipline et de la ponctualité en qui le besoin d'ordre, de règles finit par se satisfaire d'une manière complètement gratuite (9). Or, l'anormal n'est-il pas un primitif parmi nous ? et le mécanisme psychologique par lequel il se constitue des règles, l'image de ce qui a dû se passer dans l'humanité primitive ? Le rapprochement a été expressément fait par des sociologues (10). Une réflexion, néanmoins, vient en affaiblir la portée. C'est que les anormaux ont pu déjà expérimenter, dans leur vie normale antérieure, le mécanisme de la règle, et qu'ils ne font que le reproduire par la suite, en le portant à l'hypertrophie et à la caricature ; de sorte que l'interférence de l'imitation ne permet plus de conclusions sur le caractère primitif du phénomène.

On évite l'objection tout en gardant la même ligne de démonstration, si l'on prend pour objet d'étude le très jeune enfant, l'enfant d'un à deux ans, ce sauvage à domicile. Et les observations, à son égard, sont concordantes. Suivant l'expression de Durkheim, c'est un routinier (11). Avant tout langage et avant toute pression proprement morale des adultes, il se constitue des rites, qui sont des règles. Non seulement il tend à prolonger ses actes d'adaptation en des rituels qui seront conservés pour eux-mêmes, mais il sait inventer des rituels analogues pour son propre plaisir (12). Cette ritualisation spontanée des comportements ne peut-elle faire comprendre comment la règle de droit est apparue au premier âge de l'humanité ?

Il subsiste, toutefois, une différence : c'est que la règle de droit est une règle sociale par son origine ; tandis que les *règles d'automatisme*, d'habitude, de manie, quelles qu'elles soient, sont des règles solitaires, égocentriques. La différence est de taille à entacher de témérité toute transposition.

II. — Le sentiment de la règle commence à se dépendre de l'individu pour se rattacher à quelque chose d'extérieur, quand il s'applique à ces sortes de règles que l'on devrait plutôt appeler des *régularités*. Nul doute que, sous ses formes élémentaires, irraisonnées, le respect de la règle de droit ne soit, pour une grande part, lié à une sensation de régularité, qui trouve son contentement

(9) LE SENNE, *Le mensonge et le caractère*, 1930 p. 299 et s. On relèvera au passage l'importance inattendue acquise à la fin du XX^e siècle par le phénomène et le concept même de la *discipline sociale* (Michel Foucault, en Allemagne Gerhart Oestreich), cf. Barbara FRENZ, in *Pouvoir, justice et société* (Dir. J. HOAREAU et P. TEXIER), Limoges, 2000, p. 65.

(10) Roger BASTIDE, *Sociologie et psychanalyse*, 1950, p. 177 : « Pour comprendre comment les institutions ont pu apparaître un jour, il faut voir comment les névrosés inventent à leur usage des tabous, des systèmes d'interdits compliqués, ou des cérémoniaux, des rites du coucher, du marcher ou de descendre les escaliers. Nous avons ainsi, capté sur le vif, le processus de création des tabous des primitifs ou des rites magiques. Le pathologique représente le social *in statu nascendi*. »

(11) DURKHEIM, *L'Éducation morale*, p. 153.

(12) Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, p. 16 et s., 32 et s.

dans la généralité et la permanence de l'impératif coutumier ou légal. Non point qu'il faille présumer, dans l'esprit humain, un besoin structurel de régularité ; l'assertion serait invérifiable. Mais, ce qui est probable, c'est que, très tôt, le sentiment de la régularité — ainsi, de la régularité juridique — a dû être inspiré aux hommes par divers faits extérieurs.

Et d'abord, par l'ordre cosmique, dont ils étaient les spectateurs. L'alternance des jours et des nuits, le rythme des saisons, le mouvement des astres, tout cela devait leur suggérer le sentiment d'une coutume de la nature, d'un usage transcendant auquel il fallait se plier. En quoi nous ne sommes pas loin du juridique. Les Chinois des siècles antiques concevaient comme un ensemble les règles des hommes et les coutumes de la nature, imaginant entre les unes et les autres des correspondances réversibles : si un désordre humain risquait de troubler l'ordre naturel, celui-ci, réciproquement, renfermait des signes d'où les mortels devaient tirer des normes d'action (13).

Et puis, il y a eu la musique, rythme elle aussi, régularité, règle. Le retour des mêmes sons évoque le retour des mêmes conduites. Les comportements humains iront s'emmagasiner dans la règle, comme les mouvements du troupeau dans la flûte du berger. Le sentiment de la régularité, ici encore, a dû tout préparer pour l'accueil psychologique de la règle de droit : νόμος, c'est l'air musical, c'est également la norme, l'usage des pâturages, plus tard la loi de la cité.

Pourtant, ces témoignages laissent l'esprit indécis. Ils seraient plus convainquants s'ils se rapportaient à des époques plus franchement primitives. Ni les Chinois ni les Grecs n'étaient des barbares, et le raffinement même de l'analogie inviterait à renverser la séquence, à conjecturer que l'invocation des lois cosmiques et des modes musicaux est venue après coup, au soutien de règles de droit déjà formées plutôt que l'inverse.

Joint à cela que nous restons toujours à une distance ineffaçable de la règle de droit : celle-ci est spécifiquement sociale, alors que le sentiment de la règle sur lequel on raisonne, s'il n'est plus égocentrique, n'est pas encore socialisé. Comment ces régularités anonymes, impersonnelles, auraient-elles pu ouvrir les consciences à la règle de droit ? Le droit, ce sont les autres.

III. — Après les automatismes, les régularités, voici les obligations. Dans les règles d'obligation, la présence des autres, s'affirme enfin le contrôle social. Que le sentiment de la règle obligatoire soit attesté par des sociétés primitives, la preuve sera faite indirectement que la règle de droit a pu exister dès l'origine.

Il est, en dehors des règles juridiques, un type de règle obligatoire, les règles de jeu, qui se détache assez nettement, du moins dans nos conceptions

(13) Cf. Marcel GRANET, *Études sociologiques sur la Chine*, p. 139 et s.

de modernes. Jugeant avec une autre mentalité, il n'est pas sûr que nous ne trouverions pas naturel le glissement du ludique au juridique. Il n'est que de méditer sur les tournois du Moyen Âge — plus significativement encore, sur ces assauts d'inventives et de moqueries que les ethnologues ont observés dans les sociétés d'Inuits. Car les primitifs ont une activité de jeu, ce n'est pas niable, et leurs jeux ont vraisemblablement des règles. Seulement, quel sentiment éprouvent-ils des règles de jeu ? rigide ou flottant ? sérieux ou plaisant ? Sur ce point, qui est d'importance, puisqu'il doit, par ricochet, rendre plus ou moins croyable l'antiquité de la règle de droit, les informations sont rares.

Heureusement, l'investigation peut être reprise par un procédé indirect. Les enfants jouent, eux aussi, et même beaucoup, par devoir d'état. Les règles de leurs jeux, leurs sentiments des règles de jeu, ont été scientifiquement observés par la psychosociologie spécialisée. Il ne faut pas se lasser de citer aux juristes, comme très riches pour eux et susceptibles de prolongement, les travaux que Jean Piaget (1896-1980) et ses disciples ont consacrés aux règles du jeu de billes, au sentiment de la règle du jeu de billes, chez les garçons (14).

Installons en toile de fond la loi sociogénétique de Moreno (1892-1974), où se retrouve comme un souvenir de la fameuse loi biologique de Haeckel (1834-1919). Il n'est pas besoin, d'ailleurs, de croire dur comme fer à ces lois pour leur reconnaître une âme de vérité. L'énoncé est le suivant : que l'organisation spontanée des groupes d'enfants, ou d'adolescents se développe, d'année en année, en passant successivement par des stades d'intégration *ana-logues* à ceux des sociétés ancestrales au cours de leur solution historique. Ainsi pourvus d'une machine à explorer le temps, qu'allons-nous découvrir des origines de la règle ?

Dans une première période, de deux à cinq ans — passée la phase de strict automatisme, précédemment dépeinte — l'enfant est déjà capable d'une certaine conscience de la règle obligatoire. Il imite les exemples qu'il en reçoit, tout constitués, de l'extérieur. Cependant, il lui arrive encore de jouer tout seul, en se servant de ces règles faites pour un groupe, ce qui est aussi peu juridique que possible, car il n'y a pas de droit robinsonien ; et s'il joue avec d'autres, c'est sans essayer de gagner ni, partant, d'uniformiser les différentes manières de jouer, si bien qu'il admet que tout le monde puisse gagner à la fois, ce qui est une contre-indication de plus pour le droit, du moins le droit individualiste.

Dans la période qui suit, de six à neuf ans peut-être, la coopération se dessine, et la compétition. D'où quelque souci du contrôle mutuel et de l'unification des règles. Cependant, Piaget note encore un flottement considérable sur

(14) Cf. PIAGET, *op. cit.*, p. 1-80. Comme introduction à Piaget, lisons LA BRUYERE, *Caractères*, XI : « Les enfants, dans leurs jeux, sont amoureux des règles et de la symétrie..., ils ne se pardonnent nulle faute les uns aux autres. »

le caractère contraignant de la règle : interrogés séparément à ce sujet, les enfants émettront des réponses contradictoires.

Autour de la onzième année, une dernière période, avant de dire adieu aux billes, est celle de la codification. L'enfant, devenu capable de légiférer, pousse très loin le goût de l'uniformité et de la minutie législatives. Il prend un plaisir singulier à prévoir tous les cas possibles et à les régler. Il cherche la règle pour la règle (15).

Est-il permis, maintenant, de schématiser ? Le sentiment de la règle obligatoire est né lentement, obscurément, difficilement. Il s'est longtemps satisfait d'une obligation incertaine et flexible. Il n'a finalement accédé à la certitude et à la rigidité que pour s'engloutir aussitôt au sein de l'absurde. Dans un tel schéma d'évolution, il n'est rien qui puisse nous incliner à présumer que les sociétés des origines ont dû attendre d'avoir des règles — surtout, de ces règles raides, à notre façon — pour avoir du droit.

Encore ne s'agissait-il que des garçons. Ce que Piaget a observé des jeux de filles confirme ce qui pouvait être soupçonné de la non-juridicité de l'autre moitié de l'humanité ; plus exactement, de sa propension encore moindre à la règle de droit. Dans leurs jeux spécifiques (la marelle, par exemple), les petites filles, à égalité d'âge, ont un sentiment de la règle beaucoup plus flottant que les garçons, elles s'accommodent de dérogations et d'innovations, elles y mettent une extrême plasticité (16).

C'est, sans doute, parce qu'il était un pénétrant analyste du cœur des *puel-lae* que Lewis Carroll, dans *Alice au pays des merveilles*, a raconté cette extraordinaire partie de croquets où il fallait jouer avec des flamants vivants en guise de maillets, des hérissons vivants en guise de boules, des valets vivants en guise d'arceaux. Mais le conte à une profondeur qui atteint à la philosophie du droit. Au pays des merveilles, il n'y avait pas de règles, ou, s'il y en avait, personne n'y prêtait attention, parce que, dans le jeu, tout était vivant et s'échappait (17).

(15) PIAGET, (*Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, p. 96) relate le comportement d'un groupe de gamins de 10-11 ans qui, voulant s'amuser à lancer des boules de neige, commencent par passer un quart d'heure à fixer les règles d'élection d'un président et à élire ce président, puis à se répartir en deux camps, à déterminer les distances du tir, enfin à prévoir des sanctions pour le cas d'infraction à la loi. C'est le comportement qu'a reconstitué par l'imagination — une imagination du possible — Cf. William GOLDING dans son roman célèbre *Lord of the Flies* (Londres 1954), porté à l'écran par Peter Brook (1963) : parmi les écoliers (de 6 à 13 ans) réunis fortuitement par leur naufrage sur une île déserte, le besoin de règles reparaît spontanément et tourne assez vite à la manie, non sans faire éclore la transgression. Ce roman a eu un remake en 2000 (Toby LITT, *Deadkidsongs*), mais bien moins significatif quant à la génération spontanée des normes, car les parents gardaient un œil sur les comportements du petit gang. — Question finale : les Français ne devraient-ils pas relire dans la même perspective la *Guerre des Boutons* (1912) de Louis PERGAUD (1882-1915) ?

(16) PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, p. 53 et s.

(17) Lewis CARROLL, *Alice in Wonderland*, chap. VIII.

Chapitre II

LA GENÈSE DE L'OBLIGATOIRE DANS L'APPARITION DE LA COUTUME *

Le phénomène de la coutume recèle trop de richesses sociologiques. Dans ce qui suit nous laisserons de côté bien des questions, notamment celle-ci souvent débattue : si la coutume vient du peuple ou des juristes, de la masse non technique ou de la petite minorité formée par les professionnels du droit. Il n'est pas inattendu que dans les facultés de droit, on la tienne plus volontiers pour une œuvre de techniciens, tandis que les sociologues inclineraient à y voir un produit de multitude. Mais cette question d'origine n'est pas la nôtre, quoique notre question soit aussi une question d'origine. Nous voudrions nous interroger sur le mécanisme obligatoire de la coutume : par quel enchaînement de phénomènes peut-elle acquérir, pour les individus, la force d'une obligation ?

En effet, la répétition fortuite d'un même acte ne fait pas une coutume, la coutume naît seulement avec le sentiment de l'obligatoire (de « l'obligatorité », dit-on quelquefois, affreusement). En fait, l'obligation pourra ne pas être respectée par certains individus, mais ils auront alors conscience d'un manquement. La théorie romano-canonique de la coutume distinguait en elle deux éléments : un élément matériel, la pratique répétée, et un élément psychologique, la conviction du caractère obligatoire de cette pratique, *opinio necessitatis*. La sociologie juridique accepte, au fond, cette analyse de la vieille théorie, mais s'efforce de la dépasser, en tentant d'expliquer la genèse du sentiment de l'obligatoire, la formation du mécanisme obligatoire de la coutume.

Le problème n'a pas d'équivalent pour la loi (la loi écrite), du moins telle qu'elle est conçue dans les sociétés modernes. L'obligatoire vient à la loi, du premier coup, et même d'avance, avant toute pratique, par un mécanisme très visible, bien défini, incontestable, de droit dogmatique : il lui vient de la

* La première version de ce texte a été publiée dans les *Annales de l'Université de Poitiers*, 1961.

contrainte exercée par l'État. Le mécanisme obligatoire de la loi se laisse lire très aisément dans la formule exécutoire qui est apposée au bas du texte. Pour une raison analogue, il faut également mettre hors de la recherche les coutumes parvenues à ce degré d'achèvement que représentèrent, en France, les coutumes rédigées aux derniers siècles de la Monarchie. Quoique ces coutumes fussent techniquement différentes de nos lois modernes, leur mécanisme obligatoire était fondamentalement le même. La force obligatoire leur venait de la sanction de l'autorité, de la contrainte étatique. Allons plus loin : quand bien même une coutume n'aurait pas encore été prise en mains par le pouvoir central, dès qu'elle se trouve consacrée par des jugements, son mécanisme obligatoire cesse d'intriguer : la force obligatoire lui vient de l'autorité des juges. C'est encore un mécanisme d'Etat, fût-il au second degré. Il arrivera que l'explication, ici encore, se laisse lire dans la formule exécutoire, apposée au bas du jugement.

Où donc est l'impasse ? Il faut imaginer une coutume à l'état embryonnaire, une coutume qui n'est pas encore établie, mais est en voie d'établissement, *in statu nascendi*. Ce sont les premiers pas de la démarche qui deviendra coutumière, et l'on se demande comment les pratiques initiales vont s'accrocher les unes aux autres pour laisser apparaître, à un moment donné, une règle, un impératif.

L'aube de la coutume, c'est une date un peu vague. S'il était requis d'y mettre quelque précision, nous devrions renvoyer, pour l'Europe Occidentale, aux épaisseurs du haut Moyen Âge : ce fut, sans doute, dans l'obscurité des IX^e et X^e siècles que se formèrent, par un peu à peu qui est tout le mystère, les coutumes des manoirs, des rivières et des forêts. Mystère qui n'est pas moindre, si, au lieu de l'histoire de nos pays, nous sondons les sociétés dites primitives — celles de l'Afrique noire, par exemple — des sociétés essentiellement coutumières. On sait avec quel zèle l'ethnologie s'y emploie. Mais seule l'*existence* des coutumes est directement sous ses yeux, non pas leur genèse qui s'est perdue pour toujours, semble-t-il, dans les ténèbres d'un passé *preliterate*.

Cette quasi-impossibilité de l'observation directe permet de comprendre ce qui serait autrement un motif de surprise : que la sociologie juridique n'ait pas travaillé ici sur des sociétés de la réalité, des sociétés concrètes directement observées, mais sur des schémas de psychologie sociale, soutenus sans doute de quelques observations disponibles, mais construits principalement à partir d'un raisonnement sur les phénomènes les plus généraux de la psychologie (1). Cette abstraction peut sembler contradictoire à l'esprit sociologique ; mais il faut avoir égard au but limité que se propose la présente recherche : il ne s'agit, pour l'instant, que de constituer des hypothèses de travail, dont la véri-

(1) Il nous aura fallu, plus d'une fois, forcer les traits d'une idée émise en passant, pour la rendre saisissable ; à l'occasion, même, supposer et inventer.

fiction — la vérification sur le terrain, en tous terrains — sera renvoyée à une génération mieux armée. Dans ce qui n'est qu'une étape, la sociologie est excusable d'être encore sans rigueur, de se contenter d'arguments littéraires, d'introspection, voire d'intuition.

Est-ce du dehors, est-ce du sujet lui-même que la force obligatoire vient à la coutume? En logique pure, il paraît y avoir place pour l'une ou l'autre des deux sources, hétéronomie ou autonomie.

I. — Des hypothèses d'hétéronomie, la plus simple, la plus ancienne peut-être, est celle de *l'imitation*. On sait le rôle capital attribué à l'imitation par ce plus-que-précurseur de la sociologie du droit (1843-1904) que fut Gabriel de Tarde (2). Pour lui, deux phénomènes psychiques gouvernent la vie sociale : l'invention, qui crée les types d'idées et d'actions, l'imitation, qui diffuse ces types. Mais l'invention est rare, et l'imitation partout agissante. La coutume serait un phénomène d'imitation.

À la vérité, on peut objecter que le besoin d'explication est, par là, simplement reporté plus loin. Pourquoi, au commencement, l'un a-t-il imité l'autre? Loi du moindre effort, c'est réponse d'économistes; paresse, réponse de moralistes. Les sociologues ont des explications plus tourmentées : la peur d'innover, qui serait inscrite au plus profond de notre nature, liée à notre angoisse devant le devenir (3). L'homme sent que le devenir menace constamment son équilibre; d'instinct, il cherchera à se raccrocher à ce qui existe, *statu quo*, et fera ce qui a déjà été fait, ainsi naît la coutume.

Dans l'abstrait, on pourrait concevoir une imitation qui opérerait à égalité, d'un individu quelconque à un autre tout aussi quelconque. Mais si l'imitation génératrice de coutumes pouvait ainsi agir indifféremment en tous sens, on verrait apparaître une multitude de règles, au moins de règles ébauchées, un pullulement de larves coutumières qui rapidement se neutraliseraient. Il y a, semble-t-il, des pentes le long desquelles l'imitation s'exerce par préférence. Constater qu'elle a lieu généralement d'inférieur à supérieur dans la hiérarchie sociale, qu'elle remonte des sujets au chef, n'a guère de pertinence pour des coutumes qui, le plus souvent, semblent se former dans un milieu socialement homogène. La supériorité qui amorcera le mécanisme de la coutume est d'une autre origine : elle procède d'un décalage dans le temps.

Tarde, déjà, avait mis en relief cet élément temporel, en opposant à la mode, imitation dans l'espace, la coutume, imitation dans le temps. Que l'on essaie de personnaliser l'élément temporel, c'est à la famille que sera attribuée une

(2) G. DE TARDE, *Les lois de l'imitation*, 1890. Témoin d'un renouveau d'intérêt pour la pensée de Tarde, la réédition, en 2000, de ses *Lois sociales* (préface d'Isaac Joseph).

(3) V. CAZENEUVE, Le principe de répétition dans le rite, *Cahiers internationaux de sociologie*, 1957, Vol. 23, p. 42 et s.

fonction à la racine des coutumes. La coutume sera décrite comme perpétuation d'une action pédagogique, et, inversement, d'une imitation, qui, à chaque génération, se déroule à l'intérieur de la famille.

On peut broder sur ce schéma explicatif. Les freudiens lui donneront peut-être plus de relief en le chargeant de toutes les tonalités charnelles qu'ils ont cru déceler dans les rapports de l'enfant au père. Les purs sociologues, au contraire, l'affaibliront en rejetant l'objet de l'imitation vers des aïeux plus ou moins désincarnés. Sous cette dernière forme, l'hypothèse est répandue et plausible (maints appuis lui ont été découverts dans les sociétés d'Afrique noire) : la coutume est l'imitation des ancêtres (4). Ce qui fonde *l'opinio necessitatis*, c'est la peur des ancêtres morts, esprits vengeurs, fantômes qui rôdent autour des descendants infidèles.

Divergentes sur les détails, ces explications pourront se réunir dans la notion fondamentale de l'exemplarité. Elle assouplit ce qu'il pourrait y avoir de mécanique dans l'idée première de l'imitation. Car les sentiments qui sont à la base de l'exemplarité sont complexes : crainte et pression psychologique, sans doute, processus de force et de contrainte ; mais aussi amour et élan. A cet endroit, l'explication par l'imitation en rejoint une autre, plus dans le fil de la sociologie contemporaine, l'explication par le mythe, puisque le mythe est l'exemplarité des héros et des dieux.

La notion de mythe, dont la fortune a été si brillante en sociologie générale, ne pouvait rester ignorée de la sociologie juridique (5). Les mythes, en attribuant des causes surnaturelles à certaines institutions, privilégient (comme on dit) ces institutions aux yeux des mortels. D'où l'hypothèse : la coutume puise sa force obligatoire dans la conviction que la pratique qui se propose a été accomplie pour la première fois par un héros ou par un dieu. C'est bien toujours une imitation qui est au départ de la coutume, mais une imitation d'ordre mystique ou religieux, une imitation transcendante, pourrait-on dire. Ne faut-il pas insérer à cette place ce que Georges Gusdorf a écrit du mythe : « Tout ce que l'on fait est trop dangereux pour se passer d'une justification, d'une garantie que l'on trouvera dans la tradition, dans le sentiment que nos actes sont la répétition, l'imitation et la participation d'actes primordiaux accomplis dans le Grand Temps qui ne passe pas, le Temps des ancêtres, par les dieux et les héros légendaires. La première fonction du mythe est, non d'expliquer, mais de légitimer et de fonder la communauté humaine. »

Il est vrai que, dans les inventaires dressés par les mythologues, on ne découvre pas si souvent le mythe à l'origine du juridique — bien plus souvent,

(4) G. BOUTHOU, *Traité de sociologie*, I, p. 336.

(5) Les premiers linéaments de l'hypothèse se trouvent peut-être dans l'ouvrage, si curieux à tant d'égards, de l'avocat général CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit*, 1847, p. 32 et s. Pour faire contraste, cf. Cl. LÉVI-STRAUSS, Comment meurent les mythes, *Mélanges Raymond Aron*, 1971, I., 129 ; Cl. RIVIÈRE, Mythes modernes, *Cahiers internationaux de sociologie*, 1991, (90).

on le trouvera à l'origine de ce qui pourrait être appelé le social non juridique. À des mythes sont rapportées, par exemple, maintes fondations de cités ou de pèlerinages. Mais la création de véritables règles de droit (surtout de droit privé) ?

Cette apparente indigence doit probablement être imputée, pour partie, au peu de curiosité que le droit — parce qu'il était regardé comme une sèche technique, surtout le droit privé — a éveillé chez les spécialistes des mythes. L'exploration du monde des mythes mériterait d'être reprise méthodiquement avec des préoccupations de juriste. En attendant, les juristes se contenteront de glaner dans le champ de leur mémoire.

N'a-t-on pas fait dériver du mythe de Cérès le principe même de la propriété individuelle du sol ? Cérès, la première, a mesuré et divisé la terre, à force de la parcourir en recherche de Proserpine. Parcourir, c'est arpenter ; arpenter, c'est s'apercevoir que ce grand tout de la terre est, en réalité, divisible.

Juge-t-on un peu lâche cette relation de Cérès au régime foncier ? Voici qui l'est moins : le mythe de l'enfance d'Œdipe. Etymologiquement le pied-bot, Œdipe est né difforme (parce qu'une malédiction divine pesait sur l'union de ses parents). Aussi a-t-il été exposé à sa naissance par son père Laïos (d'un nom qui équivaut à Publicus, c'est l'être collectif). Sur cet exemple, se serait édifiée une coutume qui dut être assez générale dans le monde antique et dont les pseudo-lois de Lycurgue portent, pour Sparte, un témoignage bien connu : la coutume qui voulait que la collectivité (à Sparte, un conseil d'Anciens) eût le droit de faire périr les enfants infirmes de naissance (non pas, d'ailleurs, à des fins d'eugénique, mais pour des motifs religieux, à dessein d'apaiser la colère divine qui s'était révélée dans la naissance d'une créature monstrueuse).

Avec le christianisme, les récits bibliques se substituent à la mythologie gréco-romaine, mais l'hypothèse peut être poursuivie. De nombreuses sources rapportent la coutume de la communauté de biens entre époux au mythe du premier couple : *duo erunt in carne una*. Abraham, en accueillant généreusement les trois hommes envoyés de Dieu fonda d'hospitalité en norme coutumière. Pareillement, l'infériorité des enfants naturels semble sortir du mythe d'Ismaël : le même Abraham, le jour où il eut un fils légitime, chassa son bâtard dans le désert.

En marge du christianisme, une mythologie très ancienne a longtemps survécu, celle des contes de fées — tels que Perrault les a recueillis — dont la diffusion a été très vaste, et l'action d'autant plus puissante qu'elle saisissait les esprits plus jeunes. À Cendrillon on a rattaché la protection législative de l'enfant du premier lit, et au Petit Poucet — le dernier né, et le plus malin de la famille — le droit du juvénier, droit préférentiel reconnu par beaucoup de coutumes rurales au cadet des garçons dans la dévolution de l'exploitation

agricole (6). Ces personnages de la légende se seraient transformés en modèles du droit.

La ronde mythologique se boucle outre-mer. Michel Alliot, qui a donné consistance et relief à l'hypothèse des fondements mythiques de la coutume (7), tire ses illustrations des mythologies de l'Afrique noire. Chez les Dogons, la règle, qui fait de l'oncle utérin le plus proche parent et, en même temps, la cible de l'agressivité du fils, se relie au mythe cosmogonique des deux couples de jumeaux (8) — par un raisonnement subtil, mais la subtilité n'est pas inattendue chez les primitifs.

Les sociétés africaines ont encore fourni à Michel Alliot une sorte de contre-épreuve de la fonction qu'il assigne au mythe dans l'obligatoire coutumier. Il est notoire que, dans ces sociétés, les coutumes millénaires sont, à l'heure actuelle, en voie de désagrégation. Pourquoi ? Précisément parce que les mythes qui leur servaient de support ne trouvent plus créance. Sous l'influence aussi bien de l'Islam que des idéologies européennes, les légendes traditionnelles sont ébranlées et, du même coup, les règles coutumières. La corrélation est saisissante. Toutes les corrélations, cependant, ne sont point des causalités.

Cette dernière réflexion nous engage déjà dans les chemins de la critique. De fait, il faut convenir que cette hypothèse de l'origine mythique des coutumes recèle des difficultés. Elle postule, chez les premiers observants de toute pratique appelée à devenir coutumière, une croyance absolue dans le mythe de départ. Mais qu'en savons-nous ? La sociologie religieuse ne dispose pas d'un instrument incontestable à mesurer l'intensité des croyances, encore moins à la mesurer rétroactivement. C'est, il est vrai, un lieu, et double, commun que la foi aveugle du primitif et la modernité du scepticisme. Mais peut-être y a-t-il, dans ce lieu commun lui-même, une illusion de modernes. Pour reprendre la conjecture de tout à l'heure, les premiers qui tracèrent des limites sur le sol se représentaient-ils le passage de Cérès comme une réalité objective, ou y pensaient-ils avec un sourire intérieur ? Ce sourire, le cas échéant, l'histoire ne le retrouvera jamais, et l'hypothèse est invérifiable.

Et puis, il y a la difficulté de transposer le narratif en impératif. Le mythe raconte, la coutume ordonne. Le commandement ne peut sortir du récit que par une moralité qui lui est extérieure. Du Corbeau et du Renard, comme le remarquait Jean-Jacques, se laisserait déduire tout aussi bien une maxime que

(6) Cf. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français*, 1908, II, p. 597, note 1.

(7) ALLIOT, *Coutume et mythe*, A.S., 1953-1954, p. 369 et s.

(8) L'œuf du monde contenait deux couples de jumeaux, respectivement principes de l'ordre et du désordre. Les jumeaux du premier couple accomplirent le mariage mythiquement idéal en s'unissant entre eux. Au contraire le jumeau mâle du second couple sortit de l'œuf avant le terme, abandonnant sa jumelle qu'il aurait dû épouser, et introduisant le désordre dans le monde. Sans ce principe de désordre, le frère épouserait sa sœur. Aussi l'agressivité du Dogon va-t-elle s'exercer contre celui qui aurait dû épouser sa mère (l'oncle utérin) et contre la femme de celui-ci.

l'autre : tout aussi bien que « N'écoutez pas les flatteurs », ce pourrait être « Flattez hardiment ». Si nous savons pourtant à quoi nous en tenir, et que la première conclusion est la bonne, ce n'est pas à cause de la fable, c'est à cause d'une morale qui lui préexistait. Semblablement, un même mythe est capable de déboucher sur des coutumes opposées, en empruntant pour intermédiaires des raisonnements législatifs différents. Ainsi, le mythe des frères ennemis, qui a tant obsédé Victor Hugo, ce mythe si répandu — Abel et Cain, Rémus et Romulus — peut sous-tendre des ordonnances tout à fait opposées en matière de dévolution successorale : à Rome, l'égalité ; pour Israël, le droit d'aînesse. L'égalité se relie au mythe par la conviction pédagogique fort commune, à laquelle l'humanité a dû parvenir empiriquement, que le moindre complexe de frustration risque d'engendrer la haine entre frères et le désordre dans le clan. Et le droit d'aînesse s'y relie aussi, en considérant qu'une élection impersonnelle de la loi suscite moins de jalousie entre les enfants qu'une préférence personnelle du père.

Mais, si le mythe s'accommode ainsi des deux conclusions, n'est-ce pas la présomption qu'il n'a avec aucune de lien nécessaire, de rapport de cause à effet ? Ce qui conduirait à ne lui reconnaître, dans la genèse de l'obligation coutumière, qu'un rôle sensiblement plus modeste. Sans doute les coutumes peuvent-elles, à une étape de leur développement, trouver un appui, un supplément d'appui, dans des mythes. Mais cela ne signifie pas qu'elles en dérivent, qu'elles en reçoivent l'impulsion initiale, la première force obligatoire.

Plus vraisemblable est un autre processus. Une coutume existe — d'où vient-elle ? ce n'est point le mythe qui donne la réponse. Une coutume existe, à laquelle tous se plient sans s'interroger sur sa provenance. Elle a une efficacité immédiate, que nul ne met en question. Mais un temps arrive où, sans cesser d'être appliquée, elle perd psychologiquement de sa force. L'esprit critique s'éveille. Quelques-uns, dans la collectivité, commencent à se demander si, après tout, la règle est bien fondée. Qui donc l'a créée ? Pour fermer la bouche aux objections, ceux qui ont la charge de l'ordre social vont chercher à la coutume un répondant, un patron, parmi les héros ou les dieux, les saints ou même simplement les personnages d'une antiquité immémoriale. Une légende se tisse, s'amplifie, vit désormais d'une vie propre. Elle ne crée pas l'*opinio necessitatis*, mais elle la renforce, en suggérant tout à la fois que les pratiques à suivre sont très anciennes et qu'elles ont été le fait d'êtres exceptionnels.

Que telle soit la séquence — le mythe après la coutume — plus d'un cas en apporte la démonstration. Les peuples germaniques ont connu des pratiques de communauté conjugale bien avant d'être christianisés. L'unité charnelle d'Adam et Eve n'y était pour rien : elle ne fut invoquée que plus tard, pour servir de soutien complémentaire à la coutume préexistante. Nous sera-t-il permis de citer encore, malgré ce qu'il a de local, le mythe de Benet (9) ? Du

(9) R. CROZET, *Bulletin de la Société des Antiquaires de l'Ouest*, 1957, p. 317 et s.

XVI^e siècle à la fin du XVIII^e, les habitants de ce bourg de Charente jouirent d'une exemption des tailles ordinaires et extraordinaires. À l'appui, ils faisaient valoir que, lors d'une bataille livrée aux Sarrasins sur leur territoire, leurs ancêtres avaient donné une sépulture honorable à des guerriers francs, si bien que Charlemagne en personne avait octroyé cette franchise au village.

Au fur et à mesure des contestations soulevées par les agents du fisc au XVIII^e siècle, on voit la légende s'enrichir de détails (jusqu'à soutenir que le village abritait quelque part un tombeau de l'empereur). Il se peut qu'à l'origine, il y ait eu une authentique exemption de tailles en faveur de Benet, exemption dont les titres, comme il est advenu souvent, se perdirent dans les guerres de religion. Peut-être s'agissait-il, purement et simplement, au contraire, d'une exemption usurpée. Le point n'importe guère. Ce qui est à souligner, c'est que dans les deux éventualités, soit coutume réelle, soit coutume imaginaire, le mythe n'a eu qu'un rôle de consolidation.

II. — Il était naturel de se tourner d'abord vers les hypothèses d'hétéronomie : n'est-ce pas dans l'hétéronomie que la célèbre formule de Kant place le propre de la règle juridique, en contraste avec la règle morale ? L'hétéronomie n'est pas, cependant, comprise par tout le monde comme étant une spécificité du droit : à preuve la notion très juridique de l'autonomie de la volonté. Il n'y a donc pas d'impossibilité conceptuelle à chercher dans l'individu lui-même (ou dans les membres du groupe), que la coutume régit, le ressort de la règle coutumière.

Il vient aisément à l'esprit d'expliquer par l'automatisme psychologique de l'habitude la coutume en tant qu'obéissance. Ce qui forme, du reste, une transition avec les hypothèses d'hétéronomie, car l'habitude sentie tantôt comme contrainte (on est prisonnier de ses habitudes), tantôt comme accommodement intérieur de l'individu (on s'installe dans ses habitudes), est tout à la fois hétéronome et autonome.

Quelques-uns de nos vieux juristes avaient eux-mêmes fait le rapprochement entre habitude et coutume. L'habitude, remarquaient-ils, est la coutume privée, ce qui suggérait l'idée que la coutume proprement dite, la coutume publique, n'était pas d'une substance différente (10). Sur cette pente, la coutume se laisse analyser comme une multiplication des habitudes, et sa force juridique comme une projection de ce que le langage courant appelle significativement la force de l'habitude.

À cet endroit, cependant, une question : veut-on parler d'habitudes collectives ou individuelles ? Au premier cas, il faut supposer une conscience collec-

(10) Cf. G. AMBROSSETTI, *Contributi à una filosofia del costume*, Bologne, 1959, t. I, p. 92, 127, 160.

tive, qui en soit le siège, ce qui risque de déchaîner une pluie d'objections. Au second cas, l'hypothèse convient mal à certaines espèces de coutumes, toutes celles pour lesquelles la fréquence moyenne de la pratique, au niveau de l'individu, est si faible qu'une habitude individuelle n'en peut sortir. Ainsi, un individu, pour l'ordinaire, se contente d'un mariage dans sa vie, et d'un testament. Cela ne lui fait pas des habitudes. À moins qu'à sa pratique personnelle, on ajoute celle de ses parents, ce qui pourrait constituer une variante de l'hypothèse, où l'habitude serait rapportée au groupe familial — l'imitation, du même coup, perçant de nouveau.

Il est, de toute manière, des coutumes qui échappent à la difficulté parce qu'elles concernent des pratiques suffisamment fréquentes chez un individu pour lui devenir habituelles. Si notre personnage hypothétique, le premier observant, a répété, plusieurs fois au cours de sa vie, une action ou une abstention remarquable, il s'y conformera par la suite sans même y penser. Si le seigneur a longtemps laissé les villageois ramasser le bois mort dans sa forêt, il continuera indéfiniment à les laisser faire, n'imaginant plus pouvoir faire autrement : une coutume de la forêt aura été fondée, sa nécessité n'est rien d'autre que l'automatisme psychologique d'une habitude individuelle.

Ce n'est pas à dire que tout, dans l'application d'une habitude acquise, soit automatisme et, partant, hétéronomie. Il s'y rencontre aussi une commodité et un plaisir — partant, une autonomie. L'observation a souvent été faite que le ritualisme des primitifs, ou des bébés (11) ou des névrosés (12), est à base affective, que la répétition est pour eux, par elle-même, source de plaisir. *Bis repetita placent* : dans ces mots, il ne faut point voir une platitude de versificateur, mais un trait profond de mentalité primitive. La répétition est un chatouillement des sens ; là-dessus, pour une part, repose la jouissance que procure la musique. À ce plaisir, quasi physique, de la répétition, la coutume a pu emprunter, dans les sociétés archaïques, quelque chose de son mécanisme obligatoire. Une pratique coutumière y est obligatoire comme l'est, à un moment donné de la chanson, le refrain ou la ritournelle. Une nécessité, qui, en même temps, est éprouvée comme un plaisir.

Dans les sociétés évoluées, le plaisir de la coutume est, sans doute, d'une autre nature : moins irrationnelle, plus calculée. L'habitude est, pour nous, moindre effort, aisance, et pareillement la coutume. On sait bien que c'est par cette pente que se constituent encore, à notre époque, ces coutumes que sont la jurisprudence et la pratique notariale. L'obligatoire de la coutume apparaît ainsi comme un mécanisme utilitaire et raisonnable. Suivre ses habitudes, suivre sa coutume, c'est au fond, gagner du temps.

(11) DURCKHEIM, *L'éducation morale*, p. 153 : l'enfant est un « véritable routinier »

(12) Cf. *supra*, p. 114, note 10.

L'hypothèse de la convention — au moins diffuse dans la sociologie américaine — va mettre plus franchement l'accent sur la rationalité de la coutume. Il faut prendre le mot *convention* dans une acception large, un peu vague; *convenance* serait peut-être un terme plus adéquat. Il est vrai que cette nouvelle hypothèse est susceptible de nuances : dans la convention, c'est tantôt l'aspect de réciprocité, tantôt l'aspect de transaction, que l'on fera prédominer.

Quelle force détermine l'homme à tenir une promesse, fût-elle dépourvue de toute sanction organisée (que l'on songe aux pactes internationaux), à respecter une règle de jeu, fût-elle proposée pour la première fois et dénuée de tout prestige d'ancienneté? Il compte sur la réciprocité. *L'opinio necessitatis* est la conviction, non pas tellement de la nécessité où je suis que de celle où je vais mettre tous les autres, la conviction des liens généralisés que je vais créer par mon geste, parce que d'autres le répéteront envers moi ou envers d'autres encore, et que de cette réciprocité virtuelle naîtra une sécurité générale. C'est ici le lieu de citer George Herbert Mead (1863-1932) et ce que l'on a appelé la théorie de « l'autre généralisé ». Mead professe que le fondement de la vie sociale est la capacité qu'a chacun de nous de se mettre en esprit à la place d'un autre. La différence du chien au joueur de football est que le chien rapporte la balle, mais ne peut mentalement se mettre à la place de son maître, tandis que le joueur de football est capable d'assumer mentalement tous les rôles de son équipe ou de l'équipe adverse. Cette capacité d'imaginer que la conduite sociale que l'on va adopter sera reproduite, *répondue*, ultérieurement par les autres, pourrait bien être ce qui fait démarrer le mécanisme obligatoire de la coutume (13). Ainsi, ce démarrage se ferait non point par une imitation du passé, mais paradoxalement, par l'attente d'une réciprocité à venir.

L'angle de vision est légèrement différent, si dans la convention on envisage le point d'équilibre entre les intérêts des parties, l'accommodement, la transaction. Ce sera une autre façon de démontrer le mécanisme de l'obligatoire. Pourquoi un individu accepte-t-il d'obéir à une coutume, qui, de prime abord, lui impose un sacrifice? Parce que, sur un autre terrain, elle l'avantage. Que la coutume soit de donner environ 10 p. 100 de pourboire au personnel du restaurant : elle gêne le client en tant qu'elle l'empêche de donner moins, mais l'arrange en tant qu'elle le dispense de donner plus; et parce qu'il éprouve l'esprit transactionnel de la combinaison, il s'y conformera spontanément.

Les Américains parlent à cette occasion, de *law of compromise*, droit de compromis. Il leur plaît, dans leur optimisme libéral, de faire apparaître, sous les règles juridiques, moins l'appareil de la contrainte que la bonne volonté suscitée par la transaction. Il leur semble que les lois, et aussi bien les coutumes, recouvrent des transactions tacites, où, dans l'intérêt de la paix

(13) Tenir sa droite a été une coutume pour les conducteurs de véhicules sur le continent, bien avant que de devenir une conduite imposée par les règlements; l'attente de la réciprocité y était manifeste.

publique, les catégories sociales en cause se font mutuellement des concessions. La journée de travail d'une « employée de maison » avait toujours été plus longue que celle des ouvrières d'usine, mais, en contrepartie, il était de coutume que ne fussent pas exigées d'elle, l'après-midi, des besognes aussi fatigantes. La patronne se soumettait de bon gré à cette coutume parce qu'elle y discernait un bénéfice sur d'autres points. Dans cette perspective, *l'opinio necessitatis* expérimentée par le premier observant d'une pratique serait la conviction que cette pratique répond à ce que l'on pourrait appeler une nécessité de jeu : nos relations avec nos semblables se présentent comme une balance d'avantages et d'inconvénients, comme un jeu, qui ne se laisse pas diviser (14).

La critique de l'hypothèse impliquerait la critique des conceptions philosophiques d'où elle est issue : il s'en faut de beaucoup que le droit puisse être ramené tout entier à un jeu, plus ou moins volontaire, de commodités, de convenances, de conventions ; la contrainte sociale, avec ce qu'elle a de drastique et de dramatique, est une réalité dont il est inséparable.

*
* *

Dans la mesure où l'on peut concéder à chacune quelque parcelle de vérité, ces hypothèses divergentes sont-elles forcément incompatibles ? Certainement pas dans le plan des motivations individuelles. Il arrive que les sujets de la coutume s'interrogent sur les motifs profonds de leur obligation. Ce qu'ils en disent exprime leur *opinio necessitatis*. C'est, sans doute, une *opinio necessitatis* d'observants actuels, non pas, en général, de premiers observants. Mais — dans les limites de cette démonstration secondaire — il n'est pas légitime de projeter rétrospectivement sur les premiers observants les états de conscience des observants actuels. Or, on constate que, chez ceux-ci, la conviction de l'obligatoire peut reposer sur un faisceau de motifs différents. À plus forte raison les motifs peuvent-ils varier, pour une même coutume, d'un individu à un autre (15). N'est-on pas, dès lors, autorisé à induire que des causes différentes ont pu, à l'origine de la coutume, concourir à former le premier sentiment de l'obligation ?

Les hypothèses divergentes pourraient encore se concilier d'autre façon : en ce que chacune aurait sa valeur pour un type particulier de coutume. La

(14) Cf. M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, 1992 ; et sur les solutions de compromis, trop rapidement, BOUDON, *La logique des sentiments moraux*, 1991, et A.S., 94, 39.

(15) Significatifs étaient, à cet égard, les propos recueillis par Andrée MICHEL (*Famille, industrialisation, logement*, 1959, p. 190), chez les locataires d'hôtels parisiens, à l'appui de la coutume ouvrière, à laquelle ils se conformaient, qui veut que le mari remette chaque semaine sa paye à sa femme (cf. *infra*, p. 290) ; « Mon grand-père le faisait, mon père le faisait » ; « Cela résulte d'un contrat implicite, qui est la condition indispensable de l'entente conjugale. » Intuitivement, les intéressés ont redécouvert les hypothèses de l'imitation familiale et de la convention. Mais l'une n'exclut pas l'autre.

convention pour les usages conventionnels (et surtout pour ceux des sociétés urbaines, mobiles et dynamiques); l'imitation et l'habitude, pour les coutumes statiques, un peu pataudes des sociétés rurales; le mythe, enfin, pour les sociétés primitives. On ne s'aventurerait pas beaucoup en faisant cette supposition. Mais le vrai est que nous manquons de l'expérience décisive.

Si la coutume est ancienne, c'est le détail des premières observances qui se dérobe : de la pratique quotidienne du passé émergent seuls quelques vestiges sporadiques, entre lesquels, toute reconstitution globale peut être taxée d'arbitraire. Et si la coutume est contemporaine... Mais peut-il y avoir des coutumes en gestation dans notre temps? On songe à la jurisprudence, qui serait un modèle assez facile à étudier. Mais tout le monde ne lui reconnaît pas les titres d'une véritable coutume. Des usages conventionnels prêteraient moins à discussion. De fait, on en cite qui se seraient ébauchés autour de la Seconde Guerre mondiale: ainsi, dans le bail, certaines pratiques tendant à faire glisser des bailleurs vers les locataires une part plus grande des réparations. Seulement, juristes éphémères, c'est le recul qui nous fait défaut pour observer : à un phénomène de longue durée comme la genèse d'une coutume, il faudrait des observateurs de longue durée.

Peut-être l'observation de groupes enfantins, multipliables presque à volonté, et dont le rythme social est plus vif, permettrait-elle, ici comme en d'autres domaines, de suppléer à la rareté et à la lenteur de l'observation sur les sociétés adultes (16). Postulant de nouveau avec Moreno que l'organisation spontanée des groupes d'enfants se développe en passant successivement par des stades d'intégration analogues à ceux des sociétés ancestrales au cours de l'évolution historique, nous essaierions de retrouver à travers l'idée que les enfants se font de la force obligatoire de leur coutumes ce qu'a dû être chez les adultes, à l'origine, *l'opinio necessitatis*. Quoique les sociétés enfantines n'aient pas de coutumes juridiques au sens technique de l'expression, elles ne sont pas cependant sans règles : l'attitude à l'égard des règles de jeu est comme la figure de ce que pourrait être l'attitude à l'égard d'une coutume — surtout quand il s'agit d'un jeu aux règles très traditionnelles, le jeu de billes par exemple.

Quelle est *l'opinio necessitatis* chez les joueurs? Nous retournons à Piaget (17) en lui demandant de graduer ses observations. Dans un premier âge, de 5 à 8 ans, l'enfant place nettement en dehors de lui l'origine des règles. En dehors de lui, et au-dessus de lui : c'est son grand frère qui les lui a enseignées, son père qui les a montrées à son frère; peut-être même les grands mes-

(16) Question préalable : l'échelle des âges dans la cohorte d'enfants sur laquelle Piaget avait travaillé, avant 1957, est-elle encore valable pour une cohorte qui aurait été constituée autour de 1997? Il existe une antienne récurrente sur la précocité des jeunes d'aujourd'hui.

(17) J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1957, p. 34 et s. Cf. *supra* p. 114, 116.

sieurs de la ville, voire le Bon Dieu en personne. Corrélativement, il considère ces règles comme sacrées et immuables. Disons qu'il éprouve pour elles un respect mythique. Puis vient un second âge, de 8 à 10 ans, que nous nous hasarderons à qualifier de voltairien. Voltaire, assurément, n'est pas une référence en sociologie, qui a eu, pourtant, sa sociologie sceptique : toutes les coutumes qu'il trouvait bizarres, et qui aux sociologues d'aujourd'hui semblent si naturelles, il les dénonçait comme impostures, machinations des rois ou des prêtres pour mieux asseoir leur tyrannie (18). C'est ainsi qu'on raisonne vers les 10 ans : « Il y en a qui inventent des règles, ils inventent des règles pour gagner beaucoup plus de billes, mais cela ne prend pas toujours. » Après 10 ans, changement à vue : la règle apparaît désormais comme le résultat d'une libre décision ; elle est digne de respect dans la mesure où elle est mutuellement consentie ; c'est une coopération entre individus autonomes qui, dans la pensée des gamins interrogés, fonde les règles du jeu.

Il est perceptible que ces constatations vont à la rencontre de quelques-unes de nos hypothèses et inciteraient à répartir celles-ci, par analogie, entre les différents âges de l'humanité. La transcendance, le mythe vaudraient pour la société primitive, celle de la première enfance ; la coopération, la convention, pour la société évoluée, où s'épanouit la raison. Mais alors, dans les sociétés adultes, il n'y aurait rien qui correspondît aux 10 ans, à l'âge où l'on ne s'en laisse pas accroire ? À bien des points de vue, il est permis de regretter Voltaire.

(18) Cf. *infra*, p. 175.

SCOLIE SUR LA COUTUME*

— I —

Les Anciens regardaient couler les sources du droit (1), les Modernes se disent assourdis par ses modes de production (2). La poésie s'est effacée devant les machines. Cependant, si l'image a changé, les mêmes enseignements se retrouvent dans les deux écoles : la loi est la souveraine incontestée ; sur la jurisprudence et sur la doctrine on discute, en se demandant quelquefois si elles sont mieux que de simples autorités ; la coutume vient à son tour. Elle est admise en général, pourvu que ce soit à une place modeste. Il n'est pas surprenant que, dans une civilisation d'imprimés et de signatures, on lui demande ses papiers. C'est que ses émergences à la surface du système juridique — rares à tout prendre, et c'est déjà un soulagement pour les policiers du droit — peuvent être enveloppées de mystère. Souvent, il est vrai, la loi est là, qui prête appui, renvoyant expressément à la coutume, ou aux usages qui en sont une autre appellation. Par son aval, elle lève les scrupules de principe. Pour autant, elle ne fait pas de la coutume une loi, qui serait justiciable des mêmes normes de preuve et d'interprétation que toute loi : elle lui laisse sa nature de fait psychosociologique. Mais il peut arriver que manque tout arrière-plan légal. La coutume s'affirme alors sans ambages comme autonome, et il faut prendre parti.

La doctrine de droit privé, dans son ensemble, paraît mettre la coutume au rang des sources formelles, aux côtés, sinon à l'égal de la loi. C'était la posi-

* La seconde partie du texte s'inspire d'un article inséré dans les *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal, droit européen*. Gazette du Palais/Litec, 1992, p. IX-XI. Georges LEVASSEUR est trop sociologue pour ne pas aimer la diversité des droits, trop philosophe pour n'être pas indulgent aux dissidences.

(1) V. le volume des *Archives de philosophie du droit*, 1982, consacré aux « sources du droit » ; cf. SOURIOUX, *Rev. internat. de droit comparé*, 1988 (n° spécial), p. 145 ; JESTAZ, *R.T.*, 1993, p. 73.

(2) Cette notion est au centre du livre important de J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, 1994.

tion de Gény (3), et l'on sait combien son influence a été forte et durable sur notre théorie des sources. Dans la doctrine de droit public, au contraire, ce sont d'autres influences qui ont joué. La hantise du principe de légalité aurait pu entraîner les publicistes à une négation radicale de la coutume. Mais Kelsen, plus nuancé, les a fait bifurquer vers une autre direction (4). Après avoir défini la coutume comme un *fait créateur de droit*, ce qui est très exact, quasi sociologique (la coutume est sociologique de naissance), il est repris par son démon bâtisseur de pyramide, et subordonne l'exercice de ce pouvoir créateur à la condition préalable que la coutume ait été *instituée* par la constitution, sauf à laisser entendre qu'à défaut d'une *institution* par la constitution formelle, la validité pourrait revenir par la norme fondamentale. La théorie n'est donc pas claire, mais une question y est impliquée, qui est cruciale et invite à sonder notre propre Constitution.

Il eût été rationnel de fixer dans la Constitution de 1958 les modes de production du droit. En fait, seul y est visé le droit écrit, par ses deux modes, la loi votée par le Parlement et le règlement émanant de l'Exécutif (le soleil législatif et la lune réglementaire). Encore l'exposé y est-il décomposé. Si entre les deux modes la compétence est répartie par matières (la colonne 34 devant être soustraite de l'infini 37) — entre les deux le rapport de hiérarchie est suggéré plutôt qu'affirmé. Il était si familier aux constituants, parmi lesquels prédominait le droit public, qu'ils auraient jugé trop scolaire de le rappeler. Comme leur était familière cette équivalence arrogante, que la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est le droit administratif, ce qui les justifiait de n'en point faire mention. Non plus, d'ailleurs, que de la jurisprudence de la Cour de Cassation, quoique tout un titre fût ouvert à l'autorité judiciaire, où il n'eût pas été inutile d'indiquer que celle-ci a un autre emploi que de procédure pénale. D'allusion à quelque chose qui ressemblerait à de la jurisprudence, on n'en découvre qu'à l'article 62, alinéa 2, au sujet du Conseil constitutionnel : encore n'y s'agit-il point de jurisprudence véritable, du phénomène répétitif, mais de l'autorité de chose jugée qui s'attache, une par une, à chaque décision du Conseil.

L'analyse qui précède avait pour seul motif de mettre hors de doute que la Constitution de 1958 n'a pas eu de vue systématique sur les modes de production du droit, et que de son silence sur la coutume on ne saurait, dès lors, déduire une volonté de l'exclure. Mais ce n'est qu'argument de renfort. Au cœur de la démonstration est la réalité psychosociologique : la coutume se crée obligatoire par elle-même. Elle est le peuple souverain au sens de

(3) Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. Position d'autant plus remarquable qu'à l'égard de la jurisprudence il se montrait quelque peu circonspect.

(4) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, 1962, par ex. p. 12-13, 301-305.

l'article 3, qui s'exprime sans avoir à passer par des canaux filtrants. Qu'aurait-elle besoin d'être instituée sur le papier ? C'est une force de la nature.

— II —

L'autonomie reconnue à la coutume emporte des conséquences notables dans un domaine inattendu : l'application en France du droit européen, du droit communautaire surtout, le droit de Bruxelles, mais aussi le droit de Strasbourg, celui qui s'est formé à partir de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. La doctrine officielle — officielle parce que présumée consensuelle (du moins non-contredite) — s'accompagne, dans le plan pratique, d'une tendance à ouvrir le plus grand possible les portes du droit national aux normes venues de là-bas. Dans des arrêts qui ont fait date (5), la Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat ont décidé que les normes communautaires évinçaient les lois nationales (même postérieures, ce qui avait été âprement controversé). Or, quelle est la base textuelle de la solution ? C'est l'article 55 de la Constitution, disposant que « les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Les lois ? Tant pis pour elles ! Mais la coutume n'est pas une loi.

Les interprètes essaieront peut-être de ruser avec la lettre de l'article. En droit international privé, remarqueront-ils, l'expression de loi *étrangère* recouvre, au-delà de la loi *stricto sensu*, toutes les sources du droit étranger, la coutume y comprise. Il est vrai : seulement, dans cette utilisation, la loi étrangère est une notion purement doctrinale, qu'il appartient aux spécialistes de modeler, tandis que, la loi selon l'article 55 est une notion légale qui doit impérativement recevoir le sens que lui donne la Constitution. Mais, répliquera-t-on, les publicistes, Léon Duguit en tête, distinguent classiquement deux acceptions du mot loi. Avec la loi au sens formel, il ne faut pas confondre la loi au sens matériel, celle qui se définit par sa seule nature interne de commandement général et permanent, la règle de droit : c'est à toutes les règles du droit français, dont les coutumes font partie, que les normes issues des traités sont déclarées supérieures. Seulement, va-t-on accepter de rompre la cohérence de la Constitution ? Nulle part dans les autres articles on ne voit que le mot ait été entendu autrement que par référence à la définition fondamentale, celle de l'article 34, la loi est le texte voté par le Parlement, la loi au sens formel. On peut bien y faire entrer, par un *a fortiori* tiré de la hiérarchie des textes, les ordonnances, les décrets, tout le droit écrit. Mais pas le droit coutumier : il est autonome.

(5) Ch. mixte, 24 mai 1975, D. 75.497 ; C. d'État, 20 octobre 1989, J.C.P. 89, 2, 21371.

En dernière objection, peut-être, vous hausserez les épaules. À quoi bon se chamailler ? Les coutumes sont devenues, chez nous, si peu de chose : est-il vraisemblable que l'Europe ait envie de se colleter avec elles ? Des conflits pourtant, ne sont pas inimaginables.

Imaginons un règlement de l'Union européenne (elle ne déteste pas régler) qui vienne exiger que toutes les donations entre vifs soient faites par acte authentique. D'avance, la loi française est conforme (c'est l'article 931 du Code civil). Mais la coutume de France est contraire, qui remonte à l'Ancien Droit et valide *contra tegem* les donations réalisées sans écrit par remise de meubles de la main à la main. Son statut coutumier devrait garantir la pratique des dons manuels de la condamnation communautaire.

Le raisonnement doit être un peu plus sinueux lorsque c'est sur présentation d'une loi que la coutume a fait son apparition en droit positif. L'article 521-1 du Nouveau Code pénal qui punit les sévices graves et actes de cruauté commis sur les animaux domestiques prévoit une exception pour les courses de taureaux, à condition que puisse être invoquée une tradition locale ininterrompue, l'équipollent d'une coutume. La Commission de Bruxelles pourra bien enjoindre au législateur français de mettre fin à ce patronage compromettant. Mais quoi ! la coutume ne cessera pas d'exciper de sa force propre devant le juge local.

C'est encore une histoire de bêtes, mais le jeu des normes y est autrement compliqué : un contentieux s'est élevé, dont le Conseil d'Etat a eu à connaître (6) à propos de la chasse aux oiseaux migrateurs. Le Conseil des Communautés avait d'excellentes raisons pour recommander, par directives, aux Etats membres d'interdire cette chasse durant certaines périodes de l'année. Mais on sait avec quelle vigueur, dans le Sud-Ouest de la France, les chasseurs se sont opposés aux arrêtés préfectoraux publiés en conséquence. Pour les apaiser, une parole autorisée se fit entendre à la veille du référendum sur Maastricht, celle du ministre alors en charge des affaires européennes (7) : le principe de subsidiarité devait suffire à conserver aux chasseurs de palombes de bonnes chances de bonnes chasses (un souhait, il est vrai, qui aurait pu troubler les plus superstitieux). Voilà un principe béni, et apaisant,

(6) C. d'Etat, 25 mai 1990, D. 91, 113, avec la note du professeur Raphaël Romi.

(7) Elisabeth GUIGOU, *Le Monde*, 17 décembre 1991. L'invocation de la subsidiarité n'était pas, du reste, très topique. Ce principe implique *a contrario* que ce qui ne peut être réglé efficacement à l'échelle nationale soit transféré à la compétence intracommunautaire. Or, s'il est un phénomène qui paraît appeler une vision *transfrontières*, c'est bien le vol des oiseaux migrateurs. L'invocation de la coutume eût été plus décisive. D'autant que la coutume est probablement plus intelligente que ne le croient les experts ornithologues de Bruxelles : les vieux chasseurs disent savoir, d'expérience familiale, comment ménager, sur le terrain, la reproduction du gibier qui est la matière première de leur passion. Après des années de tensions aiguës, la France s'est donné une grande loi sur la chasse (loi *Patriat* du 26 juillet 2000) ; cf. TOULEMONDE, *Dalloz*, 2000, chron. 272), où le Gouvernement a vu la base possible d'un compromis avec Bruxelles.

mais la paix ne serait-elle pas assurée, mieux que par le droit, par le non-droit, le non-droit européen (le non au droit européen) ?

On voit dans les forêts de la Gironde des espèces d'échauguettes, que les habitants ont installées à respectable hauteur, pour de là mieux canarder les vols triangulaires de migrants. Ces *palombières* attestent, par leur incorporation même au paysage, la présence d'une coutume invétérée qui parle la langue du pays. Cependant, on voit aussi, dans les musées, des images flamandes ou hollandaises de garde-manger, de tables de cuisine où s'étalent des plumages ensanglantés, des chairs pantelantes. Natures mortes ? Que non pas : nature assassinée. Des psychologues, des psychanalystes de l'art (un peu sorciers ? peut-être) nous l'expliquent maintenant, ces peintures du XVI^e siècle — Van Rijck, Snijders, Weenix, d'autres encore — pouvaient bien, peintures de salles à manger, avoir pour rôle banal de stimuler la joie et l'appétit des mangeurs de gibier : plus gravement, elles avaient une fonction latente, inconsciente, qui était, tout au contraire, d'exprimer et de propager l'horreur, l'indignation d'un peuple, déjà teinté d'écologie, devant le massacre des innocents.

Pour en terminer avec les bêtes, si nous parlions des ivrognes ? La conduite en état d'ivresse postule raisonnablement une répression transeuropéenne, comme est transeuropéenne la circulation routière elle-même. Il n'empêche que des pays de houblon aux pays de vigne, avec la même quantité d'alcool, les ivresses peuvent être différentes, et différentes les attitudes sociales envers l'ivresse. Une législation uniforme devrait garder des marges de flexibilité (8) pour la coutume. C'est à propos de l'ivrognerie que Montesquieu avait inauguré sa théorie des climats (9), qui était sa méthode comparative. C'est là qu'il avait découvert les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses : sous le soleil de l'Arabie, où l'eau est le miracle qui étanche la soif, le Prophète avait été sage en ordonnant une prohibition totale du vin, tandis que les nations du Nord, qui espèrent de l'alcool quelque chaleur intérieure, pouvaient s'accommoder d'une moindre sévérité. L'Union européenne, si elle veut se faire agréer des peuples, aura intérêt à reprendre, en l'affinant à son usage, la théorie des climats.

(8) Les « marges nationales d'appréciation » que réserve parfois la Cour européenne des Droits de l'homme.

(9) *L'Esprit des lois*, XIV, 10.

Chapitre III

EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT *

Le droit dogmatique considère qu'il y a règle de droit véritable dès qu'un texte émanant de l'organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué. Peu importe que ce texte ne soit pas effectivement appliqué; l'appliquer est une tâche de gouvernants. L'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie : c'est un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable. Mais la loi inappliquée n'en reste pas moins la loi : l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit.

La sociologie juridique a nécessairement une position différente. Encore faut-il éviter les pièges d'une pure et simple idolâtrie du fait. Se borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse. La

* Cet article a d'abord paru dans *l'Année sociologique*, 1957-1958. Depuis lors, le couple effectivité-ineffectivité est devenu un des lieux communs de la sociologie juridique; cf. ainsi : Zur Effektivität des Rechts, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 3, 1972; P. LASCOUMES et E. SERVERIN, Théories et pratique de l'ineffectivité, *Droit et Société*, 1986 (2), 101. - La théorie de l'ineffectivité a été rejointe en partie par la théorie (et la pratique) de l'évaluation législative. Ouvrage pionnier (en langue française), L. MADER, *L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation*, 1985. Depuis, des travaux considérables ont été accomplis par l'Atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille, sous la direction de L. Bergel, et un très riche volume publié par la *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1994 (4). Sous deux angles, toutefois, l'évaluation législative reste en deçà de la recherche d'effectivité. 1° Elle s'en tient souvent à l'application par les « applicateurs » officiels (ex. la loi ayant été votée, les décrets d'application ont-ils été pris ? et dans quel délai ?), sans descendre au niveau des sujets de droit. 2° Elle part du postulat que les lois sont faites pour être appliquées, ce qui la fait sortir (à supposer que le texte soit Dieu) de l'athéisme méthodologique, et lui fait regarder la résistance à l'application comme un phénomène anormal. Avec un regard encore un peu différent, l'effectivité paraîtrait parfois se fondre dans la théorie des *politiques publiques* (politique de la législation et des décisions administratives). C'est une théorie qui comporte l'étude de la rationalité des choix (et d'une pathologie des choix rationnels) : A.S. 1990 (spéc. Lascoumes, 43) et 1997 (2); MORAND, *Le droit néomoderne des politiques publiques*, 1998; P. DURAN, *Penser l'action publique*, 1999.

vérité est que l'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique, et qu'elle mérite, à égal titre, notre attention. Plus précisément, il existe — car la notion est complexe — des *phénomènes d'ineffectivité*, et ce n'est qu'après les avoir soumis à une analyse objective que l'on peut essayer de prendre parti sur cette exigence générale d'effectivité que le premier mouvement de la sociologie juridique a été de poser comme un absolu.

L'effectivité, prise en elle-même, n'a pas d'histoire. C'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante. Mais on raisonne comme si elle n'était jamais que l'absence totale d'effectivité, ce qui supposerait que l'effectivité, de son côté, est toujours parfaite, alors qu'il y a, en réalité, toute une série d'états intermédiaires. Si l'ineffectivité *totale* est le schéma théorique d'où il convient de partir, l'ineffectivité partielle est bien plus pratique : tantôt *statistiquement*, tantôt *individuellement partielle*.

► L'INEFFECTIVITÉ TOTALE

Elle se rencontre dans deux hypothèses distinctes suivant que la règle de droit est restée constamment inappliquée *ab initio* ou a cessé d'être appliquée après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps. Les deux phénomènes ont reçu des noms : pour l'un, on parlera de *l'impuissance des lois*, pour l'autre de la *désuétude*.

1° *L'impuissance des lois*

L'hypothèse ne peut concerner le droit coutumier, puisque celui-ci, par définition, implique toujours une certaine durée de pratique effective. C'est seulement aux règles du droit écrit qu'il est donné de n'exister que sur le papier, et d'être conceptuellement sans avoir jamais été matériellement. De là l'expression « l'impuissance des lois », que Jean Cruet avait popularisée (1), et qui n'est pas, d'ailleurs, sans inconvénient, à cause de la nuance péjorative qu'elle évoque. Car l'inapplication originelle de la loi n'est pas toujours une situation anormale, du moins pas aussi anormale qu'on l'imagine. Trop souvent, les sociologues n'ont ici conçu la loi qu'en termes dramatiques de commandement et d'obéissance, de sorte que toute inapplication leur a paru révéler la révolte des sujets et l'inertie du pouvoir. Mais beaucoup de lois sont purement facultatives.

Beaucoup de lois ne font, pour ainsi dire, que des propositions. Telles sont la plupart des lois en matière contractuelle : des catalogues ou des formulaires. Elles présentent aux intéressés des types de contrat, mais on n'est pas obligé de contracter — ou même, à l'intérieur d'un type déterminé, elles offrent des variétés de clauses, mais qui ne sont que supplétives de volonté, nullement impératives. Quoique d'une façon plus inaperçue, le droit administratif recourt à une technique analogue, quand il monte des institutions ou des mécanismes

(1) Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

juridiques et les met à la disposition du public sans les rendre obligatoires (il y a des régimes facultatifs de sécurité sociale : des options ouvertes aux contribuables entre deux modes d'imposition ; des combinaisons étatiques de crédit ou d'épargne, etc.).

Or, c'est dans ce stock de lois de proposition que l'on puise le plus volontiers les exemples d'impuissance des lois. Ainsi, il est classique de relever que les articles 361 et s. du Code civil de 1804 sur la tutelle officieuse étaient mort-nés, que la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable a fait fiasco, et pareillement la loi du 26 avril 1917 sur la société anonyme à participation ouvrière, auxquelles nous ajouterions, plus récent, l'article 834 C. rural sur les coopératives de culture : dans ces divers cas, les catégories sociales que le législateur voulait attirer n'ont mis aucun empressement à répondre, et les possibilités légales sont restées inappliquées (2). Certes il a pu y avoir, à l'origine de l'application, des erreurs législatives : l'institution mise sur pied pouvait ne correspondre à aucun besoin social réel, ce dont une meilleure information (aujourd'hui par enquêtes, sondages) aurait permis de se rendre compte ; son accès pouvait être hérissé de formalités décourageantes, ce qu'un esprit moins bureaucratique aurait évité. Il faut bien voir, cependant, que l'inapplication n'a pas forcément ici le sens d'un échec, justifiant condamnation, abrogation immédiate, car elle peut tenir, et elle tiendra même généralement, à ce que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas encore trouvé réalisé dans les faits. La loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle. Pour cette espèce de lois, l'applicabilité importe plus que l'application ; elle est à elle seule effectivité. Il peut entrer dans la fonction juridique d'un grand Etat d'avoir des institutions et des mécanismes prêts pour toutes les éventualités, même s'ils doivent rester inemployés indéfiniment, comme il lui arrive d'entretenir des tribunaux inoccupés dans certaines circonscriptions territoriales.

Voisine et différente à la fois est l'hypothèse où la loi reconnaît des droits et des libertés aux individus. Ceux-ci peuvent ne pas en user (3). La loi proclame

(2) Ou à peu près. car il y a eu tout de même quelques applications. On peut les tenir pour négligeables s'il ne s'agit, comme nous le faisons ici, que de rechercher la signification de l'ineffectivité par rapport aux différents contenus possibles de la règle de droit. Mais, en elles-mêmes, elles ne sont nullement négligeables, et les hypothèses citées ressortiraient plus exactement à la notion de l'ineffectivité statistique.

(3) L'effectivité de la règle de droit touche ici à l'effectivité du droit subjectif (problème distinct, que nous n'entendons pas traiter à cette place). Les droits subjectifs sont rarement exercés à l'exacte limite de leur définition : tantôt l'individu va plus loin que son droit : tantôt (plus fréquemment sans doute, car il n'y a pas alors de réaction antagoniste), il reste en deçà (cf. *infra*, p. 199). Cette considération de l'effectivité et surtout de l'ineffectivité des droits individuels est importante ; elle explique pourquoi le système juridique individualiste fonctionne avec moins de dureté, plus de liant, que ne le laisserait supposer la vision abstraite de tant de droits subjectifs caparaçonnés dans leur égoïsme.

le droit de grève : en fait, il n'y a jamais de grève. La loi affirme la liberté des mariages entre blancs et gens de couleur : en fait, chacun se marie dans sa race. Dira-t-on que la loi est ineffective ? Il est visible que cela dépend des circonstances. On admettra qu'elle est ineffective si les grèves ou les mariages mixtes sont empêchés par la terreur, voire simplement découragés par des pressions économiques, familiales, sociales, car elle manque alors son but, qui est d'assurer la liberté. Mais il en va tout autrement là où les grèves sont inconnues parce que l'esprit revendicatif fait défaut, là où les mariages mixtes sont ignorés parce que les individus d'un bord éprouvent pour ceux de l'autre un éloignement sentimental invincible (4), car on ne saurait pousser la notion d'effectivité, pour les lois permissives, jusqu'à cette conséquence que tout ce qui est permis devrait être effectivement pratiqué. L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action, mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action. Une telle loi a toujours, d'ailleurs, une effectivité invisible, par son influence psychologique, psychothérapique. C'est comme une fenêtre ouverte : même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux.

Restent, il est vrai, bien d'autres catégories de lois, dispositives, impératives, prohibitives, peu importe la terminologie — toutes ces lois auxquelles le profane pense le plus immédiatement, parce qu'elles lui semblent plus souveraines, ne laissant aucune place dans leur définition à la volonté des individus. Leur ton impérieux ne les préserve pas de l'ineffectivité (5), et celle-ci paraît avoir, pour elles, une signification beaucoup plus grave que pour les lois facultatives, étant alors violation, transgression, et non plus simplement inapplication. Pourtant, ici encore, la notion d'effectivité, à l'analyse, révèle souvent une complexité inattendue. Il n'est que de réfléchir à l'économie de la loi pénale. Deux règles s'y mêlent : la prohibition, qui n'est pas toujours explicite (il est interdit de voler), et la sanction (le vol est puni d'emprisonnement). La loi pénale sera certainement jugée inefficace — et elle est doublement ineffec-

(4) On objectera qu'il n'y a pas de différence essentielle entre cette hypothèse-ci et la précédente, parce que l'éloignement sentimental dont il s'agit n'est lui-même que la réfraction inconsciente de l'éducation, du « qu'en dira-t-on », etc. ; bref, le produit d'une pression familiale ou sociale diffuse. Il est, cependant, impossible d'éliminer dans ce domaine la part de la pure affectivité. Nous pourrions, d'ailleurs, pour retrouver le problème sous une forme incontestable, raisonner sur l'hypothèse *théorique* où l'absence de tout mariage interracial pendant une période définie serait l'effet du hasard opérant sur une série limitée de cas (en x coups, pas une seule fois les boules blanches ne se sont mélangées aux noires ; la loi de liberté est-elle effective ?).

(5) Les exemples abondent surtout aux époques d'inflation législative, comme s'il y avait, dans toute société, un point de saturation juridique au-delà duquel les règles de droit ne sont plus assimilées par le corps social : ainsi, au Bas-Empire, où les constitutions impériales s'époumonent à réitérer les mêmes prescriptions (*saepe constituta sunt...*) ; et de nos jours, avec la réglementation économique et fiscale.

tive (6) — si, une infraction ayant été commise, une punition ne s'ensuit pas. Mais on inclinera sans doute à la juger effective dès lors qu'une punition, après commission de l'infraction, aura été prononcée : or, en pareil cas, seule la règle de sanction est effective (le commandement adressé aux agents de la répression), non la règle de prohibition (le commandement adressé à tous), laquelle, précisément, a été violée. Et à l'inverse, ne déclarera-t-on pas trop vite inefficace, morte, ou vide de contenu pratique, la loi pénale qui n'a jamais été le support d'une condamnation ? Mais, bien souvent, il n'y a pas de poursuite parce qu'il n'y a pas d'infraction, et l'absence d'infraction peut s'expliquer fort naturellement par l'action psychologique de la prohibition pénale. Ce qui est tout l'opposé d'une impuissance des lois : cette loi-ci peut même être dite la plus effective de toutes, quoique son accomplissement soit invisible et immatériel. De telles remarques tendent seulement à montrer combien il serait imprudent de conclure à l'effectivité, ou à l'ineffectivité, d'une disposition légale sans un examen détaillé de l'hypothèse.

2° La désuétude

S'il est un fait qui atteste que l'effectivité est essentielle à la règle de droit, c'est, semble-t-il bien, la désuétude, puisqu'elle est une abrogation par perte d'effectivité. Avec raison, les sociologues critiquent, comme entachée de dogmatisme, la jurisprudence française qui refuse d'admettre qu'une règle de droit, du moins de droit écrit, puisse être abrogée par désuétude (7) : dans la désuétude ainsi que dans la coutume, des forces sociales vives sont à l'œuvre, en dehors des formes juridiques officielles ; n'y a-t-il pas un entêtement irréaliste à leur dénier le pouvoir, là de créer, ici de détruire ? Encore faudrait-il être assuré que toute ineffectivité *superveniens* est une authentique désuétude.

De nouveau, le rôle de la volonté privée dans l'application de certaines lois devra être pris en considération. C'est ainsi que, si la faveur des parties, après s'être portée plus ou moins longuement sur un modèle légal de contrat, s'en est peu à peu éloignée, on se demandera si ce changement de mode mérite sociologiquement d'être traité comme une désuétude abrogatoire. Il peut, certes, être désirable de rajeunir un code comme on rajeunit le catalogue d'un grand magasin, en rayant les articles qui ne sont plus demandés du tout (on a

(6) Car non seulement la transgression est restée dépourvue de sanction, mais la prohibition n'a pas su empêcher la transgression. Toutefois, cette dernière affirmation d'ineffectivité repose sur le postulat — couramment admis, mais qui a pu être contesté, et pas seulement du point de vue freudien — que la loi pénale a pour fonction d'empêcher la transgression. Pour ceux qui considèrent que sa fonction est, sinon proprement de faire pulluler la transgression, du moins de produire la dose de pénalité dont la société a besoin, il est évident que la violation de la prohibition est tout le contraire d'un phénomène d'ineffectivité.

(7) Voir surtout (à propos du délit de « marchandage » exploitation des ouvriers par un sous-entrepreneur), Crim. 4 février 1898, *Sirey*, 1899.1.249, *Dalloz*, 1898.1.369, et Orléans, 5 juillet 1898, *Sirey*, 1899.2.201, avec la note de J.-A. Roux. *Adde*, plus récemment, Trib. civ. Seine, 4 janvier 1945, *Dalloz*, 1945.291 ; Montpellier, 23 février 1949, *Dalloz*, 1949. Sommaires : 41.

pu ainsi rayer la société universelle du Code civil, ou le prêt à la grosse du Code de commerce). Il faut bien convenir, toutefois, que ce genre de réforme intéresse plus l'élégance que le fond de la législation. La situation réelle demeurera, ou à peu près, ce qu'elle était auparavant : une totale disponibilité aux volontés contractuelles, que gênera à peine la disparition du prototype légal. Et ces volontés ont des retours imprévisibles : elles sont fort capables de rendre vie à des combinaisons que l'on s'était hâté de porter en terre (8).

Pareillement, si la loi est une loi de liberté, on refusera les vertus sociologiques d'une désuétude à ce qui ne serait que le non-usage de la liberté. Il faudrait, pour qu'il y eût désuétude, plus qu'un état passif de non-usage : des actes accomplis *in contrarium* (par exemple, non pas seulement l'absence de grèves, mais que les grèves aient été empêchées par des réactions de la masse). En ce sens, il est sociologique autant que dogmatique de dire que l'on ne prescrit pas contre la liberté.

Enfin, argumentant sur le thème de la loi pénale, nous nous mettrons en garde contre le danger de prendre pour une désuétude (sociologique) ce qui ne serait qu'une tolérance (administrative) : bien souvent, si la loi pénale cesse d'être appliquée, quoique les conditions de l'infraction soient réunies, c'est que les autorités chargées de la répression (pratiquement les Parquets) ne croient plus opportun d'exercer des poursuites (9).

(8) Comme exemple de ces résurrections, on pourrait citer le cas du précaire. Le sens général de la combinaison ainsi désignée — ce qui constitue l'unité du type, en dépit de variantes secondaires — est qu'un propriétaire concède l'usage de son immeuble à une autre personne moyennant redevance, mais en se réservant le droit de mettre fin à la concession à tout moment. On rencontre ce type de contrat pratiqué à trois périodes de l'histoire romaine (avec des intervalles d'évanouissement) : dans la Rome primitive, puis à l'époque des juriconsultes classiques, enfin au Bas-Empire. On le retrouve à l'époque franque. Dans les derniers siècles de notre ancien droit, c'est encore une catégorie juridique reconnue. Cependant — nouvelle éclipse — le Code civil n'en a point parlé, et la doctrine du XIX^e siècle pensait volontiers qu'il y avait là un type de contrat qui, par la prépondérance qu'il conférait à l'une des parties, la nette insécurité où il plaçait l'autre, n'était plus en harmonie avec les idées modernes. Or, le précaire a eu comme une renaissance : réagissant à une législation des loyers qui tendait à perpétuer les locataires dans les lieux loués, les propriétaires d'immeubles urbains ont cherché à ne plus passer de baux ; ils se sont avisés de recourir à des conventions d'occupation précaire, leur permettant de faire cesser comme ils l'entendraient l'occupation des lieux. La jurisprudence a validé, en principe, la combinaison.

(9) La plupart des arrêts que l'on cite comme ayant déclaré la désuétude inopérante se rapportent plus exactement à des hypothèses de tolérance administrative prolongée : voir par exemple Crim. 19 février 1987, *Sirey*, 1987.I.280 et les renvois. Tel était le cas, en particulier, des arrêts rendus en matière de marchandage (v. *supra*, note 7). La pression des mouvements ouvriers avait amené le gouvernement provisoire de 1848 à interdire, sous sanction pénale, cette pratique (décret du 2 mars 1848). Mais, peu après, l'orientation politique change : les Parquets mettent le décret en sommeil, et cela dure jusqu'au moment où, vers la fin du XIX^e siècle, les revendications prolétariennes retrouvent quelque audience. Les forces sociales qui avaient été à l'origine de l'interdiction n'avaient pas cessé d'être en action durant ces cinquante années ; elles avaient seulement été refoulées par des décisions artificielles de l'autorité ; cette inapplication était sans profondeur sociologique. On entrevoit, au passage, que reconnaître un effet abrogatoire à l'ineffectivité ne va pas nécessairement dans le sens du progrès social : tout dépend du contenu de la loi en cause.

On pourrait soutenir, il est vrai, qu'elles en décident ainsi parce qu'elles ont la conviction que des poursuites ne seraient plus comprises par l'opinion publique, si bien que la tolérance ne ferait qu'interpréter une désuétude déjà latente dans la masse. Mais l'explication n'est pas valable pour toutes les espèces : il existe bien une notion autonome de la tolérance administrative, acte de volonté du pouvoir à des fins d'intérêt public. Ineffectivité, si l'on veut, comme la désuétude, mais en moins profond : la tolérance est instable (car l'appréciation de l'intérêt public peut changer rapidement), et elle n'affecte que la règle de sanction, la règle de prohibition pouvant demeurer effective — du moins partiellement effective, dans la mesure même où la possibilité, toujours présente, d'un retour à la sanction intimide quelques contrevenants potentiels.

► L'INEFFECTIVITÉ STATISTIQUE

Il serait exagéré de prétendre que l'effectivité à 100 % n'est qu'une hypothèse d'école. Il est des règles de droit qui sont si paisibles, si parfaitement exemptes de contentieux que l'on peut, à vue humaine, présumer leur application totale. Un bon exemple en est donné par notre système de publicité du contrat de mariage — système si simple que, depuis 1850 où il fut institué, on n'a jamais entendu parler d'un cas où il n'aurait pas fonctionné (10). Ou, du moins, il est des règles dont les déviations rapportées à de grandes masses sont si exceptionnelles que l'on peut pratiquement les tenir pour nulles. On songe à l'obligation de déclarer les naissances et les décès à l'état civil : elle est tellement entrée dans les mœurs françaises que les manquements ne sont plus, à l'heure actuelle, qu'en nombre infinitésimal (11).

Cependant, la plupart des règles de droit — si même nous faisons abstraction ici de celles qui ont un caractère facultatif — comportent un pourcentage toujours appréciable, parfois considérable, d'ineffectivité : ce n'est que dans une fraction des cas où elles devraient être appliqués qu'elles le sont effectivement. Le phénomène n'a pas été beaucoup étudié — sauf en droit pénal, sous les espèces de la criminalité, celle-ci étant l'ineffectivité statistique de la prohibition pénale, vue, il est vrai, du côté des hommes plutôt que du côté des

(10) Cela ne signifie pas que l'effet de publicité soit toujours atteint, mais que la formalité destinée à le produire est toujours accomplie (sans doute parce que la responsabilité en repose sur deux groupes de techniciens, les notaires et les bureaux des mairies).

(11) On est tenté de ranger ici les mariages, à côté des naissances et des décès. Mais le cas est sans valeur probante, malgré les apparences d'une effectivité *absolue* de la règle de droit : s'il n'y a absolument aucune infraction à la règle qui exige que le mariage donne lieu à un acte de l'état civil, c'est tout simplement parce que l'union entre homme et femme qui a lieu sans intervention d'un officier de l'état civil n'est plus juridiquement un mariage. Le phénomène coïncidant avec l'enregistrement du phénomène, il ne peut y avoir de phénomène qui ne soit enregistré.

règles. En creusant davantage le concept de criminalité, les pénalistes ont d'ailleurs mis en lumière un autre aspect de l'ineffectivité, l'ineffectivité statistique de la règle de sanction. C'est une distinction classique chez eux (12) que celle de la criminalité *réelle* (le nombre des crimes commis), de la criminalité *apparente* (le nombre des crimes connus de la police) et de la criminalité *légale* (le nombre des crimes sanctionnés, tel qu'il résulte de l'ensemble des condamnations prononcées par les tribunaux répressifs). Même si l'on renonce à pénétrer la criminalité réelle, qui est encore supérieure, on suppose que la criminalité apparente est, dans notre pays, à peu près quadruple de la criminalité légale, ce qui représenterait, pour la loi pénale envisagée comme système de sanctions, un taux d'ineffectivité de 75 %, dont la vie sociale s'accommode.

Ces ineffectivités partielles ont, en certaines hypothèses, des causes fortuites, nous entendons : étrangères à la volonté des gouvernants. Ce sont les déperditions de la machinerie juridique : une technique plus perfectionnée pourra les réduire ; il n'est pas sûr qu'elles puissent être complètement éliminées. C'est le criminel qui échappe aux recherches de la justice ; c'est le contrat contraire à l'ordre public (par exemple, la vente à prix illicite, en période de taxation) qui s'exécute sans que personne en demande la nullité ; c'est le jugement qui, par erreur de droit, refuse d'appliquer une disposition légale, et qui devient inattaquable parce que les voies de recours ne sont pas exercées (13), etc.

Mais, en d'autres hypothèses, c'est par la volonté même des gouvernants (ou de leurs agents) que la règle de droit demeure partiellement ineffective, parce qu'ils estiment que son application, eu égard aux circonstances, ferait plus de mal que de bien (14). La différence relevée entre la criminalité apparente et la criminalité légale s'explique ainsi pour une large part. Quoique les éléments constitutifs d'une infraction soient réunis, quoique la culpabilité d'un

(12) Cf. VOUIN et LÉAUTÉ, *Droit pénal et criminologie*, 1957, p. 56 et s. ; MERLE et VITU, *Traité dr. crim.*, I, 1984, n^{os} 12 et s. ; STEFANI, LEVASSEUR et JAMBU-MERLIN, *Criminologie et science pénitentiaire*, 1968, n^{os} 51 et s.

(13) Une règle de droit n'est pas, sur tous les points du territoire et à tous les instants de la durée, appliquée avec la même intensité, ni comprise de la même manière. Ainsi, le 27 juin 1957, la Cour de cassation avait proclamé, comme une vérité préexistante, la validité de la clause d'échelle mobile dans le contrat de prêt. Mais il y avait eu, dans le sens de la nullité, des décisions de tribunaux et de cours d'appel qui n'avaient pas été déférées à la Cour de cassation ; et sur la foi de ces décisions, des créanciers avaient bien pu renoncer à réclamer l'exécution de la clause, se l'imaginant nulle. Si l'on faisait le bilan pour les années 40 à 60, il laisserait sans doute apparaître que la règle de validité a été partiellement ineffective à cause du défaut d'homogénéité du milieu juridique (le milieu où sont appelées à s'appliquer les règles de droit).

(14) La technique de la dispense (*dispensatio*), si aisément utilisée par le droit canonique, auquel notre droit légaliste en a emprunté — comme à regret — quelques applications (par exemple, dispense d'âge en matière de mariage, d'examen, etc.), est une mise en forme de cette idée.

individu soit prouvée, il n'est pas rare que le ministère public s'abstienne de poursuivre, « classe l'affaire sans suite » (15). On lui en reconnaît le pouvoir dans notre système de procédure pénale : c'est le principe dit de l'opportunité des poursuites. Ou bien même : le tribunal répressif, devant lequel l'individu a été renvoyé, le relaxe, malgré l'évidence de l'infraction, en se déclarant insuffisamment convaincu. Ces attitudes de l'autorité s'inspirent du sentiment que l'ineffectivité de la règle de sanction ne met pas en péril l'ordre social, tant qu'elle se limite à un certain nombre de cas particuliers (« sans tirer à conséquence », comme le disaient les parlements de l'Ancien Régime). Avec une telle flexibilité, on est loin, il faut en convenir, de cette légalité rigide qui avait été l'idéal juridique de la Révolution. Dans sa logique, l'esprit de légalité commanderait que l'application de la règle de droit fût automatique, donc qu'il n'y eût pas la moindre ineffectivité, la règle portant partout avec elle son application, sa sanction, comme le corps porte l'ombre. Mais, quelle que soit la séduction philosophique de l'idéal légaliste, quelle que soit même sa valeur pratique (par l'aide qu'il apporte à la réalisation de l'égalité), on ne peut pas, on n'a pas pu s'y tenir, parce qu'il contredit, dans l'homme et dans la société, des tendances trop fondamentales. C'est défigurer la réalité humaine et sociale qu'il s'efforce dans les systèmes juridiques modernes, que de n'en retenir qu'un besoin d'ordre, de régularité, partant de ponctuelle et totale effectivité des règles de droit. Il s'y rencontre des instincts antagonistes : la propension au compromis, l'indulgence, et même la recherche du moindre effort (16), qui inclinent les règles de droit à une ineffectivité tout aussi naturelle.

L'ineffectivité statistique pose des problèmes auxquels la sociologie juridique aura le devoir de s'attaquer quelque jour. Ainsi, une dose déterminée d'ineffectivité s'étant introduite dans le milieu juridique, a-t-elle une tendance propre à se résorber ou à croître ? Quel est ici le rôle de l'imitation, des sentiments égalitaires ? À l'opposé, celui de la réprobation (l'effet des ilotes ivres) ? Puis, ce problème très broussailleux, dont le défrichement serait pourtant si utile à la constitution d'une législation sociologique : quel est le taux maxi-

(15) Cf. A. DAVIDOVITCH et R. BOUDON, Les mécanismes sociaux des abandons de poursuite A.S. ; c'est cet article qui a fait prendre conscience de l'importance pratique (et politique) des « classements sans suite », 1964, p. 111 et s.

(16) La recherche du moindre effort conduit quelquefois l'Etat à adopter, pour l'application de ses lois, une technique (très remarquable du point de vue des principes, et notamment de l'égalité devant la loi) de contrôle par sondages. Les vérifications douanières, les rondes de police ressortissent à ce type. Une telle technique repose sur une constatation de psychologie expérimentale : savoir que l'indétermination du temps et du lieu des sondages entretient une crainte suffisamment généralisée pour entraîner l'application de la loi même dans les intervalles. Mais elle implique aussi l'acceptation de ce fait que, dans les intervalles, un certain nombre de cas de non-application pourront échapper aux sanctions légales. Cette ineffectivité statistique de la règle paraît préférable aux frais et aux gênes que causerait un contrôle continu. Du moins elle le paraît aux gouvernements sages.

mum d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit ? Il est probable que nos préjugés normatifs nous le font placer trop bas.

► L'INEFFECTIVITÉ INDIVIDUELLE

L'effectivité peut être considérée par rapport non plus à la société mais à l'individu, à chaque individu qui a l'obligation de conformer sa conduite à la règle de droit. S'y soumettra-t-il ? S'y soustraira-t-il ? L'ineffectivité statistique, qui est la destinée ordinaire des règles de droit, est faite d'une multitude d'effectivités et d'ineffectivités individuelles.

Mais peut-il jamais y avoir ineffectivité partielle au niveau de l'individu ? Il semble que, de la part de celui-ci, la réponse à la règle ne puisse être que par oui ou par non. Tout ou rien : il la suivra telle qu'elle a été édictée, et elle sera accomplie ; ou il s'en écartera, fût-ce d'un iota, et elle sera vidée. Concevrait-on un meurtrier à 65 % ? un contrat à moitié contraire à l'ordre public ?

Position solide dans l'abstrait. Cependant, les droits positifs, si on les interroge, révèlent bien des demi-teintes possibles dans l'accomplissement individuel de la règle — comme, tout à l'heure, dans son accomplissement global : parce que les réalités dont ils ont à s'occuper, comme toutes choses humaines, sont plus souvent médiocres qu'extrêmes, il leur faut savoir se faire accommodants aussi bien que tranchants. C'est un mécanisme juridique élémentaire que l'appréciation de la gravité des fautes : on le retrouve, diversifié, à travers des techniques telles que le bénéfice des circonstances atténuantes en droit pénal, la distinction de la *culpa lata* et de la *culpa levis* en droit privé, etc. Or, faisant réflexion que la faute est définie par les juristes comme le manquement à un devoir légal, coutumier, moral, donc, en dernière instance, comme le manquement à une règle, il apparaît que, si le manquement à la règle est susceptible d'appréciation, c'est que l'ineffectivité de la règle est susceptible de degrés. De semblable manière, croit-on que la règle qui impose à un débiteur de payer ses dettes soit d'une application indivisible ? Mais beaucoup de faillis donnent un dividende ; mais beaucoup de débiteurs paient *mal*, parce qu'ils paient en retard, quoiqu'ils paient. Dans les déclarations à l'enregistrement, les insuffisances (qui traduisent, en somme, une ineffectivité partielle de la loi fiscale) sont plus fréquentes que les omissions (qui représentent l'ineffectivité totale). Et nous citerons, dans la même ligne de pensée, la fameuse enquête américaine sur le comportement des automobilistes en face d'un feu rouge non surveillé (17). Cette enquête a montré que les automobilistes se répartissent en trois groupes : ceux qui s'arrêtent, ceux qui passent sans ralentir, et ceux qui passent, mais en rallen-

(17) Cf. J. W. ALLPORT, The hypothesis of conforming behavior, *Journal of Social Psychology*, mai 1934, p. 141 et s.

tissant *plus ou moins* fortement (18). Ce troisième groupe est le plus intéressant. En eux, la règle n'est point totalement ineffective. Conformistes ? non conformistes ? conformistes supérieurs, puisqu'ils raisonnent la règle ? L'ambiguïté de leur comportement reflète l'ambiguïté même de l'ineffectivité partielle, qui est aussi, vue par son revers, une partielle effectivité.

Les analyses qui viennent d'être tentées, si rapides qu'elles soient, autorisent peut-être une première conclusion : que l'effectivité n'est pas ce bloc sur lequel juristes et sociologues se sont trop facilement accordés — pour mieux faire éclater ensuite leur désaccord. C'est une notion toute relative. Dans des recherches ultérieures, il pourrait être préférable de dissoudre la notion et de mettre à sa place la série hétérogène que nous avons esquissée. Il faudrait même entrer davantage encore dans le concret. Tout ne se laisse pas ramener à une différence de degré. La diversité des causes (tolérance administrative, politique des parquets, désuétude *stricto sensu*, rébellion des sujets, etc.) imprime, sans doute, à chaque groupe de phénomène d'ineffectivité une autonomie suffisante pour justifier un traitement séparé.

Une autre conclusion semble se dégager : la prépondérance des états intermédiaires (nous ne disons pas : dégradés). Entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine. Cette sorte d'ineffectivité ne doit pas être regardée *a priori* comme un phénomène morbide : elle est, pour une large part, naturelle à la règle de droit.

Nous pouvons tenter maintenant de porter un jugement sur l'exigence d'effectivité. La phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité. Du moins, pas une vérité générale. S'il est des règles qui ont dans leur vocation d'être appliquées, et pour lesquelles, partant, l'inapplication peut être présumée échec, il en est d'autres dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne l'être pas constamment, ni jusqu'au bout (19).

(18) Respectivement 75,5 %, 0,5 % et 24 % (22 % qui ralentissent très fortement et 2 % qui ralentissent faiblement).

(19) À cet endroit, nous rencontrons la notion si remarquable du *comminatoire*. Non pas au sens vulgaire de la simple menace, mais au sens technique qu'y mettent les juristes. Pour eux, le mot désigne une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application. L'ancien droit usait abondamment, dans ses procédures, de nullités, d'amendes, de déchéances comminatoires, qui étaient prononcées, mais pouvaient n'être pas appliquées. En 1806, le Code de procédure civile (art. 1029) entendit abolir cette technique, jugée peu harmonique au principe de légalité. Mais le comminatoire a reparu sous d'autres formes. On connaît la pratique des astreintes, ces condamnations indéfiniment grossissantes, à tant par jour de retard, prononcées contre les débiteurs, les expulsés récalcitrants. Le propre de l'astreinte est d'être comminatoire, c'est-à-dire que les condamnations encourues *pourront* être réduites après coup si le débiteur, si l'expulsé ont, tout de même, fini par obtempérer. Comment se fait-il alors que l'astreinte garde sa force d'intimidation ? Parce qu'il n'est jamais certain *a priori* qu'elle sera réduite : c'est assez de l'incertitude qui plane sur l'application finale du juge-

Il ne paraît donc pas légitime d'inclure l'effectivité dans une définition sociologique de la règle de droit : ce serait faire du contingent le nécessaire. Certes, l'application de la règle est un fait sociologiquement considérable. Mais la règle est un phénomène sociologique dès avant son application et indépendamment de celle-ci. L'exigence d'effectivité est *excessive*.

Nous sera-t-il permis d'ajouter qu'elle peut être *dangereuse*? Elle mène à une caricature de raisonnement législatif, que l'on qualifie trop légèrement de sociologique : puisque la règle ne réussit pas à se faire obéir, il n'y a qu'à la changer. Mais il peut être important de maintenir une règle, même violée, si elle répond à un intérêt social évident. Un exemple édifiant en a été fourni par notre procédure d'instruction criminelle. On sait quelles larges garanties la loi du 8 décembre 1897 avait prévues en faveur de l'inculpé (interrogatoire réservé au juge d'instruction, obligation d'y procéder dans les 24 heures de l'entrée dans la maison d'arrêt, etc.) et comment, par la paresse ou la faiblesse de ceux qui en étaient chargés, et aussi le peu de profondeur de leurs convictions libérales, ces garanties restèrent ineffectives, cédèrent même la place à des abus contraires (enquête officieuse, interrogatoire policier). Les esprits effectivistes sont alors intervenus : il n'y a pas à regretter, ont-ils dit, des garanties qui n'existent que sur le papier ; mieux vaut les supprimer pour s'aligner sur ce qui se passe effectivement. Le malheur est que ce raisonnement n'est pas resté sans influence sur le Code de procédure pénale de 1957. Et l'on a pu s'apercevoir que l'effectivisme était un faux réalisme : tant que les pratiques policières restaient illégales, elles étaient contraintes à quelque prudence ; une fois qu'elles eurent été prises en compte par la loi, se sentant plus d'assiette, elles acquirent plus d'audace. On a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de « mauvaise conscience », qui s'oppose à des

ment (ou de la règle que le jugement consacre) pour en assurer le respect dans la moyenne des occurrences. Mais la notion du comminatoire peut être généralisée. Sauf dans les législations qui refusent au juge répressif le moindre pouvoir quant à la fixation de la peine, toutes les lois pénales ont, en somme, un caractère comminatoire, en ce sens qu'il n'est jamais assuré qu'elles seront appliquées au maximum de leur rigueur. C'est ici le lieu de rappeler la formule subtilement nuancée qu'employaient les Constitutions impériales pour *comminer* la peine de mort : ... *non sine periculo capitis*. Les juristes affirment volontiers que c'est la certitude de la répression qui fait l'efficacité d'un système pénal. Conception un peu grosse : en fait, l'incertitude y suffit bien. Et mieux. Car, s'il fallait appliquer intégralement, chaque fois qu'elles sont encourues, toutes les sanctions prévues par les lois pénales, on introduirait dans la société un flot de pénalités qu'elle ne supporterait pas. Le comminatoire, c'est-à-dire l'incertitude de l'effectivité, permet une économie de moyens pénaux, qui est fort salubre. Il y a longtemps que l'on s'en est aperçu. Nombreux, dans l'Ancien Droit, sont les exemples où le pouvoir royal, après avoir édicté un texte sévère, recommandait aux juges de ne pas l'appliquer dans toute sa rigueur (voir ainsi, dans la correspondance du chancelier Pontchartrain, sa lettre de 1700 adressée au Parlement de Paris sur les peines à appliquer aux mendiants ; cf. la pratique du *retentum*, par laquelle les juges adoucisssaient secrètement le supplice auquel ils venaient de condamner l'accusé).

violations plus étendues. Au fond, ineffective aux yeux des juristes, elle demeure effective, partiellement effective pour le sociologue. Que la sociologie juridique, en tout cas, si elle veut progresser, se garde des deux côtés : de ceux qui veulent l'empêcher de dire son mot dans la législation ; de ceux qui veulent lui faire dire ce mot à leur propre convenance.

Chapitre IV

LES PHÉNOMÈNES D'INCIDENCE DANS L'APPLICATION DES LOIS *

Ne peut-il arriver que des textes, tout en ayant effet, aient un autre effet que celui que leur auteur avait voulu ? C'est, distinct du problème de l'effectivité, le problème de l'incidence. L'incidence est une effectivité qui n'en est pas moins une ineffectivité : une retombée de la loi en dehors de la cible.

Nous sommes habitués à entendre parler de l'incidence à propos de l'impôt (1). Nous savons bien que ceux que le fisc désigne pour acquitter une contribution ne sont pas toujours ceux qui la supporteront définitivement, qu'il ne faut pas confondre les *tax-payers* avec les *tax-bearers*. On a visé le fabricant de sucre, et c'est le consommateur de confiture qui en pâtira ; on a grevé les capitaux prêtés, et le taux de l'intérêt augmentera aux dépens des emprunteurs. L'incidence est le point où l'impôt s'enfonce après avoir rebondi une ou plusieurs fois.

Ce qui ne paraît pas avoir été assez remarqué, c'est que l'incidence de l'impôt n'est qu'un aspect particulier d'un phénomène infiniment plus vaste, qui est l'incidence de la loi. L'impôt n'est-il pas, pourtant, règle de droit avant que d'être ponction de valeurs ? Quand le redevable recouvre sur autrui ce qu'il a dû payer d'abord, c'est comme s'il substituait un sujet à un autre dans l'exécution de la règle, un sujet réel au sujet apparent. Mais toute loi, quel qu'en soit le domaine, peut déterminer le même comportement, parce que toute loi, étant contrainte, est sentie comme un fardeau. Le législateur, par hypothèse, a discriminé une catégorie de population pour l'assujettir à une obligation spéciale ; la réponse spontanée de cette catégorie sera d'utiliser les rapports de fait ou de

* Cet article a été d'abord publié dans les *Mélanges offerts*, en 1972, au professeur J.J.-M. van der Ven, de la Faculté de droit d'Utrecht (*Recht als instrument van behoud en verandering*, le droit comme instrument de conservation et de changement ; éd. Kluwer, Deventer).

(1) Cf. E.R.A. SELIGMAN, *Théorie de la répercussion et de l'incidence de l'impôt*, trad. Paris, 1910 ; E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 5e édit., 1927, p. 505 et s. ; P.M. GAUDEMET, *Précis de finances publiques*, 1970, n° 630.

droit qui l'unissent aux autres catégories pour essayer de rejeter sur celles-ci tout ou partie de l'obligation.

Par des exemples extérieurs à la législation fiscale, nous voudrions tenter de saisir cette généralité de la théorie de l'incidence, quitte à nous inquiéter ensuite des leçons qu'une philosophie de la législation pourrait y puiser.

La fongibilité plus que parfaite de l'argent, son aptitude à tout mesurer et à s'échanger contre toutes choses, crée cette facilité de calcul et cette fluidité de translation qui ont l'air d'être les conditions pratiques des phénomènes d'incidence. Aussi n'est-il pas surprenant que, sous leur forme la plus claire, ces phénomènes se rencontrent dans le droit des expressions pécuniaires, qui est le droit patrimonial.

a) En 1898, le législateur français a mis sur les épaules des employeurs une responsabilité objective pour les accidents du travail survenus aux salariés. Depuis 1930, la jurisprudence française avait imposé au gardien de la chose, en premier lieu à l'automobiliste, une présomption de responsabilité pour les dommages causés aux tiers. Ces solutions ont été généralement perçues par la doctrine comme des applications de la justice distributive : est désignée pour supporter les conséquences d'un dommage fortuit la partie qui en a la capacité financière. Or, ces redevables désignés ont instinctivement organisé le rejet de la besace dont on avait entendu les charger. C'est par le moyen des mécanismes d'assurance que le rejet s'opérera (2). Patrons et gardiens s'assurent — que ce soit librement ou par devoir légal — contre le risque de leur responsabilité civile. Sans doute, puisqu'ils paient des primes, nous pouvons nous figurer un instant qu'ils vont continuer à soutenir le poids de la règle juridique. Mais les patrons toujours, les gardiens d'automobiles souvent, sont en rapports d'affaires avec une clientèle : ils incluront les primes d'assurance dans leurs prix de revient et, en définitive, ce seront les clients du responsable qui indemniseront la victime. Il semble, toutefois, que, lorsqu'une voiture n'est pas destinée à un usage professionnel, son propriétaire ne bénéficie d'aucune possibilité de repasser à autrui son obligation. Mais cela même n'est pas certain, quoique les ricochets soient alors plus troubles : l'acheteur d'automobile faisant vaguement entrer dans son budget le coût de l'assurance future, le fabricant est forcé d'en tenir compte d'avance dans l'établissement de ses prix (à moins qu'il ne soit maître du marché) — si bien que la charge de la responsabilité civile pourrait bien retomber en amont, sur les bénéfices des producteurs.

b) Des règlements de police interdisent, sous peine d'amende, le stationnement des véhicules, même utilitaires, sur la voie publique. Leur point de mire,

(2) Cf. Pierre RAYNAUD, *De la responsabilité civile à la Sécurité sociale*, Dalloz, 1948, chronique, p. 93 ; René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^e édit., 1964, t. 1, p. 332 et s.

c'est indiscutablement le propriétaire du véhicule, puisque c'est sur lui qu'il faut exercer l'effet dissuasif. Mais la pratique — au moins la pratique parisienne — révèle la fréquence du rejet : l'entrepreneur qui a besoin de laisser stationner ses voitures de livraison ou ses camions d'outillage, ajoute tout bonnement à ses frais généraux la probabilité de l'amende, et en dernière instance, la peine frappe le client.

c) Quand la loi soumet à des formalités les actes de disposition portant sur le patrimoine d'une personne en tutelle, elle n'a d'autre objectif que la protection de l'incapable. Cependant, pour peu que les formalités soient complexes, une menace de nullité va facilement planer sur l'opération. Les éventuels acheteurs ne manquent pas de prendre en compte cette menace lorsqu'ils ont à chiffrer leurs propositions : ils se couvrent du risque d'annulation en offrant une moindre somme, la différence étant pour eux comme une prime d'assurance grossièrement appréciée. Le résultat est que des règles conçues pour protéger les incapables, se retournent en pratique contre eux. C'était jadis chez nous un aphorisme d'expérience que les biens des mineurs se vendaient mal (3), et il n'est pas sûr que nos réformes — la loi du 14 décembre 1964 — aient suffi à lui enlever toute vérité. Le sens de la législation protectrice est d'instituer le contractant capable contrôleur et garant de la protection ; la réaction du contractant capable est toute naturelle : il dresse un péage à l'endroit du contrôle, il perçoit une taxe de garantie.

d) Sous l'influence d'un mouvement très puissant de protection des consommateurs, le droit du XX^e siècle finissant a été amené, en tous pays (en France, par la loi du 19 mai 1998), à alourdir les charges des producteurs, soit en étendant leur obligation de garantie, soit en leur imposant préventivement un devoir d'information. Or, toute extension de la garantie implique une responsabilité accrue, qui s'inscrit quelque part en dépense comme une prime supplémentaire, fictive ou effective, de risque ; semblablement, toute information qu'il faut donner, loin de se réduire à n'être qu'une transparence, condense en elle du travail et des frais, qui ont un coût. Il serait naïf d'imaginer que les producteurs supporteront sans réagir ce surcroît d'engagements. Ils vont en incorporer l'estimation à leurs prix de vente, et les acheteurs paieront dès la formation du contrat l'amélioration du service éventuellement attendu au moment de l'exécution. Aussi les auteurs qui se livrent à une analyse économique des mécanismes du droit s'appuient-ils sur ce phénomène d'incidence pour dénoncer une certaine vanité du « consumérisme » (4).

(3) Cf. E.S. DE LA MARNIERRE, *Les législations de protection*, D., 1950, chroniques, p. 93, spécialement, p. 96.

(4) Cf. B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace ; pour un non-devoir de renseignement*, R.T., 1985, p. 91 et s. Cf. *infra*, p. 318.

e) Ce n'est pas, cependant, que l'incidence soit inconcevable en l'absence de charges ou de risques pécuniaires se déplaçant de patrimoine à patrimoine. Témoin un cas emprunté à l'actualité législative, où l'incidence ne serait qu'une pression psychologique, exercée sur une décision toute intime : de divers côtés, le projet a été émis de conférer au conjoint survivant, dans l'ordre successoral, des droits incontournables d'héritier réservataire. La mise en garde a jailli aussitôt. Attention aux incidences : le divorce va croître, car ce sera la seule façon, pour les gens mariés, de recouvrer entièrement leur liberté testamentaire. L'incidence, en pareil cas, est facilement stigmatisée comme un *effet pervers* de la loi (5).

f) Un dernier exemple, exemple fameux, au demeurant, presque aux confins du mythe. Le Code Napoléon, poursuivant l'idéal révolutionnaire de la petite propriété rurale, avait sérieusement restreint la liberté testamentaire du *pater familias* : il fallait mettre obstacle à une concentration de tout le patrimoine sur la tête d'un seul héritier. Quelle fut la riposte des familles ? Plus marquée qu'ailleurs peut-être dans la paysannerie du Midi de la France, elle se dessine vers le milieu du XIX^e siècle et se prolonge encore après la Première Guerre mondiale : les couples limitèrent leur descendance. Empêchés par les lois de faire un aîné, ils opposèrent aux lois l'aînesse irrécusable du fils unique. Le jeu de l'incidence était des plus subtils : l'effet de division des fortunes se transmuait en un effet de restriction des naissances — ou pour traduire la chose plus dramatiquement, le Code avait tiré sur l'aîné, et c'étaient les puînés qui avaient été tués, les puînés condamnés à rester dans les limbes.

Ce sont assez d'exemples pour faire sentir, en même temps que l'universalité du phénomène, son caractère insidieux et perturbateur. Le commandement devient indifférent ; le comminatoire se trompe d'adresse ; les suites attendues ici se produisent ailleurs. Assurément, la norme sociale est accomplie, mais c'est un accomplissement purement formel, car ses propres sujets la doublent d'une autre norme, norme privée, qui, peu ou prou, la vide de sa substance. Rien d'étonnant à tout cela, si l'on consent à faire réflexion que le législateur travaille sur une matière non pas inerte, mais vivante et, qui plus est, intelligente, voire astucieuse : il est de bonne guerre que les intérêts auxquels il s'attaque se défendent, et bien humain que, pour se défendre, au lieu de résister sur place, ils s'en prennent à d'autres intérêts, plus faibles qu'eux. Seulement, à ce compte, toute politique législative n'est-elle pas rendue impossible ?

Parmi les théoriciens de la fiscalité, il en est qui, tout en avouant l'effroyable complexité des phénomènes d'incidence, sont persuadés que la science viendra un jour à bout de les maîtriser : il ne serait besoin que d'y

(5) Sur cette notion, cf. R. BOUDON, *Effort pervers et ordre social*, 1977.

appliquer des analyses de plus en plus raffinées (6), des études d'impact de plus en plus poussées (7). Une fois en possession de prévoir scientifiquement la direction des rejets et des transferts, le législateur aura tous les moyens d'ajuster son tir. La preuve en est, observe-t-on, que déjà, dans l'état actuel des connaissances, il existe ce que l'on appelle des *incidences de droit ou incidences légales* (8), c'est-à-dire des translations qui ont été non seulement prévues, mais planifiées dans le système fiscal. Nous parlons du système fiscal : ce peut être, plus généralement, tout système juridique. Un législateur qui réforme le divorce peut conjecturer sans peine que, s'il supprime le droit des femmes divorcées à une pension alimentaire, ces femmes ne se résigneront pas à la misère et que leur réaction sera de se porter en plus grand nombre sur le marché du travail (9). Et tel peut être justement son dessein, s'il estime utile d'accroître les demandes d'emploi pour prévenir une surchauffe de l'économie : il n'édicte la règle de droit matrimonial qu'en considération de la réaction qu'elle déterminera et qui sera captée vers une finalité économique.

En face de cette tranquille confiance du *scientisme*, il faut, pourtant, évoquer une thèse que l'on pourrait dire agnostique ou *sceptique*. Elle a été solidement professée dans la théorie fiscale : les phénomènes d'incidence, affirme-t-elle, enchevêtrés, multiformes et de surcroît volontaires, sont d'une nature qui défie pratiquement le savoir humain. Même au siècle de l'ordinateur, l'investigation scientifique doit accepter des limites. Ce qui importe, du reste, n'est pas tant cette confession d'ignorance que les conclusions normatives qui peuvent s'y attacher.

Lorsque, en 1802, dans ses *Principes d'économie politique*, l'économiste mathématicien Nicolas-François Canard (10) soutint que l'impôt, loin d'avoir une incidence ponctuelle et uniforme (11), se répandait peu à peu dans la

(6) Cf. Horst Claus RECKTENWALD, *Steuerinzidenzlehre*, 1958, réédité en anglais sous le titre *Tax incidence and income redistribution*, Detroit, 1969 ; A. BARRERE, L'analyse de la répercussion et de l'incidence de l'impôt sur la méthode des flux, *Revue de science financière*, 1965, p. 21 et suiv.

(7) Dans la pratique des bureaux (ministériels ou préfectoraux), on entend par *étude d'impact*, la recherche par anticipation des incidences possibles d'un texte en préparation. Selon une circulaire du Premier ministre de 1987, un projet de texte ne peut être pris en considération s'il n'est pas accompagné d'une étude d'impact (faisant suite à une *étude de faisabilité*). Mais cette prescription ne semble avoir reçu qu'une obéissance relâchée, et les documents qui ont nourri l'étude d'impact restent souvent confidentiels.

(8) P.M. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 632 ; RECKTENWALD, *op. cit.*, 1969, p. 154 et s.

(9) N'était-ce pas, en République fédérale allemande, un des postulats originaires du fameux projet de réforme du droit matrimonial déposé en 1971 par le ministre Jahn ?

(10) Sur Canard, cf. ALLIX, Un précurseur de l'Ecole mathématique, *Revue d'histoire économique et sociale*, 1920 ; R.D. THEOCHARIS, *Early development in mathematical economics*, Londres, 1983.

(11) Comme l'avaient enseigné les Physiocrates, en pensant aux propriétaires fonciers.

masse de la société par une série de cascades et de cascatelles à l'infini — il tira de son agnosticisme d'observateur une recommandation législative. Puisque l'on peut admettre que tout impôt finit par se diffuser, donc se diluer, même si l'on ne sait pas comment, le mieux est de n'en pas changer. Le mal de l'impôt est tout entier dans son établissement : n'importe quel vieil impôt est *a priori* préférable à ce qui le remplacera.

De la législation fiscale, on aperçoit aisément le passage à toute législation. Il n'est pas de contrainte légale qui, à la longue, ne devienne insensible aux sujets, en s'étalant sur l'ensemble du corps social par un processus graduel de rejets et de transferts ; ce qui est douloureux, c'est la rupture de l'équilibre des incidences, une fois qu'il a été obtenu. Moralité : ne réformez jamais ! Ce discours antiréformiste, Marcel Planiol l'avait tenu dans le *Livre du Centenaire du Code civil* (12), sur un ton de passion amère qui fait du morceau un document psychologique de premier ordre. En bien des cas, écrivait-il, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue. Et à l'appui de son raisonnement, il citait entre autres le projet — alors fort à la mode — d'introduire en France les livres fonciers. Aussi bien, ce n'était pas une mauvaise illustration pour une théorie de l'incidence. Si l'organisation de la publicité immobilière est défectueuse, il pèse un risque d'éviction sur les acheteurs : ceux-ci chercheront à le faire glisser vers les vendeurs, qui baisseront leurs prix, éventuellement vers les notaires, lesquels s'assureront etc. Si, au contraire, l'organisation est perfectionnée, l'Etat la fera payer cher aux parties — à l'acheteur ou au vendeur selon les circonstances —, les notaires éventuellement pourront en profiter, car leur concours sera plus fréquemment nécessaire... Finalement, il n'est pas évident qu'un système soit, à l'envisager globalement, moins onéreux que l'autre. Il y a toujours un coût : on en déplace seulement le point d'impact, et c'est ce déplacement qui peut être pénible.

Ainsi philosophait Planiol. Son illusion était de croire que le *besoin de changement* peut se ramener à une balance d'inconvénients et d'avantages : c'est un besoin qui existe en soi et pour soi.

(12) *Livre du Centenaire*, 1904, t. 2, p. 955 et s., spécialement p. 958.

Chapitre V

SUR LA LOI PÉDAGOGUE *

En sociologie comme en philosophie du droit, il est devenu assez habituel d'attribuer à la loi des qualités pédagogiques. Les auteurs parlent volontiers d'une fonction pédagogique, éducative du droit (1). Réservons provisoirement ce mot de *fonction* qui, d'entrée de jeu, a l'air de nous lier aux théories fonctionnalistes, alors que ce n'est nullement nécessaire. *Effet pédagogique*, expression plus neutre, plus générale, pourra pour l'instant convenir.

Le concept de la loi pédagogue n'aurait pas été accueilli aussi aisément s'il n'avait déjà flotté dans la culture occidentale. 'Ο νόμος παιδαγωγός, l'image a été magnifiée (2) par l'épître de Paul aux Galates (3 : 24) : la loi, comme un pédagogue, a conduit les croyants à Christ. Mais les exégètes modernes (3) ne pensent point que, pour autant, l'apôtre ait prêté à la loi, en l'occurrence à la loi de Moïse, une qualification pédagogique. Le pédagogue, au sens de l'anti-quité, n'était pas un instituteur ni un précepteur : c'était, à la lettre, et fort médiocrement, l'esclave chargé de *conduire* à l'école les enfants de la maison et, tout au plus, par extension, de surveiller leur tenue. Le concept de la loi pédagogue se serait-il bâti sur une erreur de traduction ?

Méfions-nous, toutefois, des interprètes qui cherchent l'innovation à tout prix. Outre que la Grèce n'ignorait point le παιδαγωγός, éducateur, voire éducateur affectueux et aimé, l'épître aux Galates s'adosse à toute une chaîne de textes bibliques où la Thora est présentée comme le levier d'une éducation

* Cet article a été publié d'abord dans *Società, Norme e Valori, Studi in onore di Renato Treves*, A. Giuffrè éditeur, Milan, 1984. Savant et militant, Renato Treves a donné à la sociologie italienne du droit un rayonnement incomparable.

(1) Cf. R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, 1980, 2^e éd., p. 243 ; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reimbek bei Hamburg, t. 2, 1972, p. 224-226 ; Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied a.R., Berlin, 1964, p. 80.

(2) Elle se retrouvera, de façon indépendante, dans un texte de Plutarque, *Œuvres morales, Propos de table III, Préambule*, où l'homme est dépeint en état d'ivresse, « lorsqu'il semble plus éloigné de la loi, comme de son régent ou pédagogue ».

(3) V. par ex. A. OEPKE, *Der Brief des Paulus an die Galater*, Berlin, 1973, p. 120 et s.

morale : « Je te dirai tous les commandements, les prescriptions et les ordonnances que tu leur enseigneras afin qu'ils les mettent en pratique... » ; « Tu les inculqueras à tes fils... » ; « Tu rassembleras ton peuple, les hommes, les femmes, les enfants et l'immigrant... afin qu'ils entendent cette loi et qu'ils apprennent à en observer et mettre en pratique toutes les paroles... » (Deutéronome, 5 : 31 ; 6 : 7 ; 31 : 12). C'est sur ce fondement scripturaire que la théologie chrétienne, surtout depuis Luther, a mis en doctrine l'*usus paedagogicus legis*, l'usage pédagogique de la loi (4). Laïcisée, la doctrine est passée chez les juristes, et elle s'y est transformée. À l'usage a succédé la *fonction*. Chaque vocable peut avoir une signification distincte ; l'*effet* pédagogique coiffe le tout.

L'étymologie inciterait à définir l'effet pédagogique par l'enfance du sujet passif (pas toujours si passif que ça, du reste). La comparaison scolarisante de Paul paraît bien renvoyer à l'enfance ; seulement, c'est à l'enfance d'un peuple. Au lieu que, dans l'Ancien Testament, ce sont des enfants sans métaphore, progéniture très charnelle, qui sont conviés à l'écoute de la loi. Mais les enfants reflètent les parents. Aussi, chez les théologiens, l'usage pédagogique de la loi aura-t-il la même ambivalence : catéchèse pour les jeunes, il est prédication pour les adultes. Chez les juristes, on ne saurait dire si ceux qui assignent à la loi une fonction éducative pensent aux citoyens plutôt qu'aux écoliers, encore que la place attribuée à l'éducation civique dans les lycées et collèges (5), ainsi que dans le discours officiel — comme panacée de toutes les *incivilités* juvéniles, atteste que la juridicisation des adolescents est de nos jours au cœur de la question (6). Pour notre part, nous ne ferons pas, en général, de différence entre les saisons de la vie, quitte à moduler nos hypothèses là où la question l'exigera. « On apprend à tout âge », et ce n'est pas notre fin de siècle, si férue de formation permanente, qui démentira le dicton.

On aura observé dès notre titre que seule la loi était visée par nous, la loi dans un sens peut-être sociologique plus que dogmatique, loi écrite ou même

(4) Cf. F. LOTZSCH, *Kritik der Autorität, das Sittengesetz, als pädagogisches Problem bei Luther, Kant und Schleiermacher*, Cologne, 1974. À l'usage pédagogique les théologiens associent souvent l'usage *élenchtique* de la loi, usage accusateur, car la loi débusque, dénonce la transgression.

(5) La valeur pratique de cet enseignement est controversée ; v. AUDIGIER et LAGELÉE, *Éducation civique et initiation juridique dans les collèges*, 1996 ; avec une préface (moins optimiste) de J. Costa-Lascoux.

(6) L'enfant est dressable au droit. Dans le livre d'Annick PERCHERON, *L'univers politique des enfants*, 1974, un passage substantiel (p. 141 et s.) était consacré à la perception de la loi (la loi gendarme) chez les 10-15 ans. La juridicisation peut se faire par des canaux plus délicats (le spectacle du mariage ou de l'échange ou le sentiment de la propriété). La spécificité de la *juridicisation* (ou socialisation juridique) de l'adolescent a été mise en relief par les travaux pionniers de C. KOURILSKY *et al.*, n° spécial (19) de *Droit et Société*, 1991, et *Socialisation juridique et modèle culturel ; l'image du droit en Russie et en France*, 1996.

non écrite, mais non pas le droit tout entier, qui eût englobé avec la loi les décisions de justice. Ce n'est pas qu'un jugement ne puisse avoir d'effet pédagogique aussi bien que la loi, mais ce sera par des voies dissemblables. Si le législateur sème le bon grain à la volée, le juge, lui, procède par leçons particulières ; et sa leçon n'existe qu'assumée par une expérience personnelle de l'élève justiciable (telle l'amertume d'une condamnation pénale), tandis que l'enseignement de la loi (celui que diffuse, par exemple, une incrimination) n'est perçu qu'abstraitement — distraitement — par ses destinataires sans visage, comme une démonstration lointaine au tableau, tant que la règle de droit n'a pas eu l'occasion de s'abattre sur eux.

La loi ainsi campée dans sa position professorale, il est urgent de préciser ce qu'on attend d'elle. Après tout, elle pourrait enseigner un peu de droit dès qu'elle se fait connaître, car dans toute promulgation, il y a, plus ou moins réussie, de la vulgarisation juridique, et toute vulgarisation est une pédagogie. Mais ces rudiments parcellaires de science, ce n'est pas tout l'effet pédagogique attendu de la loi. Il faut reprendre la notion d'éducation dans sa généralité. L'éducation peut être un développement des facultés physiques, intellectuelles, morales. Nous y voici : *morales*, et c'est même l'éducation par excellence. Si la loi a été proclamée éducatrice, c'est qu'on l'a fait sortir du juridique pour la faire pénétrer dans le moral. On escompte qu'elle contribuera à former les mœurs, lesquelles s'intérioriseront, se sublimeront en une éthique. Ou bien — inversons les termes en un candide agnosticisme — elle déterminera dans les consciences une moralité, qui se matérialisera par des *mores* dans les pratiques.

De la loi pédagogue les manifestations sont multiples. Prétendre à les inventorier serait téméraire. Et ce serait vain. Pour ce qui n'est qu'une amorce d'exploration, sur un terrain où bien d'autres recherches, empiriques s'il se peut, resteront indispensables, quelques exemples, historiques faute de mieux (7), suffiront à encadrer notre réflexion interrogative. Des exemples tellement hétérogènes qu'on pourrait en être dérouté, si entre eux un classement ne s'ébauchait, presque visuellement, selon la personne de l'acteur principal. Car tantôt c'est le moraliste qui est à l'œuvre, tantôt le législateur. Le moraliste contemple le dépôt des lois préexistantes, qu'il sacralise plus ou moins, et il tente d'en tirer une morale. Le législateur, espérant promouvoir une morale, projette ses lois dans l'avenir. Et notez la double coïncidence : il y a usage des lois dans le premier cas ; dans le second, fonction conférée à celles-ci.

(7) En enjambant souvent deux millénaires, sans s'inquiéter de l'entre-deux. Dans un historique moins décousu, ce n'eût été que justice de mettre à l'honneur la Révolution française, qui fit merveilleusement reflourir l'antique passion des lois. (Cf. *Essais sur les lois*, Répertoire de notariat, 1995, p. 239-260).

► UNE MORALE TIRÉE DES LOIS

Entre les deux personnages choisis pour illustrer cette première démarche, la différence de stature est écrasante. Socrate et Marceron, duo risible — l'un nimbé d'une gloire à la lisière du mythe ; l'autre que nous aurons peine à faire émerger d'un oubli très épais. De l'un à l'autre, pourtant, un même amour des lois, un amour inspiré et qui les inspira.

Le démon de Socrate. — La pensée de Socrate sur les lois n'auraient pas eu le retentissement qu'elle a connu le long des siècles si elle ne s'était révélée à travers une évocation théâtrale — s'il n'y avait eu la *Prosopopée* (8), ces lois, ces décrets, ce système juridique (9) surgissant de l'ombre, s'avançant vers le condamné, l'entourant, lui disant... Lui disant quoi ? La pédagogie de la loi est très présente dans la *Prosopopée*. Mais la forme n'en est pas simple, ni même toujours bien liée. Deux idées se juxtaposent.

La première idée, enclavée dans la seconde, est plus spéciale. Certaines lois ont un effet pédagogique — très directement, parce qu'elles ont pour objet l'éducation elle-même. Les lois qui règlent les mariages, garantissant la légitimité des naissances, ont comme un rôle génétique et prééducatif. À leur suite d'autres lois président à l'élevage du jeune et à son instruction. Elles achèvent de *faire de l'homme fait* le fils de son système juridique. Or, rien de plus naturel que la gratitude d'un fils. À l'arrière-trame, on entrevoit des réminiscences de coutumes archaïques : le précepteur, au même titre que le nourricier dans le *fosterage*, que l'adoptant dans l'adoption, acquiert envers son pupille un statut quasi paternel. C'est une relation affective, mais dans l'inégalité. Telle est, analogiquement, la relation qui s'établit entre le citoyen adulte et les lois sous la protection spécifique desquelles il a grandi (dans le vocabulaire d'aujourd'hui, nous énumérerions le droit des personnes et de la famille, les règles concernant la natalité, la nationalité, la scolarité). Aux lois de son éducation, il doit, par devoir spécial, amour, vénération, obéissance ; et c'est encore un supplément d'éducation qu'elles lui auront donné en lui inculquant ce devoir.

Envers les autres lois, envers toutes les lois abstraction faite de leur contenu, le devoir n'est pas moindre, mais son fondement est différent. C'est la seconde idée de la *Prosopopée*, et elle a estompé la première. Les lois interpellent Socrate, en se prévalant de la convention qu'il a tacitement nouée avec

(8) *Criton*, Œuvres complètes de Platon, t. 1, trad. Maurice Croiset, Paris, Belles Lettres, 1963, 50 b à 54 d.

(9) On serait peut-être plus proche de la mythologie de Socrate en se servant ainsi d'un mot masculin, et même masculin singulier. Quand nous mettons en scène la *prosopopée des lois*, nous nous imaginons une ronde de déesses. Ce que les Grecs, eux, se représentaient sous νόμος c'était un roi. Pindare (édition Aimé Puech, t. IV, 1923, Adela, n. 49) a chanté νόμος, ὁ παντῶν βασιλεύς, le droit, roi de toutes choses (Cf. E. STIER, *Nomos Basileus*, Berlin, 1927).

elles par cela seul qu'il demeure dans la ville et n'a pas émigré (10). Cette convention a créé en lui une obligation tout à fait générale, l'obligation politique (11), civique, l'obligation inconditionnelle d'obéir aux lois de la cité. Même injustes : car l'obéissance à une loi injuste est l'accomplissement d'une justice supérieure. L'Etat est ainsi, par ses lois, pédagogue d'une éthique. Et Socrate, enseigné enseignant, a immortalisé de sa mort cette morale par l'Etat.

L'âme de Marceron. — André Marceron n'eut qu'une brève carrière de professeur de philosophie dans des collèges de province (12). Il parvint cependant, en 1912, à faire imprimer chez Alcan, l'éditeur des sociologues, sa *Morale par l'Etat*. Ouvrage de pédagogie, non seulement pour les observations perspicaces qui le parsèment sur la psychologie de ce petit groupe qu'est une classe de collégiens, mais surtout parce qu'il s'attache à résoudre une question fondamentale de pédagogie pratique : quelle morale enseigner dans l'enseignement public ? La réponse est la plus franche qui soit : l'Etat ne doit prendre comme base de l'éducation morale dans ses écoles que la morale implicitement contenue dans ses lois. La morale par l'Etat sera la morale par la loi positive. Non pas qu'il faille réduire l'éducation morale à un cours de droit. On n'enseignera pas en morale des articles des Codes, mais des devoirs moraux. Seulement, les devoirs moraux ne seront enseignés qu'autant qu'ils s'enracinent dans des articles des Codes (le Code pénal est cité, le Code civil aussi, surtout pour les devoirs familiaux).

L'auteur avoue lui-même le caractère paradoxal de sa thèse. Il ne se réclame d'aucun patronage. Durkheim est mentionné, mais la morale par l'Etat est aux antipodes d'une morale sociologique, puisqu'elle doit s'extraire du droit et

(10) Cf. Auguste BILL, *La morale et la loi dans la philosophie antique*, 1928, p. 71-72 — « Qui aimerait une ville sans aimer ses lois ? » C'est que la vie urbaine fait éprouver le sentiment d'un rythme, d'un ordre entre les hommes, derrière lequel nous sentons la présence invisible des lois. « La polis enseigne à l'homme », chantait Simonide le poète.

(11) V.R. POLIN, *L'obligation politique*, 1971, p. 8 ; cf. A. TOVAR, *Socrate, sa vie et son temps* (Trad. de l'espagnol, 1954).

(12) Nous savons peu de chose de lui. Né en 1881 à Laforce (Dordogne), il enseigna dans plusieurs collèges de province, en dernier lieu à Libourne (Gironde). Sous-lieutenant d'infanterie, il fut mortellement blessé en octobre 1914 dans les combats du plateau de Craonne. Un épisode de son existence, qu'il a lui-même romancé (cf. *infra* note 16) avait, semble-t-il, teinté de tristesse sa philosophie. Contre le postulat du vouloir-vivre qu'il apercevait à la base de la morale durkheimienne, il faisait cette réflexion (*La morale par l'Etat*, p. 36) : « Il est possible, si l'on se fait une certaine conception de la vie, de dire que l'aspiration du vivant en général et, par suite, de l'homme, est la mort. La tendance au changement est aussi fondamentale que la tendance à persévérer dans l'être. Et la mort n'est-elle pas une satisfaction de cette tendance au changement ? »

non des faits, des textes et non des mœurs (13). Si la démonstration de l'ouvrage part de l'observation d'un fait, c'est d'un fait apprécié suivant une rationalité politique.

Le fait, c'est la diversité des doctrines morales ; la rationalité politique, c'est la nécessité d'une unité morale dans la nation (14). En termes modernisés, disons que le philosophe, tout en constatant des schismes de morale, postulait un nécessaire consensus. Lorsque, depuis Geiger, on parle de schismes de morale, ce sont des antagonismes entre classes sociales que l'on a en vue, la morale ouvrière en dissidence de la morale bourgeoise. Marceron, en 1912, songeait à une fracture d'une autre espèce, celle qui, pour lors, opposait, dans la société française, au catholicisme ancestral l'anticléricisme militant. A chaque parti (et peut-être à chaque individu dans chaque parti) son éthique partielle ; mais un minimum d'éthique nationale devait être garanti, et il le serait par la projection du système juridique, puisque celui-ci était le bien commun de tous. Restait à justifier la suprématie ainsi accordée à la morale étatique, issue de la loi, sur les morales privées. Volonté générale, contrat social, quasi contrat social (notion chère au solidarisme de Léon Bourgeois) — ces banalités ne sont pas absentes du livre. Mais Marceron est, sans doute, le plus authentiquement lui-même dans l'affirmation tranchante que la loi devenue morale s'imposera toujours parce qu'elle est la loi — impératif catégorique d'une nouvelle venue pour république fatiguée d'être kantienne.

On s'étonnera qu'un professeur jeune, dont le verbe, au souvenir de ceux qui l'écoutèrent, était chaleureux et effusif (je l'entendis moi-même en juillet 14, et en suis resté captif), se fût satisfait d'une morale apparemment aussi sèche et aussi froide. Avec quelle brutalité il se débarrasse de l'objection que, dans son programme, il n'y a pas de place pour les devoirs de charité, les codes (de l'époque) ne prévoyant que des devoirs de justice : « Le rôle de

(13) S'il fallait absolument se livrer à une quête des influences, nous hasarderions la conjecture que Marceron avait eu connaissance de la querelle des manuels scolaires qui s'était déchaînée autour de Jules Ferry (cf. P. CHEVALLIER, *La séparation de l'Eglise et de l'Ecole, Jules Ferry et Léon XIII*, 1981, p. 390 et s.) et qui, de surcroît, avait rebondi vers 1910. Dans l'école devenue laïque, la morale avait perdu l'appui de la religion : le droit, cet autre système normatif, ne pouvait-il fournir un état de substitution ? Le duc de Broglie, au Sénat (10 décembre 1880, *Journal Officiel*, 1880, p. 12184, col. 3), s'était demandé, mais pour conclure que c'était impensable, si désormais les cours de morale allaient se ramener à des commentaires du Code pénal. Plus sérieusement, on pouvait relever, dans un des manuels de l'époque — moins mauvais que les autres, selon la Congrégation de l'Index — celui de Jules Steeg, l'un des animateurs de la laïcisation, cette assertion que le premier devoir pour tous les citoyens était l'obéissance aux lois du pays (*Instruction morale et civique, l'homme et le citoyen*, 1882, p. 117), et, nouveau Socrate, l'auteur ne distinguait point entre les bonnes et les mauvaises lois. Or, Jules Steeg avait été pasteur protestant, puis député de Libourne, la ville où, plus tard, Marceron allait enseigner.

(14) *Une éthique pour tous* — ce livre (Dir. J.-P. CHANGEUX, 1997) publié sous l'égide du Comité consultatif national d'éthique, aurait facilement l'aire d'une application du projet de Marceron, si le titre n'était suivi d'un point d'interrogation et si le contenu ne révélait un esprit des plus éclectiques. La fracture de 1912, en particulier, est bien guérie.

l'Etat n'est autre que de faire des esprits conformistes ; il n'y a pas à se préoccuper d'élever des révolutionnaires, et les esprits charitables sont des révolutionnaires de la coutume et de la loi. »

Pourtant, ce n'est pas dans une soumission mécanique et passive qu'il loge sa confiance. De la légalité une moralité ne pourra se répandre que si les lois, dit-il, sont observées avec amour et allégresse (15). L'amour de la loi ? Il y avait, dans cette âme laïque (16), un besoin d'adorer qui, en l'absence du Dieu de l'Église ou du Dieu des philosophes, s'était reporté désespérément sur l'Etat et, plus énigmatiquement, sur la légalité étatique. Mais ce qui nous émeut dans la *Prosopopée* doit-il sombrer dans le dérisoire dès que la lumière de la Grèce vient à y manquer ? S'il faut, selon la maxime, croire aux témoins qui se font égorger, celui-ci méritait d'être cru : deux ans à peine après avoir achevé sa *prosopopée* française, il devait mourir en combattant — en combattant, pensait-il sans doute, comme un hoplite, pour la cité et pour ses lois (17).

Parallèle de deux nomophiles. — Déjà Dandamis-Mandanis, ce hippie qu'Alexandre rencontra sur la route de l'Inde, reprochait à Socrate d'avoir préféré la règle du droit à celle de la nature (18). Et maintenant ? De Platon,

(15) *La morale par l'Etat*, p. 48-49. L'ouvrage avait été composé dans une atmosphère de fièvre légaliste. En 1910, Aristide Briand, alors président du conseil, avait eu à faire face à une grève des chemins de fer qui menaçait le pays de paralysie ; et il y avait répondu en procédant à une mobilisation des cheminots assujettis au service militaire. violemment interpellé à la Chambre des députés, il défendit la légalité de sa décision, mais il ajouta que, même si la mesure avait été illégale, il n'eût pas hésité à y recourir : *salus populi suprema lex esto*. Ce qui déclencha un effroyable tumulte. Ferdinand Buisson, moins connu comme député que comme auteur d'un *Dictionnaire de pédagogie*, pontife s'il en fut de l'école laïque, fit retentir une clameur vengeresse : « Vive la loi ! » (*Journal officiel, Débat*, Chambre, 29 octobre 1910, p. 2654, col. 2).

(16) *Une âme laïque*, c'est le titre d'un roman qu'André Marceron avait publié en 1911 et que lui-même, dans la préface de *La morale par l'Etat*, qualifie d'autobiographie. La scène se déroule dans la bonne bourgeoisie d'une petite ville, à Baume-les-Dames (Jura), où précisément il avait enseigné. André se fiance à Gabrielle. Tous deux sont incroyants, mais elle accommodante, conformiste, lui positiviste convaincu, épris de logique dans les attitudes. Une ombre au tableau, le mariage à l'Église : pour elle, simple formalité, mais elle y tient ; pour lui, hypocrisie, reniement. Dans le roman, André finit par plier ; dans la réalité, Marceron, à ce qu'il semble, ne plia pas. Qu'une cérémonie de plus ou de moins ait pu constituer un ressort dramatique, cela fait aisément sourire aujourd'hui. Injuste, pourtant, celui qui soutiendrait que l'anticléricalisme était une passion moins sincère en 1900 que l'anticapitalisme ou l'écologie, quatre-vingts ans, cent ans plus tard. Ce que le livre mettait en cause, c'était au fond l'éducation des filles. Gabrielle avait bien été élevée au lycée (en style d'époque, cela avait une signification forte ; entendez : pas dans une institution religieuse), mais la morale dont le lycée l'avait imprégnée restait marquée par la religion. D'où la recherche d'une morale de remplacement qui sera la morale par la loi. Le roman était déjà pédagogique.

(17) Cf. HÉRACLITE d'Ephèse (éd. Diels, B. 44) : « Le peuple doit combattre pour sa loi comme pour ses murailles ».

(18) Cf. STRABON, *Géographie*, trad. Tardieu, 1880, t. 3, XV, 64.

sous le masque de Socrate, nous admirons le génie littéraire; de Socrate, derrière le récit de Platon, nous saluons l'héroïsme. Mais cela ne fait pas autant de disciples qui seraient prêts à se constituer une morale avec leur système juridique. Le vrai est que le sacrifice de Socrate, s'il est toujours respecté, *estimé*, a cessé d'être bien compris (19). Non pas que notre société soit devenue incapable de placer certaines valeurs au-dessus de la vie. Mais, en tout cas, pas la loi, et surtout pas la loi pour la loi. Socrate est si mal compris que son refus de fuir en vient à nous paraître plus intelligible comme suicide délibéré — suicide singulier, suicide par les lois (20), non par la ciguë, suicide non de soumissions aux lois, mais de contestation des lois, les lois n'étant appelées qu'à fournir l'instrument du suicide.

Et finalement, à force d'interprétations imaginatives, voilà que cette loi, qu'il avait glorifiée dans les mots, comme institutrice de morale civique, il l'aurait réprouvée dans le secret de son acte au nom d'une morale naturelle. Etrange retournement de la Prosopopée.

Peut-être Marceron aurait-il pu faire revivre en lui l'authentique Socrate, s'il avait eu un Platon pour transmettre son message. Ou, du moins, si la fatalité lui avait laissé du temps pour percer le mur de son provincialisme (21). Encore lui aurait-il fallu surmonter les faiblesses intrinsèques de sa thèse. Car

(19) Des sociologues, en 1957, avaient construit une batterie de tests pour mesurer le sens civique ou loyaliste d'un groupe de 183 élèves dans les classes de philosophie d'un lycée (J.-W. LAPIERRE et G. NOIZET, *Une recherche sur le civisme des jeunes à la fin de la quatrième république*, Publication des Annales de la Faculté des Lettres d'Aix-en-Provence, 1961, p. 33, 51, 86; cf. le compte rendu de Mme V. Isambert-Jamati, A. S., 1961, 438). Ils y avaient inséré une question qui, reprenant le récit du Criton, demandait aux enquêtés de porter un jugement sur le comportement de Socrate. Quatre stéréotypes étaient proposés.

La répartition des résultats fut la suivante :

— Socrate est bien bête de ne pas profiter d'une occasion de sauver sa vie (stupide)	10
— La conduite de Socrate est bonne en théorie, mais en pratique mourir pour cela n'en valait pas la peine (peu réaliste)...	22
— La conduite de Socrate est très estimable, mais s'il avait vécu, il aurait pu se rendre utile à l'humanité d'une autre manière (très estimable)...	51
— Socrate s'est conduit en héros, et son attitude ne peut être qu'admiration sans réserves (héroïque)...	17
	<hr/> 100

(20) Et même, à y regarder de plus près, par l'autorité de la chose jugée, car l'injustice résidait, plutôt que dans les lois d'Athènes, dans l'application que les Héliastes en avaient faite à l'accusé.

(21) De la *Morale par l'État*, la très classique *Revue de métaphysique et de morale* (1912, Suppl., juillet, 6, II) avait inséré un compte rendu au vitriol. La *Revue philosophique* (1912, p. 636), qui avait du reste publié antérieurement un article de Marceron (« L'art de l'éducation », 1910, p. 173 et s.), s'était montrée bien plus gentille.

elle péchait par une vision du droit trop flatteuse, parce que trop profane. Gageons que les juristes n'auraient guère été enthousiasmés, s'ils en avaient entendu parler, par la mission de morale offerte à leur science : l'avenir n'était pas éloigné où, au contraire, Georges Ripert allait se retourner vers la morale pour lui demander de donner des leçons au droit (22). Compter sur le droit pour cimenter l'éducation morale de la nation, même en 1912, était une illusion peu juridique. La *tex lata* a beau rassembler tous les citoyens sous un même devoir d'obéissance, de *lege ferenda* chacun recouvre sa liberté. De cette liberté mentale, il existait alors une illustration éclatante, précisément sur la ligne de clivage que Marceron connaissait bien : la majorité de la France défendait la loi qui avait institué le divorce ; une minorité solide aurait voulu l'abolir (23). Imaginons une morale tirée de la loi positive : en s'intériorisant dans les consciences dissidentes, elle se heurtait à un idéal législatif d'intention contraire. Où était le consensus ? Il est vrai que la *lex ferenda* ne doit pas être conçue seulement comme un état de conscience, une aspiration de l'individu à changer la loi. Elle est même avant tout une action du législateur, et celui-ci n'est-il pas en droit de faire des miracles ?

► DES LOIS POUR CRÉER UNE MORALE

C'est la dynamique de la *lex ferenda*. Le législateur, plus ou moins ouvertement, introduit dans son œuvre une charge de morale. La loi va ainsi revêtir une fonction pédagogique. La distinction durkheimienne des fonctions manifestes et latentes pourrait même s'adapter sans trop d'artifice à la situation : manifeste est la fonction pédagogique lorsque la loi se fait accompagner d'une explication qui suscitera une morale ; latente, lorsque la loi se fie à sa propre application et au conformisme qui lui est dû pour qu'une morale s'ensuive.

La pédagogie de l'explication. — Le législateur n'explique pas sa loi ; mais, dévoilant ses mobiles, faisant luire ses fins, il s'explique lui-même. Ce n'est pas un commentaire du texte que ce message qui précède la promulgation. C'est, intermédiaire entre l'apologétique et la parénèse, entre la justification des dispositions et l'exhortation à s'y soumettre, un morceau éminemment pédagogique, qui tend à convaincre intimement l'élève, à provoquer la fusion de sa propre raison avec la *ratio legis*.

(22) *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927.

(23) On ne pouvait soupçonner, en 1912, la généralité de ces divisions dans l'opinion législative. Il a fallu la pratique des sondages pour mettre à nu le phénomène, en montrant combien l'échelle des valeurs éthico-juridiques pouvait changer d'une catégorie de la population à l'autre, et aussi de l'ensemble de la population au législateur — en montrant notamment combien le classement *moral* des infractions pénales en ordre de gravité pouvait différer de leur classement *légal*. V. ainsi, LÉAUTÉ et autres, *Sondage sur la gravité comparée des principales infractions*, A.S. 1970, p. 111 et s.

Platon, dans son traité des *Lois* (24), a été l'inspirateur de cette pédagogie législative. Il s'est aidé, pour commencer, d'une comparaison avec la médecine ; il y a une médecine tout venant, qui soigne en série à coups d'ordonnances, et une médecine plus que libérale, qui s'accorde le loisir de tout expliquer, la seconde étant naturellement celle qui guérit. Entre une législation de la contrainte et une législation de la persuasion, c'est la même différence. Autre comparaison : le musicien peut toujours attaquer sa partition immédiatement, mais les meilleurs musiciens préludent, car ces mesures d'essai et d'approche préparent l'oreille de l'auditoire à se laisser captiver (25). Les préludes en législation, ce sont les prolégomènes où le législateur expose le pourquoi de son intervention. Et sur un même projet législatif, l'obligation qui serait faite aux hommes de se marier entre 30 et 35 ans, Platon va proposer deux modèles. La loi pure — il vaudrait mieux dire : la loi sèche — se borne à quelques phrases de commandement (26) : la loi avec prologue ou loi persuasive détaille les raisons qui font d'elle une loi juste, utile, désirable (27). Le texte en est allongé, mais il sera plus efficace, car l'obéissance éclairée marche d'un bon pas, tandis que l'obéissance aveugle titube ou traîne les pieds.

Ce n'est pas que le moindre règlement nécessite un préambule. Mais les *grandes lois* — sans doute celles qui imposent beaucoup aux citoyens — gagneront en crédit si elles se comportent comme un père ou une mère, dont l'autorité s'enveloppe d'amour et de sagesse, et qui s'attachent à raisonner l'enfant avant que de le contraindre. La pédagogie de la promulgation a ainsi pour prototype la pédagogie domestique (28). Ou du moins l'idéal livresque de cette pédagogie, car, dans la réalité des familles, alors comme

(24) *Lois*. éd. Diès, IV, 719-733, IX 857 b - 859 d.

(25) C'est sans doute, plus qu'une comparaison : pour Platon, la musique et la rhétorique sont, à l'égal, deux arts de persuader qui devraient servir à l'éducation civique, c'est-à-dire *juridique*, du jeune Athénien.

(26) « On se mariera à partir de 30 ans, jusqu'à 35 ans ; sinon, les peines seront l'amende, l'atimie ; une amende de telle ou telle gravité, et telle ou telle atimie. » L'amimie était la privation des droits civiques.

(27) Cf. « On se mariera de 30 à 35 ans, dans la pensée que le genre humain tient d'un don naturel une certaine part d'immortalité, dont le désir est inné... Or, la race humaine a une affinité naturelle avec l'ensemble du temps... De ce privilège, la piété ne permet jamais qu'on se fruste volontairement... Ainsi donc, si l'on obéit à la loi on sera quitte ; mais si on lui désobéit, on paiera chaque année telle ou telle amende pour qu'on ne voie pas dans le célibat une cause de profit et d'aisance... »

(28) Cf. L. MOREAU DE BELLAING « Structure paternaliste et conception de l'autorité », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1965. p. 63 et s. — Le drame du paternalisme politique sera là un jour : qu'un adulte puisse être traité comme un enfant. Ce qui était accepté dans une société où la famille étendue, la puissance paternelle sur les majeurs étaient la règle, cessera de l'être dans une société à familles nucléaires.

de nos jours, probable que les enfants avaient souvent affaire à des parents sans préambules (29).

Était-ce par réalisme ? C'était plutôt par pessimisme (30) que le stoïcien Posidonius — qui contribua, du temps de Cicéron, à faire connaître à Rome les doctrines du Portique — sur cette matière des prologues, se sépara de l'art législatif de Platon. Il se défiait de la raison humaine. Sujet de la loi, confessait-il, je ne suis pas là pour apprendre, mais pour obéir. Il continuait, il est vrai, en esprit pratique : il faut que la loi soit brève, si l'on veut que les ignorants se la mettent en mémoire. En conclusion, *nihil frigidius, nihil ineptius quam lex cum prologo*. La phrase est dans Sénèque, mais au compte de Posidonius. Sénèque, quant à lui, se range du côté de Platon (31).

La philosophie du XVIII^e siècle redécouvra les questions d'art nomographique qu'avait débattues l'antiquité. Entre autres cette question des préliminaires explicatifs. Rousseau est pour l'explication, et il l'explique (32). « La puissance des lois, déclare-t-il, dépend encore plus de leur propre sagesse que de la sévérité de leurs ministres, et la volonté publique tire son plus grand poids de la raison qui l'a dictée : c'est pour cela que Platon regarde comme une précaution très importante de mettre toujours à la tête des édits un préambule raisonné qui en montre la justice et l'utilité. » A l'opposé, Montesquieu (33) laisse deviner son scepticisme : « *Lorsqu'on fait tant que de rendre raison d'une loi, il faut que cette raison soit digne d'elle.* » Et de produire une anthologie de raisons saugrenues.

Sceptiques aussi les plaisanteries qui couraient alors dans les salons sur les faiseurs de préambules (34). Mais si ces plaisanteries couraient, c'est la preuve que la méthode platonicienne faisait florès. De fait, l'administration l'avait

(29) La réalité la plus répandue, c'est peut-être, après tout, l'alternance : il y a tellement d'années dans une éducation, tellement d'humeurs dans une heure. Il faut aussi tenir compte d'une répartition des rôles : ce n'est pas pour rien que nous avons deux parents. Ainsi, chez André GIDE (*Si le grain ne meurt*, Première partie, I; cf. *infra*, p. 230) :... « ma mère restant d'avis que l'enfant doit se soumettre sans chercher à comprendre, mon père gardant toujours une tendance à tout m'expliquer » — à rebours, d'ailleurs, du schéma qu'affectionnent les psychosociologues de la famille, où c'est la mère qui joue le rôle de la permissivité.

(30) Cf. BILL, *op. cit.*, p. 185.

(31) *Lettres à Lucilius*, livre 15, lettre 94, n°S 37-38.

(32) *Discours sur l'économie politique*, éd. Pléiade, t. III, p. 249.

(33) *Esprit des Lois*, XXIX, 16.

(34) Un pauvre diable d'avocat, nommé Moreau, s'était attiré le surnom de *Moreau-Préambule*, parce qu'il était devenu le fournisseur attitré du chancelier Maupeou, ce qui ne fut pas suffisant, malgré la protection de la cour, pour le faire élire à l'Académie des Inscriptions. Autre *préambuliste* : l'abbé Morellet. Mais il raconte lui-même comment l'édit sur les blés resta longtemps en panne de promulgation, parce que Turgot n'en finissait plus de choisir entre plusieurs rédactions du préambule. Discernons, au passage, l'ironie discrète : le législateur commence par donner des ordres, et après il en cherche les raisons.

adoptée. Et elle s'est consolidée depuis lors, prenant un tour de plus en plus bureaucratique. Ce qui était jadis *préambule*, est, à présent, *exposé des motifs*. Radical changement d'adresse : non plus la multitude de la cité ; mais le petit cercle des parlementaires appelés à voter le texte et des juristes dévoués à l'interpréter. Rien d'un prélude incantatoire qui puisse faire descendre sur les citoyens, jeunes ou vieux, la grâce d'être obéissants aux lois.

La pédagogie de l'application — À ceux qui, pensant faire prouesse de sociologie, préconisent d'adapter le droit au fait, les lois aux mœurs, les moralistes ont beau jeu d'objecter qu'il est de mauvaises mœurs et des faits pernicious. Pour la santé psychique du corps social, il convient de corriger, redresser, éduquer. Ce qui peut s'obtenir, au coup par coup, par des mesures de police, mais aussi, plus économiquement, par l'intervention du législateur. Soit qu'elle s'exécute directement, soit qu'au-delà elle impressionne, la loi force à faire le bien et détourne de faire le mal. Elle brise, ou empêche, le désordre, ce chahut de la société. Ainsi se dessine une analogie dont la fortune a été grande depuis mai 68 et que le *Surveiller et punir* de Michel Foucault a couronnée d'étincelles : l'analogie, à base de complicité présumée, entre la légalité étatique et la discipline scolaire. On pourrait considérer que, d'une certaine manière, le parallèle permet de saisir la loi dans une activité de pédagogie. Prenons garde, toutefois, à ne pas confondre l'écorce avec l'arbre : la discipline scolaire — ou familiale — n'est jamais que l'écorce de la pédagogie.

Ici encore les Grecs ont été des initiateurs. Ils vivaient dans une atmosphère pédagogique. Non seulement les lois sur l'éducation étaient le fondement de la cité, mais toute législation était conçue comme action éducative (35). Une association d'idées se faisait d'autant mieux que les législateurs primitifs, quasi légendaires, les Solon, les Lycurgue, s'étaient attaqués à des comportements, tels que l'ivrognerie, l'oisiveté, l'ostentation, le bavardage, qui semblaient justiciables de l'éducation morale, avant que de l'être de la répression juridique (36). Plus exactement, il y avait eu là, à l'origine, entre les mœurs et le droit, de ces phénomènes archaïques de *coutume indistincte* qui sont familiers aux ethnologues. Mais la philosophie sut, plus tard, se libérer de ce qui était une peinture grossière — disciplinaire, censoriale, si l'on peut dire — de la loi pédagogique. Elle affina, spiritualisa le concept. Elle exalta l'effet pédagogique de la loi comme une sorte de pulsion vers le perfectionnement éthique

(35) Cf. Werner JAEGER, *Paideia, the Ideals of Greek Culture*, 3 volumes, Oxford, 1946 (1^{re} éd. en allemand, 1933), t. 1, p. 109 ; à compléter par son article important des *Mélanges Roscoe Pound*, « Eloge de la loi, l'origine de la philosophie du droit et les Grecs », trad. française, *Lettres d'humanité*, VIII, 1949, p. 5 et s., spéc. p. 26-35.

(36) Cf. M. MUHL, « Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung », *Klio, Beiträge zur alten Geschichte*, 1933, Beiheft XXIX, p. 41-45 ; du même, « Die hellenischen Gesetzgeber als Erzieher » *Neue Jahrbucher*, 1939, Heft 7.

de l'humanité (37). Cicéron était l'héritier de la pensée hellénique (38), lorsque, reprenant pour la dépasser une parole de Xénocrate, il écrivait que grâce aux lois les hommes apprenaient à faire librement ce que grâce aux lois ils auraient dû faire par contrainte (39). Magnifique retour : le législateur, pédagogue des mœurs et de la morale, travaille à se rendre inutile.

Un travail toujours à recommencer. Si bien qu'aujourd'hui encore il est des législations à préoccupations pédagogiques. Pessimisme ou optimisme ? C'est pessimisme, car des gouvernants n'y penseraient pas s'ils n'étaient convaincus, au fond d'eux-mêmes, que la nature humaine, avant la loi, était corrompue. Mais optimisme aussi, car ils ne se lanceraient pas dans l'aventure s'ils n'avaient pour ressort une forte confiance dans le pouvoir des lois. C'est, en tout cas, une idée qui ne peut venir qu'à ceux qui ont aimé l'école. Voyez les Etats-Unis, comme ils raisonnent : que la loi prohibe l'alcool, la tempérance suivra ; qu'elle ordonne le *busing*, le racisme se dissipera.

C'est, cependant, en Union soviétique et dans les pays de l'Est que la théorie de la fonction pédagogique des lois a connu naguère son plus surprenant regain de ferveur (40). Non seulement la mise en vigueur des textes y fut conçue comme une tâche éducative, mais leur application y véhiculait sans relâche un enseignement populaire. Il est vrai qu'à ce stade de l'application, le législateur socialiste déléguait à ses tribunaux une part très ostensible de son office, magistral : par leurs décisions, comme auparavant même par leur style d'audience, à eux d'édifier moralement les comparants, le public et, par le relais des médias, la nation tout entière.

Le didactisme judiciaire ne s'en exerçait pas moins au nom et au profit de la légalité socialiste. C'est celle-ci qui, devenue persuasion, conviction, réflexe, devait forger en définitive l'homme nouveau. Non sans effort ni lutte, car elle butait souvent, dans les mentalités, sur les stratifications morales invétérées par la légalité bourgeoise. Le législateur pédagogue n'avait pas bénéficié, à

(37) Le livre, admirablement érudit, de Dieter NORR, *Rechtskritik in der romischen Anhkke*, Munich, 1974, (p. 40 et s. ; 45 : 59 ; 81), contient de nombreuses références aux auteurs grecs et latins par lesquels le thème s'est transmis.

(38) *Des lois*, II, 5 ; cf. BILL, *op. cit.*, p. 231 et s.

(39) Xénocrate avait dit qu'à suivre ses leçons, ses disciples gagnaient quelque chose : c'est qu'ils feraient désormais de leur propre mouvement ce que, sans lui, la loi les aurait obligés à faire. Cicéron (*De la république*, I, 2) détourne le propos au bénéfice de la loi, en se servant d'un argument *a fortiori* : le maître de philosophie ne touche qu'un petit groupe, au lieu que la loi peut agir sur tout un peuple.

(40) Cf. René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1964, n° 136, 137, 139, 175, 199 ; M. LESAGE, *Le droit soviétique*, 1975, p. 16-27. V. par ex. pour la Hongrie, K. KULCSAR, « The Educational Role of Law in the Socialist Society », *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae*, 1962 (t. IV, fasc. 3-4), p. 393 et s. ; et J. SZABO, *Les fondements de la théorie du droit*, trad. française, Paris, 1973, p. 160 et s.

l'Est, du privilège de la table rase. Son entreprise d'éducation avait les aspérités ingrates d'une rééducation.

Ce dernier mot pourrait évoquer le droit pénal. C'est un droit qui, pour sa fonction pédagogique, demanderait à lui seul une étude principale ; car son maniement de la punition imprime à sa pédagogie des aspects — l'amendement, l'intimidation collective — qui n'ont pas d'équivalent ailleurs. Mais il y a le paradigme opposé : ce sont, parmi les lois civiles, les lois supplétives de volonté, celles qui se bornent à présenter aux élèves contractants des modèles de rédaction libre — pédagogie douce, s'il en est, bien propre à vaporiser dans les esprits une morale sans obligation ni sanction. Philosophes et sociologues, pourtant, n'ont guère prêté attention à ces textes flexibles ; et peut-être ont-ils même été d'autant mieux enclins à ériger la loi en maîtresse d'école qu'ils se la sont figurée comme constamment et nécessairement impérative.

C'est en nous résignant à raisonner comme eux sur une notion très schématique, trop peu nuancée de la loi, que nous rechercherons si, entre ce que l'on a nommé la relation éducative (41) et ce que nous pourrions nommer la relation législative, il existe suffisamment de points communs pour justifier le rapprochement. Ce qui l'a suggéré, c'est que l'une et l'autre relation sont pareillement parcourues par un influx d'autorité. Bien que l'autorité ne soit pas ici et là d'identique nature : ici, le fameux monopole de la violence légitime, là (une fois l'éducation isolée de la discipline scolaire ou domestique) la supériorité tenant à ce que l'éducateur sait et sait faire ce que l'élève ne sait pas ou ne sait pas faire encore. On serait tenté de mettre en relief comme une originalité de la relation éducative les dispositions contradictoires qu'elle rencontre dans la psychologie de l'élève : le besoin d'être instruit et la résistance à se laisser instruire. Mais n'est-ce pas même chose pour la relation législative : le besoin d'ordre et la propension à se rebeller ?

C'est plutôt lorsqu'on en arrive à analyser l'éducation pour ce qu'elle est techniquement, un processus de communication, que le parallèle devient hésitant. Nous voyons le processus s'accomplir par une série de phénomènes qui ont leur siège aux deux pôles de la relation : information et compréhension, mnémotechnique et mémorisation. avec des rétroactions, les questions de l'enseigné, le contrôle de l'enseignant. Quoi de comparable dans la législation ? Surtout dans celle du XX^e siècle, si peu communicative, si kafkaïenne ? Soit, répliquera-t-on ; mais ce ne sont là que des différences de fait : l'image de la loi pédagogue ne prétend pas donner une photographie de la réalité actuelle : elle préconise un idéal pour les législateurs futurs.

(41) Cf. DEBESSE et autres. *Pédagogie et psychologie des groupes*, 1964, spéc. G. FERRY, p. 23 et s. (*La relation pédagogique*) ; J. CHABAUX, « Etude de la relation éducative, quelques réflexions méthodologiques », *Revue française de sociologie*, 1972, p. 94 et s.

Nous n'avons rien contre cet idéal, et nous ne lui mesurerons pas le temps, s'il lui en faut pour se dépêtrer de quelques apories (en vieux français : des points chatouilleux). Trois apories auxquelles pourraient être accrochés pour enseigner des noms respectables : Hegel, Kant et Démonax.

L'aporie de Hegel, c'est que le criminel lui-même, en tant qu'être raisonnable et majeur, a un droit inaliénable à subir la plénitude du talion et à rejeter la peine éducative qui l'infantiliserait : autrement dit, que la loi pédagogique est une contradiction, puisque la pédagogie requiert en son sujet l'esprit d'enfance, et la loi, une responsabilité d'adulte.

L'aporie de Kant, ou à peu près, c'est que si la loi peut bien se faire pédagogue, parce que la législation et la pédagogie ont toutes deux une action hétéronome, elle ne saurait se faire pédagogue de morale, parce que la morale est autonome.

L'aporie de Démonax, ce Cynique célébré ou peut-être inventé par Lucien (42), c'est que la loi pédagogue est parfaitement inutile ; car les bons n'en ont pas besoin, ayant déjà une morale par eux-mêmes, tandis que les mauvais n'en seront pas rendus meilleurs, ayant déjà démontré qu'ils étaient insensibles à la morale.

(42) LUCIEN, *Démonax*, n° 11.

Chapitre VI

DE L'ÉTAT

QUAND SA ROBE L'EMPÊCHE DE COURIR *

Il n'est pas facile de se représenter mentalement l'Etat. Parce qu'il accomplit de multiples actions, il offre de lui de multiples images. Les uns sentent l'Etat-fisc les enserrer comme du lierre ; les autres voient dans l'Etat laïc (deux mots qui n'en font qu'un) celui qui les a affranchis, coupeur de lierres et de liens. Seuls les juristes de droit public, à force de méditer sur l'Etat, leur objet central, sont capables de le décrire comme une abstraction. Les juristes de droit civil ne le fréquentent pas dans sa nudité, mais transformé par le vêtement, *in toga*, quelque robe très ample. Ils ont leur propre vision de l'Etat, leur Etat bien à eux. Qu'est-ce donc que l'Etat du civiliste ?

La justice est rendue au nom du peuple, les procureurs agissent au nom de la République, les époux sont mariés au nom de la loi, des contrats sont annulés au nom de l'ordre public (l'ordre public au front de taureau). L'Etat est présent par-derrrière, mais préfère ne pas s'afficher. Il est rare qu'il s'avance à visage découvert à la rencontre des civilistes. Qui soupçonnerait son incarnation la plus irrécusable sous le masque de l'agent judiciaire du Trésor, et que cet énarque oublié dans un coin du ministère des Finances est l'Etat lui-même, l'Etat en justice, demandeur ou défendeur, au pied des tribunaux ?

À la vérité, c'est au chevet des morts les plus abandonnés que l'Etat se manifeste le plus clairement comme une personne. C'est l'Etat-héritier — à défaut de l'époux et de toute la parenté — un héritier qui n'ose pas se réclamer de l'affection présumée du défunt. Un héritier d'exception : il sait que jamais il ne sera *decurjus*, et il n'a pas d'acte de naissance, car, le principe étant posé de sa continuité, il fait remonter son existence indéfiniment dans le passé, du moins jusqu'à cette nappe de brouillard médiéval où les publicistes racontent qu'il n'était pas encore conçu.

* Ce texte a été publié d'abord par la revue *Droits*, 1992 (15), pp. 33-37, sous le titre « L'Etat dans une vision civiliste ».

La relation du droit civil à l'Etat ne saurait être de la même nature que celle qu'entretiennent avec lui le droit public en sa pureté et ce droit public mâtiné de privé qu'est le droit pénal. Droit public et droit pénal attendent de l'Etat qu'il exerce à leur service son monopole de violence en le portant au paroxysme de la violence physique : ils attendent de lui une police et des prisons. La violence étatique dont se sert le droit civil est une violence adoucie, psychologique. La formule exécutoire sur laquelle s'achève le procès civil ne doit pas faire illusion : l'appel lancé à la main-forte de tous les commandants de la force publique n'est que menace d'une hypothèse. Sauf exceptions (la contrainte par corps autrefois ; la garde de l'enfant mineur, aujourd'hui), le droit civil répugne à mettre la main sur les personnes. C'est par une pression sur les volontés qu'il arrive à ses fins, la crainte d'un désavantage, le dégoût de quelque amertume : qui se dérobe à la prise de sang ordonnée perdra un moyen de défense ; l'expulsé récalcitrant videra de lui-même les lieux lorsqu'ils auront été vidés de leur mobilier. Tout se ramène à payer et l'exécution civile du débiteur n'est qu'une exécution sur ses biens. Tel le gendarme en droit public, c'est peut-être l'huissier de justice qui est, en droit civil, la figure la plus symbolique de l'Etat, la plus symbolique bien que la plus mal aimée (1).

Mais, annoncé par lui, tout le judiciaire défile. Autorité ou pouvoir ? Sans en disputer déjà, disons sur un ton neutre l'univers judiciaire (2). Il est vaste et bigarré : les tribunaux, siège et parquet confondus, et les greffes ; les barreaux qui s'y rattachent, même s'ils sont fondés à se croire indépendants, le notariat (les actes qu'il dresse ont beau être qualifiés d'extrajudiciaires, ne sont-ils pas susceptibles de la formule exécutoire ?) ; enfin, coiffant l'ensemble, le ministre et son ministre, l'administration du droit civil. Mais le judiciaire a ses annexes. L'enregistrement a l'air d'un impôt : n'empêche qu'aux actes juridiques dont il épouse le contour il donne en échange, *civiliter*, date certaine. Les conservations des hypothèques ont la tristesse de toutes les bureaucraties : elles n'en sont pas moins les pivots d'un droit civil de mouvement. Et où ranger l'état civil ? Service public de la commune, certes, mais aussi chancellerie de proximité, authentifiant à l'usage du droit civil les quelques grandes heures de la vie de chaque personne. Oui, si des civilistes étaient interrogés sur ce qu'est pour eux l'Etat, il est probable qu'ils citeraient la justice, cette partie de l'Etat qui est judiciaire.

C'est une partie trop typée, trop colorée d'histoire (et même de folklore dans la mentalité populaire) pour qu'elle puisse être confondue avec les autres bras de Léviathan. Non pas que le judiciaire méconnaisse tout ce dont il est redevable au législatif et à l'exécutif, qui le nourrissent de textes et de ressources. Il sait bien qu'il n'a ni la puissance ni la gloire ; et depuis longtemps il

(1) Cf. *infra*, p. 328.

(2) Cf. J.-P. ROYER, *La société judiciaire*, 1979.

a abdiqué l'ambition des parlements d'Ancien Régime qui prétendaient résumer dans l'État judiciaire la totalité de l'État. Prenons garde, néanmoins, à un phénomène de notre époque, dont les civilistes en personne ont été les artisans : l'exaltation de la jurisprudence. C'est un phénomène qui, sans bruit, fait marche arrière, tendant à représenter l'État judiciaire comme un système qui se suffit à lui-même dans un rôle non contredit d'autoproduction du droit.

L'Etat de droit, exigence et ornement du discours contemporain, se laisse ainsi aisément transposer, à l'échelle du droit civil, en un Etat des juges (3). Ils ne gouvernent point, à l'américaine, par une censure de la législation. Leur manière de gouverner est diffuse, qui ne consiste qu'à résoudre, quand il s'en produit, des conflits, la plupart médiocres, entre individus. Parce qu'ils ne sont pas issus du suffrage universel, la légitimité de leur pouvoir, en comparaison des autres, a parfois été mise en question : n'est-elle pas, cependant, établie, aussi solidement que par un vote, par un *uti possidetis* qui plonge ses racines en l'an VIII au moins (malgré des ruptures de charge, çà et là) ? Outre le respect tacite des justiciables pour la justice, qu'ils poussent si loin que le plus possible ils s'appliqueront à ne lui rien demander. Combien d'existences d'hommes et surtout de femmes — davantage encore s'il n'y avait le divorce — se dérouleront sans que jamais y ait été ressenti le contact ennuyeux (*taedia litis*) de l'Etat judiciaire

Légitime ou pas, l'Etat judiciaire a une autorité. Elle lui vient de causes multiples. Glissons sur celles qui peuvent sembler superficielles, encore qu'elles concourent à l'entourer d'une *aura* : la détention d'un savoir spécialisé, sinon ésotérique ; un langage solennel, sinon oraculaire ; et surtout cette perception du temps qui le ralentit (l'urgence n'est qu'exceptionnelle), soulignant par contraste dans le rythme précipité de l'exécutif une absence de sagesse. La cause essentielle est évidemment ailleurs, dans ce qui est la vocation même du juge, au sommet du triangle : la neutralité, l'impartialité, la liberté d'indifférence entre les deux plaideurs. Il n'est guère que les perdants pour la contester — et c'est une rancune qui en général ne leur dure pas, alors qu'à l'encontre d'une loi injuste la revendication est éternelle. On voyait naguère encore dans les bourgs des balances publiques. Publiques, elles l'étaient en ce que chacun y avait accès pour faire peser ses marchandises, mais aussi en ce que la justesse, la justice en était contrôlée par l'autorité. Des balances publiques, c'est le droit civil sous la garde de l'Etat.

(3) Cf. Denis SALAR, *Le tiers pouvoir*, 1998. Dans les années 1990, l'impression s'est répandue que la justice était en train de s'emparer d'un pouvoir d'Etat ; mais c'était surtout l'activisme des juges au pénal qui frappait l'opinion, spécialement celle des juges d'instruction, et même plus étroitement de quelques juges en vedette. Ce qui entrave, du reste, la montée de la justice en un tiers pouvoir, ce sont ses propres divisions : syndicales (donc implicitement politiques), organiques aussi (la hiérarchie, l'opposition Paris/Province, Nord/Midi, grands et petits tribunaux, matières vivaces et matières mornes, etc.).

De même que, par les poids et mesures, l'Etat garantit la sûreté des transactions sur les marchés — par le droit civil il répand dans la société un climat général de garantie. La diversité du phénomène se découvre au hasard des contentieux. C'est l'Etat qui garantit la paix du *statu quo* par la protection possessoire, et la conservation des propriétés par les actions pétitoires — plus géométriquement le respect des frontières par la publicité foncière et le bornage. C'est encore lui qui, par les actes de l'état civil, garantit les mariages, les filiations, les héritages. Lui toujours qui, par le contrat, garantit que derrière les mots il y a une réalité. La garantie, c'est, en la personne du garanti, une confiance; du côté du garant rien qu'une promesse, mais une promesse d'Etat.

Au siècle dernier, la maxime que l'Etat doit se conduire « en grand honnête homme » tenait, dans la rhétorique politicienne, la même place que de nos jours l'Etat de droit. Elle était, cependant, pour les gouvernements autrement contraignante, car elle visait à leur interdire des facilités de gestion dont l'Etat de droit s'accommode sous prétexte que c'est encore du droit, du droit public. Quoique la maxime ait eu une résonance bourgeoise, on aurait pu lui trouver des ancêtres tout le long de l'histoire. Mais longue aussi était l'histoire des entorses qu'elle avait subies sous l'invocation de la nécessité. Le droit civil qui compte sur l'Etat honnête homme rencontre souvent l'Etat tricheur, sans avoir les moyens constitutionnels de le contrer. Ce n'est pas l'Etat judiciaire; c'est l'Etat législateur quand, par exemple, il fait une loi interprétative, ou l'Etat administrateur, quand il incite les préfets à paralyser des décisions de justice. Mais c'est surtout l'Etat monnayeur. Avec la monnaie expose l'ubiquité de l'Etat. Palpable dans les billets de banque ou invisible sous les énoncés de sommes, sa présence se fait sentir partout. Tous les rapports de droit civil, ou presque, étant pécuniaires, du moins virtuellement par une vocation à se résoudre en argent (tout vaut tant) — il n'est pas de ces rapports où l'Etat ne pénètre en tiers. Un tiers efficace : par la sécurité du cours légal, par la simplicité de l'équivalence nominale, il garantit aux relations économiques une parfaite fluidité. Seulement, ce tiers bienvenu peut, à l'expérience, se révéler le plus perturbateur des intrus. Il est celui qui peut altérer la monnaie, la changer sans garantie de pouvoir d'achat. Il est celui qui déséquilibre tout le droit civil, qui affole les balances publiques.

Si finalement l'Etat nous inquiète, que ne le jetons-nous par-dessus bord? Un retour à l'économie en nature, au troc sinon à l'autarcie, c'en serait assez pour éliminer l'Etat monétaire avec ses menaces. Et sur cette pente se dévoilent des perspectives plus vertigineuses encore. Sans qu'il faille beaucoup gratter le vernis de civisme et de civilité des civilistes, on décèle bientôt chez eux un penchant inné à la privatisation, qui appelle la déréglementation et peut mener aux confins d'une anarchie. Le droit civil a la vanité de croire qu'il pourrait, mieux que d'autres, se passer d'Etat, parce qu'il possède dès maintenant, dans son outillage, les instruments de sa liberté. La coutume dispensera de la loi et, avec la médiation, l'arbitrage, il ne sera plus besoin de tribunaux. L'autonomie de la volonté est déjà tout un programme : aux relations entre

individus le contrat à lui seul pourvoira — dût-il se ramener désormais à une simple réciprocité d'obligations naturelles, dont chacun s'acquittera spontanément en s'interdisant de jamais le regretter. Qu'enfin les maires disparaissent, qui faisaient les mariages, le mariage se retrouvera union libre — où est la difficulté ? Il n'y en a pas en Utopie.

Le fameux non-droit serait-il aussi une utopie ? La tentation est vive de mettre sans-Etat et non-droit face à face, comme deux miroirs qui se renverraient le vide. On aurait tort, pourtant, sous l'impression d'une négativité qui se répète, d'entrer dans un jeu trompeur de symétries et de contrastes. Il peut sembler d'une logique élémentaire qu'à « moins d'Etat », « plus d'Etat », « mieux d'Etat » — ces formules qui se sont usées avant d'avoir fait des miracles — correspondent en bas « moins de droit », « plus de droit », « mieux de droit ». Mais les phénomènes sociaux ne sont pas toujours logiques. Nous avons cru apercevoir, tout à l'heure, les civilistes rêvant de refouler l'Etat avec un droit imaginaire. Le non-droit, quant à lui, n'est pas imaginaire, et il ne fait pas alliance avec le sans-Etat. La théorie part d'une constatation objective : qu'il est des situations qui ont été, ou qui devraient être, régies par le droit, d'où le droit s'est retiré. Et elle débouche sur une conclusion pratique : qu'il serait bon de respecter, voire de multiplier ces aires où la société se repose d'avoir été trop juridique. Mais, que ce soit sur l'un ou sur l'autre registre, le non-droit a besoin de l'Etat comme d'un support, d'un cadre pour ses plages de liberté. On peut soutenir sans paradoxe qu'il n'y a que les Etats forts pour promouvoir le non-droit de *lege non ferenda*.

Chapitre VII

VOLTAIRE

OU L'ARTIFICIALISME JURIDIQUE*

La sociologie en général (1), la sociologie du droit en particulier (2) ont réclamé Montesquieu comme précurseur. À notre époque, c'est même un véritable engouement qui s'est porté sur Montesquieu sociologue (3), et sociologue du droit (4). En regard, Voltaire ne tient qu'une place médiocre dans la galerie sociologique.

Sans doute, il y a l'*Essai sur les mœurs*, dont l'intitulé même est un programme : l'attention qu'il prête à l'action du temps et des forces collectives — coutume, opinion, besoin d'ordre — sur la formation des institutions : son sens aigu du devenir, de la diversité, de la relativité des cultures. Tout ceci pourrait être, est déjà sociologique. Le premier des anthropologues, n'est-ce pas ainsi que Voltaire a été dépeint par des connaisseurs ? (5).

Mais il y a aussi l'*artificialisme* — c'est le mot d'Armand Cuvillier (6) — cet artificialisme qui resurgit trop constamment dans l'ensemble de l'œuvre, et qui est d'ailleurs trop en accord avec le scepticisme proverbial du personnage, pour que l'on puisse s'empêcher d'y voir le fond de la sociologie, de l'antisociologie voltairienne. Artificialisme, qu'est-ce à dire ? Que, loin de résulter de

* Ces quelques pages ont d'abord été publiées en hommage à Louis BAUDOIN dans le recueil *Problèmes de droit contemporain*, Presses de l'Université de Montréal, 1974

(1) Ce fut, en 1892, le sujet de la thèse latine de DURKHEIM.

(2) EHRLICH, Montesquieu and Sociological Jurisprudence (1916), *Harvard Law Review*, 29 : GURVICH, *Éléments de sociologie juridique*, 1940, p. 42 et s.

(3) L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, 1959 ; R. ARON, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, 1962, leçon 111, Marx et Montesquieu, p. 62 et s ; cf. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, 1973.

(4) *Sociologie juridique*, Quadrige, 1994, p. 68 ; cf. Législation et religion mêlées dans la sociologie de Montesquieu, *Rev. d'hist. et philo. religieuses*, 1982 (4), 363.

(5) P. MERCIER, *Histoire de l'anthropologie*, 1967, p. 28 ; Jean POIRIER, *Histoire de l'ethnologie*, 1969, p. 16.

(6) A. CUVILLIER, *Manuel de sociologie*, 1^{re} éd., 1950, n° 5, 6, p. 8/10.

la nature des choses, les institutions sociales, quand elle ne sont pas tout simplement le produit aveugle d'un hasard inintelligible, ont été artificiellement imposées aux hommes par la volonté arbitraire des gouvernants, des rois et des prêtres, des prêtres-rois — tantôt des sages, tantôt des trompeurs (7). Il est clair qu'à supposer ainsi l'intervention indéterminée d'intentions toutes personnelles dans l'apparition des faits sociaux, et premièrement des phénomènes juridiques, la moindre analyse causale devient impossible (8). C'est tourner le dos à la sociologie.

*
* *

De cet artificialisme appliqué au droit, les affirmations abondent chez Voltaire. S'il faut choisir, faisons confiance au *Dictionnaire philosophique* pour un schéma dépouillé.

D'entrée, un élément négatif, mais combien suggestif : le refus du déterminisme physique. C'est à l'article *climat* : Voltaire s'y sépare nettement de *l'Esprit des lois*. Sous l'éloge, une ombre de jalousie se dissimule à peine. Montesquieu n'a rien inventé, et l'on a bien eu tort de lui faire un crime (partant, une publicité) de cette fameuse théorie qui était déjà chez Bodin, pour ne point parler de Diodore de Sicile, de Chardin ou de l'abbé Dubos. De surcroît, c'est une théorie fautive, car, si le climat peut avoir quelque puissance, le *Gouvernement* en a cent fois plus, et la religion jointe au gouvernement, encore davantage (9).

Ainsi, les lois ont leur cause principale dans une décision étatique. Celle-ci, cependant, n'est-elle pas ordonnée elle-même à la raison ? Ce qui, réintégrant les lois dans un ordre rationnel, permettrait de supposer philosophiquement qu'elles

(7) CUVILLIER (*Op. cit.*, p. 8) place à cet égard le baron d'Holbach sur la même ligne que Voltaire. Et certes, dans son *Système social (ou Principes naturels de la morale et de la politique)*, le baron professe, sur l'origine du droit, des thèses artificialistes très analogues à celles de Voltaire, peut-être même plus saisissantes parce qu'elles sont ramassées en un seul chapitre (chap. 3 de la 3^e partie, *De la corruption des lois*, t. 3, p. 20 et s.) et nullement feutrées d'ironie : « Les lois civiles ont été et sont encore les effets de la force, du caprice, de l'avidité et de la fautive politique des conquérants et des peuples... ». L'antériorité, toutefois, semble bien appartenir à Voltaire, lequel, d'ailleurs, prenait volontiers ses distances d'avec la coterie holbachique (cf. HUBERT, *Holbach et ses amis*, 1928, p. 79). Ce n'est pas simple constatation chronologique (le *Système social* est de 1773, *Zadig* de 1747, le *Dictionnaire philosophique* de 1764). D'Holbach se ressent par trop de la lecture de Voltaire (t. 3, p. 26, notamment, il décalque, à l'évidence, le passage du *Dictionnaire* cité *infra*, note 11).

(8) Sur la conception flottante que Voltaire se fait de la causalité en général, cf. RIBS, *Voltaire, Recherches sur les origines du matérialisme historique*, Genève, 1962, p. 144 et s.

(9) Ce qui n'empêchera pas Voltaire d'admettre, *obiter*, et comme sans y prendre garde, que les mœurs et coutumes de tel ou tel peuple en particulier ont été influencées par le climat du pays (cf. E. CARAMASCHI, Du Bos et Voltaire, in *Studies on Voltaire and the XVIIIth Century*, Genève, t. 10 (1959), 234).

participent d'un ordre naturel ? Aux yeux de Voltaire, il se peut bien qu'une partie de ces constructions humaines que sont les lois relève, en effet, d'une telle ordonnance de la raison Des lois raisonnables, il peut en exister jusque dans le droit velche — peut-être justement ces belles *ordonnances* dont il faut faire honneur au siècle de Louis XIV (10) — mais elles y sont étouffées sous les mauvaises coutumes et les commandements abusifs. Si bien que l'ordre juridique, embrassé dans sa totalité, apparaît comme un désordre : le système juridique (pour employer une expression moderne), comme un chaos (11).

L'explication du phénomène, selon Voltaire, est génétique. Chaque règle de droit a été poussée dans une direction différente parce qu'elle est née d'une volonté particulière — qui plus est, d'une volonté pernicieuse, en tout cas *dysfonctionnelle* (dirait Robert King Merton). Entendons que la volonté législative n'a pas été déterminée par ce qui devrait être la fonction propre du droit, l'utilité générale (d'où l'on aurait pu attendre précisément, qu'un mouvement convergent fût imprimé à l'ensemble juridique) — mais par quelque autre mobile qui contrarie cette fonction. « Les lois ont été établies dans presque tous les Etats par l'intérêt du législateur, par le besoin du moment, par l'ignorance, par la superstition... ». C'est ainsi que le *Dictionnaire*, v^o *lois*, met l'artificialisme juridique en apophtegme.

Mais, pour répandre ses idées, Voltaire s'est toujours fié aux apologues autant et plus qu'aux apophtegmes. À *Zadig*, qui de ses *Contes* est probablement le plus juridique (12), il a donné mission d'illustrer sa thèse extrême sur la genèse du droit : le droit créé par le dol. L'occasion en est le *bûcher du veuve*, cette coutume hindoue dont l'apparente absurdité troublait passablement les philosophes dans leur rationalisme (13). Après avoir raconté comment

(10) VOLTAIRE, *Siècle de Louis XIV*, chap. 29.

(11) Le *Dictionnaire philosophique* (V^o Lois, sect. I) use d'une comparaison pittoresque : « voyez à Paris le quartier des Halles, de Saint-Pierre aux bœufs, la rue Hrisemiche, celle du Pet-au-Diable, contraster avec le Louvre et les Tuileries ; voilà l'image de nos lois... » On croit apercevoir Domat cerné par le pays réel.

(12) Cette coloration juridique, *Zadig* la doit surtout à la série de ses stratagèmes, mi-judiciaires, mi-policiers (*Le chien et le cheval*, *L'Envieux*, *Les généreux*, *L'esclavage*, *Les énigmes*, *La danse*). C'est un genre littéraire fort ancien, débarqué d'Orient, avec Salomon : cf. *infra*, p. 436 : pour percer à jour la ruse des méchants, le justicier déploie une ruse double, en restant toutefois dans les limites du bon sens afin d'assurer à sa décision un *consensus* populaire. Sancho Panca avait rendu la justice sur ce mode dans l'île de Barataria, et Voltaire ne dédaignait point un tel modèle (cf. *Dictionnaire philosophique*, V^o *Conseiller ou Juge*).

(13) Montesquieu, rencontrant la coutume (*L'Esprit des lois*, liv. 14, chap. 3 ; liv. 24, ch. 19-21), se borne à quelques conjectures hésitantes sur les ressorts de psychologie religieuse (la croyance à l'immortalité de l'âme, à la métempsycose) qui peuvent donner à la *sati* le cœur de s'y soumettre. Dans une tragédie en cinq actes et en vers, la *Veuve du Malabar ou l'empire des coutumes*, jouée en 1770, Lemierre devait proposer fugitivement (III, 5) une ébauche de rationalisation (si l'on ose dire) : rien n'étant plus courant pour les maris hindous que le risque d'être empoisonnés par leurs femmes, la loi du bûcher pouvait avoir une fonction terriblement (et aveu-

Zadig, fort ingénieusement, réussit à extirper l'antique loi, on nous dévoile sous la pression de quels intérêts elle avait jadis été introduite : c'est que de droit les pierreries et les ornements des jeunes veuves envoyées au bûcher devaient constituer un casuel pour le clergé (14).

Plus tard, Voltaire s'avisa de fortifier sa thèse d'un second exemple, et il composa la fable des *yeux bleus*, qui ne fut insérée dans Zadig que par l'édition posthume de Kehl : l'île de Serendib vivait sous une loi (raciste sans être aryenne) qui défendait aux rois d'aimer des femmes à la prunelle claire (15). Il est moins important d'apprendre ce qui s'ensuivit que de savoir comment on en était venu là : un chef des bonzes avait instauré cette loi, il y avait plus de cinq mille ans, à dessein de s'approprier la favorite du premier prince de l'île. Ainsi, point de faille dans la démonstration : le droit est toujours le maître d'imposture. Mais ce qu'il y a d'artifice en lui se trouve porté au paroxysme : tout à l'heure, la machination était soutenue, en quelque sorte, par l'intérêt d'une caste au pouvoir : cette fois-ci, c'est la passion folle et rusée d'un mort qui continue de dicter sa loi aux vivants (16). À d'autres de discuter si Montesquieu mérite bien le titre de législateur optimiste que lui décerna Sainte-Beuve. Voltaire, pour sa part, sous l'ironie, a apporté le pessimisme dans l'analyse de la législation (17).

*

**

Il est facile de condamner Voltaire au nom de la science : cette propension à expliquer les phénomènes par des lubies extravagantes ou des complots téné-

glément) dissuasive. Sans grande valeur théâtrale, la pièce de Lemierre n'est pas, au demeurant, dénuée d'intérêt pour la sociologie et l'ethnologie du droit, car elle met bien en relief le conflit d'acculturation juridique sous-jacent à l'épisode — le conflit entre le fonds coutumier hindou et le droit prétendu naturel importé par les colonisateurs français, avec, entre les deux, un personnage de bramine évolué.

(14) *Zadig ou la destinée*, 1747 (*le Bûcher, les Rendez-vous*).

(15) Les théories modernes de la connaissance se sont emparées de cette île et ont appelé de son nom la *sérendipité* : c'est, dans les sciences expérimentales, l'aptitude à produire ou à découvrir par hasard des effets inattendus et non recherchés ; cf. D. BOURSIER, *Pour une morphogénèse du droit : comment analyser l'émergence d'un concept juridique ? in Jacques Chevallier, Désordre(s)*, Amiens, 1997, p. 214.

(16) Cf. *Les lois de Minos*, tragédie — en cinq actes et en vers, mais trop juridique pour avoir jamais été portée au théâtre. Dès la première scène, nous voyons Teucer, roi de Crète, se débattre, impuissant contre les lois sanguinaires qu'il a héritées du délire sacré de Minos : «... Ses fables sont nos lois, ses dieux sont nos tyrans ». Le profil de ce Teucer est d'un despote éclairé, dont l'esprit hardiment progressiste est sans cesse contre-battu par l'esprit conservateur, ou du moins temporisateur, de ses archontes. Voltaire composa la pièce en 1773, alors que le chancelier Maupeou s'épuisait dans son conflit avec les Parlements.

(17) Sur le pessimisme de Voltaire, et des *Contes* en particulier, cf. RIHS, *op. cit.*, p. 24, 37.

breux n'est-elle pas le signe bien connu d'une appartenance encore enfantine à l'état métaphysique, sinon à l'état théologique (18)?

A priori, pourtant, on ne peut croire que Voltaire soit un enfant en fait de politique (19). Il a une expérience de diplomate et de courtisan; il s'est frotté à des législateurs; il doit savoir à quoi s'en tenir sur la manière dont les lois sont faites. Qu'il ait exagéré sa pensée, c'est un procédé habituel de l'argumentation. Mais son artificialisme n'est pas si candide. La preuve en est qu'un législateur très glorieux s'est chargé, sans le vouloir, de lui donner raison: n'est-ce pas l'intérêt personnel de Bonaparte — le point a valeur mieux que d'anecdote — qui a collé le divorce et l'adoption dans le Code civil de 1804 (20)?

L'exemple est bon à y accrocher cette remarque, qu'en sociologie juridique l'artificialisme peut avoir une pertinence qu'il n'a pas ailleurs, spécialement en sociologie morale. Parce que le droit, paradoxalement — et contrairement à ce qu'imaginait Durkheim — est un système normatif bien plus artificiel que les mœurs. Plus exactement, il entre dans sa *nature* même d'être, pour une part importante, *artifice*. Il est artifice dans la mesure où il est volonté. On dit souvent que le droit se fait avec le temps. Mais, avant le temps, la volonté peut le faire — l'échange de volontés qu'est le contrat ou l'acte de volonté qu'est la loi. Etant ainsi volition, éclair psychologique dans la conscience d'un homme ou de quelques hommes, la loi, à la différence de la coutume, semble se dérober à des investigations sociologiques où l'on prétendrait ne la traiter que comme une matérialité.

La sociologie n'est pas, néanmoins, à court d'arguments pour *recupérer* la volonté législative dans le déterminisme universel des faits sociaux. L'individu législateur, soutiendra-t-elle, n'est que l'expression de son époque, le porte-parole, conscient ou inconscient, de mouvements collectifs — technologiques, économiques, culturels — qui le dépassent. Eût-il fait défaut, un autre eût nécessairement surgi, au même moment historique. Lamprecht, qui enseignait cela, songeait à la nation allemande, travaillant obscurément par Bismarck à son unité. Ne lâchons pas Bismarck. Il semble avoir été politiquement décisif, par exemple, pour faire accepter en Allemagne (et de là, par imitation, dans toute l'Europe) une législation des accidents du travail. Mais se figure-t-on que, sans lui, elle n'aurait jamais vu le jour? Un peu plus tôt, un peu plus tard, elle aurait jailli des sociétés industrielles sous la poussée d'une nécessité objective. Sans nier le grand homme, le grand homme législateur, cette interprétation l'objective en quelque façon, le dépersonnalise, en fait un organe de la masse. Telle n'est point, assurément la conception de Voltaire. Son législa-

(18) Cf. Pierre ARNAUD, *Sociologie de Comte*, 1969, p. 168-169.

(19) Cf. M.L. PERKINS, Voltaire's Concept of International Order, in *Studies on Voltaire and the XVIIIth Century*, Genève, 1967, t. 36.

(20) Cf. J. ELLUL, Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception. *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 21 et s.; 1965, p. 191 et s.

teur est un despote, créateur autonome de droit. Et lorsque d'aventure ce despote est éclairé, c'est du milieu de sa cour, par les conseils des philosophes (21). Après tout, lui aussi est voltairien, comme Voltaire : il n'attend plus l'illumination d'en haut ; mais il n'a pas encore foi dans celle d'en bas — celle qui lui viendrait de la base, l'illumination sociologique.

Les historiens connaissent bien ce débat : si ce sont des facteurs personnels ou des forces anonymes qui ont le plus de poids dans le déroulement de l'histoire (22). Débat inépuisable, puisqu'il est de philosophie, et dont il serait imprudent de faire dépendre le jugement à prononcer sur l'artificialisme voltairien. Aussi bien, si celui-ci, passé le premier soupçon d'antisociologie, a une valeur sociologique, ce n'est pas comme explication globale des sociétés, c'est pour des apports limités, qui, d'être limités, acquièrent des arêtes plus vives. Abandonnons, en d'autres termes, l'artificialisme dans sa généralité fuyante : ce qui compte sociologiquement, ce sont des *phénomènes* concrets et parfaitement observables d'artificialisme *juridique*. Sur quelques-uns de ces phénomènes, Voltaire a eu des vues pénétrantes, à tout le moins des intuitions ; nous pouvons encore en tirer profit.

a) *L'occasio legis*

La cause de la loi (sa cause efficiente), c'est, dans la masse, un complexe de pratiques, de besoins, d'aspirations ; l'occasion de la loi (sa cause occasionnelle, si l'on préfère), c'est souvent un petit fait, sans lequel la cause profonde serait restée à l'état de virtualité. Il est notoire que Voltaire affectionne le recours aux petits faits pour élucider les grands événements (23). Tite-Live aussi raffolait des *parvae causae* (24) ; or, il a réputation d'historien plutôt naïf. On constate, pourtant, qu'assez souvent des réformes législatives, même arrivées à maturité ne sont tombées de l'arbre que parce qu'il y avait eu le choc de quelque incident imprévisible. Pourquoi ne croirions-nous pas que les lois liciniennes étaient dues à une chamaille entre sœurs, et le sénatus-consulte macédonien à un scandale mondain (25), alors que nous savons de source sûre que la responsabilité de l'Etat n'aurait pas été substituée, en 1899, à celle des membres de l'enseignement public sans les dramatiques souf-

(21) Sur le despote éclairé selon Voltaire, cf. RIHS, *op. cit.*, p. 150 et s.

(22) Cf. R. ARON, *loc. cit.* ; VALADE, A.S., 1991, p. 183 (le retour du personnage historique) ; et pour le Code Napoléon, la revue *Droit prospectif* ; Aix, 1981-3, p. 327 et s.

(23) Non sans discernement : il ne retiendra que des détails qui lui semblent signifiants ; cf. RIHS, *op. cit.*, p. 146 et s.

(24) Cf. DUTOIT, Les petites causes dans l'histoire romaine de Tite-Live, *Lettres d'humanité*, 5 (1947), p. 186 et s.

(25) Cf. *infra*, p. 286.

frances de l'instituteur Leblanc (26)? La clef du phénomène est vraisemblablement que l'intervention de la loi — et c'est un aspect de l'artificialité du droit — ne répond jamais à une nécessité sociale absolue, ne serait-ce que parce que la société peut toujours trouver la régulation qu'elle demande dans un autre système normatif, fût-il plus faible, tel que le système des mœurs.

b) L'arbitraire législatif

D'ordinaire, la volonté législative est déterminée par des motifs, et des motifs raisonnables, ce qui permet de la faire rentrer dans une analyse causale. Mais il peut advenir qu'elle ne soit déterminée par rien, du moins par rien de raisonnable. Cette volonté législative libérée de toute rationalité est la *volonté pure législative*, qui fait les lois *arbitraires* (soit dit techniquement, sans jugement péjoratif) (27). La forme extrême du phénomène est la psychopathologie légiférante, dont un Caligula ou un Néron présentèrent au moins les symptômes (28). La variété la plus courante est ce que l'on pourrait appeler la législation aléatoire : le législateur — parlement ou fonctionnaire — pour décider entre deux solutions législatives également plausibles, utilise le hasard ou même une circonstance objective, mais si *in-signifiante* en l'espèce qu'elle équivaut pratiquement au hasard. La loi du 21 mars 1832, instituant le service militaire de sept ans, fut votée par la Chambre des Pairs sur la remarque du Maréchal Soult, ministre de la Guerre, qu'en sept ans un homme userait exactement deux capotes, tandis qu'avec huit ans, ce que d'autres proposaient, les calculs de l'Intendance ne tombaient plus juste (29).

c) Les groupes de pression

La notion est si classique aujourd'hui que tout commentaire en serait superflu. Mais rendons-nous assez justice à la prescience de Voltaire? Avant toute enquête, il avait su deviner, dans la législation, les intérêts égoïstes sous le masque de l'intérêt général.

Et plus en profondeur, réfléchissons-nous assez à tout ce que son pessimisme contenait de possibilités méthodologiques? Les sauvages ont tort de croire que rien n'est naturel, même la mort, mais les sociologues auraient tort de penser que tout est naturel, même le droit. Au contraire, entre deux explica-

(26) Cf. sur les origines de la loi du 20 juillet 1899, qui modifia l'art. 1384 C. civ., H. et L. MAZEAUD, *Responsabilité civile*, t. I, n° 788.

(27) Cf. J. BENTHAM, *Traité de législation*, 1^{re} partie, ch. 3 : « Principe arbitraire, ou principe de sympathie ou d'antipathie ».

(28) Cf. DAUBE, Greek and Roman Réflexions on Impossible Laws. *Natural Law Forum* (Université Notre-Dame), 12 (1967), p. I et s.

(29) Chambre des Pairs, 30 janvier 1832, *Moniteur*, 1^{er} février 1832, p. 306.

tions pareillement acceptables d'un phénomène juridique, il serait sans doute de bonne méthode de parier pour celle qui implique le mal, c'est-à-dire qui suppose une fraude ou du moins un amour propre au sens de La Rochefoucauld. Détestable en procédure criminelle comme toute présomption de culpabilité, la vieille maxime *Is fecit cui prodest* pourrait bien être, en sociologie du droit — et même dans toutes les sciences de l'homme — un instrument d'analyse affreusement efficace.

SCOLIE SUR LE DROIT

Victor Hugo
*ou la recherche de l'absolu**

Il est possible de glaner, dans l'œuvre immense de Victor Hugo, les éléments d'une doctrine générale du droit qui présente une unité certaine et n'est point dépourvue d'intérêt.

I. — DES RAPPORTS PERSONNELS DE VICTOR HUGO AVEC LE MONDE DES JURISTES, PLUS SPÉCIALEMENT AVEC LES REPRÉSENTANTS DE L'ÉCOLE DE L'EXÉGÈSE

Caractère le plus frappant, partout dans cette œuvre, on sent comme une protestation latente contre la domination de l'École de l'exégèse, dont la durée coïncide précisément avec la vie de Victor Hugo. Sans doute celui-ci ne pouvait-il être au courant des luttes des écoles juridiques. Il n'en est que plus significatif que, lorsque les noms des doyens Delvincourt et Blondeau sont prononcés incidemment dans les *Misérables*, ces citations s'accompagnent chaque fois d'une ironie qui semble d'ailleurs assez peu justifiée, surtout en ce qui concerne Blondeau et qui tendrait à représenter les deux savants auteurs comme des pontifes (1). Au surplus, des inimitiés personnelles n'avaient pas peu contribué, s'il en était besoin, à aigrir le dédain de Hugo pour les juriscôn-

* Scolie très scolaire. Ce texte avait été écrit en 1926 (on se préparait à fêter un centenaire du romantisme, de date indéterminée) ; puis, perdu et retrouvé, il fut publié anonymement dans la *Revue générale de droit et de législation en France et à l'étranger*, 1928 (4), 278, et 1929 (1), 47, revue où Julien Bonnecase avait ses entrées et qui disparut en 1940. Entretemps, ainsi que je l'ai raconté dans mes entretiens avec André-Jean Arnaud, *Droit et société* (12), « Archéologie d'une discipline », 1995, 27, la lecture de la préface de *La morale et la science des mœurs*, de Lucien LÉVY-BRUHL, m'avait ouvert les yeux sur une autre perspective, la sociologie du droit. Mais j'admire toujours Victor Hugo.

(1) *Les Misérables*, 1^{re} partie, livre III, chap. III ; 3^e partie, livre IV, chap. II.

sultes. Le 19 décembre 1832, le Tribunal de commerce séant à Paris eut à juger le procès de Victor Hugo contre le Théâtre français, qui refusait de jouer *Le Roi s'amuse* et l'action en garantie dudit théâtre contre le ministre des Travaux publics qui avait interdit la représentation de ce drame. M^e Odilon Barrot, conseil du poète, invoqua le précédent historique du 28 juillet 1830, où le Tribunal de commerce, présidé par le négociant Ganneron, s'était refusé à tenir compte des fameuses Ordonnances supprimant la liberté de la presse, pour ce motif qu'étant en contradiction avec la Charte constitutionnelle, il n'y avait pas lieu à les appliquer. Victor Hugo en personne vint se vanter devant le Tribunal de « souffleter l'arrêté ministériel avec quatre articles de la Charte ». Toutes choses qui impliquaient en somme l'exception d'inconstitutionnalité et ce principe de la hiérarchie des lois que les publicistes modernes ont découvert. À cela, M^e Chaix d'Est-Ange, avocat du ministre, opposa ses réflexions : « Faut-il, dans des moments de calme, citer ce qui s'est passé dans des temps de désordre ? Les juges qui ont rendu cette décision, étaient comme les gardes nationaux qui, illégalement aussi, se revêtaient de leur uniforme et allaient combattre pour la liberté et les lois. » Et le Tribunal, en se déclarant incompétent, fit sienne implicitement la thèse de Chaix d'Est-Ange. Voilà qui n'était guère propre à réconcilier Hugo avec l'étatisme foncier des juristes exégètes.

Plus tard, un jour que le poète, à la Tribune de la Législative, venait de prononcer ces paroles : « Le condamné, ce criminel selon les uns, ce héros selon les autres (2) »... Le président de l'assemblée, Dupin, que son culte pour Pothier suffirait à ranger dans l'École de l'exégèse, lança une interruption montrant qu'il étendait au juge le dogme de l'inaffabilité du législateur, cher à Mourlon (3). « Quand la justice a prononcé, dit-il, le criminel est criminel pour tout le monde et ne peut être un héros que pour ses complices. » « Je ferai remarquer ceci à M. le président Dupin, riposta Hugo, le maréchal Ney a été déclaré criminel par la justice. Il est un héros pour moi, et je ne suis pas son complice ». Répartie d'autant plus piquante que Dupin avait été l'un des avocats de Ney. Enfin, après le 2 décembre, lorsque Chaix d'Est-Ange et Dupin et Troplong, l'un des plus illustres exégètes, eurent adhéré à l'Empire, ainsi que magistrats et jurisconsultes (4) en corps, Victor Hugo, en son indi-

(2) Discours sur la déportation (5 avril 1850).

(3) On pourrait objecter que Dupin a proclamé, à l'instar d'Antigone, et fort éloquemment, sa croyance en une loi naturelle, supérieure à toutes les lois humaines. Et qu'à la Cour de cassation (*infra*, p. 250), il prit des positions hardiment libérales en défense de la personnalité des esclaves. Ce ne serait qu'une nouvelle preuve de ce qu'il y avait d'illogisme, dans l'attitude de certains exégètes.

(4) Valette fut bien incarcéré quelque temps lors du coup d'État de 1851 (caserne d'Orsay), mais l'Empire ne lui enleva pas sa chaire.

gnation, ne cessa plus de voir (comme il n'y était déjà que trop enclin des émules de Laubardement (5) dans tous ceux qui touchaient de près ou de loin au monde juridique (6). Sans doute le poète n'a été en cela que « l'écho sonore » d'un préjugé populaire fort ancien. N'empêche que l'École de l'exégèse qui semblait faire des juristes une caste de prêtres fermée au progrès et aux sentiments humains, ayant sa bible et ses prophètes, ses rites et sa langue sacrée, l'École de l'exégèse était impuissante à dissiper pareille prévention. Mais à côté de cette partie négative, surtout intéressante en ce qu'elle révèle les réactions inconscients des esprits profanes devant l'attitude de l'École de l'exégèse, il y a dans « l'œuvre juridique » de Victor Hugo une partie constructive vraiment remarquable.

II. — LE DROIT DANS LE CONCEPTION DE VICTOR HUGO

a) *Les sources formelles et réelles des règles de droit.* — « *Pro jure contra legem* », telle est la devise que Hugo proclame sienne (7). Elle suffirait à prouver à elle seule que, à l'encontre de la doctrine exégétique, le grand écrivain n'identifiait pas le droit avec ses sources formelles et que, par delà les textes, il percevait nettement les sources réelles du droit. « La loi découle du droit, dit-il lui-même, mais comme le fleuve découle de la source, acceptant toutes les torsions et toutes les impuretés des rives ». Ailleurs il s'écrie : « Ce sentiment qui est le granit de la conscience humaine, le droit, voilà le rocher sur lequel viennent échouer et se briser les iniquités, les hypocrisies, les mauvais desseins, les mauvaises lois, les mauvais gouvernements (8). » À quoi donc se ramène ce conflit du droit et de la loi que Hugo, par un manichéisme qui lui est familier, élève à la hauteur d'une lutte entre le droit et la force, le bien et le mal, l'âme et la matière, à quoi se ramène-t-il, si ce n'est à la distinction essentielle des sources réelles et des sources formelles des règles de droit (9) ?

(5) Preuves : la préface du *Dernier jour d'un Condamné*, le rôle de Laffemas dans *Marion de Lorme*, etc. Cependant le Dr Jenkins dans *Cromwell* est un personnage caricatural, mais sympathique.

(6) Simples exemples (en dehors du volume entier des *Châtiments*, où l'invective est particulièrement âpre contre Dupin et Troplong) : *La Légende des Siècles* (Mansuétude des anciens juges), *Les Années funestes* (contre le procureur général Delangle, sur le rejet de la demande en révision du procès Lesurques).

(7) Actes et paroles, *Le Droit et la Loi*, II.

(8) Assemblée législative, *Discours sur le suffrage universel* (20 mai 1850).

(9) Cette distinction, enseignée par François GÉNY (1861-1959) dans son œuvre maîtresse, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), a fait longtemps partie de la grammaire élémentaire du civiliste. Cf. GROSSI *et al.* ; F. GÉNY *e la cultura giurídica del Noverente, Quaderni fiorentini* (20), 1991 ; F. GÉNY, *Mythe et réalités* (Études sous la dir. de Chomasset, Vanderlinden et Jestaz), 2000, spéc. Jestaz, p. 37.

b) *L'élément rationnel du droit.* — Cependant, comment le poète a-t-il analysé ces sources réelles ? Il faut reconnaître tout de suite qu'il s'est attaché à l'élément rationnel du droit bien plus qu'à l'élément expérimental. « Droit » est pour lui synonyme d'« équité », de « justice » et l'on peut même craindre par instants que le vague inhérent à cette notion d'équité n'ait fâcheusement influé sur sa conception générale du droit. De fait, dans sa doctrine, les limites du droit et de la morale sont d'une imprécision assez inquiétante, et l'élément rationnel du droit y paraît trop souvent une sorte d'élément sentimental. Cela tient en partie à ce que Hugo a vu le droit, ou plutôt, le droit naturel, la notion du droit, sous l'angle de théories spiritualistes et déistes, toutes imprégnées de mysticisme. « Le droit est divin, la loi est terrestre (10) ». « Pour que tout soit sauvé, il suffit que le droit surnage dans une conscience. On n'engloutit pas Dieu (11) ». Que cessent, toutefois, les moments d'effusion ou d'exaltation lyrique, le poète redevient philosophe : la notion de droit lui apparaît alors dans sa réalité métaphysique, de concept rationnel. Elle est une, universelle, immuable, éternelle, absolue. « La justice est un théorème ».

Mais quel est le contenu assigné à cette notion de droit ? Pas de doute là-dessus : c'est avant tout le respect du libre développement de la personnalité humaine, sur le pied d'une égalité sagement comprise (12). « La quantité de droit est adéquate à la quantité de vie (13) »... Il n'y a qu'un seul principe : « la *souveraineté* de l'homme sur lui-même. Cette souveraineté de moi sur moi s'appelle Liberté. Là où deux ou plusieurs de ces souverainetés s'associent commence l'État. Mais dans cette association il n'y a nulle abdication. Chaque souveraineté concède une certaine quantité d'elle-même pour former le droit commun (14) ». Ainsi, tout prompt qu'il était à combattre les injustices, l'auteur des *Misérables*, esprit individualiste et profondément attaché au concept de droit subjectif, était aux antipodes des doctrines dites du droit social.

Enfin, après avoir déterminé de la sorte le contenu de la notion de droit, Victor Hugo ne la reléguait point dans les nuages de la pure abstraction, comme y était portée l'École de l'exégèse. Au contraire, il lui attribuait une fonction précise. Et c'est en faisant appel à la notion de droit, par-delà la loi et même au-dessus de la loi, que le poète résolut tous les problèmes qui se posè-

(10) Actes et Paroles, *Le Droit et la Loi*, II.

(11) *Ibidem*.

(12) Pensées inédites (1830-1840), recueillies par Gustave Simon : « L'égalité que nous voulons, c'est le droit égal et sacré pour chacun de se développer à l'aise, selon toutes ses facultés, grandes ou petites, et de se faire une sphère de tout son diamètre. Le jour où toutes ces sphères, grandes, moyennes ou petites, graviteront paisiblement dans le milieu social sans se heurter et sans se gêner, les unes des autres, le problème posé en 1789 sera résolu. »

(13) Actes et Paroles, *Le Droit et la Loi*, I.

(14) *Les Misérables*, 5^e partie, livre I, chap. V.

rent à lui au cours de sa propre carrière de juriste-amateur, non seulement dans le domaine législatif, à la tribune de diverses assemblées politiques (15), mais encore dans le domaine judiciaire, en de nombreux « plaidoyers » qu'il écrivit ou prononça pour maintes causes où le droit lui semblait en péril (16).

c) *L'élément expérimental du droit.* — De ce que Victor Hugo a négligé ce qu'il y a de mouvant et de relatif dans le droit, il serait inexact de déduire qu'il a totalement méconnu cet élément expérimental. Qu'on en juge plutôt : « Peu à peu, dit-il, les mœurs montent sur les lois (17) ». « D'accord avec l'opinion, avec l'état des esprits, avec le sentiment public, avec les mœurs, la loi peut tout. En lutte avec les forces vives de la société et de la civilisation, elle ne peut rien (18) ». Et plus tard, Hugo rendra cet hommage à Montesquieu qui, de son côté, fut l'un des premiers à montrer les rapports du droit avec les phénomènes biologiques et économiques. « Il a fait dans la loi des fouilles si profondes qu'il a réussi à exhumer le droit (19) ». Victor Hugo ne séparait donc pas le droit de la « réalité sociale » qui en constitue en grande partie l'élément expérimental et contingent. Cependant, il ne faut pas s'y méprendre ; il n'a pas envisagé les transformations du droit sous la forme d'une évolution darwinienne ni même d'un « perpétuel devenir » bergsonien ; il les a considérées comme un progrès continu, selon la conception de Condorcet, ou plutôt comme un progrès statique (si l'on peut accoupler ces deux mots), un épanouissement accomplissant le plan préconçu de la Création. On retrouve là la théorie platonicienne de la réminiscence : suivant Hugo, l'humanité « réapprend » le droit naturel, de façon à en réaliser de plus en plus l'archétype immuable.

d) *L'idéal juridique.* — Ainsi se découvre l'idéal juridique — la chimère juridique — du poète. « Il faut que le droit entre dans la loi (20) », car « de leur accord naît l'ordre, de leur antagonisme naissent les catastrophes (21). » Quand cette querelle du droit et de la loi cessera, « la civilisation sera à son apogée ». « On ne fera plus les lois, on les constatera ; les lois seront des

(15) *Actes et Paroles*, Assemblée nationale, séance du 1^{er} mars 1871, etc.

(16) Tribunal de commerce, 19 décembre 1832, Cour royale de Paris, 5 décembre 1837 ; Plaidoyer pour Charles Hugo, lettre pour demander la grâce de John Brown, Affaire Doise, etc.

(17) *L'Homme qui rit*, 2^e partie, livre III, chap. IV.

(18) *Assemblée Législative* : Discours sur la déportation (5 avril 1850).

(19) Discours prononcé au centenaire de Voltaire (30 mai 1878).

(20) *Quatre-vingt-treize*, 3^e partie, livre VII, chap. V. Victor Hugo, en effet, ne fait guère crédit à la jurisprudence : « L'art du juge est de menuiser le Code en jurisprudence. Industrie d'où l'équité se tire comme elle peut » (*L'Homme qui rit*, 2^e partie, livre VIII, chap. III).

(21) *Actes et Paroles*, Le Droit et la Loi, II.

axiomes... Il y a une géométrie sociale, on sera gouverné par l'évidence ; le Code sera honnête, direct, clair ». Rien n'y manque, pas même les illusions des Conventionnels, qui s'imaginaient que la complexité des relations juridiques pourrait se traduire en formules aussi simples que les déductions de la géométrie. « La tribune politique, ajoute Hugo, se transformera en tribune scientifique (22). » Pour lui, le devoir du juriste est donc de se consacrer à la recherche méthodique des lois naturelles (au sens scientifique du mot) qui régissent la réalité sociale, comme d'autres lois gouvernent la nature physique. Des sociologues positivistes n'auraient point désavoué un tel idéal. Seulement, ces lois, Hugo les considérait comme résultant d'une « harmonie préétablie » et, par conséquent, il conciliait parfaitement la possibilité d'une *science du droit* avec l'existence d'un droit naturel absolu.

III. — LA MISE EN ŒUVRE DES SOURCES RÉELLES DU DROIT

Partant d'une pareille philosophie juridique, quelles solutions Victor Hugo a-t-il été conduit à donner aux différents problèmes du droit positif ?

a) *Le droit public*. — En ce qui concerne le droit public, on peut juger de la doctrine de fond de Hugo par les opinions politiques qu'il a maintes fois exprimées dans un esprit chaque jour plus libéral, et sur la base de la maxime : « le moins de gouvernement possible ». Plus spécialement, quant au droit pénal, chacun sait quel ardent adversaire de la peine de mort fut l'auteur du *Dernier jour d'un condamné*, toujours sur le fondement du respect de la personnalité humaine. Enfin, pour ce qui est du droit public international, tout le monde s'accorde à voir en celui qui, le premier, prononça les mots « États-Unis d'Europe », le précurseur de la Société des Nations**.

b) *Le droit privé*. — Mais ce qui est moins connu, c'est la doctrine de fond de Victor Hugo, quant au droit privé, doctrine qui, d'ailleurs, est restée forcément fragmentaire. Là comme partout, il répudiait la méthode historique pour s'attacher résolument à la méthode « organique », bien qu'en viciant parfois

(22) *Actes et Paroles*, Le Droit et la Loi, I. De même Discours prononcé pour le VII^e anniversaire du 24 février 1848 : « Les lois factices ayant toutes disparu et les lois naturelles demeurant seules, il n'y aura plus d'autre assemblée que l'assemblée des créateurs et des inventeurs, *découvrant et promulguant la loi et ne la faisant pas*, l'assemblée de l'intelligence, de l'art et de la science ; l'Institut. » Également, *Les Misérables*, 5^e partie, livre I, chap. V : « Où allons-nous ? À la science faite gouvernement, à la force des choses devenue seule force publique, à la loi naturelle ayant sa sanction et sa pénalité en elle-même et se promulguant par l'évidence... »

** Ou, en prophétie plus éclatante encore, de l'Union européenne elle-même — sans oublier l'O.N.U.

celle-ci par une application à des principes discutables ; en tout cas, il y a chez lui quelque ironie voilée sur les abus où « l'historicisme » peut précipiter les juristes par trop férus de l'ancien droit (23).

Il est certain que le poète, bonapartiste à une période de sa vie, n'était pas sans admiration pour le Code civil, dont il ne manquait pas (ainsi que la plupart de ses contemporains) de reporter toute la gloire sur le Premier Consul (24). Au surplus, le Code Napoléon traduisait parfaitement beaucoup de ses aspirations essentielles. C'est ainsi que l'individualiste qu'était Hugo, voyant dans le droit une limitation mutuelle des volontés, ne pouvait qu'être favorable, avec tous les grands Spiritualistes du XIX^e siècle, à l'idée de *contrat* (25). De même, deux des droits qu'il chérissait le plus étaient sanctionnés par le Code : la propriété et l'héritage « qui n'est autre chose, écrivait-il, que la main du poète tendue aux enfants à travers le mur du tombeau (26) ». Et ce n'étaient point là des préjugés sentimentaux dus à l'influence « bourgeoise » où avait vécu le poète, c'était, par-dessus tout, la conséquence d'opinions philosophiques raisonnées. La preuve en est que Victor Hugo ne laissait pas que de formuler contre le Code civil certaines critiques précises. « La loi supprime le droit, déclare-t-il... elle l'opprime dans le mariage où elle introduit l'irrévocable, dans la paternité déformée et parfois faussée par les axiomes romains » (27)... Le divorce rétabli, la puissance paternelle adoucie, et, faut-il ajouter, la femme rendue pleinement capable à l'égal de l'homme (28), telles étaient donc les réformes que Hugo souhaitait en droit civil. Il est facile d'y reconnaître l'inspiration de l'individualisme outrancier dont s'était imprégnée, à des degrés divers, la génération romantique.

À un point de vue plus spécial, Victor Hugo avait eu l'occasion d'exposer ses conceptions juridiques relativement à la propriété des œuvres d'art, dont il eût voulu étendre la durée (29), à la marque de fabrique, qu'il eût désiré rendre obligatoire, « liberté impliquant responsabilité (30) », et surtout à la *propriété littéraire*. Les discours qu'il prononça à ce sujet au Congrès littéraire international de 1878 sont remarquables en ce sens qu'ils montrent bien la manière

(23) *Les Misérables*, 3^e partie, livre IV, chap. IV.

(24) *Ibidem*, 3^e partie, livre IV, chap. V.

(25) *Ibidem*, 5^e partie, livre I, chap. V. De même Le mandat contractuel (décembre 1871).

(26) Circulaire aux électeurs de la Seine (1848). Dans la même circulaire, Hugo déclare qu'il faut introduire « la clémence dans la loi pénale et la conciliation dans la loi civile ».

(27) Lettre aux rédacteurs du *Rappel* (31 octobre 1871).

(28) Lettre à M. Léon Richer (8 juin 1872 et 5 août 1877).

(29) Chambre des Pairs (1846).

(30) Chambre des Pairs (1846). Discours d'ouverture (17 juin 1878). Discours sur *le domaine public payant* (séance des 21 et 25 juin). De même Procès-verbaux de la Commission de 1836, publiés par le ministère de l'Intérieur.

très peu exégétique dont le poète édifiait ses constructions juridiques. Faisant appel à la notion de droit, sans trop s'inquiéter des textes préexistants ni même des difficultés techniques, Hugo pose ce double principe : il n'y a que deux intéressés : l'auteur à qui le livre appartient comme livre ; le genre humain, à qui le livre appartient comme pensée. Il en tire ces conséquences logiques : la propriété littéraire, en ce qu'elle a de spirituel, tombe dans le domaine public dès que l'ouvrage est publié, de sorte que ni l'auteur ni *a fortiori* ses héritiers ne peuvent désormais s'opposer à la publication ; mais la propriété littéraire, en ce qu'elle a de matériel, est une forme de propriété privée non moins respectable que les autres, de sorte qu'il est légitime que, après la mort de l'auteur, ses héritiers en ligne directe à perpétuité perçoivent une légère redevance sur le produit de la vente de l'ouvrage. À l'extinction de la descendance directe, cette redevance ira alimenter une caisse destinée à l'encouragement des jeunes écrivains (31).

Idéalisme attrayant. Si l'on ajoute à cela que Hugo fut un des premiers à réclamer la confection d'un Code de la prévoyance sociale (32), il sera visible, une fois de plus, que l'individualisme n'excluait nullement chez lui la préoccupation la plus généreuse des problèmes sociaux.

IV. — CONCLUSION

a) *Réserves à faire.* — Cette œuvre juridique forme un système individualiste assez cohérent, sinon toujours très heureux ; il s'y trouve beaucoup de générosité, mais une foule d'idées ou excessives ou dangereuses ou irréalisables. On sent que le système entier pêche par la base, pour s'être développé trop à l'écart de l'élément expérimental du droit. Aussi toute cette partie de l'œuvre juridique de Victor Hugo n'offre-t-elle plus guère qu'un intérêt de pure curiosité.

b) *Le romantisme juridique.* — Ce romantisme n'a rien d'inattendu chez le chef de l'École romantique. N'empêche que, sous l'aspect, soit d'un sensibillisme à la Jean-Jacques Rousseau, soit d'un scientisme saint-simonien, le tout enveloppé de religiosité et de poésie, il influe fâcheusement sur la clarté et la fermeté de l'œuvre juridique en question.

c) *Le mérite de l'œuvre juridique de Victor Hugo.* — Mais, sous l'attrail romantique et mystique, Hugo, aussi bien comme juriste que comme poète, laisse transparaître un fonds classique rationaliste, par où il rejoint la grande tradition française. De là vient son indéniable mérite ; il a dégagé la distinction

(31) Vers 1926, le rêve de Victor Hugo pouvait sembler être repris — non sans être déformé — par un projet ministériel « portant création d'une Caisse nationale des Arts, des Lettres et des Sciences et organisation du domaine public payant ».

(32) Assemblée Législative, *Discours sur la misère* (9 juillet 1849).

des sources formelles et des sources réelles du droit, il a compris l'importance capitale de la notion du droit et y a vu autre chose qu'un banal motif de littérature. Si Victor Hugo peut prétendre à quelque gloire juridique, c'est presque exclusivement par sa philosophie du droit.

d) *Place de la doctrine de Victor Hugo dans la philosophie du droit.* — Ce n'est pas sans hésitation qu'on peut situer semblable doctrine à sa place exacte. Doctrine psychologique ? Sans doute, Hugo voyait-il volontiers dans le droit une forme *a priori* de la conscience ? Doctrine théologique ? Peut-être, puisque, pour lui, le droit était une émanation de la Divinité, sinon du Dieu de telle ou telle religion. Enfin, par sa croyance à une sorte d'harmonie juridique préétablie, le poète ne semblerait-il pas quelquefois pencher vers la vieille théorie du droit de la nature et des gens ? Mais ce qu'il ne faut pas oublier, c'est que la philosophie de Victor Hugo, serait-elle aussi rudimentaire que d'aucuns le prétendent, est avant tout une philosophie de l'*Absolu* ; aussi les partisans modernes de la *doctrine métaphysique du droit* sont-ils, en définitive, fondés à réclamer ce génial profane comme un précurseur.

TITRE II

LE DROIT SUBJECTIF

Chapitre unique

THÉORIE SOCIOLOGIQUE DU DROIT SUBJECTIF

Que pour la pratique la notion de droit subjectif ait une extrême importance, — le point se passe de démonstration. Une élémentaire analyse de contenu suffit à mettre en évidence la fréquence exceptionnelle du mot droit employé en ce sens de droit subjectif dans toute la masse des lois, des jugements, des actes instrumentaires. Il serait malaisé d'exprimer une prétention, de prononcer une décision tendant à modifier le grand Droit — le droit objectif — sans faire usage du petit droit, non plus que des stéréotypes où il vient structurellement s'insérer : j'ai le droit, tu n'as pas le droit, il ou elle a ou n'a pas le droit. S'il nous manquait, la langue juridique serait aussi strictement paralysée que la langue vulgaire à défaut des pronoms personnels.

Très travaillée par les juristes dogmatiques (1), il ne semble pas que la notion du droit subjectif ait été le thème de recherches sociologiques. Tout naturellement, la sociologie se sent attirée davantage par le droit objectif, parce qu'il lui semble que c'est la société elle-même. Au lieu que le droit subjectif, c'est l'individu, pour lequel, pendant longtemps, la sociologie ne s'est pas reconnu compétence.

Pourtant, le droit subjectif, s'il existe, ne peut exister que comme phénomène juridique, donc social, ce qui est assez pour rétablir sur lui juridiction de

(1) Ainsi qu'en témoignent des livres vite classiques : *Le droit subjectif* (1952), de Jean DABIN, le grand civiliste de Louvain ; *Droit subjectif et situation juridique* (1963), de Paul ROUBIER.

sociologues. Aurait-il son siège dans l'individu, il n'en est pas moins provoqué par la présence des autres, et pris en charge par la société, ce dont une psychologie purement individuelle ne saurait rendre raison. Que la sociologie, plus précisément la psychologie sociale du droit ne se fasse pas scrupule d'aborder cette notion.

Il semble bien que le premier objet des recherches devrait être la réalité du phénomène étudié. Cette réalité ne peut être présumée à partir du seul droit dogmatique, comme il est usuel de le faire pour la plupart des phénomènes du droit. Car, indiscutée chez les juristes du siècle dernier, la notion de droit subjectif ne l'est plus chez ceux d'aujourd'hui. Contre-coup d'un changement général d'atmosphère. Le droit subjectif paraissait avoir partie liée avec la philosophie individualiste et libérale. Il a vacillé dès l'instant où celle-ci a été battue en brèche. Or, la sociologie elle-même, dans ses premiers temps, n'a pas peu contribué à la battre en brèche, en postulant une sorte de primat de la société. Et c'est à Auguste Comte, donc à la sociologie, que l'on continue de remonter, quand on a besoin d'une formule en bronze pour écraser le droit subjectif : l'homme n'a d'autre droit que de toujours faire son devoir.

Aux historiens des doctrines de démêler si ce fut plus directement l'influence de Durkheim ou celle de Comte, qui amena Léon Duguit à jeter, comme il aimait à le dire, le droit subjectif par-dessus bord. Le fait est que la vivacité de son attaque fit impression sur les juristes. Et parmi ceux-là mêmes qui ne renoncèrent pas à la notion, beaucoup firent effort pour l'assombrir d'une teinte de service public, comme s'ils étaient gênés de lui laisser son air épanoui de jouissance. C'est alors que l'on parla de droits-fonctions, de droits conditionnés par leur finalité sociale, etc. (2). Mais socialiser une institution, ce n'est pas forcément en rendre l'analyse plus sociologique.

Récemment, la critique a été reprise sur un tout autre terrain, celui de l'histoire. Michel Villey (3) soutient, par une argumentation très persuasive, que la notion de droit subjectif inconnue du droit romain (où le *JUS* de l'individu n'aurait jamais été qu'un statut de droit objectif), a fait son apparition tardivement, chez quelques scolastiques nominalistes du XIV^e siècle, pour entrer dans son *floruit* seulement au XVII^e, avec l'école du droit naturel. De cette tardiveté de la notion se déduira son caractère artificiel : dépendante de certaines conditions idéologiques, liée à l'individualisme et au libéralisme d'une époque, elle n'aurait rien d'une constante du droit, rien qui fût indispensable au bon fonctionnement d'un système juridique.

Si le droit subjectif est le produit d'une idéologie tout à la fois moderne et occidentale, il ne faut pas s'attendre à le retrouver dans le système juridique

(2) Cf. Michaélides NOUAROS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, *R.T.* 1966, P. 216.

(3) *Leçons d'histoire de la philosophie de droit*, 1962, p. 221 et s.

des sociétés archaïques (4), ni dans celui des sociétés orientales, telles que la Chine prérévolutionnaire ou l'Inde coutumière. Pour ces sociétés, l'individu ne compte pas ; il est immergé dans le groupe, famille ou tribu : comment une force juridique qui lui soit propre pourrait-elle irradier de lui ? Ainsi, les juristes qui se veulent attentifs aux observations de l'ethnologie (5) y puisent un motif nouveau de ne voir dans le droit subjectif qu'une excroissance conceptuelle — donc le contraire d'un phénomène tenant à la nature des hommes (des hommes en société).

Mais, justement, peut-être ne faut-il pas s'arrêter à cette ethnologie première. Un examen plus approfondi pourrait conduire à des conclusions plus modérées. Au fond, le droit subjectif autour duquel toute la controverse s'est ordonnée, par une commodité qui n'était pas inexcusable, c'est celui qui, dans l'esprit du Code Napoléon, était le plus absolu, le droit subjectif par excellence, le droit de propriété. Et même on a resserré davantage encore l'hypothèse : c'est la propriété la plus voyante, celle de la terre, qui par excellence a été mise en question. Or, il paraît bien établi (6) que, dans beaucoup de sociétés archaïques, la terre est le support d'une appropriation collective (certains préféreraient dire : d'une imprégnation ancestrale). *Nihil mirum si*, dans ces sociétés, on ne peut déceler de droit subjectif sur la terre. En plein XIX^e siècle individualiste, on n'aurait pu davantage découvrir de droit subjectif sur les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et forteresses (art. 540 C. civ.). Ce n'est pas l'analyse de l'appropriation individuelle qui est en cause, c'est la liste des objets individuellement appropriables.

Mais les mêmes peuples qui ignorent l'appropriation individuelle de la terre, semblent bien connaître celle des effets mobiliers, celle des armes, des outils, des bijoux. La conçoivent-ils autrement que par un processus de subjectivation ? D'une telle subjectivation, l'archéologie nous livre des témoins palpables, quand elle exhume les armes et les bijoux qui avaient été ensevelis avec le guerrier. Ni la tribu ni même la famille n'avaient repris ces biens du mort. Ils étaient imprégnés de sa personne, ils la prolongeaient, elle rayonnait sur eux. Ce rayonnement, c'est ce que nous percevons sous le droit subjectif. Autre indice de subjectivation : la pratique immémoriale de la marque, qui n'est point une étiquette distribuée par la collectivité, mais une empreinte visible de la personne sur la chose. Sans même faire allusion à ces armes en os

(4) V. pour les sociétés de l'Afrique Noire, les vues du reste remarquablement nuancées de Raymond VERDIER, *Journal des Africanistes*, 1963, p. 124 et s.

(5) Cf. René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 1964, n°S 483, 493 et 495.

(6) Cf. WESTRUP, Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative, *Rev. hist. droit*, 1935, p. 223 ; R. VERDIER, *Essai d'ethnosociologie juridique des rapports fonciers dans la pensée négro-africaine*, thèse dactyl., Paris, 1960 ; G. A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre ; droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, 1966 ; R. RARIJAONA, *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar*, 1967.

du Magdalénien portant des lignes gravées que l'Abbé Breuil a interprétées comme des signes de l'appropriation individuelle, il semble avoir été de coutume, dans les clans très archaïques, de marquer individuellement les flèches et les javelots, non point seulement pour inscrire dans l'instrument la puissance de la personne, mais pour la projeter, en quelque sorte, sur le gibier frappé (7). Cette projection, c'est encore ce que nous percevons sous le droit subjectif.

On ne doit aventurer qu'avec précaution — mais l'aventure vaudrait d'être tentée — l'hypothèse qu'il se produirait, dans les sociétés animales, des phénomènes juridiques, subjuridiques à tout le moins. Écartons les images banales de la ruche et de la termitière, où ce sont des phénomènes sociaux plutôt que proprement juridiques qui sont saisis, et d'un automatisme si collectivement articulé qu'ils ne semblent laisser aucune place à des épiphénomènes individuels. C'est dans des espèces supérieures que des analogies pourraient utilement être relevées : les comportements plus limités qui s'y rencontrent sont, par leur limitation même, plus significatifs.

Tel le comportement que la zoologie contemporaine étudie sous le nom de *territoire* (8) : relation de l'animal à une zone qu'il défend contre les concurrents de son espèce, où il s'accouple et où il élève ses petits. C'est une relation que l'homme conceptualiserait en un droit subjectif. L'occupant sait limiter son aire et en rendre la délimitation opposable à ses rivaux, que ce soit par des procédures acoustiques, chez les oiseaux, olfactives chez les castors, ou même visuelles chez les ours qui, selon des observations très sérieuses, lacéreraient des végétaux comme pour pratiquer le bornage de leur domaine. Qu'un intrus (de la même espèce, ce qui mérite d'être souligné) s'infilte dans la zone ainsi délimitée, il déclenche une réaction violente de l'ayant droit. Dans la profondeur obscure de ces instincts (9) — instincts séparatistes, antigrégaires qui poussent l'individu à s'isoler de l'espèce et à rejeter le contact de ses semblables — nous n'hésiterions pas à chercher la racine naturelle (naturel, ici, c'est animal) du droit subjectif.

Explorer, chez l'enfant, la genèse des mécanismes du droit subjectif, guetter le surgissement du premier « avoir le droit » (qui est plutôt, sans doute, le premier « tu n'as pas le droit ») — ce serait une tâche passionnante, mais où les

(7) Cf. J. DAUVILLIER, Problèmes juridiques de l'époque paléolithique, *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, 1959, p. 351 et s., spécialement p. 355.

(8) Cf. CHAUVIN, *Le comportement social chez les animaux*, 1961 ; R. ARDREY, *Le territoire*, 1967. L'animal entretient avec la terre plusieurs sortes de relations : le domaine vital, qui est la région régulièrement fréquentée par l'individu ou le groupe, et qui peut être immense, pour peu que l'espèce ait des habitudes de nomadisme. A l'opposé par l'étroitesse, le gîte, dans lequel l'animal s'isole pour se reposer ou se cacher ; c'est un renforcement du territoire. Le territoire, par ses dimensions, se situe entre la région de fréquentation et le gîte.

(9) Certains soutiendront qu'ils sont en rapport avec la sexualité.

pièges ne manqueraient pas, comme dans toutes études de psychologie juridique de l'enfance, parce que, très tôt, l'imitation du droit adulte vient troubler ce que l'on pourrait appeler le droit enfantin spontané. Les psychologues de l'enfance ont, néanmoins, observé l'éveil du sentiment de la possession, et cet éveil se situe à un âge où l'imitation des parents ne peut encore être soupçonnée. Sans doute, l'instinct de prendre perce-t-il légèrement plus tôt. Mais, dès la deuxième année, se manifeste graduellement l'instinct de tenir un objet et de le défendre, ainsi que la réaction corrélative d'irritation lorsqu'il vient à être enlevé (10). Cette irritabilité, cette rétractibilité comme d'un tissu, n'est-ce pas la substance biologique du droit subjectif ?

Peut-être la collecte d'indices est-elle à présent suffisante pour montrer que le droit subjectif n'est pas un pur artifice. Avec la part inévitable de gaucherie, d'inadéquation de toute technique juridique, la notion traduit un phénomène psychosociologique élémentaire et, pour ainsi dire, viscéral : le droit est hors de l'individu, mais il est aussi dans l'individu.

Et c'est probablement chose très utile qu'il y soit. Si les sociétés continuent à se servir de l'outil, apparemment il est bon, il a une fonction — quand bien même il aurait aussi ses dysfonctions et ses abus. La vérité est que le droit subjectif, en dépit de son individualisme, est très sociologique. Pour que le droit objectif soit intensément présent dans la société, rien de tel que de l'incarner, donc de le subjectiver. Voici le moment de prêter l'oreille à la prosopopée des pieds.

Pour le voyageur qui dans l'autobus parisien est assis près d'une fenêtre, encerclé par trois autres paires de pieds, c'est une démarche délicate que de gagner la sortie décemment. Le droit objectif pourrait s'aviser de légiférer, d'édicter des normes qui entreraient dans une foule de minuties, à l'instar des règlements militaires de jadis (ces droits objectifs qui se signalaient par un minimum de droits subjectifs). Il serait prévu que le sortant doit, au premier pas, poser ses talons à 0,17 m de la banquette de départ, 0,04 m et 0,08 m respectivement de la paroi fenêtre, puis pivotant légèrement vers le couloir, etc. Combien il est plus clair, plus simple et finalement plus efficace de demander que personne ne marche sur les pieds de ses voisins.

La subjectivation est, pour le droit, un moyen de s'accomplir plus parfaitement en disposant, autour de la norme, d'innombrables avertisseurs, très sensibles, prêts à se déclencher à la moindre transgression. C'est une vérité d'expérience que l'homme s'affranchit d'un cœur plus léger des lois et règlements, s'il peut se persuader que, ce faisant, il ne lèse personne. Et ne léser personne, c'est ne léser personne vivante, souffrante, clamante — personne physique. Pourquoi, à toute époque (11), les propriétés collectives ont-elles été si mal

(10) Cf. CARMICHAEL, *Manuel de psychologie de l'enfant*, trad. franç., 1952, I, p. 477.

(11) V. par ex. ce qui en était des forêts dans l'Ancien Droit, DEVEZE, *La vie de la forêt*, t. 2, p. 18, 240.

respectées, à telle enseigne que, dans les pays socialistes, leur protection soit devenue un problème juridique majeur et qu'il ait fallu, pour les défendre, les adouber d'un droit pénal particulièrement rigoureux ? C'est que la propriété collective se présente comme une structure de pur droit objectif, sous laquelle il n'y a point de droits subjectifs dont le cœur batte.

La théorie sociologique n'a achevé qu'une partie de sa tâche quand elle a établi la réalité du droit subjectif. Il lui incomberait encore d'analyser les multiples phénomènes dont le droit subjectif est passible — des phénomènes de *formation* et des phénomènes d'*exercice*, s'il est permis d'ébaucher un classement.

a) Les *phénomènes de formation* des droits subjectifs sont eux-mêmes fort disparates, et il est probable que les plus classiques d'après les juristes ne sont pas ceux qui exciteront le plus la curiosité des sociologues. Les juristes n'ont de regards que pour les droits dérivés, procédant de quelques sources souveraines (la loi, le contrat), et se transmettant par des modes d'acquérir où rien ne se perd, rien ne se crée, selon la formule *Nemo plus juris...* Les sociologues insisteront plutôt sur la génération spontanée des droits subjectifs. La part de l'imagination n'y est pas mince, et il ne s'agit pas seulement du juste titre putatif. La croyance crée le droit, l'aphorisme a une résonance sociologique. Toutefois, Emmanuel Lévy lui-même ne pensait qu'aux *institutions*, telle l'usucapion abrégée, où l'imaginaire est accueilli, pour ainsi dire, statutairement. C'est en dehors des institutions, dans les comportements individuels, qu'il y aurait profit à tester l'effet créateur de la croyance. Suivant que l'homme croit ou non à son droit (son *bon droit*), croit ou non aux droits qu'affirment ses rivaux, il aura des attitudes très diverses, diversement revendicatives, agressives, défensives, défaitistes, dans les combats juridiques ; et au gré de ces variables psychologiques, son propre droit, ou les droits opposés, sortiront très différemment modelés des jugements, des transactions, des contrats. Relevons encore l'effet extinctif de l'oubli, l'effet conservateur de la mémoire (à Coblenz, on prenait ses souvenirs pour des droits ; vingt-cinq ans plus tard, les souvenirs s'étaient cristallisés en un milliard de francs de créances) — et bien sûr, aussi, ce phénomène qui est partout secrètement à l'œuvre, dans les institutions comme dans les comportements, la constitution du droit subjectif à partir du besoin (12).

(12) Cf. A. SAYAG, *Le besoin créateur de droit*, Paris, 1969. Avant de devenir un thème d'investigation pour sociologues, la sublimation du besoin en droit a longtemps été une question pour philosophes. L'hypothèse qui fait dériver le droit du besoin est couramment attribuée à Hobbes. On ne peut dire, pourtant, que le *Leviathan* (chap. XIII, XIV) l'expose avec une parfaite clarté : le fait primordial, dans ce passage, paraît être la possession plus que le besoin, *Le Dialogue of the Common Law* (édit. Ascarelli, 1967, p. 185) est plus explicite quand il déclare que Moïse et Josué avaient le droit de déposséder les Cananéens puisque, sans cette terre, les Israélites n'auraient pu subsister mais on remarquera que c'est le besoin de la collectivité qui est ici invoqué, non celui de l'individu.

b) Parmi les *phénomènes d'exercice* des droits subjectifs, c'est un phénomène psychopathologique, nous voulons parler de l'abus du droit — que les juristes ont le mieux réussi à isoler (ce qui n'avait rien d'inattendu). Mais la sociologie recense d'autres espèces (13) : des phénomènes de prestige (ainsi, chez la femme mariée qui pratique une profession à seule fin de montrer qu'elle en a le droit), des phénomènes d'ineffectivité (par timidité, pauvreté, négligence, générosité, ajuridicité congénitale ou acquise, etc.) — phénomènes d'ineffectivité si considérables (14) qu'ils ont suggéré l'idée d'une *Procuratura* (à la soviétique, et mieux encore) qui serait chargée de mettre en œuvre tous les droits subjectifs que leurs titulaires laissent chômer. Enfin, pour renouveler l'étude du droit subjectif en mouvement, les sociologues américains ont offert, sans y avoir songé, leur distinction du *rôle* et du *statut* (15) — le statut étant la collection des droits subjectifs, ainsi que des devoirs corollaires, que le droit objectif assigne à l'individu, le rôle étant la manière dont le statut est accompli, le statut en action. Les juristes donneront aisément un sens à cette formule des sociologues : que les intéressés tantôt restreignent, tantôt gonflent leurs rôles. Des rôles qui demeurent en deçà du statut correspondant, la pratique en abonde : femmes qui laissent les maris gérer leurs biens propres à elles, enfants majeurs qui continuent d'obéir à leurs parents, créanciers qui ne réclament pas l'exécution à l'échéance, etc. Un rôle qui se gonfle aux limites du statut, n'est-ce pas ce qui advint dans la réaction féodale du XVIII^e siècle, lorsque les seigneurs, faisant flèche de tout bois, procédèrent à la refonte des terriers, pour revigorer les droits féodaux tombés en oubli ? Ce fut au point que le statut en creva.

(13) Il serait intéressant de pouvoir séparer, dans un comportement individuel, ce qui vient de la couche proprement juridique, la satisfaction d'avoir un droit subjectif, et ce qui vient du non-juridique, la satisfaction d'avoir les avantages (économiques ou autres) qui sont normalement attachés à ce droit. On pourrait le tenter en faisant porter l'observation sur les hypothèses où, par exception, le droit se rencontre dépouillé de ses avantages normaux. Il existe, par exemple, dans beaucoup de sociétés, des petits propriétaires ruraux que leur droit de propriété ne sauve pas de la misère. A égalité de revenus avec des salariés agricoles ou des métayers, auront-ils les mêmes attitudes, en particulier les mêmes attitudes politiques ? Dans la négative, on peut admettre que la différence représente la part de satisfaction imputable au droit subjectif. D'une étude de M. DOGAN, sur *la stratification sociale des suffrages en Italie* (1962, p. 35, 55), on peut extraire cette donnée que les petits propriétaires pauvres votaient à 79 % pour la démocratie-chrétienne, tandis que les métayers et les salariés agricoles ne votaient pour elle qu'à 20 % et 10 % respectivement.

(14) Cf. *supra*, p. 136 et s.

(15) Cf. Madeleine GRAWITZ, De l'utilisation en droit de notions sociologiques, A.S., 1966, p. 415 et s.

TITRE III

LES INCERTITUDES DU DROIT

Chapitre premier

LA PART DU DROIT DANS L'ANGOISSE CONTEMPORAINE*

Peut-être est-ce une constante de la psychologie sociale que cette sorte d'angoisse que l'on pourrait appeler l'angoisse historique : celle qu'éprouvent les hommes lorsque, plus ou moins confusément, ils se sentent emportés dans le devenir de l'humanité. Il est banal de relever que maintes époques qui, sous la patine du temps, nous semblent calmes et heureuses, souffrirent, au fond d'elles-mêmes, de cette anxiété devant l'Histoire. Si les *Chants du crépuscule* sont du crépuscule, c'est parce que Victor Hugo croyait voir la France de 1835 tâtonner dans le clair-obscur : le règne très positif de la bourgeoisie n'en continuait pas moins. Il serait raisonnable et rassurant de considérer le désarroi imputé au XX^e siècle comme un phénomène de la même espèce imaginative. Des données objectivement mesurables peuvent, néanmoins, faire penser que, cette fois, les transformations ont été exceptionnellement vastes et rapides, que l'inquiétude des témoins est, partant, mieux fondée, et l'angoisse existentialiste de Sartre autrement réelle que ne l'a été le mal du siècle romantique. Par le progrès de ses méthodes et de ses instruments, la science en ses diverses branches – médecine, biologie, génétique, et même physique ou astronomie — a révélé comme des réalités précises des phénomènes qui, vingt ans plus tôt, auraient été jugés incroyables. Comme toute révélation, celle-ci avait en elle

* Les premiers linéaments du texte se trouvaient déjà dans le tome XX de l'*Encyclopédie française. Le monde en devenir*, 1959, Larousse édit. Rien n'a été changé au titre, pas même le mot *contemporain*, car le livre est aussi dans le lecteur, et réciproquement.

un potentiel d'apocalypse. Sociologues et juristes s'essayèrent à prophétiser. Le grand public lui-même, par médias interposés, se trouva placé en un état de prédisposition au drame.

Gaston Berger, qui aimait se dire sociologue, aussi original que son fils Béjart, me proposa d'écrire, pour l'*Encyclopédie française*, un morceau (c'était son énoncé) sur « la part du droit dans l'angoisse contemporaine ». Il était pour lors directeur de l'Enseignement supérieur, et je m'étais élevé vivement, quoique en vain, contre un de ses caprices pédagogiques, qui avait été d'allonger d'une quatrième année la licence en droit (comme si c'était une fin en soi que de mâcher du droit à l'infini). Après cela, j'aurais eu mauvaise grâce à refuser le concours de ma plume à son projet, beaucoup plus innovant, même s'il était vertigineux, de psychanalyser un *Monde en devenir* (c'était le sous-titre de l'*Encyclopédie*).

Le climat psychologique du moment pouvait éclairer le sens que Berger donnait à sa formule. On se souvenait du Mac-Carthisme, de cette poussée d'interrogatoires haineux qui venait de secouer les États-Unis ; à l'autre horizon, bien que Staline fût mort, la déstalinisation ne perceait pas encore sous le masque de Khrouchtchev. Dostoïevski et Kafka étaient à la mode ; *le Zéro et l'infini* d'Arthur Koestler, *l'Étranger* d'Albert Camus avaient été des *best-sellers*. Il en était sorti une silhouette géante, *l'Inquisiteur*, personnage mythique des régimes totalitaires, maniant le détecteur de mensonges et le sérum de vérité. Mais la part du droit là-dedans ? Ce n'étaient que des pratiques policières. Tout au plus pouvait-on imputer à faute au droit de s'être laissé menotter par elles, de n'avoir pas réagi pour les brider ou briser, afin de rétablir ce que l'on ne nommait pas encore *l'État de droit* (probablement un État sans police).

Pourtant, quoique cette interprétation de l'énoncé m'ait paru d'emblée toute naturelle, une autre — différente, voire paradoxalement contraire — n'avait pas tardé à entrer en concurrence avec elle : avant de reprocher au droit son inaction en présence d'une angoisse venue d'ailleurs, n'était-il pas raisonnable de l'interroger sur sa propre action ? N'était-il pas lui-même générateur d'angoisse par ses mystères, *arcana juris* ? Et à la réflexion, il se pouvait bien que cette pensée ait aussi habité Gaston Berger, que, si le droit avait contribué à l'angoisse de l'époque, c'était par ses incertitudes. Entendons-nous : l'incertitude du droit, ce n'était pas son incertitude banale, congénitale, dont les juristes ont fait leur outil en l'appelant *principe* du contradictoire — cette glorieuse incertitude à la précieuse santé de laquelle les *lawyers* de Londres portent chaque année un toast, raconte-t-on, dans leur banquet corporatif. Non, en cette sortie de la Seconde Guerre mondiale, les incertitudes du droit dont on parlait étaient d'une autre trempe : elles touchaient à l'être du droit, il n'était plus reconnaissable. René Savatier avait dépeint ces métamorphoses (1). Mais

(1) *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3 vol. à partir de 1952. Du même auteur : *Du droit civil au droit public*, 1950.

les métamorphoses ont de quoi inquiéter. Quel citoyen d'Athènes n'aurait été pétrifié d'angoisse en voyant Zeus se changer en taureau pour enlever Europe ; quel juriste parisien en voyant l'État se faire droit public pour étouffer le droit civil ?

Finalement, la complicité du droit avait-elle été plus active que passive, ou l'inverse, entre les deux traductions de l'énoncé. Incapable de trancher, j'avais pris le parti de me laisser gagner par le sommeil, confiant que, dans la suite des temps, par l'épuisement fatal des cyclones, se rétablirait un calme sargasien.

J'eus la chance de me réveiller pour assister aux peurs de l'an 2000.

* *

*

L'année avait été précédée, aux dernières nuits de décembre, par des tempêtes et des naufrages prophétiques, et elle s'ouvrit sur une grande peur, le *bogue* de l'an 2000, l'énigmatique virus qui, le premier janvier, allait détraquer d'une seule morsure l'univers informatisé. On attendit, rien ne se passa, et l'univers se mit à rire de sa peur. Mais les peurs ressurgirent bientôt, au fur et à mesure que se découvraient, en France, de nouveaux cas de vache folle, de viandes indirectement contaminées par les farines animales dont on avait imprudemment nourri les animaux (2), etc. L'année s'acheva sous un climat dépourvu de sérénité.

Il faudra tenter un inventaire. Mais, auparavant, il n'est pas sans intérêt de relever que la manière dont la société d'aujourd'hui avoue et traite ses peurs n'est plus celle d'il y a cinquante ans.

Affaire de vocabulaire, d'abord : il s'est adouci, en somme, édulcoré. L'*angoisse* est souvent sentie comme tragique à l'excès : l'*anxiété* suffit. Ou mieux encore, en dégradé, l'*inquiétude*, la *crainte*, jusqu'à la diplomatie *préoccupation*. Cependant, le bouleversement le plus visible du dictionnaire, en ce secteur, aura été la montée en puissance du couple sécurité/insécurité. La Sécurité sociale, institution la plus chérie des Français (lors même qu'elle fonctionne mal), a popularisé le mot. Ils n'y reconnaissent plus ce qu'était la *sûreté* du langage révolutionnaire, et ils n'en retiennent que l'idéal d'une tranquillité heureuse, quoique constamment menacée. Ce sont les insécurités qui donnent son relief à la sécurité. Elles sont multiples, variées. Par elles se diversifie le besoin de sécurité, qui est la forme contemporaine de l'angoisse. Une forme abrégée, moins érudite...

Susceptible, dès lors, d'une évaluation plus objective. Et c'est une seconde différence : tandis qu'il y a cinquante ans, la société ne pouvait juger de ses

(2) Que ne s'était donc demandé plus tôt ce qu'avait voulu dire, au-delà du symbole, le commandement de l'Exode, 23/19 : Vous ne ferez pas cuire le chevreau dans le lait de sa mère ?

peurs que d'une façon impressionniste (3), elle dispose à présent d'un instrument assez précis pour en mesurer l'intensité et pour les classer d'après ce critère : c'est le sondage d'opinion. Berger détestait les sondages : il y entrevoyait le règne des incompetents. Ils n'en ont pas moins prospéré, et notamment sur le *leitmotiv* de la plus forte peur. Que craignez-vous le plus ? D'une décennie à l'autre, on aura vu la hausse des prix détrônée par le chômage, le nucléaire par le réchauffement, le cancer par le sida, et peut-être de nouveau le sida par le cancer.

* *

*

Et maintenant cataloguons. Nous n'essaierons pas d'un ordre chronologique les apparitions successives des insécurités dans l'opinion, car l'opinion a pu être ondoyante — ni d'une sorte d'échelle de Richter, la violence comparée des craintes, car nous ignorons si craintifs, plus ou moins, étaient les hommes qui se trouvaient en face. Plus probant nous a semblé un classement tiré de l'objet concret des peurs, telles qu'elles avaient couru les campagnes et les villes, cette horrible année-là.

a) De ce point de vue, il était des insécurités qui se regroupaient d'elles-mêmes pour former une catégorie parce qu'elles avaient en commun d'être liées à des données scientifiques (de sciences « dures »). Ce sont des *insécurités sous expertise*, pourrait-on dire. Un rapport d'expert crédible, pourra y substituer une sécurité. Et si, en l'état, il y a insécurité, c'est qu'aucune expertise n'a encore eu lieu, ou que celle qui a été produite a été discutée, contredite par une autre (ainsi qu'il advient dans toutes les sciences), et est ainsi apparue douteuse — inquiétante en définitive.

Citons quelques-unes de ces insécurités en dépendance d'expertise :

— l'insécurité médicale, après l'irruption, restée exemplaire, de l'affaire du sang contaminé (4), l'exaltation qui s'ensuivit, du principe de précaution (5) ;

— proche de la précédente, l'insécurité sanitaire, assez forte pour déclencher une panique sur la consommation et le commerce du bœuf, voire des tensions entre États ;

(3) Ce n'est pas que l'introspection, l'intuition même ne puissent être précieux à l'individu, en lui envoyant du dedans des signaux de son insécurité. C'est particulièrement vrai de ce que l'on pouvait appeler l'*insécurité primordiale*, la peur de tomber, qui nous vient de la prime enfance et dont toutes les autres dériveraient, à en croire certains sociologues (cf. Edmund N. CAHN, *The Sense of Injustice*, 1953). Elle est sentie instinctivement : c'est le handicap psychique dont l'homme a dû payer son progrès d'*homo erectus*.

(4) Cf. M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit*, 1996 ; O. BEAUD, *Le sang contaminé*, 1998.

(5) Sur ce principe, v. le volume spécial de l'A.S., « Risque et rationalité », 1996 (2), spéc. Erwald, p. 383. Sur le rôle du principe en droit positif, *Les Petites Affiches*, 2000, n° 239. Philosophiquement, le principe peut être analysé comme un appel à la rétroactivité d'expertises futures.

— l'insécurité écologique, faite de tout ce qui corrompt l'environnement, la pollution de l'air, l'amiante incorporée aux bâtiments.

Et combien d'autres... (6)

L'expertise est une technique dont le nom est familier aux juristes. Mesure d'instruction pour la recherche de la vérité, elle dérive à peine si elle devient, entre leurs mains, un moyen de rétablir la sécurité. D'autant moins que, ce faisant, elle rejoint l'objectif de protection universelle, d'aide à toutes victimes que les sociétés du XX^e siècle se sont assignées pour mission. Il n'est donc pas étonnant que le droit ait offert un soutien de textes aux dirigeants ou militants en lutte contre les insécurités, dans des spécialités surtout (le droit sanitaire, l'urbanisme, les douanes, etc.), mais aussi en droit privé (le Code de la consommation est un code de sécurité). La jurisprudence, à son tour, est allée à la rescousse : dans beaucoup de contrats à risque corporels — non point dans tous — elle a feint de croire qu'une promesse de sécurité était sous-entendue.

Malgré ses bonnes dispositions, néanmoins, le droit se trouve limité d'avance, dans son action pour la sécurité, par son ignorance inévitable de données scientifiques de plus en plus sophistiquées et évolutives. Rien d'exceptionnel : c'est un phénomène maintes fois décrit en sociologie judiciaire que cette domination psychologique acquise par l'expert scientifique sur les juges (7) — sans que ceux-ci aient d'autre palliatif à lui opposer que le recours à une contre-expertise, c'est-à-dire, murmureront les sceptiques, l'organisation d'un retour au doute, donc à l'insécurité.

Que, dans un cas, l'expertise scientifique tende par ses seules lumières à restaurer la sécurité, la proclamation qu'en fera le droit n'ajoutera pas grand-chose à ce qui était déjà acquis dans l'opinion publique par le verdict des experts. Mais qu'à l'opposé l'expertise ait créé ou laissé traîner un doute, il n'est pas rare que le droit — le droit pénal, notamment — par le mystère distillé de ses enquêtes, pris par la mise en scène de ses audiences, agisse comme un multiplicateur d'insécurité. Qui pis est, le libéralisme extrême avec lequel est accueillie, de nos jours, l'action civile des victimes et de leurs associations ne va pas sans ricochets pervers. Telle insécurité qui, hors procès, aurait été sentie comme une fatalité anonyme, à traiter sur le même ton indifférent que toute force majeure, revêt, nécessairement, par son insertion dans un conten-

(6)... l'insécurité de la filiation, en attente de la génétique; celle du plaisir, dit-on, à cause du sida; et en s'éloignant un peu plus, celle du travail, tant que durera le chômage, l'insécurité des contrats même, si se banalise l'indulgence... à la bonne foi *du* débiteur judiciaire.

(7) Cf. M. de BONIS et D. BOURCIER, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger?* 1999; L. DUMOULIN, *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement, de la ressource à la contrainte*, *Droit et Société*, 2000 (44-45), 199.

tieux, le visage d'un ennemi — c'est Mac Do, c'est Erika — et la part, le supplément du droit aura été d'insuffler dans le rétablissement de la sécurité la passion d'un duel, voire un effet de meute.

b) C'était pour introduire rapidement un début d'ordre dans l'inventaire que la première catégorie qui se dégageait avait été rapidement étiquetée *les peurs sous expertise*. Mais, malgré la tentation d'une symétrie, on hésitera davantage à apposer sur la seconde catégorie, qui se profile, le *label des peurs sous statistiques*. On aura deviné, tant elles ont été fréquemment évoquées ces temps-ci, que ce sont les statistiques de la délinquance qui sont en cause. Selon que les chiffres chutent ou grimpent, le citoyen se rassure ou s'inquiète... il remarque surtout ceux qui l'inquiètent (8).

La symétrie eût été fallacieuse : l'expertise est une recherche en action, tandis que la statistique n'est qu'un enregistrement passif. Joint qu'il y aurait beaucoup à dire sur les faiblesses intrinsèques des comptes précieux — police, gendarmerie, justice — soit quant à leurs collectes des faits, soit quant à leurs méthodes comparatives, et qu'au demeurant, fussent-ils parfaits, ce ne sont jamais que des chiffres qui requièrent interprétation, œuvre intellectuelle, trop intellectuelle pour être aisément unanime. Si bien que du passage (inutile, voire perturbateur) par la statistique économie pourrait être faite, la sécurité/insécurité des personnes et des biens se présentant alors franchement pour ce qu'elle est dans la réalité, un état de conscience sous la pression variable de la délinquance actuelle ou potentielle, telle que le sujet l'a éprouvée par lui-même, perçue par témoignages ou imaginée par rumeurs.

Ainsi se forment des phénomènes de psychologie collective qui alimentent, en réponse, des politiques criminelles. En alternance, entre optimisme et pessimisme. La tendance la plus saillante, côté pessimiste, est celle que ses adversaires qualifient de *sécuritaire*. Le mythe sécuritaire, ironisent-ils parfois — non sans légèreté, car un mythe peut avoir un impact social plus considérable qu'une vérité confuse ou ardue à comprendre (9). La loi *Sécurité/Liberté* du 2 février 1981 se justifiait probablement par l'insécurité qui l'avait précé-

(8) Dans la même catégorie sous dépendance statistique, on pourrait songer à faire entrer également la sécurité/insécurité de la route. Toute baisse du nombre des tués au-dessous du « pic » des 8 412 (en 1995) est actuellement saluée comme un progrès. Toutefois, la statistique de l'insécurité routière présente des traits qui la séparent, à l'évidence, de la statistique de la délinquance : ceux qui entrent dans l'insécurité de la route sont aussi, les piétons mis à part, ceux-là mêmes qui contribuent à la créer (les conducteurs) ou qui l'acceptent (les passagers). A noter que l'expression de *Sécurité routière* avait désigné en 1966 un projet de réforme, courageusement préconisé par André Tune, sur le modèle de la réparation des accidents du travail : moyennant un plafonnement des indemnités, l'indemnisation des victimes aurait été automatique, ce dont la loi Badinter du 5 juillet 1985 reste encore loin.

(9) Cf. *supra*, p. 121.

dée (10). Mais il est des lois qui ont la guigne, et celle-ci avait choisi de venir au monde juste quand allait s'ouvrir l'ère Mitterand. Voici, cependant, que 2000 arrive, et l'insécurité est de retour, puisqu'une immense clameur est montée jusqu'aux gouvernants pour réclamer plus de sécurité. Ce qui alourdit l'atmosphère, c'est que l'insécurité n'est pas, cette fois, l'écho de quelque grand crème d'adulte, mais l'effet d'un pullulement de menus méfaits juvéniles, insaisissables sur ces franges indécises où le droit se dilue dans les mœurs. Il faut, pour déchirer la trame, que, par instants, une bataille au couteau se livre en bandes rivales, ou que des voitures flambent en série dans les rues d'une banlieue difficile — le feu, la terreur des parents (11). La délinquance des adolescents et même des enfants est un phénomène de tous les siècles (12). Ce qui est inédit en l'an 2000, c'est 1° que le Pouvoir ne peut plus compter, pour servir de relais à sa police, sur une autorité parentale qu'il a lui-même dégradée en cent façons; 2° qu'en érigeant la présomption que le jeune est plutôt victime, il s'interdit d'avance de le discipliner. C'est Gulliver emboîné par Liliputh.

c) Il est une troisième catégorie d'insécurité qui semble se rattacher à la première, en ce qu'elle est pareillement conditionnée par des expertises, et qui s'en détache, néanmoins, parce que les expertises qui peuvent y être envisagées n'ont pas de caractère scientifique. Alors que, dans la première hypothèse, c'était l'absence — ou le fiasco — des savants qui suscitait l'inquiétude, c'est maintenant, au contraire, leur audace qui va faire peur. Quand un profane reçoit des médias l'annonce d'une découverte plus que prodigieuse, monstrueuse puisqu'elle paraît renverser les lois de la nature, il est secoué au plus profond de son être comme devant un désordre cosmique dans lequel il serait impliqué mystérieusement. C'est une insécurité tout intérieure qu'il ressent, existentielle, que certains pourront dire morale, éthique. On se souvient de l'épouvante métaphysique répandue en France par les débuts de l'I.A.D.

(10) Alain Peyrefitte étant garde des sceaux. Il connaissait l'importance que les récentes théories américaines de criminologie (la stigmatisation, par ex.) attribuaient à la réaction sociale, mais, observateur pénétrant de la culture anglo-saxonne, il savait aussi mesurer ce qui en était importable chez nous (cf. son livre *Le mal français*). En antithèse — bien qu'il ait beaucoup contribué à faire connaître ces théories — il faudrait placer Philippe Robert, magistrat et sociologue, pour son scepticisme à l'égard de la démarche sécuritaire, notamment dans son article de l'A.S. 1985, p. 199-231), « Insécurité, opinion publique et politique criminelle ». L'homme d'État se doit d'apporter de la sécurité à la société; le sociologue, des vues critiques à l'homme d'État.

(11) Cf. *J.C.P.* 98,1, 184.

(12) Témoin, à la fin du XVIII^e siècle, l'*Allgemeines Landrecht* pour le royaume de Prusse, 2^e partie, titre 20, § 183 : « Les gamins turbulents, qui, dans les rues ou ailleurs, créent du désordre ou se livrent à des incivilités grossières, doivent... », suivent les punitions, non sans un signe modérateur. Cette préoccupation ne se retrouve pas dans notre Code pénal, mais c'est qu'en 1810 les jeunes délinquants virtuels étaient à la guerre ou à la veille d'y partir. C'est une hypothèse sociologique ébauchée par Gaston Bouthould, que la virilité exubérante de la jeunesse peut être stérilisée par l'armée comme par la prison.

(l'insémination artificielle avec donneur). Qu'en subsiste-t-il ? L'épouvante s'est muée en règles de droit, celles qui fixent les conditions de l'opération, des conditions sûres, rassurantes, puisqu'elles ont été dictées par une expertise. Car, dans ce domaine aussi, nous avons des experts : le Comité consultatif (national) d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Il est vraisemblable que l'on recourra bientôt à eux, lorsque la communauté des laboratoires demandera au législateur de la bioéthique la permission de tenter de nouveaux miracles : des manipulations génétiques, des clonages à fins thérapeutiques. Ils diront ce que la France peut faire en sûreté de conscience. Il n'est pas sûr, cependant, qu'il y ait une seule conscience dans la nation, et il se peut que plus d'un préfère continuer de vivre avec son insécurité.

* *

*

Et si la part du droit dans les peurs de l'an 2000 avait été, en toute honnêteté, la peur du droit ? Et qui incarne le droit mieux que les juges ? Depuis plusieurs années déjà, imité des Italiens, un activisme de la magistrature, singulièrement de la magistrature pénale, avait semé l'inquiétude. Que cherchait-elle au juste ? A se tailler un pouvoir en bousculant les deux autres (13) ? Ou bien se contenterait-elle d'instaurer, au-delà des textes, une justice qu'elle n'avait jamais définie (composée, sans doute, de principes fondamentaux, quasi constitutionnalisés). Aux justiciables, cependant, les ambitions de la justice importent moins que sa pratique immédiate. Sur celle-ci, on en a appris davantage à partir du moment où, par un égalitarisme non dénué d'imprudence, elle s'attaqua, sous couleur de délinquance financière, au sommet de l'échelle sociale. Les gens d'en haut avaient les moyens d'observer et de réagir : ils dénoncèrent ce qui, depuis toujours peut-être, se déroulait impunément en bas (14). Les faits pouvaient n'être que des exceptions fugitives, l'opinion publique, néanmoins, en fut émue : tout se passait comme si, aux étapes successives du procès pénal, s'exerçait une espèce de chantage à l'aveu. Usant savamment des différentes touches sur le clavier de la contrainte — témoignage assisté, mise en examen, garde à vue, contrôle judiciaire, détention provisoire... et liberté — tous les acteurs, gendarmes, policiers (15), juges d'instruction peuvent être soupçonnés de pratiquer une pression qui s'apparente à

(13) Cf. D. SALAS, *Le tiers pouvoir*, 1998.

(14) Et qui sait si ceux d'en bas n'en recueilleront pas des retombées heureuses : sous la Restauration, les efforts entrepris pour améliorer le régime pénitentiaire furent stimulés par le souvenir que des aristocrates avaient conservé de leur passage dans les geôles de la Terreur.

(15) Aux premières années du XX^e siècle la police n'était qu'un métier d'exécution, parfois médiocrement considéré. Après les deux Guerres mondiales, il a peu à peu reconquis le rang d'institution du droit qu'il avait eu du temps de Fouché. Réciproquement, la magistrature — procureurs et juges d'instruction — a abandonné sa répugnance d'autrefois à pratiquer sur le terrain des opérations qui sont des opérations de police.

une torture *soft*, sans les brodequins. Le cycle est bouclé : l'Inquisiteur est de retour, bien qu'en plus modeste.

Contre épreuve : la seule grande loi de l'an 2000 est une loi renforçant la présomption d'innocence, preuve, s'il en était besoin, qu'elle était menacée. Renforçant la présomption d'innocence, mais également les droits des victimes : le titre alambiqué trahit l'embarras du législateur, car ces droits seront souvent antagonistes de la présomption. La présomption a pour ennemi les parties civiles autant que le ministre public. Elle a même son premier ennemi dans l'innocent en personne : les commandements du droit sont si infinis, si complexes, si entortillés qu'il peut bien douter de n'être pas coupable. La réforme de la procédure pénale aurait dû être menée de pair avec une vaste lessive des incriminations. Cette loi du 15 juin 2000 a déjà ses sceptiques, qui l'estiment trop belle pour être jamais sincèrement appliquée. Elle s'accroche, pourtant, encore à de vieilles illusions, à celle-ci en particulier : qu'il suffit de limiter en durée une incarcération pour qu'elle ait l'air d'une liberté. Comme si le temps du prisonnier était homogène, comme si tout ne se jouait pas dans les premières vingt-quatre heures (la norme de la garde à vue). C'est au moins une nuit, d'où le présumé innocent va sortir ensommeillé, le vêtement froissé, mal rasé, prêt à se sentir coupable. La justice pénale aime décidément la nuit. Exemple : cet épisode d'une affaire célèbre, que les magazines ont illustré à grand spectacle, peu après l'entrée en vigueur de la loi. Les policiers sont allés le soir, cueillir à sa descente d'avion le *Kronzeuge* (le prince des témoins) du procès, puis ils l'ont emmené dans un rodéo tonitruant à travers un Paris *by night* obscur et illuminé, pour le déposer enfin aux pieds d'un juge, qui l'interrogea, relate-t-on triomphalement, jusqu'à trois heures du matin. La justice aux flambeaux : *delectae tenebrae*, écrit Tacite, *augendam ad formidinem*, pour accroître l'effroi. Que n'a-t-on plutôt inséré dans la loi ce passage de La Rochelavin, l'historien des *Parlements de France* : « Aucuns jugements ne doivent être rendus que de jour. »

Chapitre II

LES TEMPS DU DROIT

UN AN ET UN SIÈCLE

L'intention de ce chapitre n'était pas de sonder l'abîme du temps (1), non plus que d'éclairer, après d'autres (2), les rapports du temps et du droit. Elle n'était que de régler une question d'ordre, soulevée par la composition de l'ouvrage : dans un livre axé (pour ou contre) sur la flexibilité, le temps est-il bien à sa place ?

Car, chacun le sait par expérience quotidienne ou de fin de mois, il est raide et fait rarement grâce. *Dies fatalis*, c'est seulement dans les sociétés amollies que s'obtiennent aisément des reports d'échéance. Le temps est un bien, puisqu'il est payé par le croît du troupeau ou l'intérêt de l'argent (3) : pourquoi renoncerait-il à lui-même ? Michel-Ange était un bon visionnaire, qui se proposait, à ce que l'on raconte, de le représenter sous la forme d'un rat, rongeur incessant, inexorable (mais que ronge-t-il ? le temps de nos horloges, le temps de ma vie, pas le temps infini, qui est éternité).

Cependant, au moins depuis Bergson, nous pouvons avoir une autre image du temps : tantôt s'étirant, tantôt se repliant, il épouse les continues flexions de notre conscience, et ce n'est que par l'intuition que nous pouvons connaître ce que nous devrions appeler *durée* plutôt que *temps*. En début de siècle, l'intuitionnisme, avec un je ne sais quoi de féminin et de conservateur, avait eu une grande vogue. Il est possible qu'après éclipse, il ait trouvé dans la seconde moitié — peut-être par le relais de la phénoménologie, voire de l'existential-

(1) Sur le temps en général, v. Paul FRAISSE, *Psychologie du temps*, 1956 ; Paul RICŒUR *et al.*, *Les cultures et le temps*, 1975 (examen critique de W. GROSSIN, *L'Année sociologique*, 1975, 267).

(2) Karl ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950 ; Gerhardt HUSSERL, *Recht und Zeit*, Berlin, 1955 (ne pas confondre Gerhardt, 1893-1978, philosophe du droit, avec Edmund Husserl, philosophe, plus célèbre sans doute) ; Pierre HÉBRAUD, Observations sur la notion de temps en droit civil, *Mélanges P. Kayser*, t. II, 1979, p. 1 ; F. Ost, *Le temps du Droit*, 1999.

(3) Cf. *infra*, p. 391.

lisme — une influence nouvelle et fait des incursions dans le droit, ce qui expliquerait une ouverture de celui-ci à la flexibilité.

On entrevoit un jeu curieux de raquettes : le temps flexible de Bergson a rendu le droit flexible, et celui-ci renvoie sa flexibilité au temps sous les espèces d'horaires flexibles rendus licites en droit du travail. À cela près que les syndicats ni les ministres n'aimant le mot, c'est de *souplesse* qu'ils parleront ensemble.

C'est dire que le phénomène *temps* ne devait pas être en trop mauvaise compagnie dans ce livre, ni même, plus étroitement, dans ce titre, qui évoque les incertitudes du droit. Non pas que soient ici en cause n'importe lesquelles de ses nombreuses incertitudes : mais seulement celles qui lui viennent de sa propre histoire — plus exactement, des historiens et de la manière dont ils la manient. En particulier, le découpage du temps auquel ils auront arbitrairement procédé par nécessité de métier a pour effet probable de donner du droit positif des physionomies très différentes. Bien mieux, chaque coupe prendra des sens variables suivant la tonalité que lui insuffle celui qui s'exprime, suivant la sensation qu'il a de sa position et de son mouvement sur la ligne du temps. Le présent, c'est l'heure qui s'écoule, c'est aussi bien l'époque où nous sommes. Le passé, c'est une année lointaine et close (I), mais aussi le siècle où j'ai vécu, souffert peut-être, où je suis à la recherche du temps, parce que les phénomènes ont une signification secrète qui ne se révèle que longtemps après (II).

I. — EN L'ANNÉE 1817*

Pour peu qu'il éprouve et qu'il transporte à l'histoire, à l'histoire du droit, à l'histoire du droit privé, une curiosité pour les heures indécisées, pour les matinées sur lesquelles la brume n'est pas encore levée, un juriste peut se sentir attiré par les premières années de la Restauration. Qu'il y ait eu (4) ou qu'il n'y ait pas eu (5), dans la doctrine du XIX^e siècle, une École de l'exégèse, toujours est-il, réalité ou illusion, qu'en ce printemps-là il n'y en avait pas encore. De loin, le moment juridique intrigue par une apparente grisaille (6). Il est d'autant plus tentant de s'en approcher.

* Cet article a d'abord été publié dans les *Mélanges* dédiés à Pierre Raynaud (Daloz-Sirey, éd.), 1985. Par la parole et la plume de Pierre Raynaud, le droit, aussitôt, devenait clarté, justice et sagesse.

(4) En ce sens, J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 2^e éd., 1924, n^{os} 6 et s. ; mais, distinguant trois phases de l'École, il faisait courir la première, phase de fondation, de 1804 à 1830, ce qui était la faire remonter trop haut.

(5) En ce sens, Ph. RÉMY, *Éloge de l'Exégèse, Droit prospectif*, Aix, 1982, p. 254 et s.

(6) Cf. A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, 1975, p. 12, p. 32.

À défaut de tout embrasser, ce qui serait embrasser trop, on nous concédera la facilité d'un sondage, et de choisir, parmi ces quelques années, l'une d'elles seulement pour rechercher, à travers les lois et les arrêts, la part de droit qu'elle enferma. L'année 1817, par exemple. Non pas qu'à notre initiative elle soit sortie d'un tirage aléatoire. Le choix a été fait pour nous par Victor Hugo. Qui ne se souviendrait des *Misérables* (7) ? C'est l'année où quatre étudiants — en droit, d'ailleurs —, étudiants sur le retour, firent « une bonne farce » à leurs maîtresses, et Cosette fut conçue en ce temps-là. Préludant à l'épisode, Hugo peint par petites, toutes petites touches, un tableau de la France en ces douze mois : « *Voilà, pêle-mêle, conclut-il, ce qui surnage confusément de l'année 1817, oubliée aujourd'hui* (il écrit cela vers 1860). *L'histoire néglige presque toutes ces particularités, et ne peut faire autrement ; l'infini l'envahirait.* » Nous piquerons quelques phrases hugoliennes, çà et là, pour servir de contrepoint à notre monotone recherche (8).

Ce n'est pas sans réflexion que le romancier avait fixé son regard sur 1817. La date devait lui paraître pertinente, parce qu'elle pouvait appuyer une anti-thèse dont il avait besoin : de la tranquillité sociale à la tragédie individuelle. « *C'était, remarque-t-il* (9), *un temps de paix incontestable, et de profonde sécurité royaliste* » (10). Une année significative à force d'insignifiances, voilà le rôle qu'il lui assignait. Ne pourrait-il y avoir, pour le droit, des années de cette sorte ?

(7) *Les Misérables*, 1^{re} partie, livre III (*En l'année 1817*), chapitre I (*L'année 1817*). Dans l'édition de *La Pléiade*, ce sont les pages 122 à 127. Maurice Allem, annotateur de cette édition, observe (p. 1500) que l'ensemble du livre III était absent du premier jet de l'œuvre, écrit à la fin de la monarchie de Juillet, et qu'il n'apparaît que dans la rédaction finale des années 60, d'un Hugo devenu résolument démocrate et anticlérical. Il semble, toutefois, que, dès le premier état du roman, cette date de 1817 avait exercé sa fascination, témoin, dans la 3^e partie, au livre III, chapitre I (*Un ancien salon*), des notations que l'auteur aurait pu incorporer dans son morceau de bravoure.

(8) Contre-point du contre-point, il nous arrivera de citer l'ouvrage de BIRÉ, *L'année 1817*, publié en 1895. C'était déjà reconnaître à ce chapitre des *Misérables* une grande importance que de consacrer un livre entier à le démolir. Est-il démoli pour autant ? Edmond BIRÉ (1829-1907), Vendéen, catholique, royaliste, s'il ne refuse pas son admiration au poète, en veut au politique passé sur l'autre bord, et il s'acharne, documents au poing, à le surprendre en flagrant délit d'erreur, voire de truquage historique. Mais, à quarante ans de distance, Hugo a bien pu, en toute bonne foi, brouiller les faits et les dates de sa jeunesse. Et qu'importe ? En histoire comme en peinture, un impressionniste teinté d'humour peut nous révéler un paysage bien mieux qu'un figuratif trop lécheur.

(9) *Les Misérables*, même livre, mais un peu plus loin, au chapitre V.

(10) A quoi pourrait être objecté qu'il y eut, cette année-là, des émeutes à Lyon, réprimées dans le sang par le général Canuel ; qu'à Rodez l'assassinat de Fualdès déchaîna des passions politiques, l'assassiné, révolutionnaire en retraite, étant censé avoir détenu des secrets d'État (sur la mort du Dauphin, précisément). Mais Paris était tranquille, et c'est là que se règle la température de la France. « Une année fort obscure », écrit Alain Decaux (*Victor Hugo*, Paris, 1984, p. 159).

Dans sa parfaite équidistance entre la promulgation du Code et les Trois Glorieuses de juillet 1830, c'est-à-dire entre un lancement et un renversement, deux mouvements, l'an 1817 a tout l'air d'être au cœur d'un repos, d'un *calme* juridique. Peut-être Hugo fait-il ressortir involontairement cette impression d'un droit encaïminé, encore plus immobile que le non-droit : dans sa revue de l'année, le juridique n'est représenté que par quelques vaguelettes fugitives. À moins qu'il n'y ait là, après tout, que la reproduction annuelle d'un phénomène quasi constant : le peu de visibilité du droit, ce serviteur inutile, sa modestie, dans l'ensemble du spectacle social.

Pourtant, il existait bien un droit, un droit privé en 1817, et l'on y rendit la justice.

A. — La charte de 1814 avait octroyé un statut au Code civil. C'était l'article 68, suggestivement placé sous la rubrique *De l'ordre judiciaire* (plutôt qu'à la suite des articles 15 à 22, où on l'aurait attendu, qui traitaient du pouvoir législatif) : « Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente charte, resteront en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. » De ce texte, l'interprétation pouvait déduire sans peine que le Code civil conservait :

1. force de loi (jusqu'à dérogation ou abrogation, mais de toute loi c'est la destinée) ;

2. force de loi ordinaire, subordonnée (11) à ce qui était, sinon une constitution au sens moderne du mot, du moins un acte additionnel aux lois fondamentales du royaume (12).

Néanmoins, une obscurité subsistait, tenant à un point de forme, qui aurait pu emporter le fond : Louis XVIII avait daté la Charte de la dix-neuvième année de son règne. Cette manière de dater avait agité les esprits — déjà lors de la déclaration de Saint-Ouen, programme de la constitution à venir, puis au sein de la commission chargée de rédiger le texte de la Charte (13). Contre des

(11) Sur les conséquences de cette subordination, une hésitation était possible : ou bien les dispositions du Code contraires à la Charte étaient considérées comme modifiées de plein droit ; ou bien le législateur était simplement invité à intervenir pour les modifier. Ce fut le second parti qui fut suivi pour le divorce, cible principale, sinon unique, de l'article 68 : une loi, la loi du 8 mai 1816, fut nécessaire pour mettre le Code en conformité avec la Charte. « *Les hommes sérieux se demandaient* (en 1817) *ce que ferait, en telle ou telle occasion, M. de Trinquelague.* » Cet ascendant, M. de Trinquelage l'avait acquis, à la Chambre des députés, comme rapporteur de la loi d'abolition (cf. Biré, *op. cit.*, p. 156 et s.).

(12) Cf. S. RIALS, Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la Charte de 1814), *Droit prospectif*, Aix, 1982, p. 263 et s., spéc. p. 280.

(13) Comte BEUGNOT, *Mémoires*, 1866, t. II, p. 221, 229 ; Comte FERRAND, *Mémoires*, 1897, p. 65, 81. Tous deux avaient été membres de la Commission.

conseils opposés, le roi avait tenu ferme (14). « 1817 est l'année que Louis XVIII avec un certain aplomb royal qui ne manquait pas de fierté, qualifiait la vingt-deuxième de son règne » — c'est là-dessus que Victor Hugo ouvre son chapitre, sentant bien que, par ce petit fait, le ton était donné à tout le reste.

Seulement, s'il n'y avait jamais eu de Consulat ni d'Empire, où était le père du Code civil ? Le postulat de l'ininterruption bourbonnienne aurait dû conduire à proclamer en thèse la nullité d'un acte aussi hautement symbolique de l'usurpateur, sauf à lui restituer ensuite validité, partie après partie, au gré d'appréciations utilitaires (15). Or, c'était une démarche inverse que prévoyait l'article 68 ; dès lors une antinomie se glissait dans le système juridique. Le Code Napoléon était intégré à un droit reposant sur la négation de Napoléon ; plus généralement, une législation d'origine révolutionnaire était rapportée à une puissance législative qui prétendait ignorer la Révolution. Il nous est loisible d'inventer, après coup, des théories qui auraient rétabli la cohérence. Ainsi une théorie de la *réception* (au sens de la réception du droit romain) : le Code civil aurait été *reçu* par la Restauration comme un *corpus* de doctrine, une espèce de raison écrite. Ou bien une dissociation, dans la loi, entre l'opération intellectuelle et l'acte de volonté, entre la rédaction et la sanction (16) : la revendication de continuité n'aurait porté que sur le pouvoir sanctionnateur, et justement, dans l'article 68, le monarque aurait apposé sa sanction sur l'œuvre d'autrui. Mais à quoi bon des accommodements conceptuels. Le vrai est que, politiquement (17), la Charte de 1814 fut un compromis historique, et que le Code civil lui-même était une pièce capitale de ce compromis (18). Il faut préciser : le Code civil *moins* le divorce : en 1817, « le divorce était

(14) Cf. S. Rials, *loc. cit.*, p. 279.

(15) On connaît la technique de nullité dont, à la Libération, sur un postulat semblable (« en droit la République n'a pas cessé d'exister »), l'ordonnance du 9 août 1944 se servit contre les actes du gouvernement de Vichy, autorité de fait : la nullité devait toujours être expressément constatée ; mais, pour les actes les plus symboliques, la constatation fut immédiate, tandis que, pour les autres, de nature utilitaire, il y avait lieu à application provisoire jusqu'à annulation ou validation. Civ. 16 juillet et 18 décembre 1945, D. 1946, 321.

(16) Sur cette dissociation, défendue par certains publicistes, cf. RIALS, *loc. cit.*, p. 289 et s., qui, du reste, ne la croit pas compatible avec les prérogatives étendues que Louis XVIII s'était réservées en matière législative.

(17) Ce qui peut expliquer que les deux mémorialistes de la commission préparatoire, Beugnot et Ferrand, ne fassent mention d'aucun débat au sujet du Code civil : la question avait dû être tranchée d'avance « au plus haut niveau ».

(18) Contre la thèse du compromis, v. RIALS, *loc. cit.*, spéc. p. 272. La démonstration est très brillante, persuasive en droit constitutionnel. Elle laisse, cependant, de côté cet appendice que constituait le Code Napoléon (autre métaphore possible : cette casserole attachée à la queue de la Charte). L'esprit de réconciliation, donc de transaction, affleure, du reste, dans le préambule — sans préjudice des formules qui attestent une présence (française ou nordique) de l'*Aufklärung* : « ... les progrès toujours croissants des *lumières* », « ... l'attente de l'Europe *éclairée* ».

aboli » (19). En somme, estampillé par l'article 68, allégé d'une institution-bouc-émissaire, rajeuni par une réédition (20), le Code civil, à l'entrée de 1817, paraissait prêt pour une nouvelle perpétuité. Il n'était plus ce Code civil qui avait fait peur.

Pourtant, une fois l'instrument confié aux mains des magistrats (21), on dirait qu'ils ont ressenti, à le manier, un impalpable malaise. Comme si la légitimation décidée au sommet de l'État n'avait pas été assez nette, assez énergique pour être pleinement intériorisée par eux. Symptôme de conviction *ultra*, qui ne se résignait pas à accepter la Charte comme une novation ? Chez quelques-uns, ce pouvait être. Mais le plus probable est que ces gens-là surtout les plus vieux, les plus hauts, ceux de la Cour de cassation, s'ils étaient devenus bilingues pour avoir fréquenté, fût-ce à travers les livres, la Révolution et l'Empire, gardaient une préférence, qui était de nature, pour leur langue maternelle — pour le droit qu'ils avaient appris dans leur lointaine jeunesse. Toutes les occasions leur étaient bonnes pour y revenir.

Y revenir par la non-rétroactivité des lois pouvait être un plaisir à saisir, ce n'était pas une anomalie juridique. Nombre de contrats, de conventions matrimoniales, de droits de succession qui avaient vu le jour sous le ciel de l'ancien régime, avaient étiré leurs conséquences jusqu'en 1817. On plaidait ces litiges devant la Cour de Cassation comme on aurait pu le faire, un demi-siècle plus tôt, devant le Parlement de Paris ou de Toulouse (22). Si, toutefois, l'Ancien Droit se trouvait contredit par l'ordre public issu du droit nouveau, cet ordre public avait beau être ni plus ni moins que l'ordre révolutionnaire, il refoulait l'Ancien Droit (23) ; les juges de la monarchie jouaient loyalement le jeu du Code civil.

(19) Hugo écrira un jour (Lettre à Léon Richer, 8 juin 1872, recueillie dans *Depuis l'exil*, II, 10) que l'irrévocable doit être ôté du mariage comme l'irréparable de la pénalité. C'était capter la fuite du temps pour l'amener au moulin des projets réformistes. Mais, parmi les misérables des *Misérables*, on n'en voit pas qui le soient faute du pouvoir divorcer.

(20) Une ordonnance du 17 juillet 1816 avait prescrit, pour les cinq codes, une réédition sans révision, où l'on se contenterait de substituer les dénominations du régime restauré à celles du régime oblitéré. Le texte est important parce qu'il dénote, en comparaison de l'article 68, une plus franche intention de légitimer. Et dans le préambule il y a un exposé remarquable de politique législative : on ne songe pas ou l'on ne songe plus à une révision générale de la codification ; on se réserve seulement de faire des lois particulières pour améliorer ou corriger ; « mais de pareilles réformes ne peuvent être que l'ouvrage du temps et le fruit de longues méditations ».

(21) Les arrêts qui ne sont cités que par la date pourront être retrouvés au *Sirey chronologique*. C'est un recueil sélectif, mais il a l'avantage d'être encore assez accessible dans les bibliothèques, publiques ou privées.

(22) V. par ex. Sect. réunies, 27 février 1817 ; Req. 7 janvier, 2 juin, 5 août 1817.

(23) Ex. Civ. 30 déc. 1816, sur le rapport de Chabot de l'Allier, le spécialiste des questions transitoires (pour la renonciation d'une fille dotée).

Où le jeu devenait ambigu, c'était dans des espèces relevant manifestement, *ratione temporis*, de la loi nouvelle, quand on voyait les arrêts s'étayer sur le droit d'avant 89 *en même temps* que sur le Code de 1804. Les formules sont variées ; la pensée, cependant, est toujours la même : c'est un dualisme du droit positif. Quelques échantillons, au hasard : « Attendu qu'il est de principe constant, consacré par l'ancienne et la nouvelle législation... » (24) ; « Attendu qu'avant le Code civil il était de principe constant en France..., (et que) tel article du Code civil dispose également... » (25) ; (Attendu que la Cour d'appel, en jugeant ainsi) « a violé les lois romaines et les articles 1603 et 1653 C. civ. » (26) ; Attendu qu'« en vertu de l'ancienne maxime *Semel haeres, semper haeres*, maxime consacrée par le Code civil... » (27).

Ce procédé répété de double motivation cachait-il une ébauche de politique judiciaire ? Au minimum, le dessein pouvait être de s'associer à l'action psychologique d'apaisement entreprise par le monarque en personne : montrer dans le Code civil une réincarnation, fût-elle fragmentaire, de l'Ancien Droit, c'était donner à ce code figure moins rébarbative pour les nostalgiques de la douceur de vivre. Mais peut-être y avait-il, à l'arrière-plan, une considération plus grave : la magistrature, parce qu'elle était consciente des divisions du pays, certaine des flux et reflux à venir, pouvait tenir à ce que ses décisions fussent également justifiées en droit, aux yeux de l'une et de l'autre moitié de France. À la limite, c'était prêter au droit civil deux sources de positivité, cumulatives ou alternatives : le fonds coutumier et la promulgation formelle. Si une construction avait suivi, elle eût été originale.

Cependant, lors même que les tribunaux semblent ne connaître qu'une source, le Code civil, le Code civil selon la Charte, n'allons pas dire qu'ils se déprennent du passé. Si l'Ancien Droit n'est plus, ici, appliqué directement, il n'en est pas moins utilisé pour aider à appliquer le droit moderne. Entre avocats comme sur le siège, l'argument historique est l'argument-massue. Tel pourvoi citera Bartole pour établir qu'un aïeul ne doit pas d'aliments à l'enfant naturel de son fils légitime (28). Tel autre alléguera le Digeste et le *Traité des*

(24) Civ. 4 août 1817, et sous Req. 23 juillet 1817, l'arrêt de la Cour d'Amiens, 20 juillet 1816. Cf. civ. 23 décembre 1816 : « Considérant que l'incapacité des bâtards adultérins les a toujours fait exclure, tant dans l'ancienne que dans la nouvelle législation... »

(25) Civ. 5 mars 1817. En l'occurrence, le principe constant, c'était que les clauses pénales ne sont jamais que comminatoires, et l'article conforme était l'article 1231. La jurisprudence devait abandonner cette position par la suite, Civ. 14 février 1866, SS. 66.1.94, et la loi du 9 juillet 1975 y faire retour à sa façon.

(26) Civ. 4 mars 1817. On en rapprochera Req. 18 juin 1817 : « Loin de contrevenir aux lois invoquées... » (or, le pourvoi invoquait tout à la fois les articles 228 de la Coutume de Paris et 1460 et 1483 du Code civil).

(27) Civ. 22 janvier 1817.

(28) Civ. 7 juillet 1817 ; la Cour suit le pourvoi et casse, mais sur une exégèse des articles du Code civil. L'arrêt sera évoqué par Balzac dans *Ursule Mirouët*, 1^{re} partie.

lois des bâtiments de Desgodets, un classique de 1748, pour discuter de la responsabilité d'un architecte (29). Un arrêt, pour fonder une action en résolution, prend soin de noter que, si les articles 1184 et 1654 sont contraires aux lois romaines, c'est que celles-ci avaient déjà été écartées par la jurisprudence française de l'Ancien Droit (30). Pour étendre le privilège du vendeur d'immeuble à la totalité des intérêts du prix, les Sections réunies s'arc-boutent à la lettre de l'article 2151, mais elles s'estimeront plus sûres d'elles-mêmes en complétant : « conformément aux anciens principes et à l'ancienne jurisprudence » (31).

Ceux qui seraient enclins à critiquer cet excès d'autorités anciennes devraient bien s'imaginer, un instant, interprètes du Code en 1817. De quoi d'autre pouvait se nourrir la pratique ? Aujourd'hui, pour obliger les lois à parler, nous disposons de commentaires, de travaux préparatoires, d'une jurisprudence. Mais, en 1817, la jurisprudence du Code civil était peut-être en train de se faire, elle n'était point faite encore. Les travaux préparatoires étaient impraticables. Non point par défaut absolu de documents (les *Procès-verbaux* du Conseil d'État avaient été publiés, ainsi que l'*Analyse* de Maleville). Seulement, invoquer l'intention du législateur eût été, par personne interposée, invoquer l'usurpateur, ce dont la loi du 9 novembre 1815 avait fait un délit pour le tout-venant (32), et un tabou pour l'ordre judiciaire. Il faudra que s'éloignent les fantômes impériaux — ce qui coïncidera avec les publications de Fenet et Loqué — pour que soit libéré le recours aux préparatoires (33). Quant aux commentaires... Merlin, proscrit, est interdit de citation (34). Toullier, Proudhon, ce sont des provinciaux. Le doyen Delvincourt n'est pas dénué d'autorité parisienne ; toutefois, sa célébrité n'éclatera hors de l'École que plus tard, lorsqu'il se sera colleté quasi physiquement avec son faire-valoir, le chargé de cours Bavoux. En 1817, Hugo sourit, « *Bavoux était révo-*

(29) Req. 20 novembre 1817, qui rejette le pourvoi par une sèche déduction de l'article 1792.

(30) Civ. 3 décembre 1817.

(31) Sect. réunies, 1^{er} mai 1817.

(32) « *La justice appelait à sa barre un homme qui, en voyant entrer le comte d'Artois à Notre-Dame, avait dit tout haut : Sapristi ! Je regrette le temps où je voyais Bonaparte et Talma entrer bras dessus bras dessous au Bal Sauvage. Propos séditieux. Six mois de prison.* » Biré (*op. cit.*, p. 122) grogne : Hugo serait peut-être assez embarrassé s'il lui fallait citer la date du jugement. Il y eut pourtant des poursuites en vertu de cette loi du 9 novembre 1815 ; ex. Crim. 25 janvier 1816, où la femme Sandras, qui avait proféré son « Vive l'Empereur ! » en septembre 1815, ne dut sa relaxe finale qu'au principe de non-rétroactivité.

(33) SALEILLES, Préface à Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, I, p. XIV, allait trop vite quand il disait que la recherche de l'intention du législateur avait pu être pratiquée davantage « aux époques tout à fait voisines de la mise en œuvre du Code civil ».

(34) Cf. L. GRUFFY, *La vie et l'œuvre juridique de Merlin de Douai (1754-1839)*, Thèse droit, Paris, 1934, spéc. p. 106.

lutionnaire » (35). Il l'était déjà peut-être, mais il ne le disait pas encore. En somme, pour le droit, un désert intellectuel : la pratique était laissée en tête-à-tête avec la loi et les ancêtres.

Avec aussi, sans doute, les ressources de son propre entendement. Le critère de la *raisonnabilité* émerge dans plus d'un arrêt (36), et le droit naturel n'est pas loin, reconnaissable aux signes de l'intemporalité et de l'universalité (37). La nature, la raison, c'étaient des amours du XVIII^e siècle finissant, et beaucoup d'hommes de la Restauration avaient tété de ce lait. Il y a, pourtant, dans la justice, un style Restauration plus spécial. Un discours de Romain de Sèze, lors de son installation à la première présidence de la Cour de Cassation, en esquisse assez bien le modèle : (Saint Louis) « entouré de ses sujets comme un père de ses enfants, écoutait leurs plaintes, éteignait leurs querelles, calmait leurs ressentiments, et ramenait parmi eux, d'un mot de sa bouche royale, la paix que leurs différends en avaient bannie » (38). C'était l'équité, mais une équité plus moyenâgeuse qu'antique. D'où, dans les arrêts, des accents paternalistes, tels qu'on en pouvait rencontrer aussi dans les préambules qu'affectionnait Louis XVIII, une rhétorique moralisante, *obiter dicta* : « les adoptions faites pendant *ce temps désastreux* (de la Révolution) n'en doivent pas moins obtenir tout leur effet... » (39) ; une décision « *dont les conséquences seraient aussi funestes*, et qui est (aussi bien), en opposition avec les lois, ne peut pas subsister » (40)...

B. — Le droit ne s'accomplit jamais exactement comme on aurait pu le prédire à ne contempler que ses acteurs. Tant d'influences se croisent dans l'indi-

(35) Biré (*op. cit.*, p. 105 et s.) pinaille sur l'année : c'est en 1819 seulement que Bavoux, qui avait succédé à feu Pigeau, le procédurier, provoqua les étudiants au chahut, par un cours sur la mort civile des émigrés. « L'ombre de Pigeau, suppose Biré, dut s'enfuir en poussant un long gémissement. » Pour en revenir au texte, il ne faut probablement pas comprendre son ironie douce comme visant la constance révolutionnaire de Bavoux, car il ne semble pas que celui-ci, en vieillissant, ait « viré à droite » plus que de raison. Ce qui fait sourire Hugo, c'est plutôt la révolution à la faculté de droit : tempête dans un verre d'eau. — Sur les épisodes de l'affaire Bavoux, v. l'historique très intéressant de Madeline Ventre-Denis, *Rev. hist. des Fac. de dr.*, 1987 (5), 33, spéc. 51, 54.

(36) Ex. Civ. 18 juin 1817, « on pouvait *raisonnablement* en conclure » : Req. 10 juillet 1817, « en des termes qui pouvaient donner lieu à des doutes *raisonnables* ». Cf. Req. 12 janvier 1815, « les lois ne doivent s'entendre que dans un sens *raisonnable* et selon un mode d'exécution possible ».

(37) Ex. Rouen, 17 mars 1817, « c'est une maxime *de tous les temps* », sous Req. 19 février 1818, lequel arrêt, en reprenant la formule, l'étendra, ... « et *de tous les lieux* ». Cf. sous Req. 10 juillet 1817, Paris, 21 août 1815, « il est d'usage ancien et *universellement* observé ».

(38) A. SÉVIN, *Le défenseur du roi (R. de Sèze)*, thèse lettres, Bordeaux, 1936, p. 328.

(39) Toulouse, 5 mars 1817.

(40) Civ. 6 août 1817.

vidu, tant d'individus dans une juridiction. Et puis, il y a les circonstances et les nécessités, le balancier de la politique parlementaire et l'horreur du vide financier.

Les finances publiques étaient une préoccupation majeure en 1817. Les guerres avaient coûté cher à la France, mais elle avait des surintendants énergiques, Corvetto, en alternance avec l'abbé-baron Louis. Un grand corps de l'État ne pouvait ignorer les appels du Trésor. Nous nous représentons la Cour de cassation comme n'ayant d'autre travail que de polir amoureusement le droit civil. Image fallacieuse en 1817, et qui le demeurera longtemps après (41). Des 101 arrêts prononcés cette année-là par les Sections civiles (42), un bon quart était de contentieux fiscal : les douanes, les contributions indirectes, l'enregistrement.

Surtout l'enregistrement : la Cour de cassation y statuait, *omisso medio*, à partir d'un texte, la loi du 22 frimaire an VII, qui aurait pu lui être odieux comme enfanté par le Directoire. Ce texte odieux, elle l'appliquait, pourtant, sans remords, et rigoureusement. Un principe de solidarité active, sinon de continuité, d'un fisc à l'autre (43), enlève toute odeur d'illégitimité aux impôts d'un gouvernement illégitime.

En observant que la plupart des pourvois étaient alors intentés par la Régie (44), et que la cassation s'ensuivait souvent (45), on se prend à penser que les tribunaux de première instance, plus près de la *misera plebs contribuens*, se comportaient volontiers en arbitres de recours gracieux, tandis que la Cour de cassation, à rebours, s'interdisait tout effort d'interprétation équitable. Il faut dire que l'Administration, de son côté, agissait en groupe de pression, conscient et organisé : elle possédait sa revue (46), sa doctrine, ce que les his-

(41) Cf. NGUYEN THANH NHA, *Les chambres réunies de la Cour de cassation, essai d'un bilan de 130 ans de jurisprudence civile*, Thèse droit, Paris, 1968, ronéo., spéc. p. 89.

(42) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1817.

(43) La continuité de l'État-débiteur était garantie par l'article 70 de la Charte : il l'avait bien fallu, pour faire taire ceux qui proposaient de répudier en bloc le passif de l'Empire. Au contraire, à une continuité de l'État-fisc pouvait être opposé un autre principe inscrit dans la Charte, article 49, celui de la périodicité, voire de l'annualité du vote de l'impôt. En fait, des lois-relais intervenaient pour autoriser périodiquement la perception des droits d'enregistrement selon la législation de l'an VII : loi du 21 décembre 1814, loi du 28 avril 1816 (article 77), loi du 25 mars 1817 (article 131).

(44) Ex. Civ. 31 mars, 14 mai 1817.

(45) Il n'était pas rare que la cassation fût encourue à la demande de l'Administration, pour l'omission d'une formalité (tel le rapport d'un juge) que l'on aurait pu croire établie dans l'intérêt des redevables : ex. Civ. 2 avril 1817.

(46) *Journal de l'Enregistrement et des Domaines, rédigé par une Société d'Employés supérieurs de l'Administration*. Il paraissait depuis 1804. Du tome II de 1817, art. 5791, cet extrait parlant : « L'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII n'établissant aucune exception, on ne peut se permettre de l'interpréter. »

toriens de l'Enregistrement vont appeler plus tard l'*École* (école de pensée) *administrative*, à laquelle ils attribuent d'altières devises, « *Ante omnia fiscus* », « Vous devez payer quand même, payer toujours » (47). Si féru d'Ancien Droit que fût la Cour, il ne semble pas qu'elle ait été hantée par les ombres des grands feudistes, les Dumoulin, les Dargentré, ceux qui avaient mené le combat contre les profits seigneuriaux. Henrion de Pansey — feudiste lui-même, jadis — dormait-il, à la Section des Requêtes ? Il est banal de souligner tout ce que le droit de l'enregistrement emprunte au droit civil. Mais, en ce début du XIX^e siècle, il a pu se produire une contagion dans l'autre sens. Entraînée à appliquer mécaniquement des *règles abstraites de perception*, à quoi elle réduisait la loi de l'an VII, la Cour de cassation se familiarisait avec l'idée, noire de périls, qu'il y a des textes que l'on accomplit, mais que l'on n'interprète pas. La pente se dessinait, qui pourra aboutir un jour, en droit civil, à une exégèse très littérale.

Pour l'instant, cependant, le droit civil n'en est pas là. Si le droit moderne, avec son exigence de légalité, commence à lui inculquer des mécanismes mentaux, l'Ancien Droit contenue de l'imprégner d'une culture. D'une logique ou d'une culture, quelle était la plus puissante ? Au vrai, la synthèse se faisait paisiblement, comme sans y penser. Méritent seules d'être relevées les solutions qui peuvent nous causer une surprise.

Il est classique de dépeindre la société de la Restauration, du moins dans sa fraction dirigeante, comme aristocratique et terrienne, plutôt que bourgeoise et commerçante ; et l'on se figure une Cour de Cassation à la ressemblance des dirigeants du pays, pleine de sollicitude pour la propriété immobilière la plus immobile. On s'attendrait donc à la voir, usant de sa marge de jugement, s'évertuer à conserver le plus possible d'*héritages* dans les familles. Que constate-t-on, néanmoins — à propos des saisies immobilières, par exemple ? C'était pour la Cour un secteur considérable d'activité, où elle paraissait opérer, non point comme une juridiction véritable, mais comme aurait pu le faire un administrateur, contrôleur des formalités. Le Code de procédure civile avait hérissé de formes cette voie d'exécution, comme s'il avait voulu retenir l'immeuble jusqu'au bout dans le patrimoine familiale, en même temps que tenir en respect les prêteurs d'argent et marchands de biens, contre qui il avait une antipathie de classe. Alourdir ou alléger ces formes en multipliant ou en restreignant les omissions sanctionnées de la nullité, c'était, pour les juges, une manière de prendre parti dans un débat idéologique. Or, il semble bien que

(47) Cf. BONNEFON, *Étude historique sur l'impôt et l'administration de l'enregistrement*, 1882.

la tendance dominante ait été à l'allégement (48), ce qui laisse deviner une certaine faveur pour la circulation des biens et le crédit (49).

Témoignage confirmatif : l'arrêt *Le Marchand* (50), arrêt notable de l'année 1817 — notable parce que, depuis, on lui a fait jouer un rôle dans la théorie de la subrogation réelle. Mais l'intérêt de l'arrêt, pour nous, est ailleurs. Il est dans une considération économique servant de support à la décision : au numéraire qui avait fait l'objet de la donation frappée du droit de retour, pouvaient et devaient être assimilés les effets de commerce et obligations qui seuls se retrouvaient dans la succession. Fongibilité très financière : les effets de commerce et obligations valent numéraire, affirme la Section civile ; le droit ne doit pas mettre de distinction entre ces valeurs qui, *dans l'état actuel de la civilisation*, ne reçoivent aucune distinction de l'usage. Un moment arrivera peut-être, sous Charles X, où la solidité de la terre, de nouveau, fera rêver le droit. Pour l'heure, il y a des souffles d'esprit mobilier.

Affaire de conjoncture : en 1817, ce n'est pas Villèle qui gouverne, c'est Decazes, l'énigmatique Decazes. Hugo explique tout en une seule phrase, aux césures savamment calculées : « *M. Decazes, esprit dans une certaine mesure libéral, dominait* ». Du libéralisme de gouvernement, on décèle des retombées dans la pratique judiciaire.

Ainsi, dans le procès que gagna la femme Bouin. Sous le prétexte qu'elle tenait une conduite répréhensible, le maire du village l'avait fait expulser de chez elle, à la veille de Noël, avec son enfant au berceau, et elle avait été précipitée dans la misère. La Cour de Rennes condamna le maire à lui payer 3 000 F de dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral, sur le fondement des articles 1382 et 1383, car il avait violé la Charte constitutionnelle, les lois civiles et celles de l'humanité (51).

On s'enchantera que la liberté civile ait ainsi trouvé une garantie dans le droit civil. Il y en eut bientôt un autre cas. Une demande avait été introduite aux fins d'interdiction judiciaire — femme contre mari. Celui-ci était peut-être bizarre. Ce n'était pas assez, tout de même, pour le traiter en dément. Ainsi en

(48) Ex. Req. 28 mai, 10 juillet 1817 ; Bordeaux, 8 février 1817.

(49) À rapprocher de cette position, un arrêt relatif à une vente de biens de mineur. Civ. 7 janvier 1817. Pour justifier l'opportunité de la vente décidée par le conseil de famille, la Cour de cassation se livre à une apologie de l'esprit de liquidation.

(50) Civ. 30 juin 1817. Cf. J. BONNECASE, *Supplément au Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 347 bis. Pourtant, le mécanisme de la subrogation est décrit moins explicitement dans l'arrêt de rejet de la Section civile que dans l'arrêt de la Cour d'appel.

(51) Rennes, 24 avril 1817. On serait tenté d'imaginer que la chronique judiciaire avait, ici, fourni certains traits d'atmosphère à l'épisode *Bamatabois* (*Les Misérables*, 1^{re} partie, livre V, chapitres XII-XIII), si Hugo lui-même n'avait rapporté cet épisode à une scène dont il avait été témoin (*Choses vues*, 9 janvier 1841).

jugea le tribunal de la Seine (52). Mais, à l'audience, le substitut de service avait bien discerné que la liberté était en cause, et il avait élevé le débat : « La vraie, la seule liberté est cet inappréciable trésor que le sage, que le citoyen, que l'homme raisonnable fait consister dans l'honnête disposition de soi-même, dans le légitime gouvernement de sa personne et de ses biens, dans le droit de suivre les inspirations de l'esprit et du sentiment, et de les combiner, sans en rendre compte à personne, ... cet arbitre souverain, cette royauté de soi-même... le premier des biens de l'homme ici bas... » Comment s'appelaient ce passionné de liberté ? Marchangy. En 1817, « *Il y avait un faux Chateaubriand appelé Marchangy* ». Hugo a l'air de s'en prendre seulement à l'écrivain (53), mais nul doute que, par-delà, le magistrat était visé, celui qui, cinq ans après, toujours éloquent, requerra contre les Quatre Sergents de La Rochelle et fera rouler leurs têtes dans le panier (54). Pour cette année-ci, gardons-lui le mérite d'une vue juste : que la liberté individuelle peut être mise en danger par l'étroitesse des relations familiales aussi facilement que par la pesanteur du pouvoir.

Et ne quittons pas les affaires de famille. « *Louis XVIII, préoccupé, tout en annotant du coin de l'ongle Horace, des héros qui se font empereurs et des sabotiers qui se font dauphins, avait deux soucis : Napoléon et Mathurin Bruneau.* » Napoléon n'est point notre gibier ; mais Mathurin Bruneau, que l'on nous pardonne, son affaire était à la fois d'État et d'état, car, s'il prétendait à la couronne, il se targuait forcément d'être l'enfant légitime de Louis XVI, identiquement le même que celui dont Marie-Antoinette avait accouché. En cette année, il y avait une conjonction étrange de trois affaires, à des stades divers de développement, où des enfants prétendument égarés aux alentours de 95 se retrouvaient miraculeusement pour revendiquer leurs héritages. À Toulouse s'amorçait déjà l'affaire *de Malet*, où, à ce que l'on chuchotait, un cadavre d'enfant pauvre avait été substitué à un enfant riche bien vivant — roman propice à des rapprochements oiseux (55). À Angers, on avait l'affaire *Duvau de Chavagne* : la Cour d'appel venait de reconnaître l'identité et la filiation d'une fille qui avait été séparée de ses parents dans la tourmente des guerres vendéennes (56). Or, c'était précisément dans cette même Vendée

(52) Seine, 30 août 1817.

(53) Auteur d'un *best-seller* de 1813, imité des *Martyrs* : *La Gaule poétique, ou l'histoire des Français considérée dans ses rapports avec la poésie, l'éloquence et les beaux-arts*, où il apparaît comme un précurseur du romantisme, mais dans la nuance troubadour. C'est peut-être de chez lui que sont descendus les moines de *Lucrece Borgia* (cf. A. Decaux, *op. cit.*, p. 431).

(54) Du magistrat, les uns ont raconté qu'il abusait du champagne ; les autres vantent son extraordinaire faculté d'improvisation. Biré (*op. cit.* p. 140) le défend contre Hugo, comme il défend, non sans raison, d'autres membres du parquet, pareillement égratignés, Bellart, de Broë (p. 132-142).

(55) Dénouement, Req. 5 avril 1820 : le réclamant sera repoussé.

(56) Angers, 23 juillet 1817, sous Req. 27 janvier 1818.

militairement dévastée qu'avait ressurgi, un beau jour, le soi-disant dauphin — autre thème à rapprochements dont on se serait passé. Si ce Bruneau avait eu des avocats, et des avocats audacieux, ils lui auraient peut-être conseillé d'essayer, comme les autres, de la voie civile, plus propre à les mettre en vedette autour d'un mystère d'iniquité, et de s'en faire dilatoirement une question préjudicielle. Mais il était isolé, fort rustre, et le 4 décembre 1817, il fut renvoyé devant le tribunal correctionnel (57). L'accusation, qui aurait pu lui donner le vertige, d'un complot ayant pour but de changer l'ordre de successibilité au trône, avait été astucieusement remplacée par une inculpation avilissante d'escroquerie (car il avait fait des dupes pour monnayer sa chimère). Louis XVIII pouvait maintenant se déridier — en attendant Naundorff.

*
* *

D'un calendrier que l'on effeuille, il est une fin, il n'est pas de conclusion. Si ce n'est celle de l'Écclésiaste. Eh quoi ! se dira-t-on, ce n'était que cela, la quête du mémorable dans le droit ? la poursuite du vent. Et une année de droit ? un petit tas de poussière. Les professeurs, pourtant, seront moins pessimistes. Parce qu'ils ont besoin de croire qu'une année de droit, du droit qui s'enseigne, se grave dans le cerveau d'un étudiant, ils ont le devoir analogique de penser qu'une année de droit, du droit qui se fait, s'imprime dans l'histoire d'un peuple. Mais invisiblement et pour des conséquences imprévisibles.

Nous pourrions en tenter l'épreuve sur un dernier exemple. S'il avait échappé jusqu'ici à notre éphéméride, c'était sans doute parce qu'il s'était déroulé outremonts. Il pourrait bien, cependant, avoir été, même pour la France, l'événement juridique le plus considérable de l'année. Niebuhr, pour lors envoyé de la Prusse auprès du Saint-Siège, avait mis la main, dans la bibliothèque du chapitre de Vérone, sur un manuscrit qu'il soupçonnait d'être palimpseste, donc riche de secret. Au fil de 1817, sous l'effet des grattages et des réactions chimiques, le secret se dévoila : apparurent les Institutes de

(57) Cf. (Anonyme), *Procès de Mathurin Bruneau se disant Louis XVII*, Marseille, 1818 (le lieu d'édition atteste le retentissement). Le procès s'était déroulé à Rouen, du 10 au 19 février 1818. Bruneau y écopa de cinq ans de prison pour escroquerie et vagabondage, plus deux ans pour outrage au tribunal en cours d'audience. De fait, il s'était livré en public à des pitreries des plus grossières (ce que personne n'avait eu l'idée d'imputer à la pédagogie de père Duchesne qu'on disait avoir été celle du cordonnier Simon). Inévitablement, la question de filiation avait été présente, quoique implicite et traitée hors des catégories du Code civil. Mais l'inculpé n'avait que ses allégations pour asseoir une possession d'état princier, tandis que, réciproquement, sa possession d'état villageois n'était guère niable, malgré les trous d'une vie errante. Il avait prétendu se faire reconnaître par un ex-cuisinier de Louis XVI en lui rappelant que, jadis, quand il folâtrait dans les cuisines de Versailles, on lui avait souvent tiré les oreilles : à quoi l'autre répliqua qu'un tel *tractatus* eût été impensable dans la maison royale. En revanche, lorsqu'un sien beau-frère qui l'avait eu en apprentissage déclara l'identifier parfaitement par toutes les corrections qu'il se souvenait de lui avoir administrées, ce *tractatus* parut probant à tout le monde pour une famille sabotière. Possession d'état de classe.

Gaius. Cher *Gaius*, *Gaius noster* : il révélait un autre droit ; il prenait en défaut les lois impériales, les lois impérieuses. La science des romanistes en fut bouleversée : de dogmatique elle se fit archéologique. La chasse aux interpolations reçut une impulsion inouïe. La critique des textes, l'hypercritique s'excitèrent. Et ne croyons pas que de ce mouvement l'effet se confina au droit romain : à la longue, il n'est pas de juriste qui n'ait pris le pli, sans savoir d'où il lui venait, de lire les lois non plus comme des commandements, mais comme des documents historiques.

D'un fait un autre décroche ; à une idée une autre s'accroche. L'équipe allemande qui était au travail à Vérone était dirigée par Goeschen, lequel rendit compte de la trouvaille à l'Académie de Berlin (58). Il avait à ses côtés un bénévole de 22 ans, élève de Savigny, Maurice Auguste Bethman-Hollweg, sans lequel, déclare-t-il, la tâche n'aurait pu être menée à bien. Ce mérite valut très vite au jeune savant une chaire d'Université. Il y fit une carrière éminente de processualiste ; mais son œuvre la plus importante, bien qu'au second degré — sa joie aussi, sans doute — ce fut son petit-fils, Théobald von Bethmann-Hollweg. Lui aussi fut un juriste distingué et honnête, et il devint chancelier d'Empire. L'histoire de France, qui ne pouvait être impartiale, ne lui a pas pardonné d'avoir placé malencontreusement dans un entretien diplomatique un adage de droit, d'ailleurs incontesté, *Not kennt kein Gebot*. En juillet 1917, juste un siècle après le dévoilement de Vérone, il fut contraint d'abandonner la chancellerie. Autour de lui, tout fermentait, d'Est en Ouest. Hors du droit et même dans le droit, 1917 restera un millésime autrement fameux que 1817.

II. — L'AVENIR D'UN PASSÉ*

Ce siècle va mourir bientôt : il est temps de songer à son avenir. Maintes fois a été dénoncée l'absurdité de notre découpage usuel par siècles ; mais celui-ci échappera peut-être à la condamnation des historiens rigoureux par la grâce qu'il a reçue d'être aussi une fin de millénaire, attirant à elle comme par un abîme vertigineux les cent ans qui l'ont précédée. Nous conserverons ce tome XX sous sa reliure : c'est un passé déjà défini. Il s'y trouve de tout, du droit aussi. On tentera de l'isoler, mais sans se faire d'illusion : la société se reflète dans le droit, et le droit a pu aider à la construire.

Le premier avenir d'un passé est dans le souvenir de ceux qui l'ont vécu. Nous avons tous collé plus ou moins longuement à ce siècle ; nous l'avons vu se créer jour après jour. Nous ne pouvons l'oublier, mais sommes-nous en pos-

(58) La publication, en traduction, de ce rapport du 6 novembre 1817 fut un *scoop* de la jeune revue *La Thémie* (1819, p. 287 et s.).

* Cet article a d'abord été publié dans les *Mélanges* dédiés à François Terré (Daloz-Sirey, éd.), en 1998, sur le thème général de « l'Avenir du droit ».

session de le comprendre ? Qui dites-vous que je suis ? C'est l'interpellation que le siècle lance à ses interprètes. Ou, plus prosaïquement : le droit du siècle, clos et scellé, repose à vos pieds, qu'en avez-vous retenu ? Quelquefois, la réponse tient en un nom, une étiquette symbolique. Citer le siècle de Charlemagne, c'est résumer les Capitulaires, et le Code Napoléon a pu paraître couvrir tout son siècle à lui seul. Le XX^e, toutefois, ne pourra se dispenser de produire plus d'arguments.

L'avenir du passé se prolonge dans le souvenir des générations qui suivent. Celles-ci se retournent vers lui et, le contemplant à distance, lui et son droit, les voient autrement — les comprennent mieux peut-être. La proximité pouvait embuer le regard des contemporains ; la familiarité qu'ils entretenaient avec ce passé qui était leur présent, nourrit contre eux-mêmes un soupçon de partialité. Si tant est qu'il existe une histoire scientifique, ce sera aux siècles à venir de la faire. Seulement, pour nous, c'est l'impasse : comment pourrions-nous naître de nouveau pour nous mettre à la place de nos arrière-neveux ? Il y faudra au moins un effort de futurologie — un effort mental, et à deux degrés, pour tenter de supputer ce que ces descendants inconnus, dans un environnement inédit, penseront un jour de leurs ancêtres que nous sommes. Le risque est que, *brevitatis causa*, nous préférions penser sur nous par nous-mêmes, nous livrant à une espèce de cure d'âme.

Nous nous retrouverons ainsi avec deux tests de mémoire collective devant nous, l'un pour la mémoire immédiate, l'autre pour la mémoire lointaine (plus ou moins lointaine), celui-ci se doublant d'un exercice de divination. N'étant escomptées de leur confrontation que des leçons très banales : qu'il est bien ardu de connaître le siècle que nous nous flattons d'avoir épousé (selon la formule d'épithalame des politiciens), et que, pour mieux le connaître, il n'est de meilleur moyen que de multiplier non pas les théories, mais les *points de vue*.

Le passé au présent

Beaucoup de phénomènes de mémoire sont observables et mesurables par des procédés psychotechniques. Mais, pour satisfaire à l'interrogation cruciale de notre test, l'introspection pouvait suffire, jointe à une expérience élémentaire des opinions. Que vous reste-t-il d'un siècle de droit, à l'instant d'en sortir ? Réponse : des impressions, des faits marquants, quelques miracles. On notera la gradation dans la force de frappe.

— *Des impressions*. La plus répandue touche le droit lui-même : c'est, vulgairement dit, qu'il y en a trop, que la saturation juridique est arrivée. La cause en est un phénomène de pouvoir, l'excès, l'inflation législative. L'effet se produit chez les sujets : c'est une dépréciation de la loi, une réaction de rejet de désobéissance.

La quantité impressionne, comme d'un déluge, mais aussi la rapidité, comme d'une télévision. Les lois bougent, et trop vite. Un mouvement, il est

vrai, peut s'y dessiner. Mais dans quel sens ? en 1946-1949, Roubier saluait le progrès du droit, qui se réalisait par toujours plus de justice et de sécurité, tandis que Ripert en déplorait le déclin, dont une manifestation criante était précisément l'insécurité juridique.

C'étaient des impressions à mi-siècle. On hésiterait aujourd'hui à dresser le bilan d'un siècle de droit. Un siècle de droit pour rien ? Il faudrait un millénaire de plus pour atteindre à un tel scepticisme. Une impression courante, même parmi les juristes, à plus forte raison hors de chez eux, est seulement que le droit a constamment été en retard — en retard sur tout, l'économie ou la médecine, les mœurs parisiennes ou les lois de l'étranger —, bref, en retard sur son propre siècle. Il se peut qu'être en retard pour retarder l'inévitable soit une fonction instinctive du droit : on n'aime guère se l'avouer, pourtant.

— *Des faits marquants.* Il y en a eu à foison. Mais la mémoire est sélective, soit qu'elle refoule le trop-plein dans l'oubli, soit qu'elle pousse en avant l'essentiel. L'individu a une mémoire qui est orientée par l'intérêt ou la passion, tel ce bailleur rancunier capable d'égrener toutes les lois de loyers, en y accolant les noms des ministres responsables. Cependant, c'est de mémoire collective qu'il s'agit : les pulsions y sont d'opinion publique, et il y a un style pour ce genre de test... « Si vous aviez à désigner les deux faits les plus importants dans le droit de ce siècle... »

Nous en aurions désigné deux, que nous étiquetons par à peu près : le principe social et le principe féminin — principes d'action, non pas lois particulières, tout au plus des nébuleuses de législation, de jurisprudence et de pratique.

Le principe social, c'est la dose de social, pas exactement de socialisme, qui a été infusée, tous partis confondus, dans les divers secteurs du droit — le droit des biens en premier, mais aussi celui des contrats et de la responsabilité (à travers l'assurance), voire le droit de la famille. Est-ce assez, toutefois, pour être social, que d'avoir secoué l'arbre de la propriété et d'y avoir fait des entailles ?

Le principe féminin, quant à lui, ne recevra que des hommages, et il n'a pas besoin de description. Il est partout. Il fait plus et mieux que des formules, accès, parité, égalité, et les postes qu'on lui attribue ou qu'il conquiert, la famille, les tribunaux, ne sont pas ceux qui ont le moins de conséquences.

Les deux principes ont des traits communs, sur lesquels il sied d'insister, car, par eux, ils se détachent vigoureusement de l'ensemble de notre siècle juridique. D'abord, ils ont été tous deux l'inversion diamétrale, révolutionnaire des positions que le Code civil avait consacrées, que son siècle avait appliquées : la propriété individualiste, la supériorité mâle. Et maintenant, c'est la même radicalité qu'à l'entrée : les deux principes paraissent irréversibles. Irréversibles, tout de même, métaphysiquement, est-ce une assertion bien sage ? Disons qu'ils ne seraient plus expugnables qu'au prix d'une révolution.

— *Quelques miracles.* On aurait pu préférer *merveilles du monde.* *Miracles,* néanmoins, ne manquait pas de pertinence, car il y a là des phénomènes exceptionnels, qui semblent rationnellement inexplicables. Nous enregistrons des résultats et en tirons profit, mais le mécanisme qui les a produits échappe à notre intelligence. Peu importe si l'incompréhension tient à notre faiblesse en mathématiques ou à notre ignorance en biologie : l'émerveillement n'en sera que plus vif.

Le droit commercial s'est toujours mis en vedette par sa capacité d'inventer, partant, de surprendre : ainsi, après la société à responsabilité limitée en 1924, l'entreprise unipersonnelle en 1985 — ou même, à rebours, pourquoi pas, par le droit pénal, l'abus et le recel d'abus de biens sociaux. Le droit financier (de la banque, de la Bourse), une de ses branches, a porté l'invention à un degré encore plus haut de sophistication. La dématérialisation des valeurs mobilières, la monnaie électronique, le MATIF, le LIBOR, c'est un monde abstrait de signes et de nombres, qui ne peut être appréhendé que par les initiés. De loin, le peuple admire que cela ait l'air de marcher, et il en crédite notre droit et son siècle.

En eux-mêmes, les prodiges de la génétique — l'insémination artificielle, les empreintes et à l'aventure les manipulations — n'auraient pas dû être moins étourdissants pour le grand public. Il les a assumés mieux, pourtant, ne les confondant ni avec les ordalies du Moyen Âge, ni avec la magie des charlatans, dont il sait décortiquer l'absurdité ; c'est qu'il avait confiance dans les sciences de laboratoire. La défiance n'a reparu chez certains que par la morale, la peur des monstres, l'inquiétude devant des excès déshumanisants. Mais pourquoi ce siècle et son droit auraient-ils le privilège de n'avoir jamais éprouvé de tristesse ?*

Le passé au futur

Voici venu l'embaras d'avoir deux histoires pour une : pour ce même XX^e siècle deux histoires du droit — l'une qui tant mal que bien vient d'être écrite, l'autre qui est attendue d'un historien à venir. Quand viendra-t-il ? Probable que le premier historien ne se choisira pas un second trop proche : il craindrait trop d'être démenti de son vivant. Ni trop lointain non plus, car il

* Qu'il me soit permis de faire halte à ce carrefour où je croise celui à qui les présentes pages sont dédiées. Les merveilles du droit lui sont familières. Il a, pour diversifier la sociologie, lancé hardiment des arches en direction du droit des affaires, il n'a point reculé devant les énigmes de l'enfant de l'esclave. Et les souvenirs d'affluer : l'heureuse période consulaire, les combats menés par lui en défense du « nouveau » droit de la famille, le Laboratoire par lui reconstruit... Que sais-je de son droit civil ? Qu'un jour, invité à parler à son auditoire dans le grand amphithéâtre d'Assas, sur cette houle de jeunesse ardente, j'ai senti comme par réfraction la force de son enseignement.

s'en voudrait de tenter l'infini. Par adoption d'un juste milieu, le second historien et son équipe sont censés s'être mis au travail aux environs de 2100.

C'est un problème que de leur imaginer une méthode. La plus fréquente, la plus simple, Tarde l'a dit, c'est l'imitation. On se saisit des données que l'histoire n° 1 avait laissées vacantes et on les transpose dans l'histoire n° 2, non pas pour en rajeunir l'écriture, mais pour en réexaminer le fond. Le réexamen conduit à corriger, réviser. Dépouillé d'un contexte sulfureux, il y a un certain révisionnisme qui est l'ABC de toute recherche. Il se justifie objectivement par la découverte de sources nouvelles (les archives accessibles, les confidences exhumées) et subjectivement par le loisir d'être plus minutieux. Vous racontiez, il y a cent ans, que l'inflation législative rendait la vie intenable aux juristes. Je vous prouverai, par l'étude de leur longévité et la courbe du développement de l'informatique, que vous avez beaucoup exagéré. Applaudissons : nous savons bien que, pour faire carrière de chercheur, il faut avoir accompli quelque prouesse de *dépoussiérage*. Mais c'est un peu l'image de Lilliput titillant Gulliver. Cela demeure très à la surface.

L'ébauche peut être proposée d'une méthode différente. Faisons le pari qu'il n'est guère de siècle (depuis qu'il y en a) qui ait été exempt de drames, de sinistres massifs, porteurs d'une charge d'émotion collective. Il serait étrange que de tels accidents n'aient pas retenti, d'une manière quelconque, sur le droit qui était à leur entour. Ils explosent, et l'on voit s'élever des nuages de lois ou de fumées. Il est raisonnable d'avancer l'hypothèse que plus le drame a été violent, plus intensément il s'est inscrit dans la mémoire juridique. Le XVIII^e siècle, à ses deux bouts, a connu le Système de Law et la Révolution. Le premier épisode a eu une portée considérable, car il a fait pénétrer la société par actions dans la culture juridique des Français ; on le jugera, néanmoins, futile au regard des massacres de Septembre, qui ont laissé derrière eux, en une double traînée de lois, le mariage civil et l'institution du divorce. C'est un peu en ce sens que Fernand Braudel, après avoir éliminé l'événementiel, le politique au quotidien, etc., parlait suggestivement de l'*histoire lourde*.

J'ai entendu en ce siècle trois explosions.

— Elle a d'abord été nommée la *Grande Guerre*, puis la *Première Guerre mondiale* ; enfin, sa dimension sans égale a été reconnue : c'est la *Très Grande Guerre*. Plus profondément, Golo Mann (historien sévère, un des fils de Thomas) avait évoqué la *Mutter-Katastrophe*, l'effroyable Gigogne du ventre de qui le reste est sorti, inexorablement.

Ce qui est plus fuyant, c'est de comprendre comment la catastrophe et le droit se sont articulés. Ce n'est pas tellement que la guerre ait été productrice de droit. Elle en a certes produit, lois de circonstance, sans envergure. Mais là n'a pas été son effet majeur. Il convient plutôt de se reporter, paradoxalement, aux quinze années précédentes, qui avaient semblé faire corps avec le XIX^e siècle finissant. Quinze années de paix (la paix n'étant souvent qu'un

effort désespéré pour écarter de soi la guerre) — quinze années de paix très bourgeoise, se prêtant aisément à la caricature. Elles avaient été, pourtant, ponctuées de lois significatives : la loi Waldeck-Rousseau de 1901, créant la liberté d'association, la loi du 13 juillet 1907, instituant le libre salaire de la femme mariée, la loi Rabier du 17 mars 1905, interdisant les clauses de non-responsabilité dans les transports terrestres et délivrant ainsi les usagers d'une domination des grandes compagnies de chemin de fer, ces féodalités de l'époque. Il y avait des symboles sous cette prose législative.

Entre les deux guerres, j'ai été frappé d'entendre Carl-Jacob Burckhardt, philosophe de l'histoire, mais diplomate international aussi, soutenir, avec la lucidité d'un neutre, la thèse qu'au début du siècle tous les droits de l'Europe occidentale recélaient en eux un potentiel immense de liberté tranquille et que cette virtualité avait été brisée net par le fatal été de 1914. Plutôt que de ressasser le nostalgique « Rien ne sera plus comme avant », il eût fallu dire : « Le droit a perdu une chance, comment la lui faire retrouver ? »

— Mais une seconde guerre est venue, grande encore, et mondiale. Elle présente deux faces, l'une dérisoire, l'autre tragique.

La face dérisoire, c'est le régime de Vichy, avec l'ambiguïté juridique dont, même à l'état posthume, il ne s'est pas débarrassé. Les lois de l'inter-règne auraient pu avoir l'avenir, purement historique, d'un passé qui n'aurait pas existé. Mais cela même eût été faux pour partie, car nombre d'entre elles, nous le savons, ont conservé leur validité jusqu'à nous. Pas plus que les diplômés des années noires n'ont cru devoir par scrupule restituer leurs diplômes, notre système juridique n'a éjecté de son sein, au motif de leur origine suspecte, des inventions de Vichy, telles que les préfectures de région ou l'incrimination de la non-assistance à personne en danger.

La face tragique, c'est l'holocauste. Par réaction, il a déterminé dans la législation une condamnation de toute discrimination, une répression des pratiques discriminatoires. C'est une sécularisation bien réductrice, pour un fait historique qui ne se laisse pas abstraire de la religion. Israël a raison de mettre l'accent sur l'unicité de la *Shoah* dans la continuité d'une élection, et l'un des effets les plus remarquables de la tragédie aura été de rendre le souvenir de l'Ancien Testament invisiblement présent à l'arrière-fond de tous les systèmes juridiques.

— Mon troisième tremblement de terre (il est habituel de leur apposer des noms) s'appelle *Europe*. C'est un drame, bien qu'il ne soit pas sanglant. C'est aussi une explosion, de gravité variable : la nation exploserait pour se fondre dans un État fédéral ; ou, plus modérément, la souveraineté législative explose pour se partager avec d'autres. Le droit communautaire, par sa seule existence, atteste l'explosion du droit national.

Sur un point capital, cependant, le cas de l'Europe se sépare des deux qui ont précédé : s'il a ses racines dans des traités — Rome, Maastricht, Amsterdam — qui participaient de ce siècle et de son droit, il continue au-

delà, se préparant à enjamber le millénaire. L'Europe, c'est le roman inachevé sur lequel des équipes successives vont poursuivre le travail, comme dans le mythe de Ronald Dworkin.

Chez Dworkin, les romanciers-juristes n'ont pas le droit de s'écarter du projet dans lequel ils se trouvent insérés. Semblablement, on dira que l'épilogue du roman de l'Europe est déjà programmé *ne varietur*. Mais des juristes-esclaves, est-ce concevable ? La liberté est affaire d'énergie*.

* À vous et à vos amis la suite que j'ignore, cher François, professeur d'énergie.

Chapitre III

ÊTRE OU NE PAS ÊTRE SUR LES TRACES DU NON-SUJET DE DROIT*

Si l'expression est inédite, son mode de formation ne l'est pas. Le Code civil connaissait le non-usage des servitudes, et nous sommes habitués à la non-représentation d'enfant. Il est vrai que l'expression « non-sujet de droit » a pu venir plus promptement à l'esprit parce qu'elle évoquait cette notion du non-droit qui aujourd'hui court les rues (1). Cependant, bien qu'il puisse se produire à un moment donné des convergences entre les deux idées, il vaut mieux poser au départ que le non-sujet de droit n'est pas un sujet de non-droit, il a sa place dans le système juridique. C'est à l'intérieur de ce système que le concept de sujet de droit a opéré sa propre inversion.

Ce n'est pas que des exemples puisés hors du droit ne puissent aider à se former une première impression de ce que pourrait être le non-sujet de droit. Dans un roman de 1989 publié en R.D.A., *Cornelia Coethe*, l'auteur, Sigrid Damm, décrit ce que fut l'existence, brève d'ailleurs, de Cornelia, écrasée par l'ombre du surhomme qu'était son frère. Ce fut, dit la romancière, une non-vie, *Unleben*, ce qui ne l'empêche pas de tirer de cette non-vie 270 pages. En Angleterre a été analysée la situation psychologique des spectateurs des médias : devant les vedettes « qui font l'événement », devant « tous ces gens qui comptent », ils se sentent réduits à n'être plus que des *non-entités*. D'une

* Il fut une époque, pas très lointaine, où la philosophie dénonçait les illusions d'une subjectivité métaphysique et, dans la mouvance de Nietzsche, prophétisait la mort de l'homme en tant que sujet. Depuis lors, le pendule a oscillé, et les philosophes ont redécouvert, sinon le sujet, du moins l'intérêt de se lancer à sa recherche (v. par exemple, *Penser le sujet aujourd'hui*, sous la direction d'Élisabeth Guibert-Sledziewski et J. Louis Vieillard-Baron, 1988). La philosophie du droit, toujours un peu caméléonne, a entrepris une enquête analogue sur son sujet à elle, bien à elle, le sujet qu'elle éduque, le sujet de droit. De là, publié en 1989, tout un volume des *Archives de philosophie du droit*, auquel a été emprunté cet article. Il était apparu, en effet, aux éditeurs qu'en marge du sujet de droit il serait utile de placer son négatif à titre d'hypothèse. L'intention n'était pas de simuler un retour à la période antérieure, mais de mieux faire sentir la fragilité du sujet de droit lui-même et en conséquence, sans doute, la nécessité de le défendre.

(1) Cf. *supra* p. 25 et s.

enquête menée sur les relations des chauffeurs de taxi avec leurs clients, la réponse de l'un d'eux se détache : les clients ? ils racontent entre eux leurs histoires comme si je n'étais pas là ; ils se querellent même dans mon dos ; je suis pour eux une *non-personne*. Les spécialistes de la victimologie comprendront qu'inconsciemment les chauffeurs de taxi attendent le coup de revolver qui les fera monter au rang de personnes, d'autant plus personnes que la sacoche de la recette est sur eux. Il y a là, en dehors du droit, un mécanisme très général, de psychologie interindividuelle ou sociale. Un aphorisme de Sartre, les théories d'Erwin Goffman l'ont mis en lumière : c'est l'autre, la pression, le regard, la simple présence de l'autre, qui refoule, enferme le sujet dans la conscience de son étrangeté et en fait un non-sujet. Mais le droit est notre témoin, et il nous faut tenter d'y transporter ces recherches. Or, nous pouvons conjecturer qu'amateur de classements comme il est, le droit attachera sa curiosité moins au processus qui fait les non-sujets qu'à la catégorie qui en est l'aboutissement : que sont donc, qui sont donc ces non-sujets de droit ?

Le non-sujet de droit s'obtenant, semble-t-il, en faisant pivoter sur elle-même une notion déjà reçue dans le vocabulaire juridique, celle du sujet de droit, il serait logique de partir de celle-ci. Seulement elle-même recèle tant de fragilités, d'obscurités : est-il possible de pivoter sur des nuages ?

Première difficulté : la notion du sujet de droit recèle une ambiguïté qui tient à la dualité du mot *droit* lui-même, droit objectif ou droit subjectif ? Le sujet de droit pourrait bien être compris comme celui qui est assujéti au droit objectif, sujet de droit alors comme on parle d'État de droit. Plus couramment, toutefois, le sujet de droit est conçu comme un support, *Träger* d'un droit subjectif, mieux d'un agrégat de droits subjectifs. À la vérité, les deux conceptions, plutôt qu'opposées, apparaissent comme complémentaires, pour peu qu'on affine la conception subjective, car les droits subjectifs sont rarement séparables d'obligations, si bien que le sujet de droits subjectivement conçus est autant sujet passif que sujet actif. Peut-il n'être pas à tout le moins support d'une responsabilité afférente à l'exercice de ses droits ? Mais, par là même, il révèle son assujettissement au droit objectif.

Poussant l'analyse dans une direction différente, on pourrait mettre en avant l'hypothèse que le sujet de droit, plutôt qu'un réceptacle de droits acquis, est dynamiquement émetteur et récepteur d'actes et de faits juridiques. Sous un autre angle de vision, procédural, mais traduisant encore mieux la force dynamique du droit, on dira que le sujet de droit est avant tout un sujet, un titulaire d'actions en justice. C'est peut-être la lance au poing *in sago*, non pas *in toga*, que caracolent les sujets de droit les plus authentiques.

Une seconde difficulté tient à la dualité de vocables dans le vocabulaire juridique : sujet de droit et personne. Personne, ce mot si merveilleux de notre langue qui dit tout et son contraire. Qui est là ? une personne, personne. La notion de personne a pour elle d'avoir été forgée par le droit romain et consacrée par le Code civil. La notion de sujet de droit, au contraire, est récente,

doctrinale, et après tout les auteurs sont bien libres de la modeler à leur gré. Or, il est des auteurs qui font la distinction entre sujet de droit et personne, apercevant un plus dans celle-ci. Mais quel plus ? Les uns disent la plénitude : la personne aurait vocation à la totalité des droits, tandis que le sujet de droit pourrait n'être sujet que de certains droits. D'autres préfèrent dire la continuité : la personne serait constamment présente, tandis que le sujet de droit ne se manifesterait qu'au cas par cas.

Dernière difficulté, les personnes morales : qu'allons-nous en faire ? Certains leur reconnaîtraient la qualité de sujets de droits, des droits collectifs appelant nécessairement un support, mais non point, malgré l'appellation usuelle, le titre, trop beau pour elles, de personne, qui serait un privilège de la personne physique. Ce serait, cependant, revenir à la fameuse théorie de la fiction, rouvrir ainsi les controverses inépuisables sur la nature de la personnalité morale. Puisque nous avons admis une équivalence entre sujet de droit et personne, il va de soi que la personne morale sera, pour nous, *a priori*, un sujet de droit ; et elle nous accompagnera dans notre recherche, — un embarras peut-être, mais aussi un révélateur.

Ayant ainsi simplifié à coups de serpe la notion de sujet de droit, nous allons opérer sur elle le retournement qui pourra faire apparaître le non-sujet.

Le non-sujet de droit, c'est l'être, la chose au sens le plus vague de ces termes, qui n'est titulaire ni de droits, ni d'obligations, qui n'est pas assujéti au droit subjectif, qui n'a pas de personnalité, etc. On peut varier les formules négatives, mais il importe d'être en garde contre une négativité sans rivages. Tout ce qui n'est pas sujet de droit, n'est pas non-sujet de droit (de même que tout ce qui n'est pas droit n'est pas non-droit), une limitation rationnelle est indispensable. Sinon tout serait non-sujet de droit, jusqu'aux étoiles. Il n'est de non-sujets de droit que ceux qui avaient vocation théorique à être sujets de droit, et qui sont empêchés de l'être. L'essentiel est dans un mouvement de rejet ou d'inhibition.

I.

S'il existe quelque part des non-sujets de droit, la première urgence est de partir à leur recherche et d'en rapporter des spécimens. Nos spécimens sont extraits du vaste champ du droit, mais d'un champ qui ne se bornera pas au droit français de l'an 2000 et s'élargira même en une sorte de champ historique et philosophique. Tout inventaire risque de distiller un ennui notarial. C'est, cependant, un acte nécessaire, voire utile s'il permet un classement, une typologie, une gradation.

Nous disons bien : une gradation. On s'attendrait à ce que la notion de non-sujet de droit fût toute d'une pièce : si ce n'est pas non, c'est oui. Mais le droit n'est pas aussi abrupt. C'est qu'il n'a pas affaire directement au sujet, il ne le

saisit qu'à travers un concept, celui de personnalité, et comme tous les concepts, celui-ci est malléable, susceptible de plus ou de moins. La personnalité est juridiquement divisible.

La personnalité peut justement servir de clé pour découvrir et classer les non-sujets de droit.

► LES NON-SUJETS DE DROIT RÉVÉLÉS PAR L'ANALYSE DE LA PERSONNALITÉ

Si nous considérons le sujet de droit dans sa plénitude, nous le voyons revêtu de deux attributs : capacité et identité. Leur défaut, total ou partiel, fera des non-sujets de droit : les incapables et les indiscernables sont des non-sujets de droit.

1) *Les incapables*

Une condition imparfaitement réalisée de non-sujet de droit (où l'on pourrait voir, à l'inverse, un sujet de droit à l'état imparfait, bouteille à demi pleine, à demi vide) se retrouve souvent dissimulée sous les incapacités. Passons sur les incapacités de jouissance, qui sont rares, mais même des incapacités d'exercice, celle des mineurs, celle des aliénés en tutelle, peuvent être conçues comme des situations de non-sujets de droit.

On se récriera : ce sont des situations toutes différentes d'une absence de personnalité ; sur la tête de l'incapable reposent des droits subjectifs. Cependant, dans cette personnalité, gît une faille, un manque. Il a été jugé qu'il pouvait y avoir vol dans l'appréhension d'un objet mobilier qui avait été donné à l'inculpé par un jeune enfant. Pourquoi ? La prétendue donation était inexistante parce qu'elle émanait d'une non-personne. Quand un dommage est causé par un *infans*, quand un crime est commis par un dément, l'acte se réduit, selon la loi, à une matérialité. C'est comme s'il n'y avait personne. Le non-sujet de droit n'a pas moins de relief pour se trahir ici sous sa face passive : il est non-sujet d'obligation, de l'obligation de réparer ou d'expier.

La plasticité du droit joue plus librement dans l'univers des personnes morales. Les associations simplement déclarées ont, selon une expression parlante, une *petite personnalité*, parce qu'elles ont une capacité moindre, parce qu'une limitation est apportée par la loi à l'accumulation des droits subjectifs en leur personne.

2) *Les indiscernables*

Apposons cette étiquette philosophique sur tous les cas où des individus se fondent dans une masse. Ils ne peuvent, faute d'identité, être porteurs de droits *individuels*. Ce sont, dès lors, des non-sujets de droit. Ce qui advient chaque

fois que l'individu est privé de l'un de ces signes de la personnalité dont le droit se sert comme de procédés d'individualisation.

Le parfait sujet de droit a un domicile et n'en disparaît pas. Le *vagus*, le vagabond n'est-il pas partiellement un non-sujet de droit ? L'absence de domicile connu n'est qu'une hypothèse procédurale, mais elle est suggestive : le prétendu sujet de droit ne peut plus être atteint, en droit, par la justice ; il s'est évanoui dans la nature. Et l'absent ? Il n'est ni vivant, ni mort : le sujet de droit dont l'existence est en doute est un douteux sujet de droit.

L'état-civil insère le sujet dans une généalogie. S'il n'était là, les droits objectifs n'auraient devant eux qu'une poussière d'atomes sans racines, ni liens. L'enfant adultérin avant 1972 était sujet de droit, de certains droits, mais pas de droits familiaux. On le disait *paria* : ne fallait-il pas entendre, sous cet hindouisme de pacotille, que c'était, pour l'essentiel, un non-sujet de droit ?

L'état-civil confère nom et prénoms : être appelé par son nom, c'est déjà se sentir sujet de droit. Sans le nom, comment les droits subjectifs repèreraient-ils leurs titulaires ? Même l'enfant trouvé recevra un nom, mais tant qu'il ne l'a pas reçu n'est-il pas comme une épave, un non-sujet de droit ?

S'il n'est point d'anonymat de naissance, il n'est pas interdit de rester dans l'anonymat pour un temps. Cet anonymat d'attitude ne paralyse pas la qualité de sujet de droit. Il est des multitudes de contrats qui se nouent avec des inconnus, avec des indiscernables. Mais il en est d'autres, parce qu'ils supposent une suite, un crédit, qui ne peuvent se former avec des anonymes. L'individu sans identité prouvée est, dans cette mesure, un non-sujet de droit.

Différente est la position du droit pénal : il admet les plaintes contre inconnu, la poursuite contre X. Il a même été jugé qu'une condamnation correctionnelle pouvait être prononcée contre un individu non identifié, quoique présent, et exécutée par lui. C'est que cette non-identification n'empêche pas qu'il y ait toujours un homme, un corps vivant, et cette réalité physique suffit au droit pénal pour lui donner le sujet de droit dont il a besoin pour punir. Disons plutôt : dont il se contentait au début du siècle. Car, de nos jours, ce serait la déroute de nos dossiers de personnalité. Et les criminalistes estimeraient bien archaïque ce retour de l'Homme au masque de fer.

Il y eu des époques où l'usage du masque — au XVIII^e siècle un simple loup — fut la mode d'une classe huppée. Nous pouvons y sentir une sorte de repli, de fuite dans la condition de non-sujet de droit. Des docteurs germaniques s'étaient demandé si l'on pouvait être lié par la promesse faite à un masque. En 1989, la R.F.A., en 1998 le canton de Zurich ont légiféré pour interdire, dans les manifestations, le port de masques ou de cagoules : si les manifestants manifestent, que ce soit comme sujets de droit. Sous le masque, pourtant, il y a toujours un homme, et même s'il doit être non-sujet du droit de manifester, il restera sujet de beaucoup d'autres droits (et obligations, y compris l'obligation de subir une peine pour manifestation illicite).

► **LES NON-SUJETS DE DROIT RÉVÉLÉS
PAR L'ANTITHÈSE DE LA CHOSE À LA PERSONNE**

C'est l'antithèse absolue. Mais un double mouvement réducteur est perceptible : il est des choses qui tendent à la personnalité, des personnes qui sont réduites au rang de choses. Des non-sujets de droit ne vont-ils pas être semés en chemin ?

1) *Personnification des choses* (2)

Masses de biens des fondations ou sociétés de capitaux, l'intention du droit moderne est de les faire ressembler le plus possible aux personnes physiques. Cependant, leur néant biologique y résiste parfois, et il est remarquable que le refus le plus clair de la qualité de sujet de droit ait été formulé par la loi à propos d'une catégorie de personnes morales : « la société en participation, est-il écrit dans l'article 1871 du Code civil (rédaction de 1978), n'est pas une personne morale ». Consécration légale : on peut donc être un non-sujet de droit.

La chose isolément considérée paraît, en certains cas, aspirer à devenir personne ; si elle y réussissait, toutefois, ce ne serait jamais, peut-on présumer, que partiellement, et dès lors, en inversant, on pourrait penser que, partiellement, il reste en elle un non-sujet droit. Mais n'est-ce pas illusion ? Ainsi, l'interprétation de l'article 1384, al. 1^{er}, a fait surgir une théorie bien connue, du fait de la chose, mais la chose, dans cette théorie, n'est qu'un intermédiaire entre une personne et le droit. Semblablement, en face des innombrables distributeurs automatiques, l'usager peut avoir l'impression de contracter avec un être capable de lui répondre raisonnablement — bref, avec un sujet de droit ; mais, en réalité, il contracte avec la volonté humaine qui a programmé la machine. Il est de bonne poésie que les poètes prêtent aux choses une âme : Hugo a personnifié Notre-Dame de Paris, et Mistral le fleuve Rhône, mais c'était sans conséquence juridique. Aujourd'hui, au contraire, l'écologie cherche à faire sortir la nature, pour mieux la défendre, de son état de non-sujet de droit. Peter Saladin, professeur de droit public à Berne, avait préconisé de reconnaître formellement la nature comme sujet de droit, d'un droit à l'existence et à la vie.

D'être des choses animées, les animaux tirent une position plus facilement assimilatrice. La catégorie, néanmoins, est pullulante et extrêmement hétéroclite. C'est seulement une aristocratie parmi eux qui peut compter sur l'appui d'amis efficaces. Leur statut, en droit, se partage entre deux pôles. La tradition, le Code Napoléon jettent sur l'animal un manteau réificateur : l'animal est un bien, donc objet, non-sujet de droit. Mais, à notre époque, une revendi-

(2) Cf. Caroline CHABAULT, *La distinction entre les choses et les personnes*, Thèse droit, La Rochelle, 1998. V. aussi, *infra*, *Métaphysique des biens*, p. 362.

cation personnificatrice a éclaté, une déclaration des droits de l'animal a été publiée, qui tend à la reconnaissance d'une personnalité animale. Une loi du 6 janvier 1999 a retouché le Code (ord. 524, 528) pour imposer aux personnes l'illusion que les animaux ne sont ni des objets ni des corps. Plus solennellement, la loi du 10 juillet 1976 déclare protéger l'animal comme être sensible. C'est l'élever d'un degré, sinon le faire sortir absolument de la condition de chose, de non-sujet de droit.

2) Réification des personnes

C'était une vieille formule toute faite qui opposait les bêtes et les chrétiens, disons les bêtes et les hommes. L'homme apparaît comme le sujet de droit par excellence, voire par définition. Du même coup, il paraît y avoir une impossibilité conceptuelle à supposer que l'homme soit un non-sujet de droit. Pourtant, à cette impossibilité d'une réification de l'homme, l'institution de l'esclavage apporte un démenti historique. Parce qu'il est objet de droit, d'un droit de propriété, l'esclave est non-sujet de droit. L'axiome du droit romain l'exprimait lumineusement : *servi pro nutlis habentur*. Dans la pureté des principes — peu importe la suite — ils n'étaient rien.

À l'esclavage techniquement conçu les contestations politiques et sociales qui sifflent à nos oreilles comparent bien d'autres situations, dénoncées comme les formes d'esclavage des sociétés libérales. Pour plus d'une féministe et même pour plus d'une femme, la femme mariée, surtout la femme au foyer, est une esclave, à tout le moins une *ancilla* (volontaire, sans doute, mais l'amour est-il volonté ?). Esclaves aussi, dans la vision marxiste, le salarié, le prolétaire. Et l'on n'a pas bonne mine en répondant que le salarié a tout de même droit à son salaire, le prolétaire le droit de faire des enfants : il est aisé de rétorquer qu'ils sont non-sujets de beaucoup d'autres droits, en tout cas, du droit à la propriété d'un capital.

Mais bien d'autres voix contestataires se font entendre, chacune revendiquant pour le non-sujet de droit qui lui tient à cœur : le colonisé (*sujet* français, pourtant, le nommait-on, mais non pas citoyen), l'immigré, l'étranger, le prisonnier (jadis, *servus poenae*), le soldat, le clochard... Au fond de l'abîme, on trouvera l'*under-dog* des Américains, l'*Untermensch* des nazis — le même mot pouvant être prononcé avec des accents contraires, tantôt mépris insondable, tantôt indignation qui appelle à la révolte.

Seulement, il est visible que l'on manie, en pareille occurrence, de simples analogies, que la discussion est déplacée, quitte le droit pour le terrain des faits. C'est de la même manière qu'il est classique d'opposer la réalité des inégalités de fait à la vanité de l'égalité de droit. Controverses sans issue, parce que, de part et d'autre, on n'y parle pas de la même chose. Même dans la condition la plus misérable, le sujet de droit est un possible que le fait ne détruit pas. Ou — pour argumenter sur un exemple moins tragique — voyez ces gens qu'un préfet autoritaire considère de haut en bas comme ses *adminis-*

trés, troupeau-objet : chacun porte en lui, pourtant, la virtualité d'un recours pour excès de pouvoir.

► LES NON-SUJETS DE DROIT RÉVÉLÉS PAR LA RELATION DE LA PERSONNE À LA VIE

L'existence biologique de l'homme fondant de la façon la plus évidente la qualité de sujet de droit, aucune place ne paraît être laissée dans la vie humaine pour un non-sujet droit. Mais la vie humaine, qu'est-ce à dire ? Un intervalle entre la naissance et la mort. Des questions, précisément, ont surgi, parce qu'il existe un au-delà du second terme, un en-deçà du premier.

Au-delà de sa mort, le vivant pense à sa descendance. Si elle est présente, en chair et os, devant lui, rien de plus simple : un sujet de droit va s'adresser à d'autres sujets de droit. Mais il peut rêver d'enfants qui sont encore à naître : pour lui des êtres fantomatiques, sans visage, non pas sans droits, pourtant. Les enfants à naître, personnes futures (le droit dit bien *personnes*) peuvent être des sujets de droit : ainsi dans l'assurance en cas de décès (article 132-8 Code des assurances), dans la donation par contrat de mariage (article 1082 Code civil), ce sont des non-sujets de droit tant qu'ils n'ont pas reçu de droits, mais ils deviennent sujets de droit avant même d'exister, dès qu'ils ont reçu des droits. Le droit subjectif crée ici son propre sujet.

À l'autre extrême, qu'en est-il du mort lui-même ? Les morts, avait écrit Planiol, ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien. La phrase parut à Ripert si atroce qu'il la supprima, lorsqu'il réédita Planiol. Le droit a inventé des fictions consolatrices. L'atteinte à la mémoire des morts peut être poursuivie à l'instar d'une diffamation ou injure : mais, à la vérité, ce ne sont pas les morts qui sont, en l'espèce, sujets de droit, ce sont leurs héritiers. Et puis, il y a le testament : le mort n'est plus tout à fait un non-sujet de droit, puisque sa volonté s'impose ; il n'est plus tout à fait un sujet de droit, puisqu'il ne peut plus la modifier.

La médecine contemporaine a fait surgir la possibilité, entre la vie et la mort, d'un état indéfini, qui est d'une toute autre nature : l'état de coma dépassé. Ce mort vivant est encore personne, déjà cadavre ? sujet ou non-sujet de droit ? L'enjeu, ce sont les prélèvements d'organes, les expérimentations qu'une science, présumée bienfaisante, demande à pratiquer sur les corps parvenus à ce stade ultime ou plus qu'ultime de l'existence. Après des essais partiels sont venues les deux grandes lois de bioéthique, les lois du 29 juillet 1994 (mais elles sont promises à révision). La politique législative tend à la conciliation : les brides ne sont lâchées à la science qu'avec des précautions propres à tranquilliser moralement les familles, c'est-à-dire les vivants. À cet endroit, on ne manque pas de s'étonner que, dans notre droit positif, l'instant précis de la mort soit réglé sans solennité par un décret, voire pendant longtemps une simple circulaire : du sujet au non-sujet de droit, la cloi-

son a l'air de n'être que d'un papier à cigarette. Beaucoup redoutent les débordements d'un impérialisme scientifique. Il en est même qui, procédant d'une conception religieuse, mystique, tiennent que, lorsque le sujet de droit s'éteint, le cadavre qu'il laisse derrière lui est encore, à sa manière, un autre sujet de droit, devant lequel le scalpel médical devrait s'arrêter comme s'il allait profaner un temple. Mais aurait-il fallu retarder indéfiniment la *Leçon d'anatomie* ?

En-deçà de la naissance, la maxime *Infans conceptus...*, littéralement appliquée, semblerait devoir dissiper toute incertitude : *pro nato habetur*, nous avons un sujet de droit. Telle n'était point, pourtant, l'interprétation dominante au siècle dernier : si le Code civil, dans son article 725, déclarait l'enfant conçu capable de succéder sous la condition de naître viable, c'était par pure fiction, la fiction relative à la qualité de sujet de droit prenant appui sur une autre fiction, la rétroactivité de la condition. En droit pénal, semblablement, la jurisprudence, qui se référait à la théorie médicale de l'époque, la théorie des môles, considérait que le fœtus, dans les premiers mois de la grossesse, n'ayant pas les organisations, les formes d'un être humain, devait être traité comme un produit innommé, non comme une personne.

Depuis les années 1980, la question a été relancée par les progrès de la biologie. Celle-ci enseigne que, dès l'instant de la conception, il y a vie, et elle montre l'*homunculus* en devenir. Des thèses réputées conservatrices ont pu ainsi se donner paradoxalement comme allié le dernier cri de la science. Au nom de la science, une condamnation humaniste a pu être portée : *de lege lata* sur l'interruption volontaire de grossesse, *de lege ferenda* sur les manipulations génétiques. La division des esprits est passionnelle (3). Si les uns ne veulent voir dans l'embryon jusqu'à la naissance qu'une *pars viscerum matris*, donc, faute d'autonomie, une non-personne, les autres le tiennent pour un sujet de droit déjà constitué, et réclament des législateurs un statut qui proclamerait sa personnalité et la protégerait dès la conception. Une position intermédiaire a reçu l'aval du Comité national d'éthique : l'embryon, déclare-t-il, est une personne virtuelle, potentielle. Philosophiquement, on traduit : il est un possible, et les possibles tendent à l'existence. Mais le droit est-il gardien de tous les possibles ? Leur nombre est infini, leur multitude les rend indiscernables.

Il est remarquable que la notion de non-sujet de droit ait atteint son expression la plus forte à travers ces nouveautés de la biologie qui ont été l'occasion, pour d'autres, de nier le plus âprement sa négation. Comme si le non-sujet ne pouvait prendre forme qu'en tension avec le sujet dont il est l'ombre. Le fait est que parler de non-sujet de droit n'a de sens que si l'on pense ce non-sujet en conjonction avec le sujet qu'il voudrait être ou qu'il regrette de n'être plus.

(3) Cf. P. RAYMOND, D. 88, chr. 109 ; Mémeteau, D. 94, chr. 355 ; B. FEUILLET, Le Mentier (dir.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, 1996 ; J.-F. NIORT, L'embryon et le droit : un statut impossible ?, *R.R.J.*, 1998 (2), 459.

On n'aurait pas évoqué un non-sujet de droit à propos du coma dépassé si le vide laissé par le gisant n'avait fait sentir qu'il avait eu une présence. On n'aurait pas eu l'idée de traiter l'embryon en non-sujet de droit s'il n'avait été d'abord escompté comme l'espérance d'un sujet.

Et à l'inverse, il arrive que le désespoir qui, à tort ou à raison, imprègne une naissance – la naissance de l'enfant handicapé, rétroagisse sur l'image que les tribunaux se font de l'embryon. Car la pratique de l'I.V.G. a fait surgir un contentieux des opérations manquées, ou qui n'ont pas eu lieu alors qu'elles étaient possibles. S'il y a eu faute des médecins, les parents peuvent obtenir réparation des lourdes charges qui ont été la conséquence de la naissance sous handicap. Mais la Cour de cassation a recouru à l'enfant handicapé lui-même un droit propre à être indemnisé (4), ce qui a soulevé de redoutables interrogations philosophiques. reconnaître que l'enfant subit un préjudice, n'est-ce pas admettre avec la mort ou l'anéantissement en une I.V.G. réussie était préférable pour lui à une vie diminuée, et implicitement qu'il est des vies qui ne valent pas d'être vécues ? Mais, avant même que l'on ait eu le temps d'aborder la question de fond, on était dans l'impasse d'une question de procédure, de procédure métaphysique : l'enfant, en demandant réparation du dommage, affirme son droit à être, et il ne justifiera du dommage qu'en affirmant son droit à ne pas être. Du sujet au non-sujet, déroute des concepts.

II.

Ce serait une entreprise téméraire que de prétendre construire une théorie qui serait la synthèse parfaite d'exemples aussi disparates. Mais l'effort de théorie peut sembler raisonnable s'il se limite à être un effort de clarification. A cette clarification peut contribuer le recours successif à deux points de vue, l'observateur se plaçant du côté des présumés non-sujets de droit, avant de se rendre en face, du côté du système juridique qui a fait d'eux des non-sujets.

a) Serait-il possible de tracer les linéaments d'une *condition juridique* du non-sujet de droit ? L'énoncé, d'emblée, avoue une contradiction : l'hypothétique individu serait en même temps hors du droit et dans le juridique. Mais ce n'est, à la vérité, que le reflet de l'ambiguïté inhérente à la notion de droit : le non-sujet de droit, non-sujet parce qu'il est privé de droits subjectifs, est néanmoins sujet parce qu'il est assujéti au droit objectif.

(4) Ass. plénière, 17 nov. 2000, arrêt devenu trop célèbre sous le nom des parents, mais qu'il vaudrait mieux désigner du prénom de l'enfant, *Nicolas X*, D. 2001, 316, concl. Sainte-Rose, *J.C.P.* 2000, 2, 10438, rapport Sargos (cf. *supra*, p. 99). Les commentaires ont été abondants, divisés selon le clivage contre ou pour l'I.V.G. L'affaire aurait dû, au départ, être orientée différemment vers une indemnisation supplémentaire des parents, afin qu'ils puissent préparer l'avenir de l'enfant (a. 213) en leur constituant un capital en fiducie (a. 294).

b) Existe-t-il des *institutions juridiques* qui soient créatrices de non-sujets de droit ? Cette fois, pas de contradiction : le droit objectif reste dans sa fonction de droit en expulsant du droit l'hypothétique individu ou en lui interdisant d'y entrer.

► LA CONDITION JURIDIQUE DU NON-SUJET DE DROIT

Un préalable de méthode mérite une halte brève : que savons-nous, nous les sujets de droit, de la condition des non-sujets ? La vision que nous en avons est ethnocentrique : c'est la tribu des sujets de droit qui essaie d'imaginer comment les non-sujets perçoivent, sentent, vivent leur condition.

L'investigation, dans le meilleur des cas, ne peut être qu'indirecte. Ce sont des petits-fils d'esclaves noirs qui, aux États-Unis, ont fait des descriptions de leurs « racines », mais ils n'étaient plus esclaves. Les vieillards égrènent leurs souvenirs d'enfance, mais ils ne sont plus — ou pas encore, hélas ! — des enfants.

On peut conjecturer que le non-sujet de droit prend conscience de sa condition sous l'aiguillon de la douleur dans le cas particulier où un état antérieur lui avait permis de connaître la condition de sujet de droit. On imagine, à l'inverse, qu'il peut n'avoir pas conscience de sa condition lorsqu'il a le sentiment d'être un sujet de droit dans un droit qui est à sa taille, différent de l'univers juridique des autres, des « grandes personnes » ou des hommes libres. Dans son monde à lui, il se sent titulaire d'obligations, de responsabilités, et corrélativement d'un certain pouvoir. Les sociologues diront qu'il se meut dans un non-droit, un infra-droit, un autre droit. Nous rejoignons la théorie du pluralisme juridique : à notre non-sujet de droit, elle restitue une condition de sujet de droit, mais d'un droit qui n'est pas celui de la société globale.

L'attention ainsi portée à la conscience d'être ou n'être pas sujet de droit pourrait avoir une incidence sur l'objet même de la recherche. Poussée à l'extrême, elle conduirait à une subjectivité réductrice, à une pure intériorisation de la condition juridique du non-sujet de droit. Seuls seraient non-sujets ceux qui ont conscience de n'être pas sujets de droit ; donc, ceux qui ont conscience des droits dont ils sont privés. Mais ce serait faire litière des éléments objectifs qui entrent dans la construction d'un statut, d'une condition juridique.

Une condition juridique, c'est une étiquette apposée, imposée du dehors par la société. Et celle-ci dispose, pour étiqueter les non-sujets de droit, d'une palette de plus d'une teinte. Le statut de non-sujet de droit a le sens tantôt d'une sanction, tantôt d'un bienfait ; il est tantôt stigmaté, tantôt privilège. Rien d'étonnant, si l'on réfléchit que, dans le droit subjectif lui-même, il peut y avoir, au gré des cas, aussi bien une jouissance exaltante qu'une fonction épuisante.

Un même type de statut peut comporter l'une ou l'autre coloration. Dans l'Ancien Droit, la mort civile était un durcissement de pénalité quand elle frappait le galérien condamné à perpétuité, elle était presque un refuge contre les tentations et les tracasseries du siècle lorsqu'elle enveloppait le religieux qui avait prononcé des vœux perpétuels. A l'époque de la faillite dure, au XIX^e siècle, encore au début du XX^e le dépôt de bilan pouvait être éprouvé, d'une espèce à l'autre, soit comme flétrissure, soit comme soulagement. L'internement des aliénés, avec les incapacités qui y sont épinglées, l'infantilisation qu'elle détermine, est en soi une déchéance, mais elle est, parfois, on le sait, utilisée comme une fuite par les délinquants de bonne compagnie.

Un aspect important de la condition juridique du non-sujet de droit, c'est son insertion dans un processus évolutif. L'évolution peut être régressive : l'hypothétique individu tombe de l'état de sujet à celui de non-sujet de droit ; ainsi par une réduction en esclavage ou par une mise en tutelle. Mais le mouvement peut être ascendant : l'esclave sera affranchi, le malade mental guérira, l'enfant, à coup sûr, grandit chaque jour. C'est une mobilité conjoncturelle qui est banale. Il faudrait se demander, plus audacieusement, s'il n'en est pas une autre, qui serait naturelle — mobilité à sens unique, virtuelle, mais toujours ascendante : inhérente à la condition juridique du non-sujet de droit, n'y a-t-il pas une vocation à monter, avec ou sans effort ? La revendication serait de plein droit dans le statut du non-sujet de droit. Ce qu'exprimaient, sur des registres différents, le pamphlet de Sieyès et le refrain de l'Internationale : ceux qui ne sont rien aspirent à être tout. Le prétendu non-sujet de droit aurait tout de même un droit, et irréductible, le droit de devenir sujet de droit. Un droit qu'il fera valoir contre le droit objectif, contre les institutions juridiques qui lui ont imposé sa condition.

► LES INSTITUTIONS JURIDIQUES QUI FONT LES NON-SUJETS DE DROIT

Des modèles que l'histoire nous en propose, le plus riche est fourni par cette institution que continûment le droit romain consacra, la *capitis deminutio*. L'appellation même suggérait dégradation, abaissement de la personne (5). Autre trait notable : l'abaissement était gradué. Des trois degrés, c'était sans doute le plus grave, la *deminutio maxima*, qui seul faisait les absolus non-sujets de droit ; des deux autres, toutefois, pouvaient sortir de ces états indécis

(5) La tête de l'individu humilié disparaît derrière ses épaules : c'est un substitut de l'exécution capitale. Le sujet de droit est un être debout ; la position assise, prostrée fait un non-sujet de droit. La procédure criminelle de l'Ancien Régime obligeait l'accusé à s'asseoir sur la sellette (un siège bas). Cf. Louis GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, 1968, p. 288, 296.

dont nous avons aperçu tant d'exemples dans le droit moderne. Dernier trait, non le moindre, les jurisconsultes avaient fini par admettre que des droits naturels pouvaient persister sous ce qui était une *commutatio status*.

Nous ne possédons pas, en droit français, de modèle comparable. Le livre I du Code civil s'ouvre bien sur un titre 1^{er} dont la rubrique est *De la jouissance et de la privation des droits civils* — une rubrique intéressante (soit dit *obiter*) parce qu'elle a l'air de définir les droits subjectifs par référence à l'idée de jouissance. Dans ce titre 1^{er}, le chapitre II, *De la privation des droits civils*, était alléchant puisqu'il semblait nous promettre des non-sujets de droit sur un plateau de droit positif. Seulement, ce chapitre a été vidé de son contenu : des deux sections qu'il renfermait en 1804, la première, *De la perte de la qualité de Français*, a été abrogée en 1927, et la seconde, qui réglementait la mort civile, a été abolie avec celle-ci dès 1854. Quant au chapitre 1^{er}, *De la jouissance des droits civils*, qui ne nous promettait rien, il ne saurait nous offrir grand-chose. Il est vrai que, l'article 8 disposant que « tout Français jouira des droits civils », on en déduit *a contrario* que les étrangers n'en jouissent pas, ce qui fait d'eux des non-sujets de droit. Mais non-sujets de *droits civils* seulement, et ces droits civils, au fil des interprétations, sont tombés en insignifiance. Faut-il citer aussi l'article 9, produit d'une nouvelle de 1970 ? Lui va directement à la thèse contraire. « Chacun, dispose-t-il, a droit au respect de sa vie privée ». *Chacun*, il y a donc là un noyau irréductible de droits subjectifs, qui est reconnu même à ceux qui sont en général des non-sujets de droit. À ce compte, la conclusion est éclatante : il n'y a plus, en France, d'absolu non-sujet de droit (6).

À l'opposé, des états relatifs, partiels de non-sujet de droit ne sont pas inconcevables. La loi de mai (31 mai 1850), qui fit sombrer la deuxième république dans l'impopularité, avait d'un seul coup rayé de l'électorat trois millions de prolétaires (faute d'être domiciliés et de payer des impôts depuis plus de trois ans). *De lege ferenda* nous pourrions imaginer un législateur assez hardi pour relever demain de 18 à 21 l'âge de la majorité (civile). Trois classes d'âge retomberaient partiellement dans la condition de non-sujets de droits (civils). À dessein, nous avançons, pour la tester, cette conséquence, mais elle n'est pas certaine. Il eût peut-être fallu l'écarter, à défaut de précisions dans le texte, comme supposant à la loi nouvelle un effet rétroactif, contraire à l'article 2 du Code. À moins que l'on argumente à la façon de Roubier : la loi qui survient saisit immédiatement les situations en cours, et l'âge de l'individu

(6) Au moins quand aux personnes physiques. Pour les personnes morales, la réduction à l'état de non-sujet de droit est plus facile à manier (refus d'autorisation des congrégations au début du siècle, par dissolution de justice des associations contraires à l'ordre public).

n'est jamais qu'une situation en cours, évolutive, à laquelle un nouveau statut peut imprimer sa marque. Ainsi, du sujet au non-sujet de droit, la condition glisserait dans la fluidité, sans arrêtoir, sans résistance.

III.

► LE POINT DE RÉSISTANCE

Il semble y avoir quelque part une force qui résiste à la création de non-sujets de droit. Comme un ressort comprimé un instant, le non-sujet tend immanquablement à se retrouver sujet. Les lois cèdent à cette force, les lois, ou même, ce qui est plus caractéristique encore, les tribunaux.

Ainsi de l'esclavage. À Rome, l'écoulement des siècles avait peu à peu consolidé les situations de fait, de non-droit, qui précairement se nouaient sous les yeux tolérants des maîtres — le *contubernium*, les pécules — et du sujet de non-droit, non-sujet de droit, avait fini par faire le sujet de certains droits au regard du droit des hommes libres. Dans la France du XIX^e siècle, on vit cette chose qu'était l'esclave se dégager, s'animer, s'humaniser. Autre exemple, les sociétés civiles : avant même les arrêts qui leur reconnurent la personnalité morale, la pratique judiciaire leur attribuait, sous le nom *d'individualité*, les moyens de se comporter comme des sujets de droit. Et ceci encore : la jurisprudence relative à l'a *contrario* déjà cité que suggère l'article 8 du Code civil. Si l'étranger n'avait pas de droits civils, on avait commencé par admettre que, tout de même, des droits naturels ne pouvaient lui être déniés. Une étape supplémentaire consista à juger, en 1948, que même parmi les droits civils, seuls lui seraient refusés ceux dont la loi l'avait exclu *spécialement*. Ce n'était pas terminé : en 1984, la Cour de cassation renchérit, ceux dont la loi l'aurait *expressément* exclu. En somme, le droit n'aime pas dire à quelqu'un qu'il n'est pas un sujet de droit.

► LES PHILOSOPHIES DE RÉSISTANCE

Contre tous les systèmes de droit qui accepteraient qu'il y eût quelque part des non-personnes, il n'est pas défense apparemment plus topique, plus naturelle que d'affirmer bien haut la personne, l'inamissible valeur de la personne. C'est cette affirmation qui a fondé la philosophie personnaliste, telle que l'ont professée Rosmini et surtout Emmanuel Mounier. Nimbé de spiritualité ; capable de prendre sous ses ailes, aussi bien que les personnes physiques, les personnes morales (du moins les communautés chaudes et affectives qu'ont exaltées Tonnieux, puis François Perroux) ; offrant une *via media* entre l'individualisme réputé égoïste et les préoccupations sociales — le personnalisme a eu une foule de sympathisants ; et il n'est pas resté sans influence sur l'univers

du droit. Il existe un personnalisme juridique (7). Rarement professé comme un corps de doctrine, il n'en est pas moins, en France, la philosophie implicite de beaucoup de juristes, civilistes surtout. Et il a exercé une action, ainsi qu'en témoignent l'euphorie ininterrompue des droits de la personnalité en législation comme en jurisprudence. Si une faiblesse peut être reprochée à ce personnalisme, c'est la faiblesse même de la personne. La personnalité est définie par le droit : ce qui dépend du droit peut-il constituer une résistance au droit ? Mais enlevez *persona*, *homo* tient bon.

Hominum causa omne jus constitutum ; superbe est cet aphorisme d'Hermogénien, au Digeste (1, 5, 2), et l'on aurait tort de le taxer d'hypocrisie sous prétexte qu'il s'inscrit dans un titre, *De statu hominum*, où les esclaves sont englobés, où l'esclavage est institutionnalisé. Ce qu'il faut bien plutôt en retenir, c'est ce qui est sous-jacent, cette qualité d'homme reconnue à l'esclave, qui fera plus tard exploser l'esclavage. Il y a là une autre philosophie que le personnalisme. Elle écarte l'artifice du droit, et elle va directement à la matérialité qui est dessous, la seule que connaisse le sens commun : *l'homme*. On pourrait la désigner par *humanisme*, si le vocable n'avait été déjà retenu ailleurs (et plutôt deux fois qu'une, l'humanisme philologique du XVI^e siècle, l'humanisme politisant des modernes).

L'homme, il est vrai, peut-il se définir ? Je ne sais, mais voici l'homme. C'est un corps, une réalité visible, tangible, audible — une tête, tout particulièrement, *caput*, siège de l'intelligence et de la volonté ; mieux encore, de la parole (*l'infans*, non-sujet de droit par excellence, s'il devait y en avoir un, *is qui fari non potest*) ; de la parole, mais aussi des grimaces et des sourires, de la communication (un droit pourrait-il être incommunicable ?). *Homme* résume tout. Plutôt que *sujet de droit*, c'est *homme* qu'il faudrait dire — *être humain*, à la rigueur, si l'on ne souhaite avoir d'histoire avec aucun sexe. Le sujet de droit étant ainsi ramené à sa réalité naturelle, naturelle parce que biologique, on s'aperçoit qu'il ne peut exister de non-sujet de droit que très difficilement, par accident (l'accident fût-il millénaire).

À la vérité, avec cette conception biologique, les personnes morales restent en l'air. Pour elles, la notion de sujet de droit pourrait retrouver un sens — spécialisé. Et aussi, par symétrie, la notion de non-sujet de droit. Le non-sujet de droit, ici, ce serait facilement la personne morale encore dans les limbes, en attente d'être reconnue par le droit objectif. Sur un *casus* classique, le legs adressé à une fondation future, qu'il faudra après le décès créer et faire recon-

(7) Pour une présentation systématique du personnalisme juridique, v. dans l'ouvrage collectif, *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France*, Paris, 1991, l'important article de Raymond LEGEAIS, p. 181-201, qui, avec raison, souligne la place éminente de René Savatier dans cette doctrine.

naître, la première Chambre civile, dans un arrêt du 22 juillet 1987, rappelle comme un principe fondamental qu'il ne peut exister de droit sans *sujet de droit* (les trois mots y sont), et elle annule le legs. Principe et solution sont exempts d'imprévu *de lege lata*. Mais un jour viendra peut-être où un droit sans titulaire, un droit de propriété par exemple, pourra devenir son propre sujet de droit.

*
* *

D'un non-sujet de droit, on ne sera pas surpris que les empreintes de pieds soient légères et, dans les sables du droit, promptes à s'effacer.

SCOLIE SUR LE NON-SUJET DE DROIT

*L'esclavage sous le régime du Code civil **

De 1804 à 1848 (le décret Schoelcher est du 27 avril), l'institution de l'esclavage a coexisté dans notre système avec un Code dont les principes philosophiques étaient l'individualisme et la liberté.

Le Code civil ne parlait pas du tout de l'esclavage, fût-ce par allusion. Le Code du Commerce devait traiter comme un fait banal, fortune de mer, force majeure, le cas des matelots capturés et faits esclaves chez les Barbaresques (art. 266 et s., C. comm.), et il en réglait minutieusement les incidences de droit privé (1). Mais de l'esclavage colonial, de l'esclavage pratiqué par les citoyens français dont le législateur consulaire se préoccupait de régler les droits, point de mention dans la codification. Il est vrai que, sous l'Ancien Régime, l'esclavage faisait l'objet d'une législation spéciale, de droit public autant que de droit privé (« législation coloniale », comme l'appelait le *Répertoire de Droit* de Favart). Or, les rédacteurs du Code Napoléon avaient systématiquement rejeté de leur œuvre ce qui était législation spéciale (s'ils n'avaient point parlé du droit ouvrier, c'est qu'il existait des règlements particuliers sur les manufactures). Néanmoins, cette méthode n'aurait pas interdit d'insérer dans le Code civil un article de renvoi, et Bonaparte aurait pu d'au-

* Ce texte fut d'abord accueilli par les *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957. En 1998, le cent-cinquantième anniversaire de l'abolition a été célébré avec éclat, en métropole et dans les îles, et il a donné lieu çà et là, suivant une pratique qui s'était formée récemment en des occasions analogues, à d'étranges phénomènes de repentance collective, d'esprit peu historique au fond. Le public anglo-saxon, au même moment, s'intéressait plutôt à la traite, qui avait été la source du mal, et à l'ouvrage que venait de publier Hugh THOMAS, regardé comme le plus grand spécialiste de la question, *The Slave Trade* (1440-1870), Mc Millan, 1997, et il y relevait sans émoi une tonalité légèrement réductrice.

(1) En particulier, ces textes, qui n'ont été abrogés qu'en 1926, se préoccupaient de déterminer à quelles conditions une indemnité pouvait être mise à la charge de l'armateur pour le rachat du matelot captif, et elle fixait expressément cette indemnité à 600 F (francs-or), beau démenti à l'axiome individualiste (déjà énoncé par la Glose) : *liber homo non recipit aestimationem*.

tant mieux y songer que, par alliance, il était bien placé pour ne pas ignorer le fait colonial (2).

Mais peut-être préférerait-il que son code gardât le silence sur l'esclavage, le silence étant la forme diplomatique de l'embarras. Car ici, comme sur tant d'autres points, le Code civil pouvait hésiter longuement entre ses deux démons, Révolution et Réaction. Dans le personnel dirigeant, quelques-uns tenaient, sans doute, pour la doctrine abolitionniste des philosophes et rêvaient encore au décret du 16 pluviôse an II, qui avait proclamé la fin de l'esclavage. Déjà, cependant, les réalistes l'avaient emporté, et la loi du 30 floréal an X (20 mai 1802), revenant sur la liberté accordée, avait délibérément sacrifié les principes de la philanthropie aux intérêts des planteurs (3).

Seulement, inscrire dans le nouveau Code, au chapitre de la jouissance des droits civils, une exception *ratione personae* à l'encontre des esclaves eût été une violation par trop flagrante du droit naturel invoqué au frontispice de l'œuvre (sous sa forme primitive, le projet de l'an VIII). Se taire était encore le meilleur moyen de ménager les principes. Après tout, pouvait-on argumenter, l'exception est virtuelle, c'est une exception *ratione loci* : le nouveau Code civil n'est pas applicable dans les territoires coloniaux.

L'alibi n'était pas aussi fort qu'on pourrait le croire. Dans le droit privé de l'esclavage, au moins une question, et d'importance, concernait le territoire métropolitain : le droit de propriété acquis aux colonies sur les esclaves les suivait-il dans la métropole ? À la question, l'Ancien Droit répondait déjà par la maxime « Nul n'est esclave en France » (4). Cette maxime, par son accent claironnant, n'eût pas déparé le Code Napoléon, et elle y aurait eu son utilité (5). Mais le sujet dut sembler périlleux.

Écartée de France, la difficulté était appelée à réapparaître outre-mer. Dès 1805, le Code civil avait été introduit dans les possessions françaises par une

(2) Il y avait, du reste, dans le Code civil, au moins une allusion aux colonies, l'ancien article 417 qui disposait que, lorsqu'un mineur domicilié en France possédait des biens dans les colonies, ou réciproquement, il devait lui être nommé un « protuteur » pour l'administration spéciale de ces biens.

(3) Cf. M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile*, p. 43 et s.

(4) La maxime s'était formée dès avant l'apparition de l'esclavage colonial (cf. GARAUD, *op. cit.*, p. 35 note 3), et un jeu de mot sur le royaume des Francs n'avait pas peu contribué à la populariser. Il se peut, du reste, qu'elle ait changé de but au cours des âges, et que, conçue d'abord en faveur de la liberté, elle se soit finalement perpétuée par une certaine défiance à l'égard des esclaves. Déclarer libres les noirs introduits en France, c'était décourager leurs maîtres de les y amener. Or, l'Administration au XVIII^e siècle se préoccupait de réserver le plus possible la main-d'œuvre au travail des plantations, et d'autre part, elle redoutait que les noirs ne rapportassent de leur séjour en France un esprit d'indépendance et d'indocilité (v. la déclaration royale du 19 août 1777, in MERLIN, *Répertoire*, v^o *Esclavage*, § 2).

(5) La preuve en est qu'il fallut la formuler de nouveau dans une Ordonnance du 29 Avril 1836, cf. civ., 3 mai 1852, D., 53, 5, 198.

série d'arrêtés locaux. Ce n'était pas une introduction pure et simple. Chargée de promulguer les lois aux colonies, l'Administration avait dans ses pouvoirs — d'ailleurs mal définis constitutionnellement — le pouvoir de ne les promulguer que pour partie, de façon à les combiner avec les réglementations coloniales. L'égalitarisme du Code civil avait dû ainsi composer avec les incapacités civiles fort graves qui frappaient antérieurement les hommes libres de couleur (6) et qui continuèrent à les atteindre jusqu'à une ordonnance du 24 février 1831 (7). Il dut semblablement composer, jusqu'au décret du 27 avril 1848, avec l'institution de l'esclavage.

Les arrêtés coloniaux qui promulguèrent le Code civil aux Antilles déclarèrent ne le promulguer qu'« avec les distinctions constituant essentiellement le régime colonial », et en particulier, réservèrent expressément la condition d'esclave (8). Par là, toute la réglementation monarchique de l'esclavage se trouva maintenue sous l'empire du Code civil, et singulièrement la déclaration royale de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique, le fameux Code noir. On peut même supposer que cette réglementation fut, grâce au Code civil, appliquée avec plus de rigidité qu'elle ne l'avait jamais été du temps de la monarchie. La codification avait créé des habitudes d'esprit toutes nouvelles — besoin de légalité, religion du texte. Que l'on y ajoute la centralisation administrative et judiciaire, et il sera à peine déconcertant d'avancer que le Code noir, si ignoré par les magistrats du XVIII^e siècle (9), devait être pris beaucoup plus au sérieux par ceux de la Restauration ou de Louis-Philippe.

Peu à peu, cependant, l'héritage juridique de l'Ancien Régime fut complété et modifié par un droit moderne de l'esclavage, lois et ordonnances de plus en plus nombreuses à partir de 1830. La ligne générale n'en est pas douteuse : on incline à l'abolition par l'adoucissement. Schoelcher aura le courage de trancher dans le vif. Mais l'admiration que son courage lui a valu à juste titre, a eu l'inconvénient de rendre l'opinion quelque peu ingrate pour cette législation très patiente et très technique de la monarchie de Juillet, par où les voies avaient pourtant été préparées à l'abolition.

C'est avec ce double matériau, d'ancien droit et de droit moderne que la jurisprudence eut à travailler jusqu'à 1848. Jurisprudence sur l'esclavage en

(6) Il s'agissait, notamment, des empêchements au mariage entre blancs et gens de couleur, ainsi que de l'interdiction faite aux affranchis et personnes de couleur de rien recevoir d'un blanc par donation ou testament.

(7) Ordonnance portant abrogation des arrêtés coloniaux ayant restreint à l'égard des personnes de couleur libres, la jouissance des droits civils. Cf. loi 24 avril 1833, concernant l'exercice des droits civils et des droits politiques dans les colonies.

(8) V. par exemple pour la Martinique, arrêté colonial du 7 novembre 1805, art. 2 (DURAND-MOLARD. *Code de la Martinique*. t. 5, P. 75).

(9) V. GARAUD, *op. cit.*, p. 38.

régime de Code Napoléon, tel était le paradoxe visible de sa situation. À la vérité, les Cours d'appel coloniales, pendant longtemps, ne se posèrent pas de questions. Reflétant les intérêts des planteurs, elles n'avaient d'autre souci que de faire fonctionner efficacement l'institution. Toute idée d'une interprétation libérale leur était étrangère. Et tant qu'elles ne furent pas soumises au Code de procédure civile — il ne fut introduit aux colonies qu'en 1828 — elles purent, à l'exemple des Cours souveraines de l'Ancien Régime, se dispenser de motiver leurs arrêts, si bien que, pendant quelques années, aucun contrôle métropolitain ne fut à même d'infléchir leurs tendances.

Mais la Cour de cassation, dès qu'elle commença à être saisie d'arrêts sujets à motivation obligatoire, se préoccupa de regarder de plus près l'application qu'ils avaient pu faire des règlements coloniaux. Elle eut ainsi dans l'évolution du droit de l'esclavage, pendant les vingt dernières années de l'institution, un rôle trop ignoré, mais considérable. Et dans ce champ d'action, sa politique fut des plus nettes : c'est à restreindre l'esclavage qu'elle s'efforça par toutes les ressources du raisonnement juridique. L'œuvre fut collective. Un nom, toutefois, se détache : celui de Dupin l'Ainé, qui, procureur général près la Cour suprême eut plusieurs fois à prendre la parole dans des affaires d'esclavage (10). Pourquoi faut-il que sa carrière parlementaire et les invectives de Victor Hugo lui aient attiré la réputation d'une voix aigre et d'un cœur sec ? Ses conclusions anti-esclavagistes sont d'une voix chaude et d'un cœur généreux. Qu'il forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi afin de faire recevoir en matière criminelle le témoignage de l'esclave contre son maître (11), ou qu'il s'éleve contre le « préjugé colonial » dont sont empreints les renseignements transmis par les juges du fond (12), le ton semble d'aujourd'hui. Exégèse, philosophie, science des textes romains, tout lui est bon pour conclure *in favorem libertatis*. On a eu tort de mettre en doute que ce gallican passionné eût un christianisme profond : son attitude dans la question de l'esclavage n'était point d'un pharisien.

Pour affaiblir l'institution, la Cour de cassation s'employa d'abord à réduire autant qu'elle le pouvait le nombre des esclaves. Il y avait aux Antilles plusieurs milliers d'affranchis patronés, c'est-à-dire d'esclaves qui avaient été affranchis par leurs maître irrégulièrement, sans l'autorisation administrative qu'avaient imposée les règlements coloniaux. Il eût été assez juridique de considérer que ces affranchissements étaient nuls, et leurs bénéficiaires tou-

(10) V. entre autres, Crim., 27 janvier 1831, S., 31,1,56 ; Crim., 9 mars 1833, S., 33 1,325 ; Req. 25 mai 1841, S., 41,1,369 ; cf. Req., 27 juin 1838, S., 38,1,497 au sujet des mariages célébrés entre personnes blanches et de couleur en contravention aux règlements coloniaux de l'Ancien Régime (v. *supra*, note 6).

(11) Crim., 27 janvier 1831, précité, dans l'affaire du sieur Prus qui, ayant repris un de ses esclaves marron, l'avait soumis à la torture pour lui faire avouer où se cachaient les autres.

(12) V. ses conclusions, sous Crim. 9 mars 1833, précité.

jours esclaves. La Chambre criminelle décida au contraire, dans un arrêt du 9 mars 1833 que leur liberté de fait devait être convertie en liberté de droit, le doute devant se résoudre contre l'esclavage (13). C'est le même esprit qui explique l'arrêt du 17 août 1838, où était en cause le statut de l'esclave Antoine, réfugié de la colonie anglaise de Sainte-Lucie : tout nègre qui n'a pas de maître dans la colonie où il se trouve, déclare la Cour de cassation, doit être réputé personne libre (14).

Mais, plus que sur le nombre des esclaves, c'était sur leur condition que la jurisprudence devait agir. L'articulation de l'esclavage sur les principes du Code Napoléon soulevait un problème fondamental : l'esclave était-il une chose ou une personne ? L'idée première, assurément, aurait été d'en faire une chose. C'était l'idée très solide du droit romain avant que les progrès de la philosophie et du christianisme n'y eussent mélangé, plus par sentiment que par logique juridique, une personnalité de droit naturel.

Ces inflexions du droit romain christianisé se retrouvaient dans le droit du Code noir (15). Certes, que l'esclave fût pénalement responsable, qu'il fût protégé contre les sévices, que la famille constituée par lui ne pût être vendue ou saisie séparément, ce n'étaient pas des solutions caractéristiques. Mais il devait être baptisé, son mariage était un sacrement. Ces dispositions avaient beau s'inspirer d'une arrière-pensée de défiance à l'égard de l'esclave, et aussi de son maître, elles n'en constituaient pas moins les éléments d'une sorte de personnalité, non plus de droit naturel, mais de droit religieux, sinon de droit canonique. Seulement, cette personnalité en droit religieux se juxtaposait à une totale absence de personnalité en droit civil. Sur ce point, la situation à la veille de la Révolution, n'est guère discutable, quoique nos vieux jurisconsultes s'inquiètent peu d'en faire la construction juridique : les esclaves sont des choses, ce ne sont pas des personnes (16).

Vient avec la Révolution et le Code civil la laïcisation du droit. Privant les actes cultuels de tout effet juridique, elle rendait désormais inopérant le tempérament que la personnalité de droit religieux apportait avant 1789 à l'absence de personnalité civile. Il n'y avait plus rien qui pût tirer l'esclave de l'abîme de la *chosalité*. Tel avait peut-être été le sentiment de l'Administration quand, introduisant l'état-civil aux colonies, elle avait pris soin d'en exclure les esclaves. Si l'on s'en était tenu là, le néant de l'esclave eût été au XIX^e siècle plus profond que sous l'Ancien Régime. Mais le droit civil issu de la codification, assumant

(13) Crim., 9 mars 1833, s., 33, 1, 325.

(14) Crim., 17 août 1838, s., 39, 1, 70.

(15) P. JAUBERT, *Le Code noir et le droit romain, Mélanges J. Imbert*, 1989. — Le texte du Code noir a été reproduit (avec commentaires) par L. SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, 1998.

(16) GARAUD, *op. cit.*, p. 37, texte et note 5 ; comp. PEYTRAND, *L'esclavage aux Antilles françaises avant 1789*, p. 242.

la succession du droit religieux après l'avoir aboli, fit pour les esclaves plus et mieux que lui. Une transformation va s'accomplir dans l'ombre, les positions traditionnelles seront renversées : l'esclave du Code civil, l'esclave sous le code civil sera, sans qu'on s'en soit beaucoup aperçu, une personne.

Sans doute, il faut bien continuer à lui faire application des règles du droit des biens, car les prérogatives que le maître exerce sur lui ne se laissent pas ramener, quoique l'on parle de puissance dominicale, à un simple droit de puissance, comparable à la puissance paternelle ou à la puissance maritale : c'est un *jus in re*, un droit réel, un droit de propriété (17). Mais l'affirmation d'un droit de propriété sur l'esclave n'a plus pour but, au XIX^e siècle, de déterminer l'intensité avec laquelle le maître peut retirer de la force de travail servile les utilités économiques qu'elle comporte. Cette intensité, quelle que soit l'analyse juridique, est désormais définie directement par toute une batterie de textes sur la durée du travail, la nourriture et l'entretien, le régime disciplinaire et pénal, etc (18). La portée pratique du droit de propriété tient désormais à peu près exclusivement dans la perpétuité : et l'hérédité des services, avec ce corollaire que le droit aux services est pleinement transmissible par contrat, par testament, ou *ab intestat*. C'est l'aliénabilité de l'esclave qui souligne le plus rigoureusement qu'il est un bien, un objet de propriété.

Or, précisément la jurisprudence fit ce qu'elle put pour empêcher que cette aliénabilité ne se ravalât à un négoce de marchandises (19), pour tenter d'y sauvegarder la personnalité de l'objet. L'esclave, pouvant se mouvoir par lui-même, était juridiquement un meuble, comme l'animal. « *Quelque grande que soit la dignité de l'homme*, écrivait Pothier (20), dans nos colonies, les nègres

(17) Tel était encore le critère de la Convention internationale du 25 septembre 1926, relative à l'esclavage (ratifiée en France par la loi du 20 mars 1931) qui, dans son article 1^{er}, définissait l'esclavage comme « l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » (cf. le rapport du Vicomte Cecil à la Société des Nations en 1925... « Tout ce qui prévoit l'existence sur une personne, en faveur d'une autre personne privée, de droit de la même nature que ceux qu'un individu peut avoir sur des choses »). Il est permis de se demander, au demeurant, si cette méthode qui a consisté à définir l'esclavage par une qualification juridique des droits du maître, plutôt que par leur pesanteur économique, était bien la plus adéquate à l'objectif poursuivi dans la Convention.

(18) Exemple en dernier lieu, ordonnances du 18 juillet 1845 (fixant notamment la durée du travail à 9 h 30), du 4 juin 1846 sur le régime disciplinaire et pénal, du 5 juin 1846 sur la nourriture et l'entretien.

(19) En s'aidant expressément d'un texte du Digeste (50, 16, 207) qui niait, de façon assez inattendue pour cette époque-là, que les esclaves fussent compris sous l'appellation de « marchandises ».

(20) POTHIER, *Traité de communauté*, n° 30. Ce passage peut donner envie de connaître le fond de la pensée de Pothier sur la colonisation. Il faut peut-être pour cela se reporter au *Traité du domaine de la propriété* (n° 83), où le janséniste écrit : « Lorsqu'une terre est habitée, quelque sauvages que nous paraissent les hommes qui l'habitent, ces hommes en sont les véritables propriétaires, nous ne pouvons, sans injustice, nous y établir malgré eux. »

qui sont nos esclaves sont regardés comme biens meubles et entrent par conséquent dans la communauté. » Mais, déjà, le Code noir faisait une exception pour l'esclave attaché à la terre, affecté à la culture de la plantation. La Cour de cassation reprit l'exception sous l'empire du Code civil, et décida que l'esclave appliqué aux travaux agricoles, par opposition à celui qui était employé aux travaux domestiques, devait être traité comme immeuble par destination au sens de l'article 524, puisqu'il avait été placé par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds. Passé le premier effroi devant cette absorption de l'homme par la terre, il faut bien convenir que l'esclave avait le plus souvent avantage à être assimilé aux immeubles plutôt qu'aux meubles. Meuble, il eût été déracinable à merci, immeuble par destination, cela signifiait qu'il ne pouvait, à l'occasion d'une saisie, d'un partage de succession ou de communauté, être arraché au milieu familial et familial où il avait toujours vécu.

Du reste, à partir du point où l'immobilisation risquait de se retourner contre l'intérêt de l'esclave, la Cour de cassation avait su rompre le fil de la logique juridique. Si les esclaves de la plantation hypothéquée étaient immeubles par destination, leur valeur devait être comprise dans la garantie du créancier hypothécaire. Le propriétaire pouvait-il, dès lors, les affranchir au préjudice de son créancier ? En droit, la négative s'imposait (21). Mais la Chambre des requêtes n'hésita pas à se prononcer pour la validité de ces affranchissements, parce que l'affranchissement constituait à ses yeux une « matière favorable » (22); ce qui sous-entendait, en reprenant l'antonymie usuelle des vieux juristes, que l'esclavage était une « matière odieuse ».

C'est apparemment que, dans l'affranchissement il fallait voir moins une manière de disposer de la propriété qu'un acte de gratuité destiné à faire accéder la personnalité d'un homme à la plénitude. Car l'esclave, s'il est un bien, est en même temps une personne, quelque malaisée que soit la synthèse des deux propositions (23). Sa condition juridique de personne l'emporte même sur son statut de bien. La loi du 24 avril 1833 sur le régime législatif des colonies avait-elle eu conscience d'opérer cette révolution, lorsque pour désigner

(21) Arg. entre autres, art. 2131, C. civ. c'est le même raisonnement qui a fait juger (Civ., 2 juin 1934, *D.*, 1935, 1, 65) que le créancier hypothécaire, inscrit sur une forêt, pouvait s'opposer à l'exécution d'une vente de coupes de bois qui aurait pour conséquence de diminuer sa garantie.

(22) Req., 25 mai 1841, S., 41, I, 369.

(23) On rencontre cependant une esquisse de conciliation dans l'arrêt de la cour d'appel de la Guyane, que la Chambre des requêtes devait approuver par sa décision précitée du 25 mai 1841. Selon l'opinion de la Cour d'appel, autant qu'on la peut systématiser, l'esclave aurait été objet de propriété quant au droit privé, et personne humaine quant au droit public. Ce qui suscite immanquablement l'objection que le droit privé en matière d'esclavage ne se laissait pas si facilement séparer du droit public. C'est un peu au même critère que s'était référée la délégation allemande, lors de la discussion de la Convention internationale du 25 septembre 1926 (*v. supra*, note 16) lorsqu'elle avait proposé de définir l'esclavage comme l'état d'un individu sur lequel un autre individu exerce des droits de propriété en *droit civil*, suggestion qui avait été écartée comme dépourvue de portée pratique.

les esclaves, elle s'était incidemment servie de la formule « *personnes non libres* ». Ce fut, en tout cas, l'intention que lui prêta la Chambre criminelle dans un arrêt décisif du 8 février 1839 (24). Dans cette espèce, le problème de la personnalité de l'esclave était abordé non point de front et par les principes philosophiques, mais par un côté infime, presque absurde, comme fréquemment il advient dans les controverses du droit : il s'agissait de savoir si l'esclave du sieur Huc, à la Martinique, ayant été arrêté, alors qu'il était porteur de marchandises de contrebande, pouvait être confisqué par l'Administration des douanes, au même titre que peuvent l'être la voiture ou la bête de somme utilisées au transport de semblables marchandises. Et la Cour de cassation de répondre très haut par la négative : l'esclave ne peut faire l'objet d'une confiscation, parce que l'on ne confisque que les choses ; or *l'esclave est une personne* (25).

Nous ignorerons toujours si, d'avoir été proclamé inconfiscable, cet esclave en avait été plus heureux. Sa qualité de sujet de droit, pauvre de droits subjectifs, dans un droit objectif peu souriant, peut-être l'eût-il volontiers échangée contre le non-droit du marronage (26).

(24) La Chambre criminelle invoque aussi l'ordonnance du 4 août 1833 sur les recensements, qui avait établi pour les esclaves un système spécial de constatation des naissances, décès et mariages. Mais on aurait pu objecter que, par sa spécialité même, ce système n'avait pas une signification aussi péremptoire qu'une extension pure et simple de l'état civil.

(25) Crim., 8 février 1839, s., 39, 1, 612.

(26) Sur le marronage aux Antilles, v la savante étude d'un historien, Y. DEBBASCH, citée *supra*, p. 32, note 11.

TROISIÈME PARTIE

LES TROIS PILIERS DU DROIT

Famille, contrat, propriété sont, de tradition, les trois piliers de l'ordre juridique. Comme dans une économie libérale et capitaliste, l'ordre juridique est forcément capitaliste et libéral, l'idée a surgi, chez ceux qui voulaient en finir avec cette économie, que son abolition passerait par le renversement préalable des trois piliers. Tel un Samson, assurément aveugle, jetant à bas le temple à seule fin d'en chasser les oiseaux — vautours ou pigeons, ah, peu importe — qui y faisaient leurs nids. Les trois piliers valent mieux que cela, et ils pourront durer davantage : ils sont capables d'abriter à leur ombre les systèmes économiques, les systèmes politiques les plus différents.

On ne fera jamais assez sentir la profonde sérénité des trois institutions, une fois dépouillés les détails et secoués les alliances provisoires. La propriété privée des moyens de production est sans doute, pour ceux qui n'en ont pas, *aliénation* (comme on dit, d'un sens singulier à des oreilles juridiques ; que ne dit-on *estrangement* ?) ; mais il est bien vrai que, pour éprouver les pleines délices de son mariage avec les choses, l'individu a généralement besoin d'en exclure autrui. Le contrat a pu être un instrument de sombre domination, et *contrahere*, d'où il vient, parle de resserrement plutôt que de largesse, mais quoi ? en attendant la contrainte de payer, contracter, c'est choisir, jeu et joie de toujours. Et quant à la famille... Quelques embarras intellectuels que nous puissions faire à son sujet, elle reste le lieu le plus usuel des sensations à prédominance agréable qui retiennent l'homme, à tort ou à raison, dans la persévérance et la propagation de l'être. Ce à quoi tous les régimes économiques ou politiques paraissent avoir été attachés pareillement. Sauf peut-être Raimond VI de Toulouse et ceux qui favorisèrent les Cathares ; encore le point est-il bien obscur.

TITRE I

LA FAMILLE

Chapitre premier

SOCIOLOGIE DU COUPLE*

Il semblerait naturel de commencer par Adam et Ève. Pourtant, de ce couple exemplaire, nous ne tirerons pas des exemples, seulement des effets : un effet de contraste et un effet d'ambiguïté.

Un effet de contraste, car nos premiers parents sont un vivant démenti à notre sujet : ils forment un couple sans sociologie. Non point sans psychologie, assurément, non point sans actions et réactions interpersonnelles. Mais d'une psychologie même reproduite à des milliers d'émotions, à des millions d'effusions (ils sont venus très vieux), on ne fera jamais une sociologie, si la société ne pénètre pas en tiers dans la relation d'individu à individu. Or, entre Adam et Ève, nous ne voyons pas que la société ait pu s'introduire (à moins qu'elle ne fût serpent). Voilà bien le couple absolu, celui qui a été en soi et par lui-même, tandis que tous ceux de sa descendance n'existent que dans la société — dans la société et par elle. Telle pourrait être, du moins, notre hypo-

* Ce discours avait été tenu lors d'un colloque dont les travaux furent publiés un peu plus tard dans la revue *Recherches et débats* (n° 74, décembre 1971, Desclée-De Brouwer édit.), sous le titre générique « Le mariage, engagement pour la vie ? » Le point d'interrogation atteste que la brise de mai 68 avait soufflé sur la puissance invitante (le Centre Catholique des Intellectuels français), d'où, dans le colloque, plutôt que sur le ménage, l'accent mis sur le couple (*copula*, un mot qui ne pouvait faire peur aux canonistes). Cela dit, le texte a été remanié çà et là pour tenir compte de l'extension de la cohabitation juvénile : la ligne philosophique (théologique ?) de l'hypothèse n'en a pas été modifiée. Et nous n'avons pas anticipé sur les réformes radicales qui ont été accomplies par la loi du 15 novembre 1999 (loi du *pacs*) (notamment, notre couple est toujours un couple de complémentarité, comme à la Création). Cf. C. BRUNETTI-PONS, L'émergence de la notion de couple en droit civil, *R.T.* 99, 27.

thèse : qu'au-dessus de la volonté d'un homme et d'une femme, c'est la société qui fait le couple et parfois le défait.

Nous ne comptons pas, on le remarquera, par mariages, mais par couples, par ménages. Des ménages, il en est de vrais et de faux, et c'est ici que le modèle ancestral ne va pas sans un effet d'ambiguïté. Car sur Adam et Ève, nous pourrions nous poser la question que nous nous posons sur tant de couples cotoyés dans le monde : étaient-ils mariés ? La logique est qu'ils ne l'étaient pas, si l'on fait réflexion que le mariage tient au droit et le droit à la société. À quoi j'ajoute de renfort — dans des théologies que je ne cache pas qui sont protestantes — un argument d'exégèse, le surprenant jeu de raquettes par lequel deux passages de l'apôtre Paul (Eph. 5 : 31 ; 1 Co. 6 : 16) renvoient, des gens mariés à d'autres qui manifestement ne le sont pas, les paroles sanctifiantes de la Genèse (2 : 24). Cette incertitude nous est du moins une invite à ne pas choisir.

► COUPLES EN MARIAGE

Cette sociologie du mariage sera limitée aux deux moments de la formation et de la dissolution. Encore n'est-ce que la dissolution par divorce qui sera envisagée.

a) Formation du lien. — Deux modèles populaires s'opposent : mariage de raison et mariage d'amour (les sociologues américains parlent du modèle romantique). On entend couramment dire que le mariage de notre époque est devenu exclusivement mariage d'amour, tandis que le passé — un passé qui peut flotter entre la III^e République et Louis XIV — connaissait seulement le mariage de raison. Et de renchérir : que le mariage de raison était une affaire qui se négociait entre deux familles, en total contraste avec cet élan instinctif de deux individus que serait le mariage d'aujourd'hui.

Il est probable que la réalité est moins sommaire, ne serait-ce que parce qu'un individu, même jeune, peut être tout aussi raisonnable qu'une famille. Des phénomènes qu'il est aisé d'observer laissent soupçonner que le mariage moderne n'est pas toujours pur de diplomatie, ni de calculs d'alliance. À en juger par les annuaires des conseils d'administration, les unions interdynastiques n'ont pas disparu. Et à des degrés qui se veulent plus innocents, il n'est pas sûr que la perspective d'un appui beau-paternel pour entrer à l'usine ou y obtenir quelque avancement, d'une coopération beau-fraternelle pour une plus agréable utilisation des vacances, ne puisse influencer une décision. Les juristes mesureraient volontiers les progrès du mariage individualiste, donc du modèle romantique, sur le mouvement législatif qui a peu à peu démantelé le veto parental, ramenant en 1907 la majorité matrimoniale des garçons à la majorité de droit commun, abolissant en 1917 les actes respectueux, et en 1927 permettant au mineur de se marier contre le gré de son père avec le seul

consentement maternel. Mais il est notoire que cette liberté juridique n'est utilisée effectivement que par un petit nombre et que, pour la grande masse, le mariage demeure une cérémonie de consensus familial. Aussi bien, le mouvement décrit n'a pas eu la signification libertaire qu'on lui attribue. Dans les milieux bourgeois du XIX^e siècle, le refus du consentement paternel opérait finalement comme une incitation à l'union libre, si bien qu'encourager les fils de famille à passer outre fut une manière d'encourager leur retour à la norme. Le droit, c'est-à-dire la société, a semblé abandonner sa coalition traditionnelle avec l'institution familiale, mais c'était en pensant à des situations exceptionnelles où les parents, par attachement à leurs intérêts propres, acceptaient de faire courir un risque à l'ordre social.

Plus directement et plus nettement que dans le droit, c'est dans les mœurs que devrait se refléter l'évolution d'un modèle matrimonial à un autre. Mais comment saisir objectivement un processus psychologique tel que la formation du mariage ? Quelques-uns se représentent ce processus d'après l'image qu'en publient la littérature, la presse, les *mass media*. Et alors, nul doute : c'est le mariage de type individualiste, libéré des contraintes familiales et sociales, qui prédomine. Mais, du temps de Molière, c'était déjà ce type de mariage que popularisaient les moyens de communication. Des féministes croient discerner dans une telle constance un complot permanent de la société *androcentrique* pour faire oublier à la femme ses véritables problèmes, pour lui dorer l'amertume de son infériorité. Interprétation assez discutable, pour peu que l'on prenne garde qu'au cours des siècles, les poètes ne se sont pas adressés aux garçons beaucoup moins qu'aux filles en faisant l'apothéose du mariage-passion. S'il y a un complot de la société et leurre, ce pourrait bien être à une fin toute différente : parce que le mariage se renforce de la persuasion jalouse où il est de reposer sur des sentiments inouïs plutôt que sur les raisons de tout le monde. Une certaine dose de romantisme concourt paradoxalement à la solidité des unions. Dans une civilisation du contrat telle qu'est depuis longtemps la nôtre, il est vraisemblable qu'en moyenne la conscience de *l'avoir-voulu* fait supporter plus de responsabilités qu'elle ne donne de prétextes à en rompre.

D'où la nécessaire liberté de choix. Et pourtant une telle liberté n'aboutit pas à cette *panmixie* dont les généticiens proposent la formule théorique, à une formation des couples qui s'opérerait absolument au hasard. Le choix s'exerce *librement*, mais à l'intérieur d'un milieu déterminé. Nous ne pouvons mieux faire, à cet égard, que de renvoyer à l'étude, si rapidement devenue classique, d'Alain Girard sur *le Choix du conjoint* (1964 et 1974) : l'homogamie paraît être la loi sociologique du mariage français (1). Chacun se marie dans son

(1) Ce qui ne veut pas dire que l'égalité persistera tout au long de la vie conjugale (cf. F. DE SINGLY, *Théorie critique de l'homogamie*, A.S., 1987, 181) : la femme diplômée, absorbée par le ménage et les enfants, pourra descendre ; le mari, stimulé par elle, pourra monter.

milieu — notion composite où se combinent, du reste, des éléments divers : le territoire, la classe, la profession, le niveau d'instruction, l'idéologie politique, la croyance religieuse. Cela n'empêche pas que les bals ne soient l'occasion d'une foule de mariages, et certes rien ne donne mieux l'impression de tourbillons aléatoires que la manière dont s'apparient des danseurs. Seulement, ne vont jamais à un même bal que ceux qui, par leurs appartenances antérieures, sont autodestinés à pouvoir danser ensemble.

Tout se déroule, en somme, comme si la société travaillait à ce que les mariages fussent assortis — ce qui s'harmonise à son dessein conservateur, car l'homogamie est facteur de stabilité. On se dira peut-être qu'il y a bien de la magie dans cette prétendue manipulation des individus par des forces cachées. Pourtant, le mode d'action de la société n'est nullement mystérieux : très clairement, c'est la famille qui intervient comme relais principal de la conscience collective. La conclusion est en relief chez Alain Girard : les parents, aujourd'hui encore, guident le *libre* choix des enfants vers l'accomplissement de la norme sociale, non plus par voie d'autorité, de consentement juridique, mais par un jeu subtil d'éducation préalable et d'influence à point nommé.

b) La dissolution du mariage par divorce. — Afin de rendre plus sensible l'hypothèse, nous feindrons que tous les divorces aient pour ressort l'accord des époux. Dans un système aussi complètement consensuel, il semble que le divorce soit l'affaire exclusive des divorçants, et que ni leurs familles, ni la société n'aient à y voir. Or, on pourrait se demander, au contraire, si une explication analogue à celle qui a été avancée pour la formation du mariage ne conviendrait pas aussi à sa dissolution par divorce : sans nier la réalité des décisions individuelles, on reconnaîtrait qu'elles fonctionnent seulement dans les limites d'un déterminisme social, déterminisme auquel la famille ici encore servirait de porte-parole. Mais de quel côté pèse la société ? Contre le divorce, bien sûr, le plus souvent. Quelquefois, néanmoins, dans le sens du divorce.

Il n'est pas de société qui soit sincèrement favorable au divorce. Et la nôtre aura beau en arriver, ainsi que l'y invitent les optimistes américains, à le regarder comme un épisode naturel de réajustement conjugal — après s'être longtemps satisfaite de le définir comme un mal nécessaire, suivant la formule austère de la tradition puritano-laïque — elle est bien trop vieille pédagogue pour jamais consentir à traiter comme tout à fait normaux des redoublants (en quoi elle a tort, car il est des redoublements qui sont des réussites).

Le divorce reste assez minoritaire pour être perçu par l'opinion comme un écart de la norme ; et celle-ci, même imparfaitement observée, contribue à le maintenir à l'état de fait minoritaire. On peut, par extrapolation de courbes, imaginer qu'un jour les proportions seront inversées. Nulle part, pour l'instant, elles ne le sont. Même dans les pays où la divorcialité atteint ses taux les plus élevés — la Scandinavie, les États-Unis — la situation de divorcé demeure

statistiquement et psychologiquement une exception : elle n'est pas, comme le veuvage, intégrée à la coutume de mariage.

En fait, tous les systèmes juridiques comportent un dispositif, si léger soit-il, de fond ou de procédure, qui tend à freiner ou à canaliser la propension individuelle à divorcer. Et à cette grille de règles de droit se superpose une grille de mœurs aux mailles plus étroites. Tous ceux qui, en droit, auraient la faculté de divorcer ne divorcent point, parce qu'une pression morale, diffuse ou précise, les en détourne — venue des familles, des relations de travail ou d'amitié, du milieu culturel plus généralement. Les contre-épreuves abondent. Ainsi, on parle parfois (improprement) d'une hérédité du divorce, en ce sens que, dans certaines familles, on divorce à chaque génération. Quelle cause ? Que les parents, ayant pratiqué l'institution à leur compte, sont sans force pour s'y opposer chez leurs enfants. On note encore ceci : la population des divorcés est évanescence, insaisissable. Et pourquoi donc tous ces départs sans laisser d'adresse ? C'est que le divorcé n'a pu divorcer et ne peut supporter le divorce qu'en s'évadant du réseau de ses relations antérieures. Et puis, il y a l'inégalité si frappante des taux régionaux de divorcialité : malgré l'unité du droit civil, un Breton a psychologiquement plus de peine à divorcer qu'un Marseillais. Chacun subit son climat.

L'inverse peut aussi se produire : qu'une poussée extérieure s'exerce en faveur du divorce. Tous les praticiens connaissent bien ce phénomène, le *divorce de beaux-parents* — quelques-uns croient pouvoir préciser : *le divorce de belle-mère*. Mais les explications qu'on en donne sont souvent superficielles : une rivalité pour la possession du mari, des divergences répétées sur la manière de tenir un ménage ou d'élever les enfants, bref, des tensions interindividuelles. Une analyse plus approfondie ne révélerait-elle pas un fait capital : que l'une des deux familles au moins avait désapprouvé l'union (sans doute parce que c'était une union hétérogame, mal assortie), au point que maintenant la solution du divorce, loin d'apparaître comme déviance et désordre, apparaît comme le retour à un ordre supérieur ?

Mais, par-delà ces actions (oserons-nous dire *divorcigènes* ?) du milieu, qui sont des actions fragmentaires et épisodiques, s'exerçant pour que tel couple en particulier se dissolve, la réflexion doit se porter sur un phénomène plus massif, qui est l'institution même du divorce, plus exactement — car seule la dynamique législative permet de donner au phénomène sa pleine signification de sociologie politique — *l'introduction* (ou l'extension) du divorce dans un système de droit qui le rejetait (ou le restreignait), à l'opposé son abolition (ou sa restriction) dans un système de droit qui auparavant l'admettait. Un vote tel que celui de la loi Naquet chez nous, ou de la loi italienne du 1^{er} décembre 1970, traduit une attitude globale de la société. La société *veut que divorcent* un certain nombre de couples, de couples sans visages. Or, pourquoi le veut-elle ? Les motifs en sont mélangés, et il ne suffirait pas, pour les élucider, d'analyser les débats parlementaires, ni même de percer à jour les menées des *lobbies divorcistes*. Un fait, cependant, est indubitable, imposé par la constata-

tion même qu'une loi a été votée à la majorité : c'est qu'il n'y a pas de commune mesure entre ceux qui proclament le droit au divorce et ceux qui divorceront, c'est que l'opinion divorciste dépasse considérablement la pratique divorçante.

Après tout, il se peut que l'organisation de certaines formes de déviance fasse partie de l'hygiène d'une société. Tout se passe comme si les États modernes éprouvaient le besoin qu'au moins un couple sur trois ou quatre échoue afin que les autres prennent mieux conscience de leur réussite relative, de la fragilité de cette réussite aussi, et, par le sentiment de leur précarité, renforcent leur cohésion. De sorte que le couple divorçant pourrait bien être sacrifié au bonheur des autres — sauf au système juridique, pour recouvrer son confort, à adoucir, embellir le sort des sacrifiés. De même que la sociologie criminelle fait fausse route en limitant sa recherche aux délinquants sans se préoccuper des non-délinquants, de même il manquera quelque chose d'essentiel à la sociologie du divorce tant qu'elle ne considérera que les divorçants : ce sont les non-divorçants qui les divorcent.

► COUPLES HORS MARIAGE

Posons en tête de ce chapitre que si, dans l'absolu intemporel, le couple hors mariage pouvait se concevoir comme pure absence de mariage, dans la réalité sociologique il a besoin du mariage pour être lui-même. Par là nous ne faisons pas allusion au phénomène que les juristes ont si complaisamment dépeint depuis l'entre-deux guerres : le prétendu avènement de l'union libre au rang de pseudo-mariage, les reflets de droits conjugaux charitablement répandus sur la concubine par le droit social, voire par le droit civil. C'est un sens plus profond qu'il convient d'accorder à la formule : le vrai est que, dans son apparente indépendance, l'union hors mariage est comme téléguidée par la présence du mariage et, plus en arrière, par la présence de la société. Trois variétés du phénomène nous en seront témoins : les relations prénuptiales, le concubinage, l'union libre.

a) *Les relations prénuptiales.* — Tant bien que mal, on les juge à leurs fruits en dénombrant les naissances survenues dans les huit premiers mois du mariage. C'est une assertion qui traîne partout *qu'autrefois* la jeunesse était plus chaste, et que les conceptions prénuptiales se sont multipliées dans nos sociétés industrielles parce que le respect du mariage s'y est affaibli. Pourtant, la démographie historique, si parcellaires qu'en soient les indications (2), laisse deviner dans l'Europe agraire du XVIII^e siècle des taux de « Pâques avant Rameaux » qui ne le cédaient guère aux nôtres. Interprétons-nous cor-

(2) Cf. Peter LASLETT, *Un monde que nous avons perdu*, 1969, p. 154.

rectement le phénomène en le rapportant à un relâchement des mœurs sexuelles ? Mariage à l'essai, dit-on souvent, pour en stigmatiser l'intention. Seulement, à l'essai de quoi ? Ce n'est pas essai de vie commune, c'est très visiblement essai de fécondité. Et voici que nous rejoignons une des coutumes matrimoniales les plus primitives, car c'est dans la famille patriarcale que le risque de n'avoir pas de descendance a été le plus redouté. Au moins une part des conceptions pré-nuptiales paraît bien se situer ainsi dans des milieux non pas modernistes, mais traditionnels. Avec des statistiques plus affinées que celles dont nous devons nous contenter, on pourrait même mettre à l'épreuve une hypothèse historique : que le phénomène a plus d'intensité dans les régions de l'Est et du Nord de la France, là où le modèle germanique des *Brautkinder* a le plus fortement imprégné les mentalités collectives.

Relevons, d'ailleurs, l'expression qui était employée usuellement pour désigner ces mariages à la postérité accélérée : c'étaient les *mariages forcés*. Combien il est curieux, à la réflexion, que la seule contrainte *ad nuptias* qui subsiste dans nos sociétés industrielles soit justement celle-ci, non pas contrainte juridique, il est vrai, mais contrainte de mœurs (pour les sociologues américains, c'est même l'exemple favori de *mores* que cette règle qui, selon eux, dans tous les peuples occidentaux, oblige le séducteur à épouser la fille engrossée). Or, où sont les agents de la contrainte ? Diffusément dans le milieu, plus immédiatement dans les familles, et il ne semble pas qu'en général les parents du garçon soient les derniers à faire pression pour la régularisation. Les mariages forcés révèlent la force du mariage.

b) Le concubinage. — À la différence de la précédente, transitoire par définition, cette forme d'union hors mariage est durable. Elle implique cohabitation, ménage commun. C'est le concubinage *traditionnel*, qui a dans sa nature d'être et de se sentir une exception. On serait tenté de dire le concubinage d'autrefois, mais, quoique la montée de la cohabitation juvénile l'ait refoulé dans l'ombre, il subsiste parmi nous — sans juvénilité. Le point important, c'est qu'à ces *collages* l'expression d'union libre ne conviendrait pas du tout : ces concubins-là ne sont tombés au concubinage ni par choix de la liberté ni dans la liberté du choix.

Choix de la liberté ? Mais, le plus souvent, ils ne se sentent pas moins liés que s'ils étaient mariés, quoique d'une autre manière. À preuve cette pratique si curieuse — peut-être assez ancienne et transmise par on ne sait quelle chaîne de folklore — qui, dans les grandes villes, amène concubin ou concubine à faire une déclaration au commissariat de police lorsque son partenaire a décampé ou lorsque lui-même décampe. La déclaration est enregistrée pour valoir ce que de droit (c'est-à-dire rien ou à peu près) sur la *main courante* du commissariat, et c'est comme un divorce au petit pied.

Pas davantage il n'y a liberté du choix, pas davantage le concubinage n'est un état librement choisi par préférence délibérée au mariage. Si des couples se

tiennent hors de l'état civil, c'est sous de très lourdes contraintes sociales. Quelques-unes de caractère juridique, une des plus fréquentes étant que l'un des concubins traîne après lui un lien antérieur de mariage non dissous (il y a bien le divorce, mais il est souvent impossible en droit ou même en fait, car, pour mener à son terme une procédure, il faut des ressources pécuniaires, et surtout psychologiques). La contrainte des mœurs a probablement un champ d'action encore plus vaste. Beaucoup de mariages sont inhibés par la crainte d'une désapprobation du milieu. C'est, sans cesse renaissant au fil des siècles, le phénomène du *concupinatus* à la romaine, l'union de type inférieur, que le sentiment collectif semble trouver préférable au mariage, lorsque celui-ci enfreindrait la règle d'homogamie, parce que dans le mariage il y a une solennité, une fête, une joie qui ferait éclater le scandale de la transgression. Et derechef la famille sert de relais à la pression sociale : il est des parents qui se résignent à ce que leur fils vive maritalement (situation qu'ils escomptent passagère) plutôt que de le voir épouser une fille de classe inférieure (situation qui résisterait davantage aux ruptures); il est des enfants, à la campagne et à la ville, qui s'opposent à ce que le père veuf se remarie (il faut sauvegarder le patrimoine), mais qui tolèrent qu'il prenne sa servante pour concubine.

c) *L'union libre*. — Vraiment libre ? Longtemps l'appellation a été réservée à un concubinage de type élitiste plutôt que populaire, intellectuel plutôt qu'utilitaire : le concubinage des écrivains, artistes, gens de théâtre, étudiants aussi. Mais, de nos jours, qui n'est étudiant, ou n'en a gardé l'esprit ? Ce qui explique la métamorphose (et la crue) de l'union libre en cohabitation juvénile. Ce sont les *couples sans papiers* de notre temps : leur jeunesse prolongeable faisant présumer l'amour romantique, un amour libre, librement noué, librement rompu, ils semblent ne subir de pression que de leur passion et demeurer imperméables au conditionnement social.

À quoi l'on peut répondre que, s'il n'y a pas détermination par la société globale, il peut y avoir détermination par le milieu particulier. Ceux qui pratiquent cette sorte d'union, de conception apparemment individualiste, ne sont pas pour autant des solitaires, ils peuvent même être des moutonniers. Ils appartiennent à une sous-culture au sein de l'ensemble culturel du pays, la sous-culture de *l'intelligentsia* ou la sous-culture de la jeunesse. Les sous-cultures ont, sinon des normes, du moins des modes : modes vestimentaires, modes de langage, mode de mœurs. Les modes ne sont pas irrésistibles ; elles sont, cependant, tyranniques. Le spectacle de la rue témoigne de la tyrannie effroyable des *jeans délavés*. La chute de la nuptialité dans les statistiques témoigne, moins ostensiblement, de la force d'attraction du non-mariage. Le non-mariage n'est pas plus libre que le mariage : seulement, la contrainte vient des copains, non pas des parents.

La recherche semble conclure à ceci : qu'homme et femme en couple exercent très librement leurs volontés, mais — sauf évasion accidentelle — dans le

champ très étroit où ils sont enfermés par des déterminismes collectifs : une marge — ou une illusion — de choix sous une rigoureuse mise en conformité ; ne retrouverait-on pas là, après sublimation théologique, le problème du libre-arbitre sous la prédestination ?

L'objection ne manqua pas de m'être faite, dans ce sympathique conventicule, que la société n'est pas Dieu. C'est, cependant, sur une telle transposition que reposait, implicite ou explicite, la théologie durkheimienne. Je m'étonne un peu que les théologiens de ce que l'on avait nommé naguère *théologie nouvelle ou de la libération*, ici ou là, chez Pierre ou chez Paul, dans leur quête d'une divinité immanente à l'humanité, n'aient pas redécouvert Durkheim. Au lieu de chercher Dieu dans une rencontre avec les autres, c'est-à-dire dans un monde fragmenté, fortuit, incohérent, que ne lui donnent-ils plutôt pour visage l'Autrui organisé, la plénitude de l'Autrui, la Société ? Il y avait dans cette sociothéologie une voie théorique pour tenter l'impossible fusion, en faisant de la relation horizontale une transcendance.

Pour l'heure, c'est un spectateur qui parle. Ses sentiments personnels l'inclineraient plutôt à un certain fondamentalisme — ne fût-ce que par pessimisme, l'expérience du droit lui ayant appris que l'herméneutique est la forme savante de la désobéissance, si bien que de deux interprétations, la plus naïve est celle où l'on est le plus assuré de moins désobéir. Cela n'étant dit que pour finir par quoi nous avons commencé, par Adam et Ève : sans doute une histoire vraie.

Chapitre II

UNE FAMILLE PAR EXEMPLE

C'est pour le droit une famille exemplaire, parce que, sans effort particulier, les juristes auront pu en observer trois générations. Encore l'observation porte-t-elle seulement sur ce que ces trois générations, chacune à sa manière, ont accepté de livrer au public. Les juristes, surtout ceux du droit civil, se forgent du secret des familles une idée très étroite, bien plus étroite que les médecins. Habités à ne pas chercher la vérité ailleurs que dans les cartes étalées par les plaideurs, ils manquent de cette curiosité inquisitoire qui, par l'emploi de lettres intimes et de conversations privées, renouvelle les biographies.

Le domaine public, il est vrai, contient déjà beaucoup d'éléments que cache le commun des hommes, lorsque l'auteur était, par tempérament, enclin à s'épancher. Et certes, dans cette famille-ci, il n'a pas déplu à celui qui fut non pas souche ni rejeton, mais bien l'arbre lui-même, de s'acquérir une réputation par la facilité des confessions publiques — un peu comme Jean-Jacques Rousseau, et sans doute pour les mêmes motifs confessionnels qui lui avaient interdit les confessionnaires plus obscurs. Dans ce déballage, notre personnage fut-il constamment sincère ? Il ne doit pas être rare qu'au tribunal de la pénitence, des confessants cherchent à éblouir leurs confesseurs par des feux d'artifice de péchés. Pourquoi attendre d'un écrivain plus de sobriété ? D'autant que de celui-ci nous avons l'aveu que, dès l'enfance, jeune grain déjà, il savait fabuler et faire marcher les médecins (1).

Il s'agit de la famille d'André Gide.

I.

Qu'elle soit venue échouer sur un procès fiscal n'a rien que de glorieux quand le fisc est la Régie de l'Enregistrement, car il n'est pas rétiaire plus valeureux

(1) Même de Rousseau, il faudrait se demander s'il n'a jamais voulu mystifier les Parisiens (il n'y a que les Parisiens pour croire les Genevois incapables d'humour).

que l'Enregistrement dans les combats du droit civil. De toutes les administrations fiscales, c'est la plus racée. Chargée d'asseoir, à l'occasion des mutations par décès, un impôt, voire un véritable prélèvement sur le capital, des cornes anticapitalistes auraient pu lui pousser assez naturellement. Or, on ne lui en aperçoit pas la moindre trace. Si quelque modèle historique l'obsède, c'est celui des grands feudistes, plutôt que des Lassalle et des Pigou, abolitionnistes ou euthanasistes de l'héritage (2). Il n'est pas d'administration, toutefois, qui ne puisse voir rouge, si elle a l'impression que l'administré se moque d'elle.

En l'espèce, André Gide étant mort en 1951, sa fille adoptive et unique héritière *ab intestat*, avait déposé la déclaration de succession légalement requise ; mais elle n'y avait fait figurer qu'un actif relativement modeste de huit millions et demi d'anciens francs (n'entraînant qu'une perception d'impôt de quelque deux millions), parce qu'elle avait résolument tenu pour zéro tous les droits d'auteur recueillis par elle.

La riposte de l'Enregistrement fut de rectifier la déclaration, en y réintégrant trente et un millions au titre de la propriété littéraire (3). À quoi devait correspondre pour elle une perception supplémentaire de vingt millions : dix millions de droits simples et autant de pénalités (le salaire de l'omission). Héritière de s'insurger, de porter l'affaire devant le tribunal (4). Elle perdit. C'était une cause perdue.

Les causes perdues attirent les raisonnements aventureux. Ce que l'on avait tenté devant les juges, c'était de faire évaporer les droits d'auteur, des droits si intimement attachés à la personne (5), où il est si difficile de discerner un capital derrière les revenus (6), et d'ailleurs si aléatoires, si précaires dans les profits qu'ils procurent (7) — comment aurait-on pu avoir l'idée de les ranger parmi ces propriétés matérielles, bien assises, éternelles, pour lesquelles ont été inventés les droits de mutation par décès ? Ainsi courait le plaidoyer. Mais c'était un genre de thèse qu'il ne faut pas espérer faire admettre à chaud en

(2) L'Allemand Ferdinand LASSALLE (1825-1864) et l'Anglais Arthur Cecil PIGOU (1877-1959) avaient tous deux cultivé le projet d'une abolition à long terme, de la propriété privée. Mais LASSALLE, socialiste, y arrivait par l'abolition de l'héritage ; PIGOU, économiste du *Welfare*, adoucissait la transition pour les propriétaires en place (leurs droits en pleine propriété seraient d'autorité convertis en usufruits). On retrouvera LASSALLE, *infra*, p. 303, note 36.

(3) Évaluation modérée : d'après les chiffres qui furent mentionnés dans les débats ultérieurs, les droits d'auteur effectivement perçus sur l'œuvre de Gide au cours des seules années 1951 - 1954 devaient dépasser 38 millions d'anciens francs.

(4) Trib. civ. Seine, 13 juill. 1955, *J.C.P.* 1955.2.9043, note G. LAGARDE ; cf. *Archiv für Urheber-Film-Funk-und Theaterrecht*, t. 25, 56, p. 279.

(5) On reconnaît la théorie préconisée dans le domaine des régimes matrimoniaux, afin de maintenir hors de la communauté la propriété littéraire créée par l'un des époux. Mais cette théorie (actuellement prise en charge par le Code de la propriété intellectuelle, L. 121-9), n'a jamais signifié que les droits d'auteur (les droits pécuniaires, par opposition au droit moral) dussent être traités comme des droits extra-patrimoniaux.

(6) et (7) Voir page suivante.

jurisprudence, lorsqu'on a commencé par se mettre dans son tort en niant tout. Paradoxe pour paradoxe, autant aurait valu plaider que l'héritier tient ses droits à exploiter l'œuvre, non pas du défunt par succession, mais immédiatement de l'État, par l'effet d'une concession nouvelle, qui, n'impliquant pas mutation, n'est pas soumise à l'impôt successoral (8).

Les gens font d'abord ce qu'ils désirent, pour le bien ou pour le mal ; puis, ils cherchent le droit, ils lui demandent de les faire blancs de son épée. Un cas tel que celui-ci est bien propre à illustrer ce qu'a de récurrent la démarche juridique, et avec quelle ductilité complaisante les ressources dialectiques du droit répondent aux appels de la passion. Ici, justement, c'est la passion de l'héritière qui nous intéresse. Car, poussé à ce point d'insolence, le silence fiscal a quelque chose de passionnel : ce n'est plus quête d'un gain, c'est refus de l'institution. Que si l'institution est l'impôt successoral, le refus se sublime en une défense de la famille. Il n'exprime plus un égoïsme individuel, mais la solidarité d'un groupe : c'est la communauté familiale, chaude et vivante d'être fermée, qui se dresse contre la collectivité, hiératique et glaciale sous prétexte d'être toute à tous.

(6) L'analyse juridique suppose, dans la propriété littéraire, un droit-souche qui serait distinct des produits d'exploitation. Après tout, l'Enregistrement, qui se pique de réalisme, aurait bien pu décider de frapper directement les produits, en dédaignant ce droit-souche, qui n'est qu'une vue de l'esprit. Mais il avait jusque-là suivi l'analyse des juristes ; l'occasion n'était guère propice à solliciter de lui une originalité. Il aurait fallu peut-être évoquer la théorie fiscale dite des *biens rentrés dans l'hérédité* : quand des biens qui ne se trouvaient pas dans le patrimoine du *de cujus* au jour du décès y entrent par suite d'un événement postérieur, c'est cet événement, et non le décès, qui constitue le fait générateur de l'impôt (cf. Civ. 26 avril 1870. S. 1870.1.337 ; Civ. 5 mars 1883, S. 1884.1.138, D. 1883.1.396 ; Civ. 19 juill. 1887, S. 1888.1.387, D. 1888.1.121) ; si bien qu'un nouveau délai est ouvert aux héritiers pour souscrire une déclaration complémentaire. Dans cette argumentation, l'intéressé n'aurait eu à déclarer la propriété littéraire qu'au fur et à mesure des versements des éditeurs, et aucune omission n'aurait pu lui être imputée a posteriori. C'eût été du moins une bouée de sauvetage où s'accrocher, pour se racheter des amendes.

(7) On insistait abondamment sur cet argument de fait, et sur l'espèce de loi naturelle qui veut qu'à la mort d'un écrivain sa vogue subisse une éclipse plus ou moins prolongée. Mais c'était confondre existence et valeur. Le fisc reprochait à la déclarante non une insuffisance, mais une omission. Sans doute, quand le défunt n'a laissé aucun bien pécuniairement appréciable, les héritiers ne peuvent être contraints de souscrire une déclaration négative ou pour mémoire (trib. civ. Castres, 9 août 1887, D. 1889.5.222), comme l'eût peut-être exigé la logique extrême de la théorie d'Aubry et Rau, pour qui le patrimoine n'était qu'un contenant. Encore faut-il que ne se révèle absolument aucun actif. Dès qu'il y a un actif apparent, ne fût-il qu'apparence, une déclaration est nécessaire (cf. trib. civ. Nîmes, 2 juillet 1931, *Revue de l'Enregistrement*, art. 9629) : l'estimation peut être faible, voire symbolique, elle ne peut être éludée.

(8) Au crédit de cette conception, on peut remarquer que les textes (aujourd'hui, le Code de la propr. intell., art. 123-1, al. 1 et 2), en réglant dans des dispositions séparées les droits de l'auteur, puis ceux de ses héritiers, suggéreraient plutôt l'idée de deux investitures successives que celle d'une transmission. L'impôt successoral serait donc ici hors de son domaine propre ; et s'il y avait matière à un impôt quelconque à l'occasion de cette seconde investiture, acte gracieux du souverain, on pourrait dire que celui-ci le retient d'avance en moins donnant, en limitant la durée de la concession octroyée. Dans le cas particulier des œuvres posthumes, on paraît bien considérer que le droit d'exploiter est concédé directement à l'héritier, comme une prime à la publication.

Ananias et Saphira furent, aux temps apostoliques, les prototypes, homme et femme, de cette résistance frauduleuse aux prélèvements sur le capital. Symbole funèbre, exemple destiné à frapper les peuples d'épouvante, ce couple parfait paya d'une double mort subite sa tentative misérable de dissimuler à Pierre — à la première Eglise, à la collectivité — le prix du champ qu'il avait vendu (9). Et certes on se saurait approuver une attitude si visiblement inspirée par le démon. Mais comment ne pas se sentir ému devant ces époux, Philémon et Baucis de la fraude ? Ils devaient s'aimer beaucoup pour aimer si peu la société. Pierre avait bien deviné où était le cœur de leur fraude : pourquoi vous êtes-vous concertés... ? Il ne leur reprochait point tant d'avoir menti que d'avoir menti *ensemble* — dans une de ces complicités conjugales qui mettent en déroute les autorités. Toute la subtilité de Satan : il ne souffle pas aux fraudeurs la haine du prochain, mais l'amour de la famille, qui fait haïr le prochain.

Comme il fallait que cette famille Gide fût forte pour que si instinctivement on y ait dit *non* à la collectivité (10).

II.

Critiquer la manière dont les enfants des autres sont élevés a toujours été un passe-temps de voisinage. Mais ce qui était commérage autrefois prend aisément aujourd'hui l'autorité de la science : le goût de la psychologie s'est beaucoup répandu, les psychologues se sont multipliés. Chacun peut trouver dans les magazines le ton qui convient, doctrinal et protecteur tout ensemble — le ton d'une assistante sociale de haut rang — pour découvrir et déplorer les carences familiales qui, de traumatismes en psychoses, peuvent déterminer un adolescent à dévier. Lorsque l'enfant a été la semence d'un homme illustre, c'est le public entier qui se sent des apitoiements de voisin.

(9) Actes des Apôtres, 5 : 1-11. Plus haut (4 : 32-37) est décrit le mécanisme de collectivisation organisé par les Apôtres. Qui sait si des esprits attachés à la tradition n'y voyaient pas une impiété, une offense à la signification profonde de la dîme ? Car dans celle-ci il pouvait y avoir, il peut y avoir encore une double leçon : que l'individu doit abandonner 1/10 de ses ressources aux besoins collectifs, mais réciproquement que la collectivité doit lui en laisser 9/10 pour ses besoins individuels. Le dixième pourrait être le seuil psychologique, empiriquement découvert, de la révolte anti-fiscale, déclarée ou larvée.

(10) André GIDE lui-même avait bien aperçu l'ombre légère — tragi-comique — que le droit des successions et les droits de succession font passer sur nos nourritures terrestres. Témoin ces chuchotements évocateurs (*Les nouvelles nourritures*, 1935, livre 4, *J, Rencontres*, 2) : « Puis le temps vient où il nous faut quitter tout cela... Un tas de biens thésaurisés, des propriétés, des bibliothèques... On dit qu'il laisse une assez importante fortune, une collection de médailles et de tableaux. Rapport au fisc, les collatéraux n'en toucheront pas un centime. » Cf. sur la psychologie de la fraude fiscale, mais plus spécialement devant l'impôt sur les revenus, v. J. DUBERGÉ, *La psychologie sociale de l'impôt dans la France d'aujourd'hui*, Paris, 1961, p. 91 et s. (cf. A.S., 1961, p. 384); CADDIET, NEVEU et al., *Regards sur la fraude fiscale*, Rennes, 1986.

Il est beaucoup de bonnes âmes, et sincères, qui plaignent André Gide d'avoir eu pour père un professeur de droit romain (11). Elles concèdent que, socialement, il aurait pu faire plus mal. Mais, psychologiquement, la rencontre était malheureuse. À un garçon tourmenté, dans une société en transformation rapide — voyez : la République, la Tour Eiffel, l'anarchie — que pouvait apporter de bénéfique un tel père, ou du moins (puisque celui-ci, avec une relative opportunité, sut mourir tôt, le laissant orphelin à douze ans) un tel exemple paternel ? On essaie de se représenter ce que pouvait être le cocon familial préparé par un droit romain d'exégète : la bibliothèque lourde de lois, l'abat-jour bourdonnant de sentences *Familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ... Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet...* (12). À un héritage de règles avares n'était-il pas fatal que répondît une vie de liberté prodiguée ? Ainsi va, action et réaction, comme par une nécessité mécanique, l'alternance proverbiale — semi-proverbiale — des générations.

Les apparences sont contre Paul Gide. Sa robe d'antécresseur, une barbe soignée, quelque embarras dans la démarche (13), une certaine retenue du style, c'est assez pour composer un symbole de la gravité juridique. Rien de plus plausible que de conclure ensuite de la forme au fond. Sous le juriste grave, on a présumé le conservateur des normes, le *nomophylax*, voué à la garde du droit raide, d'un droit sans humour ni amour. Et le reste se déduit sans peine. La raideur du droit fait rêver de courbes flexibles ; les normes jalousement conservées donnent des envies d'évasion vers l'anormalité. Car enfin c'est dans la nature humaine : la loi, en intervenant, a fait foisonner la transgression ; le moraliste trop parfait engendre son contraire. Dans la péroration affectueuse de l'éloge funèbre qui fut consacré à Paul Gide dès les lendemains de sa mort (14), quelques-uns croiront percevoir comme le tremblement d'une crainte

(11) Sur Paul GIDE, agrégé en 1858, mort en 1880, à quarante-huit ans, v. *La notice nécrologique* publiée par son collègue BUFNOIR en 1881, et *l'in-memoriam* qu'Adhémar EISMEIN, autre collègue, ajouta en 1885 à la réédition de *l'Étude sur la condition privée de la femme*.

(12) *Digeste* (Ulpien), 50,16,195, 2.

(13) Adhémar EISMEIN, mêlant quelques roseries à l'encens, relève cette timidité d'allure, et n'hésite pas à l'expliquer par un reste de la soumission filiale qui avait gouverné la jeunesse de son collègue en histoire. Car, s'il y eut dans le lignage un *paterfamilias* à poigne, ce fut bien, semble-t-il, le père de Paul, grand-père d'André, le terrible président d'Uzès. Cependant, admirez comme tout s'enchaîne dans une famille bien ordonnée à son destin : sans le président, il n'y aurait pas eu le licencié en droit, qui devint le professeur ès lois, sans lequel, malgré les apparences, ne se serait pas formé l'ennemi des lois...

(14) BUFNOIR, *loc. cit.* L'accent légèrement pompier de ce thrène ne doit pas induire en erreur (non plus que l'idée que sur la foi du titre, on pourrait se faire de l'ouvrage fondamental de l'auteur, ouvrage posthume du reste, *Propriété et contrat*, 1898) : BUFNOIR ne passa pas sa vie à célébrer la beauté des lois, adossé à deux piliers de l'ordre social. C'était, lui aussi, une intelligence ouverte à tous les horizons, très éprise de nouveautés et de progrès (cf. la préface de GUILLOUARD à *Propriété et contrat*).

prophétique : « Puisse surtout le fils auquel auront manqué trop tôt sa direction et ses conseils, en lisant plus tard ces quelques lignes dictées par un sentiment de profonde estime, comprendre ce qu'il doit à la mémoire de son père, et y puiser le désir fortifiant de se rendre digne de lui ! » Mais que l'on se mette à la place du pauvre enfant vêtu de noir : si le droit n'est que cette culture héréditaire des devoirs, se révolter contre lui n'est-il pas un droit de la nature ?

Dans cette interprétation des événements il y a, pourtant, une faille : Paul Gide n'était pas du tout le juriste que l'on pense, pas du tout ce glossateur que les textes et les règles auraient coupé de la vie. Historien, il l'était sans doute, mais afin de demander au passé le sens du mouvement qui emporte le droit (15). Par relativisme, de la même manière qu'il s'adonnait au droit comparé (16), à une époque où le comparatisme était rare, et qui plus est à un droit comparé voyageur, à une époque où les sciences juridiques étaient plutôt sédentaires (17). Un fantaisiste, un non-conformiste, ce serait trop dire. Mais un esprit original, courageusement novateur dans les choses du droit, ses œuvres en portent témoignage (18).

Paul Gide avait justement consacré le principal de sa réflexion aux problèmes de la famille — la femme, l'enfant naturel, la concubine, tous ceux que le Code Napoléon avait apparemment laissés en quelque position de dénuement juridique (19). On surprendrait fort maintes militantes du féminisme en insinuant que le fils, tout compte fait, malgré son rayonnement libertaire, n'a pas eu autant d'influence que le père, sur ce que nous sommes convenus d'appeler l'émancipation de la femme. Alors qu'autour de lui, chez les juristes français, l'incapacité de la femme, la puissance maritale étaient encore tenues pour des institutions indiscutables, Paul Gide les soumit à une critique enveloppante par sa modération même, et qui, diffusée insensiblement dans les opi-

(15) Il fut un des premiers à souligner l'importance du droit grec, bien négligé de son temps (*Condition de la femme*, p. 94) ; il manifesta pour les droits archaïques (vus à travers le *Mutterrecht* de Bachofen) un intérêt sociologique tout à fait exceptionnel chez les juristes français de l'époque.

(16) Le droit allemand était sa spécialité (ex. sa traduction, en 1873, des lois hypothécaires prussiennes de 1872). Ce qui faisait dire à ceux qui ne l'aimaient pas (car il y en avait parmi les juristes, autre signe de personnalité) qu'il devait beaucoup aux Allemands. Mais il avait eu le mérite de filtrer en puisant.

(17) Il avait été jusqu'au *fiords de Norvège*, rapporte BUFNOIR admirativement. D'où, pour les droits scandinaves (v. *Étude sur la condition privée de la femme*), un intérêt qui était alors bien peu répandu chez les Français.

(18) Cf. J. LACAN, *Écrits*, 1966 (*La jeunesse de Gide*, p. 739 et s.), p. 746 : *...enseigneur original en matière de droit...* À l'opposé, il semble que Pierre LEPAPE, dans son *André Gide*, 1997, p. 26, 46, 66, aurait moins sous-estimé la personnalité du père, s'il avait mieux compris l'œuvre du juriste.

(19) *Étude sur la condition privée de la femme*, 1^{re} édit., 1867 *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, 1880.

nions doctrinales, finit par toucher l'inconscient législatif. Sur toute sa conception de la famille est répandu comme un rayon non pas de laxisme, mais d'indulgence aux faiblesses des autres. Indulgence pour la concubine : il ne dissimule guère que du concubinage au mariage, du fait au droit, la possession d'état pourrait jeter un pont acceptable. Indulgence peut-être même pour Corydon, à la faveur de l'histoire : au risque de scandaliser ses collègues, ne se donne-t-il pas le plaisir d'insérer dans une grave dissertation l'épithète qu'un Romain oublié avait consacré à son esclave favori : *Entycheti puero delicato...*, *brevis voluptas fuit* (20) ?

Qui prétendait que, feuilletant les écrits de son père, le jeune André Gide n'y aurait puisé que des leçons édifiantes ? Le fils ne fut point tel que le père, mais il n'eut pas besoin de se révolter contre lui. C'est cela, une famille : des générations qui glissent l'une dans l'autre, diverses, non adverses ; une fidélité invisible sous des ruptures extérieures ; un serpent qui change de peau, mais en gardant obscurément un peu de ses songes, d'une mue sur l'autre.

III.

Pour une seule phrase plus que pour tout le reste, André Gide s'est attiré gloire, mais infamie dans le droit de la famille. « Familles, je vous hais ! ». Remarquez-le bien : non pas famille au singulier. On a le droit de haïr sa famille : c'est un type de conflit qui est catalogué, donnant lieu à de fructueux procès de divorce, de filiation, de succession, etc. Détester sa famille en particulier n'empêche pas de respecter la famille en général. Mais que l'on mette le mot au pluriel, qui représente l'institution, l'exécration prend une tout autre résonance : c'est un pilier de l'ordre social qui est ébranlé. Un tel sentiment ne rejette-t-il pas hors du droit et de la morale commune celui qui le professe ? Au temps de Vichy, ce « je vous hais »-là fut ressenti par beaucoup comme un outrage, non pas au drapeau, ce qui eût été délit, mais à la devise nationale d'alors (un tiers d'outrage).

Pourtant, il est une manière de haïr les propriétaires qui cache mal l'amour de la propriété. Il faut croire profondément au bonheur pour le reprocher aux gens heureux, et au bonheur familial pour en faire grief aux familles. Car c'est cela, le souffle de l'admirable texte : non point la haine des foyers clos mais la douleur de n'y pouvoir entrer (21). L'adolescence passée, vient un instant

(20) ORELLI, *Inscriptionum latinarum collectio*, n° 2803 (épigraphie reproduite dans l'étude sur la condition de l'enfant naturel).

(21) « Au soir je regardais dans d'inconnus villages les foyers, dispersés durant le jour, se reformer. Le père rentrait, las de travail ; les enfants revenaient de l'école... Familles, je vous hais ! foyers clos, portes refermées ; possessions jalouses du bonheur... » (*Les nourritures terrestres*, 1897, livre 4, 1).

d'effroi devant la solitude, par quoi les individus sont déterminés, nécessités, chacun après l'autre, à constituer une famille (un effroi dont ils ne savent pas analyser la vraie cause, parce qu'ils ne soupçonnent pas encore qu'ils sont mortels). C'est l'état d'âme que Gide dépeint ici avec une violence désespérée. Ces scènes d'intimité domestique autour desquelles il déclare avoir rôdé comme un voyeur, de quelle passion il a dû désirer les vivre pour lui-même. « Parfois, invisible de nuit, je restais penché vers une vitre, à long temps regarder la coutume d'une maison... » Une formule telle que celle-ci ne s'invente pas. Elle exprime une aspiration ancestrale, le rêve, que tout homme nourrit en lui, de devenir fondateur — père fondateur —, législateur, de régner sur sa *domus* comme sur une île ayant un droit à part des autres, trouvant la paix et le bonheur dans des règles, mais dans des règles qui ne seront point les vôtres.

Il est vrai qu'un biographe (22) — d'ailleurs bien intentionné, car ces temps-ci c'est assurer l'avenir d'un mort que de lui donner rétrospectivement le visage d'un prophète subversif — a cru pouvoir découvrir, au contraire, dans l'exaltation de l'irrégularité, la clef par où déchiffrer ce que Gide pensait de la relation familiale. Des *Caves du Vatican* aux *Faux monnayeurs*, l'enfant naturel, parce qu'il est l'être sans liens préalables, serait l'enfant chéri, le héros selon le cœur gidien. Et certes, il est clair que la paternité appelée à grands cris dans les *Nourritures terrestres*, c'est la paternité toute nue, qui n'a pas besoin du vêtement juridique de la légitimité. Mais que les biographes n'ont-ils la curiosité de se demander ce qui, dans cette sympathie à l'irrégularité des naissances, venait de l'individu ou de sa communauté — familiale ? Un protestant comme Gide — il faut entendre : un réformé de France — ne saurait peser la valeur morale des filiations dans la même balance historique que les autres Français. Par les canons de l'Eglise romaine, nous portons ou apportons tous avec nous quelque barre de bâtardise : fils de bâtards, si les pères étaient nés au désert sans état civil ; père de bâtards, celui qui, de nos jours, prend le risque de protester en s'évadant de la *facies Ecclesiae*. Et après ? Plus devaient compter pour Gide les règles de la maison à édifier que celles de la naissance sous le lien.

Il a fallu, réellement, une lecture très insensible pour interpréter le passage comme une imprécation antifamiliale (23). Jamais hymne plus brûlant n'a été composé pour la glorification de la famille. Partout y transparait cette faim,

(22) G. D. PAINTER, *André Gide*, trad. franç., 1968.

(23) Quelque quarante ans plus tard, Gide était peut-être flatté du succès remporté par l'interprétation libertaire de son dire. Flatté, mais un peu embarrassé aussi (*Journal*, 6 oct. 1935, éd. La Pléiade, p. 1237), car il était devenu — pour un bout de route — compagnon de route du communisme. Et il cherchait à atténuer sa formule en lui faisant rendre un son social. L'esprit de famille, expliquait-il, s'oppose à l'Etat autant qu'à l'individu. Et puis, par derrière, il y a l'héritage — sordide. C'étaient, pourtant, des intérieurs très modestes que décrivait le jeune *peeping Tom* des *Nourritures Terrestres*.

cette fureur de paternité (24) qui est un des mobiles les plus puissants, quoique les moins avoués, des actions humaines. Une certaine misandrie, s'il faut parler grec, qui n'était pas exempte de démagogie, tendit, autour de 1968, à faire considérer la psychologie du mâle comme bien trop indifférente pour servir à construire un droit de la filiation (25). La volonté d'être mère, à la bonne heure ! et l'on n'aurait pas mis en doute la légitimité de la parthénogenèse. Mais la volonté d'être père était matière à plaisanterie. À l'homme on aurait offert facilement une honnête transaction : la licence d'assouvir ses besoins sexuels, moyennant qu'il voulût bien se désintéresser de sa relation à l'enfant. Et pour mieux l'y exhorter, on laissait entendre que ce serait là, de sa part, pure justice de décolonisation, puisque la paternité n'avait été qu'une conquête fortuitement enlevée au cours de la préhistoire. Pourtant, s'il s'agissait de retrouver ce qui avait été enfoui au plus épais oubli de notre planète, l'intuition d'un artiste aurait peut-être mérité plus de confiance que la conjecture d'une ethnologue.

Lorsque Arcimboldi, l'étonnant baroque, à la fin du XVI^e siècle, entreprit de figurer le mystère de l'espèce humaine en ouvrant étrangement les boîtes crâniennes du couple premier comme pour dévoiler les secrètes pensées qui y habitaient, il y peignit, bravant peut-être nos interdits, un pullulement d'enfants nus. Mais cette image d'une turbulence réjouissante, bien propre en effet à communiquer aux générations successives le courage de survivre — cette image créatrice de procréation, il l'a montrée dans le cerveau d'Adam aussi bien que dans celui d'Ève.

*
* *

Une famille, mais en trois personnes : plutôt qu'une identité, ce qui fait la famille est une ressemblance, un air de famille. L'air de famille, dans l'exemple choisi, se reconnaît à ceci que les trois individus, en des occasions différentes, ont réagi familialement. Tous familialement, quoique chacun à sa façon. On voit mieux ce que peut être la famille : non pas une entité qui serait distincte de ses membres, mais, en chacun des membres, cette partie de la personnalité qui est *familialisée*. De même que la conscience collective selon Durkheim (du moins à suivre la conception la plus raisonnable) n'est pas un esprit transcendant qui flotterait au dessus de la société, mais, dans l'animal sociable, cette portion de conscience qui est socialisée.

(24) Au paroxysme, c'est l'enlèvement de l'enfant d'autrui (ce que le droit peut habiller sous le nom honorable d'adoption, précisément)... « Le père était là, près de la lampe ; la mère cousait ; la place d'un aïeul restait vide ; un enfant, près du père, étudiait ; — et mon cœur se gonfla du désir de l'emmener avec moi sur les routes » (*Les nourritures terrestres*, *ib.*). Il ne faut pas croire qu'en interdisant aux jeunes gens d'adopter, la tradition législative ait combattu un désir inexistant.

(25) Bien que jamais elle n'ait osé l'avouer (et c'est déjà symptomatique), la loi Malthuret (22 juillet 1987) a cédé à une revendication passionnelle de pères divorcés, en essayant de leur restituer cette part d'autorité parentale que leur déniait la pratique la plus courante des juges.

Chapitre III

VI^s FAMILLE, LÉGISLATION ET QUELQUES AUTRES

Le genre alphabétique est attirant à la fois par la liberté qu'il procure et par l'ascèse qu'il impose. J'avoue avoir, aux temps d'autrefois, rêvé pour le droit civil d'un dictionnaire historique et critique (on ne disait pas encore sociologique). Pour répondre à une amitié très chère (*), quelques feuillets ont fini par s'arracher à une songerie trop paresseuse. Je les livre ici, fixés sur notre premier pilier du droit.

ASSIDUIS (EFFET). — On appelle ainsi, en sociologie de la législation, du mot sur lequel s'ouvre une célèbre constitution de Justinien (C. 8, 18, 12), le phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent. Parce que les épouses que leurs maris avaient ruinées inondaient de requêtes la chancellerie impériale (*Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*), on institua en faveur de toutes les femmes mariées une hypothèque privilégiée. Et parce que la chancellerie de la V^e République recevait de nombreuses doléances d'époux mariés qui se dépitait de ne pouvoir faire de plus riches libéralités à leurs seconds conjoints, on a fait une loi (la loi du 13 juillet 1963) pour élargir la quotité disponible de l'article 1098 du Code civil. Ce n'est ni un référendum ni un sondage. L'effet *Assiduis* donne visiblement une prime aux tendances réformistes, ceux qui se plaignent du droit positif faisant beaucoup plus de bruit que la masse qui le trouve bon. C'est, pourtant, de cette manière qu'on légifère souvent dans le droit de la famille. L'effet *Assiduis* ne doit pas être confondu avec l'effet macédonien (V. ce mot).

BURGESS (THÉORIE DE). — Cette théorie, qui a été développée en 1953 par le sociologue américain E.-W. Burgess (dans son ouvrage : *The Family, from*

(*) Cet article a d'abord paru dans les *Mélanges offerts à René Savatier*, 1965, Dalloz, éd. — René SAVATIER, entre tant de talents, admirable lexicographe, et qui a tant contribué — juriste et homme — à magnifier la famille parmi nous.

institution to companionship), peut se formuler ainsi : l'évolution de la famille, à l'âge industriel, se caractérise par la substitution croissante des relations d'association et de camaraderie aux relations d'autorité. On parle dans le même sens d'un processus de démocratisation de la famille (plus de liberté, d'égalité, de fraternité), ce qui ne peut s'entendre que par métaphore, car la famille et la cité sont deux groupes de nature très différente, quoique de l'une à l'autre le transfert d'images ait été constant. Plus concrètement, mais non sans glissement, on dit encore, considérant tour à tour les relations à l'intérieur du couple et les relations des parents à leur descendance, que l'institution de la famille est traversée, de nos jours, par un double mouvement d'émancipation : de la femme et de l'enfant.

De ce double mouvement, les sociologues cherchent les témoignages avant tout dans les mœurs : les lois n'auraient eu qu'à suivre. Mais les lois que l'on cite, telle la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, ou des lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942, qui ont aboli la puissance maritale avec l'incapacité de la femme, sont restées largement ineffectives, ce qui donne à conjecturer que les mœurs n'étaient pas en avance sur elles. Ou bien ce sont des lois sociologiquement équivoques, comme toutes celles qui sont venues restreindre la puissance paternelle ; car ce n'est pas nécessairement émanciper l'enfant que de soumettre son père à la tutelle de l'Etat (à moins que l'on ne raisonne à l'instar de ces gens qui, sous l'occupation allemande, jugeaient que la zone occupée était plus libre que l'autre, puisque les préfets y étaient ligotés par l'occupant). Restent donc les changements de mœurs ; et l'on en donne pour exemples décisifs : tant de jeunes qui, aujourd'hui, vivent loin du toit paternel, et surtout tant de femmes qui ont une profession hors de leurs foyers (une thèse pratique du marxisme est que l'égalité véritable ne peut s'accomplir à l'intérieur du couple que par la camaraderie du travail ouvrier). Mais certains contestent ces changements prétendus. Ils notent que, déjà au siècle dernier, un nombre considérable de femmes travaillaient au dehors (encore que ce fût souvent dans des emplois — domesticité, couture, agriculture — qui ne sont plus ceux de notre époque) ; et, que, pareillement, le Moyen Âge avait comme nous, voire probablement bien plus que nous, l'usage d'expédier l'adolescent hors de sa famille, que ce fût pour apprendre un métier ou la chevalerie. C'est toujours la même illusion : nous croyons que le bateau cingle vers le large, parce que la rive, la rive du passé, est enveloppée de brume. Relisez les mémoires de Saint-Simon : fut-il jamais plus sincère *companionship* qu'entre le duc et la duchesse ? Et l'espèce d'autobiographie qu'est le *Songe* de Lucien : on ne voit point que, dans cette famille modeste du II^e siècle, les problèmes de l'orientation professionnelle aient été réglés par la pression aveugle de l'autorité et de la tradition, mais bien sur le mode de la concertation, par l'influence prépondérante de la mère, par les égards accordés à la personnalité de l'enfant.

CONSEIL DE FAMILLE. — Dans le droit du Code de Napoléon avant la loi du 14 décembre 1964, le conseil de famille, où étaient appelés ascendants et collatéraux, apparaissait comme l'organe de la famille étendue, de la *gens* (encore que ce fût un organe intermittent et accidentel). Aussi était-il explicable que l'on eût épié en lui les signes de ce que devenaient, à notre époque, les structures familiales, et que l'on eût aperçu dans sa prétendue décadence une confirmation de la théorie du rétrécissement (v. ce mot), la preuve que nous étions irréversiblement passés de la famille patriarcale à la famille conjugale. Cependant, le concept de décadence, appliqué au conseil de famille, était loin d'être clair. Car, si nous savons combien de conseils de famille avaient chaque année tenu séance (29 008 en 1961, du reste inégalement répartis sur le territoire, plus denses certes dans l'Ouest que dans la région parisienne), nous ignorions tout du nombre des mineurs orphelins, *a fortiori* de ceux qui avaient un patrimoine à administrer. Par une méthode purement déductive, il ne fallait pas être grand calculateur pour supputer que, sous réserve de la part d'ineffectivité qui grève n'importe quelle institution juridique, les conseils de famille étaient réunis aussi souvent que la chose était légalement nécessaire. Il est vrai que, pour apprécier leur vitalité, c'était se contenter d'un critère bien formel. Sociologiquement, ils pouvaient être en décadence, et d'une décadence qui révélait celle de la famille étendue, si, même régulièrement réunis, ils l'étaient dans l'indifférence des parents composants. C'était justement ce que l'on soutenait, alléguant l'absentéisme qui les désolait et l'abus, maintes fois dénoncé, des procurations. Seulement, on ne prenait pas assez garde que l'absentéisme est un phénomène absolument général, corrélatif à tout phénomène de rassemblement. De l'absentéisme constaté dans les conseils de famille, on ne pouvait scientifiquement conclure à un affaiblissement des liens de famille (au-delà du premier degré) que s'il était démontré que le taux en était supérieur à celui que l'on constatait, par exemple, dans les assemblées d'actionnaires ou de copropriétaires, dans les conseils municipaux ou les syndicats. Voyez, néanmoins, comme le droit a de la peine à faire le bonheur de tout le monde. Avant 1964, on plaignait les veufs, surtout les veuves, d'avoir à supporter ce malheur de surcroît : l'inquisition inopinée de la belle-famille dans les affaires du ménage, auparavant cachées derrière des jalousies. Maintenant, il est des veufs, paraît-il, et des veuves, pour s'affliger de se sentir seuls et de ne pouvoir faire endosser à l'autre lignée une part de responsabilité. Que ne convoquent-ils des conseils de famille amicaux ? Tout de suite, ils seraient rassurés, et l'accord officieusement obtenu pourrait même n'être pas sans effet juridique si un jour leur gestion était critiquée. Pourquoi les hommes ne peuvent-ils plus faire un pas dans la vie que sous le parapluie d'un texte de loi ?

DISSOCIATIONS (PRINCIPE DES). — De ce que la famille est un phénomène de groupe et (pour parler sans technicité juridique) d'association, il est classique de conclure que l'âme de l'institution réside dans un principe associatif, un constant mouvement d'agrégation, fusion, absorption, unité, ainsi que le suggérait déjà, pour le couple, l'*unitas carnis* de la Genèse. S'élevant contre

les excès de cette thèse, quelques-uns inclineraient aujourd'hui à souligner l'importance du principe adverse : la famille se crée dans la scission ; elle subsiste par la différence ; et la séparation est le seul remède spécifique de ses maux. À l'appui du principe des dissociations, on invoque aussi le texte de la Genèse, mais en son début (l'homme quittera son père et sa mère) ; puis le théorème de la satisfaction différentielle des besoins, d'après lequel la cohérence d'un groupement ne dépend pas de l'homogénéité des besoins que les participants y satisfont (un associé pouvant bien, par exemple, chercher la sécurité dans l'association, tandis que l'autre y trouve une occasion de se donner) ; enfin, l'éminente valeur de la distanciation, comme respect de la personne, et du partage, comme expression de la justice. Ceux qui défendent ainsi le principe des dissociations font remarquer qu'à tout le moins, il représente ce qu'il y a de plus juridique dans l'institution de la famille. Tant qu'il ne s'agit que de s'associer, de se serrer, de s'aimer, les forces non juridiques — biologiques, affectives, morales — y suffisent. Qu'il faille divorcer, désavouer, diviser, c'est au contraire, l'affaire du droit. Le divorce est, pour le droit, plus important que le mariage, et les lois ne s'occupent de celui-ci qu'en escomptant le moment de la dissolution. Nos actions en recherche de filiation tendent bien moins souvent à remembrer le groupe qu'à liquider les conséquences pécuniaires d'une expulsion.

ÉVOLUTION DE LA FAMILLE. — La sociologie juridique, évolutionniste par principe, pose en thèse que la famille, comme toutes les institutions du droit, s'est transformée au cours des temps, dans ses fonctions comme dans ses structures, et continue de se transformer. Cependant, au-delà de cette première affirmation, il est peu de points qui ne soient controversés. Les uns tiennent pour une évolution linéaire, constamment progressive ; les autres, pour une évolution en *ricorsi* (le testament, le divorce n'ont-ils pas disparu, puis reparu ?). Beaucoup pensent que l'évolution s'est considérablement accélérée à notre époque, sous l'effet des grandes guerres mondiales, comme aussi des bouleversements survenus dans la technique et l'économie (c'est dans cet esprit que l'on parle d'un effondrement actuel des structures familiales). Mais certains persistent à croire que l'évolution est uniformément lente — si lente même, rapportée à la colossale ancienneté du genre humain, qu'une part de l'institution peut sembler pratiquement immobile dans les limites de l'observation (v. l'article *Droit naturel*, V^o *Naturel*). Il reste à expliquer comment nous avons l'illusion de vivre des transformations rapides. Ces phénomènes d'illusion ont attiré l'attention des chercheurs depuis l'Écclésiaste : dans le fameux « il n'y a plus d'enfants » du *Malade Imaginaire*, le plus saisissant est l'accent d'éternité que Molière déjà paraît y sentir. La doctrine récente a spécialement étudié les nappes d'oubli collectif qui, recouvrant les manifestations passées d'une institution, prêtent à sa résurgence l'aspect de la nouveauté absolue : ce que nous voyons pour la séparation de biens, que l'on tient, même à Marseille ou à Toulouse, pour une conséquence de la grande industrie ; ou pour l'adoption des mineurs, que les Anglo-Américains, aussi bien que les Français, ont

de la peine à ne pas faire commencer avec le *baby boom* du XX^e siècle — alors qu'aux siècles antérieurs (relisons les *Hauts de Hurlevent*), elle était couramment pratiquée comme adoption de fait. Il est vrai que, dans ce dernier cas, l'institution relevait des mœurs, non du droit. Mais, justement, cette double nature de la famille, à la fois phénomène de droit et phénomène de mœurs (v. l'article *Phénomène*), peut avoir pour effet d'atténuer, dans la réalité, l'ampleur des évolutions que l'on note à l'extérieur. Car, si les mœurs sont quelquefois en avance sur le droit, il arrive aussi que, sous les changements de droit, elles restent immuables. Les comparatistes nous font remarquer que souvent, entre plusieurs pays, les techniques, les mécanismes du droit sont très dissemblables (sans quoi il n'y aurait plus de droit comparé) et pourtant les solutions de fait, les réactions aux problèmes, la sensibilité juridique à peu près les mêmes. La remarque peut être transportée de l'espace dans le temps : entre deux périodes historiques reliées par quelque communauté de civilisation, la différence technique des lois sur la famille risque de nous masquer une permanence d'attitudes et de sentiments.

Si nous avons tant de peine à reconstituer le sens des évolutions accomplies, il faut nous attendre à plus de perplexités encore pour en conjecturer la suite. En général, on prophétise que les mouvements amorcés se prolongeront sans changer de cap et que, par exemple, le passage est irréversible de la famille autoritaire à la famille associationnelle (v. l'article *Burgess*), de la *gens* à la *domus* (v. l'article *Rétrécissement*). Ce sens de l'histoire, comme on l'appelle, impute aux événements une rationalité bien complaisante. L'histoire a ses à-coups. Une théorie, que Schelsky a développée en considérant l'Allemagne de 1945, mais qui aurait pu se vérifier ailleurs à dose plus réduite (notamment pour la France occupée, en proie à la crise du ravitaillement), soutient que la famille se renforce quand une catastrophe bouleverse le monde extérieur. S'il en est ainsi, plutôt que la dissolution des liens familiaux, c'est le retour de la famille patriarcale qu'il conviendrait d'annoncer dans ces petites apocalypses (à base d'explosions nucléaires ou de sida généralisé) avec lesquelles notre siècle finissant affectionne de se faire peur.

FAMILLE. — Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait, ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va. L'hypothèse étant que l'organe ne se maintient que par la fonction, quelques-uns s'inquiètent de voir la famille perdre peu à peu ses fonctions, notamment au profit de la société. Mais d'autres croient à une pérennité de fonctions en profondeur, sous des remous de surface.

La famille du bon vieux temps nous apparaît comme la synthèse élégante de plusieurs fonctions économiques : à la fois unité de production et de consommation, mécanisme d'assurance et réservoir de capital. La fonction de production a subi des dégradations peu niabiles : les ateliers de famille ont été ruinés par la grande industrie ; et les efforts législatifs déployés en faveur de la petite ou moyenne exploitation agricole sont la meilleure preuve qu'elle est mena-

cée. La sous-économie a, toutefois, la vie dure ; et à l'écart des statistiques, le bricolage, le jardiniérisme continuent d'alimenter toute une production souterraine dont la famille est le cadre le plus usuel. C'est, en tout cas, à l'économie familiale que l'on demande encore, même dans les sociétés les plus industrialisées, d'assurer la production des services ménagers, poussière de travaux ennuyeux et faciles, mais qu'il convient de multiplier, dans la comptabilité nationale, par des milliers d'heures et des millions de maisons. Symétriquement, la comptabilité nationale sait bien que le gros de la consommation continue à se faire par familles, non point par usines ou régiments. Il est vrai que, dans sa fonction d'assurance, de refuge contre les incidences pécuniaires de la maladie ou de la vieillesse, la famille semble relayée de nos jours par la Sécurité sociale ou l'Aide sociale, c'est-à-dire par la société. Cependant, même en droit, on ne peut parler de substitution complète, puisque l'Aide sociale est subsidiaire à la dette d'aliments. En fait, l'Etat est un assureur si médiocre — partiel, lent, toujours en retard sur les prix — que beaucoup de ses assurés seraient mal en point sans la réassurance familiale. Et combien de vieillards resteraient gisants, entre plusieurs lois, en état de dépendance sans le sacrifice spontané de la fille au foyer ? Il ne s'agit là que du vivre quotidien. De la famille d'autrefois, on attendait davantage, dans la bourgeoisie grande ou petite : un établissement. Mais de la famille d'aujourd'hui ? C'est lieu commun de remarquer que les dots, les avancements d'hoirie, les successions, les espérances n'ont plus autant d'importance que dans les temps balzaciens. Mais attention : si l'on veut se loger, si l'on cherche une ferme à exploiter, rien de plus efficace que d'avoir dans sa parenté un propriétaire. En ce point, comme en bien d'autres, la famille possessionnée n'a pas fini d'être sentie par ceux qui en ont une, et non moins par ceux qui n'en ont pas, comme une fontaine d'avantages économiques.

Nous avons la conscience plus à l'aise quand nous défendons la famille à travers ses fonctions extra-patrimoniales. Il n'empêche que, même sur ce terrain, une certaine décadence est couramment alléguée. Ainsi pour la fonction politique : ne serait-ce pas un anachronisme manifeste que de présenter le chef de famille, au XX^e siècle, comme ce relais d'autorité qu'il fut jadis, entre la société et l'individu ? Tout de même, consultez la jurisprudence sous l'article 1384, alinéa 4 : jamais les victimes n'ont trouvé la responsabilité civile du père plus plausible et plus commode. La famille, observe-t-on encore, avait une fonction pédagogique : l'école, c'est-à-dire la société, la lui a peu à peu enlevée. Mais il n'est pas sûr que ce refoulement du familial par le scolaire n'ait pas été plus marqué sous la III^e République qu'à l'heure actuelle : l'instituteur, plus prestigieux, s'identifiait mieux à la société et était plus nettement au-dessus des familles ; l'école se suffisait à elle-même et n'avait pas besoin des parents pour faire les devoirs des enfants. Que dire alors de l'éducation du premier âge ? La famille y demeure imbattable. Les sciences spécialistes de l'enfance ont beau être modernistes, elles confessent la gravité des carences maternelles que peut développer un élevage en crèche collective ; et s'il y a

plus d'hésitation à reconnaître qu'il existe aussi des carences paternelles, c'est que l'on nourrit, dans ces sciences, un fond de hargne pour le Code Napoléon.

Nous touchons ici à des fonctions psychologiques, affectives, intérieures — le réduit inviolé des fonctions familiales. Des fonctions religieuses en font partie, grâce auxquelles la famille a pris un relief nouveau, au fur et à mesure que la société globale se sécularisait autour d'elle : non pas seulement, sur le mode païen, la charge des *sacra*, des agonies, des funérailles, mais l'éducation religieuse, le culte même quelquefois. La quotidienneté et le secret de la famille (v. l'article *Phénomène*) en font, par excellence, la place de sûreté confessionnelle. Un théologien pourrait juger que ces fonctions soi-disant religieuses sont encore bien sociologiques. Mais, pour une méditation proprement théologique, il n'est que d'invoquer ce supplément de durée, cette lueur d'éternité que la famille apporte à l'homme. Toute une pente de la tradition mosaïque justifie ceux qui, plus ou moins obscurément, n'aperçoivent que dans la postérité, donc la famille, une réponse biologiquement, charnellement palpable au problème (mal élucidé) de l'immortalité (presque) personnelle. Et aussi au problème du mal, de l'injustice sociale. Quel moyen avons-nous d'atteindre ces plages de l'avenir où l'ordre divin rétablira le bien et la justice ? Notre *proles*. Le prolétaire est précisément celui qui n'a plus que cette espérance-là : ce qu'il n'a pu obtenir de la société pour lui-même, ni sa femme pour lui, tous deux peuvent espérer l'obtenir pour leurs enfants. C'est la fonction théologiquement compensatoire de la famille. Mais ce n'est peut-être pas encore le noyau essentiel, ce qu'il y a de plus irréductible dans les fonctions familiales. Au plus intime du réduit, nous découvrons une fonction que l'on peut dire paradoxalement égocentrique et individualiste, auprès de laquelle toutes les autres semblent extérieures et superficielles, ne font plus figure que de sous-produits : en créant une famille, chacun, homme et femme, s'accomplit lui-même.

GROUPES DE PRESSION. — La science politique enseigne que, dans une certaine dégénérescence du régime parlementaire, beaucoup de lois sont faites sous la pression de groupements d'intérêts, qui en suscitent l'initiative et assurent le vote, en attirant à leurs vues par la propagande ou l'intrigue, voire la menace (de représailles électorales) ou la corruption, une majorité (ou minorité influente) de législateurs. Il s'en faut, d'ailleurs, que l'effacement du parlement suffise à faire disparaître les groupes de pression et les *lobbies* (qui en sont les organes démarcheurs) : dans un régime de décrets, ils se transportent autour des bureaux des ministères. Mais l'action des groupes de pression n'a guère été examinée que dans la législation économique et fiscale, ou, à la rigueur, dans les secteurs du droit privé touchant à l'économie (comme le droit des contrats) : le droit de la famille paraissait *a priori* en être indemne. L'observation montre, pourtant, que des ligues féministes ou des associations féminines sont efficacement intervenues pour faire sortir de l'ornière les projets de réforme des régimes matrimoniaux ; qu'une Association internationale

des enfants adultérins, de représentativité incontrôlée, n'a pas été sans audience lors de l'élaboration de la loi du 15 juillet 1955 ; que les œuvres dites d'adoption ont ardemment poussé à la roue de tout ce qui pouvait favoriser l'adoption plénière. C'est que les groupes de pression ne sont pas nécessairement des conjonctions de puissances économiques : ils peuvent se constituer sur la base d'intérêts purement moraux. Il arrive même, l'Etat moderne se féodalisant, que des services publics se comportent en groupes de pression et cherchent, par les engins du *lobbyisme*, les réglementations qu'ils jugent utiles à leur propre développement. C'est un corollaire de la loi de Parkinson que cette propension de chaque administration à étendre son être, en se faisant donner toujours plus de personnel, plus de matériel et plus de textes. Aussi beaucoup ne se tiennent pas de penser que les lois restreignant la puissance paternelle ne se seraient pas tant multipliées depuis une trentaine d'années, s'il n'y avait eu, pour exciter le législateur, les services chargés de la protection de l'enfance et leur besoin d'expansion. Dans la vision américano-optimiste d'un monde qui s'équilibrerait par la libre concurrence, on assure que les groupes de pression ne sont pas dangereux, parce qu'en réponse naîtront spontanément d'autres groupes, antagonistes, et que de la balance des forces résultera un droit de compromis. Mais allez donc mettre sur pied une association des enfants légitimes ou un club des amis du cinquième commandement. Les idées générales du droit familial sont trop molles pour s'armer en groupes de pression. Ce serait plutôt à l'Etat de les défendre contre l'esprit de spécialité.

HABITAT. — La sociologie admet une influence de l'habitat sur les structures familiales. Ainsi, en s'appuyant sur la rareté des intérieurs clos dans l'imagerie médiévale, où les scènes de famille ont si volontiers pour décor une prairie ou une place publique, on a émis l'hypothèse que, jusqu'au XV^e siècle, le groupe domestique avait accepté de vivre sous contrôle de la société : le mur de la vie privée serait, en Europe occidentale, une invention du XVI^e siècle (et peut-être de la Réforme). Mais c'est surtout pour notre temps que le problème a été étudié. A la maison individuelle avec jardin, à l'appartement classique et au logement en H.L.M. ont paru correspondre des types différents de famille. On insiste, en particulier, sur les traits originaux de la famille logée en H.L.M. : à la fois rétrécie et dispersée par l'exiguïté du contenant, rendue plus communautaire et sociale par la pression des voisins et la conscience de participer à un grand ensemble (tout cela, d'ailleurs, pouvait déjà se rencontrer, il y a cent ans dans les corons du Nord, à la verticalité près). Les architectes seraient donc de véritables législateurs de la famille. Ce qui a ouvert un débat : faut-il laisser la famille se modeler sur les besoins de l'urbanisme, ou établir les plans d'urbanisme suivant la conception que l'on se fait de la famille ? Certains, il est vrai, interviennent en tiers, et objectent qu'il n'est pas inéluctable que les structures familiales soient déterminées par l'habitat. Les liquides prennent la forme du récipient où on les met, les grains en vrac aussi, mais pas les pierres. Celles-ci, réplique-t-on, ont déjà le bonheur d'être pierres : elles n'ont pas besoin de législation.

ICONOGRAPHIE DE LA FAMILLE. — La sociologie juridique trouve son profit à étudier systématiquement les images d'une époque. Non seulement parce qu'elles laissent souvent apparaître, dans les sujets intéressant le droit, des détails pratiques, insoupçonnés, des ouvrages de doctrine ou même de la jurisprudence. Mais surtout parce qu'elles peuvent, par l'agencement de la scène, la physionomie des personnages, une certaine *aura* flottant sur l'ensemble, révéler l'esprit d'une institution mieux que ne sauraient le faire des juristes techniciens. Ce don de révélation est parfois le privilège du génie, pas forcément, cependant, et l'on imaginerait une étude de la famille française à travers la série des calendriers des Postes. C'est que la matière de la famille se prête particulièrement bien à l'iconographie comparative. Un exercice classique est, par exemple, de mettre en parallèle le *Contrat de mariage* de Hogarth avec *l'Accordée de village* de Greuze. Chez Hogarth, les deux pères, et leur marchandage, forment le centre du tableau ; les futurs eux-mêmes sont relégués dans un angle, déjà séparés avant d'avoir été unis : voilà bien la famille patriarcale, pendue à son arbre généalogique. Chez Greuze, au contraire, les futurs ont conquis la première place, et la parenté n'est plus qu'un entourage affectif : saluons la famille conjugale, celle qui n'a de raison d'être que dans son avenir (ainsi que le suggèrent les poussins picorants). De ce que les deux toiles sont à peu près contemporaines, découle un argument en faveur de l'hypothèse dite de la pluralité des types (v. ce dernier mot). Un autre exemple peut être proposé : l'étude sérielle des portraits de famille. Ce genre pictural remonte assez haut, puisque, dès la fin du moyen âge, les couples de donateurs se faisaient discrètement représenter sur les volets des rétables qu'ils offraient aux églises, le mari de son côté, la femme du sien, respectivement à la tête de leurs fils et de leurs filles, très distincts, mais sans aucun reflet d'inégalité juridique. Vienne le XVI^e siècle hollandais, friand d'intimité (François Pourbus, Martin de Vos), la famille va se pelotonner autour des deux bourgeois, roi et reine : désormais rapprochés, ils continuent d'être égaux. Et nulle part, aïeux ou collatéraux ne sont présents : la famille est parfaitement conjugale. Preuve que le passage du lignage au ménage (v. l'article *Rétrécissement*) ne date pas de l'âge industriel. Supposons, en revanche, que des sociologues du XXV^e siècle mettent la main sur des liasses de nos journaux de province, et découvrent, aux pages de chronique locale, de ces photographies de noces d'or ou de diamant où l'on voit les jubilaires entourés de trois ou quatre étages de postérité, ne seront-ils pas fondés à conclure que quelque chose de la famille patriarcale subsistait dans la société de l'âge atomique ?

JOUEUR DE FLÛTE DE HAMELIN. — Selon une légende, les bourgeois de Hamelin en Allemagne, pour se débarrasser des rats qui infestaient leur ville, recoururent à un étranger mystérieux, mi-musicien, mi-magicien, lequel, au son de la flûte, ramena effectivement les rats au diable qui les avait envoyés. Mais, les rats partis, les bourgeois lésinèrent sur la récompense qu'ils avaient promise, si bien que le joueur de flûte, furieux, reprenant son instrument enchanté, emmena cette fois au diable, quelque part dans l'Est, en

Transylvanie ou en Russie, tous les enfants de la ville, garçons et filles, dont il ne laissa que deux échantillons boiteux. C'est évidemment un mythe juridique. Seulement, comme il advient parfois, on ne sait au juste ce qu'il veut dire. Les uns le rattachent au droit des contrats : ils en tirent la sainteté de l'engagement, la règle qu'il faut tenir sa parole, même aux joueurs de flûte. D'autres, que l'on peut croire plus près de la vérité, insistant sur la fin du récit, pensent davantage au droit de la famille, à une illustration normative du conflit des générations : les enfants doivent un jour échapper aux parents pour suivre l'appel irrésistible de la société ; leur désobéissance à l'ordre familial est légitimée par l'infidélité des familles à l'ordre social. Vers 1939, il se trouva un poète nazi pour reprendre cette face de la légende et en faire un drame persuasif. Et de fait, quelque temps après, la jeunesse allemande allait s'ébranler sur les pas d'un étrange joueur de flûte. L'épilogue, cependant, inciterait à inverser la moralité de la fable, et à se dire que les familles, en dépit de leurs mesquineries, de leurs égoïsmes, de leurs improbités même, sont plus sûres pour les enfants que toute la musique de l'ordre social.

K (THÉORIE DES TROIS). — On appelle ainsi, de l'initiale de trois mots allemands, une théorie, attribuée sans preuves à Otto de Bismarck, d'après laquelle la femme mariée a pour domaine essentiel, dans les sociétés occidentales, l'ordonnance de la cuisine (*Küche*), l'éducation des enfants (*Kinder*) et la participation à la vie de l'Église (*Kirche*). Cette théorie renferme pas mal d'obscurité. Beaucoup d'auteurs y voient non pas une norme, mais une simple constatation de fait, et ils en restreignent la portée au milieu social où l'observation a été faite, c'est-à-dire, à la société bourgeoise du XIX^e siècle. Aujourd'hui, remarquent-ils, un grand nombre d'épouses exercent une profession hors de leur foyer. Cependant, s'il ne s'agit que de déterminer, de façon relative, les activités nécessaires auxquelles la femme s'intéresse plus que l'homme, il est probable que même à notre époque, on retrouve les trois K : les enquêtes de sociologie religieuse révèlent que, dans toutes les confessions chrétiennes, la pratique des femmes est supérieure à celle de leurs maris ; il y a visiblement plus de mères que de pères pour attendre les enfants à la porte des écoles ; dans les journaux les plus éclairés, c'est aux pages féminines, non aux autres, que les conseils culinaires sont confiés. Ceux qui prêtent à la théorie un caractère normatif ne s'entendent pas, d'ailleurs, pour autant. Les plus anciens pensaient à une règle de confinement, dirigée contre la femme : celle-ci, en sortant de ses trois K, aurait violé le principe de la prépondérance maritale. Maintenant, on incline plutôt à une répartition bilatéralement impérative des compétences : le mari commettrait une injure, cause de divorce, à venir troubler la femme dans son triple royaume.

LÉGISLATION DE LA FAMILLE. — Quoique la famille appartienne aux mœurs pour une large part (v. l'article *Phénomène*), une législation de la famille est possible et peut même être efficace entre certaines limites. Pour peu que cette législation réponde à un dessein d'ensemble, à une image que le législateur se

sera formée de la famille idéale, on sera en droit de parler d'une politique législative de la famille. L'expression marque l'articulation de la législation à la politique. Tant que la politique fut dominée chez nous par la question religieuse, c'est-à-dire de la Révolution à 1914, la politique législative de la famille s'orienta elle-même par rapport à cette question. La France n'avait pas eu sa querelle sacramentaire au XVI^e siècle. Elle l'a eue plus tard, et l'issue s'en est gravée dans les lois civiles : il faut comprendre ainsi l'institution du mariage laïc, celle du divorce, et aussi, en un sens, les mesures d'intégration des enfants naturels (ces enfants qui n'étaient pas nés à l'ombre du sacrement).

Une fois que la question religieuse eut été repoussée du devant de la scène, la question sociale l'y remplaça, et un nouveau clivage s'opéra dans la politique française. À ce clivage nouveau, les politiques législatives de la famille ont eu de la peine à s'ajuster. S'il est assez simple, pour les partis qui se veulent conservateurs, de mettre à leur programme la conservation de la famille comme du reste, les partis qui se veulent révolutionnaires éprouvent plus d'embaras. Affirmer que les structures familiales sont déterminées par les conditions de la production, observer qu'il existe un style de vie de la famille ouvrière, qui est autre — à la fois plus étroit et plus libre — que celui de la famille bourgeoise, ce sont des thèses qui peuvent être intéressantes dans l'ordre des constatations scientifiques, mais qui ne conduisent pas, *de lege ferenda*, à des conclusions évidentes. D'autant que la notion même de révolution oblige à envisager des temps successifs de législation, suivant que l'on en est encore à préparer les voies au socialisme, ou qu'on vient de l'installer au pouvoir, ou que son pouvoir semble définitivement assuré. Beaucoup expliquent par un passage de la seconde à la troisième phase la volte-face remarquée de la législation soviétique de la famille, qui, après avoir été fort libertaire sous Lénine, revint avec Staline à une conception plus moralisante : les lois qui étaient bonnes pour des couples que minaient dès le principe les contradictions capitalistes, ne l'étaient plus, a-t-on dit, pour des générations arrivées à maturité dans le sérieux prolétarien. D'autres, cependant, verraient plutôt dans le changement stalinien un effet de politique démographique, une queue de politique militaire.

En France, les partis avancés n'ont certes pas fait de plans à si long terme. Ils n'avaient à s'occuper que d'une recherche très pratique : s'il existe une politique législative de la famille qui puisse hâter, puisque tel est leur but précis, l'abolition de la propriété privée des instruments de production. Il est bien possible qu'il n'en existe point : imagine-t-on, par exemple, que l'on puisse précipiter les transformations économiques en agissant sur la couleur des contrevents ou la longueur des jupes ? Une forme de l'intelligence stratégique est de ne pas multiplier ses ennemis, et de reconnaître, un projet ayant été défini comme essentiel, que beaucoup de choses sont indifférentes à son accomplissement. Dans les choses indifférentes, les doctrines s'engluent et s'épuisent, car elles s'y heurtent à une infinité de petites habitudes aussi rancunières que récalcitrantes. D'un tel point de vue, les stratèges pourraient estimer

qu'à gauche, la politique législative de la famille a été souvent irréfléchie. Par une analogie purement conceptuelle de la moindre autorité domestique à l'autorité de l'Etat bourgeois, on en est venu, de ce côté-là, à prendre pour une attitude révolutionnaire tout éreintement des structures familiales antérieures, sans distinguer selon l'appartenance sociale des familles, et sans se demander concrètement à qui l'éreintement profiterait. On a vu ainsi des partis se donner beaucoup de peine pour faire admettre le vote des femmes, grâce à quoi ils devaient être proprement expulsés du pouvoir et ont longtemps languï. On les a vus pareillement appuyer toutes les lois tendant à accroître les droits successoraux du conjoint survivant, alors qu'ils ne pouvaient guère espérer en retour les libéralités des douairières. Ce phénomène de candeur juridique est connu, en sociologie, sous l'appellation de phénomène *Tichborne*, du patronyme d'un baronnet anglais. Dans un obscur procès de filiation, un jeune ouvrier avait prétendu qu'il était l'héritier du titre et de la fortune des Tichborne, mais il avait été débouté. Des syndicats soutinrent une grève interminable et en crevèrent, afin de protester contre un jugement qui, déclaraient-ils, frustrait la classe ouvrière de ses droits.

MACÉDONIEN (EFFET). — On désigne ainsi, en sociologie de la législation, du nom d'un fameux sénatus-consulte rendu sous l'empereur Vespasien, le phénomène par lequel le législateur est porté à restreindre la liberté de tous quand il constate que quelques-uns ont abusé de leur liberté. Parce que l'avidité d'un usurier avait conduit au crime le jeune Macedo, il fut défendu à tous les fils de famille de contracter des emprunts. Parce que quelques centaines de parents, dans le pays, mettent en péril la santé ou la moralité de leurs enfants mineurs, on place des millions de parents sous la surveillance soupçonneuse de l'autorité publique (tel fut le sens de l'ordonnance de 1958 sur l'assistance éducative et de maintes mesures contre la maltraitance des enfants). La force de l'effet macédonien vient d'une conjonction des techniciens du droit et de la masse non technicienne : les techniciens, par profession, ne connaissent guère que des cas limites, et ces cas limites ont le don de révolter la masse, déclenchant en elle des ondes de sentimentalité. L'effet macédonien explique les tendances législatives modernes en matière de famille, et qu'à partir de quelques situations de pointe, on ait cherché (dans le droit de l'autorité parentale ou des régimes matrimoniaux) à construire un régime de police, d'intervention préventive, fondé sur une défiance généralisatrice envers les parents ou les maris. C'est une façon très peu rationnelle de légiférer. Absurde serait un juge qui regarderait comme un risque normal de n'être juste que dans 99 procès sur 100. Un législateur, au contraire, est raisonnable s'il prend le risque de laisser les choses aller mal dans 1 à 10 % des hypothèses, car ce n'est qu'en gros qu'il a un devoir d'intervention. La notion de seuil législatif est indispensable à une législation rationnelle : il est des seuils de trouble social et même d'injustice individuelle en deçà desquels il vaut mieux s'abstenir de faire une loi, les avantages de l'intervention projetée étant balancés par les inconvénients probables de toute rupture du *statu quo* juridique. Détail à noter : Valère

Maxime et d'autres bons historiens tiennent que Macedo n'était pas la garçon criminel, mais l'usurier pousse-au-crime. Qu'importe ? On admettra que, là où la faute est réversible, le nom de la sanction le soit aussi.

NATUREL (DROIT). — Il n'est pas, au regard de la sociologie, de droit naturel de la famille, si, par droit naturel on entend des institutions et des règles qui seraient *de jure* immuables (sous-entendu : parce qu'elles participeraient d'un ordre métaphysique ou théologique incréé). Il faut bien reconnaître, cependant, qu'en reculant à des centaines de milliers d'années dans le passé l'apparition de l'*homo sapiens*, la géologie contemporaine a suggéré ou encouragé l'idée d'une immuabilité *de facto*, pratiquement valable dans les limites de ce que l'histoire peut observer utilement. On n'est pas obligé de prendre absolument au sérieux Carl Gustav Jung et les archétypes qu'il voyait resurgir d'un inconscient collectif de l'humanité. Pourtant, que les sociétés traînent avec elles un patrimoine transmissible de notions et de sentiments, de mythes et de complexes, patrimoine très ancien, ancien au point de se retrouver dans un très grand nombre de peuples, de telle sorte que nous avons en sa présence l'impression, l'illusion de l'éternel et de l'universel — ce n'est pas une hypothèse déraisonnable. Pour ce qui est du droit de la famille, on rangerait probablement le tabou de l'inceste, la propension aux unions sexuelles durables, une certaine *pietas* de l'enfant à la mère, sinon au père, dans ce fonds non pas originel, mais très archaïque de la psyché humaine. S'il semble en résulter un nouveau droit naturel, disons nous bien que c'est seulement un droit naturel pratique ; plus exactement, un droit naturel par myopie irrémédiable de l'observateur.

ŒUFS. — On ne s'étonnera pas qu'ils tiennent une place importante dans le droit de la famille, non pas seulement au titre de la symbolique, mais aussi parmi les règles de fond. Ce sont des biens spécifiquement féminins, au point que, suivant certaines coutumes, les mâles étaient contraints de se cacher pour en manger. Dans beaucoup de pays, même hors d'Europe, il est de principe que les œufs de la basse-cour appartiennent à la fermière, non à son mari ; elle les porte au marché pour son propre compte, et s'en fait un argent dont elle aura l'exclusive disposition. Il n'est pas facile de raccorder ce régime matrimonial folklorique au régime matrimonial étatique, et notamment, pour la France, à la communauté. Le phénomène atteste : 1° une certaine vanité de la législation d'Etat en matière de famille ; 2° qu'il y a une indépendance de la femme qui est de tous les temps et n'a pas attendu la grande industrie. C'est, du reste, une observation générale que le marché est un lieu où s'atténue la pression du groupe familial (sur les vendeurs comme sur les acheteurs), sans doute parce que la pression sociale y est plus forte, ce qui est un signe, entre autres, de l'opposition de la famille à la société.

PHÉNOMÈNE DE DROIT ET PHÉNOMÈNE DE MŒURS. — La famille est l'un et l'autre, si bien qu'on ne sait pas toujours par quel bout la prendre. Durkheim avait préconisé d'aborder les faits sociaux de préférence par leur face juri-

dique. C'est que le droit, ramené par lui aux règles de droit, impersonnelles et granitiques, lui paraissait donner le maximum de chances à cette méthode d'objectivité et, pour ainsi dire, de chosalité, dont il faisait le fondement de sa sociologie. On ne soupçonnait pas alors les misères de la connaissance juridique, et combien, en particulier, les phénomènes d'ineffectivité de la règle peuvent rendre trompeuse, surtout dans les sociétés modernes, une observation qui se limiterait au premier rideau du droit. Ce qui était une recommandation pour les Durkheimiens n'en est pas toujours une, d'ailleurs, pour les sociologues de notre temps : ceux-ci, épris d'un psychologisme souple, craindraient plutôt d'enfermer les faits sous la carapace du juridique. Nous avons ainsi une sociologie de la famille d'où le droit de la famille est presque absent — simple phénomène périphérique, tout juste intéressant par les tensions familiales qu'il peut engendrer. C'est méconnaître que le droit n'est pas seulement générateur, mais aussi réducteur de tensions (v. l'article *Dissociations*). Et les modèles qu'il propose renforcent souvent ceux que proposent les mœurs. Non, la législation de la famille n'est pas inutile. Mais elle est difficile à ramener à exécution. L'obstacle vient, tout banalement, de ce que les faits de famille sont des faits quotidiens, et qui se déroulent entre quatre murs, tandis que le droit est plus à l'aise pour saisir ce qui est épisodique et ce qui est public.

QUESTIONNAIRE. — C'est l'outil de l'enquête, laquelle est la technique favorite de la sociologie contemporaine pour observer la famille *in vivo*. Le postulat de son emploi est que les questionnés accepteront de répondre et répondront sincèrement. Les juristes se font des montagnes d'objections à ce sujet, se figurant que la défense qu'ils ont élevée autour de la vie privée, sous la forme d'un droit au secret, n'a fait que munir d'action une irritabilité rétractile qui était naturelle aux individus, si bien que d'une enquête menée par voie d'interviews sur les comportements familiaux ou les opinions familiales, il n'y aurait à attendre aucune vérité. Mais tel n'est pas l'avis de ceux que l'on pourrait nommer *lato sensu* les travailleurs sociaux — assistantes sociales aussi bien qu'interrogants sociologues : ils assurent que les gens s'ouvrent volontiers de leurs problèmes, fût-ce des plus intimes, de sorte que, même en des matières telles que mariage ou filiation, des enquêtes par questionnaire pourraient être probantes. Peut-être est-ce simplement que juristes et travailleurs sociaux n'ont pas dans l'esprit les mêmes personnes. Les uns pensent surtout à des bourgeois réservés, pour qui le secret des familles est aussi un peu le secret des affaires ; les autres à des ouvriers habitants d'H.L.M., qui ne se mettent pas en souci de dissimuler, parce qu'ils ont l'impression de vivre déjà au vu et au su du voisinage. Le péril que court alors la sociologie des enquêtes est de réduire son univers aux familles qui parlent, en ignorant les taciturnes (les familles bourgeoises, bien sûr, mais aussi les paysannes, et les plus âgées dans toutes les classes, sans préjudice de celles qui, pour une raison ou une autre, éprouvent un complexe de minorité) — tandis qu'il faut de tout pour faire un peuple. Ajoutez qu'aucune caractérologie n'enseigne que les plus loquaces sont nécessairement les plus sincères. Dans un domaine comme celui de la

famille, une certaine dose d'insincérité, même inconsciente, a quelque chose de naturel. Des sociologues américains se sont amusés à noter, dans ce domaine, la déviation des réponses selon qu'elles sont données en présence ou en l'absence d'un autre membre de la famille. Mais, quand il songe à sa famille, l'homme n'est jamais entièrement seul : la critique de la méthode des questionnaires devrait être complétée par une théorie du tiers subliminal.

RÉTRÉCISSEMENT (THÉORIE DU). — On entend par là une théorie sociologique, selon laquelle, de plus en plus, à notre époque, la famille se restreint au groupe formé par le couple et par les enfants vivant au même foyer, ou du moins au même budget, et laisse en dehors d'elle les ascendants, les collatéraux et même les enfants économiquement indépendants. La théorie du rétrécissement rejoint un schéma qualifié, en ethnologie, de schéma durkheimien. D'après Durkheim et ses disciples, la famille, d'abord représentée par la grande nébuleuse du clan totémique, se serait progressivement condensée autour de son noyau, le couple et les enfants pour constituer la famille conjugale ou nucléaire, en passant par des types intermédiaires : famille matrilineaire, famille agnatique indivise, famille patriarcale. Au sommet de la tige, nous serions les témoins de la dernière étape ; le passage de la famille patriarcale ou étendue à la famille conjugale ou étroite. Et même quelques chercheurs pensent déjà que le processus de contraction va se poursuivre, qu'à la famille conjugale, qui est encore fondée sur le couple, se substituera une sorte de famille unilatérale, réduite au rapport interindividuel de l'enfant avec un seul de ses auteurs — famille monoparentale dont la préfiguration serait, sous nos yeux, la situation de l'enfant naturel reconnu par un seul de ses auteurs, de l'orphelin de père ou de mère, voire, plus fréquemment aujourd'hui, de l'enfant de parents divorcés.

Quoique la théorie du rétrécissement ne soit guère discutée et que, juristes, nous nous en servions sous des vocables différents, parlant couramment, comme d'une vérité acquise, du passage de la *gens* à la *domus*, du lignage au ménage — il ne faut pas se dissimuler ce qu'elle a d'incertain dans ses bases chronologiques. La famille patriarcale est rejetée dans le passé. Mais quel passé ? D'un auteur à l'autre, ce sera Rome ou le Moyen Âge, l'Ancien Régime ou le Code Napoléon, l'avant-1914 ou l'avant-1936 ; si bien que le *dies a quo* de ce mouvement rétrécissant a l'air assez ambulatoire. Il est naturel que chaque génération se figure avoir inventé la famille conjugale, pour ne pas dire l'amour conjugal. Mais il est probable que tout cela est fort ancien dans les sociétés occidentales. Ce qui est aussi probable, en récompense, c'est qu'avec la famille conjugale la famille patriarcale, étendue, a toujours coexisté plus ou moins, suivant le principe de la pluralité des types (v. l'article *Types*).

Cependant, ceux qui défendent la théorie du rétrécissement font porter le principal de leur démonstration sur le XX^e siècle. Les preuves les plus frappantes qu'ils en allèguent sont tirées des législations de post-guerre : de la loi du 31 décembre 1917, qui a ramené la successibilité du 12^e au 6^e degré en

ligne collatérale (sans préjudice d'un écrasement fiscal de toutes les successions éloignées); des lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957, qui ont consacré la primauté du conjoint sur les collatéraux dans la hiérarchie successorale. Ainsi resserrée dans le temps, la théorie paraît acquérir plus de consistance. Il faut se dire, néanmoins, que, comme tous les indices législatifs, ceux-ci doivent être nuancés par des considérations d'effectivité. L'effacement des collatéraux dans la succession *ab irtestat* a pu être corrigé par la liberté testamentaire. N'est-il pas notoire que la fraude fiscale s'exerce largement en faveur des neveux et même des cousins ? Il y a, du reste, chez nous, des signes d'une famille étendue qui n'est pas simple survivance : telle, en jurisprudence, la percée des grands-parents par le droit de visite, ou la manière dont des collatéraux commensaux se sont raccrochés au maintien dans les lieux. Et comment analyser les divorces de beaux-parents ? Certains ne veulent y apercevoir que l'atteinte à la famille conjugale. Mais retournons la question, et nous trouvons l'agressivité, donc la vitalité de la famille patriarcale. À quoi s'ajoutent des traits de mœurs : cette soif de vacances qui ramène les Parisiens vers les logis provinciaux de la famille étendue ; cette universelle copinerie qui, dans des familles quelque peu infantilisées, fait apprécier les frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs, comme compagnons de jeux et de voyages, de plaisirs et de chamaillages. Et des traits d'économie politique : les sociétés de famille et les dynasties des conseils d'administration. L'hypothèse pourrait même être émise que, dans la bourgeoisie, le resserrement maximum des dimensions familiales a été atteint entre 1850 et 1914, à l'époque des *selfmade-men* et de l'individualisme économique absolu, tandis que, depuis, les nouveaux aspects du capitalisme — la société anonyme, les filiales, les ententes — ont rendu plus utile la famille étendue, qui permet de multiplier les points de domination.

SALAIRE (PEU LIBRE) DE L'HOMME MARIÉ. — C'est une coutume, largement attestée dans les familles ouvrières : l'homme remet régulièrement et intégralement son salaire à la femme, et celle-ci, après lui en avoir laissé une fraction pour ses menus plaisirs d'homme, assumera la gestion exclusive du reste, à charge par elle de faire face à toutes les dépenses courantes du ménage. Les sociologues s'enthousiasment pour cette coutume : ils y voient un renversement du système du code, l'antithèse parfaite de l'ancien article 214 ; ici comme par beaucoup d'autres comportements, la classe ouvrière, plus dégagée des préjugés et des traditions, serait en avance sur l'ensemble de la société ; la famille ouvrière, en consacrant la femme comme chef de la communauté, préfigurerait la famille de l'avenir. Les juristes ne se laissent pas si aisément entraîner : ils contestent qu'il y ait, dans la coutume décrite, plus que l'institution du mandat domestique de la femme mariée suivant le droit positif de l'ancien article 220 ; ils font observer en ce sens que la remise des salaires par l'homme est strictement subordonnée à l'emploi que la femme en fera pour les besoins du ménage ; que, d'autre part, si le paiement à faire est important comme de loyers ou d'impôts, et sort du cercle des trois K (v. cet article), le

mari recouvre des pouvoirs propres. L'expérience cruciale consisterait à rechercher quel est le sort des sommes économisées par la femme sur les salaires dont elle a eu le maniement : continuera-t-elle à les gérer seule, pourra-t-elle les placer à son gré ? Ou bien considérera-t-elle qu'elle en doit compte au mari, et qu'il faut, à ce stade, réintégrer le régime matrimonial selon le code ? Les enquêtes ne le disent pas. Quant aux psychanalystes, ils ne veulent retenir de la coutume qu'un trait singulier : que l'ouvrier prolonge avec sa femme un geste de soumission qu'apprenti ou jeune ouvrier, il accomplissait envers sa mère. Car, maintes sources du XIX^e siècle en portent déjà témoignage (*Germinat ou Pêcheur d'Islande*), les gains de l'enfant, mineur ou majeur, sont ponctuellement remis à la mère, sauf ristourne d'un argent de poche. Voilà donc l'épouse *loco matris*, tandis qu'à Rome elle était *loco filiae*, grande occasion d'analyse, sinon de péché.

TYPES (PRINCIPE DE LA PLURALITÉ DES). — Le postulat étant qu'il existe des types distincts de famille, et notamment un type patriarcal et autoritaire qui s'oppose au type conjugal et associatif (v. les articles *Burgess, Rétrécissement*), on se demande si des familles de types différents peuvent se rencontrer à l'intérieur d'une même société globale. Par un raisonnement *a priori*, les juristes concluraient aisément à la négative, car ils considèrent que les structures familiales sont pétries par les systèmes juridiques : or, sur un territoire donné, il n'est de place que pour un système juridique à la fois, sous réserve des îlots de lois étrangères qui peuvent résulter des règles du droit international privé. Si, au contraire, la famille est institution de mœurs autant que de droit, et si par mœurs il faut entendre non pas seulement des coutumes rigides, mais un ensemble de comportements et de sentiments où vient jouer une apparente liberté, on conçoit que ses structures puissent se diversifier sous l'unité du modèle légal. La sociologie devrait se complaire à cette diversité. Beaucoup de sociologues, néanmoins, la repoussent : peut-être parce qu'ils prêtent au grand Tout social les attributs de la divinité, unité et omnipotence, ils estiment que les structures familiales sont uniformément et irrésistiblement déterminées par la société globale ; des échantillons des types dissidents pourraient tout au plus se trouver, d'une manière transitoire, dans les familles d'immigrants. Pourtant, les faits semblent attester que, dans le milieu français, l'homogénéité juridique et ethnique n'empêche pas la coexistence de structures familiales variées. Si la dominante est fournie par le type conjugal et associatif, le type opposé est représenté aussi, quoique se sentant minoritaire, il ne cherche point à s'étaler ; il faudra, par exemple, le hasard d'une affaire criminelle pour découvrir l'absolutisme royal de tel patriarche paysan. Les traditions, les régions, les professions, et dans l'individu, les propensions, les volitions, interviennent et se combinent pour porter finalement chaque famille vers une structure plutôt que vers l'autre. Et qui plus est : comme toutes ces circonstances peuvent elles-mêmes se modifier au cours de la vie du groupe, il pourra arriver que la famille passe successivement par diverses structures ; qu'ainsi, après avoir vécu dix ans comme ménage et *domus*, elle se

redécouvre *gens* et lignage (parfois sous l'effet d'une détresse), à l'image de ces théâtres modernes où la scène se rétrécit et s'élargit selon les nécessités de l'action.

UXORIOUS (COMPLEXE DE L'). — Tant de réformes en faveur des femmes mariées ont valu à Justinien le beau surnom *d'imperator uxorius*, l'empereur ami des épouses (d'autrui). Aussi a-t-on nommé, en psychologie législative, complexe de *l'Uxorius* cet ensemble de tendances plus ou moins obscures qui portent le législateur à se faire, dans les ménages, le champion des intérêts de la femme. Il est connu que Bonaparte fut exempt de ce complexe, mais le législateur anonyme du XX^e siècle en a été fréquemment hanté. C'est tout autre chose que la tradition, coulant de la Bible, qui commande aux gouvernants et magistrats de protéger la veuve (et l'orphelin). Ce qui fait la force et les dangers du complexe de *l'Uxorius*, c'est qu'il lance le législateur dans une rivalité abyssale avec les maris (ou les pères de famille). On a quelquefois réduit les causalités du phénomène aux rapports du législateur avec sa propre épouse : le féminisme naturel à celle-ci se communiquerait à celui-là par les procédures ordinaires de l'influence conjugale. On cite précisément Théodora, qui, à ce qu'il semble, avait mis le législateur dans sa robe. L'explication, cependant, n'est pas assez compliquée pour expliquer un complexe.

VOLONTÉ DANS LA FONDATION D'UNE FAMILLE (RÔLE DE LA). — Fonder une famille est un acte de volonté, parce que c'est un acte de responsabilité. Chez nous du moins, la chose est ainsi comprise, l'opposition étant, sur ce point, non pas tant entre maintenant et jadis qu'entre l'Occident et l'Orient. Les familles tribales des sociétés orientales n'ont pas à être fondées. Elles émergent d'un passé indéfini, et elles sont poussées vers un avenir qu'elles ne s'inquiètent pas de maîtriser, même en sa frange la plus immédiate. Chaque couple nouveau y est inséré sans y prendre de responsabilité distincte. D'où la natalité désordonnée, et par contre-coup l'aversion des économistes internationaux pour ce type de famille (mais de quel droit naturel le condamneraient-ils ?) La famille de chez nous est certes plus raisonnable : elle ne se fonde qu'une fois la subsistance assurée ; si d'aventure elle se fondait avant, elle nous semblerait fondée à crédit. Ainsi le commande le sens des responsabilités que l'éducation nous a infusé : des responsabilités matérielles et morales envers la descendance. Cette conception-là était déjà celle de l'Ancien Régime. À preuve la fréquence des contrats de mariage malgré ce que l'institution pouvait avoir d'ambigu à cause de la présence des parents. Ce n'était plus que dans les unions royales ou de l'aristocratie que le contrat de mariage était demeuré ce qu'il avait été à l'origine : traité d'alliance entre deux tribus. Ailleurs, il annonçait déjà ce qu'il est pleinement devenu parmi nous : statuts de la famille qui se fonde, essai de planification pour une génération ou deux — donc (qu'il soit l'œuvre des futurs seuls, ou de l'équipe familiale), acte de responsabilité et de volonté.

Si fonder une famille est un acte de volonté, c'est aussi parce que ceux qui la fondent peuvent, dans une certaine mesure, choisir leur modèle. Plusieurs types coexistant sur un même territoire (v. l'article *Types*), les intéressés ont à exercer une option, au moins implicite. Qu'elle ne soit pas purement potestative, c'est le cas de toutes les options : ceux qui veulent fonder une société voudront en vain une société anonyme s'ils n'ont les moyens que d'une S.A.R.L. L'important, c'est que des familles peuvent, tout de même, réussir par un effort de volonté à se donner des structures que la société globale ne leur proposait pas. Le sociologue Gino Germani avait constaté, pour l'Argentine du milieu du XX^e siècle, qu'à côté de la famille du type industriel, conjugale et associationnelle, qui constituait le modèle courant, se rencontrait une famille de type plus ancien, semi-patriarcale et plus étendue : or, remarquait-il, la présence de ce second type ne s'expliquait pas par une survivance, un phénomène de retard culturel ; c'était le résultat d'un choix délibéré, d'une inspiration idéologique. Les immigrants (en France même, les Nord-Africains des hôtels meublés de la Seine), mais aussi bien les aristocraties, parfois les minorités confessionnelles, pourraient apporter leurs témoignages à la théorie de Gino Germani.

WESTERMARCK (Edward A.). — Ethnologue Finno-Suédois, Anglais d'adoption, à qui, en 1891, une *History of human marriage* donna la célébrité. Encore de nos jours, on se réfère à l'explication qu'il a proposée de l'empêchement au mariage du frère et de la sœur, empêchement qui se rencontre dans la plupart des systèmes juridiques : d'après lui, le droit s'est ici calqué sur le fait, qui est l'absence de désir sexuel entre enfants élevés ensemble. Freud allait combattre cette interprétation, en soutenant que la prohibition est venue, au contraire, censurer un désir latent. L'opposition en recouvre une autre, plus générale, quant aux buts de toute législation de la famille : dans une thèse, légiférer, c'est sublimer des comportements déjà naturels, les mettre en devises flatteuses que nous suspendrons aux linteaux de nos portes (les quelques transgresseurs n'étant que des dénaturés) ; dans la thèse adverse, légiférer, c'est comprimer des comportements naturels et nous contraindre à en avoir d'autres qui ne le sont pas (tout homme étant un transgresseur en puissance). Certains pensent que Paul de Tarse avait une théorie plus proche de Freud que de Westermack, quand il disait : la loi est venue pour que l'offense abondât. Mais le passage a probablement un sens différent.

XANTHIPPE (MYTHE DE). — Il importe peu de savoir si Xanthippe a existé, ni si elle fut réellement aussi insupportable à Socrate qu'on l'a dit. Comme tous les mythes, celui-ci a dû servir à étayer, sinon à fonder, une coutume. D'entendre raconter comment le parangon quasi-divin de toute sagesse humaine avait été accablé d'une compagne ignare, acariâtre et sottement bavarde, la conviction n'a pu que se renforcer à travers les siècles, que cette espèce de créature méritait d'être réduite sous la domination juridique de l'homme. Aujourd'hui, ce qui, dans le mythe, retient plutôt l'attention, ce sont

les conditions historiques de son apparition. Les sociologues soulignent la grossière inculture de la femme dans toutes les classes de la société grecque. Il était alors impossible, pour un grand philosophe, de trouver chez lui à qui parler. La route a été longue jusqu'à Simone de Beauvoir ; mais on a raison de conclure que le droit matrimonial a été épuré, civilisé par l'éducation des femmes : travaillant successivement pour la noblesse, la bourgeoisie et le peuple, Fénelon, Victor Duruy et Jules Ferry ont plus fait pour transformer la famille que beaucoup de ses législateurs directs. Aux moralistes, il est vrai, la femme de Socrate semble plus intéressante après la ciguë. Platon atteste qu'elle fut alors secouée d'une douleur profonde. Si ce qui nous est rapporté de Xanthippe a un sens éternel, cherchons-le dans ces larmes, non dans ce qui avait précédé.

YVAIN (MYTHE D'). — Ce chevalier au lion avait tant fait de prouesses qu'il en avait oublié sa dame. On a parfois aperçu dans le roman de Chrétien de Troyes une image idéalisée de l'antagonisme entre le service militaire et les devoirs de mariage. On sait que les législations ont résolu diversement cet antagonisme : les unes faisant du mariage un cas d'exemption, les autres, à l'exemple du Deutéronome (20 : 8), exemptant au contraire ceux qui ne sont pas encore mariés, selon le principe tant prôné par les économistes modernes, que la richesse acquise a moins besoin d'être protégée que la richesse en formation. Il n'est pas interdit de donner du mythe d'Yvain une interprétation plus générale, et de le regarder comme un symbole du conflit qui oppose la famille à la société. Dans le roman, le chevalier finit par abandonner les aventures pour revenir auprès de sa dame, ce qui laisse à penser que le lien familial, fondé sur l'amour, est plus fort que le lien social, fondé sur la vanité, la peur, le calcul, etc. Mais beaucoup de sociologues répugnent à ces vues poétiques : pour eux, la société est antérieure, donc supérieure à la famille.

ZOLA (ÉMILE). — Par son réalisme, Zola appartient à la sociologie de la famille, sous la rubrique de l'histoire des faits. Son œuvre foisonne d'observations sur les comportements familiaux dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Les sociologues ont principalement utilisé celles qui étaient relatives aux familles ouvrières, aux familles industrielles (comme ils disent), dont la littérature ne s'était pas beaucoup inquiétée jusqu'alors. La crédibilité des récits a été, cependant, mise en question. C'est que, si l'enquêteur était consciencieux, le romancier obéissait aux nécessités du grossissement dramatique ; et bien que chaque trait soit exact en lui-même, l'ensemble du tableau peut n'en être pas moins poussé au noir, parce que la monotonie de quantité d'existences à peu près tolérables, presque heureuses, n'a pas été reproduite.

Mais c'est aussi par son lyrisme que Zola appartient à la sociologie de la famille, sous la rubrique de l'histoire des idées. Il a trouvé les accents les plus passionnés pour exalter ce que l'on pourrait appeler, affreusement, le familialisme natalitaire. Ce n'est pas le lieu de s'appesantir sur les motivations personnelles qui purent l'amener à écrire *Fécondité*, comme un des quatre évan-

giles du monde moderne. L'admirable est qu'il ait publié ce livre — à contre-courant de son temps —, à rebours de ses amitiés politiques. Jamais encore n'avait été prêché au peuple un « Croissez et multipliez » purement laïque. Si Zola avait été écouté autour de lui, il aurait, dès 1899, réconcilié avec la famille, et même la famille nombreuse, le législateur des partis avancés. La réconciliation devait se faire plus tard, en 1938-1939, où des lois fameuses mobilisèrent les Français, à l'inverse du Code Napoléon, contre la division des héritages, dans l'espoir audacieux de faire surgir à *temps* plus de soldats. Ces lois ont duré, d'ailleurs, se sont même consolidées, mais le sens multiplicateur s'en est perdu.

*
* *

Dans une langue où il n'y a point d'Oméga, la tentation était fort de clore le dictionnaire, plutôt que sur Zola, sur zéro : ce que la sociologie de la famille nous procure en savoir et en pouvoir. Mais ce mot de la fin aurait été infiniment injuste. La sociologie de la famille nous apporte tout de même un peu, et ce petit peu est une raison de persévérer.

Chapitre IV

LA THÉORIE DES CONFLITS DE FAMILLE CHEZ PROUDHON*

Ce ne sont que réflexions de juriste, de civiliste sur une œuvre de sociologue. L'œuvre est immense ; mais nous avons un certain faible pour ce livre tout buissonnant, *De la Justice dans la Révolution et dans l'Église*, où, plus artiste qu'on ne le reconnaît d'ordinaire, Proudhon a entrelacé à ses doctrines, en un contrepoint subtil, ses souvenirs d'enfance et de jeunesse, c'est-à-dire, comme toujours, le récit de l'enfance et de la jeunesse qu'il rêvait d'avoir eues — en même temps qu'il réfutait la biographie venimeuse, sinon calomnieuse, qu'avait publiée de lui un M. de Mirecourt, dans l'ombre du cardinal-archevêque de Besançon.

Jetez le nom de Proudhon devant un civiliste, il vous demandera si c'est là un parent du célèbre jurisconsulte. On se posait déjà la question autour du jeune Pierre-Joseph Proudhon, lorsque, tout gamin encore, il courait dans la campagne franc-comtoise, en se gorgeant de mûres dérobées aux forêts : était-il apparenté au célèbre Jean-Baptiste Proudhon, natif du même coin, mais devenu doyen de la Faculté de Droit de Dijon, auteur, entre autres ouvrages, d'un *Traité des droits d'usufruit et d'usage*, qui n'avait pas de pareil (1) ? De fait, il était son petit-cousin. Du sixième degré au moins, et de la branche

* L'article a d'abord été publié dans les *Perspectives de la sociologie contemporaine, hommage à Georges Gurvitch* (1968, Presses Universitaires de France, édit.). Nous avons voulu dédier quelques pages sur Proudhon à celui qui en avait si profondément décapé la statue, et qui avait même entrepris, irénique plus qu'il ne semblait, de le réconcilier avec Karl Marx (mais les héritiers ne sont pas toujours aussi conciliants que les morts).

(1) Jean-Baptiste Victor Proudhon, né à Chanans (Doubs), en 1758, mort à Dijon en 1838. Que son prestige fut grand dans le monde judiciaire est attesté par LAGIER, *Éloge de Proudhon*, 1839 (simple discours de conférence du stage, mais source première) ; qu'il fut durable est attesté par G. DUMAY, *Étude sur la vie et les travaux de Proudhon*, 1878 (ce juge d'instruction n'ignore pas, d'ailleurs, op. cit., p. 187, qu'il y a eu un autre Proudhon, « intelligence mal pondérée » et « orgueil immense », Cf. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, 1935, p. 21-26.

cadette, mais d'un cousinage où l'on cousinait encore. Cette parenté n'a pas simple valeur d'anecdote : elle pourrait bien toucher à l'essentiel.

Il n'est pas rare que Proudhon le sociologue rencontre le droit dans ses recherches, et même le droit civil. Les juristes remarquent alors ses gaucheries, mais aussi ses coups d'aile d'autodidacte. Ils remarquent peut-être plus encore l'ambiguïté de son attitude fondamentale à l'égard du droit, tour à tour répulsion et attirance. Tantôt une telle véhémence à prophétiser l'écroulement de l'ordre du Code (2); tantôt une si grande confiance placée dans l'analyse juridique pour aborder les phénomènes sociaux (3). N'est-ce pas que le droit, pour Proudhon, c'était, de façon plus charnelle, la silhouette instinctivement détestée, inconsciemment admirée, du cousin le jurisconsulte ?

Nous avons essayé justement d'interroger Proudhon sur ce thème de la famille. Qu'il s'y montre archaïsant, préscientifique, et, pour tout dire, qu'il souffre d'y être comparé à Marx, le fait est notoire. On aurait tort, pourtant, d'imputer à la pensée de Proudhon les fadeurs d'une quelconque « défense de la famille ». Ce qui la relève d'un accent d'originalité, c'est l'importance exceptionnelle qu'elle donne aux conflits (4). La famille n'est point, chez Proudhon, un lac aux eaux tranquilles, un asile de paix : elle est toute secouée d'orages et de tensions.

Nul doute que le droit n'ait contribué à cette vision réaliste. Polémologue avant la lettre (5), à une époque où les révolutionnaires l'étaient peu, Proudhon s'est passionné pour le phénomène guerrier, dans lequel il aperce-

(2) Cf. Daniel HALÉVY, *La jeunesse de Proudhon*, 1948, p. 113 : «... Vous devriez suivre un cours de droit. — Je n'en ai nulle envie (répond Proudhon);... Votre droit... Encore quelques siècles, et il n'en restera rien. »

(3) GURVITCH, *Proudhon*, p. 38 : *Proudhon est certainement beaucoup trop juriste...* — À la vérité ce qu'il demande d'habitude aux juristes, c'est d'avouer les faiblesses de l'institution qu'il veut critiquer. La fascination exercée sur lui par le droit n'en est pas moins très perceptible, dont témoignent les recours au droit romain (encore Lassalle saura-t-il mieux que lui l'utiliser à des fins révolutionnaires), les citations de légistes, anciens (Domat, Pothier) ou récents (Merlin, Troplong, sans préjudice de la *Gazette des Tribunaux*), un sentiment de satisfaction à se trouver d'accord avec les législateurs, ces gens sérieux (comme on peut le voir à cet endroit du *Catéchisme du mariage*, où le Code Napoléon est félicité pour n'avoir pas rangé l'amour parmi les devoirs entre époux, *De la Justice...*, en appendice à la 11^e étude).

(4) Car, sur le fond même, les arguments dont se sert Proudhon en réponse aux saint-simoniens et phalanstériens, qui lui reprochaient d'avoir peu logiquement conservé le préjugé suprême, mariage et famille, après en avoir nié tant d'autres (propriété, gouvernement, religion) — ces arguments ne sont pas, à la divinité près, bien différents de ceux que l'on pouvait trouver dans toutes les doctrines du droit naturel : qu'il s'agit là d'un préjugé universel et indestructible, qu'il est donné, *a priori*, par la distinction des sexes et la génération, qu'il forme avec la société un tout solidaire. (*De la Justice*, 10^e étude, chap. II, n° 8).

(5) Cf. CHARNAVY, *Évolution des doctrines stratégiques*, in *Stratégie*, n° 4, p. 15 et s.

vait un mode nécessaire à l'existence humaine (6). Or, il avait lucidement décelé l'unité de substance qui relie le procès à la guerre et, plus généralement, les conflits du droit privé à ceux du droit des gens (7). Il ne lui restait plus qu'à transposer cette loi d'antagonisme dans les rapports familiaux pour en faire une théorie des conflits de famille. Qu'il n'ait pas exposé la théorie systématiquement n'empêche pas de la reconstituer, en parcourant avec lui les trois cercles concentriques : le couple, les enfants, le lignage.

I.

À l'origine du mariage, que découvre-t-on ? La violence (8). Proudhon, séduit par les Sabines en leur légende (9), a cherché à atteindre au travers d'elles un type primitif de conflit : le conflit entre le droit du mâle à se perpétuer, partant à croiser les races, et le droit de la femme à se refuser (ou de son père à refuser, dans l'hypothèse patriarcale). N'objectez pas que, le mariage étant devenu depuis longtemps un contrat, échange de consentements, le mythe est totalement inactuel : même dans les sociétés modernes, quelque chose de l'antique conflit de droits resurgit derrière un problème tel que celui des mésalliances, plus largement de la mixité (sociale, raciale, confessionnelle) des unions. Proudhon a un mérite de clairvoyance en nous invitant à remonter vers les Sabines, même s'il n'a pas d'autre issue à nous proposer, pour mettre fin au conflit, que la solution légendaire, l'élan d'amour.

L'union nouée, fût-ce par-dessus un conflit initial, elle est menacée de nouveaux conflits. Il y a, chez Proudhon, fragmentairement ébauchée, une théorie des dissociations conjugales. Pour lui, ces dissociations sont de deux espèces : l'une, naturelle, qui a son siège du côté de l'homme, l'autre, accidentelle, et qui vient par la femme.

C'est un phénomène assuré que le mari, et très vite, va se lasser de sa femme (10). Proudhon lui en donne pour six mois ou deux ans, mais, à la différence de tant d'autres analystes du cœur, il n'explique point le phénomène par le banal effet du pâté d'anguille, par le besoin physiologique ou psychologique du changement. Plus juridique, il le rattache à une déconvenue contrac-

(6) V. sa « *phénoménologie de la guerre* » dans *La guerre et la paix : recherche sur le principe et la constitution du droit des gens*, 1861.

(7) *La guerre et la paix*, livre 3, chap. I et IV.

(8) *La guerre et la paix*, livre 5, chap. I. Cf. livre 3, chap. VII.

(9) Au point que quelque chose devait lui en rester dans la façon dont il mena sa propre affaire (cf. Daniel HALÉVY, *Le mariage de Proudhon*, 1955), et il n'est pas défendu d'interpréter l'abordage abrupt dont il usa avec Euphrasie Piégéard comme une imitation embourgeoisée de Romulus, un enlèvement de Sabine par correspondance.

(10) *De la Justice...*, 10^e étude, chap. 111, n° 12.

tuelle : tout contractant se refroidit quand il s'aperçoit que l'affaire ne lui est pas si avantageuse qu'il l'avait d'abord supposé. Nous avons là une des idées les plus rancieuses de Proudhon, où ne s'est que trop bien gravée sa double expérience de célibataire et de comptable : l'homme, dans le mariage, serait nécessairement perdant, parce qu'en échange de peu il sacrifierait tout, liberté, fortune, plaisirs, travail, sans parler de l'honneur et du repos, qu'au moins il risque (11). C'est cette nature essentiellement lésionnaire de l'opération qui y dépose d'avance un germe de discorde.

A *contrario*, l'autre sexe a tout lieu d'être satisfait, et il se tiendrait probablement tranquille si le diable ne s'en mêlait. Cherchant le pourquoi de beaucoup de dissensions conjugales, Proudhon tombe facilement sur l'hypothèse du *tertius serpens*. Et quel est donc ce tiers qui instille le poison dans le couple ? Nulle hésitation : c'est le confesseur, le prêtre, c'est l'Église. « Partout où le catholicisme a conservé sa puissance, le prêtre est maître de la maison... Que de maris désespérés par cette aliénation de leurs femmes ! » (12). On ne souligne pas assez que l'exaltation de l'autorité maritale, chez Proudhon, procède moins d'une misogynie qui serait de droit naturel, donc immuable, que d'une considération politique contingente, quoique durable. Son maritalisme n'est qu'un aspect de son anticléricalisme. Là-dessous, il y a, en France, toute une tradition de ménage, que l'on peut suivre à la trace depuis les fabliaux. Mais, au XIX^e siècle, la question est devenue affaire de parti, et déjà se dessine la position qui persistera jusque dans les Sénats radicaux de la III^e République : l'alliance de la puissance maritale et de l'esprit républicain. Ce que Proudhon ajoute en propre à cette position, c'est peut-être une tentative de justification sociologique. Une de ses hypothèses veut que les phénomènes familiaux reflètent les phénomènes nationaux : ainsi, le conflit conjugal reproduit, à l'échelle des petits groupes, la lutte qui se déroule, dans la société globale, entre Église et pouvoir laïc.

Il est paradoxal qu'ayant si bien affirmé la fatalité des conflits conjugaux, Proudhon ait délibérément tourné le dos à ce qui pouvait en sembler la conclusion la plus naturelle. Son rejet du divorce est catégorique (13) : par là, en pleine bataille, il faisait dissidence des rangs anticléricaux et esquissait vers l'armée catholique des pas compromettants. Racines religieuses mal

(11) Le comptable revient à plusieurs reprises sur cette inégalité des apports dans la société conjugale, et il s'en sert pour justifier mathématiquement les pouvoirs du mari comme chef (de même que, dans la commandite, les décisions se prennent à la majorité des actions, de même dans le ménage...). v. *De la Justice...*, 11^e étude, chap. II, n^o 3, chap. III, n^o 35.

(12) *De la Justice...*, 10^e étude, chap. IV, n^o 39. Cf. 11^e étude, chap. I, n^o 18 : « L'Église admet... l'égalité des sexes ; à l'aide de ce principe, elle entretient la théocratie par le célibat ecclésiastique ; elle gouverne les faibles par le confessionnal... Qu'y a-t-il donc d'étonnant à ce que l'homme ait pris vis-à-vis de sa fantaisie et lascive moitié les précautions que lui suggérait une expérience trop réelle ? »

(13) V. *Catéchisme du mariage*, loc. cit., cf. *ibid.*, 10^e étude, chap. I, n^o 7.

extirpées ? Après tout, ce n'aurait pas été la première fois qu'un anticlérical aurait été en proie à des remords sacramentaires (14). Cependant, pour peser exactement le cas, il ne faut pas s'en tenir à cette négation dogmatique du divorce. Proudhon s'apitoya lui aussi, en bon humaniste, sur les époux désaccordés à qui le droit positif de son époque ne laissait d'autre choix, par la séparation de corps, qu'entre la continence à perpétuité et l'adultère, voire la bigamie (15). Seulement, comme il ne voulait démordre de l'indissolubilité, il fut acculé à inventer un remède juridique plus audacieux encore que le divorce : les conjoints disjoints ne seraient pas autorisés à contracter de nouveaux mariages, mais ils auraient licence de tempérer leurs solitudes par des concubinages licites (16). Et de mettre sur pied un statut du concubinat légal, comme d'une union de second rang (17).

Voilà bien toute l'équivoque proudhonnienne : déjà la liberté morale d'un siècle plus tard, mais sous une technique de droit romain (18), le tout vous ayant un rien de Père de l'Église. Il n'en faut que davantage y admirer une certaine divination. Car Proudhon ne claironne pas, comme tant d'auteurs devaient le faire chez nous vers les années 1930, un avènement apocalyptique du concubinat, une union libre entrant en révolte ouverte contre le mariage et tendant à le supplanter. Ce qu'il annonce, plus sobrement, c'est une solution de rechange pour les cas limités où le mariage est impossible (spécialement, à cause d'un précédent mariage, indissoluble en droit ou en fait). Et telle est bien, en effet, une fonction toute subsidiaire que, dans les sociétés modernes, le concubinage paraît remplir (le concubinage à l'ancienne, non pas la cohabitation juvénile).

(14) Significative est sa formule, comme d'un chantre mal laïcisé : que le mariage est le *sacrement* de la justice, le *mystère* vivant de l'harmonie universelle (*Catéchisme du mariage loc. cit.* ; cf. *De la Justice...* 10^e étude, chap. II, n^o 11).

(15) Cf. *De la Justice...*, 10^e étude, chap. v, n^o 43, relatant une affaire de bigamie, portée aux Assises de la seine en 1855.

(16) *Catéchisme du mariage, loc. cit.*

(17) Le concubinat sera indépendant de la communauté de domicile. Il emportera une présomption de paternité. Le père concubin sera tenu de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants. La concubine délaissée aura droit à une indemnité, à moins qu'elle n'ait, la première, convolé en un autre concubinat (*Catéchisme du mariage, loc. cit.*). — Il est remarquable que, dans le déferlement d'idées vaguement anarchisantes qui a abouti à la loi du 15 novembre 1999 et à l'institution d'un statut du concubinage sous le sceau de *pacte civil de solidarité* ou *pacs* (art. 515-1 et s. C. civ.), référence n'ait jamais été faite à Proudhon. Il a du paraître négligeable dès lors qu'il ne s'était pas intéressé aux homosexuels.

(18) Cf. *De la Justice...*, 10^e étude, chap. II, n^{os} 14-16.

II.

Qu'ils se marient, qu'ils aient des enfants. Point trop, pourtant. Proudhon, par des recettes diverses (19), se préoccupe d'en restreindre le nombre. Deux est peut-être son idéal (20); quatre ou cinq, la réalité qu'il concède (21). Mais il suffira bien d'un seul pour faire éclater de nouveaux conflits.

Sur la genèse de ces conflits qui dressent l'enfant contre les parents, Proudhon n'a pas de système. Il laisse entrevoir que, chez les pauvres, le régime économique y est pour quelque chose, les jeunes travailleurs éprouvant dans leur famille même un avant-goût de cette exploitation qu'ils subiront dans la société (22). En d'autres occasions, il soupçonne, ici encore, quelque intrigue cléricale : « Toute intervention d'autorité entre le père de famille et les enfants est une dissolution...; suspension de l'autorité paternelle, suspension de la morale...; une fois entrée dans la maison, l'Église ne respecte rien » (23). Mais la révolte du fils ne peut-elle avoir des causes plus naturelles ? La famille selon Proudhon est une famille autoritaire, verticalement non moins qu'horizontalement (24). La relation du chef de famille à la descendance ne peut être qu'une relation d'autorité qui transcende un rapport de force (25) : l'enfant, tel le primitif, aime obéir au plus fort (26). La désobéissance, cependant, n'est pas impossible : que le fils se conduise en prodigue, en fainéant ou en insensé — qui pis est, qu'il fasse contre le gré de ses parents un mariage d'inclination (27) —, la magistrature paternelle va s'exercer. Elle s'exercera d'abord par des homélies judicieuses. Psychanalyse

(19) Les unes relèvent de la législation (recul de l'âge légal du mariage : de 18 à 26 ou même 28 ans, *Catéchisme du mariage*, loc. cit. ; *Système des contradictions économiques ou philosophie de la misère*, chap. XIII, § 3); les autres de la morale individuelle (connivence des époux dès que les aînés arrivent à la puberté, *ibid.*). Sur ce dernier point toutefois, le conseil moral se fortifie d'une sorte de raisonnement juridique, disons de droit naturel : à partir du moment où l'aîné, mis au travail, va contribuer à entretenir la famille, lui donner des frères, c'est exiger de lui plus qu'il n'a reçu, c'est « le faire père de ceux qu'il n'a pas engendrés, c'est « l'expulser de la famille », cet argument d'un droit acquis à l'aîné, que ne sauraient diminuer les naissances ultérieures (*pnor tempore, potior jure*), pouvait, en termes de propriété capitaliste, fonder le droit d'aînesse traditionnel. L'originalité est de le transposer aux familles qui n'ont pas de propriétés et de montrer que la restriction des naissances est, en somme, le droit d'aînesse des prolétaires.

(20) Cf. *La guerre et la paix*, liv. 4, chap. II et III, *passim*.

(21) *Contradictions économiques*, loc. cit. ; *De la capacité politique des classes ouvrières*, Troisième Partie, chap. VIII.

(22) *De la capacité politique...*, Troisième Partie, chap. VII.

(23) *De la Justice...*, 4^e étude, chap. v, n° 33.

(24) *De la Justice...*, 3^e étude, chap. v, n° 22,

(25) *La guerre et la paix*, Conclusions générales.

(26) *La guerre et la paix*, livre 2, chap. VII.

(27) *Catéchisme du mariage*, loc. cit.

Proudhon qui voudra : le fait est qu'il se met avec un plaisir mal dissimulé dans la peau d'un père sermonneur, qui ne trouve pas moins doux de pardonner que d'humilier (28). Toutefois, il est des enfants endurcis, contre lesquels il faut bien sévir : l'exhérédation devient alors, pour le chef de famille, « le premier des droits et le plus saint des devoirs » (29).

Si l'on ne savait combien Proudhon est juridique, on s'étonnerait de l'importance qu'il attribue à l'exhérédation (30). Le voilà tout proche de Le Play, qu'il ne prisait guère. Encore se révèle-t-il bien moins économiste que lui. Le Play, quand il prônait la liberté testamentaire, pensait à la solidité de la famille, certes, mais aussi au rendement de l'exploitation. Si Proudhon rêve d'un testateur tout-puissant, ce n'est point crainte d'un morcellement des propriétés (31); c'est souci purement moral de justice domestique : il lui faut placer entre les mains du *pater familias* ce fouet rétributif de l'exhérédation. Au point qu'on se prendrait à croire, par moments, que l'exhérédation est, à ses yeux, la principale fonction de l'héritage.

Bien sûr qu'il voit plus loin, et que c'est pour des raisons très directes que l'institution successorale a suscité en lui un défenseur aussi intransigeant (32) (payant son intransigeance d'une solitude accrue dans le socialisme de son temps) (33). Mais, parmi ces raisons, il en est de si banales : l'héritage, projection de la famille ! ciment de la famille ! Il faut s'efforcer d'en atteindre d'autres, plus profondes, aux confins de la métaphysique, car ce sont elles qui vont nous expliquer pourquoi Proudhon, tout à l'heure, ne pouvait prendre absolument au tragique le conflit des générations. C'est que, pour lui, ce conflit était inéluctablement appelé à une solution, à une résolution dialectique

(28) *De la Justice*, 12^e étude, section 3, n^o 4. Le passage peut se lire comme une sorte de psychodrame.

(29) *Catéchisme du mariage*, loc. cit.

(30) Sans que l'on puisse discerner s'il a en vue l'exhérédation absolue de l'Ancien Droit, qu'il songerait à restaurer, ou l'exhérédation relative du Code civil, simple privation de la quotité disponible.

(31) Sur le droit d'aînesse, son attitude ne laisse pas d'être trouble. On pourrait l'en croire partisan, à entendre avec quels accents lyriques il le justifie par l'enthousiasme de la première paternité (*De la justice...*, 11^e étude, chap. III, n^o 37). Mais, ailleurs (*op. cit.*, 3^e étude, chap. IV, n^o 15), il dénonce comme corrompant le principe de l'héritage ce droit d'inspiration cléricale, grâce auquel « le superflu de la reproduction aristocratique est refoulé dans la misère plébéienne ».

(32) *Contradictions économiques*, chap. II, § 2 ; *De la justice...*, 11^e étude, chap. III, n^o 37.

(33) On peut, il est vrai, être socialiste tout en estimant que l'abolition de l'héritage n'est qu'un accessoire, qui suivra le reste, mais ne saurait en dispenser. C'était la position de Marx ; et il arrive aussi à Proudhon d'observer que ce n'est pas l'hérédité qui rend les fortunes inégales, qu'elle se borne à les transmettre telles qu'elles sont (*De la justice...*, 11^e étude, chap. III, n^o 37). Mais autre chose est de juger une institution indifférente, autre chose de la sacraliser. Et Proudhon, à l'opposé de Marx, tient l'héritage pour sacré.

dans l'héritage (34) L'héritage, par lequel, suivant sa forte expression, les parents *s'échappent* dans leur descendance ; l'héritage, cette *immortalité* laïque. Il aurait même souhaité que notre loi civile, sur le modèle romain, mît la succession testamentaire en plus grand honneur, afin de mieux marquer qu'à chaque citoyen elle conférait le soin de sa propre immortalité (35). Leur paradis, c'était le testament, a-t-on écrit de la Rome quiritaire (36). Du même instinct, le père de Proudhon, sur son lit de mort, avait murmuré, en regardant ses enfants : « J'ai mon paradis dans mon cœur » (37). Le jeune Proudhon a recueilli cette parole, et il s'en fera une doctrine, sans trop se demander — pas assez juriste, peut-être, pour une fois — si ce que l'on voit *post mortem* du droit successoral en action confirme bien tant d'optimisme quant à la vertu substitutive, continuatrice, immortalisante du testament, de l'héritage et des héritiers.

III.

Du cercle des héritiers, Proudhon, contre Louis Blanc, n'aurait même pas consenti à rejeter les collatéraux (38). Il croit à la famille conjugale, mais il ne nie pas la famille étendue. Il est bien trop rural pour ne pas sentir la réalité de cet entrelacs de parentés et d'alliances. Lui-même a conscience de participer à un lignage qui ne se confond avec aucun autre : il nous en donne la geste (39), il lui prête des traits héréditaires de mentalité. « Les Proudhon sont des payans paperassiers et liseurs de Codes ; toute la race est foncièrement révolutionnaire ». Avec quel orgueil il ramasse la condamnation collective ainsi por-

(34) *De la Justice...*, 3^e étude, chap. IV, n^o 15 : « Cette loi de l'héritage qui, malgré son imperfection dans une société antagonique, forme le lien des générations. » Cf. 5^e étude, chap. v, n^{os} 51 à 55.

(35) *Catéchisme du mariage*, loc. cit.

(36) C'est Ferdinand LASSALE qui l'a écrit dans sa *Théorie systématique des droits acquis* (1860). À LASSALE, déjà rencontré *supra*, p. 267, à propos de l'héritage, est attribuée la loi d'*airain des salaires*. Mais son socialisme ne fut pas agréé par Karl Marx comme suffisamment scientifique.

(37) *De la Justice...*, 3^e étude, chap. IV, n^o 55.

(38) *Contributions économiques*, chap. XI, § 2. Bien plus, ne proposait-il pas d'étendre la successibilité aux amis, associés, compagnons, confrères, collègues, domestiques (*De la Justice...*, 11^e étude, chap. III, n^o 37).

(39) Notamment, celle du grand-père maternel, Tournesi, fameux pour avoir assommé, à coups de bûche, un garde-forestier du seigneur de Bauffremont (*De la Justice...* 4^e étude, chap. VI, n^o 39).

tée par M. de Mirecourt (40) et s'empresse d'y faire écho : « Cet esprit critique qui a fait de nos auteurs et collatéraux des lecteurs de Codes, qui ferait bientôt de la nation tout entière une race de démons » (41). Le totem est hissé bien haut : c'est un totem juridique.

Un totem n'empêche pas les guerres intestines, car de lui peuvent descendre des familles d'esprit fort opposées. Les mêmes tables de la loi peuvent, par des lectures différentes, nourrir la paisible profession judiciaire et la violente revendication *contra hostem*. C'est ainsi que, chez les Proudhon, le « célèbre juriconsulte », de la branche aînée, le professeur de droit bien assis, avait coexisté avec une branche cadette de paysans processifs (42), d'où le révolutionnaire devait sortir. Scission dans la *gens* ? une droite et une gauche ? Certains phénomènes analogues n'avaient pu échapper à Proudhon : les Orléans s'étaient signalés contre les Bourbons par plus d'un siècle de non-conformisme ; et maintenant même, du Palais-Royal aux Tuileries, le prince Napoléon faisait fumer les saucisses du vendredi saint au nez de l'impératrice. Trois observations, c'est assez pour établir une loi générale. Et voici celle que formule Proudhon, ou à peu près — loi de microsociologie, mais avec un corollaire pour la société globale : toute famille étendue est, en France, par réfraction de ce qui se passe dans l'ensemble du pays, irrémédiablement divisée en deux partis, celui de la Contre-Révolution et celui de la Révolution (43). Le « professeur » lui non plus n'était pas sans croire aux nécessités historico-biologiques. « Il y avait, lui était-il advenu de dire, une goutte de mauvais sang chez les Proudhon ; elle est passée de ce côté-là. » Vous figurez-vous, s'indigne le révolutionnaire, l'effet de cette sentence rendue par un juriconsulte célèbre... sur un cerveau de treize ans ! » Et oui ! nous voyons bien tout ce que Proudhon doit, par antithèse, à ce cousin trop sentencieux.

Tout est venu de là. La propriété, c'est le vol ? La fougue de l'attaque ne se comprend pleinement que comme une réplique familiale à ce gros *Traité du domaine*, que J.-B. Proudhon avait achevé peu avant de mourir, et surtout à

(40) *De la Justice...*, 4^e étude, chap. VI, n° 37. — Que d'ailleurs, Proudhon ait attribué en propre à sa *gens* un caractère qui fut longtemps commun à toute la paysannerie française, c'est ce qu'on remarquera sans peine (cf. Jules ROMAINS, *Les hommes de bonne volonté*, *Le drapeau noir*, chap. XXVII, « Présentation de la France en juillet 1914 » : «... très préparé à entendre la loi, chausser des bésicles pour la lire, et à trouver qu'après le cou d'une vache, ce qui se caresse le mieux, c'est le dos d'un code »).

(41) *De la Justice...*, 5^e étude, chap. I, n° 1.

(42) Contraste finement saisi par Proudhon entre deux façons d'avoir l'esprit juridique : la façon sceptique du professionnel, riche de surcroît, la façon aveugle des pauvres justiciables : « Ce qu'il en disait (le juriconsulte) ne venait pas de malveillance, tant s'en faut : jamais il ne refusa service ni conseil à ces entêtés plaideurs de la branche cadette... Quant à lui, il aimait mieux se laisser voler que plaider : il pouvait perdre » (*De la Justice...*, 4^e étude, chap. VI, n° 37).

(43) *De la justice...*, *ibid.*

cette apologie du droit de propriété qui en était la façade philosophique (44). La ferveur ouvriériste ? Le cousin avait grand peur du Paris populeux (45). La nargue à l'ordre établi ? Il avait été magistrat, fonctionnaire, doyen. La constante anticléricale ? Il avait porté la soutane, respectait fort l'Église, avait un frère curé... « La branche de laquelle le jurisconsulte célèbre est issu est parfaitement conservatrice et pieuse » (46). Certes, Proudhon n'aurait pas été lui-même sans ce cousin (47) qui était tout le contraire de lui.

Pourtant, si, après avoir regardé le jurisconsulte par les lunettes du révolutionnaire, on s'avisait de le considérer à l'œil nu, ce serait toute une métamorphose. Cet apologiste de la propriété privée, nous apprenons qu'il s'était élevé contre le partage des communaux, qu'il avait défendu les droits d'usage forestiers reconnus aux communautés d'habitants, avec autant de vigueur franco-comtoise que ses cousins les paysans (48). Il avait beau s'épouvanter des « passions et des vices » fermentant dans les agglomérations, il avait réclamé pour les bâtards le droit de succéder (même à leurs grands-parents, ce qui ne s'est accompli qu'en 1972). Gouvernemental ? plus bonapartiste, en tout cas, que bourbonnien, car il avait été destitué du décanat après les Cent-Jours. Dévot de naissance ? peut-être (49), mais il avait approuvé le mariage civil, et

(44) *Qu'est-ce que la propriété ?* est de 1840. Le *Traité du domaine de propriété*, en 3 volumes, parut en 1839, un an après la mort de J.-B. Proudhon. Un long développement (I, nos 23 et suiv.) y est consacré au « fondement du droit de propriété par les hommes où l'on retrouve beaucoup des lieux communs de l'école du droit naturel (par exemple, la propriété fondée sur le travail, sous une forme qui est, du reste, souvent très expressive. L'originalité de fond est peut-être dans la recherche d'un fondement psychologique (« la constitution propre de l'homme »); convoitise congénitale, besoin de division. Les rapports de la propriété et du vol sont examinés : le droit individuel de propriété emporte condamnation du vol ; le vice de rapine à l'origine historique de certaines propriétés est couvert par le possesseur.

(45) *Traité du domaine de propriété*, nos 51, 57 (cf. DUMAY, *Op. Cit.*, p. 36).

(46) *De la Justice...*, 4^e étude, chap. VI, n° 37.

(47) Un fils du cousin non plus ne lui fut pas inutile pour prendre conscience de lui-même. En 1850, un libraire de Besançon avait joué à Pierre-Joseph le mauvais tour de publier sans son aveu son *Essai de grammaire générale*, œuvre de jeunesse non dépourvue d'un parfum de christianisme. D'où procès, que, fidèle à son héritage, il plaida, gagna en première instance, perdit en appel, et aurait porté en cassation, si la cour d'appel n'avait eu la malice de rédiger son arrêt *en fait*. Or, qui siégeait parmi les conseillers ? Camille Proudhon, le fils du « célèbre Jurisconsulte », Proudhon lui-même le remarque d'un ton pincé (*De la justice...*, 7^e étude, chap. IV, n° 20). C'est ainsi que « M. Proudhon resta chrétien par arrêt de cour » (malgré de que l'on appelle aujourd'hui le *droit moral* de l'auteur).

(48) *Traité des droits d'usufruit*, VI, n°S 2867,3011 ; cf. DUMAY, *op. cit.*, p. 39,112, 172, 176. — Reconnaissons, plus généralement, qu'aucun des grands commentateurs du Code Napoléon n'a senti comme J.-B. Proudhon (*ibid.*, VI, n°S 2832 et s.) ces institutions de communisme agraire survivant dans notre droit positif.

(49) À la vérité, J.-B. Proudhon n'était entré au séminaire que pour complaire à sa mère, restée veuve, et il en était sorti après quelques années, « dégoûté de l'état ecclésiastique » (DUMAY, *op. cit.*, p. 10 et s.). Sur le frère, capucin, puis curé de Héricourt, LAGIER, *loc. cit.*, p. 85, n° 2.

même le principe du divorce (que le révolutionnaire devait honnir), tant et si bien que, lors de sa destitution, des autorités ecclésiastiques se refusèrent à intervenir pour lui, le jugeant décidément trop dangereux dans l'enseignement du droit (50). Et l'on en vient à douter de ce que Proudhon croyait avoir vu. À force de se définir par rapport à Jean-Baptiste, Pierre-Joseph n'aurait-il pas plutôt défini Jean-Baptiste par rapport à Pierre-Joseph ? Ne l'aurait-il pas chargé de tout ce dont il voulait se délivrer ? Les deux rameaux du clan n'étaient-ils pas finalement plus unis qu'ils ne se l'avouaient ? Chacun sa vérité. Conflits de famille, jeux de miroirs dans les familles.

(50) DUMAY, *op. cit.*, p. 26, 81, 94.

SCOLIE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE

*L'enfant de la Révolution**

L'enfant de la Révolution ? Quelques-uns se sont écriés : « Mais c'était Gavroche, il est mort sur les barricades après 1830, sous les balles de la monarchie bourgeoise ; c'est lui qui avait escorté le triomphe de Marat. » D'autres, cependant, ont grandement rectifié : « Il est né adulte, après avoir acquis (bien ou mal acquis) des biens nationaux ». Il y a eu, enfin, des avis d'historiens : « (Quoique la Révolution soit finie), tous les Français d'aujourd'hui sont un peu les enfants de la Révolution, mais ils n'en sont pas conscients. »

Revenons, cependant, auprès de l'*enfant*. C'est une des merveilles de notre langue que de lier en un seul mot ces deux poussées de vie : la jeunesse et la filiation. Les deux ont besoin de droit. L'enfant par l'âge est sous la *puissance paternelle*, l'enfant par filiation viendra à l'*héritage*. Sur les deux chapitres, la Révolution fut révolutionnaire.

C'était réduire la puissance paternelle que de rétrécir sa durée. Abaisser de vingt-cinq à vingt-et-un ans l'âge de la majorité n'était pas un simple bricolage, et pour les pays de droit écrit, la nouveauté était plus profonde encore, puisque, pour eux, emportant l'abolition d'une puissance paternelle sans limite d'âge, qui avait vocation à durer jusqu'à la mort du *pater familias*, elle impliquerait un resserrement de la famille étendue autour de la famille conjugale. Dans ce bouleversement législatif pouvait se lire une prime politique à la jeunesse (1) : bientôt sonnerait l'heure des généraux imberbes. Des sortilèges pour l'enfant.

À cet endroit, une parenthèse, pour remarquer que la Révolution a accompli une bonne partie de son œuvre de lois au sein d'une société militaire. Non pas

* Première version de ce texte dans l'ouvrage collectif, sous la direction de Marie-Françoise Lévy, *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, Olivier Orban, 1990, p. 297-305.

(1) « Les jeunes gens sont souvent patriotes, martelait Cambon, s'élevant contre des combinaisons familiales qui tendaient à les éliminer, tandis que les vieux sont abrutis par leurs préjugés. » L'inflation par les assignats, dont il avait eu le génie, pouvait répondre au même esprit *pro juventute*.

militaire au sens que Spencer, plus tard, prêtera à l'expression pour faire contraste avec les sociétés industrielles, mais militaire au sens littéral, parce qu'elle fut constamment sous menace d'invasion ou en euphorie de conquête. À l'avènement du Code civil, la nation avait pris depuis dix ans des habitudes de temps de guerre, et l'ouvrage a bien pu s'en ressentir (ce point ne devait pas échapper à Karl Marx dans *La Sainte Famille*).

Autre brèche dans la puissance paternelle, la Révolution supprime le droit de correction là où le bât avait blessé Mirabeau, c'est-à-dire quant aux jeunes adultes : à l'arbitraire des lettres de cachet, elle substitue l'intervention lénitive des tribunaux de famille. Toutefois, de nos jours, lorsque l'on parle de correction, c'est plutôt à propos des enfants battus. Le regard est ramené vers des classes d'âge plus enfantines. Or, ce que l'on peut induire de l'éloquent silence de la Révolution sur le sujet, c'est qu'ici, comme en bien d'autres domaines, elle a préféré faire crédit aux mœurs et, dès lors, aux parents (2).

N'a-t-elle point rêvé, pourtant, d'une collectivisation de l'enfance ? L'instruction publique ne fut guère pour elle qu'un programme inachevé. Il n'en est pas moins révélateur que la création la plus emblématique de l'an II ait été l'École de Mars (si martialement nommée et habillée, costumée), un internat destiné à former une élite de jeunes guerriers. En fait, s'il y eut mobilisation de la jeunesse, ce fut plutôt hors des écoles : les enrôlements volontaires de mineurs, les défilés symboliques de garçons et de filles les jours de fêtes civiques. Savonarole, la Ligue, il n'est pas de système tant soit peu totalitaire qui n'ait su qu'enrégimenter l'adolescence peut donner l'impression d'être maître de l'avenir.

Au fond, c'est peut-être en introduisant chez nous le divorce que les hommes de 1792, inconsciemment, avaient préparé pour l'autorité parentale cette décadence que beaucoup dénoncent à l'heure actuelle : ils ne l'avaient pas mise à la lanterne, mais ils l'avaient rendue plus timorée en la plaçant sous un risque d'écartèlement. Dans un système juridique sans divorce, rien ne venait en altérer le caractère monarchique. Arrive le divorce : que faire des enfants ? Question inédite en 1792, mais promise à prospérer. La loi du 25 septembre 1792 ouvrait un éventail de solutions : l'accord des parents, la décision du tribunal de famille et, pour les types préférés de divorce — consentement mutuel, incompatibilité d'humeur —, une répartition originale de la garde, un dépeçage de la fratrie.

(2) Pesait de surcroît sur les Parisiens le souvenir de la grande rafle du printemps 1750, où des garçons et des filles, en nombre indéterminé, avaient été enlevés sans préavis par des exempts, au prétexte qu'ils étaient en danger moral (la rumeur courut qu'ils iraient peupler la Louisiane). Même si la plupart étaient rentrés chez eux, l'alerte avait rendu odieuse l'idée d'une police des familles. Il y avait eu des émeutes (Louis XV, dans une lettre à la comtesse de Toulouse, ne cachait pas qu'il avait eu chaud : « Mon peuple est bon, mais il est bien bête. Je ne serai content que quand les chefs seront haussés à la potence. »).

Sous l'Ancien Régime, maniée comme elle l'était, l'exhérédation était l'arme suprême de la puissance paternelle. Arme virtuelle, dissuasion, mais suffisamment vivante pour brider les ébats, les écarts des fils de famille. Et il était dans l'esprit du droit nouveau, de libérer la jeunesse de cette menace. Il semble même que l'institution ait disparu sans abrogation formelle dans le tourbillon des lois révolutionnaires : elle se trouvait, expliqua-t-on, implicitement abolie du jour où il avait été interdit aux parents d'avantager, par des libéralités, un de leurs descendants au détriment des autres. L'acte de magistrature familiale avait été bloqué par le droit de l'individu-enfant à l'égalité dans l'héritage.

Il faut dire que, dans l'institution de l'héritage, plutôt que le rapport vertical d'autorité entre le père (subsidièrement la mère) et les enfants, ce qui a remué le législateur révolutionnaire, c'est le rapport horizontal, celui qui va s'établir entre les enfants, entre les frères et sœurs. Ce rapport d'égalité, qui faisait partie du minimum révolutionnaire, va, par imprégnation familiale, s'exalter ici en *fraternité*, avec une tonalité évangélique ou (qui sait ?) maçonnique — complétant ainsi la triade vouée à une si prodigieuse destinée de fronton (3).

Dès 1789, l'égalité avait été proclamée entre tous les enfants légitimes. Le droit d'aînesse n'était peut-être, ramené à sa dimension effective, qu'un symbole : l'abolir fut un contre-symbole, et qui a duré jusqu'à nous. L'exclusion des filles dotées était loin d'être une pratique générale : l'interdire à tous parut justice. « Les enfants succèdent sans distinction de sexe ni de primogéniture » : ainsi parle l'article 745 du Code civil, et, sous le masque, c'est la Révolution qui continue de nous parler.

Reproduite dans les lois de brumaire et de nivôse an II, cette affirmation d'égalité y prit une couleur plus violente, parce qu'elle s'étendit aux enfants naturels. Les bâtards que l'Ancien Droit excluait de l'héritage, les bâtards-épaves, hériteront désormais à égalité avec les légitimes, une révolution.

Néanmoins, prenons garde : il y avait, nous avons encore, deux catégories d'enfants naturels : naturel simple et adultérin. Franchement égalitaire en faveur du naturel simple, qu'elle assimile sans remords au légitime, la Révolution, en présence de l'adultérin, reste en deçà de l'égalité. La loi de brumaire ne lui accorde qu'un tiers de la part qu'il aurait eue s'il avait été légitime, et encore ce n'est qu'une créance d'aliments, non point une part dans l'héritage. Symptôme anecdotique : un officier d'état civil a refusé de recevoir la déclaration qu'est venue faire une femme mariée, que tel enfant né d'elle

(3) Un historien anglais, Frank SULLOWAY, *Born to Rebel*, Londres, 1996 (Little, Brown & Co éd.), prétend expliquer les révolutions (dont la nôtre) par une opposition psychologique entre aînés et cadets. Les cadets sont des rebelles nés, ouverts aux idées nouvelles ; les aînés des conformistes intolérants. Mais le droit est-il la cause ou l'effet de la différence ? Pour la France, selon cet auteur, les aînés auraient été les Montagnards, les Girondins les cadets.

était d'un autre que son mari ; la Convention, saisie du refus le 19 floréal an II, l'approuve par décret, la déclaration ne pouvait être reçue, elle était immorale. La discrimination vient de loin, elle peut, en l'an II, se fonder sur une moralité nouvelle. L'enfant naturel simple est né hors mariage, à côté du mariage, mais non pas contre lui, tandis que l'enfant adultérin, par sa naissance, viole la sainteté de l'institution. Car le mariage, c'est désormais le mariage civil, un sacrement civil, républicain par excellence, la gloire des municipalités, une institution fondatrice. Mais pourquoi fondatrice ?

Il y a une philosophie, une philosophie politique, derrière les nouveautés législatives — la dogmatique élémentaire de la liberté et de l'égalité — avec un *plus* pour la liberté.

La liberté individuelle commande l'introduction du divorce (le préambule de la loi de 1792 s'en explique très clairement). L'égalité éclate dans les lois de brumaire et nivôse an II. Seulement, transposées au droit de la famille, ces notions revêtent une teinte particulière. C'est la volonté qui, dans le droit de la famille, donne son expression à la liberté. Les types de divorce qui sont mis en exergue de la loi sont des divorces volontaires, consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur, acte de volonté contractuelle ou même, ce qui est le paroxysme, unilatérale. Pour l'établissement de la filiation naturelle, préférence est donnée à la volonté du procréateur, à la reconnaissance de l'enfant, soit expresse, soit tacite à travers la possession d'état. Et si la recherche de la paternité en justice est prohibée, c'est qu'une filiation ainsi établie serait de contrainte, non de liberté. Et puis il y a l'adoption, qui est portée aux nues, parce quelle est de volonté, de liberté pure.

La cohérence du système paraît donc parfaite. Elle ne l'est pas, pourtant, car il est une volonté dont la Révolution ne veut pas : la volonté testamentaire. Parce que c'est communément une volonté de vieillard ? Plus gravement, parce que c'est la volonté d'un mort et que le droit est l'affaire des vivants. Mais peut-être Robespierre y eût-il mis le holà s'il avait triomphé, lui qui prêchait l'immortalité de l'âme.

Cette philosophie, toute rationaliste qu'elle était d'inspiration, et rationnelle de fait, n'en fut pas moins traversée de temps à autre par ce que Sainte-Beuve, observateur pénétrant, appela un jour les « absurdes idées crétoises » de la Convention. « Crétoises », je dirais plutôt « spartiates ». Le mirage de Sparte, qui déjà avait troublé l'Antiquité, a fasciné par instants la Révolution, avant que d'être éclipsé à son tour par le mirage romain. Il y avait un mythe juridique des lois de Lycurgue ; Montesquieu, en bon empirique, s'en était défié. Mais Rousseau, Mably, qui pour l'heure possédaient plus d'audience, avaient fait, après Plutarque, l'éloge enthousiaste de ces lois. Ainsi, sur un arrière-fond d'éducation à la spartiate, s'échafaude le fantasme d'une famille nouvelle, transcendée par un idéal militaire. Quand David eut à peindre Bara l'enfant-symbole, il le représenta dans la nudité d'un éphèbe grec. Le Code dit de Cambacérès, deuxième mouture, postule que le citoyen appartient à la patrie.

Le premier projet préconisait une pédagogie de rudesse : l'enfant serait élevé dans l'agriculture ou les arts mécaniques ; point d'intellectuels dans la cité. Il n'était pas jusqu'au modèle de prédilection de la garde après divorce qui n'évoquât une Sparte de l'imaginaire : les filles étant laissées en exclusivité à la mère, le garçon pouvait rester au gynécée dans sa première enfance, mais à sept ans son père s'emparerait de lui pour le viriliser.

C'étaient, tout de même, d'anciens rabbins, des juristes qui, sans trop se mettre en avant, présidaient à l'œuvre législative. Le propre de ces métiers est que l'on y conserve beaucoup de sang-froid. Une question cruciale se posait à eux : comment gérer un droit de la famille en période de révolution ? Il y avait, dans ce droit, un pouvoir qui pouvait être capté pour agir sur la société par-delà les familles. De fait, les experts de la Révolution surent l'utiliser pour en faire sortir un droit de combat, pour combattre par lui, sans réussir à les abattre, les deux forces contre-révolutionnaires du moment : l'aristocratie et l'Église.

L'aristocratie (plus largement les possédants, mais ils ne seront pris pour cible que sporadiquement) ? Elle sera atteinte, réduite par les lois sur l'héritage. Le droit de la famille est mis au service d'une politique sociale qui tend à pulvériser les fortunes (4). L'Église ? Par les lois de 1792 sur l'état civil et le divorce, on lui ôte le monopole de la formation et de la rupture du lien matrimonial qui était un élément de sa puissance. Nous retrouvons le mariage *civil* dans sa fonction fondatrice.

D'un droit de la famille nouveau, touchant à la vie privée de l'individu en ce qu'elle a de plus intime, on pouvait attendre qu'il crée un nouveau type d'homme. Changer les mœurs par les lois, régénérer chaque Français pour régénérer la France, ce fut, de 1789 au Directoire, l'ambition affichée maintes fois dans le discours des politiques. Mais les juristes mesurent par expérience combien tout cela est difficile. Ils n'ignorent pas qu'à multiplier inquisitions et commandements, à troubler, sans intérêt évident, ce qui est si joliment nommé le repos des familles, un gouvernement se crée une multitude d'invisibles ennemis. Il y a, même en Révolution, un art du possible législatif.

Voyez plutôt. Il faut, c'est bien vrai, libérer le Français de son passé d'Ancien Régime. Le droit, cependant, s'épuiserait à prétendre l'y arracher par contrainte. Le moyen subtil sera de lui ouvrir la faculté, la liberté de s'en libérer lui-même. L'âge de la majorité est abaissé : décision générale et sans formalité, dont l'automatisme même est une économie de force juridique ; mais ce sera à chaque majeur récemment promu d'user de sa liberté pour secouer ou non l'habitude du joug. Même dans la loi de divorce, il y a de cet opportunisme latent. L'incompatibilité d'humeur permettra à un sans-culotte militant de se libérer d'une nostalgie de la monarchie. Mais que la Révolution s'ins-

(4) Cf. *infra*, p. 345.

talle, et tous les conjoints étant présumés marcher désormais au même pas républicain, le divorce pourra, en fin de parcours révolutionnaire, être envisagé d'un œil plus moraliste.

Autre trait de sage opportunisme : il est des pans entiers du droit de la famille que la Révolution ne touchera pas, parce qu'il ne lui semblait pas qu'il y eût *urgence révolutionnaire* à le faire. Ainsi, rien ou à peu près rien sur la tutelle (que les conseils de famille fussent remplacés par des arbitres de famille, c'était du pareil au même); rien d'autre sur les régimes matrimoniaux que des projets ; rien sur l'incapacité de la femme mariée (5).

En une occasion, pourtant, l'esprit de sagesse l'abandonnera, ce jour où, ensorcelée par la poésie de Fabre d'Églantine (6), elle décida de *changer la vie* — oui, vraiment changer la vie, les ans, les mois et les jours. Était-il politique de braquer contre la République les blanchisseuses, furieuses de perdre un tiers de leur chiffre d'affaires si dimanche devait être repoussé à décadi — furieuses et mauvaises langues ?

(5) C'est peu d'observer que la Révolution n'a pas été féministe : elle a nourri une profonde défiance à l'égard, non pas des femmes *a priori*, mais de leur intervention dans la vie publique. Les maîtresses de Louis XV, puis Marie-Antoinette elle-même (l'affaire du *Collier*) avaient fait le malheur de la France, corrompu ses mœurs. La République selon Rousseau sera une république des citoyens mâles (et vertueux). Cette analyse de la psychologie révolutionnaire est en vogue chez les historiens américains ; v. notamment, Sarah MAZA, *Vies privées, affaires publiques*, 1997 (trad. d'un ouvrage de 1993), spéc. p. 1551.

(6) Auteur de chansons agrestes (« Il pleut, il pleut, bergère »), guillotiné, néanmoins (1750-1794).

TITRE II

LE CONTRAT

Les théoriciens du droit professent que le contrat, par opposition à l'esprit unitaire de la loi, est l'instrument de la diversité juridique. C'est aussi reconnaître que la matière est immense et que, dans un cadre étroit tel que celui-ci, la présence du contrat ne pourra être assurée que par représentation. Le lecteur qui s'intéresse à la pédagogie du droit remarquera que les trois échantillons qui ont été tirés interviennent à des étapes successives de l'enseignement du contrat. Les chapitres I et II ont leur accroche dans la *formation*, puis l'*exécution* ; le chapitre III aborde par aperçu les *contrats spéciaux* (cette matière n'est pas une simple spécialisation de la théorie générale, les contrats spéciaux obéissent à des génies particuliers).

Mais d'autres auteurs préféreront peut-être s'attacher au contenu des thèmes, faisant réflexion que, s'ils ont été choisis, c'est apparemment qu'ils étaient marqués de contrastes pittoresques, sinon de flexibilité. De fait, sur la *transparence*, le souhait est émis que sa poésie candeur se fasse moins impérative. À l'opposé, l'*obligation* est saisie dans sa rudesse qui mène (non pas sans méandres) à l'exécution forcée. Avec les *petits contrats*, nouveaux détours : leur droit s'ouvrirait sans doute aux sourires, s'il ne portait sur lui des signes de la gravité janséniste.

Chapitre premier

TRANSPARENCE*

*Et comme elle a l'éclat du verre,
elle en a la fragilité*

Au milieu du XX^e siècle encore, *transparence* n'était pas un mot courant dans le vocabulaire juridique, et même la notion sous-jacente n'entraînait guère dans les préoccupations des juristes. Là où ils auraient pu la rencontrer, ils la contournaient sans la voir.

Ainsi, à propos des vices du consentement, de l'erreur, du dol en particulier, l'interprétation couramment enseignée était réductrice. Le point névralgique aurait pu être la réticence. Or, pas plus que l'omission de porter secours en droit pénal n'était un délit, l'omission de parler lors de la formation du contrat n'était une faute. Le silence était exalté comme un droit. Seul le silence était grand, qui est une liberté.

Non moins symptomatique était l'attitude du droit et de ses interprètes au sujet de la simulation. Le mot pouvait évoquer la duplicité. Pourtant, la règle de droit qui s'était dégagée à partir de quelques articles du Code civil (l'article 1321, l'article 1099), c'était que la simulation ne nuit ni ne profite, qu'elle est un phénomène neutre. À condition de ne pas s'aggraver de fraude, elle est licite. Mieux que licite : indifférente au droit. Le droit passe et la laisse sur le bord de la route.

Il n'y avait qu'un endroit où, dans le droit privé, pouvait émerger (si j'ose dire) la transparence, c'était aux portes du mariage. Le mariage peut être annulé pour cause d'erreur et, avant 1975, il n'y avait d'erreur qui pût faire

* Ce texte a paru d'abord dans un n° spécial (novembre 1993) de la *Revue de jurisprudence commerciale*, faisant suite au Colloque de Deauville sur la transparence (juin 1993), organisé par l'Association Droit et Commerce, sous la direction de Claude Lucas de Leyssac. C'était un peu la maison de verre. J'espère n'avoir rien cassé.

tomber le lien que l'erreur dans la personne, l'erreur sur l'identité physique du partenaire ou de la partenaire. Et l'on prenait plaisir à raconter l'histoire de Jacob, qui avait cru épouser Rachel et qui, le matin, quelle surprise ! avait trouvé Léa. Mais, justement, on ne manquait pas d'ajouter que cette histoire n'avait plus d'intérêt. Car d'où aurait pu venir la méprise ? De l'obscurité ? Mais est-il encore des mairies qui acceptent de marier les gens aux chandelles ? Était-ce le voile (dont le texte sacré, d'ailleurs, ne parle point) ? Mais le voile de la mariée de chez nous, si tant est qu'elle en porte, est transparent : ce n'est pas un tchador. Pour une fois, la transparence apparaissait, et c'était pour notre bonheur. Seulement, s'il fallait passer du mariage aux choses sérieuses, c'est-à-dire au droit des affaires, de transparence il n'était plus question.

Une telle carence a de quoi intriguer : comment expliquer qu'à cette époque, pas tellement éloignée, et déjà fort civilisée, la transparence en affaires ne fût pas exigée par le droit, ne fût réclamée par personne ? Comment expliquer cette espèce de réserve, d'indifférence, de complaisance à ce qui nous paraît être mensonge ? Le mensonge n'était pas moins réprouvé en ce temps-là que de nos jours. *Turpe est mentiri*, c'était une sorte de maxime scolaire. Seulement, on n'y voyait qu'une règle de morale, non pas une règle de droit. Les deux domaines devaient être strictement séparés.

Or, les temps ont changé. Loin d'être tenue à distance par le droit, maintenant la morale est en passe de l'envahir. D'avoir changé de nom, d'être devenue *éthique*, elle a pris un nouvel élan. Il y a chez les juristes, dit-on, une forte demande d'éthique. Il faut dire que la morale elle-même a changé non pas de contenu, mais de méthode. Le devoir moral ne se conçoit plus de la même manière qu'autrefois. La morale d'autrefois était une morale statique ; c'était la feuille de vigne, elle n'avait pas à bouger. Tandis qu'à l'heure actuelle, l'éthique ne répugne pas au mouvement, ni même à la mise à nu. Autrefois, la morale, c'était d'obéir à des axiomes raides, tranchants ; de nos jours, dans ce que l'on appelle la post-modernité (la modernité avec une touche de baroque — c'est cela sans doute la post-modernité) —, un des maîtres à penser du temps, le philosophe allemand Jürgen Habermas, enseigne une morale dite de la discussion, de l'argumentation. La morale n'est plus axiomatique : elle se constitue par échange d'arguments, s'accomplit par dialogue ; il faut donc que l'autre parle. Très significativement, Habermas présente sa morale comme une morale de la communication et, par là, il rejoint, pour s'y appuyer, une idée-force, qui est également une euphorie technique de notre fin de siècle : que le bien vient de la communication et par la communication. Inversement, le mal vient d'un défaut de communication, et finalement d'un défaut de transparence.

Dans cette euphorie morale, on est enclin à se demander si la transparence n'est pas en train de devenir ce que l'on pourrait appeler une *notion à consensus*. Ce serait dommage, car elle a apporté au droit plus d'une réflexion féconde. Mais le consensus — et même l'unanimité, qui en est la reproduc-

tion au carré — n'est pas sociologiquement hors suspicion. Et une certaine arrogance de la notion, prête à se transformer en enseigne politique disponible à tous emplois, peut facilement provoquer des pulsions *vitricides*. Faut-il ébranler la maison de verre (1) ? Il est permis de penser que, d'une notion déjà si bien étudiée en doctrine, un nouvel examen pourra être moins parasitaire s'il est franchement quelque peu critique.

Certes, je n'oublie pas l'aphorisme des vieux routiers de la controverse : « On ne détruit que ce l'on remplace ». Qui pourrait se targuer de détruire la transparence, sachant qu'il y aura sans cesse une exigence de transparence au fond des cœurs ? Mais à défaut de la détruire, on peut toujours proposer quelque chose pour la remplacer.

* *

*

Il y a un paradoxe de la transparence. Par définition, elle devrait être transparente, invisible, ne faisant que laisser passer la lumière, le regard, n'ajoutant rien à ce qui existe de part et d'autre de la vitre. Pourtant, elle a une substance, comme la vitre, c'est un bien, comme la vitre ; elle a donc un prix, un coût pécuniaire. Tout vaut tant, disent les économistes.

Les Anglo-Saxons sont très attentifs au coût économique de la transparence, et, parfois même s'en inquiètent pour le droit français, trouvant qu'il accorde beaucoup trop à la condition de transparence dans sa philosophie du contrat.

Quel est le point de départ de leur raisonnement ? C'est que toute information qui a une valeur est un *plus*. Pour le démontrer, on fait appel à un exemple tiré de la philosophie antique et que la morale hébraïque n'ignorait pas (2). Les sceptiques de la transparence se montrent d'ailleurs beaux joueurs en le proposant, car il revêt une coloration d'immoralité qui pourrait bien, pour eux, être un embarras. Dans une ville, où règne la famine, je dispose d'un stock de blé que j'aurais le plus grand intérêt à vendre tout de suite et au prix fort, car je sais de source sûre que plusieurs navires font voile en ce moment, qui apportent des cargaisons de céréales dont l'abondance fera chuter les cours. Les belles âmes crieront au délit d'initié, à l'agiotage. Cependant, il faut savoir que mon information, je l'ai payée d'une certaine façon, car j'entretiens dans tous les ports de la Méditerranée des agents qui m'ont informé de l'approche de ces navires supplémentaires. Or, l'entretien de ces agents me coûte fort

(1) Avant l'invention du verre, c'est l'eau qui a donné aux nations l'idée de la transparence. Mais c'est selon la saison (l'eau était transparente ainsi qu'aux plus beaux jours). Selon la profondeur aussi, cf. Proverbes, 18/4, les paroles qui sortent de la bouche de l'homme — d'un homme quelconque — recèlent autant de mystère que des eaux profondes). En ces temps-là, au demeurant, pour faire régner la justice sur les marchés, le roi attend moins de la transparence des marchands que de la vérification de leurs poids et mesures (Proverbes, 10/11).

(2) Proverbes de Salomon, 11/26 : « Celui qui retient le blé est maudit du peuple, mais la bénédiction est sur la tête de celui qui le vend. »

cher. On peut soutenir que le gain que je vais réaliser est sans commune mesure avec la dépense que j'ai faite : il reste que mon gain n'est pas niable. Est-ce que Reuters ne vend pas ses *infos* à qui veut les acheter ? On ne s'étonnera pas que Pothier, reprenant l'exemple de l'Antiquité, ait résolu le problème suivant sa morale très jansénistement charitable et qu'il ait, en conscience, condamné l'agioteur. Mais ici nous ne nous arrêtons pas aux cas de conscience et nous nous en tenons, avec les Anglo-Saxons, pour un instant, au froid calcul économique.

Si, dans un contrat quelconque, une obligation de renseignements a été imposée par le droit à l'un des contractants envers l'autre, il s'opère un transfert d'information de l'informateur à celui qui reçoit l'information ; la plus-value en la personne de celui-ci est évidente. On connaît le proverbe : « Un homme averti, un homme informé en vaut deux (ou davantage). »

On objectera que, de l'autre côté, celui qui a informé n'éprouve aucune perte ; son information, il la conserve, elle est inépuisable, comme l'air et la lumière. Le renseignement peut avoir un prix sans qu'il y ait appauvrissement de celui qui renseigne. Celui qui renseigne comme celui qui enseigne — le professeur — garde son information — comme le professeur garde sa science, une fois qu'il l'a diffusée. C'est le miracle apparent de l'immatériel (3).

Cette information — cette science — n'en a pas moins un prix. Mais comment l'évaluer ? Ce qui le justifie, ce sont les recherches que l'informateur a conduites pour mieux connaître la structure de l'objet, ses secrets, ses dangers potentiels. Ces recherches représentent un travail : le travail a un prix. C'est aussi le prix de son passé de professionnel, de ses années d'apprentissage, d'une expérience accumulée. Auquel l'informateur peut légitimement ajouter tout un investissement qu'il a réalisé en sa personne.

Les Anglo-Saxons poursuivent leur démonstration. L'obligation de transparence, quelles que soient ses vertus morales de sincérité, de justice contractuelle, ne peut pas ne pas être globalement préjudiciable quelque part à l'économie. Ou bien on empêche celui qui produit l'information de la faire payer par ceux qui en profitent, et il cessera toute recherche, privilégiera l'ignorance : c'est une solution malthusienne. Ou bien il va faire payer son information, en majorant sommairement ses prix de vente, ses prix de services, mais il les majorera à l'aveugle. Les frais généraux de la société s'en trouveront gonflés d'une manière indéterminée : dans le doute, tout sera porté au maximum, sans qu'il y ait, en compensation, une moindre processivité à escompter. La justice n'est pas l'efficacité ; la justice interindividuelle n'est pas l'efficacité macro économique ; telle est la conclusion de Bernard Rudden, éminent professeur à Oxford, prenant le contre-pied des tendances du droit

(3) Cf. Le droit et l'immatériel, *Archives de philosophie du droit*, 1999.

français, il n'a pas hésité à plaider pour un devoir de *non-information*, de *non-renseignement* (4).

On lui répliquera que ce n'est là, après tout, qu'affaire d'argent, que plaie d'argent n'est pas mortelle et que la vraie justice se loge ailleurs. Toutefois, à côté du coût pécuniaire, il est possible qu'un autre coût soit en jeu, un coût psychologique de la transparence, qui pourrait être en même temps un coût moral.

Sans doute existe-t-il des transparences naturelles, qui ne demandent d'effort à personne : les servitudes apparentes dans les ventes d'immeubles, les vices apparents dans les ventes de marchandises. La transparence coule alors de source comme aux plus beaux jours. Mais c'est l'exception. En général, la transparence est un effet de la contrainte, de la contrainte du droit ; c'est, dans la pratique, une transparence forcée, une transparence d'ordre public. Ce peut être la loi, le règlement qui détaille plus ou moins minutieusement toutes les informations que doit prodiguer à l'autre la partie qui est censée les détenir. Le droit de la consommation abonde en modèles de cette sorte. La transparence y apparaît pour ce qu'elle est réellement, la fille de l'interventionnisme, du dirigisme. Et si ce n'est pas loi, ce sera le juge : il fera sortir une obligation de transparence de la notion de réticence ou de la théorie de la garantie. C'est-à-dire qu'il y faudra un procès. On attendait la transparence-cristal : à l'arrivée, c'est la transparence-chicane. Du droit, toujours du droit. Le droit est utile, mais dans une société qui souffre déjà d'en avoir beaucoup, avant d'augmenter encore la pression juridique, ne faut-il pas y regarder de plus près.

Quand on évoque une pression, on ne peut s'empêcher de songer aux êtres humains qui sont en dessous, en l'espèce, aux contractants. Quel est, sur eux, l'impact de cette transparence obligatoire ?

Commençons par nous imaginer à la place de celui à qui l'information est destinée, car, semble-t-il, il ne devrait pas avoir à en pâtir. Mais en profite-t-il vraiment ? Il est devant la vitre, les yeux mi-clos plutôt qu'écarquillés. Qu'est-ce qu'il regarde ? Qu'est-ce qu'il voit ? La transparence a été conçue dans son intérêt. Pourtant, bien souvent, le message ne passe pas.

L'échec peut être dû à des causes très générales, qui se retrouvent dans tous les phénomènes de communication : l'effet de saturation. Si l'Équipement multiplie trop les panneaux de signalisation, les usagers de la route y sont moins attentifs. Il se produit naturellement une sélection des informations surabondantes, quand ce n'est pas un rejet total. Il peut y avoir aussi une incompréhension imputable à la technicité de l'explication qui voudrait être transparente. Témoin toujours cité (encore que les choses se soient arrangées au fil des décennies) : les conditions générales dans les polices d'assurance.

(4) R.T. 1985, 91.

Autre témoin : la posologie qu'il est obligatoire d'inscrire sur les boîtes de médicaments. C'est une leçon de chimie, mais à l'usage de qui ?

Plus généralement, il est une cause structurelle qui tend à priver d'effet le message. La structure, c'est le contrat lui-même, voire, au-delà, la relation d'affaires habituelle qui unit déjà l'émetteur et le récepteur de l'information.

Bien que contractant avec l'informateur, il se peut que l'informé s'en méfie : ce n'est pas incompatible. Mais s'il en est ainsi, la transparence n'y changera rien, il continuera à se méfier malgré l'effort de transparence qui aura été déployé. Il accueillera cet effort comme un supplément de publicité, avec le demi-scepticisme souriant qui accueille toute publicité quand on se méfie tant soit peu de l'émetteur.

L'hypothèse inverse (plus fréquente, c'est l'espérance) : le récepteur de l'information a pleinement confiance en l'émetteur. Ici encore, la transparence ne changera rien : le récepteur se dispensera de l'information, n'y prêtera pas attention. L'exigence de transparence insensiblement s'est déplacée : elle s'est déplacée du contenu de l'information vers la personne de l'informateur. Il s'est produit une personnalisation de la transparence. C'est un phénomène capital.

Mais l'autre, celui que nous avons laissé derrière la vitre, que devient-il ? Il est visible, il est vu, et probablement il préférerait ne pas l'être. « On a raison », a écrit La Rochefoucauld dans une de ses maximes (qu'il faudrait peut-être illustrer en imaginant l'invité timide, obligé d'entrer dans un salon inconnu, escorté d'un laquais portant un candélabre) « On a raison de ne vouloir pas être éclairé de trop près ». La vie sociale serait invivable, si, par miracle de science-fiction, tous les humains devenaient transparents les uns aux autres. On ne saurait appréhender la psychologie du transparent si l'on ne pose d'abord en thèse que se cacher est un instinct profond de l'être humain. Déjà les enfants s'aménagent des caches, se construisent des cabanes, jouent à cache-cache. Les juristes ont transcendé ce besoin de se cacher en un droit au secret. Tous les secrets, je le reconnais, n'ont pas la même force. Nous avons le secret des familles ; il est fort parce que derrière, il y a la paix des familles. En 1993, sous prétexte d'un droit de l'enfant à toujours connaître l'identité de ses géniteurs — ce qui, en effet, lui est reconnu par la convention de l'ONU de 1989 —, le gouvernement avait voulu établir une transparence parfaite de la filiation, en autorisant la recherche de la paternité naturelle par tous les moyens de preuve, il a dû se résigner à y introduire le garde-fou de quelques vraisemblances préalables.

Le secret des affaires, dira-t-on, est moins grave. Voire : le secret des affaires, c'est aussi les secrets de fabrication ; là aussi, il peut y avoir par derrière, en toute honnêteté, une sécurité qu'une transparence indiscreète risque de bousculer dangereusement. Contre le danger, les transparents malgré eux se raidiront en défense. Quelle autre défense ont-ils que de mentir ? La transparence imposée, comme sa sœur mineure, l'authenticité sartrienne, qui eut tant

de vogue aux alentours de 1968, peut être génératrice d'hypocrisie. La transparence imposée déclenche une réaction, ce peut être une réaction calculée ou le réflexe d'une irritabilité quasi animale. Le résultat est comparable : un mensonge est déclenché par l'excès de transparence. Un animal, autrefois, fréquentait nos rivages, peut-être s'y rencontre-t-il encore, c'est un mollusque : la seiche. La seiche a cette originalité, quand on la regarde de trop près, de diffuser un liquide noirâtre — avec lequel, d'ailleurs, les artistes feront ensuite des merveilles — mais, sur le moment, c'est un nuage qui la rend invisible. L'Espagnol Baltasar Gracián (5), psychologue incisif de l'homme de cour, observait que les gens en vue, dans son Espagne du XVII^e siècle, avaient tendance à se comporter comme la seiche : quand on voulait les regarder de trop près, ils diffusaient autour d'eux l'opacité, l'invisibilité, la nuit. Mais Gracián proposait une parade « Contre la seiche, écrivait-il, l'œil de lynx. »

* *

*

Nous y voilà : le moment a sonné d'abandonner la transparence, d'entreprendre l'éloge de la perspicacité. La question se déplace, elle n'a plus son centre derrière la vitre ; du reste, qu'a-t-on besoin de vitre maintenant ? Celui qui regardait va trouver en lui-même tout ce qu'il faut pour pénétrer par ses propres forces ce qui lui est caché, il est perspicace. Autrement dit, en termes de commerce, la transparence n'est plus la lumière, la clarté projetée sur les secrets du producteur, c'est la clairvoyance demandée aux consommateurs.

À eux la responsabilité.

Seulement, comment devient-on clairvoyant, lucide, perspicace ? L'apprentissage peut s'accomplir par une méthode subjective interpersonnelle qui va mettre l'accent sur les rapports entre les cocontractants. Ce n'est pas, pour nous, une surprise : nous avons constaté, il y a un instant, que la transparence se personnalise d'elle-même. Plus d'un système juridique autour de nous fait de la notion de confiance, du principe de la confiance à l'autre, une notion clef du droit des contrats. Cependant, attention, la confiance peut s'amollir facilement en naïveté. Il a existé une école de philosophie à la fin du XVIII^e siècle, l'école dite écossaise, bien oubliée aujourd'hui, sauf pour un de ses membres que certainement, de temps à autre, nous révérons : Adam Smith. Or, près de lui, un autre Écossais, Dugald Stewart, enseignait en philosophie ce qu'il nommait le principe de crédulité. Il considérait la crédulité comme une notion essentielle à la vie sociale.

(5) Baltasar GRACIÁN (1601-1658). Son ouvrage est une sorte de code de la vie mondaine. L'original espagnol est de 1645 ; il y eut une traduction française en 1723 sous le titre *L'homme universel*.

Il disait crédulité, mais on traduirait mieux sa pensée, assurément, en disant « le crédit accordé à la véracité, à la véridicité de l'interlocuteur ». Sans la crédulité, professait-il, la vie sociale ne pourrait se nouer. L'éducation même, au départ, serait impossible : il faut bien que l'enfant fasse confiance à ce que dit le maître. Dugald Stewart n'était pas, du reste, aussi naïf que l'on peut d'abord lui en donner l'air. Il admettait lui-même qu'il fallait des filtres au principe de crédulité, que la confiance prêtée à la parole d'autrui devait s'appuyer sur quelques signes.

C'est sur la même ligne de pensée qu'au début du XIX^e siècle, le Suisse Lavater imagina une science qui permettait de lire le caractère de l'interlocuteur sur son visage. C'eût été une transparence *portable*. Dans cette science, qu'il appelait la physiognomonie, science des physionomies, il établissait des équivalences entre le dehors et le dedans : un menton en galoche révélait un esprit volontaire, des narines fines, palpitanes, trahissaient un sensuel (se méfier), et ainsi de suite.

Cette méthode qui consistait, au rebours du proverbe, à juger les gens sur la mine, ne se perdit pas dans les sables, comme on serait tenté de le croire. Entre les deux guerres encore, un manuel d'histoire en usage dans tous les lycées, le manuel d'histoire de Mallet et Isaac, pratiquait une espèce de physiognomonie : sous l'image de chaque personnage, se trouvait une notice qui, en quelques mots, déduisait des traits du visage un portrait psychologique. Ce pouvait être pour les lycéens un utile apprentissage de la vie en société. Un exemple au hasard : dans le chapitre relatif à la révolution de 1848, les portraits des candidats à l'élection présidentielle qui suivit, — les plus pâles, pour que l'expérience soit plus probante : Ledru-Rollin et Cavaignac. Pour Ledru-Rollin : « Encadré de favoris, le visage est plein, assez lourd et finalement insignifiant. » Pour Cavaignac : « Regardez ce visage maigre, à fortes moustaches, aux pommettes saillantes, aux narines largement ouvertes, le regard très droit respire l'énergie et la loyauté. » Notre bulletin de vote était tout préparé.

Si, par un regard ainsi éclairé, nous pouvons deviner les secrets qui se cachent derrière un visage, nous pouvons aussi, plus subtilement, les extraire peu à peu par la conversation. À quelle richesse d'interprétation mutuelle peuvent parvenir deux personnes en train de converser ? Mais c'est parfois un métier que de faire parler l'autre en lui parlant. Le diplomate à la tasse de thé, l'enquêtrice en sociologie qui mène un entretien non-directif, le policier aussi peut-être — tous ces gens-là ont l'art de nous rendre transparents.

L'homme quelconque est dépourvu de ces techniques ; ce n'est pas à dire qu'il doive désespérer de découvrir ce qu'on lui voile. Il a pour lui l'universalité de la raison ou, si vous préférez, l'ubiquité du raisonnable, qui lui fournit une méthode objective de perspicacité : le raisonnable, c'est notre langage commun.

On nous accordera que ce qui fonde la force obligatoire des contrats, ce n'est pas seulement, comme on l'a longtemps enseigné, l'engagement du débi-

teur, l'autonomie de la volonté. Cet engagement est nécessaire, mais il n'est pas suffisant. Il doit se combiner avec — se mesurer sur — les attentes raisonnables du créancier. Inversement, il n'est pas illégitime de projeter ces attentes raisonnables sur les obligations du débiteur pour en déterminer l'étendue. Et ma supputation raisonnable de ce que doit faire mon débiteur rendra sa transparence superflue.

Dès lors, que m'importe qu'il mente ? Kipling l'a écrit : « L'Anglais ment mais il ment comme je mens, de sorte que nous nous devinons, et c'est comme si personne ne mentait. » Je sais bien que ce type de réflexion pourrait être une contre-indication pour le commerce international. Mais, entre nous, dans l'Hexagone, nous nous comprenons à demi-mot, et le mécanisme qui vient d'être dépeint ne bute sur aucun obstacle. Bien mieux, les tribunaux, nos tribunaux, savent s'en servir.

Une jurisprudence importante, qui a son siège principal dans les études sur la publicité mensongère, décide que la publicité emphatique, hyperbolique n'est pas un mensonge. Et pourquoi donc ? Parce que, le bon sens étant la chose du monde la mieux partagée, aucun adulte d'intelligence courante ne pouvait s'y tromper (6). Dans l'affaire fameuse de la valise increvable avec laquelle deux bulldozers jouaient au football, les juges du fond, un moment, s'en étaient expliqués crûment, cruellement : la loi n'est pas destinée à protéger les faibles d'esprit.

On ne saurait mieux résumer l'état provisoire de la question. Le droit dit aux vendeurs : « Soyez transparents » ; le non-droit aux acheteurs : « Ne soyez pas si bêtes. »

(6) Crim. 21 mai 1984, *Dalloz*, 1985, 105, note Marguery ; 15 octobre 1985, *ib.*, 1986, I.R., 397 ; cf. CARREAU, *Dalloz*, 1995, chron. 225.

Chapitre II

L'OBLIGATION ENTRE LA FORCE ET LA GRÂCE

Le Code Napoléon, dans son article 1101, où il essaie de définir le contrat, se sert de l'obligation comme d'un élément de la définition, mais il ne la définit pas elle-même (1). Il la fixe sur son objet, *donner, faire ou ne pas faire*, évoque allusivement sa source, la volonté humaine, car les personnes s'obligent, ne sont pas obligées du dehors. Mais rien n'est dit de sa force.

La perspective est tout autre chez Justinien. L'obligation est définie avec éclat au Livre 3, Titre 14, de ses *Institutes* (2), ce manuel de droit qu'il entendait imposer dans les écoles.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura.

Lisant par-dessus les épaules des étudiants du VI^e siècle, nous pouvons faire de cette phrase une lecture historique, quasi ethnologique, car il est peu d'expressions qui n'y soient grosses d'un passé mal refoulé.

Dans *Obligatio*, *ob* (qui évoque l'obstacle) renforce *ligatio*, de *ligare*, lier, et ce n'est pas assez dire : ligoter. C'est une vision de mentalité archaïque, de pensée sauvage : le débiteur est lié de bandelettes, il a été *envoûté*, par une opération de *magie* (2). Le créancier a prononcé sur lui une *damnatio*, une *devotio* : il l'a damné, voué aux dieux infernaux, pour le cas où plus tard il n'exécuterait pas sa promesse. La notion du lien, du *vinculum* reprend l'idée : on y aperçoit la racine *vis*, la force, la violence, et *necessitate* implique que les dieux ne céderont pas. *Adstringimur* (pensons à l'astreinte) : les liens dont nous sommes serrés, nous astreignent à un résultat (*ad*). De ce langage *empha-*

(1) Cf. l'ensemble du volume des *Archives de philosophie du droit*, 2000, « L'obligation ».

(2) Sur le développement historique, spéc. en droit romain, cf. F. DUMONT, *Obligatio, Mélanges Meylan*, 1963 ; Paul HUVÉLIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1900 ; et dans le volume des *Archives*, les articles de J. GAUDEMET, p. 19, R. SACCO, p. 33, R.-M. RAMPENBERG, 51.

tique, imagé, une impression se dégage : que l'obligation est une contrainte, enferme une force.

L'impression se confirme par contraste. À quoi tend la contrainte ? À me faire payer quelque chose, mais *solvere* est bien plus expressif que payer : c'est *dissoudre*. En s'acquittant, le débiteur fait tomber ses liens, se libère. Aux dieux lieurs répondent les dieux délieurs. Nous touchons ici à la loi de correspondance des formes, qu'un texte du Digeste (50,17,35) présente comme une règle (nous devrions plutôt dire un phénomène) du (très) vieux droit romain : un besoin inné de symétrie crée une sorte d'automatisme mental. Il n'y a rien de si naturel, explique le texte, que de dissoudre un rapport de droit de la même manière, en la même forme qu'il a été noué (3). Mentalité primitive ? À la vérité, il est peu d'époques, peu de civilisations (faudrait-il excepter les Indiens d'Amérique ?) qui aient échappé à ce besoin de symétrie dans l'architecture, le tissage ou le droit (4).

Mais, justement, du droit, pourtant deux fois cité, rien n'a encore été dit.

– *Secundum jura nostrae civitatis. Jura*, il y en a même plus d'un, celui de l'empereur, mais aussi celui des anciens jurisconsultes, celui des juges, celui de l'Eglise peut-être. Plusieurs droits, mais une seule cité, un seul État. Il est probable que cette fin de phrase est une addition relativement récente à un stéréotype de la tradition. Le débiteur a cessé d'être seul sous la contrainte du créancier : l'État intervient, s'impose, médiateur, protecteur. La nouveauté est immense. Après l'étouffement, l'oppression du début, le lecteur peut se sentir soulagé en se laissant glisser le long des promesses indéfinies du système juridique. Il faut, cependant, revenir en arrière.

– *Vinculum juris* : pas un lien quelconque, mais un lien *de droit*, une contrainte *juridique*. C'est que l'homme peut obéir à bien d'autres contraintes que celles du droit. La morale pure n'entre pas en concurrence, parce que sa contrainte est purement intérieure. Mais il y a les mœurs, la réprobation de l'opinion, la moquerie, le qu'en dira-t-on. Ce sont des contraintes, elles ne sont pas juridiques.

Qu'est-ce donc qu'une contrainte proprement juridique ? Une contrainte qui *peut* se servir de la force, qui contient une menace de violence physique. L'obligation juridique peut trouver son achèvement dans une exécution *forcée*, l'épithète est dans nos lois ; entendons exécution *par la force*. En quoi se révèle un parallélisme important avec le droit pénal, qui, lui aussi, suppose pour son accomplissement l'emploi de la force, de plus de force encore.

(3) Ainsi l'obligation qui s'est formée par un rituel de paroles (*stipulatio verbis*) sera acquittée par un rituel opposé (*acceptilutio verbis*).

(4) Sans sortir du droit romain, on voit Justin II, neveu de Justinien, s'inspirer du mariage consensuel pour introduire le divorce par consentement mutuel (Novelle 140, c. 1). Et en 1998, l'idée aurait paru à beaucoup toute naturelle de faire prononcer le divorce par les maires, puisque le mariage était célébré par eux.

Ne quittons pas le droit romain. Car c'est en le scrutant qu'en 1874 un juriste allemand, Alois Von Brinz (1820-1887) en a tiré une distinction qui, bien qu'elle ait connu chez les historiens une fortune à controverses, semble recouvrir une réalité, une réalité vérifiable même dans les droits modernes et notamment en droit français : la distinction du *debitum* et de *l'obligatio*, en allemand de *Schuld* et de *Haftung*. D'un côté, il y a le rapport du débiteur aux créanciers, envisagé en lui-même, à l'état pacifique ; de l'autre, il y a, plus dramatiquement, l'assujettissement du débiteur à ses créanciers, au pouvoir qu'ils ont de le harponner, de le saisir (5).

Même en se contentant de retenir de la distinction son énoncé le plus superficiel — la dette et l'exécution — on ne peut s'empêcher de relever combien elle coïncide avec la structure générale de notre système juridique. Car le droit de l'exécution forcée n'a jamais été intégré au droit de l'obligation : dès la codification napoléonienne, il avait été rejeté du Code civil pour être placé dans le Code de procédure civile. À l'heure actuelle, la situation est plus nette encore ; *les procédures civiles d'exécution* font l'objet, dans leurs principes et leurs applications principales, d'une loi, une grande loi du 9 juillet 1991, escortée d'un décret (très descriptif) du 31 juillet 1992 — des textes que les sociologues devront explorer de plus en plus.

Dans les facultés de droit, il est légitime que l'exposé didactique de la matière des obligations développe *Schuld* à titre principal et ne traite de *Haftung* qu'en bref épilogue. Ce n'est pas à dire que la perspective de l'exécution forcée ne se projette pas déjà sur l'état, apparemment paisible, du créancier et du débiteur. Pendant qu'elle maintient le créancier dans une sécurité, justifiée ou illusoire, elle plonge le débiteur dans l'anxiété — pour peu que sa trésorerie soit à l'étroit — ou (soyons optimistes), elle lui communique le minimum de stimulant qui fait que la plupart des obligations s'exécutent spontanément. Alors même que l'exécution forcée n'aura pas eu à jouer effectivement, elle a déjà été force exécutoire par sa seule présence de vigile dans la loi.

La force inhérente aux procédures civiles d'exécution apparaît ainsi comme une pièce capitale du droit des obligations. De même que la violence inhérente au droit de punir est une pièce capitale de tout le système juridique. Le parallélisme de l'exécution forcée et du droit pénal s'impose à nous comme un refrain.

Mais l'obligation ne disparaît pas à la veille de l'exécution, elle s'incarne dans l'exécution, l'exécution par la force : elle se fait force elle-même. Cependant, la force au contact du droit n'est si sourde ni aveugle. Le droit, en lui faisant boire un peu de son philtre (qui n'est pas un poison), lui a commu-

(5) Deux thèses de doctorat ont montré l'intérêt persistant de la distinction — Popa, *La notion de debitum et obligatio en droit privé*, 1935 ; Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, 1969.

niqué sa capacité de débattre et de douter. Flexible force, alors ? Pourquoi pas ? Il nous arrive de rencontrer des colosses dont la douceur nous étonne. Nos procédures de saisie que l'on croirait glacées recouvrent une histoire pleine d'interrogations. Notre titre exécutoire que l'on croirait insensible compose plus ou moins secrètement avec une contre-force, faite de patience, d'indulgence, tout ce que nous voudrions nommer grâce, non pas seulement parce que le mot nous ravit, mais parce qu'il reflète une vérité de tous les systèmes juridiques.

À travers *l'histoire de la force* (I) et *la contre-force de la grâce* (II) peut-on tenter de redessiner le visage de l'obligation ?

I.

L'histoire a plus d'une méthode : celle-ci, notamment, qui est comparative, consistant à partir de l'aboutissement actuel pour remonter vers ce qui a précédé. Dans l'état actuel du droit français, l'exécution forcée se caractérise par trois traits en prépondérance : elle est sous la coupe de *l'autorité*, elle ne porte que *sur les biens*, elle est largement *intellectualisée*.

a) Le caractère *étatique* de l'exécution, déjà acquis sous Justinien (*civitas nostrae*), trouve selon les théories modernes, un fondement de philosophie politique dans l'idée que l'État a le monopole de la violence (légitime, ajoutez-on). Durkheim, toujours prompt à absorber l'individu dans le grand Tout de la société, de la cité, pensait qu'il en avait été constamment ainsi depuis l'origine. Jhering, qui, au contraire, exhortait l'individu à réaliser son droit en combattant, soutenait qu'il n'y avait rien d'aussi primitif, d'aussi naturel que la justice privée : au créancier avant l'État, à défaut de l'État, de se faire justice lui-même par ses propres moyens d'exécution. Le parallélisme est évident avec les hypothèses célèbres sur la genèse du droit pénal, le lent progrès qui a transformé la vengeance privée en répression par l'autorité publique. Vengeance ou exécution privée, du reste, le phénomène primitif est toujours prêt à ressurgir : c'est comme l'irruption d'un archétype, eût dit Carl Gustav Jung (6).

(6) Aussi faut-il parfois que la justice rappelle aux créanciers l'intangibilité de son monopole, l'interdiction de se faire justice soi-même (ex. : soc. 11 décembre 1963, *D.* 1964, somm. 53 ; Trib. Montluçon, *JEX*, 24 mars 1993, *D.* 1994, 151, 1^{re} esp.). *A contrario* de telles décisions semblent attester que persiste à la base un attachement instinctif aux voies d'exécution privées. Une de ces voies avait joui au XIX^e siècle d'une sorte d'impunité par folklore : le bailleur, créancier de loyers impayés, faisait enlever les portes et fenêtres, voire les tuiles de la maison indûment occupée, pour contraindre l'occupant à déguerpir. Il ne faisait qu'agir sur sa propriété, d'où une apparence de légitimité, mais on pouvait lui imputer une violation de domicile.

Étatique, le terme n'est pas assez précis : dans son aboutissement, l'exécution forcée est une procédure *judiciaire*. Cette intervention de la justice n'est pas sans conséquence sur le fond. Le juge est un doute qui décide : ce préalable du doute est une chance peut-être, une garantie en tout cas, pour le débiteur. Deux personnages animent la scène, l'huissier et le juge, spécialisé depuis la loi de 91, le juge de l'exécution. Une sociologue (7) a pu dépeindre l'huissier comme porteur du double signe de l'intrusion et de la mort : intrusion, certes, car il pénètre, de force au besoin, dans les logis ; et mort, car la saisie, l'expulsion, préfigurent le vide, l'arrachement du cadre de vie, de la vie elle-même. Cependant, cet huissier est dit de justice, et il ne refusera pas de donner un conseil gracieux au saisi. Le rôle du juge n'est pas moins ambigu : conçu pour imprimer plus de rapidité et, partant, d'efficacité à l'exécution, il se peut qu'il devienne, pour le débiteur, un ultime recours.

b) L'exécution forcée, par excellence, c'est l'exécution *sur les biens*.

Le créancier fait jeter un interdit sur les biens (des biens) du débiteur ; puis les fait vendre aux enchères ; enfin, se paie sur le prix. En trois temps, c'est le schéma classique de la saisie. Mais, dans les économies primitives, où la terre appartient à la collectivité, où il n'existe pas de monnaie, où les quelques meubles (armes, outils) sont trop vitaux pour être enlevés à leur maître, le débiteur, faute de biens, ne peut que s'offrir lui-même : l'exécution forcée est exécution sur la personne. La personne, le plus immédiatement, c'est le corps ; il demeurera au pouvoir du créancier jusqu'à ce que celui-ci reçoive satisfaction ou se lasse. L'exécution sur la personne, en ce premier sens, est une prise d'otage. En un sens plus industriel, la personne, c'est la force de travail. L'exécution sur la personne tendra alors à capter ce travail qui a une valeur économique, et le moyen adéquat pour y parvenir consistera à réduire le débiteur en esclavage, ou du moins en servitude temporaire, au profit du créancier.

Dans la très ancienne Rome, l'exécution sur la personne s'opérait par une procédure ritualisée, la *manus injectio* (8) que l'on décrit d'après les XII Tables (386 avant notre ère). Le créancier, ayant jeté sa main sur le débiteur, le traînait devant le juge et se le faisait adjuger (à moins qu'un tiers n'intervînt, à ses risques et périls, pour contester la procédure). Le créancier pouvait garder le débiteur, enchaîné quoiqu'il ne fût pas encore esclave, et ce pendant soixante jours. Il devait le conduire à trois marchés successifs pour y proclamer la dette, en faisant ainsi appel à la solidarité de la parenté ou du voisinage. Si ses appels restaient vains, pourtant, il avait le choix ou de le vendre comme esclave, mais à condition que ce fût au-delà du Tibre, hors de Rome, par la

(7) Josèpha LAROCHE, in Jacques Chevallier et al., *Les usages sociaux du droit*, Amiens, 1992, 144 s. Moins tragique et quelque peu anachronique, l'huissier est, aux yeux de Jean CANOLLE, *L'homme au papier bleu*, 1957.

(8) Henri LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, 1960.

délicatesse d'un droit qui ne voulait pas que le citoyen fût dégradé en esclave là où il avait vécu en homme libre. — Donc : le vendre ou le mettre à mort (vengeance pure). Ce que l'on aimera retenir de ce rituel, c'est, plutôt que la solution finale, l'art secret avec lequel, par des délais, des hasards, des tiers de bonne volonté, il essaie obstinément de l'éluder, comme si l'espérance renouvelée d'une issue *arrangeante* faisait partie de l'exécution forcée.

Seulement, voilà qu'après avoir raisonné sur un créancier unique, les XII Tables en mettent en scène plusieurs. *Partes secanto*, qu'ils se coupent des morceaux : et s'ils s'en sont coupé plus ou moins, cela ne fait rien, pourvu que la chose se soit accomplie sans fraude. Une énigme que cette boucherie : elle a provoqué de multiples réponses. Un commentateur hollandais du XVIII^e siècle ne voulait pas croire que, même avant le Christ, les Romains aient pu être des cannibales, et il lisait placidement dans les *partes* des parties du patrimoine, déjà l'exécution sur les biens. Mais les ethnologues se tiennent, en général, plus près de la mentalité archaïque, en s'appuyant sur une analogie avec des coutumes scandinaves qui auraient connu un même processus d'exécution : le débiteur ayant été mis à mort, les créanciers dépècent son cadavre. Et si ce ne sont pas les créanciers, ce sont les dieux infernaux : ils avaient présidé à l'engagement, ils se vengent du parjure ; le corps écartelé n'ayant pu être inhumé selon les rites, l'esprit du défunt est condamné à errer éternellement. Variante : la mise à mort n'a pas été le fait des créanciers, mais de la foule : le débiteur infidèle a été *lynché* pour avoir souillé son clan.

Autre variante chez Jhering, à la fois minimisante et utilitaire : ces *partes* n'étaient que de petits bouts, un petit doigt, un lobe d'oreille, que les créanciers découpaient sur le débiteur vivant et envoyaient au magistrat en guise d'avertissement, pour attester qu'ils étaient déterminés à poursuivre la procédure jusqu'à son terme fatal. Le procédé n'a pas été ignoré de notre époque. En Italie (spectaculairement lors de l'enlèvement du ministre Aldo Moro) aussi bien qu'en France, expédier au ministre de la Justice un lambeau de chair prélevé sur l'otage, c'était le « signal fort » dont se servaient les ravisseurs organisés pour secouer l'opinion et les pouvoirs publics. En quoi leur tactique rejoignait en somme celle qu'Aulu-Gelle (mort en 165 après J.C.), chroniqueur des antiquités romaines, avait prêtée aux XII Tables elles-mêmes. « Je n'ai pas entendu dire, écrivait-il, que cette disposition, *Partes secanto*, ait jamais été appliquée, ce n'était peut-être qu'une menace. » Ainsi, il ne s'agissait plus d'exécution, mais de pression psychologique. La difficulté, pour l'exécution forcée, comme pour le droit pénal, de maintenir longuement une ligne d'inflexibilité est un phénomène récurrent, une maladie des normes.

Puisque nous avons mis un pied sur le XX^e siècle, faisons-y halte. L'exécution sur les biens y règne, mais pas sans partage. Dans le Code civil de 1804, l'exécution sur la personne faisait presque jeu égal avec elle, sous les espèces de la contrainte par corps. L'institution, dès son nom, affiche sa nature : les créanciers, pour contraindre le débiteur à payer, s'emparent de son corps, c'est-à-dire, de sa liberté physique, non point de sa force de travail. Il

est incarcéré à leurs frais, mais nullement tenu de travailler à leur profit. La loi présume qu'il a quelque part un trésor caché, ne serait-ce que le trésor affectif qu'est la famille ou l'amitié ; elle escompte — c'est son stratagème — que la prison ou la peur de la prison fera sortir de terre les ressources enfouies. La contrainte par corps n'est qu'une action psychologique. Est-on tellement loin des XII Tables, telles que les rêvait Aulu-Gelle ?

C'était encore trop, néanmoins, pour la sensibilité du XIX^e siècle. Un mouvement de sympathie intellectuelle s'était créé autour des *dettiers*, des prisonniers pour dettes, et, en 1867, la contrainte par corps fut abolie (9). Subsistait une exception en faveur des créanciers de dommages-intérêts, victimes d'infractions pénales. Cette exception même a été supprimée en 1959, si bien que l'institution ne fonctionne plus que pour aider le Trésor public, par pression, tant bien que mal, au recouvrement des amendes. La pente n'est pas contestable : elle va à l'adoucissement. C'est cette même pente que, pour son compte, a suivie à peu près le Droit pénal, en ces temps où l'on commençait à célébrer la dépenalisation.

Mais des réactions étaient prévisibles. Elles prirent, pour l'exécution forcée, un tour particulier, permettant de cerner un phénomène bien typé de psychologie législative : il n'est pas rare qu'après avoir aboli une institution, le législateur la regrette au vu de l'expérience ; mais, plutôt que de la rétablir, ce qui serait avouer une erreur, il s'efforce d'inventer autre chose. Pour remplacer la contrainte par corps disparue, il a ainsi érigé en délits pénaux des carences de mauvais payeurs : dès 1924, furent déclarés coupables d'abandon de famille, les débiteurs fugitifs de pensions alimentaires ; puis, en 1983, plus généralement c'est l'insolvabilité frauduleuse qui a été sanctionnée, lorsqu'elle est machinée afin de faire échapper à l'exécution certaines obligations civiles (10). Certaines seulement — aliments, mais aussi dommages-intérêts en matière délictuelle ou quasi-délictuelle —, discrimination positive d'esprit nouveau : l'innocence du créancier confère un plus à la force exécutoire.

c) En suggérant qu'à l'étape présente de leur évolution, les procédures d'exécution forcée s'étaient *intellectualisées*, dématérialisées, c'était un changement d'image qui était proposé. Pour bien percevoir le changement, il était utile de disposer d'une image de référence, aussi vivement colorée que possible. La *manus injectio* eût été pittoresque à souhait, mais trop étrange. On s'en tiendra sagement à une bonne vieille saisie-exécution d'avant 1914 — ces

(9) Un bal avait été organisé au bénéfice des *dettiers*, et Napoléon III s'était impliqué personnellement dans l'abolition : la loi du 22 juillet 1867 ne fut, néanmoins, votée qu'à une faible majorité. Cinquante ans après, Henri Capitant voyait dans ce vote une coupure de l'histoire : l'avènement d'un droit démocratique et humain. Il n'y eut pas, pourtant, de commémoration lors du centenaire, et les héritiers des créanciers ne se repentirent pas.

(10) Respectivement art. 227-3 et 314-7 dans le nouveau Code pénal.

saisies de mobiliers modestes dans les petits ménages, qui ont été popularisées par le roman et la comédie, de Balzac à Courteline (11).

L'huissier s'avance avec le commissaire de police qui lui est indispensable pour se faire ouvrir les portes (au besoin par un serrurier). Il est escorté de deux *recors* qui seront la mémoire de l'opération. Ce sont des témoins, ils pourraient être aussi des contrôleurs de l'huissier, mais, en fait, ce sont plus ou moins ses gros bras s'il faut le défendre, de pauvres diables qu'il a recrutés et qui font équipe avec lui. Il y a du *pour* et du *contre* dans cette *exécution-spectacle*. Elle réalise une publicité empirique, dénonce à tout venant les solvabilités douteuses, plus directement que le fichier de la Banque de France. À l'opposé, scandale par génération spontanée, elle en éclabousse la famille. Et l'ordre public ? La scène de rue attire l'attroupement, peut allumer l'émeute. Mais la police est prévenue.

En regard, on relèvera la sobriété que la loi de 91, le décret de 92, ont imposée aux nouvelles procédures. En premier lieu, la saisie-exécution, rebaptisée saisie-vente, a perdu son rôle de pivot : elle n'est plus que subsidiaire. La vedette est transférée à l'ancienne *saisie-arrêt*, désormais *saisie des comptes bancaires et des rémunérations du travail*, comme il sied à une société de ban-carisation universelle et de salariat généralisé.

Cette mutation dans les préférences législatives a contribué à altérer la physionomie de l'exécution. La saisie-arrêt s'accomplit par un échange triangulaire de papiers : ici et là, des dossiers se constitueront, que des employés auront à suivre, au rythme de leurs routines. La force exécutoire, la violence légitime ont quitté le terrain et sont entrées dans des bureaux où elles s'installent pour ne plus agir qu'intellectuellement. C'est la vérification de la loi sociologique de Max Weber sur la bureaucratisation croissante du droit (bureaucratisation parce que rationalisation). *L'exécution de bureau* ne rencontrera le drame que par accident.

On pourrait se demander si, sur la contre-allée, le droit pénal n'est pas en train d'éprouver des transformations semblables. Qu'observe-t-on ? Que, fréquemment, il préfère la mise sous contrôle judiciaire à l'arrestation, le sursis à la prison ferme, et les amendes à tout le reste, ces piles de dossiers à liquider nonchalamment. Comme si l'immatérialité était l'idéal de l'exécution. Il est vrai que les prisons sont pleines. Que serait la vie juridique s'il n'y avait pas les multiples grâces du droit ?

(11) *La saisie*, de H. RACZYMOV, 1973, est plus poignante, évoquant le vertige d'un homme qui se retrouve entre les quatre murs après une exécution à ras (dans l'Ancien Droit, on disait que le saisi était *logé selon l'ordonnance*, quand il n'avait plus que les quelques meubles que l'ordonnance de 1669 déclarait insaisissables). Cette mise à nu du débiteur pourrait faire planer sur les saisissants un soupçon de sadisme, mais beaucoup sont des établissements de crédit, monstres à sang froid.

II.

Les théoriciens du droit enseignent que la cohérence entre toutes les parties du discours juridique est un impératif de méthode. Il peut advenir, néanmoins, qu'une institution, malgré l'unité qu'elle étale à la surface des textes, enferme en elle des contradictions. Le phénomène peut tenir à la pluralité des sources, à une diversité des buts ; il peut aussi avoir son siège dans la conscience des acteurs, d'un acteur du droit. Celui-ci, au gré des circonstances, a obéi à des pulsions différentes qui se sont succédé en lui, voire ont cohabité en se combattant. La réalité psychosociologique n'est pas nécessairement logique, et les antinomies doivent en être observées avec flegme. Quelques-uns professent que le progrès du droit s'épanouit à coups de contradictions, résolues avec plus ou moins de bonheur.

L'exécution forcée a pu, au cours de l'histoire, revêtir des formes variables, peut-être se nuancer en esprit. N'empêche : l'appel à la force est dans le vouloir-vivre de l'obligation juridique. Mais il est contredit par des mouvements de sens opposé : la répugnance à la violence, l'amour du repos, la pitié pour l'autre ou la réflexion sur soi-même, qui tendent à freiner, infléchir ou même arrêter l'exécution. Ce qui se traduit par des attermolements ou des réductions de dettes — comme il y a ailleurs des sursis ou des réductions de peine —, des accommodements de fait ou de droit, autant de limites qui endiguent sans la nier la force de l'obligation. C'est cet ensemble que voudrait transcender le vocable de la grâce, dans sa polysémie, esthétique, juridique, théologique.

Ce n'est pas une typologie, à peine un classement, mais ce qui différencie la grâce le plus clairement, c'est de qui elle émane : le *créancier*, le *prince* ou le *juge*.

a) Le *créancier* vit en sa personne une dualité. Monarque de l'obligation, il ambitionne pour elle la toute-puissance, mais il se sentirait moins monarque s'il n'était pas aussi le monarque gracieux, qui, d'un doigt levé, peut conjurer la foudre.

D'entrée, il affirme sa volonté, non pas naïvement d'être payé, mais de l'être au besoin par la force : il veut une formule exécutoire, la promesse de main-forte de l'État. Il l'a d'avance si l'obligation a été contractée devant notaire, ou si, ayant eu à plaider sur le fond, il a fait condamner le débiteur en justice. Ce n'est pas, toutefois, le cas le plus fréquent : un sous-seing privé n'est pas muni de la formule, ni davantage le solde d'un compte, les loyers courants, les factures au quotidien. Qu'à ses réclamations les débiteurs restent sourds, le danger lui apparaît de ne pas disposer d'un titre exécutoire pour s'en servir, au moins comme d'une menace. Alors il va s'engager dans la course à la formule exécutoire, « prendre jugement », notamment en forme d'injonction de payer que lui délivrera le juge d'instance. Tel est ce contentieux des impayés, qui gonfle la statistique judiciaire — artificiellement, car il ne suppose pas de véritable litige. L'existence de la dette, par hypothèse, n'est pas

sérieusement contestable ; si opposition est faite à l'injonction, elle sera levée rapidement, et la formule magique apposée.

L'obligation est comme renouvelée sans novation par son immersion dans le titre exécutoire. Les civilistes ont raison de souligner la discontinuité que l'épisode détermine dans la destinée de l'obligation (12). L'obligation exécutoire a acquis un dynamisme propre, un potentiel d'autoaccomplissement, qui n'exclut pas l'indifférence, l'hésitation à s'accomplir, peut-être le remords d'avoir dû s'accomplir.

Après le déploiement d'énergie que requiert une procédure, même légère, on est surpris de l'aisance avec laquelle le créancier peut libérer gratuitement le débiteur (*libération* est dans les textes), comme si, par-là, il se libérait aussi. La prescription extinctive ne demande que de ne rien faire ; un simple glissement de papiers de la main à la main selon les articles 1282 et 1283 du Code civil, et la remise de dette est présumée. La faveur de la liberté (13), qui est une grâce, mine secrètement l'obligation.

La grâce a l'air plus insolente lorsqu'elle est organisée à l'intérieur même d'une procédure d'exécution. Ce qui se voyait, se voit encore dans la saisie immobilière. Cette saisie n'a pas été touchée par la loi de 91 : elle continue de figurer dans la partie ancienne du Code de procédure civile, constamment en espoir d'une réforme globale, avec de-ci de-là des tentatives d'amélioration, (en 1998 encore la loi du 23 janvier). C'est une forteresse, pas un monolithe.

Dans son déroulement normal, la saisie immobilière court à la vente sur adjudication. Elle est ordonnée avant tout à l'intérêt des créanciers : c'est une procédure lourde, dure, sans complaisance. Elle est humiliante par nécessité, car elle ne peut pas ne pas être théâtrale (14). Pour attirer les enchérisseurs, il

(12) Cf. Lucienne RIPERT, *La réparation du préjudice*, Thèse Paris ; S, 1933, n° 121 5. Lalou, *Dalloz Hebdo*, 1936, chr. 69 ; MAZEAUD *et al.*, *Responsabilité civile*, III, n° 2248.

(13) Cf. l'art. 1162 du code civil

(14) Tragique à l'occasion, témoin *l'affaire Portal* (1975), dont Maurice Aydalot, alors premier président de la Cour de cassation, a laissé un récit désabusé dans son livre *Magistrat*, 1976, p. 321 s. : tout s'est fait régulièrement. Le baron Jean-Louis de Portal était l'héritier du domaine ancestral de La Fumade, près de Montauban, important, mais écrasé de passif hypothécaire. Saisie avait eu lieu, puis vente, et l'adjudicataire ayant demandé à entrer en possession, l'expulsion fut ordonnée dès 1972, à quoi l'occupant avait menacé de s'opposer par les armes. Finalement, des gendarmes furent envoyés à l'assaut du manoir dans la nuit des 10-11 janvier 1975, et le baron, mortellement blessé dans l'échange de coups de feu, succomba le lendemain. L'émotion fut considérable (et éphémère) : la jeunesse de la victime, la brusquerie de la décision finale après des mois de tergiversations, tout concourait à rendre sympathique la cause des saisis. Une commission d'enquête fut nommée, qui ne conclut à rien d'autre qu'à l'urgence de réformer les procédures. En 1978, à Limoux, dans l'Aude, un certain baron Fourn, pareillement ruiné et saisi, se montra prêt à renouveler le scénario, mais l'affaire, semble-t-il, tourna court. Deux cas ne font pas un modèle ; il y en a, toutefois, une ébauche. Non pas la lutte des classes au sens marxiste, ni même l'antagonisme des riches et des pauvres, mais (à l'antique) la guerre entre créanciers et débiteurs, les débiteurs n'étant pas des pauvres de naissance, mais des riches déclassés.

va falloir répandre des placards à la ronde, annonçait la déchéance d'un propriétaire, sa ruine imminente. Et suivra l'enchaînement fatal : l'expulsion de la famille, le déménagement misérable (15).

Mais un incident peut surgir : par l'article 744 du Code, faculté est ouverte au débiteur déjà saisi de demander et d'obtenir la *conversion* de la saisie en vente volontaire. Volontaire, sincèrement ? Nul ne sera dupe de l'hypocrisie de la loi. Mais les apparences sont sauvées. Sauver la face de l'autre est une règle de comportement qui n'est pas aussi orientale qu'on l'imagine : elle est de tous les climats, bien que chaque peuple ait en propre son faciès et ses grimaces. En France, on pourrait la rattacher à ce respect de la dignité personnelle que prône l'article 16 du Code civil. Mais sauver la face (aussi bien que ne pas la perdre) demande plus de subtilité concrète et de circonlocutions.

La conversion de saisie a paru si satisfaisante pour tout le monde dans la saisie immobilière qu'elle a fait des émules dans la saisie des meubles. Selon le décret de 92, article 94-5°, l'acte d'huissier qui entame la procédure doit comporter la suggestion discrète à l'adresse du débiteur qu'il dispose d'un mois pour vendre à l'amiable. De fait, des sondages menés parmi les huissiers montrent que la grande majorité de ces saisies ne vont pas jusqu'à l'adjudication. La préférence pour la solution gracieuse ne se dissimule guère.

b) Sous le manteau machiavélien, le *Prince* n'est autre que le collectif qui nous gouverne : autrement dit, l'État. Si par l'intermédiaire de la Déclaration de 1789, la Constitution de 1958 avait sacralisé la propriété, elle n'avait pas garanti l'existence des créances, encore moins leur recouvrement. Cependant, par une décision du 29 juillet 1998, rendue à propos de la loi contre l'exclusion le Conseil constitutionnel paraît bien avoir intégré à son « bloc » le principe que toute décision de justice doit avoir force exécutoire. Était-ce indispensable ? De longue date déjà, par la formule exécutoire, l'État a promis de mettre toutes ses forces au service de l'obligation. Il l'a promis au créancier, il en a menacé le débiteur. Ainsi, il est intervenu dans un rapport de droit privé, entre deux particuliers. Avec le risque, inhérent à toutes les ingérences, d'être pris à témoin par les deux et bientôt sommé d'arbitrer. Si l'arbitre peut ici avoir une marge, c'est qu'il n'a pas engagé sa force à l'état brut, mais avec la contre-force qui en est inséparable, non pas la pitié, qui n'est pas une affaire d'État, mais cette vertu, politique et charismatique à la fois, qui avait nom clémence en droit pénal, et qui est en l'espèce pouvoir de modération.

(15) Daumier, sous Louis-Philippe, a dessiné des *Fugitifs* qui sont des expulsés après saisie : un couple avec un enfant famélique, courbant la tête sous le vent du malheur, emportent une brassée de hardes et une chaise. Si Daumier fait penser à Rembrandt, Ernest Pignon, sous la V^e République, évoquerait plutôt Magritte : il a lui aussi ses *Expulsés*, qui sont visiblement dès saisis, même quand ils ne portent pas de matelas (le matelas dans la rue, le cœur, disait-on, du foyer à la dérive). Le rendu de ces dessins, c'est l'angoisse diffusée par la machine à faire le vide qu'est la saisie (cf. *Interventions images* d'Ernest Pignon-Ernest).

Ce pouvoir de modération, c'est principalement par des mesures collectives que l'État aura en pratique à l'exercer. L'hypothèse est que des milliers, des dizaines de milliers de titres exécutoires soient en attente d'exécution forcée. C'est le symptôme d'une économie en crise : fermeture des débouchés, chômage, argent rare, la récession. Si l'autorité s'abandonne au droit sans réagir, il va y avoir des saisies, des ventes, jetant sur le marché une masse de biens, meubles ou biens-fonds, aggravant la chute de toutes les valeurs marchandes. Outre que, sur place, se profileront des troubles à l'ordre public : résistance violente aux huissiers, attroupements, entraves à la liberté des enchères. Le sage préfet retardera, refusera peut-être l'emploi de la force.

La France au XX^e siècle a connu de ces crises, reflétées par des vagues de ventes sur saisie aux effets ravageurs : en 1907, dans le Midi viticole (16), vers 1934, un peu partout, dans le prolongement de la Grande Dépression d'Amérique (17). Mais cette seconde fois, l'État décida d'intervenir globalement, par voie législative, déplaçant son action, en amont de l'exécution forcée, sur l'obligation elle-même : elle pouvait être suspendue, réduite. De telles lois seraient-elles inconstitutionnelles désormais ? Ripert ironisa sur le droit de ne pas payer ses dettes (18). S'il avait moins dédaigné l'histoire, il se fût souvenu que Solon, le législateur emblématique, avait acquis sa première gloire en allégeant massivement les dettes des Athéniens.

Si, dans la cité antique, sous l'effet d'une révolution, d'une guerre, voire d'une récession insoupçonnée, le nombre des débiteurs avait grossi jusqu'à former une classe dangereuse (19), il était de prudence politique de désarmer le danger par des sursis et des remises. Il arrivait même, à Rome, que le Prince prît les devants et, sans attendre les plaintes ou les clameurs des débiteurs, leur offrît leur libération en don de joyeux avènement. C'était la fête assurément, c'était aussi de la politique. *Indulgentia, venia, remissio*, ainsi s'appelaient ces bonnes nouvelles — dans ce flottement de sens qui nous a accompagnés, du droit pénal à l'exécution civile et, par derrière, de façon plus troublante, de la faute à la dette, de la dette à la faute.

(16) Christian SIGNOL a romancé rétrospectivement cette crise dans une saga, *Les vignes de Sainte Colombe*, 1996.

(17) En Amérique, STEINBECK avait donné l'évocation-modèle dans *The Grape of Wrath*, les Raisins de la colère, 1939 (spéc. Ch. V, pour le dialogue entre les agents des nouveaux propriétaires, une banque lointaine, et les tenanciers au bord de l'expulsion); pour la France (la Bible et la référence à l'Exode en moins), ce fut Louis GUILLOUX, *Le sang noir, Le jeu de patience*, 1949.

(18) Dalloz, 1936, chr. 57 ; Emmanuel PUTMAN a commémoré cette chronique mémorable, *Rev. recherche juridique*, Aix, 1994.

(19) Une troupe, pour commencer, dans la caverne d'Adoullam, autour du futur roi David : «... tous ceux qui se trouvaient dans la détresse, qui avaient des créanciers ou qui étaient mécontents » (1 Samuel, 22/1-2).

La loi de 91, dans son dessein de restituer à l'obligation civile tout son sérieux, a entendu clarifier, purifier le pouvoir de l'État. Son article 16 est remarquable : il condense en deux phrases les contradictions que révèle ce pouvoir. La première réaffirme la force de la promesse (20) : l'État est tenu de prêter son concours... La seconde rappelle les droits de la grâce : il peut légitimement refuser son concours. Seulement, c'est à condition d'être généreux en payant pour le saisi. Tout est-il pour le mieux ? Les contribuables peuvent grogner : ils sont cautions involontaires. Le créancier peut ergoter : il pourrait bien perdre au change en étant renvoyé aux tribunaux administratifs, car ils sont tatillons sur la preuve du préjudice, pingres sur son évaluation, impuissants à garantir l'exécution prompte de leurs propres condamnations. Force ou grâce, le système n'échappe pas aux mauvaises habitudes d'un État grand-seigneur.

c) Le pouvoir que l'État exerce de haut, le *juge* le relaie à proximité des justiciables. Il a la charge de redistribuer au cas par cas, en menue monnaie, force et grâce à la fois. Il n'y a pas lieu de s'inquiéter quant à la force : le juge en a le maniement par la formule exécutoire. Mais la grâce ? Il ne lui est pas donné de la faire surabonder. Elle ne lui a été confiée que pour une mission définie : accorder ou non des délais au débiteur dans la limite de deux années, insérer ou non dans l'obligation un terme qui n'y était pas. Ces délais, ce terme sont qualifiés comme étant *de grâce*. Mais remarquez l'étrangeté : le mot qui aurait pu infuser un sens à l'institution ne se trouve pas dans le texte qui la fonde, l'article 1244-1, remaniement de l'article 1244 (21).

Si la grâce s'est cachée aux premiers temps du Code civil, c'est qu'elle se savait *persona non grata*. Elle pâtissait de la même réprobation que l'équité des parlements. La Révolution avait supprimé les termes de grâce, lettres de répit et autres surséances. Elle leur reprochait d'avoir trop souvent, avec la connivence des juges, aidé des aristocrates criblés de dettes à retarder abusivement l'heure de la juste expropriation forcée. Un des premiers exécutés, Toullier, idéologiquement imprégné du légalisme révolutionnaire, n'accueillait que de mauvaise humeur cette intrusion de la grâce, « contraire à l'exacte justice » : l'article 1244 était une disposition impolitique, destructrice de la confiance et du crédit. Une génération après, en revanche, Demolombe salue

(20) La version initiale de la loi contre l'exclusion y mettait un bémol : le préfet, avant de déchaîner la force, devait s'assurer qu'une offre d'hébergement tenant compte, autant qu'il est possible, de la « cellule familiale », était préposée aux personnes expulsées. Le Conseil constitutionnel a censuré cette condition comme trop concrète ; la sauvegarde de l'ordre public devait suffire. On peut penser, néanmoins, que le souci du relogement continuera d'être présent dans le cœur des préfets.

(21) Ce n'est que plus loin, à l'article 1292, pour une application très secondaire, que l'on trouvera le *terme de grâce* dans le Code Napoléon, et il a fallu attendre la réforme du Code de procédure civile pour que le délai de grâce y reçoive la consécration d'un intitulé de chapitre (art. 510 et s.).

la loi « indulgente et prudente », et, très décontracté, en préconise, à l'encontre éventuellement de Toullier, les interprétations les plus favorables au débiteur (22). Eût-il eu le même entrain devant notre article 1244-1 ?

Cet article superpose ostensiblement plusieurs strates historiques. Ce sont autant de critères de la grâce qui sont proposés aux juges du fond, entre lesquels ils pourront se mouvoir dans un pouvoir souverain d'appréciation (23).

La strate la plus ancienne, celle de 1804, se réfère à la *position*, à la *situation du débiteur*. Ce sont des expressions très vagues, qui peuvent comprendre, aussi bien qu'un bilan de son patrimoine, une évaluation de son aptitude à rebondir. Une charité raisonnable, telle pourrait être ici la grâce.

En 1991, c'est une considération apparemment antithétique qui a pénétré dans le texte : les *besoins du créancier*. Mais, après tout, remarqueront les juristes, ce n'est qu'un juste rééquilibrage, une réciprocité toute naturelle. Et même, mieux, compléteront quelques-uns, il y a là une vue très dynamique de l'obligation, l'espérance que, malgré la tension du moment, une solidarité persiste entre le créancier et le débiteur. La grâce, c'est ce dépassement de la force exécutoire par une fraternité invisible des contractants. Des ethnologues, il est vrai, pourraient avoir une explication différente : le créancier qui étale ses besoins retrouverait d'instinct le geste de celui qui jadis jeûnait à la porte de son débiteur (24), une très vieille coutume indo-européenne (25). Comme

(22) TOULLIER, t. 6, n° 653 S. ; DEMOLOMBE, *Contrats*, I 1, n° 586 S. Un exemple de ces divergences : le débiteur pourrait-il renoncer d'avance à la faculté de demander un délai de grâce ? Oui, selon Toullier, ce ne serait que retour au droit. Indignation de Demolombe : je stipule que j'aurai le droit de me montrer envers vous, inhumain et cruel ! (Demolombe est le civiliste qui a le plus utilisé le point d'exclamation).

(23) Cf. 2° civ. 10 juin 1970, *Bull. civ.*, n° 201, et 1^{re} civ. 5 juillet 1988, *Bull. civ.*, n° 216.

(24) En se vouant publiquement à mourir d'inanition (comme ailleurs on s'immole par le feu), le créancier prend solennellement la société à témoin et contraint le débiteur à un examen de conscience. Ce qui se double d'une contrainte par corps : le débiteur est emprisonné chez lui par la présence obsédante de cet être affaibli, bientôt mourant, bientôt cadavre, d'où s'échappera un fantôme, éternellement errant et tourmenteur.

(25) Sumner MAINE (1822-1888) l'avait étudiée pour le droit hindou (souvent le créancier y délèguait le soin de jeûner à un brahmane), *Institutions primitives*, 1880, 363. Pour d'autres ex., v. BRISSAUD, *Histoire du droit privé*, 1, 517. Cette coutume paraît avoir été intensément vécue dans le monde celtique, en Irlande surtout, ce qui explique la facilité avec laquelle le Sinn-Fein la transposa, en la poussant jusqu'à la mort de ses militants, en instrument de pression sur les gouvernements anglais (l'indépendance était une dette du Royaume-Uni envers l'Irlande). Les grèves de la faim qui, de nos jours, éclosent à l'appui de revendications politico-sociales doivent beaucoup au modèle irlandais, mais l'édulcorent.

lui, il ferait sa force de frappe, par inversion des rôles, d'une exaltation de sa faiblesse (26).

En 1991, l'article 1244-1 s'est enrichi d'un autre ajout, qui lui aussi peut intriguer, quoique sur un autre registre. Il en résulte que le juge peut subordonner l'octroi d'un délai de grâce à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette (27). On aurait mauvaise grâce à ne pas applaudir tout de suite à un texte d'aussi gros bon sens pratique. « Aide-toi, le Ciel t'aidera », « À chacun selon ses œuvres », l'école publique l'enseignait déjà, par proverbe (semi-pélagien) ou maxime (toute pélagienne). Mais le délai de grâce peut-il encore invoquer la grâce, alors qu'il demande aux débiteurs de se constituer des mérites ? Il lui a plutôt coupé les ailes. Les mérites et la grâce, on connaissait les deux théologies, et l'on avait l'habitude de penser qu'elles vivent entre elles comme chien et chat. En épousant dans cet alinéa l'activisme libéral, la loi de 1991 a-t-elle voulu faire un pari sur la fin de l'augustinisme ? Il sera de retour, pourtant, au chapitre qui suit.

(26) C'est une observation des sociologues : les voies d'exécution de type classique supposent en général que, au départ, le créancier ne soit pas d'une condition sociale inférieure au débiteur. À l'opposé, il semble que la voie d'exécution singulière, dont le jeûne du créancier est le symbole, se soit constituée pour répondre à des hypothèses où le débiteur jouissait d'une supériorité intimidante. Dans ses *Mémoires* de 1670, Gourville, factotum du futur duc de La Rochefoucauld, grand seigneur fort endetté, raconte comment l'antichambre de son maître était chaque matin envahie d'une foule bourdonnante de créanciers qui bloquaient la sortie. Le débiteur la traversait tant bien que mal, mais il lui fallait, au passage, lâcher quelques promesses.

(27) A. SÉRIAUX, *R.T.* 1993, 789.

Chapitre III

VARIATIONS SUR LES PETITS CONTRATS

Est-ce par leur faible taille statistique qu'ils ont paru si petits ? Est-ce par l'innocence des questions qu'ils posent ? Mais c'est un fait qu'à côté des trois géants retors, vente, louage et société, les contrats que le Code Napoléon avait rassemblés sous les titres X à XV de son livre troisième ne sont jamais parvenus à faire le poids, ni dans les occupations des commentateurs, ni dans les préoccupations des étudiants. Prêt, dépôt, jeu, mandat, cautionnement, transaction, ce sont décidément les petits contrats, comme familièrement on les nomme. Il y a, dans l'expression, une sorte de mignardise, un appel à sourire, peut-être une provocation à la fantaisie. Le spécialiste des petits contrats est, parmi les juristes, un peu comme le joueur de triangle dans un orchestre. Il lui faut guetter son moment, mais alors avec quelle passion impatiente il s'élançera ! Une passion que les sociologues demandent à partager, car le domaine des petits contrats est rempli de ces zones indécises que la sociologie affectionne, où droit, morale, mœurs, fait — droit et non-droit, tout se mêle et s'efface.

► LA DOUBLE MORALE DES PETITS CONTRATS

Respecter les intérêts d'autrui, tenir parole, ce sont des maximes qui sont communes aux petits contrats et aux grands. Ce dont nous nous enquérons ici, c'est d'une morale qui serait spéciale aux petits contrats. En est-il une ? Il en est deux. Sur ce thème des petits contrats, plus qu'ailleurs peut-être, imitateur fidèle de Domat et de Pothier qui avaient été des moralisants, sinon des moralistes, le législateur de 1804 a moralisé à son tour. Il a transmis à ses titres X à XV quelque chose de la morale qui avait imprégné Domat et Pothier — une morale puisant à deux sources : le droit naturel et la pensée janséniste.

C'est sans doute du droit naturel — plus précisément de l'Ecole du Droit de la nature et des gens dans ses branches hollandaise et germanique — par l'intermédiaire de Pothier surtout, que le Code Napoléon a reçu sa conception fondamentale du prêt à usage, du dépôt, du mandat, du cautionnement. Ce sont, par nature, des contrats de bienfaisance, des services d'amis. Nous voici

entre amis : sommes-nous encore dans le droit (1) ? Certes, ces contrats ont une sanction juridique, mais, dans le régime que la loi leur donne, ils se souviennent encore d'avoir été originellement de purs arrangements amicaux, dominés par une exigence de gratuité et de confiance personnelle. La gratuité explique beaucoup de traits dérogatoires — alternativement de rigueur ou d'indulgence — dans l'appréciation des responsabilités contractuelles. Le lien de confiance apparaît dans les causes qui mettent fin aux engagements : ceux-ci ne sont pas parfaitement transmissibles, parce qu'ils ne sont pas entièrement patrimoniaux.

Tel était l'esprit initial. Les textes, qui n'ont guère été modifiés, continuent d'en porter témoignage sous nos yeux. Ils ont dû composer, cependant, avec le changement des habitudes et les innovations de l'économie. Le prêt à usage — le vieux *commodat* — a résisté assez bien. Mais les autres petits contrats ont grandi en se professionnalisant, en se commercialisant : il y a des cautionnements bancaires et des banques de dépôts, les mandataires sont devenus agents d'affaires. Il a fallu que les tribunaux adaptent à la morale des affaires ce qui avait été conçu pour la morale de l'amitié.

C'est une autre attitude que le jansénisme a léguée à notre législation des petits contrats — une attitude négative, faite de scrupules, voire d'aversion devant l'usure, le jeu, les procès — ces trois fléaux où se trahit la corruption de la nature humaine. Assurément, le prêt à intérêt est déclaré licite ; le Code n'est pas revenu sur cet acquis bourgeois de la Révolution. Néanmoins, *non omne quod licet honestum est*. Que l'excroissance du capital demeure marquée d'anormalité tombe encore sous le coup d'une norme, même si ce n'est plus la norme juridique, on en découvre maints indices : l'intérêt doit faire l'objet d'une stipulation expresse, le taux doit en être fixé par écrit, et surtout le principe est admis — en plein contexte libéral — d'un interventionnisme étatique aux fins de limitation. Sur le jeu, Pothier avait laissé un court traité, des pages d'une gravité douce : il y montrait, en bon analyste du cœur, comment les jeux poussent à la haine, et en définitive il les condamnait tous, même les passe-temps, car le temps appartient à Dieu. Une part de cette pieuse réprobation a été recueillie par l'article 1965 : les dettes de jeu n'ouvrent pas d'action en justice, elles resteront sur le seuil du droit. Quant à savoir ce que le Code pense généralement des procès en ses minutes de jansénisme, il n'est que de lire ce qu'il a pensé de la transaction — en regardant à l'envers, puisque la transaction est le procès renversé. Comme Domat, comme l'hymne ancienne, il a jugé que c'était une convention qui devait être favorisée (donc entourée de soins), parce qu'elle était porteuse d'un bien, étant extinctrice d'un mal : *Dissolve litis vincula, Adstringe pacis foedera !*

(1) Cf. *supra*, p. 35.

Seulement, là encore, beaucoup de choses ont bougé, fût-ce de façon insidieuse. Le taux de l'intérêt, dans le prêt, est toujours légalement limité — soit ; mais la limite est parfois montée si haut, frôlant les 20 %, qu'elle semblait autoriser une usure que l'on eût crue jadis exclusivement asiatique. Peut-on prétendre que persiste sur le jeu, à travers l'article 1965, le blâme d'un éducateur national, organise lui-même les tripots ? Que dire enfin de la transaction ? Les victimes d'accidents réclameraient plutôt d'être protégés contre elle, estimant qu'elle est aujourd'hui un instrument d'abus entre les mains de ces *potentiores* que sont les compagnies d'assurances. Le moralisme historique des petits contrats n'a donc point suffi à empêcher leur démoralisation. Aussi aura-t-il probablement de la peine à se défendre quand, pour cette partie du droit civil, viendra l'heure, si elle vient, d'une rationalisation législative. Une rationalisation qui serait comme une ultime laïcisation. À quoi bon, s'interrogera-t-on, conserver dans le Code ce musée secret de Port-Royal ? Certains tiennent, pourtant, que les musées ont une fonction vivante.

► LA TENTATION DU NON-DROIT DANS LE PETIT CONTRAT DE DÉPÔT

Dans sa physionomie primitive, le dépôt, laissé par le voyageur, le fugitif, le mourant, est enveloppé d'un halo de pathétique : c'est un dépôt sacré, et le dépositaire infidèle est un sacrilège. À l'époque moderne, peut-être est-ce dans le dépôt nécessaire, tel que le dépeint l'article 1949 du Code civil (un dépôt forcé par quelque accident, incendie, ruine, pillage, naufrage...), que se retrouverait le mieux un reflet de cette forme mystique — ce qui vérifierait de surcroît une espèce de loi générale, savoir, que les catastrophes font ressurgir dans les sociétés évoluées des poches de droit très archaïque.

Par temps calme, de nos jours, les modes de vie urbains — le resserrement des resserres, l'isolement entre voisins, la peur des responsabilités (amplifiée par les fantasmes de l'assurance), etc — rendent le dépôt plus rare sous sa forme traditionnelle du service d'amî. Plutôt s'adresser, en les payant, aux services d'un professionnel : il existe des garde meubles, des coffres-forts de banques, des consignes de gares, des minutiers de notaires, etc. Dans le contentieux actuel, ce sont les dépositaires de profession qui jouent le rôle principal.

Qu'une figure juridique dessinée sur le modèle d'un geste d'amitié ait pu convenir — fût-ce au prix de déformations (2) — à des entreprises organisées

(2) Suivant plusieurs auteurs, toutefois, l'image du dépôt est devenue si méconnaissable qu'il vaudrait mieux parler d'un contrat nouveau, le *contrat de garde*, ainsi nommé pour souligner que les engagements y sont plus actifs, dépassant une conservation purement défensive. Cf. A. TUNC, *Le contrat de garde*, 1942 (c'est l'ouvrage de base, qui a donné son être à ce contrat).

pour le profit, qui plus est, à de véritables institutions, essentielles à l'économie capitaliste, telles les banques de dépôts et la monnaie scripturale, il y aurait de quoi s'étonner, si l'on ne savait les ressources de la liberté des conventions comme de l'interprétation jurisprudentielle. Encore la réflexion de sociologie usuelle sur « le droit qui change dans une société en changement » n'est-elle pas allée assez loin vers l'horizon de l'imaginaire. Car, observant que l'État (notamment l'État-fisc), ennemi plutôt qu'ami des déposants, s'est déjà arrogé sur beaucoup de ces dépôts professionnels un pouvoir d'inquisition, on imaginerait aisément pour notre contrat, comme pour d'autres, un avenir triangulaire où Léviathan entrerait de plein droit comme tiers participant. Presque aussi efficacement que par une confiscation générale des propriétés, l'autoritarisme pourrait s'affirmer par une obligation universelle de dépôt, qui placerait toutes les fortunes, toutes les archives (pour ne rien dire des bébés en crèches) sous l'œil de l'Omniscient (3).

Ce n'est pas que le dépôt à la mode d'autrefois ne puisse aussi se rencontrer dans la pratique d'aujourd'hui. Mais peut-être est-ce la jurisprudence pénale qui nous en livrerait le plus d'exemples. L'abus de confiance est la qualification pénale de la violation de dépôt. On ne peut s'empêcher d'évoquer, à cette occasion, l'histoire romaine : à Rome, le dépôt fit son entrée dans le droit par la répression de sa violation. Tant est vrai, ajouterons-nous par parenthèse, ce qu'enseignent des paradoxographes : que la règle de mœurs ne se transforme en règle de droit qu'à partir de l'instant où elle peut être violée — violée, donc vengée par un châtement. Tout se passe, en tout cas, comme si la conscience populaire voyait dans le dépôt un *corpus delicti* avant que d'y voir un contrat.

Au fait, est-ce bien un contrat ? Au tout-lendemain du Code Napoléon, à un moment où les juges, ne sentant pas encore sur eux le plomb de la révolution legaliste, se croyaient toujours investis de la liberté d'inventer du droit, il était arrivé à une cour d'appel de dire : « Le législateur a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami comme un *fait* plutôt que comme une convention » (4). Un fait matériel, non un échange de consentements. C'était dit à propos du commodat, mais aurait pu l'être à propos du dépôt. Et à plus forte raison, car, très singulièrement, le mot *contrat* ne figure pas dans la définition codifiée du dépôt (art. 1915). À cause du dépôt *nécessaire* ? Mais cela n'eût pas suffi à changer la nature de l'opération (*coacta voluntas, tamen voluntas*). À cause du dépôt hôtelier ? Nous y voilà. Les exégètes se sont donné beaucoup de mal pour justifier le Code (art. 1952, *in fine*) d'avoir assimilé ce dépôt au dépôt nécessaire : les voyageurs n'ont pas le choix, remarquent-ils, pour

(3) C'est déjà fait pour les valeurs mobilières au porteur. Une loi du 30 décembre 1981 et un décret du 2 mai 1983 en ont imposé le dépôt en compte-courant bancaire.

(4) Colmar, 18 avril 1806, *Sirey chronologique*. L'arrêt en déduit que l'opération n'est pas soumise à l'exigence de l'écrit, mais peut être prouvée par tous les moyens.

peu que l'auberge soit isolée au bord de la route (le motel sur l'autoroute), et puis leur vigilance, le soir, est endormie. Mais, en thèse générale, le consentement contractuel n'est ni annihilé ni vicié par le monopole d'un contractant ou par la fatigue d'un autre. Que les juristes n'ont-ils plutôt tiré de l'ombre, dans l'article 1952, la formule d'une matérialité expressive : « les effets *apportés* par le voyageur » ? Que ne l'ont-ils mise en corrélation avec le langage non moins matérialiste qui définit le dépôt : « un acte par lequel on *reçoit la chose* d'autrui » ? pour remonter ensuite à l'ancêtre romain de notre contrat d'hôtel (5), le *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, le *receptum* des bateliers, aubergistes et maîtres de poste (6) ?

Les interprètes ont cherché, coûte que coûte, à ramener vers la notion de contrat, à faire rentrer dans le schéma d'un accord de volontés l'écheveau d'obligations que les textes du Digeste font sortir du *receptum*. Ils ont mis en avant un sens abstrait de *recipere* : prendre en charge quelque chose, n'est-ce pas prendre un engagement ? Mais il n'est pas vraisemblable que l'abstraction ait précédé l'image concrète (7). Ou bien ils ont supposé une acceptation de responsabilité, expresse à l'origine (8), qui aurait été, insensiblement, sous-entendue par l'usage. Mais c'était se satisfaire d'une fiction. Les sociologues ne peuvent que s'affliger de cette constante du droit dogmatique : la répugnance à concevoir une opération où la volonté serait plutôt lueur que lumière, où la matérialité serait essentielle (9) — cette matérialité redoutée des juristes, parce qu'elle met en nous l'oubli du droit. L'éternelle vérité est, pourtant, que le voyageur fait le dépôt en posant ses bagages, l'hôtelier en les recevant. *L'acte*, comme l'appelle l'article 1915, l'acte-fait, l'accord machinal, se conclut entre la chambre et la valise. Cette observation aurait permis de résoudre une question qui a été controversée : si les règles de la responsabilité

(5) Une lecture tant soit peu sociologique de Domat (*Lois civiles*, livre 1, titre XVI, sect. I) fait clairement apparaître cette filiation.

(6) Digeste, 4, 9 et 47, 5.

(7) Cf. H. VINCENT, *Res recepta*, Thèse droit, Montpellier, 1920.

(8) Nous pourrions corser l'hypothèse en faisant état de certains traits de folklore qui émergent des sources littéraires : l'enseigne de la *caupona*, où il pouvait bien être affiché que l'aubergiste garantissait la sécurité des bagages, et surtout la pratique (longtemps vivace en Orient) qui consistait à envoyer une délégation du personnel de l'auberge au débarcadère, pour accueillir et assaillir bruyamment les voyageurs par des promesses mirobolantes (cf. DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. 1887, v° *Caupona*, texte et note 29).

(9) Il est des ventes qui n'occupent aucune épaisseur dans la durée, conclues en un instant par *traditio* de la chose et paiement effectif du prix, elles ne laissent derrière elles aucun sillage d'obligation. Pas d'obligation de payer le prix : par définition il a été payé sur le champ. Pas d'obligation de garantie : si même, en droit, la garantie était due, elle ne pourrait fonctionner en fait, faute de preuve ou à cause de l'insignifiance du préjudice. Les ventes qui déplacent les possessions sans créer d'obligations pourraient être qualifiées de *ventes manuelles* (par analogie avec le don manuel).

hôtelière peuvent être étendues à une clinique d'accouchement. La Cour de cassation s'est prononcée contre l'extension (10). Refus d'analogie, refus de poésie ? Mais c'est aussi qu'elle a argumenté sur les personnes : la loi voulait un *voyageur*, et il n'y en avait pas. Il eût fallu raisonner autrement, reconnaître que le *corpus* du dépôt est au centre de l'affaire. Qui fait l'auberge ? C'est le fardeau. Outre que l'accouchement le plus chanté de la création a eu lieu dans l'annexe d'une hôtellerie.

(10) 1^{re} Section civile, 17 décembre 1957, D. 1958, 96, *J.C.P.* 1958, 2, 10452.

TITRE III

LA PROPRIÉTÉ

Chapitre premier

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VISION RÉVOLUTIONNAIRE*

La Déclaration des droits de 89 suggère l'existence d'un lien entre la liberté et la propriété : toutes deux viennent en tête de la litanie des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Les autres droits énumérés, la sûreté (c'est-à-dire la sécurité) et la résistance à l'oppression ne semblent du reste que des défenses (psychologique la première, physique la seconde) tout à la fois et indivisiblement de la liberté et de la propriété (1).

Ce fut une des idées-forces de la Révolution que de construire la propriété comme une garantie des libertés — plus précisément de construire la propriété individuelle comme une garantie (une « sûreté » et un rôle de « résistance ») pour la liberté individuelle —. Et cette idée est venue jusqu'à nous. Comme sur beaucoup d'autres points le Code civil a servi de relais à l'idéologie révolutionnaire. Dans son célèbre article 544, l'insistance à définir la propriété

* Sous la rubrique « La propriété, garantie des libertés », cet article a d'abord été publié dans le volume par lequel l'Association Internationale de Droit Economique a commémoré à sa manière, qui était bonne, la Révolution française : *Liberté et droit économique, textes réunis par Gérard Farjat et Bernard Remiche*, De Boeck, 1992, p. 63 et s.

(1) Ce chapitre n'est qu'une étude de textes, législatifs ou doctrinaux. L'étude des faits demanderait une enquête sociologique, diversifiée selon les lieux. Ce que l'on pouvait écrire et prescrire dans les cercles dirigeants n'était que partiellement suivi d'effet sur le terrain. Pour ne citer qu'un exemple menu, il apparaît que les tentatives révolutionnaires pour abolir la vaine pâture se heurtèrent, en bien des endroits, à une résistance efficace de la coutume (cf. *supra*, p. 305, note 48).

comme un droit de jouir et de disposer de la manière la plus *absolue*, c'est-à-dire détachée de toute dépendance, tend à donner d'elle l'image d'une liberté de l'individu.

Cependant, ce n'est pas seulement dans un renforcement statique de l'autonomie du propriétaire que la Révolution (2) a cherché à faire de la propriété une garantie de la liberté. Plus subtilement ses législateurs vont se saisir de la mobilité, de l'aliénabilité du droit pour les mettre au service d'une politique sociale. Et réconciliant la propriété avec l'égalité dont elle semblait d'abord la négation, ils tenteront, en multipliant les propriétaires, d'universaliser la liberté qu'elle garantit.

I. — LA PROPRIÉTÉ RENFORCÉE

La Révolution de 89 ayant été, suivant l'analyse la plus répandue, une révolution bourgeoise, il n'est pas inattendu qu'elle ait justifié son double attachement à la liberté et à la propriété en faisant de celle-ci la garante de celle-là (3).

La garantie a des aspects de droit public. Elle peut être insérée dans une démonstration de physique constitutionnelle : une classe de propriétaires qui ne doit rien au monarque ni au peuple souverain peut assurer, quel que soit le

(2) Il est évidemment artificiel de faire parler la Révolution d'une seule voix. Si brève qu'elle ait été, elle a été assez longue pour se prêter à un découpage par périodes. Et il y a eu des diversités dans chaque période, voire des contradictions dans chacun des acteurs, au gré des circonstances. Le même Rabaut Saint-Etienne qui avait proposé pour maxime triangulaire de la République « Liberté, égalité, *propriété* », n'hésitait pas à reconnaître que l'égalité politique serait affaiblie tant que subsisterait l'inégalité des fortunes.

(3) On peut se demander quelle espèce de propriété la Révolution avait en vue. La propriété foncière avant tout, sans doute, et dans celle-ci la propriété rurale par prédilection, moins à cause des Physiocrates, dont l'influence était en déclin, que par le poids que l'agriculture représentait dans l'économie du pays. La propriété mobilière, industrielle ou financière, était, pourtant déjà active ; et Burke croyait même apercevoir dans les troubles révolutionnaires, un complot de la finance (pensait-il à Necker, à Claviere, en attendant Cambon ?), décidée à éliminer du pouvoir l'aristocratie terrienne. Que la Révolution ait peu légiféré à propos de la propriété mobilière, ce n'était pas forcément une marque de défaveur : cette propriété a pour milieu naturel la liberté, le non-droit plutôt que le droit. Si, au demeurant, la législation fut rare, elle sut aller à l'essentiel : licéité du prêt à intérêt, pouvoir libérateur des assignats (par lesquels pouvait se réaliser une translation de propriété), organisation très perfectionnée d'une publicité foncière (par la loi de messidor an III, trop oubliée dans le bilan que n'a-t-elle été maintenue, elle aurait permis avec plus d'un demi-siècle d'avance, le développement du crédit hypothécaire).

régime, un rééquilibrage des pouvoirs (4). La prépondérance des citoyens actifs dans la Constitution de 1791 s'inspirait à l'évidence de cette vision.

Mais, plus matériellement, la propriété est une liberté parce qu'elle recouvre la possession, le fait de la possession, l'énergie latente contre toute dépossession. En matière immobilière (5), les Jacobins n'hésitèrent pas à prononcer des excommunications solennelles contre ceux qui auraient l'audace de proposer des lois agraires. Mais c'étaient les réquisitions d'objets mobiliers — de chevaux, de grains, de draps, de souliers, etc. — qui étaient présentes dans la vie quotidienne. D'autant plus dramatiquement qu'elles appelaient, pour leur exécution, des perquisitions contre lesquelles la liberté du domicile était solidaire de la propriété (6). Le droit intermédiaire se comprend mal sans son arrière-fond militaire : il existe un communisme de guerre qui fait effondrer les déclarations de droits (7). Jamais la Révolution n'arriva à se débarrasser de la pratique des réquisitions ; elle en fit même, outre frontières, de purs et simples pillages par droit de conquête.

Il est vrai qu'en 1789, quand on attendait de la propriété qu'elle libérât l'individu, c'étaient plutôt des tyrannies privées qui étaient prises pour cibles. Les communautés taisibles, par exemple : y mettre fin revenait à libérer les plus jeunes des pesanteurs de la famille patriarcale. Mais c'est surtout l'abolition des droits féodaux (8) qui fut présentée et probablement vécue comme une libération des hommes, la libération des paysans par une propriété rendue à sa

(4) Cela aurait pu donner une chambre des lords, de grands propriétaires, si le bicaméralisme n'avait été rapidement écarté. Cela donna, dans l'immédiat, plus modestement, la distinction des citoyens actifs et passifs.

(5) Les grands travaux des intendants avaient suscité les récriminations des propriétaires fonciers contre les expropriations abusives. D'où les limites étroites posées par l'article 17 de la Déclaration des droits (une *nécessité* publique *légalement* constatée). Mais la Révolution n'eut guère le temps (ni l'argent) de faire des expropriations en règle.

(6) La pratique conjointe des perquisitions et réquisitions met en relief, par contraste, une forme composite de propriété : les approvisionnements de ménage à l'intérieur du domicile, garantie de liberté, mais objet de convoitise. Cette propriété, typique des moments troublés, vit dans une inquiétude permanente, parce qu'elle se sent sans relâche sous la pression partageuse des plus démunis.

(7) Aux adversaires qui lui objectaient le caractère utopique de son système communiste, Babœuf faisait une réplique très remarquable : « Ce gouvernement-là a été démontré praticable par l'expérience, puisque c'est celui qui est appliqué aux 1.200.000 hommes de nos douze armées. » Il ne semble pas avoir été frappé par l'absence de femmes (et d'enfants) dans la société militaire.

(8) On admet d'ordinaire que le poids économique des droits féodaux s'était accru au cours du XVIII^e siècle, la « réfection des terriers », à laquelle les seigneurs avaient fait procéder par d'habiles feudistes, ayant eu pour résultat de regonfler des prestations en voie de dépérissement. D'où la vigueur du mouvement antiféodal.

liberté originelle (9). Le Code rural et le décret des 5-12 juin 1793 qui le suivit, soulignaient avec éclat l'articulation de ces deux libertés : « Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent. »

Les acteurs de la Révolution n'en étaient pas moins conscients du potentiel contre-révolutionnaire inhérent au droit de propriété. Facteur d'inégalité économique, il pouvait corroder peu à peu l'égalité politique ; et une fois celle-ci affaiblie, un danger pèserait sur la liberté des plus démunis. De ces réflexions philosophiques, cependant, n'était guère tirée d'autre conséquence que ponctuelle : la légitimité des réquisitions pour cause de nécessité et d'urgence. Ceux qui attaquaient de front le droit de propriété — tel Jacques Roux, puis Gracchus Babœuf — faisaient figure d'agitateurs marginaux. Le 9 thermidor a étouffé le projet plus cohérent dont rêvaient sans doute Robespierre et Saint-Just (Robespierre avait antérieurement risqué une définition de la propriété singulièrement restrictive, « le droit qu'a le citoyen de disposer de la portion de biens qui lui est garantie par la loi »).

Au fond, tout n'était peut-être qu'affaire de dimension. La liberté se sentait menacée par les châteaux et se réjouissait dans les chaumières. Ce contraste d'images a hanté de bout en bout la Révolution. Il ne s'agissait pas pour elle de faire un compromis, de combiner sur une voie moyenne le pour et le contre du droit de propriété. Elle s'était construit un idéal qui se tenait droit par lui-même, un idéal de petite propriété qui avait son propre et triple fondement : philosophique, cette proximité de la nature, que Rousseau, écologiste avant la lettre, avait magnifiée ; moral, l'autarcie du petit domaine, éliminant les jeux de l'économie marchande et la tentation corruptrice de l'argent ; politique enfin, l'égalité était retrouvée.

Cet idéal n'était-il pas déjà nostalgie ? Nostalgie, en tout cas, il allait le devenir un siècle plus tard. Car, à partir de la III^e République, l'exaltation de la petite propriété envahira le discours politicien (de la pensée révolutionnaire sur la propriété, c'est le morceau qui a le moins mal vieilli parce qu'au fond il est intemporel). Et ce discours aura des traductions législatives jusqu'à notre époque : la petite exploitation agricole donne lieu à des règles particulières en matière de partage ; des facilités accompagnent l'accession à la propriété des logements « sociaux » ; l'actionnariat « populaire » a été organisé et développé ; etc. Que l'on ne s'y trompe pas, toutefois : l'esprit est tout différent de celui de la Révolution. La petite propriété de style moderne est structurée comme une espèce distincte de propriété à côté des autres, la grande ou la moyenne. Comment pourrait-elle, dès lors, échapper à la réputation de n'être

(9) Abolir les droits féodaux, c'était renforcer la propriété du vassal, mais c'était aussi détruire une propriété du seigneur, car ces droits étaient regardés comme constituant un bien dans son patrimoine. Pour cette raison, Louis XVI se fit longuement scrupule de donner la sanction royale aux textes d'abolition : n'était-il pas garant des propriétés privées ?

qu'une propriété de seconde zone, une propriété pour parents pauvres ? La visée jacobine était infiniment plus ambitieuse : à la limite, il n'y aurait plus eu, en France, que des petits propriétaires.

2. — LA PROPRIÉTÉ MULTIPLIÉE

Il ne faut pas dire que les gouvernements révolutionnaires, après avoir installé le droit de propriété dans une position de force, se sont désintéressés de sa répartition. Puisque la propriété était un bien, un bonheur, par la liberté qu'elle apportait avec elle, la justice commandait qu'à ce bonheur le plus grand nombre possible fussent conviés. Pour les y convier, deux moyens juridiques furent mis en œuvre : l'un à effets immédiats, l'autre à plus longue échéance.

L'action immédiate — si l'on néglige le partage des communaux, dont l'impact ne pouvait être que réduit —, ce fut essentiellement la vente des biens nationaux. Le schéma de l'opération était clair : la République commençait par nationaliser les grandes propriétés foncières de l'Eglise et de l'aristocratie ; puis, elle les vendait aux enchères en les divisant par lots, créant ainsi une foule de petits propriétaires. La nationalisation qui était le point de départ du transfert de propriété n'avait pas toujours la même nature : pour les biens d'Eglise, c'était une expropriation moyennant indemnité, l'indemnité étant représentée par l'engagement qu'avait pris la nation de pourvoir désormais aux dépenses du culte ; dans les autres c'était une confiscation pure et simple, l'application de la confiscation générale frappant pénalement les émigrés et les contre-révolutionnaires. Du côté des adjudicataires, l'acquisition était à titre onéreux. Mais le paiement se faisait en assignats, sujets par moment à une dépréciation rapide. Il est probable que, voulue ou fortuite, une part de gratuité entra souvent dans ces mutations.

Le bilan social de l'opération donne lieu à controverses, dès que l'on entend l'établir à l'échelle du pays tout entier. Au XIX^e siècle, chez les juristes comme chez les historiens, c'était l'opinion la plus courante que, grâce aux biens nationaux, toute une paysannerie sans terre avait pu accéder à la propriété ; d'où un facteur de stabilité qui aurait fait ses preuves dans les secousses de 1848 et de 1871. Mais notre époque interroge les faits avec moins de complaisance (10) : beaucoup de ces acheteurs n'étaient-ils pas déjà

(10) Quelle que fût la situation antérieure des acquéreurs de biens nationaux, l'opération eut pour conséquence de créer en eux une nouvelle race de gens riches, longtemps marginalisée par le parti conservateur et dès lors obligée de faire alliance avec le parti du mouvement, avec la gauche. Ce fut une des données psychologiques de la politique française encore sensible au début de la II^e République. Vers 1936 encore, dans certaines villes de l'Ouest, on pouvait entendre de vieilles gens chuchoter que, sur telle famille de grande bourgeoisie, il y avait une tache : ils avaient acheté des biens nationaux — ou même, circonstance aggravante (le sacrilège s'ajoutant au vol) des biens d'Eglise.

nantis ? l'enrichissement n'a-t-il pas profité plus qu'à tous autres spéculateurs, aux marchands de biens ?

Ce que l'on ne saurait contester, c'est l'ampleur et, en somme, le grandiose du mouvement opéré. Rien de comparable dans nos reprivatisations des entreprises nationalisées, même quand elles ont abouti à faire goûter le plaisir d'être actionnaires à des gens modestes qui jusque-là avaient été sevrés.

Parallèlement, stratèges sans impatience, les légistes de la Révolution s'étaient promis d'agir aussi sur la répartition des propriétés par la médiation du droit successoral (11). Le principe de ce droit, tel que l'avaient édicté lois de brumaire et nivôse an II, était l'égalité, une rigoureuse égalité dans l'héritage à égalité de degré de parenté : spécialement l'égalité entre aînés et cadets ou garçons et filles, l'égalité entre enfants légitimes, naturels — voire adoptifs — une égalité que cadennassait de renfort l'interdiction d'y déroger par donation ou testament. L'intention politique s'était manifestée à maintes reprises dans les débats : la maxime d'égalité, transposée en droit successoral, devait empêcher la concentration des fortunes et même, pouvait-on espérer, en réaliser le morcellement. C'était une méthode *soft* pour résoudre la question sociale (12).

L'effet mécanique escompté pouvait, toutefois, être neutralisé par d'autres phénomènes se situant semblablement dans la vie familiale ; des alliances matrimoniales portant le patrimoine à distribuer au-delà du doublement tolérable (celui qui vient du père et de la mère à égalité de biens) — et surtout une restriction des naissances pouvant aller jusqu'à substituer le fils unique à la famille nombreuse. Ce dernier phénomène pouvait, d'ailleurs, être provoqué précisément par la crainte des lois sur l'héritage, par la volonté d'en déjouer le calcul. Et il est notoire que, tout le long du XIX^e siècle, c'est au régime successoral de la Révolution, passé dans le Code Napoléon avec son esprit d'égalité partageuse, qu'une fraction importante de l'opinion attribua le déclin de la natalité française.

Ce qui a été moins étudié, c'est la réaction du législateur contemporain. Un tournant capital s'est accompli, dans un dessein nataliste non dissimulé, avec les réformes de 1938-39, et il s'est poursuivi depuis, même si c'est dans un dessein différent. Le maintien de l'indivision, l'attribution préférentielle des exploitations et des entreprises, la substitution de l'égalité en valeur à l'égalité en nature, l'assouplissement du partage d'ascendants — autant de nouveautés

(11) Sur ce droit, cf. *La famille, la loi, l'État*, Paris (Centre Pompidou) 1989 p. XXI et s. et 167 et s.

(12) Par attachement à leur idéologie redistributrice, les gouvernements socialistes s'évertuent à plafonner en fonction des revenus des parents les prestations sociales et les réductions d'impôt (par le quotient familial) qui sont allouées aux familles nombreuses. C'est la politique contraire qui serait socialiste : il y aurait lieu d'encourager les riches à accroître leur progéniture, afin que, sans y prendre garde, ils se laissent aller à plafonner leurs fortunes.

où il y a des reflets d'Ancien Droit qui ont cessé (à tort ou à raison) de faire peur. Renforçant directement ou indirectement le pouvoir des chefs de famille, elles témoignent d'un abandon de la conception révolutionnaire, telle que l'avait recueillie et consolidée le Code de 1804. On peut y apercevoir une liberté de plus conférée à la propriété, mais une liberté que la Révolution avait justement repoussée, la liberté *post mortem* (13).

(13) Dans les discussions qui depuis 1989 ont été menées de *lege ferenda* sur la dévolution successorale, les préoccupations de politique sociale, de division du patrimoine, paraissent avoir disparu. Ce qui domine, ce sont des idées de protection, de conservation des droits (ou simplement des désirs) individuels : le droit de l'entrepreneur à assurer la transmission de son entreprise sans partage, le droit du conjoint survivant au maintien de son cadre de vie.

Chapitre II

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DEPUIS 1914

Si l'on peut parler d'une crise du droit de propriété depuis 1914, cette crise se place sur une courbe d'évolution déjà amorcée auparavant. Dès 1911, Léon Duguit, sur des indices qui nous semblent rétrospectivement bien fragiles — la jurisprudence de l'abus du droit ou l'affectation des églises au culte selon la loi du 2 Janvier 1907 —, relevait parmi les transformations du droit privé napoléonien le passage de la propriété-droit subjectif à la propriété-fonction sociale. Mais les événements étaient proches — les deux guerres mondiales, la révolution russe — qui allaient donner au mouvement une ampleur inattendue, par leurs séquelles psychologiques plus encore que par eux-mêmes. Faire la guerre, ce n'est pas seulement piller et être pillé, c'est s'accoutumer à préférer le droit de la nécessité actuelle au respect des droits antérieurement acquis. En fait, ces deux guerres, longues et totales, ont déposé dans le droit français des habitudes de communisme militaire : communisme de pénurie et de réquisition, mais aussi d'ivresse et d'inflation. Ces habitudes, la paix rétablie, ont pu se réduire à de simples traces ; elles n'ont jamais été éliminées. Quant aux journées d'octobre 1917, il faut bien avouer que, sans elles, l'abolition de la propriété privée des moyens de production n'aurait jamais été prise au sérieux : le socialisme serait resté chez nous au stade des paradoxes philosophiques (« la propriété, c'est le vol », etc.) s'il n'était devenu là-bas du droit positif. Sur nos conceptions de la propriété s'étend désormais — même quand nous nous en défendons, même quand nous n'en avons pas conscience — la grande ombre législative venue de l'Est. Qu'en l'an 2000, l'ombre ne soit plus que chinoise (et encore !) n'ôte rien de sa force à l'effet d'histoire.

Après la Seconde Guerre mondiale, en tout cas, c'est devenu un lieu commun de la littérature juridique — en général, d'ailleurs, si promptement évolutionniste — que de présenter l'institution du moment en la comparant à son passé (1). Un mot un peu vague résumerait assez unanimement le sens de la

(1) L'évolution du droit de propriété a fait l'objet de mises au point périodiques en doctrine, ex. dans les *Mélanges Ripert* de 1950 (*Le droit privé français au milieu du XX^e s.*), les articles de Gaston MORIN et René THÉRY, t. II, p. 3 et 17.

comparaison : *décadence*, les uns parmi les auteurs lui imprimant un tour critique, les autres l'accueillant comme le corollaire d'un progrès social. Décadence, parce que l'importance de la propriété dans notre système juridique s'est considérablement rétrécie, ainsi qu'en témoigne la raréfaction du contentieux possessoire et pétitoire, des procès d'héritages et de dots, procès de fortune acquise. Le Droit civil, a-t-on écrit, s'est *prolétarisé*. En revanche, il a été renouvelé par une promotion de la personne, force de travail ou roseau pensant, ce capital le plus précieux de l'humanité, dans des secteurs inattendus, qui, auparavant, étaient dominés par les intérêts patrimoniaux : ainsi, dans la responsabilité, l'attention s'est déplacée vers la réparation du dommage corporel ; dans la tutelle, on s'est aperçu que le plan clair de ce qu'il avait à gérer était l'éducation de l'enfant.

Pourtant, si nous levons les yeux de nos manuels de droit pour regarder la vie, force nous est de constater qu'être propriétaire n'est pas un fait tellement dépourvu d'intérêt, à preuve que ceux qui ne le sont pas luttent âprement pour le devenir, et que ceux qui le sont ne cherchent guère à s'en démettre, comme il advenait, raconte-t-on, à leurs devanciers du Bas-Empire (tant ces malheureux curiales étaient accablés d'impôts et de soucis). Des signes ? La liste des choses susceptibles de propriété privée, matérielles, et davantage encore, se multipliant à l'infini, immatérielles, n'a cessé de s'allonger, rendant bien pauvre l'inventaire immeubles/meubles sur lequel le Code civil ouvrait le livre *des biens*. La France s'est donné, en 1982, un impôt sur les grandes fortunes ; et c'est comme réponse à un besoin récent que vient de naître un magazine *Droit et patrimoine*. Bref, oracle de l'éternité : le Veau d'or est toujours debout, même si le *napoléon* (en or) n'en est plus un symbole aussi probant qu'autrefois.

Manifestement, le discours courant sur la décadence de la propriété a dû s'exagérer les malheurs des propriétaires en place. Et peut-être peut-on lui reprocher aussi un certain pharisaïsme, car, à force de concentrer sur ces malheurs les feux du débat, elle a fait diversion à la question plus incisive que beaucoup auraient aimé poser : mais enfin qui est-ce qui est propriétaire ? Plutôt que du contenu du droit, parlez-nous de sa répartition. Comment les propriétés se font... et se défont : c'est entre ces deux mouvements que doit être saisie la béatitude controversée du *possidens*.

I. — COMMENT SE FONT LES PROPRIÉTÉS

Très tôt, l'éclat de l'article 544 avait rejeté dans l'ombre les articles 711 et suivants, *les différentes manières dont on acquiert la propriété*. Les *modes d'acquérir* furent noyés dans leur commentaire technique, et la doctrine ne releva que rarement les terribles interrogations sociales auxquelles la notion même pouvait provoquer. Quant à savoir si, en définitive, depuis 1914, la propriété *lato sensu* s'est, en France, concentrée ou divisée, c'est une recherche

pour économistes, d'autant moins facile que la mensuration des fortunes individuelles est brouillée par l'interposition de la personnalité morale des entreprises, cour-circuitée aussi par la préoccupation politiquement plus immédiate de l'inégalité (et de la redistribution) des revenus. C'est peut-être la confrontation et deux déclarations des droits de l'homme, celle de la Révolution française et celle de l'O.N.U., qui ferait le mieux ressentir l'ébranlement infligé à l'institution de la propriété par la soudaine remise en cause, l'implosion des modes d'acquérir classiques. En 1789, c'étaient les propriétés existantes qui avaient été garanties. En 1948, ce qui est proclamé, c'est (article 17) que toute personne a *droit à la propriété*, parce que chacun a faim et soif de propriété comme de justice. Mais y aura-t-il assez de biens pour rassasier tout l'univers ? Cet article 17 pouvait n'être qu'une ultime concession, avant guerre froide, à l'idéologie de l'allié soviétique. N'empêche qu'une propriété aussi manifestement virtuelle était vouée à demeurer purement métaphysique. A chaque nation, sans doute, de la traduire en lois positives, ultérieurement.

Par le travail et par l'épargne, c'était le complément par lequel on s'était hâté de corriger le fameux « Enrichissez-vous » de Guizot, jugé à tort un peu cynique. Remarquablement, le premier projet de constitution de 1946, celui du 19 avril, art. 35, avait voulu faire passer le conseil moral en règle de droit : après avoir défini la propriété comme un droit inviolable, mais seulement sur les biens garantis à chacun par la loi, il poursuivait : tout homme doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne. Morale officielle — on lui oppose, cependant, un double constat d'expérience : que tous ceux qui suent et se prient ne réussissent pas à amasser un avoir ; inversement, que toutes les propriétés qui existent ne viennent pas du travail et de l'épargne. Ce second point est, du reste, aussi une question de droit.

Certains titres d'acquisition canonisés par le droit civil n'ont pas de rapports — ou n'ont que des rapports de disproportion — avec le travail, si l'on entend par là l'effort physique ou intellectuel prolongé. Tenons, si l'on veut, pour négligeable la prescription acquisitive (qui ne requiert légalement aucun travail du possesseur) : opérant sur des hypothèses pathologiques, elle n'a pas proprement de rôle social.

En revanche, l'héritage (la succession *ob intest* avec ses dérivés volontaires, donation et legs) ne saurait nier son appartenance à la catégorie des *unearned increments*, des enrichissements qui n'ont pas été gagnés par le travail, et de fait, il a constamment joué un rôle capital dans la constitution des fortunes. On peut, toutefois, lui redécouvrir une légitimation par le travail, en raisonnant sur un modèle rural ou artisanal qui n'a pas disparu et qui est de nouveau reconnaissable à travers la transmission des entreprises : les enfants qui héritent avaient plus ou moins longtemps travaillé aux côtés de leurs parents, à telle enseigne qu'à l'ouverture de la succession, ils ont déjà la persuasion d'être déjà plus qu'à moitié propriétaires.

Au catalogue de l'article 711, l'effet des obligations, le contrat, vient le dernier. Son champ est des plus vastes. Mais qui ne discerne que, s'il y régnait une commutativité rigoureuse, la formation des propriétés serait très lente ? Le vrai est que, sans même prendre pour parole d'Évangile selon Marx que l'entrepreneur tire un profit de la plus-value du contrat de travail, il existe dans toutes les conventions une dose de lésion, licite parce que coutumièrement acceptée — les « bonnes affaires » qui font les propriétés.

Notre époque a mis en vedette des sources de propriété qui, en 1914, étaient regardées comme marginales :

1° *Le jeu*. Par le tapis vert, le tiercé, le loto, le jeu a été érigé en institution d'État : il ne fait chaque année qu'un tout petit nombre de millionnaires, mais l'exemple en est suffisant pour entretenir dans la multitude, l'espoir consolant et dolosif que la propriété est à portée de la main. La spéculation financière est un jeu plus intelligent, mais c'est un jeu, et si ses formes depuis 1980 se sont sophistiquées, son utilisation s'est aussi répandue. Un moraliste d'État a stigmatisé ceux à qui la fortune vient ainsi en dormant : cependant, si lui-même n'a pas dormi, il a fermé les yeux.

2° Ce que l'on pourrait nommer, faute de terme plus expressif, le *talent d'exception*, peu importe en quel genre, talent de l'écrivain, de l'artiste, de l'acteur, du sportif de haut niveau, talent des inventeurs en toutes sciences. Il y entre une part de travail, une de chance (donc de jeu), le public, les médias y ont aussi coopéré, mais le noyau est probablement un don inné — partant, un monopole. Parce qu'il est inhérent à la personne, à un génie ou à un gène, à la Providence divine, croyaient les Puritains — il n'est ni jaloué ni contesté.

3° *Les faux droits*, un phénomène qui a été isolé par Jacques Rueff, philosophe de l'économie (2). Ce sont des illusions de droit dérivant d'un abus de la notion de propriété immatérielle. Notre législation a, sans doute, cédé trop aisément aux revendications des petits commerçants en reconnaissant un droit de propriété, économiquement parasite, à tous les *créateurs* de fonds de commerce. Mais c'est carrément un faux droit que la soi-disant propriété commerciale, le prétendu droit du locataire sur son pas de porte, ou du meunier sur son contingent de mouture, ou même — holà ! — du chauffeur de taxi sur son autorisation de stationnement. Or, tous ces faux droits, par la facilité même qu'ils ont de pulluler, ne coûtant aucun effort, répandent l'illusion d'une accession universelle à la propriété. Ce ne sont, du reste, de faux droits qu'au regard de la société. Dans les patrimoines individuels, ils sont bien une réalité : les bénéficiaires peuvent, en fait quand ce n'est pas en droit, les monnayer par une cession. La cession dilue l'escroquerie sociale. Un soir n'arrivera-t-il pas, pourtant, où la masse s'apercevra que, sous toutes ces propriétés, il n'y a rien, que sa capacité d'être dupe ?

(2) Jacques RUEFF, *L'ordre social*, 1948.

II. — COMMENT LES PROPRIÉTÉS PERSÉVÈRENT DANS L'ÊTRE

À cette question légèrement teintée de spinozisme, on ne serait pas étonné de trouver une réponse prosaïquement prudente : « Tant bien que mal. » Il existe un mythe du propriétaire malheureux. *Le Savetier et le Financier*, une fable parmi d'autres. Celui qui n'a rien soupçonne les nantis d'entretenir la fable par principe de précaution. Il leur faut se défendre contre l'envie. Elle engendre des querelles et des procès (« qui terre a guerre a », la maxime courait les campagnes bien avant 1914). Qui pis est, aujourd'hui, transformée en passion égalitaire, voire en charité ou solidarité, elle inspire à l'État — qui ne sont que des hommes — des impôts et des lois, un émiettement continu des prérogatives des propriétaires — au risque de faire foisonner les soucis à l'en-tour.

Quelles prérogatives ? Après 1914, il est devenu usuel, en doctrine, d'en faire une présentation en peau de chagrin : sous chacun des termes de l'analyse romaniste, *usus, fructus abusus*, la liste des restrictions s'allonge au fil des sessions parlementaires. Le propriétaire a le droit d'user, mais... son bien peut faire l'objet d'une réquisition ; le droit de jouir, mais... il ne peut construire sans permis ; le droit de disposer, mais... il lui faut l'agrément de son fermier ou de son locataire pour vendre. Ces innombrables interdits, on les accumule sur la tête d'un même propriétaire théorique. C'est une méthode pour les enseigner ; mais, si épais que soit un dictionnaire de médecine, chaque lecteur doit bien savoir qu'il n'attrapera pas toutes les maladies à la fois. À quoi bon nous réciter d'avance la litanie de toutes ces limitations que les propriétaires eux-mêmes ne vivent pas d'avance, mais seulement au fur et à mesure des événements épisodiques qui leur en imposent l'application ? Il est plus utile de rechercher comment, même d'une limitation qui lui est applicable, la propriété s'accommode, et peut sortir fraîche là où on l'attendait écrasée. La sociologie peut contribuer à l'expliquer (3).

1° Les textes restrictifs applicables aux prérogatives *du* propriétaire ne sont pas constamment appliqués : ces règles de droit, comme tant d'autres, sont *partiellement ineffectives* (4). Le taux d'ineffectivité est très variable : c'est ainsi que la législation du remembrement, cependant chirurgicale, et souvent spoliatrice, a fini par s'imposer, tandis que les lois édictant la mise en culture des terres abandonnées depuis 1918 où l'on a commencé à en faire, n'ont pas l'air d'avoir suscité l'enthousiasme des cultivateurs. Les causes de l'ineffectivité sont également très variables, tantôt indifférence des propriétaires, tantôt

(3) Sur la sociologie du *droit* de la propriété, l'ouvrage (en anglais) du danois KRUSE, *the Right of Property*, 1939-1953, conserve un grand intérêt.

(4) Cf. *supra*, p. 136.

négligence ou tolérance des administrations. Une cause se détache des autres par sa signification sociologique : la répugnance de ceux-là mêmes que le législateur voulait favoriser aux dépens de la propriété. Il est notoire, par exemple, que le partage aux deux tiers du produit des métairies a été lent à se mettre en place dans certaines provinces, parce que tous les métayers n'en réclamèrent pas d'emblée le bénéfice. Quelle qu'en fût la motivation — intimidation ou scrupule, attachement à la tradition ou à la paix — une telle attitude trahissait un certain retard de l'opinion par rapport à une réglementation dirigiste, de la propriété.

2° Comme les impôts, les restrictions du droit de propriété donnent lieu à des phénomènes *d'incidence* : la charge réelle n'en est pas toujours supportée par le propriétaire que l'on croit (5). Il faut partir du postulat que la propriété est aliénable. Cette aliénabilité n'a pratiquement jamais été supprimée. Elle est le cœur du système individualiste et libéral de la propriété, la prérogative essentielle par laquelle peuvent s'évanouir les atteintes portées à toutes les autres prérogatives. L'incidence dépend de l'état du marché. La demande de propriétés peut être si forte qu'une réglementation restrictive ne peut plus avoir d'influence sur la fixation des cours. Telle a été, pendant longtemps, la chance des propriétaires fonciers : l'amenuisement de leurs droits par la législation des loyers ou du fermage n'a pas empêché la hausse des valeurs vénales, parce que la crainte des dépréciations monétaires agissait en sens contraire. L'inverse, au demeurant, est imaginable : qu'une restriction nouvelle du droit de propriété se capitalise immédiatement au détriment du propriétaire actuel, obligé de vendre. Mais elle est alors digérée d'avance pour le propriétaire suivant, qui a acheté moins cher. Si elle lui occasionne un travail supplémentaire de gestion, c'est un élément de ses frais généraux qui est d'ores et déjà amorti.

Il est clair, toutefois, que ce sont les grands propriétaires — et surtout les personnes morales propriétaires — qui sont à même de comptabiliser ainsi en argent les tracasseries de la vie pratique. Les petits les supportent à plein, dans leur chair, leur cerveau, leur cœur : le coup de sang des lettres recommandées, les rebuffades du guichet, les silences de qui-de-droit.

3° L'institution de la propriété n'est pas une matière inerte : parce qu'elle s'incarne dans des hommes et des femmes, elle est capable de réagir aux maux dont elle est affligée. Toute propriété tend à dépérir sous l'effet de forces naturelles : l'appareil s'use ou même simplement se démode, le bâtiment se dégrade. Des moyens juridiques existent pour retarder, sinon renverser l'entropie : des amortissements, des assurances. Mais on n'en a point découvert encore pour les valeurs mobilières de technologie qui se volatilisent. Contre les attaques des pillards, les propriétaires se sont, comme au Moyen Âge, par

(5) Cf. *supra*, p. 149.

blindages, interphones, alarmes, vigiles, outre assurance et gardiennage, constitué des châteaux-forts, tout ce hérissément virtuellement hostile qui rend le paysage de l'an 2000 si différent de celui de 1913. La résistance au dégât des lois, pour peu que l'on entende ne pas sortir du licite, est d'une réalisation plus délicate. Depuis cinquante ans, des compagnies d'assurance ont mis en route une assurance dite de *protection juridique*, et l'événement est en soi révélateur d'un sentiment d'insécurité du droit ; mais ce type de contrat n'est pas d'un emploi fréquent pour la défense de la propriété. Dans un cas particulier, cependant, la liberté contractuelle s'est fait reconnaître comme la prévention topique d'un ravage d'État : les clauses d'indexation des créances ont servi à neutraliser la dépréciation que l'inflation causait à la propriété monétaire. Et avec l'euro il n'y aura plus d'inflation.

Que les restrictions ciblées sur le droit de propriété tombent à coups de hache ou soient distillées goutte à goutte, elles ne peuvent pas ne pas retentir sur la *psyché* du propriétaire, à des intensités variables de pénibilité : agacement, lassitude, anxiété, angoisse peut-être — le mal étant doublé par l'effort déployé pour le contenir, triplé par l'ignorance et l'incertitude. Il est probable que, avant 1914, l'exercice de la propriété n'était pas exempt d'inquiétudes. Plus ou moins ? La comparaison peut se faire à propriété constante, mais non pas à droit constant. Il n'est guère contesté qu'il y avait alors sensiblement moins de droit. On peut donc présumer que le propriétaire de 1913 avait une vie sensiblement plus agréable que celle de son petit-fils en 2001. Ce n'est qu'une différence de degré, sera-t-on tenté de conclure. Mais il est une autre différence, et infiniment plus grave : le propriétaire de l'an 2000 a *mauvaise conscience*. Il ressent les restrictions de son droit comme autant de punitions incompréhensibles (des punitions de ce genre, du reste, il y en a pléthore dans une loi pénale devenue technocratique et disciplinaire) — incompréhensibles, mais probablement méritées par quelque faute oubliée, celle de l'aïeul peut-être dont il a hérité. Il a un peu honte : ce sera, même au *Médef*, un propriétaire intimidé. Il se laissera plus facilement voler par les voleurs, opprimer par l'oppresser. L'idée politique, plausible avant 1924, qu'une classe de propriétaires est utile à la république parce que la propriété (même non blanchie) est une indépendance — cette idée, un siècle après, n'est plus soutenable.

III. — COMMENT SE DÉFONT LES PROPRIÉTÉS

Au lendemain de la Libération, l'anxiété d'une défaite des droits acquis s'empara des juristes. Les nationalisations n'impliquaient-elles pas une abolition partielle des propriétés privées, et déjà la révolution collectiviste par la loi ? Assurément, elles s'accompagnaient d'une indemnisation des anciens propriétaires (des actionnaires des entreprises nationalisées). Mais les indemnités furent calculées — et surtout réglées en fait, d'une manière délibérément spoliatrice. L'épisode fut violent, mais bref. La politique des nationalisations ne

fut pas poursuivie après 1946. La propriété privée alla se reconstituer ailleurs. Une nouvelle vague de nationalisations l'y guettait, qui s'abattit sur elle en 1981. Paradoxalement, tout en la jugeant conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel se préoccupa, à toutes fins utiles, de nimber d'éternité l'article 17 de la Déclaration de 1789 (6) : un droit inviolable et sacré... Et certes dès 1986 le vent allait tourner, poussant en avant des programmes de reprivatisation. Mais la reprivatisation ne se présente point comme un remords envers les droits acquis/perdus : elle est un appel à de nouveaux candidats.

C'est encore la vive lumière de la Libération qui accusa, dans le statut du fermage et du métayage (1945-1946), puis dans la législation des loyers (1948), les mécanismes juridiques de spoliation : non plus collectivisation, mais transfert de propriété privée entre deux catégories sociales, transfert massif, forcé et non payé. La pensée se reportait invinciblement vers le processus qui, dans l'Ancien Droit, avait graduellement refoulé le domaine éminent au profit du domaine utile, pour s'achever, à la Révolution, avec l'abolition des droits féodaux (7). On crut assister de nouveau à un de ces transferts cycliques de propriété. Une sorte de loi de la pesanteur ne voulait-elle pas que la qualité de propriétaire revînt toujours à coïncider, sinon avec le travail, du moins avec l'utilisation matérielle de la chose ? Sur un mouvement qui, à en juger par les précédents, devrait se mesurer en siècles, il serait téméraire de dresser si vite un constat. L'impression première est, néanmoins, d'un échec, au moins relatif. Les loyers dans les immeubles à usage d'habitation, loin de se dissoudre peu à peu en de simples cens recognitifs, ont été périodiquement revigorés. Quant aux fermages, le domaine éminent de la terre paraît avoir été efficacement défendu par la Cour de cassation, dont les interprétations tendirent presque systématiquement à neutraliser le génie socialisant du statut. Tout compte fait, c'est dans les immeubles à usage de commerce que le phénomène de transfert a été le plus visible. Il a bien fallu pomper le sang des vieilles propriétés pour faire naître une propriété nouvelle — la propriété commerciale, une vraie propriété, parce que le droit au bail commercial, en contraste avec les autres droits au bail, lui, est librement cessible, monnayable (preuve, s'il en était besoin, que la propriété tire sa puissance de l'aliénation).

La spoliation la plus réussie du siècle a été la spoliation monétaire — la plus réussie parce qu'elle a su s'avancer masquée. Galopante ou rampante selon les moments, l'inflation a vidé de leur substance toutes les propriétés d'expression monétaire. Billets de banque, comptes en banque, créances hypothécaires ou chirographaires, obligations, rentes sur l'Etat, toutes ces proprié-

(6) Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, *J.C.P.*, 1982, 2, 19788 ; les indemnités, en fait, furent calculées assez largement.

(7) Comp. R. FILHOL, Aperçus historiques sur la propriété, revue *Sources*, 1953 (8), p. 23, et Propriété absolue et démembrement de la propriété dans l'ancien droit français, *Annales de l'Université de Poitiers*, 1960.

tés sont passées, passent chaque jour à l'invisible laminoir. Celles d'avant 1914, s'il en restait y auraient perdu 999/1 000 de leur valeur, et probablement davantage. Celles qui se sont constituées postérieurement y ont laissé chaque année, en moyenne, 4 ou 5 % de leur être. La chute du franc, ou son glissement, a été ainsi, est encore une translation gratuite de propriété de la classe des créanciers à celle des débiteurs, et l'Etat étant lui-même le plus grand débiteur, pour partie une collectivisation. Une certaine lenteur du rythme de dépréciation et, par instants, des paliers de stabilité ont aidé l'autorité publique à anesthésier les propriétaires atteints (outre que ceux-ci n'étaient pas toujours entièrement victimes, pouvant se trouver en même temps débiteurs, donc bénéficiaires, ou être nantis de valeurs réelles, de biens en nature, insensibles à la dépréciation de la monnaie). Cette destruction de propriété privée a été d'autant plus remarquable que tous les partis, même réputés conservateurs, y ont trempé. Elle n'a été nullement préméditée, pas même voulue hors quelques éclairs, à peine consciente. De toutes les violations imaginables du droit de propriété, il est probable qu'étant aveugle, c'était socialement et moralement la moins bonne. Mais c'était la plus facile. Et dorénavant l'euro sera une honnête monnaie.

La part de la monnaie, des créances et plus généralement des biens mobiliers dans la composition des patrimoines avait, dès avant 1914, contribué à faire peser sur l'ensemble de l'institution un risque et une impression de fragilité : les gens qui aspiraient à une propriété tranquille pariaient sur la pierre et se défiaient du papier. La Première Guerre mondiale, avec ses séquelles, leur donna raison par larges périodes, sauf à leur faire regretter des occasions d'enrichissement. Au dernier tiers du siècle, l'institution a étendu son domaine avec de plus en plus d'éclat à de nouvelles et parfois fantastiques provinces : propriété des auteurs, des artistes, des interprètes, brevets, clientèles, informations, sites d'internet, l'immatériel, voire le virtuel (8). Ce sont des propriétés qui ne prétendent ni à la perpétuité ni même à la durée. Aussi le risque et l'impression de fragilité prennent-ils pour elles une dimension inégalée.

*
* *

Suivant une théorie en vogue, l'institution de la propriété ne mériterait plus aujourd'hui autant d'intérêt, pour ou contre, qu'autrefois. La question de la propriété, assure-t-on — au moins de la propriété des instruments de production — a été dépassée par l'évolution de l'entreprise. Ce qui compte, dans la grande entreprise moderne, en forme de société anonyme, c'est le pouvoir, non la propriété. Même réunis en assemblée générale, les actionnaires, qui ont la propriété, sont des êtres économiquement insignifiants en face des directeurs,

(8) Cf. le volume spécial des *Archives de philosophie du droit*, 1999, « L'immatériel ».

des *managers*, qui ont le pouvoir : à ceux-ci l'initiative, la décision, le prestige et en définitive l'essentiel du profit. Cette dissociation entre propriété et pouvoir, *ownership* et *control*, était déjà classique dans la doctrine américaine, où Berle et Means l'avaient fait entrer dès 1932 (9), lorsqu'elle a atteint la France, grâce surtout à Bloch-Lainé. Ses vertus tranquillissantes sont manifestes : les cadres sont flattés ; une espérance est ouverte aux ouvriers (par recyclage et promotion, ils deviendront *managers*, plus facilement que jadis leurs pères auraient pu devenir propriétaires par le travail et par l'épargne). La théorie, cependant, doit pécher par excès d'optimisme. N'a-t-elle pas pris pour le véritable pouvoir, qui est le pouvoir financier, ce qui n'est que l'administration technique, au jour le jour, des entreprises ? Le pouvoir financier continue, pour la plus large part, d'être donné par la propriété. Dans les années 60, puis dans les années 1990-2001 plus furieusement encore, les concentrations d'entreprises ont mis à nu la fragilité des technocrates non propriétaires, fussent-ils le plus haut placés : bien souvent, ils furent balayés par les coalitions où les commandos de la propriété — banques d'affaires, investisseurs dits institutionnels, groupes rivaux ayant réussi à s'emparer de paquets d'actions par des offres publiques ou secrètes d'achat ou de rachat.

Au vrai, rien n'est simple dans la réalité que l'article 544 recouvre si simplement. C'est déjà en soi une erreur, pour la sociologie, que d'étudier le droit de propriété en général. Sociologiquement, la propriété n'existe pas ; il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes, toutes les variables y compris la quantitative, devant être combinées. La remarque n'a pas seulement une portée scientifique, mais politique : à traiter la propriété comme un bloc — celle des fabriques de souliers et celle de mes souliers — on rend toute conclusion législative impossible. Les uns savent tendre le piège ; les autres ne savent point s'en garder.

(9) BERLE et MEANS, *The modern corporation and private Property*, 1932. Le succès persistant de leur hypothèse est encore attesté par l'ouvrage de J. K. GALBRAITH, *The new industrial state*, 1967.

Chapitre III

MÉTAPHYSIQUE DES BIENS : LES CHOSES INANIMÉES ONT-ELLES UNE ÂME ?*

Cette interrogation n'est pas là pour servir de prétexte à un exercice littéraire, mais pour inciter à une réflexion sérieuse sur des phénomènes épars dans le droit.

La mythologie de l'antiquité nous a rendu familier l'anthropomorphisme qui revêt des objets matériels de la forme et des caractères propres à l'être humain. Semblablement, l'ethnologie religieuse nous a fait connaître l'animisme, qui prête une âme aux choses inanimées (1).

Ce sont des tendances, des phénomènes psychologiques, très voisins au point de pouvoir être confondus *brevitatis causa*, s'ils ne sont évoqués qu'à titre de suggestion. L'un et l'autre appartiennent à ce que Lucien Lévy-Bruhl a nommé la mentalité primitive et Lévi-Strauss la pensée sauvage. Une pensée préologique à l'aune de notre logique, irrationnelle à nos yeux, qui est capable de réactualiser sans effort la métamorphose d'un héros en une constellation, de percevoir sans étonnement des divinités cachées dans les lacs et les montagnes.

Mais le civilisé est un être raisonnable. Il défend sa raison contre les pulsions d'animisme qu'il sent remonter en lui du fond des âges (2). À la vérité, nous savons si peu de choses de l'âme — quoique le professeur Crick, Prix Nobel de médecine, se soit fait fort de la traquer à travers les neurones — et

* Extrait des *Mélanges Pierre Braun* (Pulim, Presses Universitaires de Limoges, 1998). À Pierre Braun, qui de la magie romaine à la sorcellerie médiévale avait su si souvent nous enchanter, tout en nous laissant raison garder, il n'était que juste de dédier ces pages d'un animisme tempéré.

(1) Arrière donc les chiens et autres animaux. Les bêtes ont d'ailleurs tant d'esprit que la démonstration n'en vaudrait pas la peine.

(2) Du fond de son enfance plus directement. Le jeune enfant, ce primitif parmi nous, s'il se cogne à un meuble, le traite comme un ennemi vivant.

elle est si peu de chose que nous pouvons bien la supposer partout. Animula, vagula, blandula, comme disait Hadrien, très chère hôtesse de mon corps (3) : pourquoi ne serait-elle pas également présente dans le bien corporel ?

Si en défense que nous soyons contre l'irrationnel, nous sauvegardons dans la poésie, dans l'art, des espaces d'irrationalité permise. Dans ces espaces, il arrive que les choses inanimées d'elles-mêmes s'animent, dévoilent une âme. Tel le *Château des oliviers* de Frédérique Hébrard, roman que popularisa une série de télévision : un immeuble, mais que l'on voit vivre, s'affirmer, réclamer ses droits. Et que penser des *natures mortes* ? Les mal nommées ! Regardez la brioche de Chardin, qui est au Louvre : goguenarde, joviale, elle a l'air de s'offrir à notre appétit — c'est presque une sollicitation de plaisir. Pourtant, fermons le livre ou la télévision, quittons le musée : nous voyons bien que tout n'était qu'illusion. Diderot l'explique dans une lettre à Sophie Volland : « Les choses ne sont rien en elles-mêmes..., ce qui les fait ce qu'elles sont, c'est notre âme. »

Voilà qui pourrait bien troubler notre recherche, si, au lieu d'un animisme, nous en avons deux : l'animisme brut, celui des primitifs, où la chose n'a besoin que d'elle-même pour exprimer son être ; et puis l'animisme des modernes, médiatisé par les hommes, un peu comme ces paysages que le peintre intitule « Paysage animé avec personnages » (on ne saurait être plus explicite). Nous n'en ferons pas, cependant, deux catégories tranchées et incompatibles : ce sont plutôt les deux pôles de l'animisme, et de l'un à l'autre l'esprit coule, glisse, comme en un « fondu enchaîné ».

Que le droit en soit témoin. Car il est partie prenante dans cette affaire. Tout de suite, nous voudrions en donner deux aperçus, délibérément empruntés à des dispositions teintées d'archaïsme.

— Le droit romain connaissait une classe de choses dites sacrées : dans les temples, les idoles de bronze ou de marbre. Jusque-là rien que de banal, leur sacralisation n'altère pas leur nature : ce sont toujours des *res*. Mais si nous apprenons qu'un Romain s'est par testament donné l'une de ces statues pour héritière, la statue va s'animer, lever les bras pour rendre grâce aux mannes de son bienfaiteur. C'est un phénomène d'anthropomorphisme. Mais il n'est pas spontané : il faut que les hommes, que les juristes s'en mêlent. Les textes (raisonnables) le précisent : rien ne se fera qu'autant que le pouvoir — le Sénat ou l'empereur — aura désigné les statues capables de recevoir des libéralités (4).

(3) *Animus*, courage, volonté, ne prétend pas à donner l'étymologie de l'âme. Pourtant, le droit aurait peut-être été meilleur psychologue si, dans la théorie de la possession, il avait traduit *animus domini* par « une âme de propriétaire », plutôt que par « l'intention de se comporter en propriétaire ».

(4) Fragments d'Ulpien, 22, 6.

— Lisons, au code civil, titre de la Vente, l'article 1605 ! L'obligation de délivrer un immeuble bâti est remplie par la remise des clefs. Imaginons une grosse clef de jadis, monument travaillé de ferronnerie. C'est une chose inerte, muette. Pourtant, elle parle, elle dit « Je suis la possession de la maison, puisque moi seule ai le pouvoir d'en ouvrir pacifiquement la porte ». Mais le juriste (qui est raisonnable) rectifie : il écarte le pouvoir de la chose comme suspect de magie, et il réintroduit l'homme : ce n'est pas la clef qui opère, c'est la remise de la clef du vendeur à l'acheteur.

Ainsi se confirme l'opposition déjà décelée entre les deux pôles de l'anémisme. Elle nous accompagnera le long de la route. Mais c'est une route rocailleuse, à travers un droit positif sinon hostile, du moins sans complaisance à notre hypothèse. Car il penche à considérer les choses par leur extérieur plutôt que dans leur intimité. D'avance il nie l'âme des choses, il ne peut pourtant s'empêcher d'en laisser çà et là filtrer la lumière.

Le droit des biens ne manquait pas de dichotomies propres à encadrer la recherche, ne fût-ce que la très classique division en meubles et immeubles. Mais elle n'eût pas été très significative. D'une autre division on pouvait espérer davantage : celle du singulier et du pluriel, de la chose, du bien à l'état *isolé*, et de cette collection de biens que nous appelons *patrimoine*.

I.

Si peu que nous sachions de l'âme, nous pouvons l'entrevoir à la fois comme une conscience de soi, identifiant la personne, et comme le ressort d'une action qui sèmera le mal ou le bien. Si les choses inanimées ont une âme, on peut s'attendre à ce qu'elle contribue à en faire des personnes, des sujets d'obligations et de droits.

Il n'est pas facile pour un bien comme sont les meubles corporels d'affirmer son moi. Promenons-nous dans un grand magasin : l'impression est de chaos : tant de variétés hétéroclites, et dans chacune des exemplaires à l'infini. Il y a dix ou vingt ans, des écrivains, des philosophes — Georges Pérecs, Jean Baudrillard — avaient exprimé ce sentiment d'étouffement de l'homme par les choses, qu'accroissait le vertige d'une société de consommation. Le droit contribue à l'impression par sa catégorie des choses fongibles : « qui peuvent se remplacer indifféremment dans l'exécution des obligations ». Indifféremment ! Sauf un jour d'élections au suffrage universel, qui accepterait d'être fongible ? Indiscernable entre des indiscernables ? Si une chose fongible est à moi, je préfère la défendre contre son engloutissement. Mais les moyens juridiques sont rares. Dans les sociétés modernes, rationnelles, qui raisonnent et qui comptent, on numérote les voitures de série, et même les billets de banque. Dans les sociétés primitives, c'était la marque apposée sur la

chose (5) ; mais, de nos jours encore, on l'invoque pour extraire un meuble personnel du mélange qu'est tout ménage (6).

En fait, c'est souvent par la filiation que se construit l'identité. Les œuvres d'art ont un pedigree : en prouvant qu'elles sont issues d'une noble collection, elles renforcent leur prétention à être authentiquement ce qu'elles disent qu'elles sont. Toutefois, ce sont surtout les immeubles qui étalent des généalogies. Ils les établissent à deux moments : dans l'acte de vente, c'est ce que les notaires nomment l'*origine de propriété*, puis dans la publicité foncière. Or, dans la pratique notariale, l'identité de l'immeuble repose sur la chaîne de ses propriétaires successifs. Et il en était de même dans la publicité foncière avant la réforme de 1955. Celle-ci s'est proposé pour objectif d'insuffler à l'immeuble une existence, une âme indépendante des propriétaires ; au moins l'immeuble urbain possède sa fiche comme une carte d'identité à la conservation des hypothèques. Des pays neufs ont pu porter l'idée au paroxysme : la parcelle se détache non seulement des propriétaires antérieurs, mais du propriétaire actuel, à telle enseigne qu'elle semble se personnifier. L'inspiration progressiste du fameux *Torrens Act* serait-elle une régression à l'anthropomorphisme primitif ?

Mais l'ethnologie nuance l'antithèse. Sans doute, le primitif vit si intensément son habitat qu'il lui prête une âme, mais c'est l'âme de ses ancêtres : les humains sont de retour. Encore convient-il de préciser : l'ancêtre qui le hante, c'est l'ancêtre lointain, mythique, celui qui avait reçu le site comme un don des dieux ; et peu lui importent les possesseurs récents, qui n'ont été que des copistes. Les notaires de chez nous sont dans un autre univers : ce qui les préoccupe, ce sont les antécédents immédiats où se cache le danger potentiel d'une faille du droit ; au diable les ancêtres immémoriaux, ils sont couverts par la prescription.

Ne quittons pas l'ethnologie : il nous la faudra pour comprendre que l'identité de certains biens dépende de leur sexe. Les Anglais parlent de leurs bateaux au féminin, mais c'est par amour. Plus objectivement, il est des coutumes archaïques où la division binaire de l'humanité est transposée dans la classification des biens, avec des conséquences de droit successoral : aux fils sont dévolus les biens masculins, aux filles les autres. Le Code civil suisse avait réservé aux cantons une compétence subsidiaire pour légiférer en la matière, et quelques cantons alémaniques en avaient profité. Ce qui pouvait faire attribuer au garçon le fusil, à la fille avec la quenouille les parures, l'usage ordinaire de l'objet en lui imprimant un sexe distinct (7). En France même, après la mort de l'Aiglon en 1832, Joseph Bonaparte invoqua des

(5) Le chasseur du néolithique marquait ses flèches pour affirmer contre ses rivaux sa prise de possession du gibier.

(6) Le chiffrage du linge, de l'argenterie (V. l'art. 1402 du Code civil).

(7) Ce droit folklorique a disparu dans une réforme globale du droit des successions.

usages français que le Code n'avait pas abolis, pour écarter les droits de Marie-Louise, seule héritière mais femme, sur l'épée d'Austerlitz que Napoléon avait léguée à son fils (8). La discrimination n'est pas moins efficace en étant implicite. Une clause qui fut longtemps courante dans les contrats de mariage, mais que l'on peut rencontrer encore aujourd'hui, stipule que « sont propres à chaque époux les meubles à son usage personnel » : c'est un usage que le sexe différencie à première vue (9).

Si la chose a une âme, elle a une personnalité ; des droits de la personnalité s'ensuivent, et pour commencer le droit au respect de sa propre image. Des décisions ont ainsi retenu la responsabilité du photographe qui, sans autorisation, avait fait des clichés de l'extérieur d'un château, d'une maison pittoresque, et en avait tiré des cartes postales. Seulement, qui était la victime ? Il y avait eu violation de la sphère d'intimité du propriétaire, peut-être atteinte à la propriété intellectuelle de l'architecte. L'âme de la chose n'avait de sens qu'interprétée par les hommes (10).

Avec une autre série de cas, cependant, la personnalité de l'immeuble ne paraît rien devoir à l'intervention humaine. L'immeuble porte en lui, dans son propre statut, un droit à n'être pas défiguré. Sur la copropriété par appartements règne un canon de l'harmonie de l'ensemble (11). La copropriété est titulaire elle-même d'un droit au respect de cette harmonie, et si ce droit se transmet et s'impose aux copropriétaires successifs, c'est qu'il est incorporé à la chose. L'âme de l'immeuble, c'est sa beauté.

Mais tout cela est trop beau : il est des âmes perverses. Les choses, c'est méchant aussi, ça mord, brûle, explose, tue. Assurément, il est des événements où, écartant la chose, se démasque l'homme, le propriétaire, l'agent. En nombre de cas, pourtant, l'accident est anonyme, et la chose semble rester seule sous le poids de la responsabilité. Il y a deux lectures possibles de l'article 1384 al. 1^{er} : si l'accent est mis sur la fin, « que l'on a sous sa garde »,

(8) Il y eut en ce sens une consultation d'Odilon Barrot, de Crémieux et de Chaix d'Est-Ange.

(9) Cependant, cette conception qui attribue un sexe à l'objet selon sa nature objective a parfois été contrariée en jurisprudence par l'intrusion de la catégorie des souvenirs de famille. Ceux-ci, admet-on en général, échappent aux règles ordinaires du partage entre héritiers. Un arrêt de la première chambre civile (20 juin 1961, D. 61, 641) avait considéré qu'il pouvait y avoir des bijoux de famille qui devaient être traités comme souvenirs de famille, et elle en avait déduit qu'ils étaient seulement prêtés aux filles et belles-filles de la tribu, mais devaient à chaque décès ou divorce faire retour à la souche, d'où il appartiendrait au chef de la famille du moment de réorienter leur destination. C'était supposer à des bijoux féminins une âme masculine, patriarcale même. Qu'auraient pu dire ces choses ainsi violentées ? Cf. *Répertoire du notariat Deffrénois*, 1950, art. 26885.

(10) Ex. Metz, 26 nov. 1992, D. 92, I.R., 83.

(11) Civ. 3, 24 oct. 1990 ; D. 92, Somm. 131 ; Civ. 3, 7 oct. 1992, *Rev. loyers*, 92,462 ; Paris, 23 avril 1987, D. 87, I.R. 130 ; 6 juill. 1989, D. 90, Somm. 126.

l'on c'est l'homme, et d'être gardien lui impose des devoirs ; si nous insistons sur le fait de la chose, nous sommes en plein anthropomorphisme.

La jurisprudence n'a pu résister à la force d'entraînement de la métaphore. Que signifie le rôle passif de la chose, qui l'exonère, si ce n'est son innocence ? Et à l'inverse, son comportement anormal, qui la condamne, si ce n'est un manquement à la norme, donc une faute ? Ce sont des jugements moraux qui tombent sur la chose. Connaissant les rapports affectifs que les conducteurs entretiennent avec leurs voitures, il n'est pas étrange que la loi *Badinter* et les tribunaux chargés de l'appliquer aient été séduits par certaines images. Il faut, pour ouvrir le droit à indemnisation, que le véhicule ait été impliqué dans l'accident. Être impliqué n'est pas être inculqué, c'est simplement être mêlé à l'affaire, déjà peut-être y tremper. L'auto peut être impliquée bien qu'en stationnement, car le stationnement fait partie de la vie des autos. Elle n'est pas nécessairement impliquée du seul fait que le stationnement est irrégulier, car peut-on attendre d'elle qu'elle soit informée des arrêtés municipaux ? Mais elle est impliquée si, en stationnant, elle a perturbé la circulation. Voilà des jugements très anthropomorphiques.

Que deux choses, d'avance légèrement anthropomorphes, dont chacune contient en elle un potentiel de droits et d'obligations, viennent à se rapprocher, une étincelle jaillit et un rapport juridique s'établit entre elles. Une âme commune s'est formée comme entre deux contractants. C'est le phénomène d'anthropomorphisme prononcé qui spontanément s'offre à l'esprit, dès que l'on analyse le schéma des servitudes. L'article 686 du Code civil est décisif quand il proclame que la servitude ne peut être établie en faveur de la personne ni être imposée à la personne. Sans s'attacher au souffle d'idéologie qui a pu passer sur lui, on relèvera simplement que les personnes sont éliminées, que seuls les fonds restent en présence. La servitude est un rapport juridique entre deux fonds.

L'anthropomorphisme absolu trouve ici satisfaction dans le droit positif lui-même. Non seulement le rapport de droit n'a pas besoin des personnes physiques, mais il peut fonctionner sans elles mieux qu'avec elles. S'il unissait les deux propriétaires, il participerait de leur fragilité humaine. Unissant les deux immeubles, il jouira de leur perpétuité, regardant défiler et s'effacer de part et d'autre, au fil des ans, les propriétaires successifs.

Dans ce rapport de droit, l'un des fonds est créancier, l'autre est débiteur. *Débiteur*, le mot est écrit à l'article 701. Ce n'est qu'une métaphore qui n'engage à rien, a-t-on objecté. Mais nous savons qu'il faut se méfier des métaphores : elles captivent et capturent. Un peu plus loin dans le Code civil, une dispute analogue avait surgi, il y a longtemps, à propos du régime matrimonial de communauté... Des textes disent que des récompenses peuvent être *dues* à la communauté par un époux, à un époux par la communauté. C'est un langage personnificateur. Si la communauté peut être créancière ou débitrice, n'est-ce pas qu'elle est un être moral, non pas une masse

inerte de biens ? La thèse avait été soutenue : elle n'a pas triomphé. La bataille, néanmoins, avait été chaude, et elle peut se rallumer. Il est possible que l'anthropomorphisme juridique se sente plus au naturel avec un patrimoine qu'avec des biens isolés.

II.

Longtemps le patrimoine n'a été que cet ensemble de choses, intellectuellement cimenté par des dettes, dont les civilistes ont l'habitude de traiter en exergue de leur exposé du droit des biens. Cependant, depuis une vingtaine d'années, un nouvel emploi du mot a percé, étranger au droit civil mais non à notre enquête, et l'on est amené à distinguer — paradoxe provisoire — un patrimoine extrapatrimonial au-delà du patrimoine patrimonial.

Du patrimoine classique il est une théorie classique, celle d'Aubry et Rau. Si, comme cette théorie l'enseigne, le patrimoine devait être regardé comme l'expression pécuniaire de la personnalité, il ne se prêterait guère à des phénomènes d'anthropomorphisme. L'*anthropos* est déjà en place : c'est le titulaire du patrimoine, avec qui le patrimoine lui-même ne fait qu'un. Il n'y a pas d'espace libre pour un patrimoine autonome.

Dans la doctrine allemande, cependant, une théorie avait vu le jour à la fin du siècle dernier, qui professait qu'une masse de biens peut se soutenir, prendre vie par ses propres forces. Bref, qu'un patrimoine sans sujet est concevable. Pourvu qu'il ait une âme, est-on tenté de rectifier. Son âme, c'est son but. Jhering avait fait du but un moteur général du droit, frayant ainsi la voie au patrimoine-but, *Zweckvermögen*. C'est un patrimoine animé par son but. Le but agit en lui comme une dynamo, diront les mécanistes ; comme une âme, diront les anthropologues, peut-être aussi les spirituels.

Cependant, la notion de but est abstraite. S'il ne s'agit, pour le patrimoine, que de persévérer dans l'être, de se conserver, ce n'est pas un but très exaltant. Dans la pratique, le patrimoine but, le patrimoine autonome a été préconisé avant tout pour libérer des dettes professionnelles et de la faillite qui peut s'en suivre le patrimoine privé et familial de l'entrepreneur. Le patrimoine autonome, c'est l'entreprise dans sa réalité économique. Elle subjugué l'entrepreneur, ses salariés peut-être, hypothétiquement ses clients. Il y a un intérêt supérieur de l'entreprise, une morale d'entreprise, une culture d'entreprise, des entreprises citoyennes : autant de signes d'anthropomorphisme. Seulement, on se dit que cet anthropomorphisme s'accomplirait avec plus de netteté par l'insertion dans une personnalité morale. L'entrepreneur obtiendrait autant et davantage que par un patrimoine autonome par la constitution d'une société anonyme ou à responsabilité limitée. Et s'il répugne à s'alourdir d'un associé,

qu'à cela ne tienne, il lui sera permis de créer une personne morale à lui tout seul (12). Deux conclusions se donneront ici la réplique :

— que l'anthropomorphisme appelle irrésistiblement la personnalité morale ;

— que la personnalité morale est un anthropomorphisme si bien apprivoisé que nous n'y prenons plus garde. Et c'est dommage, car nous verrions mieux qu'il nous a ensorcelés.

En France, on a moins parlé de patrimoine-but que de patrimoine d'affectation. C'est un *coloris* différent. Le but était la cible quasi militaire. L'affectation, non sans confusion verbale, a quelque chose d'affectif, de plus souple en tout cas. Il est une institution pour laquelle cette théorie a l'air faite sur mesure : c'est la fondation, qui a reçu chez nous un statut de la loi sur le mécénat (loi du 23 juillet 1987).

Sans doute faut-il des êtres humains ; les fondateurs, pour lancer le déclin initial. Et leurs visages continueront peut-être à flotter sur la fondation comme des photos de famille. Mais une fois fondée, la fondation fonctionne par sa propre énergie, tant qu'il lui en reste : ni les administrateurs, ni les bénéficiaires n'en font partie. C'est l'œuvre, charitable, culturelle, religieuse, etc., à laquelle le patrimoine de la fondation a été affecté, qui donne souffle de vie à ce qui n'était en soi qu'une masse de choses inanimées. L'œuvre est l'âme de la fondation.

Notre loi sur le mécénat exige que l'œuvre, à laquelle elle se réfère pour définir la fondation, soit une œuvre d'intérêt général. En quoi elle semble exclure les fondations de famille que consacrent des droits étrangers. Mais, onde en retour imprévue, il est des auteurs de chez nous qui se passeraient bien des fondations de famille pourvu que le patrimoine de l'individu fût reconnu comme un patrimoine de famille et, en somme, comme un être moral. Ce que René Savatier reprochait à la théorie d'Aubry et Rau, c'était son individualisme (l'individualisme a, pourtant, ses mérites) : non, le patrimoine n'est pas l'expression de la personnalité éphémère du titulaire actuel, mais de la suite des générations, tant qu'elle ne se perd pas dans le gouffre du passé. Ce patrimoine est avant tout l'héritage (13).

Mais il existe un héritage collectif, que nous tenons de bien d'autres que nos proches aïeux. Journées du patrimoine, conservateurs du patrimoine, ce sens nouveau paraît avoir acquis droit de cité dans le vocabulaire administratif : il s'agit du patrimoine culturel de la nation. Nous aventurons, plus généralement, l'expression de patrimoine extrapatrimonial.

(12) En France, l'E.U.R.L., l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, loi du 11 juillet 1986, dont l'audience paraît avoir été modeste.

(13) Cf. A. SERIAUX, La notion juridique de patrimoine, *R.T.*, 1994, p. 801-813 ; Pierre CATALA, *Famille et patrimoine*, 2000.

Une loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, recueillie dans le nouveau Code rural, article L. 200-1, dispose qu'il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine culturel *dans lequel il vit*. La notion n'est pas liée à la propriété. Un peu plus loin le Code rural évoque la protection des espèces végétales *non cultivées*. Ainsi délivrée de ces matérialités humaines qui pesaient sur lui, la propriété et le travail, l'âme du patrimoine va pouvoir bondir.

Jusqu'où ? Les écologistes s'avancent et sous leurs pas font éclore l'anthropomorphisme. Ils entendent les gémissements de la forêt que déchire l'auto-route, les plaintes du fleuve menacé d'un barrage. Ils rêvent de faire reconnaître, face aux humains, des droits à la Terre, sinon à Gaïa, la mère des dieux.

Max Weber, au début du siècle, rêvait, dans sa chaire, de sociétés occidentales entrées à jamais dans l'ère de la rationalité, du désenchantement. À jamais ? Un sociologue ne devrait pas se montrer si affirmatif. Si la post-modernité, comme on le raconte, est un effacement des Lumières, il est possible que, dans la nuit, se retrouve, avec des bouffées d'enfance, une attente de sortilèges.

Chapitre IV

LES DIMENSIONS PERSONNELLES ET FAMILIALES DE LA PROPRIÉTÉ*

Qu'il y avait des châteaux et des chaumières, le législateur, en 1804, ne pouvait l'avoir oublié. Cependant, pour toutes les dimensions de la propriété, il n'a eu qu'une seule définition, une seule protection. On parle de l'atomisme du Code civil ; on a raison : dans l'article 544, la propriété est définie pour l'atome de matière (1).

Que les civilistes, aujourd'hui, se préoccupent de restreindre l'absolutisme de cet article 544, les dimensions de la propriété n'apparaîtront pas davantage : c'est à limiter les pouvoirs du propriétaire qu'ils songeront le plus volontiers. Ils n'accueilleront qu'à regret, dans le purgatoire des « législations spéciales », les textes contemporains où affleure, plus ou moins vague, une notion de la petite propriété (2). Il leur semble, sans doute, que cette notion est

* Texte qui a coulé de sources, la Revue *Sources* en 1953. Ce numéro de la revue fut publié sous le titre générique — un peu trop monastique : *La propriété est-elle un péché ?* RIPERT, dans les *Forces créatrices du droit* (1959), n° 92, cita le numéro sans paraître l'aimer.

(1) Ce n'est que par une interprétation très libre et très imaginative que, dans l'article 544 (*la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*), on pourrait découvrir une allusion à des dimensions nécessaires de la propriété. 1° Étant définie comme le droit de jouir des choses, la propriété, pourrait-on dire, n'est concevable qu'autant qu'elle n'exécède pas la capacité de plaisir d'un même individu, qu'autant qu'elle ne va pas au-delà de la satiété du propriétaire. Mais ce serait tout ignorer de l'acception technique de jouir, *frui*, percevoir les fruits, opération qui peut être purement comptable et ne comporter aucune limite physiologique ou psychologique. 2° Et plus sérieusement, on pourrait soutenir que le propriétaire, qui accumule des biens plus que de raison, fait de son droit un usage prohibé par la loi naturelle et que celle-ci restreint la propriété au même titre que la loi positive, étant visée comme elle sous l'expression « lois » de l'article 544. C'est un fait que Pothier tenait un raisonnement analogue pour condamner l'accaparement, dans un passage dont les rédacteurs du Code civil ont pu s'inspirer. Toutefois, il ne serait pas sans difficulté logique de considérer comme un abus du droit de propriété l'abus du droit d'acquérir.

(2) Cf. RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t. 1, n° 2711 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. 3, *les biens*, par Maurice PICARD, n° 9.

fâcheusement imprégnée de l'antithèse démocratique, ou démagogique, entre les petits et les gros (3), et que, contre sa mise en forme juridique, l'argument du tas élèvera toujours une insurmontable objection. Après tout, si l'on veut faire une part au socialisme, sans toucher la majorité des propriétaires, il est plus net de distinguer les propriétés selon la pureté de leur origine et d'opposer, par exemple, celles qui se fondent sur le travail et l'épargne à celles qui se réclament de l'héritage ou de la spéculation. À moins que l'on ne préfère distinguer selon la nature économique des biens, en séparant des objets de consommation les instruments de production — distinction à laquelle son allure scientifique a valu d'exceptionnels succès, puisque, estampillée par le marxisme, elle était devenue, dans le système législatif de l'Union soviétique, le critère de différenciation entre la propriété collective et la propriété individuelle.

C'est, pourtant, un des sentiments les plus sûrs de l'homme que celui des dimensions de la propriété : l'envie, la convoitise, le péché mettent dans son cœur la sensation brûlante du plus et du moins, du trop et du pas assez, tandis que le contentement du bonheur domestique ou la nostalgie des nids chauds de l'enfance lui suggèrent le rêve de l'honnête aisance, de la retraite paisible, de la maisonnette aux contrevents verts.

Quand ces sentiments ont su se raisonner, ils se sont habillés en sagesse. La philosophie antique, éprise de mesure en toutes choses, conçut comme un impératif moral la modération dans l'acquisition des richesses, ce qui supposait l'existence d'un optimum dans les dimensions de la propriété. La chrétienté était trop nourrie de lettres païennes pour ne pas reprendre le lieu commun de *l'aurea mediocritas*. L'accumulation illimitée des richesses, l'illimitation de la propriété a été stigmatisée par tous les Pères de l'Église, par les Pères de toutes les Églises (4).

À quoi les modernes misérabilistes objecteront que le dépouillement radical et unique exalté par l'Évangile n'est pas cette *via media* de petite bourgeoisie, où convergent les sagesse de toutes les nations. Comme si, pourrait-on leur répliquer, la Sagesse aussi ne faisait pas partie de l'Écriture. C'est au livre des Proverbes (30 : 8-9) que se trouve l'admirable prière d'Agar, qui éclaire l'oraison dominicale : « Ne me donne ni pauvreté, ni richesse ; accorde-moi le pain

(3) Cf. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948, n^{os} 81 et s. (*l'assistance aux petits*), spécialement n^o 90. Cf. *supra*, p. 74, 84 et s.

(4) Qu'il nous soit permis de citer expressément les Pères de la Réforme : LUTHER (dans ses diatribes contre les Fugger (la banque et aussi le capitalisme foncier à Augsbourg) ; v. par ex. *À la noblesse chrétienne de la nation allemande*, édit. Aubier, 1944, p. 242-243), CALVIN, dans sa péroration de *l'Institution-chrétienne*, éd. A. Lefranc, 1911, fasc. 2, chap. XVII, p. 817-822), Fausto SOZZINI (*de Avaritia*, sur 1, thème 6, dans son éloge de l'autarkeia, *sufficiantiam talem, ut non sit opus plura quærere*). Il faut les citer parce que trop souvent la Réforme a été dépeinte comme la théologie de l'enrichissement illimité (cf., sur les nuances nécessaires. TAWNEY, *La religion et l'essor du capitalisme*, trad. Labrousse, 1951).

qui m'est nécessaire de peur que, dans l'abondance, je ne te renie et ne dise : qui est l'Éternel ? de peur aussi que, dans la pauvreté, je ne sois entraîné au vol, et ne déshonore le nom de mon Dieu. »

En deçà d'un évangélisme qui n'a de sens (évangélique, vraiment) que s'il est dépouillement de soi-même, non des autres, élan de l'âme, non règle de droit, la propriété, en tant qu'institution, est impliquée dans la condition humaine, dès lors que les biens de la terre ont été distribués aux hommes avec des défenses contre le vol et la convoitise, c'est-à-dire avec toutes les marques d'une appropriation exclusive et jalouse. Mais la condition humaine, qui fonde la propriété, lui donnera ses dimensions. Rien de ce qui est humain ne peut, sans usurpation sur le divin, sans impiété, prétendre à être infini ou éternel. Une exigence religieuse postule ainsi qu'à la propriété des limites soient posées dans l'espace et dans le temps. Conscient ou inconscient de l'inspiration venue d'en haut, le droit a assumé cette double tâche.

*
**

Délimiter la propriété dans son étendue, cela peut s'entendre de plusieurs manières, qui ne nous intéressent pas toutes également.

Ce n'est pas des dimensions *matérielles* de la propriété que nous nous occuperons ici. Dans le continu immobilier que forme le sol d'un pays avec tout ce qui s'y incorpore, des frontières de propriété doivent nécessairement être tracées. Ce découpage, comme le découpage de la planète entre les Etats, si on l'envisage à un moment donné de la durée, apparaît comme un produit de l'histoire, non de la raison. Que ce puisse être le rôle du droit d'y apporter plus d'ordre, c'est ce que montre, par exemple, en agriculture, la législation du remembrement (5). Mais il n'y a là qu'un problème technique, de rationalisation, qui ne met pas en cause l'éthique de la propriété, même s'il en bouleverse l'esthétique, laquelle trouvait mieux son compte dans le désordre bocager.

La même observation peut être faite pour le problème des dimensions *économiques* de la propriété. Il s'agit de fixer l'optimum de dimensions d'une entreprise ou, en économie rurale, d'une exploitation. C'est le problème, classique pour les économistes, de la concentration ; et à la vérité, il n'a rien de spécial à la propriété, car il se pose en termes identiques quand l'entrepreneur ou l'exploitant est un locataire ou un fermier. Mais, même quand il concerne des propriétaires, c'est par des critères d'efficacité et de rendement qu'il se trouve dominé. On pressent déjà, toutefois, l'interférence de considérations plus profondes. Dans un monde où la supériorité des grandes unités écono-

(5) Cf. SCHMERBER, *Le problème de la réorganisation foncière, remembrement ou regroupement cultural*, thèse Strasbourg, 1948.

miques est communément admise, le législateur n'hésite pas à intervenir, comme à contre-courant, pour protéger le petit commerce ou la petite industrie (6), parce que la conservation d'une classe moyenne et, par là, d'un certain équilibre social, lui paraît un objectif digne d'être poursuivi, même au prix d'un non-sens en économie politique.

C'est en agriculture que cette intervention s'est le plus fortement affirmée, et qu'elle est d'ailleurs le plus défendable. Les avantages purement économiques de la concentration y sont moins évidents ; et puis, l'agriculture n'est pas simplement une activité économique, c'est un mode de vie et, pour la nation, un potentiel de vitalité démographique et morale. Un Etat peut regarder comme un impératif politique le maintien d'une classe nombreuse de paysans indépendants, réserve de francs-tireurs contre une invasion éventuelle. Ce sont ces critères extra-économiques qui ont longtemps conduit le législateur français à placer son idéal dans la petite ou moyenne exploitation agricole (7). La définition qu'il en donnait en matière successorale, précise et sentimentale à la fois, suspendue au rêve d'une autarcie familiale (8), demeure sans doute la tentative la plus remarquable pour serrer dans un texte l'optimum de dimensions de la propriété. Et si l'on réfléchit que, pour la masse des propriétaires ruraux, une exploitation agricole constitue à elle seule tout le patrimoine, ou à peu près, on voit que la loi, en définissant les dimensions idéales de l'exploitation avait du même coup défini celles du patrimoine paysan. Or, notre véritable problème est un problème de dimensions patrimoniales.

Lorsqu'on a dit « ni trop ni trop peu », si l'on ne veut esquiver aucune difficulté, ce sont les fortunes qu'il convient de peser : pour chaque personne, l'ensemble de ses biens, son patrimoine. Les considérations techniques, économiques, vont s'estomper. Il ne restera qu'une confrontation des inégalités sociales. Les uns ont trop, les autres trop peu. Comment le savoir, et le

(6) L'exemple très accusé est celui de la législation fiscale qui surtaxe les grands magasins et dégrève l'artisanat.

(7) Des idées de rentabilité ont, par la suite, altéré cet idéal. L'agro-alimentaire, riche en exportations, a pris le pas sur l'agriculture. La politique agricole commune, dictée sans doute et même dotée par les instances européennes, n'a-t-elle pas eu sur le terrain national des effets ravageurs, voire ethnocides : gel des terres, jachères obligatoires, les paysans retraités d'office et promus concierges d'un parc de loisirs ? De l'argent, même distribué raisonnablement, ne compensera pas la ruine des symboles.

(8) La définition avait été insérée par la loi du 15 janvier 1943 dans les articles 815 et 832 C. civ. : *une exploitation agricole constituant une unité économique qui, tant en raison de sa superficie que des éléments mobiliers et immobiliers qui la composent, peut faire vivre une famille paysanne, aidée au besoin par un ou deux domestiques permanents, et peut être mise en valeur par cette famille*. La description était complétée par un système de maximums chiffrés, de superficie et de valeur, fixés par l'autorité administrative. Le bonheur d'expression de la formule initiale s'est perdu dans les remaniements incessants qui ont été apportés aux textes. À titre indicatif, on peut noter que, dans le système de 1943, le maximum de superficie variait selon les départements, de 15 à 30 ha.

sachant, l'empêcher ? Nous voici au cœur du problème : à la recherche des dimensions patrimoniales ou, si l'on préfère, juridiques de la propriété, ce qui impliquerait double limite, par le haut et par le bas, maximum et minimum, que le droit devrait essayer de concevoir et de faire passer dans les faits.

I.

Sauf chez les très grands propriétaires (9), il y a un sentiment presque universel d'effroi devant la très grande propriété, comme devant quelque chose de monstrueux et d'inhumain. Une propriété à l'échelle de l'homme refait l'apaisement. De la mentalité primitive (10) au personnalisme du XX^e siècle (11), c'est une constante : la propriété ne paraît prendre son sens que dans une imprégnation de l'objet par la personne.

Nul n'a peut-être mieux que Romano Guardini, dans sa *Liturgische Bildung*, dépeint cette limitation de la propriété par la personne. Il existe, remarqua-t-il, des limites individuelles à la faculté d'êtreindre, d'épouser le contenu des choses par la pensée (*durchseelen, durchbilden*). En équité, l'homme ne devrait être nanti que de ce qu'il peut posséder (12), et devrait renoncer à ce qu'il ne peut animer, au bien que ses dimensions mêmes condamnent à être inerte, à la propriété morte.

Un juriste ne peut s'empêcher de songer à la théorie de la possession. Nous enseignons que la possession requiert *corpus* et *animus*, c'est-à-dire des actes effectifs de maîtrise, de jouissance, d'exploitation, en même temps que la conscience qui pénètre la chose, la volonté de la dominer, l'esprit de maître, *animus domini*. On comprend alors la séduction que cette notion juridique a pu exercer sur des penseurs socialistes, et pourquoi Proudhon, par exemple, opposait la possession chaude, vivante, animée de la personnalité du possesseur à la propriété froide, impersonnelle, abstraite, indépendante de toute appréhension matérielle et psychologique (13). Ne tenons-nous pas là une solution générale au problème des dimensions ? La propriété ne serait reconnue que soutenue

(9) L'accoutumance leur fera trouver toute naturelle la fortune que le commun des mortels juge disproportionnée à l'homme et ils sauront, à l'occasion, y répandre partout de leur personnalité. L'observation n'est faite que pour inciter au relativisme. Les intellectuels contempteurs de la grande propriété ont souvent trop bonne conscience. Ils raisonnent sur l'accumulation des usines et des valeurs de bourse et la trouvent monstrueuse, parce qu'ils n'éprouvent, pour ce genre de biens, aucune attirance. Mais la passion qui les pousse à entasser des livres dans leurs bibliothèques n'est pas, en morale, d'une autre espèce.

(10) Cf. Maurice LEENHARDT, Propriété et personne, *Journal de psychologie*, 1952, p. 278 et s.

(11) Cf. Emmanuel MOUNIER, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, 1936.

(12) Cf. LOCKE, *Essai sur le pouvoir civil*, 1698, § 36.

(13) V. P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, 1866, p. 2, 15, 84 et s.

par une possession sous-jacente. Elle éclaterait dès que, trop dilatée, elle ne pourrait plus être saisie, *corpore* et *animo* par un seul homme, sauf à se reconstituer, en fragments, à l'échelle humaine, au profit de chaque possesseur. Les mouvements compensés de la prescription, extinctive et acquisitive, sembleraient propres à assurer, quoique après un temps de retard, ce parallélisme constant du droit de propriété avec l'étreinte effective et affective de la chose.

Nous ne prétendons pas que tel n'aurait pas pu être, en effet, le rôle de la prescription. Mais il faut convenir que tel n'est pas son rôle dans le droit positif. Du jour où l'on a admis des possessions symboliques ou des possessions par l'intermédiaire d'autrui, d'esclaves jadis, aujourd'hui d'ouvriers, ou de fermiers et de locataires (14), le *corpus* et l'*animus* ont cessé d'être une imprégnation personnelle de la chose. Il ne faut pas compter sur eux, ni sur la prescription, pour ramener périodiquement la propriété aux dimensions de l'homme.

Ce qui souligne cette désincarnation de la possession et, partant, de la propriété, c'est la présence des personnes morales. Une seule d'entre elles pourrait suffire à embrasser *corpore* et *animo* toute la terre, car elles ont non seulement des bras, mais un cerveau qu'aucune lassitude ne limite — miracle de la cybernétique du droit. La difficulté est, sans doute, de toutes les époques, et déjà le patrimoine ecclésiastique, par son gigantisme, avait fait peur à la monarchie. Mais ce qui ajoute à la monstruosité des personnes morales issues du capitalisme moderne, c'est que l'enrichissement continu est le sens même de leur vie. La société anonyme est une machine (15) montée pour l'acquisition de la propriété à l'infini. Elle se moque bien de la fameuse échelle humaine.

Une autre invention du droit capitaliste est venue bouleverser le problème des dimensions patrimoniales : c'est la propriété des *signes* de propriété. Notre civilisation juridique, comme l'autre, est devenue une civilisation de signes : elle arrive à enclore dans quelques lignes d'écriture une puissance indéfinie de droits. L'or, déjà, était signe, malgré son ambiguïté de métal, et défiait les proportions humaines. Mais le phénomène est plus frappant encore avec la monnaie fiduciaire, les titres de bourse, les comptes en banque. Une fortune entière peut être caressée d'une seule main, couvée d'un seul regard. Que veulent dire alors *corpus* et *animus* ?

(14) Il se peut que les *fundi* sur lesquels les juristes romains ont construit la théorie de la possession, aient toujours été, à l'origine, des parcelles d'une étendue assez restreinte pour qu'il ne pût y avoir de *corpus* et d'*animus* que personnels au possesseur ; cf. SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 7^e éd., 1866, § 18, *in fine*.

(15) Cf. RIPERT, *Aspects juridique du capitalisme moderne*, n° 46 : la société anonyme est une machine juridique.

Ces deux prodiges, l'un tenant au sujet, l'autre à l'objet, introduisent dans notre problème des perturbations dont il a, instinctivement cherché à se purifier. Contre la démesure de la propriété des personnes morales, c'est aux spoliations périodiques, plutôt qu'aux limitations permanentes que les nations ont recouru. Les confiscations opérées de tous temps sur les communautés, au même titre que les nationalisations du XX^e siècle, portent le témoignage redoutable que cette forme de la propriété est, aux yeux de l'histoire, moins respectable que les autres, parce qu'aucune imprégnation personnelle ne la défend. Contre la démesure du droit de propriété sur les biens incorporels, la législation a réagi d'une autre sorte, quand elle a substitué aux procédés de limitation en nature, qui les atteignaient mal, des procédés de limitation en valeur.

Deux méthodes sont, en effet, concevables pour limiter l'étendue de la propriété : limitation en nature et limitation en valeur.

La limitation en nature est particulièrement utilisable pour la propriété foncière. C'est la technique de base de toutes les lois agraires. La matière est trop vaste pour être ici plus qu'effleurée (16). Des considérations de dimensions économiques peuvent, du reste, intervenir dans la lutte contre les *latifundia*, mais les motifs prépondérants sont plutôt politiques ou sociaux : soit que l'Etat veuille rogner la puissance d'une aristocratie terrienne qui menace sa souveraineté, soit, plus communément, qu'il s'efforce de redistribuer la terre, afin que chacun en ait sa part (17). Car, parmi tous les biens, la terre a cette originalité irréductible d'être en quantité finie : ce que l'un en prend au-delà de son quotient paraît nécessairement enlevé aux autres (18) ; pour elle, l'espoir est interdit, ou l'illusion, dont on se berce pour d'autres richesses, qu'en augmentant la production, on pourra donner plus à ceux qui n'ont rien sans rien enlever à ceux qui ont beaucoup.

Il serait important de savoir si, en France, le besoin se fait sentir d'une limitation de la propriété rurale en étendue. On n'a point observé chez nous (19)

(16) Cf., Ed. ESCARRA, *Nationalisation du sol et socialisme*, thèse Paris, 1904 ; KLEIN, *Théories agraires du collectivisme*, thèse Paris, 1906 ; ARGENTON, *Les doctrines du marxisme agraire*, thèse Paris, 1934.

(17) Il existe, dans le Centre, le Midi, le Midi du Centre, une tradition républicaine du *partagisme paysan*. Eugène Le Roy, le père du merveilleux *Jacquou le Croquant*, en a exprimé la doctrine dans un livre peu connu, *L'Année rustique en Périgord*, 1906.

(18) Selon la parole d'Esafé (V : 8) : Malheur à ceux d'entre vous qui ajoutent maison à maison, qui joignent un champ à un autre, *jusqu'à ce qu'il n'y ait plus d'espace* et que vous restiez seuls au milieu du pays !

(19) Les auteurs marxistes critiquaient, cependant, comme trop béate, la formule traditionnelle qui supprime toute question agraire en affirmant que la France est un pays de petite propriété. V. Marie GRANET, La répartition des terres en France, légende et réalité, *Revue socialiste*, janv.-février 1950, p. 39 et s., et pour le XIX^e siècle, SOBOUL, La question paysanne en 1848, *La Pensée*, juin 1948, 55. Cf. Suzanne DALLIGNY, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, 1976, 248-281.

une « faim de la terre » comparable à celle qui, soit entre les deux guerres, soit au lendemain de la Libération, avait provoqué les réformes agraires de tant de pays, notamment en Europe centrale ou orientale (20). Si, par périodes, beaucoup de jeunes agriculteurs se sont plaints de ne plus trouver de terres à cultiver, cette situation a plutôt été imputée au statut du fermage, qui consolide dans les lieux les fermiers et métayers déjà pourvus (21). Faudra-t-il donc en arriver à faire des lois agraires contre les preneurs, non plus contre les propriétaires, pour les obliger à partager leur droit au bail avec ceux qui n'en ont pas ? En attendant, c'est au régime des baux que se limite la réforme agraire française (22). Et assurément la pensée n'en est pas absente, qu'il conviendrait de fixer un maximum de dimension à la propriété rurale (23). Pourtant, l'idée maîtresse est ailleurs : le législateur de 1945-1946 n'a pas voulu découper la surface du sol ; il a préféré couper dans l'épaisseur du droit, en divisant entre bailleur et preneur les prérogatives de la propriété (24). Ce n'est pas d'une technique très heureuse, là où le climat est chargé d'animosité : un état permanent de guerre juridique entre possédants et non-possédants, enfermés dans le contrat, peut être plus néfaste pour la production qu'une expropriation brutale, qui reconstituerait rapidement l'esprit de propriété.

Le Code civil avait eu sa méthode de limitation, à la fois en nature et en valeur ; et il continue à avoir sa méthode de limitation en valeur. Mais tout

(20) Cf. PERROUX, *Les réformes agraires en Europe*, 1935. Cinquante ans plus tard, on n'oppose plus grands et petits, mais par ex. *Céréaliers et Modef* : l'Europe, la mondialisation ont bien changé la donne.

(21) V. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civils d'aujourd'hui*, 1952, n° 243.

(22) Du temps de Vichy, on avait pu croire que la loi du 16 novembre 1940, soumettant les ventes d'immeubles à une autorisation préfectorale, allait être utilisée pour empêcher une excessive concentration de la propriété foncière. La circulaire du 23 octobre 1941 (*J.C.P.* 1942. III.5693) invitait formellement les préfets à refuser l'autorisation lorsque l'opération envisagée tendait à réunir en une seule main des exploitations jusqu'alors distinctes ou, à l'inverse, lorsque ce refus pouvait provoquer le morcellement d'un grand nombre. Mais la loi de 1940 fut réduite à l'impuissance par la conjonction du libéralisme judiciaire et de l'inertie bureaucratique, si bien que la Libération ne suscita guère de regrets en l'annulant. En un sens, les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, les S.A.F.E.R. (loi du 5 août 1960) ont pris le relais : elles surveillent les mutations, jouissent d'un droit de préemption, elles pourraient avoir une politique des dimensions optimales. À noter que la Suisse avait pratiqué très tôt, et à des fins de politique agricole, un système de contrôle administratif des opérations immobilières (Code fédéral des obligations, art. 218 ; cf. BAESCHLIN, *Les restrictions apportées au transfert de la propriété immobilière agricole en droit suisse*, thèse Neuchâtel, 1949).

(23) Tel est le sens des dispositions qui retirent le droit de préemption au fermier quand il est déjà propriétaire de parcelles représentant une superficie supérieure à un certain maximum (art. L. 412-5, *in fine*, nouveau c. rural), ou qui interdisent le cumul d'exploitations (art. 188-1 et s. c. rural).

(24) Cf. R. SAVATIER, *La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural*, D. 1946, chr. p. 41 et s.

cela, subtil, rentré, ouaté, et au fond peu efficace. Le problème, esquivé dans l'article 544, avait parfaitement été envisagé et résolu au titre des successions. Là, le législateur du Consulat nous livre, comme celui de la Révolution, son idéal de petite propriété : la loi d'égalité successorale, non seulement d'égalité en valeur (art. 745), mais d'égalité en nature (art. 832), le rigoureux partage des biens et de chaque nature de biens entre tous les cohéritiers, toute cette machinerie avait pour fonction de ramener constamment vers le bas la dimension des patrimoines et des domaines. Comment cela ? Si l'on suppose — ce qui est, sans doute, la supposition du Code, quand il établit entre les époux une communauté de biens — que le mari et la femme ont apporté en mariage un avoir de même taille, il suffira qu'ils aient trois ou quatre enfants (et tant mieux s'ils en ont davantage) pour que la seule succession des générations entraîne une diminution des fortunes. C'est le piège fleuri que la loi a tendu aux parents : elle fait confiance à leur amour pour assurer un équilibre empirique dans les dimensions de la propriété. On ne saurait imaginer moins autoritaire, plus extraordinaire procédé de législation.

Durant tout le XIX^e siècle, les grands commentateurs du Code, et ses laudateurs, ne manquèrent pas de rapporter au système successoral de 1804, comme un honneur, ce qu'ils appelaient « l'infinie division et subdivision territoriale », grâce à laquelle, affirmaient-ils, la France avait pu résister aux convulsions sociales, notamment à la grande convulsion de juin 1848 (25). Ils ne se disaient pas que le mécanisme était réversible, et que les parents pourraient bien choisir un jour de limiter leur descendance plutôt que leur propriété. Le Play et son école devaient en faire plus tard l'observation, et critiquer amèrement l'égalité successorale. Leur critique détermina pour partie le tournant décisif de 1938. Cette année-là, notre droit des successions a abandonné le principe de l'égalité en nature. Il parut plus important d'avoir un minimum, et d'empêcher le morcellement, qu'un maximum, et d'empêcher l'accaparement. Mais c'est sur l'égalité *en nature* que l'on a agi, là où sont en cause les dimensions du domaine plutôt que celles du patrimoine, et des intérêts économiques plus que des préoccupations de justice. L'égalité *en valeur* demeure intacte, comme une loi de division des fortunes. Aujourd'hui encore, c'est sur cette division spontanée que compte implicitement notre droit civil, non pas pour maintenir la propriété individuelle au-dessous d'une limite chiffrable, mais pour lui faire subir une pression diffuse qui l'éloigne de la démesure. La manière la plus séduisante d'accomplir le socialisme serait ainsi d'avoir beau-

(25) V. par ex. DEMOLOMBE, *cours de Code civil*, g, n° 535, t. 13, n° 380 et TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, chap. 32 (dans la collection des petites brochures que l'Académie des sciences morales et politiques fit publier en 1848, pour contrebattre la propagande socialiste, sur une ligne si ennuyeusement conformiste qu'on n'oserait plus guère la défendre aujourd'hui).

coup d'enfants, comme la forme la plus charmante de l'antimilitarisme était jadis d'avoir beaucoup de filles.

Le moyen est, cependant si lent, si aléatoire, que notre époque impatiente ne s'en contente plus. Et puis, nous sommes devenus scientifiques. Une vérité, à nos yeux, ne peut s'exprimer par simples tendances : il lui faut une forme mathématique, des barèmes, des tableaux. L'impôt progressif sur les mutations par décès est l'instrument de limitation de la propriété qui répond le mieux à l'esprit moderne. Sa souplesse lui vient de ce qu'il saisit pécuniairement l'expression pécuniaire du patrimoine : par la monnaie, grande affranchisseuse, tous les relativismes deviennent possibles. Il peut sembler messéant de faire l'éloge d'un impôt. De celui-ci, en particulier, à un moment où il est en retrait (26), battu en brèche surtout par tout le mouvement — entamé en 1938, accentué dans les années 80 — qui tend à facilité, au fiscal comme au civil, la transmission intégrale des exploitations et entreprises. De ce que l'impôt progressif sur les successions a été institué chez nous, en 1901, par des hommes au cœur sec, de ce qu'il n'a jamais comporté d'aménagements familiaux que très grossièrement taillés (27) pour le Trésor, de ce que le maniement de ses tarifs a trop souvent été démagogique, sans aucune vue rationnelle de l'optimum de dimensions de la propriété — il ne s'ensuit pas qu'on doive lui dénier toute signification morale, et qu'il soit incapable d'apporter dans notre problème des solutions justes et pratiques. Ce qui lui a manqué le plus gravement jusqu'à présent, c'est la contrepartie constructive, derrière la face de destruction. Pour l'instant, l'impôt successoral se borne à redistribuer le capital en une poussière de revenus pour le Trésor. C'est donner l'impression de gaspillage et de pillage ; cacher, en tout cas, ce qu'il peut y avoir de sain et de vivant dans le prélèvement. Le maximum imposé à quelques-uns n'aurait de sens éthique que s'il servait à constituer un minimum pour tous.

II.

Comme le problème du maximum, celui du minimum a son aspect domanial, teinté de préoccupations économiques : il ne faut pas que le domaine, qui sera d'ailleurs, bien souvent, tout le patrimoine paysan, tombe au-dessous de certaines dimensions ; il ne lui est pas moins dangereux d'être étioilé qu'hyper-trophique. Nous avons déjà dit l'effet de morcellement inhérent à la loi d'éga-

(26) Son produit reste bien faible, en comparaison d'une T.V.A. portant sur les flux massifs des affaires. Et en 1981, puis 1988, on lui a préféré, comme instrument de taxation du capital, l'impôt sur les (grandes) fortunes, d'un esprit tout différent, impôt annuel et payable avec les revenus.

(27) Cf. LAVIROTTE, *Les aménagements des droits de successions en faveur de la famille*, thèse Dijon, 1943.

lité en nature, et comment notre droit successoral avait réagi en 1938 (28). L'exploitation agricole à laquelle l'article 832-1 C. civ. donne aujourd'hui un statut (29) est un minimum domanial que peut préserver une attribution préférentielle, exclusive et de droit, à un seul des héritiers (30). Mais le système serait susceptible d'une application plus vaste et plus énergique (31) : ce n'est pas seulement à travers la division successorale, et au gré d'un héritier, que l'exploitation agricole type devrait être maintenue comme une unité indivisible, c'est impérativement et à travers tous les actes juridiques tendant à la morceler (32).

Il ne s'agit plus d'économie, mais de justice ou de charité, quand on rêve d'un minimum patrimonial. Seulement, peut-il y avoir là plus qu'un rêve ? Notre législation des salaires a déterminé un minimum vital garanti. Mais c'est un minimum en revenus. Serait-ce que le minimum de propriété consiste à n'en avoir point, mais uniquement des revenus, immédiatement consommables ? Toutefois, l'article 592 du Code de procédure civile, dans sa teneur de 1977, lorsqu'il énumérait un certain nombre d'objets comme insaisissables, parce que trop indispensables à l'existence du saisi (33), nous montrait que le droit avait bien eu l'idée d'un patrimoine minimum, substrat maté-

(28) Pour des réactions immédiates aux réformes successorales de 1938, v. entre autres, MARTY, Les réformes récentes de droit successoral en vue de lutter contre le morcellement de certains biens, *J.C.P.* 1941.1.182 ; ROBLOT, La transmission héréditaire de la maison et de l'exploitation familiale, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939 ; PERRET, *Réformes du régime successoral de la propriété paysanne*, Études Agricoles. 1942, p. 91.

(29) Cf. sur l'évolution postérieure à 1938. PATARIN, Égalité, finalité économique, et finalité sociale dans la loi du 19 déc. 1961. *R.T.* 1962, 421 ; SOULEAU, *Successions*, 1982. n° 434 ; TERRÉ et LEQUETTE. *Successions*, 1983, n° 944 ; MAZEAUD et BRETON. *Successions*. n° 1717 s.

(30) Sur les causes qui ont empêché cette législation de porter tous ses fruits, V. ROBINO, Les lois contre le morcellement de la propriété paysanne (Quelques aperçus sur les résultats obtenus), *Annales de la Faculté de droit de Bordeaux*, 1950, p. 105 et s.

(31) Sur la conception générale de l'exploitation agricole comme unité indivisible, et sur les applications fragmentaires de cette conception dans le droit positif français, V. DE JUGLART, *L'exploitation rurale*, t. 1, n°S 16-23.

(32) Le Code civil italien de 1942 (art. 846 et s.) fournissait, à cet égard, un modèle : dans tous les transferts de propriété, partages, attributions à un titre quelconque, ayant pour objet des terres cultivées ou cultivables, aucun fractionnement n'est permis, qui ne respecterait pas l'*unità culturale minima*.

(33) On relevait dans cette énumération : ...la literie, le linge de maison..., les appareils nécessaires au chauffage, les table et chaises permettant de prendre les repas en commun..., les objets d'enfants,...deux vaches, ou douze chèvres ou brebis,... les instruments de travail... À cette description archaïque et rurale la loi du 2 juillet 1991, réformant les procédures d'exécution, art. 14-4°, a substitué une notion générale : les biens mobiliers *nécessaires* à la vie et au travail du saisi et de sa famille. Cf. sur les saisies, *supra*, p. 330.

riel de la personnalité (34). De ce minimum de propriété personnelle, la maison ne paraît pas faire partie. L'habitation personnelle n'est pas insaisissable. Elle peut, cependant, le devenir : l'institution du bien de famille insaisissable, du *homestead* (35), aurait dû s'intégrer dans un plan de minimum patrimonial.

Mais il faut bien voir quel est le caractère passif, statique, de toute cette législation. Elle ne tend qu'à empêcher la chute d'une propriété préexistante au-dessous des dimensions de la nécessité. Une mission autrement dynamique, autrement vivante, s'offrirait au droit, qui serait de faire accéder à ce minimum de propriété ceux qui ne l'ont pas encore. La Déclaration universelle des droits de l'homme affirme, dans son article 17, que toute personne a droit à la propriété. L'affirmation a fait sourire, et l'on a pu reprocher à l'O.N.U. de reconnaître un droit de créance sans désigner de débiteur pour l'acquitter. Il semble, pourtant, que la formule aurait pu recevoir une interprétation raisonnable : que chaque État a le devoir de promulguer et mettre en œuvre une législation facilitant l'accès de tout être humain à un minimum de propriété.

Le libre accès au minimum patrimonial peut, il est vrai, s'entendre de deux manières toutes différentes : comme un don gratuit ou comme le résultat d'un effort.

Le don gratuit se nuance lui-même en bien des modalités. Il y a la forme anodine : le livret de caisse d'épargne que l'Aide sociale à l'enfance dépose sous l'oreiller de chacun de ses pupilles. Il y a la forme subversive : prendre toute la fortune du pays, et la partager entre tous les habitants, *judicium rusticorum* du socialisme, irréfutable pour qui s'hypnotise sur le principe d'égalité gravé dans les lois depuis 1789. Entre les deux, tant d'utopies attrayantes. Nous employons le mot sans intention péjorative : il est des utopies qui peuvent instruire le législateur. Errike de Laveleye annonçait la Déclaration universelle des droits de l'homme, quand il préconisait le patrimoine de droit naturel, et que chaque homme eût, par droit de naissance, une dotation du nécessaire, constituée par retranchement sur le superflu de la grande propriété (36). Il en avait emprunté l'idée à un philosophe original, qui eut son heure d'influence, cœur généreux, précurseur du socialisme chrétien, ou du moins religieux, François Huet (1814-1869). Huet ne voulait plus que l'enfant du pauvre tombât nu sur la terre nue, ne se rattachant à rien, n'ayant pas d'aïeux ;

(34) Dans un sens concret qu'AUBRY et RAU, grands abstracteurs du droit civil, n'ont pas entendu, quand ils ont, théorie célèbre, décrit le patrimoine comme une émanation de la personnalité.

(35) En France, loi du 12 juillet 1909, dont le succès pratique a, du reste, été dérisoire.

(36) E. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4^e éd., 1891, chap. 35, p. 537 et s. On pouvait regarder comme un développement scientifique de cette doctrine l'utopie de l'économiste italien Achille LORIA (*costituzione economica odierna*, 1900), réclamant pour tout homme le droit à l'*unité foncière*, c'est-à-dire à la quantité de terre nécessaire pour lui permettre de vivre par son travail et de s'établir comme producteur autonome.

et pour lui donner, au départ dans la vie, un patrimoine qui le reliât à la terre, il demandait à l'Etat de prendre sur les patrimoines laissés par les morts (37). Là était l'intuition féconde : qu'il fallait nouer à l'impôt successoral la diffusion de la petite propriété.

La suggestion demeure bonne, même si l'on est trop pessimiste pour croire que l'homme ait un *droit* inné à quoi que ce soit de gratuit, ou trop politique pour accepter sans crainte que l'Etat se fasse si expressément Providence. Ceux-là préféreront les formes d'intervention plus modérées, où la collectivité se borne à seconder l'effort naturel de l'individu pour accéder à la propriété. Ici, nous ne sommes plus dans l'utopie. Tout un mouvement législatif s'est développé, à partir de la République radicale, en vue de favoriser, par une protection juridique et une aide financière, au moins en crédit, l'acquisition d'un minimum de propriété, spécialement de propriété immobilière, par les non-possédants : législation des habitations à bon marché (38) ou à loyers moyens (39), du domaine-retraite (40), des jardins ouvriers (41), etc.

Les civilistes du début du XX^e siècle ont eu tort de ne pas prendre ce mouvement plus au sérieux. Il avait à son actif une somme de bonheurs individuels et un développement populaire du goût de la propriété. Il eût fallu l'intégrer davantage à la théorie générale de l'article 544 ; sans doute, accroître aussi ses moyens matériels, en lui affectant par exemple le produit de l'impôt successoral, ce qui eût donné une âme à celui-ci. Cependant, la législation sociale de la fin du siècle a cherché ailleurs, et dans un autre esprit, les solutions au problème du logement. Sans cesser d'aider l'accession à la propriété, après avoir proclamé comme un droit de l'homme le droit à l'habitat ou au logement, c'est au bail et à ses succédanés (l'occupation sans titre, sinon le squattage, la réquisition), qu'elle en a demandé la réalisation (42). Il ne s'agit que d'assurer à un individu ou à une famille *un temps* de refuge, d'abri, au mieux de cadre de vie — sans cette garantie d'avenir qu'est la propriété.

*
* *

La dimension propre du droit, c'est le temps. La propriété, comme toutes les autres institutions juridiques, n'a de sens que dans le temps. Plus que n'im-

(37) Fr. HUET, *Le règne social du christianisme*, 1859, liv. 3, chap. 5.

(38) Première intervention, la loi Siegfried du 30 novembre 1894 ; plus tard, loi du 13 février 1937.

(39) Loi Loucheur du 13 juillet 1928. Les H.L.M. sont sorties de là.

(40) Décret-loi du 24 mai 1933.

(41) Loi du 2 août 1949.

(42) « Le droit au logement », *Travaux de l'Assoc. H. Capitant*, 1982 ; J. RUBELLIN-DEVICHI et al., *Droits du logement, Droit au logement*, Lyon, 1988 ; A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, Turin, 1990.

porte quelle autre institution juridique. Les biens survivent aux personnes. Inscrites dans la forme des toits ou la ligne des haies, les coutumes des siècles passés survivent autour de nous : la propriété est une mémoire de l'humanité, mémoire de pierre et de terre. Mais il faut, pour cela, qu'elle soit une continuité.

La continuité, est-ce la perpétuité ? La proposition se rencontre dans tous les manuels de droit civil : la propriété est un droit perpétuel. C'est un mot que les hommes ne doivent prononcer qu'avec crainte, car il n'est pas à leur mesure. La Cour de cassation a même été jusqu'à affirmer que la propriété, seule entre tous les droits réels, ne se perd pas par le non-usage — défi de plus, et inutile, lancé au temps (43). Plus raisonnablement, quand on dit que la propriété est un droit perpétuel, on veut dire qu'elle est un droit héréditaire.

C'est parce que la propriété est héréditaire qu'elle peut faire de grandes choses. Nous avons l'exemple d'un droit réel coupé de l'hérédité et de la durée : l'usufruit. Or, l'usufruitier ne construit pas, il mange : il n'essaie même pas de retarder l'effet destructeur du temps, il vit. Donnez aux propriétaires l'esprit usufruitier — ce qu'ont peut-être par nature les propriétaires des pays trop neufs — ils chercheront à tirer de l'immédiat le rendement maximum, dût le fonds en crever ; mais ne comptez pas sur eux pour lutter contre la dégradation des sols et l'érosion : c'est ainsi qu'une partie de la terre américaine fut mise en péril. Et pour reconstituer les sols, il faut une continuité de soins, non pas limitée à quelques années, mais poursuivie pendant de nombreuses décades, plusieurs générations. Nous y voici : la propriété, particulièrement la propriété immobilière, plus particulièrement la propriété rurale, appelle, de son essence, un caractère familial (44). Ce n'est pas à l'échelle de l'homme qu'il faut bâtir la propriété, c'est à l'échelle de la famille (45).

Conserver les biens dans les familles n'a pas été une simple vue aristocratique de l'ancien régime. Quand le législateur contemporain a pris les dispositions, dont nous parlions tout à l'heure, pour faciliter l'accès des non-possédants à la propriété, il s'est aussitôt soucié de donner à cette petite propriété un aménagement familial. Tout notre droit des successions et des libéralités est l'organisation de cet instinct qui pousse la propriété à s'allonger le long de la famille.

(43) Req. 12 juillet 1905, D. 1907.1.41, S. 1907.1.273. Nous ne prétendons pas que la solution était injustifiée en l'espèce. Cependant, l'argument souvent invoqué, qu'il faut bien décider que la propriété ne se perd pas par le non-usage (alors qu'aucun possesseur ne l'a d'ailleurs acquise), si l'on veut empêcher qu'elle ne revienne à l'État comme bien sans maître — cet argument était plus impressionnant en 1905 qu'aujourd'hui.

(44) Cf. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, t. I, n° 2714.

(45) Dans le même sens, pour le patrimoine, A. SÉRIAUX, *La notion juridique de patrimoine*, R.T., 1994, p. 801, spéc. p. 812 ; P. CATALA, *Famille et patrimoine*, 2000.

Ni trop, ni trop peu. L'esprit de démesure est proche, qui inspire à la famille l'ambition de conserver ses biens à l'infini. La société mourrait de propriétés qui ne mourraient pas. De tout temps, le droit civil a eu en souci les dangers économiques, sociaux, de la mainmorte, d'une accumulation indéfinie des biens entre les mêmes mains. Pour les dimensions temporelles comme pour les dimensions spatiales de la propriété, il y a un optimum à rechercher.

Nous ne croyons pas qu'on puisse le découvrir dans l'opposition, devenue aujourd'hui si habituelle, entre deux aspects de la famille, la *gens* et la *domus* : la *gens*, la famille longue, celles des aristocrates et des sépultures, la *domus*, la famille concentrée, celle des prolétaires et des berceaux. La *domus* — mari, femme, enfants —, si stable qu'elle soit est encore trop transitoire. Si la propriété devait être mesurée par elle nous n'aurions que des instantanés de propriété. Un critère plus probant est fourni par la durée de la vie humaine. La vie qui nous est prêtée est telle qu'un même homme peut connaître ses parents et ses grands-parents, ses enfants et ses petits-enfants. Il n'y a jamais que trois, mettons pour tout couvrir, quatre, générations qui puissent se sentir consciemment liées entre elles. Au-delà, tout est brouillard et nuit, à quoi le droit ne doit plus sa garantie — ce que le législateur monarchique avait sans doute entendu, lorsque, tout en admettant le principe des substitutions fidéicommissaires, il les avait limitées à deux degrés, première disposition non incluse (46). C'est assez pour que l'individu, bref passant, ait l'illusion de l'éternel, trop peu pour que la famille en ait la réalité sacrilège.

(46) Ordonnance d'Orléans de 1561.

SCOLIE SUR LA PROPRIÉTÉ

L'argent

C'est, croit-on, une singularité française de plus : *l'argent*, qui est le nom d'une matière, désigne couramment quelque chose d'immatériel — des propriétés, des biens, certes, mais une fois qu'on les aura dépouillés de toute représentation sensible, qu'on les aura ramenés à leur pure expression pécuniaire. *Pécuniaire*, qu'est-ce à dire ? Mais, justement, c'est-à-dire : en argent. Décidément, il y a du mystère dans ce mot.

Avez-vous de l'argent ? C'est avoir sur soi de quoi payer, en chemin, des emplettes, des amendes, des aumônes : pas grand chose. Avoir de l'argent, au sens absolu, c'est, au contraire, en avoir beaucoup, être riche. On pourrait recenser bien des équipollents à *riche*, même après avoir laissé tomber *fortuné*, qui est un contresens, *nanti*, qui est devenu une injure. *Argenté*, s'il n'est pas le qualificatif le plus usuel, est le plus souriant (comme, sur un autre registre, a l'air de sourire un son argentin). Dire de Monsieur X. qu'il est argenté, c'est la supposition sympathique qu'il doit, sans excès, avoir de l'argent. Avec les *hommes d'argent*, l'imagination est lancée dans une direction toute différente. Tandis que l'homme riche est installé sur un patrimoine et le tient ferme, l'homme d'argent voit couler un fluide de chiffres entre ses doigts et n'est assuré de rien. Son argent est liquéfiable. Mais tout argent est volatile, mobile, à l'instar du mercure voisin, si heureusement nommé *vif-argent*. Il existe, pourtant. La preuve en est qu'il est haï, objet de diatribes (« l'argent qui tue », « l'argent qui pourrit », c'était François Mitterrand en 1971); exalté quelquefois, objet d'épopée (romancée chez Zola, historique chez Simmel). La preuve en est surtout qu'il est universellement convoité.

Nous pourrions continuer à traquer, à travers les mentalités et le langage, cet argent qui s'est échappé de son métal. Mais l'exploration apparaît vaine. Il garde son mystère : nous ne réussissons pas à le fixer dans une définition. En un tel détroit, il est raisonnable de rabattre notre ambition, et à défaut de pouvoir définir, nous nous satisferons d'opérer par images — mieux, par associations d'idées, qui rendent plus visible, plus proche la nature profonde de l'argent. C'est une méthode qui, de Hume à Stuart Mill, a ses titres en psychologie. Nous avons retenu trois de ces associations d'idées, distinctes,

mais qui se tiennent par la main, comme il sied sous un climat « associationniste » (1).

a) L'or est premier : l'or en barre, en poudre, en métaphores — tout l'or du monde. Qui ne penserait à lui en pensant à l'argent ? Ils vont en couple dans les esprits, tels le soleil et la lune en conjonction céleste.

Ce qui n'interdit pas une dispute, à la façon des tensons du Moyen Âge. Si l'or se plaint de n'être pas assez écouté, il lui sera répondu que c'est juste répartition des compétences : il est naturel, puisque proverbial, de laisser la parole à l'argent, son office à lui étant le silence. Sur quoi il répliquera que parler d'or est aussi son affaire et que sans lui l'éloquence sacrée n'aurait pas eu de Chrysostome. Ne va-t-il pas, cependant, se faire expulser du terrain ? Le voici qui se vante d'avoir triomphé jadis dans les durs combats du bimétallisme, et qui fait sonner très haut qu'à poids égal il vaut beaucoup plus, beaucoup mieux que l'argent. Mais ce n'était pas le débat. Ici il n'est question ni de métal ni de valeur. L'enjeu est de décider lequel des deux est le plus apte à représenter idéalement la richesse. L'Argent a pour lui d'être la richesse dans sa modernité, infiniment abstraite, impalpable, qui circule, qui fuit — comme un ruisseau d'avril, pour reprendre (en se passant de la barbe de Booz) la comparaison si suggestive de Hugo. Tandis que l'or, victime de sa propre majesté, ne semble avoir d'autre vocation que de demeurer à jamais dans les coffres des banques centrales — à Francfort peut-être.

Il n'est pas sûr, néanmoins, qu'il ne se donnera pas le dernier mot. La vertu de n'avoir pas bougé peut être le gage d'actions futures. Et l'on n'oubliera pas que les rois mages, qui étaient des sages, en même temps que l'encens et la myrrhe, parfums éphémères, avaient apporté de l'or à qui vous savez, et que, selon les Pères de l'Eglise, l'or est symbole de prudence dans l'économie des États comme dans celle des ménages.

b) Nous ne quittons pas les Pères de l'Eglise : Saint Augustin en personne nous apporte une seconde association d'idées. Non sans l'avoir agrémentée de commentaires, celui-ci notamment, où il relate comment, dans la mythologie gréco-romaine, l'Argent avait été divinisé sous le nom de Ploutos. Un nom sans surprise. Seulement, Ploutos était le fils de Déméter, laquelle, à Rome, n'était autre que Cérès : on ne pouvait mieux afficher que l'agriculture est la mère de toutes les richesses. Mais à Carthage (c'est l'évêque d'Hippone qui poursuit) le Panthéon était différent : le dieu Argent n'y était ni romain ni grec ; il venait de la Phénicie ancestrale, et comme les Phéniciens avaient grande réputation de peuple habile au commerce, il portait témoignage à lui seul d'une évolution, d'un passage de l'économie rurale à l'économie financière. Mais qu'était-ce donc que ce faux dieu ? On l'appelait le Mammon. Étrange Mammon.

(1) Cf. *Archives de philosophie du droit*, n° 42, L'argent et le droit, 1997, p. 7.

Par réminiscence de Salammbô, nous l'imaginerions facilement comme une sorte de Moloch, idole monstrueuse, dévoreuse d'enfants. Les Évangiles n'en disent pas tant. Aux deux endroits (Matthieu, VI, 24 ; Luc, XVI, 13) où fugitivement il est visé, le Mammon n'est caractérisé que par son contraire, plus précisément par leur incompatibilité réciproque. Nul ne peut servir deux maîtres... Parabole curieuse, où la comparaison est tirée d'une expérience désabusée de la psychologie servile : l'esclave en copropriété, qui se sent deux maîtres, saura louvoyer d'une maison à l'autre pour n'obéir à aucun. Mais de ce constat un impératif va se dégager par contre-calque : puisque deux maîtres ne peuvent être servis à la fois, il faut en choisir un. L'énergie même du commandement donne à penser que souvent les fidèles transigeaient avec lui, et servaient le Mammon six jours de la semaine, réservant au Tout Autre le septième jour uniquement.

Les textes sacrés qui enjoignent de choisir orientent le choix. Le Mammon agit comme un épouvantail : en lui l'Argent est diabolisé une fois pour toutes et afin que personne ne s'y trompe, lui est collée de surcroît une étiquette infamante : il est le Mammon d'iniquité. Stigmate mystérieux : où est l'iniquité, derrière ou devant ? Les uns tiennent que l'iniquité est déjà dans la richesse acquise : l'argent n'a pu s'y accumuler que parce que quelque part il y a eu des ruptures d'équilibre, donc des injustices. Mais d'autres, qui au contraire sont prêts à amnistier les acquis, reportent l'iniquité sur la suite, sur la course à l'argent, la frénésie du « toujours plus », qui rendra aveugle aux injustices.

Cette dernière interprétation a le mérite de rejoindre une vérité populaire : que, si l'argent crée l'argent, il crée aussi le besoin d'en avoir davantage C'est la ruse du Mammon : vous croyez le posséder et il vous possède. Autrement dit : « l'argent est un bon serviteur, mais un mauvais maître. » Sous cette forme, ce devait être une de ces maximes de morale laïque qu'au début du siècle l'école communale cultivait avec bonheur. Je l'avais rencontrée, comme sujet de rédaction dans un *prépa* (si j'ose dire) de certificat d'études. Au fond, c'était de la philosophie, une dialectique de l'utile et du juste qui est toujours d'actualité. Des écoliers ne pouvaient être à la hauteur d'un tel débat. Je garde, néanmoins, le souvenir d'une observation dont l'instituteur avait assaisonné la remise d'une copie : « Pourquoi diable as-tu parlé de ce Mammon ? Ça embrouillait tout ». Peut-être est-ce exactement ce que le lecteur se sera dit, au sortir de ce morceau.

Que diable ! On aura noté l'interjection. Il n'est pas de laïcité qui interdise d'invoquer ce personnage, pourtant religieux quoique à sa manière. Le fait est que, même avec des cornes usées, il est installé dans maintes locutions que la coutume a innocemment forgées et qui se répètent dans les conversations avec la même indifférence. Parmi ces phrases toutes faites, il en est une que les dictionnaires d'aujourd'hui ne mentionnent plus guère, alors qu'elle appartenait à un folklore usuel un siècle plus tôt — nous voudrions tenter de la remettre à flot pour l'occasion, parce qu'elle est magnifiquement associée, bien que par contraste absolu, à l'idée de l'argent. Le diable ? Mais c'est d'avoir une

bourse, un porte-monnaie, et rien à loger dedans (2). Plus claire que les plaies d'argent (qui ne sont pas mortelles), la *faute* (faute) *d'argent* est le diable, prince, principe du mal. Par gêne provisoire ou misère enkystée, qu'importait ? À une époque où la magie du crédit n'opérait que par privilège, le diable était l'incarnation populaire du manque d'argent, du désir sans réponse. Aubry et Rau auraient bien dû l'embaucher pour illustrer leur démonstration trop abstraite, que, même quand le patrimoine est vide, il y a *quelqu'un* pour le représenter. Ce que l'on ne peut pas nommer n'existe pas, a dit la Genèse (II, 19), ainsi que Lacan plus tard : c'est justement pour cette raison que la Sagesse des nations a trouvé un nom innommable au manque d'argent, le diable.

Du message précédent à celui-ci, une analogie est perceptible mais à front renversé. Tout à l'heure, la demande implicite était que l'excès d'argent fût renvoyé aux enfers sans ménagement ; cette fois, c'est le manque d'argent qui est en cause, et l'on voudrait bien l'exorciser. Mais il faudrait pour cela le connaître de plus près. Ne pas croire que ce qui n'existe pas ne puisse être objet de connaissance : la réalité qui manque peut être saisie à travers une autre réalité, la réalité du manque lui-même. À preuve, dans le Code civil, un titre entier pour s'occuper de l'absence ; ou bien encore, cet exemple baroque d'une énorme thèse de doctorat ès lettres s'employant à capturer les absents de la poésie grecque, les poètes dont les noms subsistent à peine sans le moindre hémistiche. À preuve, surtout, tant d'impécunieux qui pourront témoigner des mille et une façons de manquer d'argent. Des vœux de pauvreté au RMI, en passant par les déficits publics, le champ de la recherche empirique est largement ouvert. Plus difficile est celui de la théorie : méditer sur le vide, le trou, le zéro, relève d'une métaphysique à donner le vertige.

(2) La Fontaine a écrit :

Un homme n'ayant plus ni crédit ni ressource
Et logeant le diable en sa bourse,
C'est-à-dire n'y logeant rien.

TITRE IV

ET LA MONNAIE ?

Longtemps ce livre hésita après avoir compté les piliers de ce qu'il croyait être une sagesse : n'en manquait-il pas un quatrième, qui aurait été la monnaie ? Cependant, à comparer les institutions sous le rapport de l'ancienneté, les fondations de la monnaie se révélèrent moins solides.

La *lex Origo*, ce morceau de bravoure ethnologique inséré au Digeste (18, 1, 1), démontre avec l'autorité du Droit romain que troc, échange, le contrat a préexisté à l'invention des monnaies (1). Sans quitter Rome, *pecunia* dérivant de *pecus*, non l'inverse, nous soupçonnons que le bétail avait été l'objet d'une propriété paisible bien avant qu'on n'ait eu l'idée turbulente de faire circuler les bêtes comme monnaies. Il est vrai que, chez les Grecs, *Tòχος* suggère que, si le croît du troupeau est la même chose que l'intérêt de l'argent, il est bien permis d'en induire que le troupeau, c'est déjà de l'argent qui prospère. Quant à la famille, posons en consensus qu'elle a commencé par les mariages : l'argent était-il déjà là ? L'ethnologie décrit des coquillages, *cauris*, monnaies primitives de l'Afrique, dont les formes suggestives, provocatrices, prouveraient à l'évidence qu'ils étaient destinés à l'achat des femmes (2). Soit, mais, pour en revenir aux Romains, l'enlèvement des Sabines donnerait plutôt à penser que les premiers mariages se firent à la pointe des épées et que les dots sont arrivées plus tard.

Ainsi bannie finalement de la colonnade pour cause de relative jeunesse, la monnaie méritait, néanmoins, de n'être pas oubliée. Car, plus que n'importe quels autres, les phénomènes qu'elle a suscités ont contribué à enlever toute raideur en droit français du XX^e siècle. Encore convient-il de ne pas confondre avec la flexibilité la liquéfaction. Quatre-vingts années d'érosion rampante ponctuées de franches dévaluations, c'est assez pour lessiver peu à peu les

(1) Il est vrai que, selon l'ethnologie, le processus décrit par la *lex Origo* est trop rationnel pour avoir été réel.

(2) Cf. F. LAROCHE-GISSEROT et *al.*, Actes du Colloque de Clermont-Ferrand sur la dot, *Annales de Clermont-Ferrand*, 32, 1996, en particulier, les articles d'A. TESTART et GOODY.

droits subjectifs exprimés en monnaie plate (non indexée). Propriété, contrats et familles s'en trouvent ébranlés à l'unisson. Mais il faudrait un volume pour conter les méfaits — après les bienfaits — de la monnaie. Les deux chapitres qui suivent se contentent de la saisir entre son ambition de paraître et son besoin d'être — son ambition de façade, *faciale*, l'imagerie, son besoin de s'affirmer au cœur d'un droit spécifique.*

* Les deux chapitres reprennent à peu près des articles qui furent publiés dans des livres d'hommages. *L'imagerie* (*Études de droit commercial*, Paris, 1968, p. 45-57) était dédiée à Henry Cabrillac, en qui la sensibilité artistique s'unissait à la science du droit. Les pages de *Nomos, numisma* (*Mnémé*, Athènes, 1978, p. 1275-1284) avaient été écrites pour Michel Dendias, qu'avait animé sa vie durant l'indivisible passion du droit positif et naturel).

Chapitre premier

L'IMAGERIE DES MONNAIES

C'est un thème mixte, où le droit monétaire et l'art plastique se côtoient. Mais mixte il ne l'est pas, comme on pourrait l'attendre, à cause des rapports de la numismatique au droit. Ces rapports ont été explorés depuis longtemps (1), et l'on connaît tous les services que la numismatique a rendus aux sciences historiques du droit (notamment du droit romain), toutes les informations, de date ou de contenu, qu'elle leur a apportées, sur les magistratures, les lois, les institutions. L'imagerie des monnaies doit néanmoins s'évader d'une conception trop numismatique. Car la numismatique est étroite : spécialisée dans les espèces métalliques, elle se trouve plus ou moins rivée à l'ancien et néglige cette marée montante de papier qu'est la monnaie d'aujourd'hui. Elle court aussi le risque d'être superficielle, de rester à la surface des images, plus intéressée par ce que celles-ci représentent que par l'action qu'elles exercent dans le milieu social (2). Or, ce qui importe au droit monétaire, ce sont les fonctions dont l'image monétaire est chargée. Décrire des types, définir des genres, ce ne saurait être pour lui qu'une tâche préparatoire.

(1) Il est remarquable que l'un des premiers théoriciens de la numismatique, Ezechieel SPANHEIM, dans ses *Dissertationes de praestantia et usu numismatum antiquorum* (Amsterdam, 1671), n'ait pas fait figurer parmi les utilités de la numismatique l'intérêt qu'elle peut présenter pour la science du droit. Ce fut visiblement pour combler cette lacune que Jean Théophile HEINECCIUS de sa plume facile, écrivit en 1736 son *De usu et praestantia numismatum... in jurisprudentia*. La voie était ouverte à une exploration de la numismatique par le droit (ex. C.F. HOMMEL, *Jurisprudentia numismatibus illustrata*, Leipzig, 1763). Mais, pour être juste, dès avant lui, un auteur comme Jean SELOEN (*De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebreorum*. Liv. 2, C.6, liv. 6, C.17, 18 ; cf. *infra*, note 15), sans avoir traité la question dans son ensemble, avait su tirer de l'étude de certaines monnaies des observations juridiques très pénétrantes.

(2) À la vérité, dans quelques-unes de ses recherches, la numismatique contemporaine a fait apparaître, et de façon très suggestive, les fonctions de l'image monétaire (V. par ex. Michael GRANT, *Roman imperial Money*. Londres, 1953, et *Coinage history from coins*, Cambridge, 1958 ; cf. A.H.M., JONES, *Numismatics and History, Essays in Roman coinage (Mélanges Mattingly)*, Oxford, 1956, p. 13 et s. Mais c'est de fonctions sociologiques, psychosociologiques qu'il s'agit, rarement de fonctions juridiques.

La longueur des préparatifs, il est vrai, pourrait être décourageante, s'il fallait s'astreindre à un inventaire exhaustif. Il y a eu, il y a encore, à s'en tenir à la civilisation occidentale, en pièces et en billets, des milliers de modèles, dont les images, de surcroît, se multiplient par deux, avers et revers, recto et verso. L'à-peu-près est ici de rigueur. Il est un genre d'image monétaire qui a l'air de se détacher de tous les autres. Antique, bien que non pas primitif ; répandu, bien que non pas dominant. Et surtout qui attire les yeux, parce que l'image qu'il utilise, par définition même de droit public, est unique et singulière. C'est l'effigie du prince, au sens machiavélien, la figure du souverain monétaire. En regard, nous rassemblerons tout le reste : la foule des dieux et des héros, des hommes, des choses et des bêtes.

I. — L'EFFIGIE DU PRINCE

Qui a prétendu que la personnalité morale était invention d'intellectuels, inintelligible à la masse ? Il y a beau temps que la masse est habituée à rencontrer des personnes morales à l'obvers des monnaies. Cité antique ou république moderne, la meilleure preuve que l'État, le souverain monétaire collectif, existe en tant qu'être distinct, un de plusieurs, est que chacun peut en avoir le portrait dans sa poche. Par les instruments monétaires, la théorie juridique du *corpus mysticum* a été enseignée aux nations : il est clair que la personne morale est une femme (3).

La personne physique, le souverain monétaire individu, a eu bien plus de mal à se faire accepter dans l'imagerie des monnaies. Le premier César dut ruser avec la défiance républicaine (4) ; Henri II, avec la défiance féodale (5). Et il est remarquable que la personnalisation du pouvoir, où la science politique croit apercevoir une évolution décisive de notre époque, ne se soit encore manifestée, au moins dans les principaux pays — par aucune floraison d'idoles vivantes, sur les pièces ni sur les billets. Le régime de Vichy — pour ne citer qu'un exemple bien tempéré — après avoir à la volée semé des profils du chef de l'État sur ses timbres-poste, hésita à pratiquer sur ses monnaies la même opération. Pour de Gaulle le pas ne fut franchi (et timidement) qu'après sa mort. L'explication en est peut-être dans le scepticisme monétaire qui est une des clefs psychologiques de notre temps : quelque assurance qu'ils affi-

(3) Ce serait une hypothèse sans issue que de rapporter cet archétype à un matriarcat originare.

(4) Cf. Fr. LENORMANT, *Monnaies et Médailles*, p. 133.

(5) Dans son édit d'août 1548, le roi, pour justifier la substitution de sa « portraiture » à la croix antérieurement utilisée, allègue que celle-ci pouvait être confrefaite trop facilement. Cette justification technique ressemble à une précaution oratoire — comme s'il avait fallu désarmer une certaine hostilité à une affirmation de monarchie absolue (il serait plus hasardeux d'y entrevoir le souci de ménager les scrupules d'un parti iconoclaste).

chent de l'avenir, des gouvernants ne se soucient guère d'associer leur gloire, fût-ce par l'image, à un destin aussi discuté que celui d'une monnaie fiduciaire.

La monnaie de métal, surtout de métal précieux, était — *a priori* — un piédestal plus solide pour la glorification du prince. Une intention d'apothéose n'a jamais été absente des frappes à l'effigie du monarque (6). Si les napoléons laurés du passé n'en offraient plus qu'une forme affaiblie, laïcisée à la façon d'un hommage national, les pièces de la Rome impériale se reliaient à un mécanisme proprement théologique, celui-là même par lequel les successeurs d'Auguste furent progressivement divinisés. L'image participait du sacré qui enveloppait la personne — l'image monétaire au même titre que la statue élevée dans un lieu public. L'image monétaire, un peu grâce à son relief, c'était comme une statue portable, support d'un culte impérial subtilement obligatoire, culte individuel, interindividuel, voire collectif (puisque le marché est collectif).

Le phénomène ne resta pas sans conséquence juridique : le droit pénal monétaire s'en est trouvé durablement influencé. À travers les constitutions impériales, on voit se développer une conception mystique du faux-monnaillage (7) : le fondement de la répression n'est plus la lésion des intérêts privés, l'espèce de vol au préjudice de *l'accipiens*, c'est l'offense faite aux effigies sacrées, *aeternales vultus* (8), l'espèce de sacrilège. Cette idolâtrie, l'Ancien Droit n'eut aucune peine à la reporter sur ses monarques de droit divin ; et toujours en contemplation de l'image, il fit de l'infraction un crime de lèse-majesté (9). Nous n'avons plus de majesté, plus de droit divin, mais notre législation a-t-elle rejeté toute trace de mysticisme ? Que le Code de 1810 ait classé la fausse monnaie parmi les crimes contre la chose publique ; qu'il y ait attaché des menaces d'une sévérité extraordinaire, à peine adoucies en 1832 (10) ; qu'entre les deux guerres, qui plus est, de nouvelles incrimina-

(6) Cf. LENORMANT, *op. cit.*, p. 129.

(7) V. Ph. GRIERSON, *The Roman Law of counterfeiting, Essays in Roman coinage (Mélanges Mattingly)*, Oxford, 1956, p. 240 s. L'auteur souligne, du reste, que ce développement concerne avant tout les monnaies d'or, les seules qui fussent assimilables aux statues consacrées de l'empereur.

(8) L'expression se trouve au Code de Justinien, I 1, 11, 3.

(9) Un texte de Paul (*Sentences*, 5, 25, 1) semblait restreindre l'application des peines prévues pour le refus d'espèces au seul cas où la monnaie était revêtue de l'effigie impériale. On en vint, plus généralement, à admettre que la présence d'une image souveraine était la condition nécessaire de toute répression en matière monétaire. Condition fertile en casuistique dans les nations morcelées (on en peut voir des exemples, pour l'Allemagne, dans les *Observationes selectae* de BOEHMER sur la *Practica criminalis* de CARPZOV, partie I, questions 42, n° 44 et 43, n° 19).

(10) D'où les critiques des libéraux : V. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 1836, t. 3, p. 162 s.

tions monétaires aient encore vu le jour (11), des incriminations à résonance patriotique (baisse des devises nationales, ébranlement de la confiance dans la solidité du franc) — autant de faits qui pourraient bien n'être explicables que parce qu'il a subsisté, au tréfonds de l'âme populaire, une vénération adorative pour les visages éternels, même si ces visages ont changé (12).

Icône sous un certain aspect, l'effigie du prince est signe sous un autre (13). Signe, signature (14). Plus parlante qu'une signature en ce qu'elle est compréhensible même aux illettrés, l'image monétaire est chargée de la même énergie juridique : elle est, comme elle, affirmation de la personnalité de l'émetteur, c'est-à-dire, tout à la fois, procédé d'identification et manifestation de volonté. Aussi sera-t-elle perçue et reçue dans la circulation, tantôt comme un certificat de garantie par lequel le *représenté* déclare prendre à son compte l'assertion, coutumière ou légale, du poids et surtout du titre de métal précieux, tantôt, s'il y a monnaie fiduciaire, comme une promesse par laquelle il s'oblige à rembourser en métal précieux les instruments monétaires, ou du moins à les reprendre de ses propres débiteurs pour la valeur faciale exprimée. Atteinte à la *confiance* publique, c'est sous cette incrimination générique que, dans le nouveau Code pénal de 1992 (art. 442-1 et suivants), est réprimée la fausse monnaie.

Mais le signe, également, c'est la marque, et celle-ci, apposée aux objets mobiliers, est suivant les coutumes les plus anciennes la preuve d'un droit de propriété. D'ailleurs, l'image n'est-elle pas la représentation magique de la personnalité ? et ce qui fonde métaphysiquement l'appropriation, n'est-ce pas l'imprégnation de la chose par la personne ? La plus fameuse théorie du droit monétaire est descendue de là : que la monnaie est la chose du prince parce que celui-ci y a empreint son image. Et voici les corollaires pratiques : la monnaie aura beau passer de main en main, l'émetteur y retiendra un droit de propriété, une sorte de domaine éminent, ce qui lui permettra, à tout moment, de retirer les espèces, de les atteindre de décri, d'en muer l'alliage ou le pouvoir libérateur. C'est comme parole d'évangile que s'est introduit ce raisonnement iconographique : s'il est juste de payer l'impôt à César, c'est que les deniers

(11) Loi 12 février 1924, art. 2 - 1°, puis loi du 18 août 1936, art. 1^{er}, réprimant les atteintes au crédit de la nation.

(12) On pourrait citer encore deux arrêts symptomatiques : Bruxelles, 28 nov. 1817 : S. chr. et la note (une pièce n'est réputée protégée par l'art. 132 C. pén. qu'autant qu'elle porte l'empreinte reconnaissable du souverain dont elle émane); Crim. 5 mars 1837, S. 38, 1, 171 (l'effigie du prince est le type dominant, décisif pour fixer la nationalité de la pièce contrefaite, lorsque celle-ci présente un avers français et un revers étranger, ou inversement).

(13) Cf. la dissertation inaugurale très fouillée de Jean BUYSKES, *De jure monetae*, Leyde, 1753, C. 4, § 6.

(14) *Vultuve principum signatam monetam...* (Paul, *Sentences*, 5, 25, 1).

avec lesquels on l'acquitte appartiennent déjà à César ; et la preuve qu'ils sont à lui, c'est qu'ils portent son image (15).

Aujourd'hui, le raisonnement est un peu oublié, mais les conclusions pratiques ne le sont pas : ce sont celles de la théorie étatique, *alias* nominalisme monétaire (et certes, on pourrait dire aussi bien effigialisme).

(15) Le récit se retrouve, mais non pas en termes identiques, chez Matthieu (22 : 15-22), Marc (12 : 13-17) et Luc (20 : 20-26). Il a, quant au rôle de l'image, donné lieu à plusieurs interprétations. Encore laissons-nous de côté les commentaires théologiques, faciles à imaginer sur le motif fondamental : que le diable aille au diable ! Le Mammon retourne au Mammon (Cf. O. CULMANN, *Dieu et César*, 1957, p. 39) ! il faut se débarrasser le plus vite possible de l'instrument d'un culte idolâtrique (cf. *supra*, p. 388) ! Nous nous en tenons aux explications qui présentent un caractère juridique.

1° L'image a été envisagée par Jésus comme marque de *propriété*, preuve d'un véritable droit réel grevant les pièces au profit de l'empereur. Il a ainsi sanctifié la théorie domaniale de la monnaie. Cette théorie, qui semble avoir été un lieu commun au Moyen Âge, nous est surtout connue par la réfutation qu'en a faite l'évêque Nicole Oresme, sous le règne de Charles V (cf. BRIDREY. *Nicole Oresme*, thèse Caen, 1906). On y apportait quelquefois une précision, qui était une nuance : la monnaie, mesure des valeurs, devait être soumise au même régime de domanialité que les autres instruments de mesure (par exemple les balances publiques). Objection historique contre cette première explication : elle transporte sous le Principat une décomposition de la propriété qui est typiquement féodale.

2° L'image a été envisagée par Jésus comme *l'apparence du pouvoir*. L'émetteur de monnaie est, par le fait même, en possession de la souveraineté, souverain apparent : il y a lieu, à tout le moins, de lui accorder une reconnaissance *de facto*. C'est l'opinion de GROTIUS (*De jure belli ac pacis*, liv. 1, C. 4, § 20). L'anachronisme consiste, cette fois, à supposer dans la Judée du 1^{er} siècle les analyses d'un droit public déjà raffiné.

3° L'image a été envisagée par Jésus comme l'indice d'une monnaie spécialisée – spécialisée dans un *emploi fiscal*. Il faudrait s'attacher à la rédaction de Matthieu, qui est la plus technique (l'évangéliste n'était-il pas un ancien percepteur ?). Ce n'est pas de n'importe quelle pièce qu'il y est question, mais de la monnaie du cens, *to nomisma tou kensou*. On entendait par là une monnaie spécialement frappée en vue du paiement de l'impôt, lequel devait être acquitté obligatoirement sous cette forme. L'autorité impériale l'émettait dans certaines provinces, non point pour alimenter la circulation intérieure, à laquelle il continuait d'être pourvu par des émissions indignes, mais pour solder ses dépenses civiles et militaires, à charge de la reprendre plus tard en règlement du cens dont chaque sujet lui était redevable. Ainsi, plutôt que d'une monnaie ordinaire, à cours légal indéfini, il s'agissait d'une monnaie restreinte, ayant seulement ce que l'on nomme un *cours de caisse* (étant acceptée seulement dans les caisses publiques), ou, si l'on préfère, d'un bon de réquisition accompagné d'un crédit d'impôt. Le sens de la parole aurait alors été le suivant : ce qui est timbré comme crédit d'impôt ne pouvant servir qu'à payer l'impôt, autant l'employer à cela (faites de nécessité vertu). Telle est l'interprétation que développe SELDEN (*op. cit.*, liv. 6, C. 17) avec un grand appareil d'érudition.

Suite note 15 page suivante

II. — VARIÆ FIGURARUM CAUÆ

De l'affirmation de personnalité qu'était *de prima facie* l'effigie souveraine, le reste de l'imagerie monétaire est vide. L'usager peut, il est vrai, y discerner une intention (comme l'automobiliste dans les panneaux de signalisation). Mais c'est une intention contenue, implicite, indirecte, qui ne peut être extraite de la représentation figurée qu'au prix d'un raisonnement intermédiaire. Une induction est nécessaire de l'image au souverain : *l'accipiens* doit se dire que l'image a été choisie par une autorité, gravée sur l'ordre de celle-ci, et que cette attitude a pour explication la plus probable une intention sous-jacente de retenir des droits et d'assumer des responsabilités dans la circulation de l'instrument monétaire. De l'effigie du prince aux autres figures, la différence est comme de la volonté expresse à la volonté tacite — volonté monétaire, s'entend.

Ainsi, c'est dans une relation sémantique au souverain que se constitue l'imagerie monétaire. Ce qui la définit, c'est le pouvoir qu'elle a d'évoquer l'État, la société, le pays. Très souvent, la relation est évidente, le pouvoir d'évocation presque immédiat. Quand, sur les monnaies athéniennes, apparaissaient la déesse éponyme d'un côté, la chouette totémique de l'autre, c'était la cité elle-même qui était perçue du premier coup d'œil. Le coq, chez nous (16),

La ligne générale nous en paraît plausible. Toutefois, faisant réflexion que, d'après la critique, la rédaction des Évangiles a été plus tardive que ne le soupçonnait Selden, nous serions tentés d'entendre dans les récits synoptiques, et singulièrement dans la version de Matthieu (écrite vers l'an 80), l'écho surajouté d'événements monétaires précis, postérieurs à la vie de Jésus. Avant la guerre de Judée, les Juifs, en quelque lieu qu'ils se trouvaient, devaient verser une capitation au temple de Jérusalem (*Exode*, 30 : 11 s.). Ils s'en acquittaient au moyen d'une monnaie nationale, dont l'imagerie est connue (ex. GRANT, *Coinage History*, Planche 15, n° 1) : à l'avers, l'omer, le vase qui avait servi à mesurer la manne (*Exode*, 16 : 32 s.) ; au revers, la verge fleurie d'Aaron (*Nombres*, 17 : 8) ; donc des objets cultuels, qui étaient disposés dans le Temple (ce qui venait du Temple y retournait). Après la destruction du Temple en 70, Vespasien ordonna que ce cens serait désormais versé au Capitole (Flavius Josèphe, *De bello Judaico. Liv. 7, C - 27*). Et une monnaie fut frappée à cette fin (GRANT, *op. cit.*, Planche 15, n° 2) : au revers, sous la légende *Judaea capta*, une figure de captive, tristement affaissée au pied de ce palmier qui, dans la symbolique romaine, a pour fonction de représenter la Judée. Les patriotes d'Israël devaient éprouver une indignation particulière à manier cette pièce : n'était-ce pas faire acte de soumission ? reconnaître la victoire du Romain ? La réponse mise dans la bouche de Jésus prend alors toute sa signification. Montrez-moi la pièce *par le dessus* (ἐπιδείξατέ), c'est-à-dire par son avers, sans vous inquiéter de ce qui est au revers. Vous y verrez l'image et le nom de César : il est naturel que ce qui vient de César lui fasse retour (comme par un automatisme régulateur, expliquerions-nous à présent).

(16) Au revers des dernières pièces d'or émises chez nous, ou de certaines monnaies divisionnaires. Totem à base de calembour (*Gallus, Gallia*), qui n'eut pas de prolongement lorsque la Gaule, pour un temps, devint gaulliste.

n'est-ce pas d'emblée la France ? (17). La symbolique religieuse, qui a été si fréquente — les croix ou les Saints-Georges — ne devait pas requérir plus ample effort de lecture à une époque où il était article de foi que toute puissance venait de Dieu, la monétaire comme les autres. Maintenant, nous pratiquons sur nos billets la série des grands hommes ; il y faut un peu plus de réflexion, mais, les souvenirs scolaires aidant, il n'est guère d'esprits qui, de ces figures historiques, ne sachent remonter à la nation historiée. Pas plus qu'il n'y a de perplexités prolongées devant le bric-à-brac traditionnellement financier. Mercure et la Fides, la corne d'abondance et l'épi de blé ; le bon peuple devine que ce sont là fréquentations ou accessoires de princes, et partout où il les rencontre, il s'attend à voir passer le bien public.

L'image des monnaies vaut donc, en général, comme signe, proche ou lointain, de la souveraineté monétaire. L'erreur serait d'y voir une simple illustration, surabondante, d'une affirmation de souveraineté qui serait ailleurs : dans la suscription, la légende écrite, c'est-à-dire cet ensemble de mots et de chiffres constitué par la qualité de l'émetteur, l'indication de la quantité d'unités monétaires, éventuellement la date et la signature, etc. La preuve que l'image monétaire fait partie intégrante de cette affirmation de souveraineté qui est l'essence même de la monnaie, c'est qu'il suffirait qu'elle fût contrefaite pour qu'il y eût, par exemple, contrefaçon de billet de banque, punie par l'article 139 du Code pénal, lors même le faussaire n'aurait rien reproduit des mentions littérales d'un billet (18). Tandis que la seule imitation de ces mentions, et notamment des signatures, si elle ne s'accompagnait d'aucune repro-

(17) Le bestiaire des monnaies ne relève pas tout entier d'une explication totémique. L'allégorie religieuse y a joué un rôle (ainsi pour l'agneau de saint Louis). Quant au bétail des monnaies archaïques (tel le fameux bœuf athénien), nul doute qu'il ne faille y voir les vestiges d'une période antérieure à la monnaie frappée, où les animaux domestiques tenaient lieu d'instruments d'échange (par exception, dans ces monnaies, l'image n'est pas une référence au souverain, plutôt un idéogramme de la quantité).

(18) Les faits ne pourraient, du reste, être poursuivis comme constitutifs d'un faux en écriture, car, selon l'opinion dominante, cette incrimination est inapplicable à l'altération de ce que l'on pourrait appeler l'écriture idéographique (GARRAUD, *Traité théor. et prat. de droit pénal*, t. 4, n° 1362). — Semblablement, un État violerait le droit international monétaire s'il utilisait les images monétaires d'un pays étranger, même sous un libellé qui lui fût propre (variété de fraude que l'Antiquité paraît avoir connue : cf. LENORMANT, *op. cit.*, p. 145 s.). — Réciproquement, un État a le droit d'employer les images lui appartenant dans toute l'étendue de son système monétaire, sauf à respecter l'obligation de droit public qui lui incombe d'empêcher (par des différences de métal ou de module) des confusions, au détriment des usagers, entre instruments de valeur différente. — Enfin, ce n'est pas seulement l'identité de l'image monétaire, mais sa ressemblance, sa physionomie générale, qui est censée être la propriété du souverain monétaire, en ce sens qu'il est interdit de fabriquer ou de distribuer des pseudo-monnaies à des fins d'amusement ou de publicité, des objets qui, sans être la reproduction exacte d'une monnaie, peuvent en donner l'impression visuelle. (v. Code des instruments monétaires de 1952, art. 37 et 38).

duction de l'image, ne saurait tomber sous le coup de l'incrimination monétaire (19).

Que l'imagerie des monnaies ait ainsi pour fonction principale de contribuer à des effets de droit, n'empêche pas qu'on lui puisse attribuer des fonctions secondaires, d'une toute autre sorte, et dont elle s'acquitterait comme surabondamment. À ceux qui ont charge des fabrications, et qui sont avant tout inquiets du faux-monnayage, il ne paraît pas que l'image monétaire puisse avoir de plus noble fin que de décourager les imitateurs, et c'est à cela que lui sert d'être fine, riche, belle. La sociologie, par d'autres raisons, enseigne le même souci d'esthétique : c'est qu'une meilleure ornementation des monnaies les rend plus efficaces dans leur fonction sociologique de communication. Car elles sont un des plus vieux *mass media* du monde. C'est par elles que, jadis, l'État a pu informer ses provinces les plus reculées, convaincre ses sujets les plus revêches, des avènements et des événements (20). Assurément, en notre siècle, l'imagerie monétaire est concurrencée par bien d'autres canaux de connaissance et de propagande, ne seraient-ce que les vignettes postales, d'une technique plus souple. Son lent renouvellement la met hors jeu quand il faut suivre de près l'actualité. Elle prend, pourtant, sa revanche par d'autres côtés : parce qu'elle est faite pour être contemplée et non pas aperçue ; parce qu'elle joint la persuasion du toucher à celle des yeux ; parce qu'elle est la seule à pouvoir, la maligne, se présenter avec de l'argent plein les mains. Et quel illustré pourrait se vanter, chez nous, d'être tiré à cinquante millions d'exemplaires au bas mot ?

Où il y a un défaut dans ces recherches de psychosociologie, c'est qu'après avoir considéré l'imagerie des monnaies comme le support possible de messages monétairement indifférents, on semble se désintéresser de l'action psychologique spécifique — spécifiquement monétaire — dont elle serait capable. La raison en est peut-être que nos experts financiers ne sont pas eux-mêmes très au clair, quant aux objectifs vers lesquels il conviendrait de diriger cette action (21). Par l'embellissement et la multiplication des types, on pourrait projeter de susciter une vogue des collections de papier-monnaie, au degré de passion qu'a atteint la philatélie, ce qui procurerait au Trésor le bénéfice d'une inflation d'ailleurs parfaitement neutralisée. Mais, plus vraisemblablement, il s'agirait de glisser dans l'image monétaire un de ses *hidden persua-*

(19) Étant d'ailleurs entendu qu'il pourrait alors y avoir faux en écriture.

(20) Cf. M. GRANT, *Coinage*, p. 11 s.

(21) VOLTAIRE (*Histoire de Charles XII*, livre huitième) relate l'erreur de psychologie qui conduisit le baron de Goertz à l'échafaud. Dans une Suède dont les finances étaient aux abois, ce ministre de Charles XII crut faire passer plus facilement des émissions d'un billon qui ne valait pas cher en agrémentant les pièces des figures entraînant des dieux de l'antiquité, Jupiter, Mars, Saturne, Phœbus... Le seul résultat qu'il obtint fut de faire retomber sur sa tête, après l'accusation de faux-monnayage, celle d'athéisme.

ders, de ces persuasifs cachés, dont Vance Packard a fait théorie. Mais que persuader ? Le concept même d'une publicité monétaire est encore inconsistant (22) et comme teinté d'humour : vaudrait-il mieux créer un adjuvant psychique au cours légal, en pénétrant *l'accipiens* d'un sentiment d'euphorie ? ou dissoudre l'esprit de thésaurisation, en communiquant au détenteur des espèces un dégoût secret ?

La publicité monétaire pourrait commencer aux images que la monnaie donne d'elle-même. Car il lui arrive de faire son autoportrait — comme à tous les artistes, moins par manque de sujets, sans doute, que par ascèse d'introspection. Nous pensons, en particulier (23), à ce revers romain (24) où s'avancent trois silhouettes un peu mystérieuses : les trois sœurs, les trois *Monetae*, celle de l'or, celle de l'argent, celle du bronze, chacune tenant une balance à la main, sous la légende de *l'aequitas* (25). Allusion administrative : chaque métal avait son triumvir monétaire, qui devait peser les pièces à l'émission afin d'en attester la bonté au public (26). C'était déjà cette procédure si remarquable que l'Ancien Droit devait restaurer et qui garda son importance jusqu'à l'invasion de la fiduciaire (27), le jugement des monnaies par une magistra-

(22) Voyez, cependant, comme notre Banque émettrice, dans sa série courante des Voltaire et des Bonaparte, des Racine et des Victor Hugo, sut s'y prendre pour rassurer son public, lui donner des idées de vie paisible, et, si l'on ose dire, d'épargne-logement : tous ces grands hommes, dont l'existence mouvementée aurait pu être en soi un sujet d'inquiétude, sont adossés à des demeures de pierre, bien solides. À qui objectera Delacroix sur fond de barricades, on répliquera par Pascal méditant à Port-Royal des Champs. — À l'approche de la mie en circulation de l'euro entre particuliers (1^{er} janvier 2002), des efforts de publicité ont été esquissés, dans chaque pays de l'Union, afin de familiariser les esprits avec l'emploi d'une monnaie étrange plus encore qu'étrangère. Efforts tardifs et timides, propres à nourrir les doutes, à moins que la Banque Centrale Européenne n'envisage pour la monnaie unique d'autre avenir que de monnaie virtuelle à usage international, en accord avec la conception anglaise de l'Europe comme simple espace de libre-échange.

(23) Sur d'autres représentations romaines de la *Sacra Moneta*, V.H. GRANT, *Roman imperial Money*, p. 199, *Coinage*, planche 5, n°S 6, 7 (effigie de *Juno Moneta*, de Jupiter, d'Hercule ; images d'instruments de fabrication).

(24) M. GRANT, *Coinage*, planche 5, n°S 4 et 5 (à l'avant Probus et Maximien, fin du III^e siècle).

(25) Sur le sens de cette invocation de *l'aequitas publica*, *aequitas Augusti* en matière monétaire, v. M. GRANT, *Roman imperial Money*, p. 254 (parfois, c'est la *Justitia* qui est invoquée, *ib.*, p. 203).

(26) Les *tresvin monetales*, *Auro Argento Aeri flando feriundo*. Une de leurs caractéristiques était d'être jeunes (sous l'Empire, on en vit qui n'avaient que dix-huit ans) : c'était un poste de début dans la carrière des magistratures, et la candeur pouvait sembler une garantie de plus.

(27) Sur le jugement des monnaies, cf. BOIZARD, *Traité des Monnaies*, Paris, 1692, 3^e partie, pour l'Ancien Droit, et pour le droit nouveau, la loi du 7 germinal et l'arrêté du 10 prairial an XI, puis l'ordonnance du 26 décembre 1827. Ces derniers textes, en substituant une *Commission* des monnaies à l'Ancienne *Cour* des monnaies, donnèrent à penser que la vérification n'était plus qu'un acte administratif (Cf. MERLIN, *Répertoire*, V. *Monnaie*, § 3, art. 1). Ils continuaient, pourtant, à parler de jugement, et la notion d'acte juridictionnel répondait probablement mieux à l'originalité du système.

ture indépendante (que n'avons-nous de nos jours une Cour des monnaies qui puisse condamner une émission de papier pour insuffisance de pouvoir d'achat ?). Il était beau, en tout cas, que la monnaie se fût peinte sous les mêmes traits que la justice ; significatif d'une parfaite transparence qu'elle se présentât à la cité en disant : Quand je me vois, je me vois qui me vois moi-même (28).

*
* *

Si de l'imagerie des monnaies, on devait constituer un musée imaginaire, nul doute que l'impression dominante serait d'un classicisme sans fantaisie. Le genre monétaire est un de ces jardins publics où le style académique continue de s'ébattre, et à coup sûr, le seul art qu'on y rencontre est un art figuratif — figuratif et heureux de l'être. Il est, tout de même, surprenant qu'à notre époque, pour donner une expression au bien abstrait par excellence, l'art abstrait n'ait pas été sollicité, semble-t-il (29). Alors que l'ambition ne se dissimule pas d'élever le peuple à des formes d'art nouvelles que n'a été mis à profit ce banc d'essai national ?

Nous ne pouvons croire à une crainte administrative du faux-monnayage, au prétexte que les formes nouvelles seraient à imiter trop faciles : l'objection aurait quelque chose de désobligeant pour les Abstraites. Le vrai est plutôt que la monnaie, dans son essence, n'a pas su encore les inspirer. Devraient-ils

(28) Cette pesée publique, à l'émission, ne supprimait pas l'intérêt de la pesée privée, en cours de circulation, car les espèces avaient pu être altérées en chemin. Elle la rendait, toutefois, moins nécessaire. Le développement de la pesée privée à partir du Moyen Âge s'explique par le désordre monétaire croissant et par une défiance aiguë à l'égard des émetteurs. Le peseur d'or (qui est quelquefois une peseuse, preuve, s'il en était besoin, que l'indépendance de la femme ne date pas de 1965), est ainsi devenu un personnage familier aux peintres, spécialement Flamands ou Hollandais à cause de l'intensité du commerce, au XVI^e (Quentin Matsys, Jan Van Hemessen) et au XVII^e (Rembrandt, Salomon Koninck, Pieter de Hooch). Assez souvent, on a cru sentir dans ces tableaux une sorte de blâme jeté sur *l'auri sacra fames*. L'interprétation est probablement exacte pour quelques-uns (ainsi, pour le prêteur sur gages de Matsys, qui pourrait bien être un tricheur, marié à une sainte) ; mais on en a fait tant de gloses (Cf. SULZBERGER, *Bull. des musées royaux de Beaux-Arts de Belgique*, XIV, 1965) ! En général, cependant, l'intention moralisante paraît être ailleurs : à travers le mythe de la balance, elle porte sur l'indispensable justice des poids et mesures, justice qui est justesse. Il faut que toute mesure soit juste, et la monnaie elle-même est une mesure. S'il y a un blâme implicite, il s'adresse au prince, absent du tableau autrement qu'en effigie, parce que, par son improbité monétaire, il contraignait les particuliers à peser les espèces. La leçon n'est pas sans rapport avec la Bible (Lév. 19 : 35 ; Deuté. 25 : 13 s. ; Prov. II : 1, 16 : 11, 20 : 23), ni avec l'enseignement de Calvin (*Commentaire du Lévitique, Sermon sur le Deutéronome*).

(29) Par exception, les monnaies des États musulmans doivent à la prohibition coranique d'avoir été rejetées vers l'arabesque. Cf. sur l'arabesque, J. BERQUE, *À propos de l'art musulman : remarques sur le non-figuratif ; Normes et valeurs dans l'Islam contemporain*, 1966, p. 101 et s.

prendre le cercle pour motif, qui suggérerait la mobilité giratoire ? Ou bien, pour que nous rêvions au pouvoir d'achat indifférencié, des lignes de force s'échappant en cône, à la recherche de toutes les bonnes choses de ce monde, dans leur souriante variété ? Les critiques y éprouveraient, d'ailleurs, l'émerveillement des redécouvertes. Car le rond a toujours été une des plus élémentaires structures de la plastique monétaire, et quant au cône du pouvoir d'achat, ce pourrait bien être, sur un mode géométrique, la très vieille *comucopia*, simplement redressée et inversée — au lieu de l'abondante pluie tombée du ciel, la dure conquête partie de l'homme. Ce qui illustrerait cette observation que l'abstraction la plus moderne était latente sous la figuration la plus traditionnelle, ou si l'on préfère, que le figuratif est un abstrait qui a dégénéré en s'enrichissant. Reste, toutefois, cette dernière essence de la monnaie, sa fragilité — *fragilis pecunia* — non pas de verre, mais de neige. La symbolique ancienne n'offre pas de précédents, et il n'est pas certain qu'il plairait beaucoup au souverain monétaire d'ouvrir un concours sur ce sujet-là. Celui qui passe commande de son portrait est-il jamais assez revenu de tout pour souhaiter que la peinture laisse pressentir, par des ombres, ce qu'à la fin il deviendra ?

Chapitre II

NΟΜΟΣ, ΝΟΜΙΣΜΑ : LA MONNAIE EN QUÊTE DE SON DROIT

Ne faut-il pas des lois pour mesurer les mesures ?

Ne faut-il pas un « Droit monétaire » ? Mais l'expression, inhabituelle en France, a besoin d'être justifiée. Une définition tentante par sa simplicité : que le droit monétaire est l'ensemble des règles de droit, public ou privé, qui ont la monnaie pour objet. Elle suffira pour recouvrir une partie notable de la matière ; ainsi, en droit public les lois créant une unité monétaire idéale et la nommant, attribuant cours légal à un instrument monétaire, en édictant l'émission ou le retrait, etc, et même en droit privé une disposition telle que l'art. 1895 C. civ., que l'on peut analyser comme réglant l'exécution d'un contrat qui porte lui-même sur de la monnaie. Mais il faut pousser plus avant. D'une loi qui vient annuler les clauses de paiement en nature insérées dans certaines conventions, ou bien encore, d'une loi qui revalorise, après une dévaluation profonde, certaines créances de sommes d'argent, on ne peut dire qu'elles aient la monnaie pour objet, elles ont, cependant, pour ressort le droit monétaire.

À la limite, tout ce qui est patrimonial est virtuellement monétaire. Considérons l'art. 860 C. civ., tel que l'a rédigé la loi du 3 juillet 1971 : il dispose que, pour être rapportés en valeur à la succession, les biens donnés par le de cujus à un successible devront être évalués au jour du partage et non pas de la donation. La monnaie est implicite dans une telle disposition. Si l'on réfléchit que des dommages-intérêts — qu'il faut évaluer — sont sous-jacents aux dysfonctionnements de toutes les institutions, on est amené à penser que la monnaie est partout à l'état virtuel. Et le dommage moral ? objectera-t-on. Mais la condamnation au franc symbolique n'est-elle pas le plus bel hommage rendu au droit monétaire ?

I. — LE PARTICULARISME DU DROIT MONÉTAIRE

Droit public ou droit privé ? Il est devenu banal de dénoncer ce que la distinction a, en général, d'artificiel. On pourrait, à la rigueur, faire entrer dans le

droit public (constitutionnel, administratif, financier, selon les cas) ce que l'on appelle ordinairement le *système monétaire*, c'est-à-dire la fabrication, l'émission, le cours légal ou forcé des espèces, le contrôle des changes, etc. Mais la réciproque ne serait pas exacte : il n'existe pas de droit monétaire qui soit droit privé à l'état pur. C'est que les rapports de droit monétaire sont des rapports triangulaires, où les particuliers ne sont jamais seuls entre eux, parce que l'État y est toujours présent. Une présence qui, de nos jours, est rendue manifeste par le papier-monnaie — même si, à l'inverse, le développement des monnaies scripturales (du chèque à la carte de crédit) paraît amorcer une privatisation du système. Mais, à la vérité, ce n'est pas tant dans les instruments monétaires que dans l'unité monétaire idéale qu'il faut chercher le point sensible. C'est en agissant sur l'unité idéale qu'un État — ou une communauté d'États (en faisant un pari optimiste sur l'Europe et sur l'euro) — affirme, pour l'essentiel, sa souveraineté monétaire. Et cette action, qui est de droit public, n'est nullement liée à l'interventionnisme, au dirigisme économique de notre siècle : elle remonte à la conception mystique, puis féodale, puis régaliennne, qui a constamment fait de la monnaie la chose du prince.

Les branches du droit qui, au cours des siècles, se sont séparées du vieux tronc du droit privé — le droit maritime par exemple, ou le droit minier — assoient volontiers leur prétention à l'autonomie, leur *particularisme*, sur cette considération qu'elles ne sont exclusivement ni droit privé, ni droit public, mais renferment dans leurs institutions un mélange des deux. Si un droit pouvait prouver son autonomie à si peu de frais, ce serait déjà un motif pour déclarer autonome le droit monétaire. Celui-ci, cependant, peut se prévaloir de meilleures raisons.

Quand une matière juridique s'érige en discipline distincte, c'est souvent pour des causes très pratiques : l'attraction exercée par la juridiction qui en avait monopolisé le contentieux (s'il y a un droit maritime, n'est-ce pas, en partie, parce qu'il y a eu des amirautés ?), ou bien la nécessité, ressentie par des professionnels, de trouver, commodément groupées, les réglementations très diverses qui peuvent intéresser une même profession (à l'existence d'un droit rural, d'un droit de la presse, faut-il chercher d'autre origine ?). Des raisons de ce genre ont pu agir, à travers l'histoire, pour la constitution d'un droit monétaire. Le droit monétaire, en tant que corps de règles pratiques, était postulé par les besoins professionnels de tous ceux, changeurs et banquiers, qui avaient à opérer sur les monnaies, et il a dû achever de prendre conscience de lui-même grâce à l'unité de contentieux qu'il trouva à partir d'une certaine époque, dans l'établissement des Cours des monnaies.

Mais l'existence du droit monétaire en tant que discipline autonome peut être, aujourd'hui, fondée plus scientifiquement, du dedans en quelque sorte, par l'examen du contenu. Deux traits essentiels empêchent le droit monétaire de se confondre avec aucune autre branche du droit.

a) C'est d'abord la nature, irréductible à toute autre, de la monnaie. Il ne suffit pas de dire que la monnaie a une nature particulière. Cela est vrai, peu ou prou, de n'importe quelle chose et justifierait au maximum un particularisme atténué de son statut. L'exploitation agricole a une nature particulière, les forêts aussi : c'est pourquoi, le droit rural, le droit forestier peuvent se prévaloir d'une certaine autonomie. Mais la monnaie est un bien qui n'est comparable à aucun autre, car c'est, en même temps qu'un bien, l'ombre de tous les autres, sa vocation étant de les remplacer tous. Cette aptitude à doubler les autres biens, cette fongibilité absolue, cette plus que fongibilité, si l'on ose dire, imprime à la monnaie une originalité sans pareille, qui se communique à l'obligation de somme d'argent et, par-delà, à toutes les opérations d'appropriation, de circulation et d'évaluation monétaires.

b) C'est, en second lieu, à la nature de ses règles — du moins de celles qui sont les plus actives — que le droit monétaire est redevable de son autonomie. Il ne s'agit pas simplement, en effet, de règles qui ont été extraites du droit public ou du droit privé parce qu'elles se rapportaient, de près ou de loin, à la monnaie. Le droit monétaire, dans l'une de ses fonctions, possède cette originalité suprême de n'être pas un droit matériel, substantiel, un ensemble de règles de fond, mais bien plutôt un *droit de mise en œuvre* de tous les autres droits. On connaît cette distinction cardinale entre les disciplines juridiques : d'un côté, les droits de fond, substantiels, matériels, tels que civil, commercial, social, etc. ; de l'autre, les droits de mise en œuvre, qui, sans régir eux-mêmes une matière, constituent des modalités d'application des règles de droit qui la régissent, ainsi la procédure, le droit des preuves, le droit fiscal de l'enregistrement, ou bien encore (dans une perspective différente, mais combien suggestive) les droits de conflits de lois, que ce soit dans le temps ou dans l'espace. Le droit international privé et le droit intertemporel sont des droits qui, sans message propre, se contentent de distribuer le tour de parole entre les droits que les parties veulent faire parler. Le droit monétaire leur ressemble beaucoup en cela. Une de ses missions principales est de proposer des normes de compétence. L'hypothèse étant que deux monnaies, l'une nationale, l'autre étrangère (1), auraient *a priori* égale vocation à évaluer un même rapport de

(1) Ou même, par exception, deux monnaies nationales, car il se peut produire, dans un pays, une dissociation de système monétaire. Telle est la situation résultant de ce que, malgré la substitution légale du franc lourd au franc ancien depuis 1960, celui-ci a longtemps continué à être *de facto* en usage en tant qu'unité de compte. L'image pouvait ici valoir coutume, coutume *contra legem*. Pour beaucoup de Français, c'était comme s'ils participaient simultanément à deux systèmes monétaires et, par là, à deux systèmes juridiques. Ils passaient, mentalement, suivant les moments, d'un système à l'autre : d'où, quand ils faisaient un acte juridique chiffré en francs, des difficultés d'interprétation que les tribunaux eurent à résoudre : ex. Civ. 1, 27 oct. 1970, D. 1970.458, note Pédamon ; Civ. 1, 12 janvier 1970, *J.P. : C.* 1970.2.16261 ; Civ. 1, 28 nov. 1973, D. 1975, 21 ; Pau, 3 mars 1981, *J.P.C.* 1982. 2.19706. Sur les noms monétaires à sens multiples, cf. *Mélanges Roger Secrétan*, Lausanne, 1964, p. 9 et s.

droit, ou bien qu'à l'intérieur d'un même État, la monnaie, en fait ou en droit, a changé — soit par altération de son pouvoir d'achat, soit par dévaluation ou réévaluation légale — le droit monétaire va désigner la monnaie, ou le moment d'une monnaie, dont il convient de faire application suivant la matière en cause. Dans cet effort pour apporter à chaque type de conflit de monnaies la solution la plus rationnelle et la plus juste, c'est un *droit intermonétaire* qui est en train de se former.

II. — DU DROIT POSITIF AU DROIT NATUREL MONÉTAIRE

Dans le droit monétaire comme dans les autres branches du droit, la source par excellence du droit positif est la source écrite. Mais celle-ci se diversifie, et l'on sait que la Constitution de 1958, en son art. 34, énumère un certain nombre de matières réservées à la loi, parmi lesquelles il cite, d'un même souffle : « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie. » Une interprétation qui ne se résignerait pas à rester littérale pourrait et devrait comprendre sous le régime d'émission l'ensemble du droit monétaire, singulièrement les dévaluations, ainsi que le suggère de surcroît le rapprochement fait pas le texte entre la monnaie et l'impôt, car toute dévaluation renferme, au fond, un impôt levé sur les créanciers des collectivités publiques. Et quand bien même l'art. 34 ne saisirait pas le droit monétaire sous cette rubrique, il pourrait et devrait le rattraper un peu plus loin, au nom des « principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » : la stabilité de l'objet contractuel, entre autres, n'est-elle pas un principe fondamental du régime des obligations ?

La pratique, pourtant, est fort éloignée de ces vues. Si la réforme monétaire de 1959-60 a été opérée par des ordonnances ayant valeur de loi, en bien d'autres occasions c'est par un règlement, et même par beaucoup moins, que la décision a été prise (2). Ni devant le Conseil d'État, ni devant le Conseil constitutionnel, on ne semble, d'ailleurs, s'être soucié de construire une théo-

(2) Ex. un décret 69 - 890 du 24 septembre 1969 a autorisé la fabrication de nouvelles pièces de 5 F (de moindre valeur métallique) et un arrêté du 21 septembre 1969 en a fixé la composition, les caractéristiques et le type — toutes dispositions qui auraient paru ressortir au « régime d'émission de la monnaie », à moins que l'on ne réduise ce régime à la seule détermination des établissements émetteurs. Le principe de symétrie des formes commanderait de soumettre le retrait des cours légal à la même compétence législative que l'émission. Ici encore, cependant, on relève le laxisme de la pratique : les retraits sont décidés par arrêté et souvent avec des délais captieusement brevissimes pour l'échange des espèces démonétisées. L'échange franc contre euro se propose d'être plus honnête (un délai de dix ans). Toutefois, au-delà d'une certaine somme, il sera sous inquisition d'origine. Le vrai est que, sous couleur d'empêcher le « blanchiment de l'argent », le législateur contemporain a vidé la monnaie de son essence, la fluidité parfaite, par l'anonymat.

rie constitutionnelle de la monnaie pour en faire emploi dans l'art. 34 (3). Bien plus, les transformations qui ont affecté les politiques et les techniques monétaires ont poussé à la *délegalisation* du droit des monnaies. Le contrôle des changes, même s'il avait ses racines dans la loi (4), avec pour procédé de commandement des textes de nature indécise (5). Les dévaluations ne se sont plus faites par diminution du poids d'or définissant l'unité idéale, mais, avec une meilleure anesthésie, par simple changement de parités, que met en œuvre, hors de toute loi, la Banque de France (6). Bref, la garantie d'exclusivité législative que le Constituant de 1958 avait entendu conférer, dans l'art. 34, aux droits patrimoniaux des citoyens, s'est trouvée à peu près vidée de sa substance, s'agissant des droits patrimoniaux qui ont cette fragilité particulière — *fragilis pecunia* — de s'exprimer en argent.

Le laborieux échafaudage des textes de droit interne est, d'ailleurs, à veille de tomber au vent soufflant de Maastricht ; en deux étapes (1^{er} janvier 1999,

(3) Par ex. le Conseil d'État (12 février 1960, D. 60.263. note L'Huillier) a fait entrer dans le domaine réglementaire l'institution des sanctions tendant à protéger le monopole étatique de l'émission (en l'espèce, il est vrai, la question de droit monétaire fut masquée par le problème de droit pénal); le Conseil constitutionnel (27 novembre 1959, R.T., 1960, 332 ; 8 septembre 1961, D. 63.381 note Hamon) a exclu de la compétence législative la fixation des prix de certains produits agricoles, quoique ces prix, contribuant à former l'indexation (la clause valeur denrées) dont l'art. 812 du Code rural (a. L. 411 - 11 du Nouveau) assortit de plein droit les fermages, jouent dans le bail à ferme le rôle d'un véritable substitut de la monnaie.

(4) Ainsi la loi 66-108 du 28 décembre 1966 qui proclamait la liberté des relations financières avec l'étranger prévoyait (art. 2) la possibilité de rétablir par décret le contrôle des changes pour assurer la défense des intérêts nationaux, ce que devait faire le décret 68-1021 du 24 novembre 1968, lequel renvoyait pour les modalités d'application à des arrêtés du ministre de l'Économie et des Finances, précisés à leur tour par une circulaire (J.C.P. 1968.3. 34829). Telle était la pyramide des textes. Mais il était permis de se demander si cette liaison purement formelle suffisait à placer sous l'aile de l'article 34 des dispositions qui, concrètement, amputaient la monnaie de quelques-unes de ses qualités (libre circulation ; pouvoir libératoire).

(5) Du temps de l'Office des changes — dont les attributions avaient été transférées à la Banque de France par les *décrets* 59-1438 et 59-1440 du 21 décembre 1959, la volonté du souverain monétaire s'exprimait dans des *avis*. Leur nature juridique était controversée : les uns y voyaient des instructions de service, de portée purement intérieure (cf. R. PLAISANT D. 1974, chron. 129) ; les autres de véritables règlements (cf. Quermonne, note D. 1952. 454), des sources autonomes du droit monétaire. La Cour de cassation (Com. 22 avril 1980, D. 1981, 48 ; cf. VASSEUR, D. 1981, chr., 25 ; Gavalda/Stoufflet, J.C.P., 81, 1, 3048) a jugé que les avis de la Banque de France n'avaient pas le caractère de règlements, mais pouvaient créer des normes professionnelles (à l'intérieur de la profession bancaire).

(6) Ici encore, une vague racine de légalité, la loi du 4 août 1993, relative au statut de la Banque de France, art. 2 : « (La Banque) *régularise* les rapports entre le franc les devises étrangères... » Cette loi a été modifiée coup sur coup par une loi du 31 décembre 1993, destinée à mettre en affiche l'indépendance de la Banque. Mais cette indépendance ne signifie plus rien depuis que les banques nationales d'émission ont été intégrées à la Banque centrale européenne, ce dont a pris acte, pour la Banque de France, une loi du 12 mai 1998.

1^{er} janvier 2002), l'essentiel du droit monétaire de la France va se trouver transféré à Francfort, au pouvoir de la Banque Centrale Européenne. Mais, après comme avant l'avènement de l'euro, une question de fond demeurera : des textes de droit monétaire enfermant une monnaie pourront-ils jamais la mettre à l'abri de la maladie, de ses maladies congénitales ou de celles qui lui viendraient de l'extérieur par contagion ?

La Constitution des États-Unis (art. 1^{er}, sect. VIII, § 5) contient une disposition qui confère au Congrès « le pouvoir de battre monnaie, d'en arrêter la valeur, ainsi que celle des monnaies étrangères » : et l'on sait quelle est, dans la philosophie politique d'Outre-Atlantique la force tant de la Constitution que du Congrès. Rien de tout cela, pourtant, n'a empêché les dévaluations du dollar. C'est qu'il est relativement secondaire de choisir qui décidera, du législatif ou de l'exécutif, dans un domaine où l'expérience historique montre clairement que toujours « nécessité fait loi »... Ce qui peut signifier indifféremment qu'elle tient lieu de loi à l'exécutif s'il en manque, ou qu'elle dicte la loi au législatif s'il en faut une. Derrière les sources écrites, voici que resurgit la source coutumière (ignorée, si étrangement, par nos Constitutions). La coutume monétaire, quelques textes peuvent bien la supposer (les lois de cours forcé, l'art. 1895 C. civ.), mais elle vit en dehors des textes, tirant sa force de la pratique répétée et de *l'opinio necessitatis*. Et son premier mot est pour nous avertir que l'État a la maîtrise de la monnaie — avec ce corollaire de droit privé, qui colle au principe de droit public : que le risque monétaire, le risque de la dépréciation monétaire, tombe sur le créancier de somme d'argent, pour la raison irrécusable, universelle, que les États sont les plus grands des débiteurs.

Alors, sauve-qui-peut vers le droit naturel ! Même désarmé, il est capable d'intimider le droit positif en lui infusant mauvaise conscience. Mais existe-t-il un droit naturel monétaire (ou un droit monétaire naturel, impalpable est la nuance) ? La *crux juris* du droit naturel, en général, ce n'est pas tellement qu'il n'en existe pas, c'est qu'il en existe plus d'un. Le péril que nous courons tous est de transcender nos préjugés en droit naturel.

Le péril est très visible lorsque à la puissance de l'État monétaire on se borne à opposer le respect des droits subjectifs — la propriété privée, la liberté contractuelle — exaltés par la philosophie libérale. Devant la Cour suprême des États-Unis, en 1935, l'attaque contre la première loi de dévaluation, celle de Franklin D. Roosevelt, avait été portée sur ce terrain-là. Le pouvoir de régler la valeur de la monnaie, était-il soutenu, ne saurait aller jusqu'à autoriser un arbitraire tendant à la destruction des droits individuels que sacralisent d'autres parties de la Constitution. La thèse ne recueillit que quatre voix sur neuf (7). Les cyniques diront peut-être *qu'il fallait* qu'elle échouât, mais d'une

(7) Cour suprême des États-Unis, 18 février 1935, trois arrêts, *Revue de science et de législation financière*, 1935, 128.

voix seulement, afin que chacun fût à sa place, droit positif et droit naturel. Au fond, cependant, c'est une contradiction intrinsèque qui la condamne : à la monnaie qui est faite pour être une commune mesure entre tous les citoyens, on ne peut demander de se charger des droits *individuels*.

Aussi s'explique-t-on une autre tactique *jusnaturaliste*, dont, au XVIII^e siècle, dans l'École du droit de la nature et des gens, le Genevois Burlamaqui nous offre un modèle : au lieu de limiter la puissance du souverain par les droits concurrents des sujets, suggérer au souverain de se limiter lui-même. C'est ainsi que nous lisons chez Burlamaqui un catalogue de devoirs monétaires à l'adresse d'un État honnête homme — le moindre de ses devoirs n'étant pas celui qu'il a de ne se résoudre à dévaluer *qu'avec l'intention* de réévaluer dès que possible (8).

Très différent de ce droit naturel qui est une morale idéaliste, nous connaissons aujourd'hui un droit naturel qui, plus solidement, se veut *nature des choses*. Mais qu'est-ce que la nature des choses en fait de monnaie ? À entendre le général de Gaulle (9) dans les années 60, la restauration de l'étalon-or au cœur du système monétaire international eût été un retour à la nature des choses. Il serait téméraire de s'aventurer dans une discussion qui a divisé si âprement les économistes. Le tort de la doctrine métalliste, si tant est qu'elle en ait eu un, n'a été que de transporter dans les relations d'État à État une vérité qui n'était guère niable dans l'expérience des particuliers : savoir que l'or résiste mieux que le papier à l'omnipotence d'un souverain monétaire ; qu'il n'est pas loin de donner une représentation de la propriété *absolue*, détachée des lois et pouvant se passer de leur tutelle. L'État a beau alléguer qu'il demeure le maître, qu'il pourra toujours démonétiser, prohiber fonte et refonte, vente et achat : le démenti s'inscrit dans le cours marchand (blanc ou noir) de ces pièces auxquelles il prétend avoir retiré toute valeur. L'empreinte proclame en vain le droit positif ; le métal, par-dessous, accomplit le droit naturel.

Pas si naturel que ça, répliqueront les sages, ne confondez pas nature et culture. C'est par convention, donc par l'effet d'une culture, que les hommes ont attribué à l'or une valeur. L'état de nature, lui, a précédé toute monnaie. Ainsi, la seule institution qui, en fait de monnaie, soit de droit naturel est le troc — l'institution antémonétaire et antimonnaire. Et s'il y a un droit naturel monétaire, il ne garantit rien d'autre aux individus que la liberté de préférer l'échange à la vente. Encore faut-il avoir quelque chose à échanger. L'économie en nature est plus accessible à ceux qui restent près de la

(8) BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, 4^e partie, chap. XI. 15 et s. (l'édition originelle est de 1747).

(9) Et son conseiller monétaire, Jacques Rueff.

nature (10). *O fortunatos nimium... agricolas* : ils peuvent par l'autarcie plus aisément échapper au monétaire. À une époque où l'engouement de la Révolution pour Jean-Jacques (11) a reverdi en écologie, on ne serait pas étonné que le droit naturel eût cet avenir devant lui d'être un appel à fuir les villes pour fuir la monnaie*.

(10) La plus grande facilité avec laquelle les tribunaux (Req. 18 fév. 1929, D. H. 1929.113 ; Req. 17 mars 1929, D. H.1929.202 ; Req. 1^{er} août 1929, D. H.1929.441) ont admis jadis la validité de la clause d'échelle mobile dans le bail à ferme, alors qu'elle était encore contestée dans le bail à loyer (civ. 31 déc. 1928, S, 1930.1.41, note Hubert). S'explique certainement par l'harmonie aperçue entre l'économie en nature et « l'ordre éternel des champs ».

(11) Jean-Jacques Rousseau a manifesté son aversion pour la monnaie en maints endroits (*Confessions*, livre 1, éd. La Pléiade, 1, p. 37 ; *Fragments politiques*, VII, 2 et VIII, 5, ib. III, p. 520, 526. *Projet de constitution pour la Corse*, ib. III p. 929 ; Considérations sur le gouvernement de Pologne, XI, ib. p. 1003). Dans cette attitude des critiques subtils (ex. J. STAROBINSKI, *J. J. Rousseau, la transparence et l'obstacle*, 1957, p. 129 et s.) ont cru pouvoir déceler — aux confins de la psychanalyse — le symptôme d'un malaise congénital devant toute médiation (la monnaie est médiation, tandis que l'économie en nature est immédiate). Peut-être, plus simplement, Rousseau, qui avait lu de près Burlamaqui, se défiait-il de la monnaie parce qu'il y percevait la présence de la puissance publique.

* À fuir l'euro, si d'aventure...

QUATRIÈME PARTIE

JEUX DE DROIT

Les historiens du Moyen Âge ont coutume de présenter moralités et sotties comme deux genres littéraires distincts, donnant ainsi à penser que les sotties ne moralisent pas. Il est, néanmoins, des moralités implicites. Il est même permis de voir là une de ces fameuses passerelles de l'indicatif à l'impératif du *Sein* au *Sollen*, en cherche desquelles se sont lancés les philosophes, depuis Henri Poincaré et Kelsen. La fable, sans paraître y toucher, ne conduit-elle pas ses lecteurs de la narration à la norme ?

Sous les quatre jeux de droit ici rassemblés, on n'aura pas de peine à reconnaître une commune morale : que les questions philosophiques posées par le droit sont si graves qu'il vaut mieux n'y pas répondre trop gravement. Des *jurisludes*, n'est-ce pas fait pour éluder ?

Chapitre premier

CARACTÈRES JURIDIQUES*

Il faut bien nous habituer à cette idée qu'un jour viendra où, dans les Facultés de droit, les codes et les recueils de jurisprudence céderont, au moins pour partie, la place à des instruments de laboratoire. Enfin, nous pourrons faire des expériences ! Nous pourrons montrer à nos étudiants, autrement que par affirmations, qu'en faisant à un jury d'assises des injections de caféine, on réussit à le rendre d'inflexible fort indulgent. Nous pourrons rechercher s'il est bien exact, comme on l'a prétendu en Amérique, que le contrat d'assurances-responsabilité a pour effet, à la longue, de desserrer les mâchoires des conducteurs de poids lourds. Cette université modernisée ne manquera même pas, sans doute, d'une section pathologique, où, au fond d'un parc, jour après jour, on pourra noter, autour d'un mur mitoyen, par exemple, comment se cristallise en chaque individu la conviction, assurément morbide, que lui seul a raison et que les autres ont tort, d'où naissent les crises nerveuses et les procès. Le jour où cette université sera ouverte, ce sera le premier établissement de psychologie juridique.

Car le droit ne se contente plus d'être glose des textes, connaissance des lois, art de les faire ricocher les uns sur les autres, de les interpréter, de les étendre, de les restreindre, de les tourner ; il aspire à devenir, au moins dans l'une de ses branches, science d'observation, voire d'expérimentation. Il aspire à saisir, par-delà les textes, les phénomènes juridiques.

Les phénomènes juridiques sont d'abord, assurément, des phénomènes collectifs, sociaux, et c'est pourquoi cette nouvelle science du droit a d'abord été une sociologie. Elle est d'ores et déjà constituée, et ses titres ne lui sont plus contestés. Mais les phénomènes juridiques ne sont pas seulement des phénomènes collectifs, ce sont aussi des phénomènes individuels. Aussi la sociologie juridique n'épuise-t-elle pas les nouvelles tendances scientifiques du droit. Les règles de droit issues de la société, les coutumes, les lois ont nécessaire-

* La première version de ce texte a paru dans les *Annales de l'Université de Poitiers*, 1949, sous le titre *Études de psychologie juridique*.

ment un reflet dans l'individu. Le droit du pays passe dans nos artères, nos muscles, notre esprit. Nous sommes ce que nous ont faits les coutumes séculaires, ce que nous fait aussi le dressage de lois plus passagères. Le droit modèle l'homme ; il le déforme, à l'occasion. Ainsi se crée un homme juridique, bien différent de l'homme naturel. Le regard du juriste saura pénétrer ce qui, dans l'homme, vient ainsi du droit. Certes, il ne fallait pas écouter ces vieux notaires du Midi, qui se vantaient de reconnaître du premier coup d'œil, rien qu'au port de tête altier, les femmes mariées sous le régime dotal. Mais on peut ajouter foi à ce que nous disent les éducateurs qui, à l'étranger surtout, ont étudié la psychologie de l'enfant naturel, et constaté que cet enfant, en quelque condition sociale qu'il soit d'ailleurs élevé, et même après des réformes égalitaires, est plus secret, plus replié sur lui-même que l'enfant légitime (1). La différence vient du droit. Il y a de la sorte comme un halo de droit que le juriste voit luire au contour des gestes les plus quotidiens. Le mouvement qui pousse le jeune enfant vers son père a un ressort juridique : il a fallu des millénaires de droit patriarcal pour le produire ; et il a aussi un ressort juridique, bien qu'il procède de moins loin, le réflexe qui, dans la rue, nous pousse à droite plutôt qu'à gauche, neuf fois sur dix, pour ne pas heurter le passant qui vient à notre rencontre. Certaines maladies mentales, même, sont causées par le droit : un système trop parfait de réparation des accidents peut déterminer chez les victimes un délire raisonné, fondé sur l'idée fixe du droit à réparation, ce trouble qui a été décrit sous le nom de *sinistrose* et qui est bien connu des spécialistes des accidents du travail (2).

La carrière est ouverte aux investigations de la psychologie juridique : isoler les états de conscience normaux ou pathologiques que les règles du droit font surgir dans l'individu ; rechercher les lois de leur apparition, de leur affaiblissement, de leur communication ; constituer des types humains du point de vue juridique ; analyser les complexes que le droit fait naître — en un mot, étudier les réactions psychologiques de l'homme aux règles du droit, le comportement de l'homme sous ces règles. — la matière abonde. C'est surtout en droit pénal que le champ a été réellement défriché. Tout le monde a entendu parler de l'école italienne d'anthropologie criminelle, notamment de sa classi-

(1) H. KIPP, *Die Unehelichkeit ; ihre psychologische Situation und Problematik*, Leipzig, 1933 ; WULFF, *Die uneheliche Mutter und ihr Kind*, Leipzig, 1935. C'est le « complexe de Phaéon », qu'a étudié chez nous Maryse CHOISY.

(2) Cf. LEFORT, La *sinistrose* et les accidents du travail, *Revue générale du droit*, 1924, p. 161 et s. ; J. M. FAVERGÉ, *Psychologie des accidents du travail*, 1967. Le droit civil, devenu plus anthropologique, a senti davantage les inconvénients et les dangers (fraudes, hypertrophies du moi) du système traditionnel qui répare en argent le dommage corporel, mais laisse trop souvent les demandeurs à l'état d'épaves physiques et morales. C'est ainsi que dans les années 90 le soutien psychologique aux victimes et à leurs familles est entré dans le rituel préjudiciaire et même judiciaire du droit de la responsabilité. En contradiction, du reste, avec un discours de pensée unique appelant chaque individu à se sentir responsable et résistant, sinon héroïque.

fication d'ailleurs discutable, des divers types criminels, avec en tête le criminel-né. À la base était une vaste et féconde étude de psychologie juridique. Une lumière a été indubitablement promené sur les mécanismes psychologiques ou psychopathologiques qui portent certains individus à enfreindre les interdits sociaux et à se jeter sous le rouleau de la répression. Mais le crime n'est qu'un phénomène juridique entre beaucoup d'autres. Le contrat, le testament, le divorce, appellent la même méthode d'enquête psychologique. Objectera-t-on que c'est seulement en droit pénal qu'apparaît l'homme de chair et de sang, non pas en droit civil, où il n'y a que des papiers à interpréter, des biens à saisir ? Mais on a cru longtemps aussi, en droit pénal, qu'il n'y avait que des crimes abstraits à punir, et pas à tenir compte de la personnalité du délinquant. En réalité, partout dans le droit, l'homme est au premier plan. La psychologie juridique se doit donc d'être intégrale, d'embrasser tous ceux qui entrent en contact avec le droit, tous les sujets du droit. Que parlons-nous des sujets ? Les autorités non plus n'y doivent pas échapper ; il y a une psychologie du législateur et du juge. Notre procédure civile tout entière consiste en une série d'opérations mentales. Notre système de preuves est, au premier chef, une psychologie. Le droit est fait par les hommes, pour les hommes ; aux deux bouts de la chaîne, il relève du psychologue.

Il serait vain de vaticiner ce que pourra donner un jour l'utilisation systématique de la psychologie dans l'ensemble des domaines du droit, singulièrement en droit civil. Le présent essai de caractérologie juridique est d'intention plus modeste : nous voudrions seulement laisser deviner les possibilités de la science *in statu nascendi*, en étudiant — sans aucune prétention à la rigueur scientifique — quelques types et quelques cas, normaux ou morbides, parmi les plus accessibles, de la psychologie du droit. Dans l'état actuel de la mécanisation universitaire, il ne pouvait être question d'examiner des créanciers *in vitro*, ou de placer des responsables sous un appareil enregistreur. Aussi est-ce tout simplement à la littérature et à l'histoire qu'a été demandée une provision de types et de cas psychologiques. C'était rendre la tâche moins malaisée que de pouvoir l'appuyer sur des figures ou sur des scènes connues de tous, et c'était peut-être aussi donner à la recherche un intérêt de plus, que de montrer comment elle pouvait servir à éclairer certains coins de littérature ou d'histoire. À défaut, donc, d'hommes quelconques mais en chair et en os, ce sont des personnages historiques ou littéraires célèbres qui fourniront notre *casting*, personnages raisonnables ou personnages fous, car ici, comme dans l'université juridique de l'avenir, nous aimerions qu'il y eût deux sections, l'une pour la psychologie normale, l'autre pour la pathologique.

I.

Que cette psychologie soit normale ne veut pas dire qu'elle soit exempte d'orages. Si la littérature nous offre des types psychologiques au repos, elle s'attache aussi avec prédilection, parce que l'objet est plus pathétique, aux crises, aux conflits. Les deux domaines doivent être mis à contribution : les types psychologiques renseignent davantage sur les constantes du droit, les crises sur son évolution.

a) Le type que nous choisirons aux fins d'examen, c'est le débiteur. Type ingrat de prime abord : le droit des créances et des dettes est moins parlant à l'esprit que celui des personnes et de la famille. Outre qu'aujourd'hui nous avons grand-peine à comprendre ce qu'il peut y avoir de dramatique dans la condition du débiteur. Le lien qui l'assujettit au créancier est allé sans cesse s'amenuisant. La prison pour dettes a disparu ; la dépréciation monétaire a fait fondre bien des créances ; et nous avons des lois de recours pour le surendettement. Pourtant, il y a dans ce mécanisme juridique, par lequel un homme est enchaîné à un autre homme, quelque chose de mystérieux qui devait tenter les auteurs. Devoir, est-ce encore s'appartenir ? Le débiteur est dans un esclavage, une servitude partielle (3). Mais, tandis que la littérature de l'antiquité ne nous a guère laissé de documents sur la psychologie de l'esclave, dont elle ne semble pas avoir senti le tragique, nous en avons d'abondants sur le type psychologique du débiteur. Le type ? Mieux vaudrait user du pluriel, car il apparaît bien vite que chaque écrivain a aperçu dans son débiteur une nuance particulière. Les législations tiennent-elles suffisamment compte de cette diversité, dans leur traitement abstrait des créances et des dettes ?

Nous interrogerons d'abord une très vieille légende de l'antiquité, la légende de la Caution, que Schiller a fait revivre dans une frémissante ballade. Damon, ayant tenté d'assassiner Denys le Tyran, est condamné à mort, mais obtient un sursis de trois jours pour aller célébrer les noces de sa sœur. Il est débiteur de sa vie, qu'il doit venir remettre à la discrétion du tyran. En attendant, son ami sera sa caution s'offrant à être mis à mort, si le condamné ne revient pas. L'ami, l'homme du même clan ; à une époque où la solidarité du groupe est très forte, pour rendre une promesse obligatoire, pour lier un débiteur, on lui fait donner un otage, une caution. Les droits archaïques découvrent, plus d'une fois, des trésors de fraternité : ici, cette intuition que

(3) *Alienum aes homini ingenuo acerba servitus* (Publius Syrus) ; *Quis accepit mutuam, servus est foenerantis* (Proverbes, 22 : 7). Cf. *supra*, p. 328.

l'homme fera plus pour délivrer un ami que pour se délivrer lui-même (4). Mais, ce qui nous implique dans le mouvement du poème, ce ne sont pas ces traits de droit archaïque, c'est le sentiment du héros, son élan de débiteur, la course haletante qui, par-dessus tous les obstacles, le torrent grossi par les crues, les brigands qui l'arrêtent, la poussière brûlante du chemin, le fait revenir aux pieds du tyran pour acquitter sa dette au prix de sa vie. Et cela est profondément senti, est vrai des débiteurs de tous les temps. Il en est de récalcitrants, de morosifs pour parler droit, et de moroses. Combien plus qui éprouvent, à s'acquitter, un sentiment de libération. Hymne à l'amitié, a-t-on dit, cette ballade ? Bien plutôt : hymne à l'obligation, à l'engagement. Les psychanalystes ont donné de la dette une explication sombre, pessimiste : ce qu'il y a dans l'homme d'instinct social ferait appel au sur-moi pour dominer, enchaîner le moi, égoïste, anarchique. Mais c'est ignorer l'allégresse du *solvens*. Que ce soit une résurgence atavique de l'époque où s'acquitter, c'était se racheter soi-même, plus encore, racheter l'ami ; que ce soit la sensation quasi physique d'un allègement, car la dette pèse tant qu'elle dure — il y a une joie de payer ; et la « douloureuse » ne désigne la note à régler dans le langage populaire que pour mieux faire ressortir le plaisir de la *solution*. Nos voies d'exécution s'adressent-elles assez à l'enthousiasme des débiteurs ?

Avec le Marchand de Venise, Shakespeare présente une toute autre espèce débitoriale. C'est un débiteur d'argent, un débiteur moderne déjà : le droit archaïque a cédé la place au droit mercantile. La psychologie du Marchand a été un peu éclipsée par celle de son créancier. Antonio, cependant, n'est pas seulement un homme, c'est un débiteur, et pas un débiteur quelconque. Nous ne devons pas nous étonner de la facilité avec laquelle il contracte son extraordinaire engagement d'une livre de chair ; il est négociant, armateur, habitué à assumer chaque jour les risques les plus graves. Mais nous pouvons admirer la hautaine indifférence avec laquelle, sa ruine advenue, une fois qu'il a compris l'inflexibilité de son adversaire, il marche à l'exécution. La clé du personnage paraît tenir en quelques vers de la scène du jugement (IV, 1), où il se félicite d'échapper par la mort au destin ordinaire des débiteurs ruinés, qui, après avoir perdu leur fortune, doivent encore traîner une vie d'exclusion. S'il n'était pas d'une époque qui condamne le suicide, Antonio se serait détruit, sans nul doute ; il appartient à cette race de débiteurs qui choisissent de ne pas survivre à la catastrophe. Une précision, tout de même. Parmi les débiteurs défaillants qui se réfugient aujourd'hui dans le suicide (un des cas de psychologie juridique les plus intéressants qu'ait produits le capitalisme libéral), tous n'y viennent pas pour les mêmes motifs ; les uns sont entraînés par le terrorisme du déshonneur ; les autres cèdent au dégoût de la misère ; d'autres

(4) Un romancier allemand a actualisé Schiller (Thorsten BECKER, *Die Burgschaft*, Zurich, 1985) : il a transposé les états d'âme de la caution dans le paysage de la R.D.A. encore communiste, le rôle de la tyrannie étant tenu par la *Stasi*, la redoutable police d'État.

encore regrettent moins les jouissances de la richesse que le pouvoir qu'elle leur pouvait procurer. Le quasi-suicide d'Antonio, son acceptation de la mort semble être de cette dernière espèce, très capitaliste, qui a fait, dans la dépression de l'entre-deux-guerres, la destinée des grands financiers tragiques, les Lœwenstein et les Ivar Kreuger. C'est une psychologie qui ne s'explique qu'autant qu'il y a un droit de propriété digne d'être vécu comme une toute-puissance.

Le portrait du débiteur est plus riche encore chez Balzac ; parce que Balzac avait été clerc d'avoué puis de notaire, on s'est peut-être abusé sur sa connaissance du droit (5) ; s'il en avait emmagasiné pas mal de mots, il lui arrivait de les employer un peu à tort et à travers, pour le pittoresque. Mais qu'avait-il besoin de savoir du droit pour traduire les émotions d'un débiteur ? Il n'avait qu'à laisser parler son cœur et ses souvenirs, lui qui avait fait l'amère expérience de ce que pouvait être une chasse à l'homme menée par des créanciers en cette première moitié du XIX^e siècle où le Code Napoléon, inexorable comme sont les machines neuves, avait encore contre les défaillements toutes ses pointes et ses serres. Le livre de son expérience, c'est César Birotteau. Le règne de l'argent s'est mis en place. Le XIX^e siècle, entrepreneur, a su retourner l'institution de la dette, et d'un instrument de servitude faire un moyen de conquête. Promesses de vente, lettres de change, escomptes, le livre est traversé de ces fantasmagories juridiques par où les hommes de la civilisation monétaire jettent des ponts sur l'avenir. César Birotteau est roulé dans ce tumulte de droit commercial. C'est le débiteur sous le Code de commerce de 1807. Mais aussi le débiteur en défaut, le failli. Failli vertueux sans doute (de nos jours, il bénéficierait d'un indulgent redressement judiciaire) : martyr de la probité commerciale, il suera sang et eau pour obtenir sa réhabilitation. L'histoire de cette réhabilitation pourra sembler un peu convenue, encore qu'elle concoure à montrer combien est inextinguible, puissant, chez tout débiteur, chez Balzac tout le premier, l'espoir, le mirage de remonter la pente, de se refaire, et comment cet espoir crée une raison de vivre, au besoin une raison de s'endetter encore. Où, cependant, Balzac est hors de pair, c'est dans le déroulement des événements jusqu'à la chute. Nul n'a rendu comme lui ce qu'il y a de mobile dans la psychologie du débiteur. Tant que les affaires sont prospères, la dette a quelque chose d'amical, de bénéfique ; la dette, c'est le crédit. Qui a terme ne doit rien, dit alors Birotteau, sollicitant quelque peu la réalité juridique. Quand la gêne survient, la même dette se transforme, revêt un aspect hostile, effrayant. Qui a terme a un couteau sous la gorge. La vérité des notations ne sera démentie d'aucun praticien : c'est, démarche après démarche, l'angoisse croissante du débiteur aux abois ; puis le soulagement quand le pas décisif est

(5) Cf. DONNARD, *Balzac ; les réalités économiques et sociales dans la Comédie humaine*, 1961 ; Y. GUYON, Une faillite au début du XIX^e s., César Birotteau, *Études Jauffret*, 1974, p. 377 et s.

accompli, quand le bilan est déposé. Le dépôt du bilan marque le sommet dans ce crescendo de pathétique : d'abord entrevu comme un cauchemar, il est finalement bienvenu comme une paix, parce qu'il fait succéder, à une période d'agitation anxieuse, le calme de la certitude. Probable que des cardiogrammes échelonnés aux différentes phases de la procédure auraient reproduit en gros la ligne générale de la courbe. Mais l'intuition de Balzac était plus sensible que le plus sensible des instruments enregistreurs.

Chacun de ces personnages de débiteur est relativement simple, uni, parce qu'il vit, pour ainsi dire, sous le règne du même droit ; dans son esprit, point de conflits entre des tendances que des âges juridiques différents y auraient déposées ; point de crises déclenchées par le passage d'un droit à un autre. Il s'en produira, pourtant, la littérature en porte témoignage ; et ce sera — peut-être pas — la crise du personnage, mais de l'auteur.

b) Le Cid est une admirable tragédie de sentiments, mais une pièce politique ; de là, pour ne rien dire d'une jalousie confraternelle, l'inimitié de Richelieu pour Corneille. Le point est notoire. Mais qu'est-ce au juste qui, dans la pièce, avait choqué l'ordre établi ? On répond : l'exaltation d'un passé féodal contre lequel, pour lors, le cardinal déployait ses forces. Et de préciser : les uns, l'apologie du duel ; les autres, les couleurs favorables répandues sur la monarchie tempérée ; d'autres, même, le droit reconnu au roi (ou au seigneur) de disposer de la main de sa vassale. Aucune de ces considérations très politiques n'est pourtant concluante. En particulier, pour ce qui est du duel — l'explication la plus courante, celle que Voltaire a accréditée (6) — il est vraisemblable que, de loin, nous nous illusionnons sur l'intensité de la répression pénale dont il était l'objet en ce début du XVII^e siècle. L'histoire, qui contracte tout, rapproche quelques exécutions capitales (Boutteville ! c'était d'ailleurs un forcené), espacées en réalité sur plusieurs décennies, ce qui masque l'atmosphère générale d'indulgence. On ne peut s'empêcher de remarquer qu'en 1638, en pleine querelle du Cid, à l'occasion de la naissance du futur Louis XIV, amnistie fut justement accordée aux duellistes (7).

À la vérité, plus que dans le décor féodal, c'est dans le fond de l'intrigue que les contemporains ont aperçu un mouvement subversif ; c'est l'apologie de Chimène qui les a le plus vivement secoués. Chimène a été jugée par l'Académie, en ses observations, « scandaleuse, sinon dépravée ». Le centre de gravité, dès lors, se déplace, passe du crime de Rodrigue au crime de Chimène. Quel est donc celui-ci ? C'est d'épouser, ou plutôt — puisque, lorsque le rideau tombe, ce n'est encore que pressenti — d'admettre, au moins tacitement, l'idée d'épouser un jour le meurtrier de son père. Les plus grands

(6) Le bon abbé de Saint-Pierre demandait que fût institué un prix pour récompenser, chaque année, la pièce de théâtre la plus propre à combattre les mauvaises doctrines du Cid sur le duel.

(7) Cf. LAVISSE et RAMBAUD, *Histoire générale*, t. 5, p. 357-358 ; v. aussi CHAIGNON, *Le duel sous l'Ancien régime*, thèse droit Rennes, 1936, spécialement p. 48 et s.

efforts des adversaires de Corneille ont porté là-dessus, à telles enseignes que l'Académie, pour rendre le dénouement acceptable, proposait des subterfuges juridiques où se marque la subtilité chicanière du temps : on aurait découvert, *in extremis*, que le comte n'était pas réellement le père de Chimène, ou bien encore le salut du royaume aurait dépendu de ce mariage, ce qui aurait créé une force majeure, un état de nécessité effaçait la faute. C'est qu'en épousant le meurtrier de son père, Chimène manque à un devoir de solidarité familiale encore très vivace dans la conscience juridique de 1636. Le Code Napoléon lui-même (art. 727, 3^o) n'exclut-il pas de la succession comme indignes les héritiers qui n'auront pas dénoncé le meurtre de leurs parents ? Jadis, le droit exigeait d'eux davantage : pour n'être point frappés d'indignité, ils devaient venger le mort. Lorsque l'autorité publique est faible, c'est un moyen d'assurer un peu d'ordre que de faire planer sur les assassins la menace d'une vengeance du clan. Quand l'État s'affermi, il prend le monopole de la vindicte et n'a plus besoin d'exciter les héritiers en renfort, l'affaire ne paraît plus relever que de leur conscience. En 1636, on est encore dans une phase de transition. La transformation de la procédure criminelle (le passage de la vengeance privée à la vindicte publique) est achevée depuis la fin du siècle précédent, mais comme il advient souvent, la règle de droit disparue survit atténuée en règle morale : Chimène, nullement dépravée, est cependant scandaleuse, parce qu'elle s'affranchit de ses obligations. Contre les apparences, c'est un reste de mentalité primitive qui faisait parler les censeurs de Corneille. On éprouve quelque scrupule à promener ainsi le grossier scalpel du droit sur une pièce toute palpitante, mais il nous semble que, si elle a été blâmée comme dommageable à l'ordre établi, c'est pour cause juridique : elle marquait une désagrégation de la famille, d'une certaine image de la famille, la substitution de la famille de cœur à la famille de sang.

Peut-être est-ce encore une anticipation dangereuse qui a fait le scandale de dom Juan. Le personnage est si chatoyant, chaque auteur, chaque acteur, en a donné une interprétation si diverse, que l'on hésite à y ajouter, au nom du droit, une teinte de plus. Pourtant, il y a dans le dom Juan des Français, le dom Juan de Molière, après tant d'interprétations, un trait que mange l'ombre et que la psychologie juridique peut éclairer. Dom Juan, coureur, débauché, altéré de plaisirs charnels, c'est là le portrait à tout venant ; par une concession à la spiritualité, les intellectuels consentent à ajouter qu'il est, chez Molière, devenu libertin, athée (8). Le juriste, lui, ne peut pas ne pas être saisi d'une différence quand il compare ce dom Juan à ses précédents : au don Juan de

(8) V. par ex. GENDARME DE BÉVOTTE, *La légende de don Juan*, 1911 ; ARNAVON, *Le dom Juan de Molière*, thèse lettres Paris, 1948 ; J. ROUSSET, *Le mythe de dom Juan*, 1978 (tout au plus rapt de séduction et mariage clandestin) ; MACCHIA, *Vie, aventures et mort de dom Juan* (trad. de l'italien, 1990, le donjuanisme est un machiavélisme transposé dans l'amour) ; S. KOFMAN et J.-Y. MASSON, *Dom Juan ou le Refus de la dette*, 1991 (ce serait un refus de tout contrat).

Tirso de Molina, que Molière, du reste, n'a pas, à ce qu'il semble, connu directement ; au don Juan de Dorimon, au don Juan de Villiers, qu'il a certainement connus, et qui lui ont fourni, à quelque cinq ou six années de distance, l'idée du personnage et le canevas de la pièce. Ces premiers don Juan séduisent, violent (9), mais ils n'épousent pas. Car on oublie une chose, lorsque l'on identifie le don Juan de Molière avec la pure passion du plaisir impur, c'est que ce don Juan-là épouse, lui, a même dans sa nature profonde d'épouser. Ce n'est pas, comme on le dit toujours, un séducteur. Le séducteur prend à crédit, puis disparaît sans cérémonie. Don Juan ne joue pas ce jeu vulgaire : il ne se dérobe pas à la cérémonie, il s'y précipite. S'il a enlevé doña Elvire, c'est pour en faire sa femme légitime. S'il convoite, à peine vues, les deux gaillardes rustiques du deuxième acte, c'est, malgré la mésalliance, à travers le mariage. On peut douter de sa fidélité après les épousailles, mais pas de son intention d'épouser. Tel le décrit son valet : « Un mariage ne lui coûte rien à contracter... Si je te disais le nom de toutes celles qu'il a épousées en divers lieux, ce serait un chapitre à durer jusques au soir... C'est un époux à toutes mains... » Et le reproche : « Vous voir tous les mois vous marier comme vous faites. » Veut-on la contre-épreuve décisive ? Quand don Juan s'avoue jaloux (1, 2), c'est de fiancés et non d'amants. Voilà une passion d'une espèce rare, qui ne s'accommode pas d'union libre, qui a la rage de prendre corps dans le rite social. Autant de mariages que de femmes aimées, certes ; mais pas de femme aimée hors mariage. En quoi est attesté un singulier respect pour les convenances.

En jalonnant de mariages cette carrière libertine, Molière a transformé son don Juan : ce n'est plus le voluptueux, c'est le bigame. Dans la galerie des grands criminels, le bigame a toujours fait figure assez falote (10). Du temps de Molière, déjà, on riait des bigames, on ne les tuait plus. Au maximum, c'était assez de les envoyer aux galères, après les avoir tenus au carcan pendant trois jours, avec des quenouilles entre les bras, autant de quenouilles que de femmes vivantes. La bigamie mélange au crime une sorte d'esprit bour-

(9) V. TIRSO DE MOLINA, *El burlador de Sevilla y el convidado de piedra* (1639 ?), où il n'est question que de *gozar*, et où, effectivement, soit par des ruses, aux limites du viol, soit par séduction, le héros ne fait que cela (notamment 1^{re} journée, sc. I et s., sc. 16 et s. ; 2^e journée, sc. 5 : *El mayor — gusto que en mi puede haber — Es burlar una mujer — Y dejarla sin honor*). — V. viol et séduction également chez DORIMON, *Le festin de pierre ou le fils criminel* (1659), spécialement, acte IV, sc. 2, vers 1077 ; et DE VILLIERS, *Le festin de pierre ou l'Athée foudroyé* (1660), spécialement acte 1, sc. 5, vers 276, acte II, sc. 2, acte IV, sc. 5-6 — tous deux édités par GENDARME DE BÉVOTTE, *Le festin de pierre avant Molière*, 1907.

(10) Édouard GUITTON, au contraire, met l'accent sur la bigamie, dont il dramatise la répression pénale (Molière juriste dans « Dom Juan », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 1972, n° 56, p. 945 et s.) La répression pénale de la bigamie sera évoquée, en 1669, dans *M. de Pourceaugnac* (II, 8), mais le ton burlesque de la scène montre bien que Molière ne prend pas la menace au sérieux (« La polygamie est un cas pendable », chantonne l'un des avocats du « divertissement »). Cf. B. MER, Crime et châtement dans le théâtre de Molière, *Rev. historique de droit*, 1977, p. 367.

geois, de goût pour le confort et les pantoufles, qui est une médiocre pâte dramatique. Un débauché, courant frénétiquement à son plaisir, sans s'embarrasser de solennités préalables, eût été plus convaincant. Pourquoi Molière a-t-il voulu ce détail qui change tout le caractère et qui n'était chez aucun de ses prédécesseurs ?

On répondra peut-être que c'est par prudence et prudence. Il aurait voilé de mariage chaque épisode charnel pour se mettre en règle avec les bonnes mœurs, ce qui lui coûtait peu, car au théâtre, où le droit est toujours représenté avec une époque de retard sur la réalité, la cérémonie nuptiale était, encore de son temps, si peu formaliste, si instantanée, que l'on risquait à peine de ralentir l'action en l'y insérant comme préalable à l'amour (11). Mais la précaution ne devrait pas nous tromper, explique-t-on pour conserver le portrait traditionnel : sous l'épouseur, entendez l'amant, et le jouisseur sous le bigame. Cette explication, pourtant, n'est que superficiellement raisonnable. Un Molière prude ou intimidé, se croyant obligé à affadir ce que Dorimon et Villiers venaient d'exposer crûment, pour aboutir du reste à un tollé que les autres avaient parfaitement évité — autant d'in vraisemblances. Le scandale de dom Juan ? Mais ce sont bien plutôt ces justes noces. À ne prendre que le texte, il faudrait même se demander curieusement si, une fois contractée d'assaut chaque union légitime, on en est jamais venu à la noix confite. Faire de dom Juan un chaste peut paraître l'ultime degré du paradoxe. Le vrai est, cependant que, de la consommation de tant de mariages, Molière se désintéresse : pour lui, visiblement, l'essentiel est ailleurs. La bigamie qu'il met en scène est la bigamie pure de débauche, et par ce trait, il se montre bien l'homme de son pays : tandis que les coutumes germaniques, par exemple, réprouvaient la bigamie comme un péché de la chair, une sorte d'adultère, il a toujours été dans les traditions profondes du droit français de ne punir en elle que l'abus de la formalité, la révolte contre les lois, un péché de l'esprit (12). C'est bien ainsi que la conçoit Molière. Mais la difficulté n'est par là que reculée. Le bigame cède rarement, en fait, à une manie gratuite de collectionneur. Et puisque nous ne pouvons, bien que nous lui sachions des dettes, soupçonner

(11) Sur la persistance des mariages clandestins au théâtre malgré la solennisation introduite par le Concile de Trente, v. M. BATAILLON, Cervantès et le mariage chrétien, *Bulletin hispanique*, 1947, p. 129 et s. De ce que, dans la comédie du XVII^e siècle (Molière, Regnard), le dénouement est toujours tenu pour acquis quand le notaire a rempli son office, sans qu'il soit fait allusion à la nécessité d'ajouter le sacrement, G. LEBEVRE (*Annales historiques de la Révolution française*, 1949, p. 91) concluait un peu vite que dès ce moment, la thèse du contrat civil était admise dans l'opinion commune. Il nous semble que c'est plutôt l'interdiction de mettre en scène les ecclésiastiques qui explique la survie, au théâtre, d'un mariage non formaliste.

(12) Cf. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. v, 1924, n° 2.175.

dom Juan de pratiquer, comme M. Verdoux (13), l'escroquerie aux mariages, on ne voit plus de mobile à cette bigamie désintéressée.

Tout devient plus intelligible si nous nous rappelons que le mariage, dont il se joue, n'est pas seulement un contrat laïc, mais un sacrement ; que sa bigamie n'est pas une fraude, dont on pourrait sourire, en effet, contre l'état-civil, mais, ainsi que le dit Sganarelle, une dérision du mystère sacré. Ces mots méritent d'être pesés. La dérision du mystère sacré, c'est l'atteinte au mariage-sacrement, au mariage indissoluble, dont le concile de Trente a réaffirmé l'indissolubilité. Un biographe de Molière nous assure qu'en 1665, où fut jouée la pièce, Poquelin, légitime époux depuis trois ans d'Armande Béjart, éprouvait quelque lassitude de l'état conjugal et tournait ses regards vers la de Brie (14). Nous noterons simplement la coïncidence. La tirade de l'acte 1, scène 2 («Le plaisir de l'amour est dans le changement») sonne comme un programme, une revendication. Exaltation de la liberté sentimentale ou sexuelle ? Puisque le mariage est passé par là, le plaidoyer n'est pas pour la liberté dans l'amour, mais pour la liberté dans le mariage, pour la dissolubilité du lien. Que ce lien puisse, un jour, se dissoudre à volonté, la bigamie de dom Juan rentrera dans l'ordre social. On perçoit, ici, comme une sourde apologie du divorce, et du divorce le plus libertaire, pour simple incompatibilité d'humeur, un siècle et plus avant la Révolution, qui devait en faire une réalité pour un temps. L'impie raisonneur n'est pas un mauvais tacticien, et s'il attaque Dieu dans ses sacrements, il a su choisir le point relativement faible, celui du mariage, où tous les chrétiens ne sont pas d'accord. Il ne faut pas s'imaginer que la question du divorce s'est posée brusquement, pour la première fois, à la fin du XVIII^e siècle ; au cœur du XVII^e, la crise de la conscience européenne avait déjà commencé.

Scudéry, dans ses observations sur le Cid, n'est pas loin de laisser entendre que Chimène est ce que nous appellerions aujourd'hui une hystérique. Dom Juan a été examiné par un de ses compatriotes, le Dr Gregorio Marañon, qui a aperçu dans son humeur papillonne une féminité suspecte, et lui a trouvé, pour tout dire, des anomalies. On prête aux psychiatres un penchant à flairer partout la folie, mais il est certain qu'entre la psychologie normale et la psycho pathologique, les frontières sont fort indécises. De cette première section à la seconde, il n'est de transition qu'insensible.

II.

Il est des gens qui sont fous de droit, ou que le droit rend fous. La chose est singulière, mais constatée. On peut essayer de diagnostiquer quelques-unes de

(13) C'était, dans un film de 1948, la transposition du très réel Landru, le Barbebleue de Gambais, l'assassin-escroc de ses multiples fiancées (guillotiné en 1922).

(14) Léopold LACOUR, *Les maîtresses et la femme de Molière*, 1914.

ces folies juridiques, en descendant du sommet à la base, de la folie des gouvernants à celle des gouvernés.

a) Folie des gouvernants, l'imputation est vague, que sont prompts à lancer ceux qui n'ont pas la volupté de tenir eux-mêmes le gouvernail. Mais c'est de cas précis que nous voulons parler. Si nous considérons ces deux fonctions de l'État, la législative et la judiciaire, nous constatons que, chez certains individus, elles ont pu dégénérer en authentiques folies.

Sous un premier aspect, ces détraquements de la psychologie du législateur ou du juge sont en quelque manière purement formels, purement mécaniques. Le fond de la loi ou du jugement peut être parfaitement sensé, mais il existe un besoin de légiférer ou de juger qui n'est pas normal. La machine s'affole et tourne à vide. On pourrait supposer que c'est l'excès de la fonction qui va chez un professionnel, au déclin d'une carrière, provoquer ce délire : un juge a beaucoup jugé, trop jugé ; il lui faut encore et toujours juger, tel Dandin. Mais dans la réalité, la manie judiciaire ou légiférante est rarement la conséquence d'une fatigue intellectuelle. Pas davantage, elle n'est une variante de la folie des grandeurs. Les causes sont bien plus complexes. On s'en convaincra par quelques fiches d'hôpital.

1° *Claude* aurait pu se dispenser de juger lui-même, encore qu'il fût empereur romain. Mais c'était le juge fait homme que l'empereur *Claude*, et *Suétone* a décrit en lui cette passion du tribunal, qui était à la vérité une folie judiciaire (15) ; il jugeait tantôt bien, tantôt mal, comme tous les juges, avec peut-être, dans son goût pour l'équité par-dessus les règles, une pointe d'originalité, où l'on sent percer l'extravagance. Mais, avant tout, il lui fallait juger. Ce qui atteste clairement qu'il avait cette folie, c'est qu'il soupçonnait les autres de l'avoir, et *Suétone* raconte que certain jour, comme un citoyen, qui aurait eu le droit de ne pas siéger dans un jury eu égard au nombre de ses enfants, n'avait pas fait valoir cette excuse, il le renvoya tout de même, sous prétexte qu'il était atteint de la manie de juger.

2° C'est aussi parmi les têtes couronnées que nous trouverons un exemple de manie légiférante, en la tragique personne de *Maximilien*, éphémère empereur du Mexique. Une folie le dévorait, probablement dès l'époque où il n'était qu'un archiduc autrichien. Législateur rentré, refoulé, il était prédisposé à succomber à la tentation du pouvoir, non point par soif de l'autorité, mais par passion morbide de la législation. Dans le peu de temps où il eut un semblant de gouvernement, il composa sept volumes de textes législatifs ! Beaucoup fort raisonnables. C'était un esprit libéral, éclairé : sur le papier, il abolissait le péonage, demi-esclavage qui ne devait se laisser que très lente-

(15) *SUÉTONE, Claude*, 14-15.

ment extirper des mœurs mexicaines, il réorganisait l'enseignement de fond en comble, en prenant pour modèle les universités allemandes. Mais un abîme séparait ces textes de leur application, et il est visible qu'à celle-ci l'auteur était profondément indifférent. Tout son intérêt se concentrait sur la loi abstraite. Son chef-d'œuvre, ce fut la législation pour la marine, législation on ne peut plus complète. Seulement, le Mexique n'avait pas de marine.

3° Ne quittons pas l'Amérique sans évoquer Orllie-Antoine I^{er}, roi d'Araucanie et de Patagonie (16). Si cet Antoine de Tounens n'avait point, lui, de prédisposition héréditaire à légiférer, ayant été avoué à Périgueux, il avait sans doute puisé dans sa profession une ardeur trop vive pour le droit. Un beau matin de 1858, cédant à un mystérieux appel, il s'embarque pour l'Amérique, avec le dessein de se tailler un royaume au sud du Chili. Son équipée devait s'achever dans les prisons chiliennes. Mais, dans l'intervalle, il avait réussi à se faire élire par une tribu d'Araucans, et ces quelques mois de pouvoir effectif sur quelques dizaines d'Indiens misérables lui avaient suffi pour écrire une foule de textes. La petite histoire coloniale abonde en aventuriers de cette trempe. Cependant, quand on narre leurs exploits, on ne pénètre peut-être pas assez le fond de leur cœur. Ce n'est pas la vulgaire folie des grandeurs qui les guide, même pas un instinct de domination, de despotisme : c'est une irrésistible pulsion à faire des lois. Celui-ci, avant même que de distribuer des décorations (par où, à la vérité, la plupart de ses congénères commencent) (17), gratifia son peuple d'une constitution en 66 articles, avec Conseil d'État, Corps législatif, Haute Cour de justice, etc. Elle n'était point démente (18) ; la démente, c'était ce mécanisme constituant dans le vide.

Quelle force pousse ainsi certains hommes à donner des lois à leurs semblables ? Ce n'est pas, répétons-le, un besoin de commander, de subjuguier les autres, de les réduire en esclavage, de s'en servir comme de moyens. Le fou légiférant n'est pas Ubu-Roi. Ubu-Roi, se vautrant dans les joies matérielles du pouvoir, gouverne, tyrannise, mais, bien qu'il prétende réformer justice et

(16) Antoine de TOUNENS, né à Chourgnac (Dordogne), en 1825, mort à Toutoirac (même département) en 1878, a laissé une relation ingénue de son aventure sous le titre : « Orllie-Antoine I^{er}, roi d'Araucanie et de Patagonie, son avènement au trône, et sa captivité au Chili », Paris, 1863. D'une telle aventure, un roman pouvait sortir tout vif : J. RASPAIL, *Moi, Antoine de Tounens, roi de Patagonie*, Paris, 1981.

(17) Tel Marie de Mayrena qui, vers 1889, avait voulu se tailler un royaume des Sédangs aux confins de l'Indochine — épisode rappelé par André MALRAUX, dans ses *Antimémoires* (1967, p. 375 et s.). Tel encore Jean ORTH, ou le pseudo Jean Orth, devenu dictateur contre son gré d'anarchiste sur une île du cap Horn, héros d'un roman posthume de Jules Verne, *En Magellanie*, 1998.

(18) Voici par exemple l'article 47 où l'expérimenté de l'avoué parle au moins autant que l'idéalisme du philosophe : « Il n'y a pas de petites causes devant la justice : toutes méritent l'attention des juges et une solution aussi rapide que possible. Il ne faut pas pourtant préjudicier, par une trop grande célérité, aux droits et aux intérêts des parties ».

finances à coups de serpe, ne légifère pas réellement. La jouissance du fou légiférant est d'une espèce plus rare. Ce qui l'attire dans la loi, c'est l'universel, l'éternel. La loi a vocation à régir tous les hommes, et à les régir toujours. Donner des lois à l'avenir, mettre les pas des générations futures dans ceux que l'on aura soi-même tracés, voilà le rêve secret du législateur par passion, qui projette ainsi son vouloir-vivre dans l'immensité du temps. Ne peut-on observer que les législateurs-nés, Justinien (19), Bonaparte (le Bonaparte de 1804) n'avaient pas d'enfants ? Comme s'ils avaient cherché une sorte de compensation dans ces lois destinées à faire un peu de chaque homme, à travers les générations à venir, leur imitateur, leur obéissant double, leur enfant.

S'il est des hommes qui ont le délire de légiférer, d'autres délirent, et de surcroît légifèrent. Il faut songer à la singulière difficulté qui se pose à l'interprète du droit lorsqu'il s'aperçoit que son législateur a perdu la raison. Assurément, la plupart des folies ayant leurs intervalles lucides, tout peut n'être pas fou dans l'œuvre législative d'un fou. Mais cela même accroît la difficulté, car il va falloir procéder à un tri, rejeter, parmi les lois qu'a pu promulguer cet homme, monarque ou despote, celles qui paraissent porter le sceau de sa folie. Or, de quel droit un simple jurisconsulte, ou même un juge, qui n'a d'autre mission que d'appliquer la loi, pourrait-il exercer un tel contrôle, une telle censure sur la volonté du législateur souverain ? Cette censure s'est, pourtant, exercée dans le passé. Le plus souvent, la postérité s'en chargea. On ne compte pas les empereurs fous qui se sont succédé à Rome : Tibère, Néron, Caracalla... Il leur arriva de faire des lois raisonnables, que ratifia l'histoire ; ils en édictèrent de follement tyranniques, qui moururent avec eux. Vint à son tour un fou si lucide qu'il établit lui-même une censure sur sa propre législation : le malheureux Charles VI. C'est un cas juridique en même temps que psychopathique. Les lois fondamentales du royaume — cette constitution coutumière de la France monarchique — n'avaient point prévu la folie d'un roi. D'après les quelques précédents qui émergeaient dans le droit public de l'Europe, il eût fallu probablement l'interdire et le déposer : la régence n'était envisagée que pour la minorité ou l'absence du prince (20). Mais la nation semble avoir gardé à son roi, dans le malheur, une secrète et constante tendresse, si bien que malgré sa folie, Charles VI conserva la couronne, et, avec elle, sa fonction créatrice de droit. Ce n'était d'ailleurs qu'une démence intermittente. Aussi légiférait-il encore dans ses moments de lucidité et le reste du temps des régents prenaient sa place. Lui-même avait organisé ce

(19) On a bien attribué à Théodora un petit-fils qui lui serait venu par une fille qu'elle aurait eue de Justinien. Mais, comme de cette fille impériale les historiens ne parlent point, le soupçon est qu'elle pouvait bien être la fille de Théodora sans être celle de Justinien. Théodora aurait eu, avant de rencontrer l'*Uxorius*, un autre bâtard selon Procope.

(20) Brissaud, *Histoire générale du droit*, t. I, p. 788, texte et note 4. De nos jours, le coma dépassé de Franco, la sénilité attribuée à Bourguiba (les progrès dans l'art médical de conserver) ont fait rebondir la question de droit constitutionnel.

troublant système de pouvoir législatif à éclipses ; et il avait averti ses sujets qu'ils recevraient leurs lois d'une régence toutes les fois que sa folie le reprendrait, ou plutôt, comme il le disait par un euphémisme touchant, quand il adviendrait qu'il fût tellement occupé qu'il ne pourrait vaquer ni entendre à l'expédition des grandes besognes du royaume, ou même plus simplement, quand il lui adviendrait d'être absent (21). Absent ? Parti pour un étrange monde de rêve. Et jusqu'au bout, on vécut sur cette émouvante fiction juridique : le roi était parti, le roi était au loin.

Ces précautions juridiques expliquent assez que la folie caractérisée d'un législateur ait rarement fait irruption à la surface des textes obligatoires. Contre des formes atténuées de déraison, les sujets sont beaucoup moins bien protégés — encore moins quand il s'agit, non plus d'un législateur individuel, mais d'une collectivité, Parlement, ou même peuple tout entier. Le Dr Le Bon et son école, puis Ph. de Félice ont étudié les psychoses, les délires des foules (22). Il n'est pas dans notre sujet de les suivre (d'autant qu'ils nous mèneraient peut-être là où nous ne voulons pas nous rendre). Qu'il nous suffise de constater qu'une nation, qu'une assemblée parlementaire peuvent sécréter des lois déraisonnables, des lois folles. Dans les pays qui sont régis par des coutumes non écrites, comme la France sous l'ancien régime, comme aujourd'hui encore, pour partie, les pays anglo-saxons, il est de principe que la coutume n'est obligatoire qu'autant qu'elle est raisonnable, et les tribunaux se reconnaissent à cet égard un pouvoir de censure. Mais dans nos pays, dans nos époques de légalité formelle, contre la loi écrite, nous sommes désarmés. Nous disons : c'est la volonté de la nation, de l'État, et nous l'entourons d'une vénération qui n'ose pas discuter. Nous savons, pourtant, qu'une volonté, quelle qu'elle soit, peut être troublée par la passion, égarée par la folie, qu'il serait donc légitime de soumettre la volonté du législateur, non pas à la simple analyse de motifs à laquelle nous nous livrons habituellement pour l'interpréter, mais bien souvent à une psychanalyse, voire à un examen psychiatrique pour n'avoir pas à l'appliquer. La raison ne fait-elle pas partie du droit positif autant et plus que les lois écrites ? La question a parfois été posée dans un autre contexte. Nos cours d'appel étant souveraines pour l'appréciation des faits, imaginons que l'une d'elles ait appuyé son arrêt sur une constatation de fait qui trahit la déraison, par exemple, sur le prétendu fait qu'une eau courante aurait coulé de bas en haut, remonté une pente. En théorie (de la pratique, ne nous mettons pas en peine), la Cour de cassation, dit-on, ne pourrait casser, faute de règle de droit, la raison n'en étant pas une. Ne pourrait-on rendre à la raison cet hommage d'en faire une petite partie du droit ?

(21) Lettres du 26 avril 1403, du 31 décembre 1409 (JOURDAN et ISAMBERT, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. 7, p. 49 et 223).

(22) G. LE BON, *Psychologie des foules*, 1910 ; Ph. de FÉLICE, *Foules en délire, extases collectives*, 1948.

b) Est-ce que ce sont les lois folles, et les juges fous, qui rendent fous les justiciables ? Ce n'est pas sûr, si l'on considère les Plaideurs de Racine, qui ont trouvé en eux-mêmes les sources de leur propre déraison. On ne peut rêver plus belle collection de psychopathes juridiques. Que de fous ! comme s'écrie un des personnages qui est resté sensé parce qu'il n'a pas de procès sur les bras. Il est curieux que le procès, ce moyen de réaliser le droit, de faire descendre la justice sur la terre, soit apparu de tout temps comme un phénomène morbide, comme une folie de l'homme. De tout temps, mais peut-être jamais plus qu'au XVII^e siècle. On peut se demander d'où vient cette importance prise par le délire des procès dans notre littérature classique, et que Boileau et La Fontaine attestent aussi bien que Racine. C'est que les procès étaient alors interminables, séculaires. Toute une fortune, toute une vie pouvait y être aventurées (et la perte ou le gain d'un procès, ressort dramatique commode, fournissait le dénouement d'une pièce, voyez le *Misanthrope*, les *Femmes savantes*). Le pathétique de l'instance allait croissant au fur et à mesure que s'épaississait la procédure, que s'accumulaient les incidents. On faisait le siège de ses juges par des visites, des mémoires, des factums. Le procès était un combat : les bourgeois pouvaient s'y consoler de n'être pas des guerriers, la noblesse pouvait s'y engager sans dérogeance — ainsi Saint-Simon. L'instinct agressif de l'homme, refoulé des guerres privées, des duels, trouvait là des compensations : on s'y ruinait aussi sûrement que dans les guerres. Folie pour les gens pratiques parce que les frais absorbaient l'enjeu ; folie pour les âmes pieuses parce qu'il y avait là une excitation à haïr son prochain. C'était un lieu commun du XVII^e siècle, et singulièrement du jansénisme (Nicole y consacra de petits traités), que de dénoncer la folie processive.

Rien d'étonnant, donc, si Racine nous a donné *les Plaideurs*. Le fait qu'il avait eu lui-même un procès, auquel il n'avait rien compris, ni ses juges (ajoute-t-il), n'a dû être qu'une cause occasionnelle. Le sujet était dans l'air du temps. Ce qu'il faut admirer, c'est la précision dans le coup d'œil du psychiatre. Car Racine nous livre deux échantillons de folie processive qui ne se répètent pas et correspondent chacun à un type bien caractérisé : Chicaneau et la comtesse de Pimbesche (1, 7). Chicaneau est, sans doute, un plaideur enragé, mais sa manie n'a atteint qu'un lobe de l'intelligence. Pour le surplus, il est capable de raisonner, voire capable de bons sens, et il finit par paraître sage à côté de Mme de Pimbesche. Il ne faut pas dire que celle-ci, c'est la manie de Chicaneau, avec, en sus, le coefficient de passion qu'apportent en tout les femmes. En vérité, c'est une autre psychopathie, et Racine, avec pénétration, a bien décelé la direction que prend d'ordinaire cette forme aiguë de la folie processive (23). C'est contre sa famille que le malade plaide avec le plus d'entrain...

(23) Le décalque parodique qu'en a donné REGNARD, en 1708, dans le *Légataire universel* (3, 8) montre la persistance du type, mais n'ajoute rien à l'original.

« Monsieur, tous ces procès allaient être finis ;
Il ne m'en restait plus que quatre ou cinq petits :
L'un contre mon mari, l'autre contre mon père,
Et contre mes enfants... »

Cette folie processive n'est qu'une manifestation d'une psychopathie plus vaste : l'insociabilité familiale. Le type est de toutes les époques (24). En 1909, la Cour d'appel de Toulouse eut ainsi à statuer sur l'état mental d'un individu, qui avait consacré trente ans de sa vie à plaider, d'abord en faveur de sa sœur, puis contre elle, puis contre les magistrats qui avaient connu de l'affaire, puis contre les hommes de loi qui s'en étaient occupés (25). À cet infatigable monomane des procès, la Cour d'appel fit défense de plaider désormais sans l'assistance d'un conseil judiciaire (26), nous dirions un curateur (aujourd'hui article 508 C. civ.) : c'était le remède que l'on avait précisément voulu appliquer à la comtesse, d'où il appert que le traitement de la maladie n'a guère fait de progrès.

En face des *Plaideurs* de Racine, il faut placer, comme la réplique d'une époque inquisitoriale, sinon totalitaire — existentialiste aussi, par réaction — *le Procès* de Kafka — roman, mais que nous pouvons, pour parfaire le parallèle, considérer dans la pièce qu'en avaient tirée, en 1946, André Gide et Jean-Louis Barrault.

Cette pièce baigne dans une atmosphère étrange ; il se peut qu'elle soit chargée de symboles philosophiques, théologiques, et que la justice qui y est mise en scène ne soit pas celle des hommes (27). Mais on peut aussi la saisir au ras de terre, la séculariser et y voir seulement la comédie de la contrainte sociale, de la loi, du juge et du justiciable. Joseph K..., en qui il faut apparemment voir Kafka lui-même, est happé, un beau matin, dans un mystérieux procès pénal, dont il ignorera toujours le premier mot, bien qu'il y laisse finalement sa vie. Mystérieux procès, en vérité, peuplé de larves, les policiers, l'avocat, le juge, êtres inhumains, désincarnés, inexorables, parce qu'ils représentent des forces, des principes sociaux qui les dépassent. Certes, de temps à autre, ce ne sont que les habituelles flèches d'une satire bon enfant contre les hommes de loi, et nous nous disons que l'arme se ressent de la cible qu'elle a rencontrée devant elle : la bureaucratie de François-Joseph, loufoque, imperméable, oui, mais peut-être

(24) Ex. J.B. SELVES, (1760-1823), *Au roi, la vérité sur l'administration de la Justice*, 1814. Ce sont les mémoires d'un monomane, qui se fait naturellement réformateur ; il fut célèbre pour avoir obtenu 72 jugements en y laissant 400.000 frs-or.

(25) Toulouse, 21 juillet 1909, s. 1910.2.3. — Cl. Bruxelles, 13 juillet 1912, S. 1913.4.23.

(26) Cf. Paris, 12 vent. an XI, *Sirey chronol.* (invitation adressée aux avoués de vérifier à l'avenir les conclusions du plaideur).

(27) Cf. sur les sources hassidiques ou talmudiques du *Procès*, les communications de Karl Erich Grozinger et de Gerhard Kurz au Colloque de Francfort, 1986, *Kafka und das Judentum*.

assez molle encore. Kafka semblerait ici faire simplement écho à Racine. Le juge se noie dans ses dossiers, à force de les compulsuer. Il y a un plaideur fou d'avocats : il en consulte cinq ou six, en cache les uns des autres (ce qui n'est pas mal observé), parce que n'étant pas du même avis, ils ne lui donnent pas les mêmes conseils — suprême plaisir. Comme nous sommes au vingtième siècle, et aussi en pays slave, tout prend une teinte plus passionnelle, plus affective : « Les affaires de justice, je trouve ça très excitant », s'écrie la voisine de K... (1, 2). « La justice a un extraordinaire pouvoir de séduction, ne trouvez-vous pas ? ». Cependant, le fond de la pièce est sombre (et nous pouvons soupçonner les adaptateurs français de l'avoir encore assombri, au souvenir d'expériences que Kafka lui-même n'avait point faites). Une tristesse lourde monte de son thème essentiel, qui est l'écrasement de l'homme sous le procès, le procès pris comme prototype de toutes les machineries sociales. Les Plaideurs, chez Racine, sont réellement les héros de la farce, bien vivants, quoique fous, et qui s'amuse du procès comme de leur chose, marotte, hochet qu'un État libéral a mis à leur disposition. Chez Kafka, le titre est exact, le héros du drame, c'est le Procès, non pas le plaideur : le Procès, sorte d'entité, de monstre, qui s'échappe des mains de ses serviteurs, magistrats, avocats, justiciables même, pour vivre d'une vie indépendante (« Mon procès, gémit Kafka, ne peut aller plus mal que lorsque je m'en occupe », 2, 3), machine impersonnelle, sans âme, machine à broyer les hommes.

Absurde, voilà le grand mot : les lois, la justice, la contrainte sociale, tout l'appareil juridique est absurde (28). Le droit, chez Racine, est un mécanisme rationnel dont des fous peuvent abuser ; chez Kafka, il est un mécanisme dément, et qui entraîne l'individu dans sa démente. C'est que, de Racine à Kafka, les modes d'action de la société se sont bien transformés ; l'État est devenu anonyme, multiforme, tentaculaire ; ses commandements sont tellement nombreux, complexes, changeants, qu'il n'est plus matériellement possible de les connaître, encore moins d'en pénétrer la raison. Au reste, si le postulat est que la société sait mieux que l'individu ce que l'individu doit faire, pourquoi perdrait-elle son temps à raisonner avec lui ? Ainsi, au moment où devenait plus fréquent et plus inévitable le contact de chacun avec le droit, le

(28) Cf. ce que disait de la loi sans but, de la loi absurde, J.-P. SARTRE, *Aminadab ou du fantastique considéré comme un langage*. *Cahiers du Sud*, 1943, p. 299, 361 et s., spécialement p. 363 (on notera la date). Avant les Existentialistes, il est juste de le rappeler, Lewis CAROLL (*Alice au pays des Merveilles*) avait tenté de rendre sensible, même aux enfants, l'absurdité cachée dans le droit et dans toute règle (cf. *supra*, p. 114), non moins que dans les procès et les jugements. On connaît l'exclamation de la fameuse Reine de Cœur (en qui nous avons peine à voir une caricature de la reine Victoria) : « la sentence d'abord ; le verdict après » (chap. 12). On a proposé de l'entendre, sur une ligne psychanalytique, comme une aspiration à ce que le temps fût inversé (G. LEGADEC, *Les aventures d'Alice au pays des Merveilles*, *Interprétation* [de Montréal], 1967, vol. 1, n° 1, p. 84). Les juristes n'iront pas fouiller si loin. C'est une ironie toute simple qu'ils sentent sous le propos, car ils n'ignorent pas comment bien souvent la justice est en effet rendue, le juge commençant par poser le résultat qu'il veut et ne se mettant qu'ensuite à la recherche du droit.

droit revêtait les attributs effrayants de l'inconnu et de l'inintelligible. Une nappe de déraison par le droit a envahi les existences. Aucun cerveau n'y résiste complètement, mais les effets sont variables selon les sujets. Chez les uns, tel Kafka, c'est l'écrasement. Chez les autres, une espèce d'anesthésie juridique : le justiciable devient insensible au droit ; il vit (et c'est un criminel, ou bien un sage) comme si le droit n'existait pas.

*
* *

Contre cette psychopathie juridique, il y a, pour ne rien dire de la thérapeutique, qui échappe un peu au juriste, des moyens préventifs à portée de la main.

D'abord, la connaissance du droit que les Facultés de droit ont pour tâche de diffuser contribue directement à prévenir le mal. Signe des temps qu'elles soient de plus en plus fréquentées par les foules. Beaucoup de ceux qui s'y bousculent demandent à acquérir moins une science, requise seulement pour un nombre mesurable de professionnels, qu'une familiarité générale avec le monstre, qui le leur rendra moins terrifiant.

Mais c'est au législateur, surtout, qu'incombe le devoir d'organiser la prévention de l'angoisse qu'il répand autour de lui. Qu'il se dise que toute loi, même excellente dans son contenu, est un mal par le trouble qu'elle apportera dans le psychisme des sujets. Avec les avantages sociaux qu'il en attend, il doit toujours mettre en balance les inconvénients de l'influence pesante et néfaste que toute réglementation exerce sur l'équilibre nerveux de tout citoyen. Aujourd'hui, le fondu des bruits de Paris est déchiré à chaque instant par des stridences à privilèges : pompiers, police, ambulances. Qui comparera le coût social de l'émotion acoustique ainsi propagée avec le gain de temps obtenu à ce prix pour les secours collectifs ?

Le législateur devrait bien consentir à ne se servir de sa sirène d'alarme qu'en présence d'un danger véritable. Et même qu'il renonce à la sirène d'alarme ; que légiférant moins, il légifère plus doucement. Que la loi cesse de prendre ce ton agressif, cette voix rauque de haut-parleur qu'elle s'est trop souvent donnée, et qui ont ébranlé les nerfs fatigués des contemporains. Qu'elle parle sur le ton de la conversation, qu'elle exprime ses raisons, qu'elle observe les règles de la courtoisie (la non-rétroactivité en est une). Un grand progrès aura été accompli, et la psychologie juridique pourrait y contribuer de façon décisive, lorsque l'on se sera aperçu que la liberté, comme l'ordre d'ailleurs, n'est pas seulement matière à déclarations abstraites, mais pure et simple nécessité d'hygiène mentale.

Chapitre II

LA JUSTICE DE SALOMON

Une très grande figure que celle du roi Salomon. Il serait dommage qu'elle fût rendue suspecte par les hyperboles des biographies : l'argent devenu aussi commun que les pierres, les quarante mille chevaux, les trente bœufs quotidiennement sacrifiés, et, surtout les sept cents épouses et trois cents concubines (1). Il devait avoir le goût du colossal, qui semble aujourd'hui un mauvais goût. Mais c'était une personnalité exceptionnelle.

Un rien lui a manqué pour se hausser au zénith de David son père : d'être comme lui un guerrier. S'il avait eu l'instinct de la gloire militaire, il eût peut-être inscrit son nom dans le quadrille des cartes à jouer, aux côtés d'Alexandre, de César et de Charlemagne. Mais c'était un pacifique, un civil, un très grand civil. Administrateur, grâce auquel Israël achèvera de se constituer en État efficace. Économiste aussi, qui porte au commerce une attention presque anglaise (2). Et juriste, néanmoins : le personnage est éminemment juridique.

La prière de Salomon en songe (3), c'est la prière du juriste. Ce qu'il demande à Dieu, et qu'il obtient, c'est la sagesse pour dire le droit — pour dire le droit au sein d'une nation. Il ne s'agit plus d'éduquer une tribu dans l'enfance, ni de traduire les messages de la divinité. Le droit se sépare de la morale et de la religion (4) : un grand moment pour le droit.

(1) Après tout, il avait peut-être cette quantité de femmes dans son harem ; mais chez les monarques orientaux, la polygamie d'ostentation n'était point nécessairement polygamie de consommation. Cf. H. GUNTHER, *Le mariage*, trad. franç., 1952, p. 112.

(2) Pour une interprétation socialiste de l'histoire, le point important est que Salomon prit appui sur les forces capitalistes et colonialistes naissantes, qu'il rechercha l'alliance de la haute finance de Tyr. Mais bien loin de ce marxisme, soupçonneux, c'est une *Chanson de Salomon* très peuple que Bertolt Brecht a insérée dans *Mère Courage* (1,9) et dans *l'Opéra de quatre sous* (111,7), *Wie gross und weis war Salomon!*

(3) *I Rois*, 3 : 5 et s. ; *II Chron.*, 1 : 10.

(4) Isaac HERZOG, *The main Institutions of Jewish Law*, 1936, t. 1, p. XXIV.

Cette intelligence juridique reçue d'en haut, Salomon l'appliqua à la législation. Une de ses ordonnances au moins (5) est toujours vivante parmi nous : celle qui a reconnu au premier venu le droit de se frayer un passage sur la propriété d'autrui lorsqu'il trouve la voie publique coupée (6). Mais, plus encore que dans la règle abstraite, il semble qu'il excellait dans le cas concret. Plus que législateur, il fut juge, le juge inné, le juge proverbial.

On s'en voudrait de ne pas citer tous les menus perfectionnements dont les services judiciaires lui sont redevables, ces aménagements matériels qui en ont fait et en font encore le confort.

Le juriste rencontrant le bâtisseur, il a logé la justice. Jusqu'alors elle était sous les arbres ; il l'installa à l'intérieur, se contentant de caissonner de cèdre ses plafonds (7), pour qu'elle ne perdît rien des influences magiques captées par le bois (8). Ce fut le premier palais de justice, dont le Temple n'était peut-être que la Sainte-Chapelle.

Et ces aromates que, par quantités prodigieuses, convoie vers Jérusalem la reine de Saba, consultante infatigable, qui de si loin vient poser des questions difficiles (9). Il est permis d'y apercevoir l'origine des épices. Non point les présents corrupteurs, mais les condiments délicats, les sucreries parfumées, et qui sait ? le café qui réveille. Toutes ces âpretés et toutes ces douceurs, destinées les unes à exciter l'intellect, les autres à faire déborder la mansuétude, Salomon ne les refuse point, et par là il se montre attentif à tout un côté de la physiologie judiciaire que notre Ancien Droit n'ignorait pas, mais que le droit moderne a négligé sans bénéfice pour personne.

(5) I. HERZOG, *op. cit.*, t. I, p. 277.

(6) Cette règle immémoriale, reproduite dans le décret du 28 sept. 1791 sur la police rurale, titre 2, art. 41, est considérée comme toujours en vigueur, du moins à titre de coutume. Mais la pratique est loin de lui donner l'interprétation large qu'appellerait la consécration d'une liberté physique élémentaire (ex. lorsque le trottoir est mis en état de blocus par les autos en stationnement, le droit de forcer les portières, étant entendu que les dommages seront à la charge de la communauté).

(7) I Rois, 7 : 7.

(8) Tout lieu d'audience, dans les sociétés archaïques, est une aire sacrée et comme retranchée du monde ordinaire (cf. le *hieros kuklos* où, sur le bouclier d'Achille, tel que le décrit l'Iliade, siègent les juges). Si les arbres font fréquemment partie du décor judiciaire, c'est qu'ils attirent le charisme divin et le transmettent aux magistrats qui sont assis à leur ombre. Dans la Chine antique, un recueil de jurisprudence était intitulé *les cas de dessous le poiner*. En Israël, le livre des Juges (15 : 4) évoque la justice rendue sous un palmier ; Esaïe (61 : 3), la justice rendue sous un chêne — bon précédent pour saint Louis. Autre indice, philologique : l'étymologie qui fait dériver de l'arbre (*tree*), du chêne (*dru*), notre trêve (*truce*, *treegwa*), moment de paix et de justice (laquelle est pacification). Quand le seigneur tenait audience dans sa maison, il y fallait toujours du bois, et cette audience était appelée justice sous *latte*.

(9) I Rois, 10 : 2 ; II Chron., 9 : 1.

De si bonne politique qu'il soit d'abriter la justice ou de l'empêcher de somnoler, on conviendra que l'essentiel est ailleurs. Au jugement on juge le juge. Voici venir le fameux jugement.

L'histoire a eu l'impression que ce juge n'était pas aux dimensions des mortels. L'histoire ou la légende (10), la légende des siècles. Fils d'un crime, ainsi le fait parler Victor Hugo dans le groupe des idylles (crime qui était un duo d'adultère et d'assassinat),

... Fils d'un crime,

J'ai la sagesse énorme et sombre ; et le démon

Prendrait entre le ciel suprême et son abîme

Pour juge Salomon

Hugo, en visionnaire, a eu, plus profondément que tout autre, l'intuition de ce qu'il y avait de gigantesque et de ténébreux dans le génie judiciaire de Salomon, de céleste et de satanique à la fois, et finalement d'équivoque. L'équivoque n'est pas absente du fameux jugement, malgré l'angélisme apparent du dessein.

Le fameux jugement, comme s'il n'y en avait pas d'autres. Le narrateur biblique raconte que Salomon en prononça trois mille, ce qui, pour un juge supérieur sans fichier, représente en quarante ans une assez honnête moyenne. Mais des deux mille neuf cent quatre-vingt-neuf autres, on ne sait pas grand-chose (11) : c'était le train-train quotidien du tribunal suprême. L'esprit judiciaire soufflait tous les jours, mais un jour, Salomon fut emporté sur les sommets.

Un peu comme, chez nous, le président Magnaud, le Salomon de Château-Thierry, si l'autre fut le bon juge de Jérusalem. Magnaud rendit bien des jugements ; mais sur un seul s'établit le plus clair de sa renommée (12) : celui par lequel il relaxa la fille-mère Ménard, poursuivie pour avoir volé un pain dans

(10) Cf. le mythe de l'anneau de Salomon, qui se répandit au Moyen Âge dans le Proche-Orient, et notamment en Perse : l'anneau confère l'emprise sur les hommes, les péris, les démons. Salomon apparaît comme magicien dans le Coran et dans les Mille et une nuits. Il l'était déjà un peu dans le « Testament de Salomon », œuvre probable d'un chrétien grec (au début du III^e siècle, dans la province d'Asie).

(11) *Les cinquante jugements de Salomon* (1933) de P. SAINTYVES (Emile Nourry) paraissent fort sujets à caution.

(12) V. Henry LEYRET, *Les jugements du Président Magnaud*, 1900 ; *Les Nouveaux jugements du Président Magnaud*, 1904 (sur le « phénomène Magnaud », v. les vues trop critiques de GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources*, t. 2, n^o 196).

les affres de la misère (13). Ce fut aussi pour une fille-mère que Salomon rendit son jugement.

En Israël, vers l'an 970 avant notre ère, chaque ville devait avoir déjà son tribunal collégial, son conseil d'anciens ; mais la compétence judiciaire du roi se trouve également attestée par les sources (14), soit qu'il fût juge d'appel, soit même que, pour les affaires les plus graves, ou plus, simplement pour celles qui éclataient à proximité du palais, il pût être saisi immédiatement.

Donc, voici Salomon sur son trône, au portique de sa résidence, prêt à rendre la justice (15). La scène est datée du tout-début de son règne : il n'aurait eu alors que vingt-trois ans. Son coup de génie, sous quelque face qu'il faille le considérer, sera le produit d'une sagesse intuitive, d'une illumination par la grâce, non pas de l'expérience, ni de la mémoire des précédents (16).

Les parties, ce sont deux femmes — deux femmes de mauvaise vie. Elles comparaissent pour défendre elles-mêmes leurs prétentions. Salomon ne leur objecte pas *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ni que la société n'a pas d'intérêt à s'occuper de l'état-civil des bâtards. Se souvenant d'être un bâtard lui-même (17), envahi peut-être d'une secrète sympathie pour ces femmes, il va les écouter religieusement.

(13) Le jugement est rapporté sous l'arrêt d'Amiens qui le réforma, 22 avril 1898, S. 1899.2.1, note ROUX. Le cas devait se retrouver, mais moins net, cent ans plus tard, Poitiers, 11 avril 1997, D.1997.512.

(14) Cf. déjà du temps de David, II *Sam.*, 15 : 2.

(15) C'est essentiellement par la Bible, I *Rois*, 3 : 16-28, que le jugement de Salomon a acquis sa célébrité. Mais la version que Josèphe donne de l'épisode (*Antiquités judaïques*, liv. 8, c. 2) contient des variantes qui ne sont pas sans intérêt. — Les comparatistes remarquent avec raison que, dans tout l'Orient et jusque dans l'Inde et en Chine, se retrouvent des légendes semblables : A. JEREMIAS, *Das alte Testament im Lichte des alten Orients*, 1904, p. 489 et s. ; L. DESNOYERS, *Histoire du peuple hébreu des Juges à la Captivité*, 1930, t. 3, p. 14, n. 1.

(16) Est-ce sous le choc prolongé de cette réussite de jeunesse que, plus tard, une règle du Talmud exclura les vieillards du jugement des causes capitales ? Le vrai est qu'ils en sont exclus au même titre que les gens sans enfants : parce que, dit-on, ils ne se souviennent plus d'avoir eu des enfants (faut-il ajouter qu'ils ne se souviennent plus d'avoir été des enfants eux-mêmes ?). La règle se veut donc tournée vers la clémence. On pourrait, toutefois, se demander si son postulat psychologique est bien justifié, et si la vieillesse est moins indulgente que l'âge mûr. Indulgente à l'égard de l'enfance, peut être l'est-elle moins à l'égard des hommes en jaillissante virilité qui, à toute époque, ont fourni le plus gros contingent de la délinquance.

(17) Du moins à lire la Bible naïvement, avec des yeux de fondamentaliste. Mais la science moderne, à des fins qui du reste ne sont pas les nôtres, présente les choses tout différemment : en épousant Bethsabée, David n'aurait fait que suivre une pratique d'alliance avec l'aristocratie étrangère et, loin d'être desservi par une bâtardise, Salomon aurait été porté au pouvoir par la noblesse de son extraction. V. Abrahan MALAMAT, Aspects of the foreign policies of David and Salomon, *Journal of Near Eastern Studies*, t. 22, 1963, p. 8 ; Edm. LEACH, The Legitimacy of Salomon ; some structural aspects of Old Testament history, *Archives européennes de sociologie*, 1966, p. 58 et s.

Les écouter l'une et l'autre. Il y avait eu, en Israël comme ailleurs des temps plus anciens où le juge n'avait d'oreilles que pour une partie, le demandeur, le plaignant : le demandeur, lui, sait ce qu'il veut, et la *plainte*, au milieu d'une foule émotive, soulève des ondes de faveur. Mais ces temps sont révolus : maintenant, le défendeur est entendu lui aussi, la procédure est devenue contradictoire. N'est-ce pas justement à Salomon qu'est dû le changement ? Le principe du contradictoire figure parmi les proverbes que la tradition a logés sous son patronage (18).

Est-il besoin de rappeler les faits de la cause ? Ces deux femmes, qui habitaient seules sous le même toit, ont accouché il y a peu de temps, le même jour ou presque (19), et l'une et l'autre d'un garçon. Chacune, le soir, couchait son nouveau-né près d'elle. Mais voici qu'un matin, l'une d'elles ne trouve plus dans son lit qu'un petit cadavre. A-t-elle étouffé le mioche en dormant ? Elle croit reconnaître non son fils, mais celui de la voisine ; et elle accuse celle-ci d'avoir pendant la nuit opéré la substitution. Ce que l'autre nie énergiquement. Pour l'enfant vivant, cela va faire une mère de trop.

La question de droit paraît avoir son siège dans la matière de la filiation — non point recherche de maternité par l'enfant, mais l'inverse, revendication de l'enfant par la mère. Tous les éléments de la filiation ne sont pas en débat, mais uniquement celui que les civilistes appellent l'identité : l'identité de l'enfant en litige avec l'enfant dont la prétendue mère est accouchée. Ce thème des substitutions d'enfants au berceau a joué un rôle important dans la mythologie de tous les peuples. Un rôle psychothérapeutique, en ouvrant la porte au rêve : le plus misérable, s'il peut s'imaginer fils d'un prince, se consolera de sa misère dans l'attente du coup de théâtre juridique qui fera tomber ses haillons. Mais il semble que les *changelings* aient toujours été beaucoup plus rares dans la jurisprudence que dans les contes de fées. Les juristes pensaient même, au début du siècle, que les progrès de la puériculture, notamment par la disparition des mises en nourrice, allaient refouler définitivement l'hypothèse dans le passé. C'était compter sans la nourricerie collective, sans les crèches et les maternités : elles ont été l'occasion de quelques interversions de nourrissons, matière à procès et thème de film (20). La doctrine civiliste a été ainsi

(18) Prov., 18 : 17 : Le premier qui parle dans sa cause paraît juste ; vient sa partie adverse, et on l'examine.

(19) Josèphe parle de deux accouchements qui auraient eu lieu à la même heure. La Bible, laissant plus de champ aux vraisemblances, suppose un intervalle de trois jours. Mais une différence d'âge de trois jours, très peu de temps après la naissance, n'aurait-elle pas pu être décelée par des matrones expertes ?

(20) Un procès au moins, qui fit du bruit en son temps, l'affaire dite *de Roubaix*, trib. civ. Lille, 10 mars 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.1.358. Le film, devenu presque proverbial, c'est *La vie est un long fleuve tranquille* (1988), où l'enfant Groseille est échangé contre l'enfant Duquesnoy, le ressort comique étant dans l'échange de classe sociale et les difficultés du retour aux cases départ.

amenée à reprendre et à rajeunir son étude des preuves de l'identité (21). La conclusion pratique, toutefois, ne varie guère : que, puisque l'identité de l'enfant est un fait matériel, elle peut être établie par tous moyens, en particulier par indices et présomptions. Le jugement de Salomon, si l'on va jusqu'au bout, c'était précisément un jugement par présomptions (22). Il est vrai que, sous le concept des présomptions de l'homme, il est loisible d'entendre des combinaisons plus ou moins compliquées, parce que cet homme dont il s'agit peut être l'homme quelconque, mais aussi bien l'homme que sa science retranche du commun des mortels (comme le supposent chez nous les articles 1349 et 1353 C. civ.). C'est ainsi que, de nos jours, les résultats d'une analyse des sangs entrent dans les présomptions de l'homme, quoique le premier venu n'y discerne goutte, si un expert ne lui en fait une traduction. Et dans notre espèce, le mode de preuve employé était bien déjà, à sa façon, un mode savant, s'il est exact qu'il impliquait toute une science psychologique. À telle enseigne que l'auditoire n'aurait pas d'abord compris (23). Il n'aurait compris qu'en voyant la conclusion.

Ce qui jette une ombre sur ce procès civil, c'est le procès pénal qu'à l'arrière-plan on entrevoit, sans lequel il est probablement inexplicable. Car pourquoi cette âpreté, cette égale âpreté à se disputer l'enfant ? De la vraie mère, soit : c'est amour maternel. Mais de la fausse (de quelque côté, d'ailleurs, qu'elle se cache ?). À cette époque, un bébé n'est point source d'allocations. La soif de maternité pourrait pousser une mère à voler un enfant pour remplacer celui qu'elle a perdu. Mais il n'est pas vraisemblable que ce désir fou, qui fait des adoptions, surgisse le jour même de l'enterrement. À ce moment de désespoir, une mère n'aurait qu'horreur pour un petit étranger. L'explication est ailleurs : c'est que ne pas réclamer l'enfant vivant était reconnaître pour sien l'enfant mort. Mais comment était-il mort ? Beaucoup de droits archaïques présument, en pareil cas, l'infanticide et n'hésitent pas à appliquer la peine capitale. Que le nouveau-né ait été étouffé par la mère alors qu'elle était endormie, par des mouvements que notre analyse de modernes, trop psychologique, qualifie d'involontaires, ce n'est pas une excuse dans des systèmes juridiques qui s'attachent plus à la matérialité des actes qu'aux intentions. Et puis la mère est, tout de même, coupable d'une imprudence grave, criminelle, à avoir ainsi fait coucher dans son lit (24) une si fragile créature. Ainsi, le risque pénal donne à l'instance un ressort dramatique : les mères ne

(21) Avant la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation (art. 322-1 C. civ.).

(22) Ainsi que le relève DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, livre 3, titre 6, préambule.

(23) D'après le récit de Josèphe, *loc. cit.*

(24) Cf. *supra*, p. 67.

plaident pas seulement pour une possession, mais pour leur innocence, peut-être pour leur vie.

Qu'on le coupe en deux (25). Saisie au mot, la sentence, maintenant, a une résonance plutôt comique, ubuesque : nous ne nous attendons pas un instant à la voir mise à exécution. Mais, dix siècles avant Jésus-Christ, les esprits étaient mieux préparés à accepter de ces boucheries judiciaires (26). La loi de l'Exode (21/35) parlait encore : si, d'un coup de corne, ton bœuf a blessé mortellement le mien, nous devons partager les dépouilles du mort et vendre le vivant pour nous en partager le prix. Il n'est pas rapporté que le public, en entendant tomber la sentence, l'estima trop barbare : il la trouva simpliste (27), peut-être aussi paresseuse. Un juge moderne n'avait pas à donner un peu raison à tout le monde, il avait à découvrir la vérité.

Mais les murmures cédèrent bientôt la place à l'admiration. Il y avait dans la sentence naïve, un ressort profond qui va se dévoiler : l'appel à l'amour maternel, piège où succombera la fausse mère. La feinte, pourtant, était-elle si infaillible ? À subtilité, subtilité et demie. Il est d'authentiques mères qui sont du genre tigresse, préférant étrangler leurs petits, plutôt que de les voir passer dans les mains d'autrui. Et à l'opposé, on aurait bien pu concevoir que la fausse mère heureuse, qui était tout de même une vraie mère douloureuse, fût prise de compassion, car il n'est rien de tel que d'avoir souffert pour vous rendre charitable. Les probabilités auraient donc pu parfaitement s'inverser. C'est au point que, lorsque Bertolt Brecht a transporté l'affaire au Caucase (28), il a, sans y apercevoir d'impossibilité, interverti les rôles ; et c'est du côté où la fameuse voix du sang aurait dû parler qu'il a placé l'acceptation de la mort de l'enfant. On ne se sentirait donc pas, en l'espèce, absolument garanti contre l'erreur judiciaire, si la Bible, qui a évidemment ses informations particulières, ne nous donnait à supposer que Salomon avait visé juste.

(25) Chez Josèphe, l'ordre n'est pas seulement de couper en deux l'enfant vivant, mais aussi l'enfant mort, ce qui donne plus de relief, dans le récit, à la signification première du jugement : il faut partager l'enjeu. Ce renforcement de l'égalité évoque une règle de sagesse rabbinique : si l'on a deux pommes à partager entre deux individus, il est bon de les couper pour donner une moitié de chacune à chacun des copartageants. Sagesse immémoriale qu'avait recueillie, Dieu sait d'où, notre ancien article 832 C. civ.

(26) Sur l'énigme des XII Tables, *partes secanto*, cf. *supra*, p. 329.

(27) C'est ce que relate Josèphe : tous les gens éclatèrent de rire ; Salomon s'en aperçut et n'en ordonna pas moins de passer à l'exécution.

(28) En 1945, le *Cercle de craie caucasien* (V.). Il faut, bien sûr, observer que, chez Brecht, le jus *sanguinis* est en conflit avec la possession d'état : la vraie mère s'est désintéressée de l'enfant, la fausse mère est une mère nourricière. Mais dans la légende chinoise, qui a servi de canevas à la pièce, ainsi que dans la version intermédiaire de Klabund, c'était, comme au livre des Rois, la vraie mère qui continuait à l'emporter. Le renversement de Brecht n'en est que plus significatif.

Mais le jugement de façade plus le jugement d'arrière-pensée, cela fait deux jugements de Salomon. Et l'on ne sait plus quel est le bon. Les intellectuels, les raffinés, les psychologues n'ont voulu retenir que celui de derrière la tête, le stratagème réussi ; et s'ils glorifient le roi-juge, c'est d'avoir, comme saint Ambroise le disait, par le glaive de l'Esprit, pénétré le secret de deux consciences (29) — ou, pour donner à la louange une touche de modernité, d'avoir si hardiment expérimenté sur la sensibilité d'une fille-mère. Il n'en est que plus remarquable que le folklore ait compris la scène très différemment, s'arrêtant à l'avant-dire-droit sans se soucier de ce qui devait suivre. Pour la tradition populaire, le jugement de Salomon, c'est le jugement qui, bêtement, coupe l'enfant par moitié pour que chaque mère en ait sa part, — non pas la justice ingénieuse, mais la justice ingénue.

De ce double jugement, une double postérité allait descendre. S'il y a une ambiguïté du personnage de Salomon, c'est que le roi des juges a répandu dans le monde du droit, comme deux héritages contradictoires, la justice des savants et celle des rustiques.

La justice savante revêt bien des formes, mais le postulat en est toujours qu'il y aurait, dans le droit, une vérité à découvrir. Plus la vérité se dérobe, plus il faut renforcer la dose de science ; le droit fait ses preuves de science quand il se mesure avec les choses cachées.

La justice se colletant avec des énigmes, mais c'est la définition même du roman policier. Salomon, en son moment de science profonde, pourrait bien avoir été le lointain précurseur de ce genre littéraire si redoutable. La passion des énigmes faisait fureur autour de lui dans tout l'Orient : d'un potentat à un autre, ce n'était qu'échanges, tournois de devinettes. Son originalité, ce fut d'apercevoir qu'un procès bien embrouillé était aussi captivant qu'un logogriphe et de transporter dans les tribunaux le divertissement de cour (30). Sur ses traces prospérera toute une littérature de mystères juridiques. Des justiciables aux juges, c'est à qui dissimulera le mieux. Les temps sont propices, car, la civilisation s'affinant, la criminalité se fait moins sanguinaire, plus astucieuse, la justice aussi. Pour une société abruti pendant des siècles par des histoires de brigands, l'apparition de l'escroquerie est une récréation — surtout si aux escrocs malins font face des archers roublards. De là ces récits, souvent stéréotypés, de roueries juridico-judiciaires (31), dont la chaîne a

(29) AMBROISE, *De Sancto Spiritu*, livre 3, c. 7.

(30) Un texte comme celui des Proverbes (dits de Salomon), 30 : 18-20, pourrait marquer la transition : il présente une question de droit, la preuve de l'adultère, mêlée analogiquement à une série d'énigmes, l'analogie faisant d'ailleurs énigme elle-même, comme par un comble.

(31) On rencontre de ces récits dans le droit rabbinique, dans le droit musulman (c'est la catégorie dite des *Hiyal*, des ruses, dont les Mille et une nuits offrent des exemples ; ainsi, le *Marchand de Bagdad*).

couru d'Asie en Europe, de Rome (32) au Moyen Âge (33) et, non sans laisser quelques reflets (le reflet Zadig) chez les bons auteurs, s'est prolongée jusqu'à la veille des premières *detective stories* (34). Celles-ci ont pris parmi nous le relais. Cependant, par leur grossissement, peut-être soulignent-elles davantage les périls sociaux du genre : il conditionne peu à peu l'opinion publique à présumer que le meilleur emploi de l'intelligence du droit est de détecter des coupables — non de mettre à l'abri les innocents.

Ce ne sont point les romans policiers qui sont responsables de la police, ni de ses manèges. Mais Salomon l'Ingénieur pourrait bien être à l'origine de ceux-ci comme de ceux-là. La police, dans les dures batailles qu'elle est obligée de livrer à l'armée du crime (ce style est de rigueur) — la police se permet des ruses de guerre, et ce sont des ruses de guerre permises. Les magistrats qui se feraient scrupule d'en user eux-mêmes s'en font moins d'user des renseignements que par là d'autres ont obtenus (35). Et voilà comment persiste dans notre droit une justice rusée, la ruse empruntant à l'occasion le masque de la science. Or, où est le parangon, le mythe qui fonde la pratique, si ce n'est dans la chausse-trape odieuse qui aurait été tendue, il y a trois millénaires, à ces pauvres femmes de Jérusalem ? Quelle humilité prospective nous prêtons ainsi au prince de la sagesse judiciaire : il aurait accepté de se faire l'ancêtre de tous les agents provocateurs !

Combien plus pur est le premier jugement, le jugement naïf, rustique — celui qui replace Salomon dans toute sa gloire de lys candide. La légendaire équité salomonienne, elle est là : que chaque mère ait sa moitié d'enfant, que le glaive de la justice ne serve plus qu'à couper les poires en deux. Cette intuition charismatique, par bonheur, ne devait pas se perdre.

Ce n'est pas que *l'intelligentsia* du droit s'y soit jamais sincèrement ralliée : comme au premier jour, elle continue de rire quand on lui parle de résoudre le problème en partageant l'enjeu. Sous la plume des glossateurs, *judicium rusticorum* n'était point l'éloge de l'innocence villageoise, mais l'outrage qui cinglait l'ignorance des rustres. Et certes, l'irrationalité du procédé, son caractère préscientifique ne sont plus à démontrer : en aucune logique, la proposition A

(32) V. par ex. la feinte dont se servit l'empereur Claude, selon SUÉTONE (C. 25), pour éclaircir une recherche de maternité.

(33) Ex. en droit germanique, la légende des quatre frères poursuivant leur mère en déchéance de son douaire, au motif qu'elle s'était rendue coupable d'adultère : le juge leur annonça qu'elle avait avoué et qu'elle était même prête à révéler lequel d'entre eux avait été le fruit de l'adultère ; ils furent d'accord pour retirer leur plainte.

(34) En 1789 était imprimé à Francfort un *Juristisches Vade-mecum fur lustige Leute*, qui contenait toute une partie de stratagèmes juridiques. À lire en diligence, comme aujourd'hui les romans policiers se lisent dans le train.

(35) Cf. BLONDET, Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire, *J.C.P.* 1958.1.1419 ; BOUZAT, La loyauté dans la recherche des preuves, *Mélanges Hugueney*, - 1964, p. 155 et s ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 2, 1989, n° 130.

ou B ne se traduit par $A/2 + B/2$. Seulement, le droit a-t-il été inventé pour assurer le triomphe de la logique — ou le règne de la paix (36) ?

En fait, c'est par la petite porte que la justice dimidiante est parvenue à se glisser dans les droits modernes. Il est ainsi, chez nous, quelques textes qui y font explicitement appel, tantôt pour se dégager d'un embarras de preuves (ainsi, dans l'abordage maritime, lorsqu'il est impossible de démêler la gravité respective des fautes (37)), tantôt même pour trancher un conflit de droits (il y a du Salomon dans la fente successorale, comme aussi dans la division du trésor). Mais les hypothèses se comptent sur les doigts de la main. Et en regard, les échecs subis ont été importants : quand il a fallu régler les conséquences des collisions d'automobiles (38) ou des scissions de syndicats (39), l'invocation de l'équité partageuse n'a trouvé en jurisprudence aucun écho (40).

Il est vrai qu'un mythe peut agir souterrainement : il y aurait une enquête à mener pour rechercher ce qui vient de l'inspiration salomonienne, par exemple, dans la propension des juges à prononcer le divorce, pour faute aux torts et griefs réciproques, — torts partagés — plutôt qu'aux torts exclusifs, ou encore, de façon plus discrète, dans leur habitude bien connue de pratiquer, en matière de responsabilité, des rabais quasi systématiques sur les dommages-intérêts que les victimes réclament (41).

(36) Cf. le beau livre de Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, 1988.

(37) Aujourd'hui, loi du 7 juillet 1967, art. 4, al. 1^{er}.

(38) Plusieurs auteurs avaient recommandé ici le partage par moitié : ex. A. BESSON, *La notion de garde*, thèse Paris, 1927, p. 167 ; H. MAZEAUD, S. 1927.1.177 ; P. ESMEIN, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1932, p. 468 ; MAZEAUD et TUNC, *Responsabilité civile*, t. II, n° 1537.

(39) On avait préconisé de reconnaître à chacun des groupements issus de la scission une part des droits qui antérieurement avaient appartenu au syndicat rompu, afin que personne ne fût laissé dans une totale amertume, *Droit social*, 1949, p. 138. Mais la Cour de cassation rejeta cette solution d'apaisement, Soc. 28 mai 1959, *J.C.P.* 1959.2.11243. Cf. de nouveau, Paris, 21 juin 1966, D. 1967.321.

(40) Le principe hors de doute, affirmé par la Cour de cassation, est que le doute n'autorise pas les juges du fond à partager par moitié entre les deux litigants l'objet litigieux : 1^{re} Ch. civ. 18 juin 1980, D. 81, *Info. rapides*, 233.

(41) Le fait est notoire, et en tous pays. Tellement que, dans son récit de *Bardell contre Pickwick*, qui a valeur mythologique, Charles Dickens n'a même pas pris la peine de le faire ressortir (le jury, quoique très disposé à écouter la rusée veuve sur le fond, ne lui accorde que 750 livres des 1 500 qu'elle réclamait à titre de dommages-intérêts pour rupture de l'hypothétique promesse de mariage). Un approfondissement de psychologie judiciaire exigerait, d'ailleurs, une analyse très poussée et des plus délicates, car des interactions se produisent non seulement entre chaque demande et chaque jugement, mais aussi, vraisemblablement, entre les demandes et les jugements envisagés comme phénomènes collectifs. Parce qu'ils connaissent la tendance des tribunaux à rabattre en général les prétentions, les demandeurs, chacun à part soi, ont tendance à grossir leurs demandes, et parce que les tribunaux connaissent cette tendance globale à l'exagération, ils se sentent encouragés à rabattre dans chaque affaire.

S'il est un lieu du droit où la tension est vive entre la justice classique à un seul gagnant et l'équité qui ne voudrait pas de perdant, c'est précisément ce que l'on a appelé, dans le règlement de l'après-divorce, le partage de l'enfant. L'ombre de Salomon a hanté ce lieu. Il n'est plus question de couper en deux le corps de l'enfant. Mais il est toujours possible de découper son temps, son printemps, son amour. La vieille découpe du Code civil — à l'un la garde, à l'autre de simples visites (42) — avait l'air d'une équité bancale. D'où à présent la vogue, venue de Suède, de la garde alternée — modèle mathématiquement parfait, si l'on était certain que, dans l'écoulement de l'enfance, la durée est homogène et chaque semaine sans mémoire de celle qui l'a précédé. Quant à l'autorité parentale conjointe, c'est tout le contraire d'un partage, c'est le maintien d'une indivision. *Exit* Salomon.

Il était illusoire d'espérer de notre système juridique qu'il se donne Salomon pour roi et fasse de sa méthode tranchante, une épée pour tous les nœuds, une clé pour tous les doutes (43). Il eût fallu pour cela qu'il fût volontiers douteur. Or, d'où lui arriverait le besoin de douter ? De l'obscurité du droit ? Le prétendre obscur n'est, à ses yeux, que prétexte, donc calomnie (art. 4 C. civ.). De l'obscurité du fait ? Mais, selon lui, les juges ont des lumières particulières (art. 1353), du moins toujours assez pour maintenir le *statu quo* (art. 1315, al. 1^{er}).

Les systèmes juridiques du passé avaient plus de modestie intellectuelle. Ils ne ressentaient nulle honte à porter avec eux une théorie de leurs doutes : ils en analysaient les causes, les espèces, les degrés, et aussi les diverses manières d'y mettre fin. Par la coopération, ce sera la transaction, une de ces manières parmi d'autres. Mais il y a le doute sourd, l'état de totale immobilité, d'équilibre obstiné entre deux droits, deux preuves de droits en conflit. Les issues n'en sont pas si nombreuses. Qui dédaigne Salomon est rejeté vers le tirage au sort ou le duel judiciaire. Ce qui est advenu au Code Napoléon. Fort étonnamment, dans le seul texte où il fait allusion au doute, l'article 1367, il renvoie le juge à en sortir par cette forme édulcorée d'ordalie qu'est le serment supplémentaire. Que n'a-t-il vu que la justice par division aurait, en somme, demandé moins de sacrifices à sa philosophie, à sa laïcité, à son goût d'un raisonnable terre-à-terre ? Car cette justice est capable de trancher le doute sans faire intervenir divination ni divinité, et à défaut de rigueur mathématique, elle y apporte une approximation qui satisfait le bon sens paysan : avec elle, on est assuré

(42) Même norme de « partage » pour les conflits de filiation, depuis 1972, art 311-13.C. civ.

(43) Dans le Code civil mexicain (fédéral) de 1928, nous lisons, au contraire, une disposition générale qui peut être entendue comme salomonienne. Art. 20 : ... Si le conflit est entre des droits égaux ou de même espèce, on décidera en observant la plus grande égalité possible entre les intéressés. Rien de surprenant : on remarquait dans ce code (qu'est-il devenu ?) une certaine écoute des préoccupations populaires. Le Mexique était pour lors sous la présidence du général Calles. Sa présidence méritait peut-être mieux que la réputation que lui a faite Graham Greene en la choisissant pour décor de son plus célèbre roman.

que, sous leurs deux visages indiscernables, le juste ne sera pas tout à fait dépouillé, l'injuste ne sera pas entièrement triomphant.

Ce n'est pas un hasard si l'un des rares juristes qui aient clairement affirmé la valeur juridique du principe salomonien est précisément Grotius, ce profond connaisseur de la paix et de la guerre. Celui, a-t-il écrit, qui, dans la complète ambiguïté des droits allégués et des possessions, refuserait l'offre que lui ferait son adversaire de partager l'objet de la controverse — celui-là devrait être réputé injuste (44). Mais, avait-il lu Grotius, ce capitaine de navire hollandais qui apparaît dans un roman de Jan de Hartog ? Pour calmer une querelle entre deux de ses soutiers, dont l'un a chipé à l'autre une photo féminine, il n'hésite pas un instant, il coupe en deux la *pin up girl* (45). Lecture de Grotius ou charisme de Salomon ? Plus probablement un réflexe naturel. Quand un personnage ayant autorité — un capitaine ou un roi, un juge ou une mère — aperçoit, en contre-bas, deux de ses sujets qui s'entre-déchirent pour la possession d'un bien, d'instinct il intervient et, pour les séparer, divise la proie, afin que, chacun, ayant un morceau dans les bras, lâche le reste. Le succès est à peu près assuré, il y faut de l'autorité, néanmoins (c'est le génie du partage d'*ascendant*). Il n'y a pas autant à espérer d'un partage consensuel, contractuel (postulant des bienveillances réciproques). Dans tout contrat se guettent des intérêts, des démons plutôt que des anges. Notre fin de millénaire s'est illusionnée en cherchant sa valeur suprême dans une éthique, voire une théologie *de partage* (le partage souvent politisé en *solidarité*).

(44) GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, liv. 2, C. 23, n° 12.

(45) Jan de HARTOG, *Jan Wandelaar*, 4^e partie, 18. S'agissant d'appliquer à un tel objet la sentence divisoire, ce serait une question subsidiaire, des plus chatouilleuses, que de savoir si la coupe horizontale à mi-corps ne serait pas, malgré l'apparente dissymétrie, plus équitablement satisfaisante que ce mode vertical d'exécution que le *chaouch* du roi Salomon, à en croire la tradition iconographique, avait dû trouver plus naturel.

Chapitre III

LA JUSTICE SAISIE PAR SON OMBRE*

Ce service public, noble entre tous, s'élève comme un château au-dessus de la société qu'il juge. Nous qui sommes tourmentés de procès ou qui enseignons la procédure, nous le voyons de près, se découpant sur la lumière. Nous ne sommes pas assurés, pourtant, de pénétrer l'esprit mystérieux qui l'habite. L'ombre d'un corps n'en prolonge-t-elle pas le mystère ? Aux marges de la société, la justice projette des ombres. Ombres portées, ombres parfois diffuses, ces apparences pourraient-elles, au contraire, nous aider à mieux saisir la réalité ?

En face de la justice d'État sont apparues, à toutes les époques, apparaissent encore de nos jours, des justices non étatiques. Ou, plus précisément — puisque c'est sur le droit pénal que se concentrera la recherche, le plus primitif, le plus essentiel de tous les droits — en face des tribunaux répressifs de l'État d'autres peuvent naître, qui ne doivent rien à l'État, disons mieux, rien à la société globale.

Ne parlons pas de *justice privée* : l'appellation a dérapé jusqu'à s'étendre, avec prédilection, aux phénomènes de vengeance. Et cette justice, si elle peut n'être pas sans forme, n'a point forme de tribunal. Or, c'est par l'analogie aux tribunaux de l'État que se caractérisent les phénomènes de justice non étatique.

Ne parlons pas davantage de *justice informelle*. C'est une notion qui a conquis droit de cité en sociologie juridique chez les Anglo-Américains (1). Mais, outre qu'elle a rencontré son emploi en matière civile plutôt que pénale, les mécanismes de « dénouement des disputes », de résolution des conflits auxquels elle se réfère, même s'ils ne sont pas insérés dans l'administration judiciaire, sont intégrés à la société globale. C'est une justice alternative (l'arbitrage en est un exemple de choix) que la société elle-même propose aux jus-

* Cet article a été composé en 1984, en hommage à Georges Michaelides-Noaros, juriste, sociologue, philosophe à l'admirable culture (*Mélanges Méchaélides-Nonaros*, Ant. N. SAKKOULAS, éditeur, Athènes, 1987).

(1) V. par ex. Richard L. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, 1982.

ticiables, lorsque sa justice officielle, pour des raisons quelconques, les repousse ou les dégoûte. Bien différents sont les phénomènes sur lesquels nous aimerions appeler l'attention. Ce qui les signale, d'emblée, c'est qu'ils surgissent en dehors de la société, voire contre elle.

L'ensemble est très hétéroclite. Le seul lien en est une ressemblance vague à l'appareil judiciaire, une imitation de celui-ci souvent instinctive, réfléchie parfois. Aussi suggérons-nous, pour rassembler ces phénomènes, l'expression de *simili-tribunaux*, avec tout ce que le *simili* évoque d'imitation grossière (2). Peut-être aussi d'imitation caricaturale, révélatrice cependant comme le sont les caricatures. Voilà qui est important, car à quoi servirait-il de décrire les simili-tribunaux (I), s'ils n'avaient rien à nous apprendre des tribunaux véritables (II)?

I. — THÉÂTRE D'OMBRES

« J'ai fait un tas de tout ce que j'ai trouvé », confessait Nennius, le vieux chroniqueur gallois. Pour ne pas avoir l'air aussi naïf, les sociologues modernes dressent des typologies. Mais il en est de naïves. Ne l'est-elle pas, celle qui consiste à opposer la jeunesse à l'âge adulte? C'est, pourtant, la *summa divisio* que nous allons suivre, mais avec un *tertius, tertius gaudens*, l'adulte qui retrouve une jeunesse.

a) Les *simili-tribunaux* de la jeunesse. Nouvelle bifurcation : s'agit-il d'apprendre ou de jouer? Il y a, il est vrai, des jeux éducatifs.

La fonction pédagogique est manifeste et exclusive là où c'est la *cupida legum juventus* qui est appelée à former tribunal : depuis longtemps, les apprentis-juristes s'exercent à plaider et à juger sur fac-similés. Chez nous séances de travaux pratiques (trop souvent mornes échanges de pensums en figure de procès), en Amérique (3) *moot-courts* (où il semble, vus de France, que les joueurs jouent mieux le jeu) — le procédé est déjà tellement marqué par la profession future qu'il mérite à peine d'entrer dans notre inventaire.

Descendez d'un degré, des facultés de droit aux lycées et collèges : l'exercice, débarrassé du professionnalisme, pourrait se retrouver, en plus sautillant, dans un programme général d'instruction civique. Toutefois, la chance, ou la malchance, d'avoir un jour à juger les autres est si faible que l'on a rarement éprouvé le besoin d'y éduquer tout futur citoyen (4). Les réalisations ont été

(2) Nous écartons *pseudo*, qui donnerait au phénomène une connotation péjorative de mensonge délibéré.

(3) Exemple de 1940 rapporté par Rita James SIMON, *The Sociology of Law, Interdisciplinary Readings*, 1968, p. 83 et s.

(4) ROUSSEAU (Considérations sur le gouvernement de la Pologne, V. éd. La Pléiade, t. III, p. 969) faisait entrer dans son plan d'éducation publique l'institution d'un Collège de (*simili*) Magistrats ; il en faisait dépendre « l'espoir de la République, la gloire et le sort de la nation ».

clairsemées, épisodiques, dépourvues d'unité : jadis d'inspiration aristocratique (5), d'inspiration démocratique maintenant (6), tantôt tribunaux d'enfants, mais pour enfants (7), avec parfois, à la clef, la clôture d'un internat, ce qui achève de faire virer l'expérience de la pédagogie vers l'autodiscipline (8), et par là vers une autre catégorie de simili-tribunaux, à laquelle il nous faudra revenir (9). Mais les adultes sont toujours là, maîtres du jeu, et l'enfant, en recevant de leurs mains son jouet-tribunal, a perdu une bonne part de sa capacité de démiurge.

Laissez les enfants s'amuser entre eux. Mais s'amuse-t-ils à juger ? Il fut une époque où ils jouaient volontiers aux gendarmes et aux voleurs ; mais il ne paraît pas que la règle de ce jeu ait comporté un épilogue en forme de procès pénal. Il se peut que l'enfance fasse éclore un type purement ludique de simili-tribunaux ; mais on est réduit à en quêter l'illustration dans des folklores épars, celui de l'antiquité (10) ou celui de l'Orient (11).

Il ne faut pas, néanmoins, abandonner le folklore de l'Europe. Un trésor est caché dedans : il n'est que d'accompagner la jeunesse un peu plus tard dans la vie. Au point indécis où l'adolescence s'emboîte dans l'âge adulte, nous tombons sur le riche phénomène des tribunaux satiriques. La base formelle, rituelle en est dans le folklore, et souvent ce stade n'a pas été dépassé. Le rite de passage des saisons s'accomplit en forme de procès ; l'amusement calque

(5) ROUSSEAU lui-même (*loc. cit.*) évoque un exercice qu'il a vu pratiquer à Berne, au sortir du collège, par les jeunes patriciens : « l'État extérieur », miniature de république, « avec des causes, des jugements, des solennités ».

(6) L'institution du jury est en filigrane dans tous les exemples américains.

(7) Tel est le rôle des *Teen-agers' courts*, que les journaux d'Outre-Atlantique font émerger, de temps à autre, à l'actualité : des adolescents en jugent d'autres, sous la direction d'un juge adulte, pour de très menues infractions.

(8) Michel FOUCAULT (*Surveiller et punir*, 975, p. 180) a relevé, dans l'orphelinat du chevalier Pault, à la fin du XVIII^e siècle, des séances de tribunal, qui débouchaient sur l'application d'une *infrapénalité*. Au XX^e siècle, la méthode a connu une certaine notoriété grâce au phénomène des « républiques d'enfants » (en fait internats spécialisés), objet de plus d'enthousiasmes que d'études scientifiques (*Home for Boys* du Père Joseph-Edward Fanagan en Angleterre vers 1917 ; colonies du soviétique Makarenko dans les années 20 ; *Ciudad de los muchachos* du Père Silva Méndez, dans le Nord de l'Espagne, encore attestée en 1973).

(9) Cf. *infra*, note 23.

(10) C'est du moins ce que l'on peut entendre sous un passage assez énigmatique du *Gorgias* (531 e), où Socrate s'imagine par plaisanterie dans la peau d'un médecin qu'un cuisinier traduirait devant un tribunal d'enfants (ἐν παιδίου). Ces juges enfantins, se souvenant de toutes les purges et diètes infligées par le médecin, le condamneraient d'une seule clameur.

(11) Dans les *Mille et une nuits*, un tribunal d'enfants juge équitablement le cas d'un certain Ali Khoja que les juges officiels avaient condamné à tort. Plus généralement, c'est une idée assez fréquente dans ces contes, que la sagesse — même la sagesse judiciaire — s'exprime par la bouche des jeunes, très jeunes enfants (cf. N. ELISSEFF, *Thèmes et motifs des mille et une nuits, essai de clarification*, Beyrouth, 1949, p. 115116).

le judiciaire. La mise en jugement de Carnaval où l'accusé est représenté par un mannequin de paille, est, chez les folkloristes (12), sujet classique d'étude.

Mais qu'entre les mains d'une jeunesse terriblement sagittaire par nature, la fête soit l'occasion de lâcher des salves de lazzi sur les spectateurs ou, mieux, sur les absents, le tribunal carnavalesque se transformera en tribunal satirique — *mock court* pour les Anglais, au double sens de l'expression, une cour à la fois factice et moqueuse. L'effet est autrement incisif, et le parallèle à la justice d'État s'impose ici avec plus d'insistance. Toutefois c'est moins la sanction que la règle sanctionnée qui fait la différence. Car, après tout, si le tribunal satirique est sans armes alors que les tribunaux d'État sont armés, il arrive bien souvent à ceux-ci d'avoir, comme lui, à opérer par la pression purement psychologique et diffuse que recèle le pouvoir *d'humilier*. En revanche, *ratione materiae*, les deux compétences paraissent clairement cloisonnées : à l'une la règle de mœurs, à l'autre la seule règle de droit.

On s'est demandé si le phénomène pouvait être entièrement imputé à la créativité juvénile. De son émergence au Moyen Âge, beaucoup tiennent que les pouvoirs locaux de l'époque, évêques ou seigneurs, n'ont pas dû être innocents. Gageons à tout le moins que, sans avoir monté de toutes pièces le chahut, l'autorité a pu s'y montrer après coup fort indulgente, parce qu'elle tablait sur un effet utile de défoulement des acteurs, de *catharsis* des spectateurs. L'utilité est même telle que l'on peut s'étonner de ne pas rencontrer partout ces tribunaux de la jeunesse (mâle), ces tribunaux de fous (13). Le fait est qu'ils semblent s'être concentrés, du moins s'être mieux conservés, au cœur montagneux de l'Europe, en Allemagne du Sud et surtout en Suisse alémanique (14), *Knabengerichte*, *Narrengerichte*. Ils y seront présents par vestiges jusqu'au début de notre siècle. Depuis, plus rien ? À l'anneau qui restait suspendu dans le vide est venu, cependant, se raccrocher un anneau inattendu. À Zurich, en juin 1968, une bande d'étudiants, entraînant avec elle des ouvriers, s'érigea en tribunal populaire (déjà populaire ou encore satirique ?) pour faire et parfaire le procès d'une police cantonale, stigmatisée comme trop matraqueuse. Un avenir prodigieux se dessinait pour une justice d'adultes. Mais n'anticipons pas.

b) *Les simili-tribunaux de l'âge adulte*. Trêve de plaisanteries : par la pénalité corporelle, jadis sanglante, qui est de leur nature, ces tribunaux ont quelque chose de grave et même de tragique. Le ressort qui les fait agir, cependant, peut tracer entre eux une subdivision.

(12) V. par ex. A. VAN GENNEP, *Manuel de folklore français contemporain*, t. I, vol. III, p. 933, spéc. p. 978, 981 s.

(13) Sur ce qui pouvait s'en rapprocher le plus dans le folklore français, les *Abbés*, *Rois*, *Princes de la Jeunesse*, A. VAN GENNEP, *op. cit.* p. 205 s.

(14) V. E. HOFFMANN-KRAYER, *Knabenschaften und Volksjustiz in der Schweiz*, *Schweiz. Archiv für Volkskunde*, VIII^e année (1904), p. 161 s. ; Hans FEHR, *Kunst und Recht*, t. III, *Die Dichtung im Recht*, Berne, 1936. *Narrengerichte und Narrengemeinde*, p. 225 s., *Knabengerichte*, p. 231 s.

1° Beaucoup de simili-tribunaux peuvent se définir comme des tribunaux de substitution. Parce que l'appareil judiciaire du souverain est défaillant, des individus sans mandat se substituent à lui pour assumer la fonction pénale. Les exemples en sont surtout historiques. L'État moderne a une telle omniscience, tant d'ubiquité et de puissance qu'on ne saurait se le figurer manquant à ses devoirs les plus immédiats.

Là où la carence des pouvoirs établis était devenue chronique, les tribunaux de substitution, pour y répondre, tendirent à se cristalliser dans une organisation. De cette variété stable, le prototype (15) a été donné, en plusieurs régions de l'Allemagne médiévale, avec des hauts et des bas entre le XII^e et le XV^e siècles, par les tribunaux de la Sainte Vehme (sainte alliance ? sainte punition ? on ne sait trop). Leur apparition fut la résultante de deux faits, en actions et réactions réciproques, la déliquescence des régimes politiques et l'audace des criminels. Par la force et la durée, ce fut une véritable institution ; mais pas une institution juridique, puisque les titres juridiques continuaient d'appartenir aux tribunaux décadents. *Non-droit*, pourtant, aurait mal traduit la situation, car la Sainte Vehme entendait faire œuvre de droit, non de pure morale, et elle était armée du glaive. Pas davantage contre-droit n'aurait convenu, car, hormis la procédure, elle n'appliquait pas un droit qui fût opposé à celui de la société globale ; elle se bornait à relever les lois pénales que les juges régulièrement investis avaient laissées tomber de leurs poings. C'était une justice parallèle, se mettant d'office au service d'un droit qui était le bien de tous.

Dans une seconde variété la substitution est l'effet d'une impulsion spontanée, rapide, qui pourra se répéter, mais sans qu'il s'en dégage une juridiction permanente. Le prototype, cette fois, est localisé aux États-Unis : ce sont, c'étaient (faut-il parler au passé ou à l'encore-présent ?) les tribunaux de Lynch (16). Le phénomène, souvent étudié comme phénomène de psychologie

(15) Cf. LINDNER, *Die Vehme*, 1888 (p. 303, sur l'origine du nom ; p. 477, sur le secret) ; P. WIGAND, *Das Femgericht Westphalens* (ce fut une des régions où la Vehme fut particulièrement active), 1925 ; K. PAGEL, *Die Feme des deutschen Mittelalters*, 1935 ; en français, l'ouvrage ancien du baron de Bock (*Histoire du tribunal secret, d'après les lois et les constitutions de l'Empire germanique*, Metz 1801) reste curieux. La Vehme médiévale s'arrogeait une compétence *vicariante* pour châtier des crimes politiques (spécialement la haute trahison) aussi bien que des crimes de droit commun (le brigandage). L'aspect politique paraît, au contraire, avoir marqué de façon exclusive les résurrections sporadiques de la Vehme que connut l'Allemagne de Weimar dans la période anarchique des « Corps francs ». Encore ces tribunaux vehmiques opéraient-ils plutôt comme tribunaux de groupe (contre les conjurés qui avaient trahi le groupe), non comme tribunaux de substitution au bénéfice de la société globale.

(16) Cf. J.E. CUTLER, *Lynch Law, an Investigation into the History of Lynching in the U.S.*, 1905. L'origine est obscure : le personnage éponyme est tantôt un fermier de Virginie, pendant la guerre d'Indépendance, tantôt un magistrat du même État, à la veille de la guerre de Sécession. Si les noirs représentaient la cible à peu près constante, on notait une diversité selon les acteurs. Le lynchage par explosion, désordonné, diffus, était le Lynch des pauvres ; mais coexistait avec lui un Lynch dit *bourbonien*.

des foules, est aussi un phénomène de sociologie du droit. Comme dans le cas de la Vehme, la cause en était une carence reprochée aux tribunaux réguliers, et l'effet la création d'une simili-justice. Mais il pouvait s'y ajouter, et c'est un trait distinctif, la création, à tout le moins la reconnaissance de lois parallèles. Car, si les tribunaux de Lynch, le plus habituellement, ne faisaient qu'appliquer leur procédure expéditive et leur pénalité uniformément capitale à des incriminations déjà prévues par la légalité étatique, il leur arrivait de s'en servir pour sanctionner la violation de normes de ségrégation raciale qui ne résultaient pas de cette légalité, mais des mœurs, peut-être faudrait-il dire : des coutumes des Blancs sudistes. Dans cette activité, ils n'étaient donc plus exactement tribunaux de substitution : ils fonctionnaient en autonomie comme tribunaux de groupe.

2° Tout groupement particulier a besoin, pour sa conservation, de règles internes que ses membres devront respecter. Quand le groupement, constitué en personne morale, s'intègre à l'ordre juridique de la société globale, ses normes — statuts, règlement intérieur, discipline — s'y trouvent intégrées et passent ainsi, pour leur application, du moins en dernière instance, aux mains des tribunaux de l'État. Mais imaginez un groupe — un petit groupe — qui s'est formé et qui est resté à la périphérie de la société globale. Il secrète ses propres normes. Elles ressemblent aux règles disciplinaires que pourrait se donner une association régulièrement fondée. Cependant, comme elles ne s'articulent pas sur le droit, comme elles sont tout au plus de *l'infra-juridique*, les tribunaux de l'État au mieux les tiennent pour inexistantes, à l'occasion les combattent. Force sera alors au groupe de se doter d'un organe propre à infliger des sanctions, s'il entend ramener ses membres à l'observance de ses normes. Il imitera la justice disciplinaire, qui imite la justice pénale. Dans le compagnonnage, par exemple, le code de bonne conduite des compagnons (du Tour de France) avait engendré une justice compagnonnique qui prononçait des sanctions, l'exclusion comme dans le club le plus policé, mais aussi bien la « conduite de Grenoble », d'une violence déjà toute pénale. Dans les grèves, du moins celles de la fin du XIX^e siècle, la coutume ouvrière qui requérait une plus ou moins rude mise à l'index des jaunes (17) avait engendré, pour l'ordonner, un minimum de juridiction militante (18).

C'est une constatation de sociologie banale que les hors-la-loi ont une loi — les hors-la-loi, qui peuvent être des révoltés aussi bien que des malfaiteurs, des uns aux autres le glissement étant facile. Cette loi, pourtant, demeurerait inerte s'il n'y avait des semblants de tribunaux pour la manier.

(17) Cf. Maxime LEROY, *La coutume ouvrière*, 1914, spéc. t. 2, p. 634 s.

(18) V. ainsi dans l'affaire *Joost* qui eut son heure de célébrité, parce qu'elle se déversa devant la justice d'État la « proscription d'atelier » relevée par la cour d'Appel de Grenoble, sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, 22 juin 1892, sirey, 1893, I, 41.

Les révoltés, brigands de jadis, terroristes d'aujourd'hui, s'assignent pour première tâche de faire régner un ordre à l'intérieur de la bande, du gang (ne serait-ce que pour régler le partage du butin), et à cette fin ils se donnent (eux aussi) un code de bonne conduite. Mais il n'est pas rare qu'ils s'attribuent aussi un droit d'ingérence dans la société ennemie qui les ceinture, qu'ils s'érigent en justiciers, vengeurs des pauvres sur les riches, des prolétaires sur les bourgeois (19). Qui le ferait, s'ils n'étaient là ? Les juges d'État n'osent ou sont complices. En quoi ces tribunaux de groupe apparaissent aussi, par épisodes violents, comme des tribunaux de substitution.

Les malfaiteurs, eux, se renferment plutôt en eux-mêmes, et experts en la matière, ils sont capables, mieux que quiconque, de pousser à la minutie l'analogie de leur simili-procédure (20). Qu'ils soient, par la suite, jetés en prison, ils y transporteront leur entraînement au judiciaire, sans le plein air (21). Le droit de la société globale, présent par administration pénitentiaire interposée, grillage l'espace et le temps de liberté où peuvent fonctionner les simili-tribunaux de prisonniers. Non pas que l'espèce de code d'honneur (22) que ces tribunaux ont charge de faire respecter s'inspire de valeurs antisociales. Mais il lui faut, par la discipline intérieure des incarcérés, s'arranger avec la discipline carcérale. L'enfermement, qui est resserrement, exacerbant les heurts dans le groupe, porte au paroxysme le besoin de juges. Il est d'autres cas de claustration, mais celui de la prison est le plus probant (23).

c) *Retour à une jeunesse retrouvée.* Tragédie et comédie, liez les deux masques, vous aurez un aperçu de cette nouvelle sorte de simili-tribunaux qui

(19) Ex. médiéval, en Angleterre, avec Robin des Bois (cf. J.C. HOLT, *Robin Hood*, 1982); contemporain, en Italie, dans l'enlèvement, le jugement et l'exécution de l'homme politique Aldo Moro, en 1978, par un groupe terroriste (cf. R. SOLE, *Le défi terroriste, leçons italiennes à l'usage de l'Europe*, 1979, spéc. p. 42, 260 s.)

(20) Ex. à la date du 3 septembre 1609, Pierre de l'ESTOILE inscrit dans ses *Registres judiciaires* l'exécution d'un voleur qui exerçait la justice sur ses congénères comme président ou procureur général. Les audiences se tenaient sur un bateau, la pénalité allait de l'amende à la mort. Faut-il faire entrer dans la même catégorie les scènes judiciaires que DANIEL DEFOÉ (*A General History of the Pyrates*, 1724) décrit dans le milieu de la piraterie ? outre que son récit paraît quelque peu romancé, les motifs qu'il attribue à cette pratique, savoir, alléger l'ennui des longues traversées, feraient plutôt penser à un *mock trial*.

(21) Cf. les observations de SOLJENITSYNE. *L'archipel du Goulag*, trad. fr. t. 3. p. 195 s.

(22) Cf. E. FALQUE, *Sortie de prison*, 1970, p. 93 s. ; M. LATTE, Écologie carcérale, observations sur la structure hiérarchique en milieu fermé, *Annales internationales de criminologie*, 1971, p. 377 s.

(23) Par ex. les romanciers allemands qui ont dépeint la vie d'internat dans les écoles de cadets (von WILDENBRUCH, von SALOMON) montrent que, si des sortes de tribunaux de camarades y naissaient parfois spontanément, c'était sur des émotions épisodiques. Dans un collège les élèves sont réunis par tout autre chose que le seul fait de l'enfermement. Quant aux cloîtres au sens propre, la juridiction de l'abbé n'y a point le caractère d'un *ersatz* ; elle s'intègre, comme les règles monastiques, au droit de l'Église.

a jailli aux alentours de 1968. On cherche pour elle un nom. *Tribunal Russell*, mais Russell n'est que l'espèce d'un genre plus étendu ; *Tribunal populaire*, ce n'est qu'un vœu des inventeurs. À analyser le phénomène on y discerne des éléments venus de sources différentes : un groupe de révoltés prétend juger selon une légalité révolutionnaire, et il entend, ce faisant, se substituer aux juges d'État, trop timides pour condamner des puissants. Mais le caractère dominant est ailleurs : il est dans la sanction. Rien de physique ; la sanction, quoique violente, est purement morale : l'opprobre jeté sur les coupables devant l'opinion publique, l'humiliation infligée. Ces simili-tribunaux sont, au fond, des tribunaux satiriques ; ils rejoignent la troupe amusée et amusante des *Knabengerichte*. Si des adultes imitent des enfants qui singeaient des adultes, jugeront-ils en adultes ou en enfants ? ou leurs jugements oscilleront-ils dans un délicat entre-deux ?

Le premier cas de *mock-trial* que nous ayons recensé en France était authentiquement populaire : contre un promoteur immobilier qui les avait, pensaient-ils, floués, les souscripteurs en colère s'assemblèrent, lui firent son procès et le condamnèrent à vingt ans de prison (morale). C'était un fait divers de 1966, à Bayonne : la corde et l'exécution en moins, on pouvait y redécouvrir le mécanisme psychologique du Lynch (24). Même mobilisation de foule, en 1970, à Lens : les Houillères du Nord et du Pas-de-Calais furent traduites devant un « tribunal populaire et démocratique », sous l'accusation d'avoir causé la mort de seize mineurs.

Jean-Paul Sartre était monté au tribunal populaire de Lens pour y jouer vaguement le rôle de procureur. Ce qu'il y apporta plus exactement, ce fut le salut confraternel d'un tribunal populaire, d'une toute autre race, constitué sans doute pour le peuple, mais non point par le peuple, le déjà fameux tribunal Russell. Lord Russell, libéral à l'anglaise et même libertaire aristocratiquement, avec cette touche de fantasque dont le génie scientifique est parfois assorti, avait conservé à 95 ans une pétulance juvénile, et les tribunaux dont il prit l'initiative (25) ont plus fait pour répandre son nom que ses *Principia mathematica*. Sur ses traces, les tribunaux populaires vont devenir une affaire

(24) Suite en 1968 : à la suite d'incidents qui, à l'université de Grenoble, avaient mis des contestataires aux prises avec l'autorité, le bruit courut qu'allait se réunir un tribunal populaire. Le préfet de l'Isère ayant interdit la réunion, les instigateurs réduisirent leur tribunal à la dimension plus modeste d'une commission d'enquête. C'était un moyen astucieux (et il a été de nouveau employé par la suite) d'échapper aux foudres de l'article 258 de l'ancien Code pénal (usurpation de titres) : si juger est un monopole d'État, n'importe qui peut enquêter.

(25) Encore que l'une de ses biographies (Hommage à Bertrand RUSSEL, *Nouvelle école*, n° 12, 1970, p. 14, 35) donne à penser qu'il pouvait être plus détaché de cette initiative que tel de ses secrétaires. On pourrait, toutefois, s'expliquer l'envie soudaine venue au grand homme de jouer au procès, en faisant réflexion qu'il est dans l'ethnopsychologie de l'Angleterre d'aimer la procédure pénale plus que la pénalité.

d'intellectuels. Et l'émotion s'institutionnalisera : le modèle n'est plus Lynch, mais la Sainte Vehme (26).

Il y eut successivement plusieurs tribunaux Russell, outre que Russell suscita des émules (27) ; Russell I, II, III, IV..., nous nous en voudrions de clore. Mais le plus significatif demeure, à coup sûr, Russell 1, convoqué en 1966-1967 pour juger le président Johnson, du chef des crimes de guerre commis au Vietnam par l'armée américaine (28). Il devait primitivement se réunir à Paris, mais, devant un veto français, se replia finalement sur Stockholm. Sartre, non sans candeur peut-être, avait sollicité du général de Gaulle la levée de l'interdit. Le général lui avait opposé le principe que « toute justice n'appartient qu'à l'État » ; mais il l'avait agrémente d'une roserie : « ...dans la mesure où certaines des personnes rassemblées autour de Lord Russell peuvent avoir un crédit moral, à défaut d'une magistrature publique, il ne semble pas qu'elles donnent plus de poids à leurs avertissements en revêtant une toge empruntée pour la circonstance ».

L'invention est, pourtant, ingénieuse. Il suffit de rassembler dix à vingt personnalités prestigieuses, non pas tirées au sort, mais connues d'avance pour avoir l'esprit qu'il faut (les Anglo-Saxons ont une métaphore narquoise : *Kangaroo-Court*, on les a dans sa poche). L'accusé n'est pas nécessaire (grande différence d'avec Nuremberg) : on le sommerait de comparaître, mais il embarrasserait plutôt. Car l'essence de ce procès est d'être irréel. Comprenons bien : irréel comme au théâtre, qui n'est pas la réalité, mais qui a sa réalité. Et quelle réalité ! par la concentration des feux, la solennité des gestes et des tirades, le silence à l'entour, une réalité plus magique, plus forte, que celle qui existe dehors, grise, plate, désordonnée.

Les simili-procès de style Russell ont la réalité du théâtre. Les organisateurs le savent, qui en attendent un double bénéfice : dans le présent, ils disposent,

(26) Les Francs-Juges de notre temps récuseraient cette filiation en arguant que les sanctions par eux prononcées sont purement morales. Mais des folkloristes ont observé que, dans quelques cantons de Bavière, l'authentique sainte Vehme s'était effilochée, au XIX^e siècle, en une Fehme villageoise qui n'opérait plus que comme tribunal satirique (cf. H. Fehr, *op. cit.* supra, note 14, p. 237 s.)

(27) Citons quelques cas, sans espérer être exhaustif : en mars 1976, à Bruxelles, tribunal international des crimes contre les femmes (dont les débats, tels que relatés par la presse, se seraient déroulés dans la confusion) ; en juillet 1978, à Bagdad, tribunal du peuple arabe pour connaître des crimes du raïs égyptien Sadate (mais le procès tourna court) ; en mai 1980, à Genève, tribunal permanent des peuples (dans une certaine continuité avec Russell), appelé à condamner le régime argentin de l'époque ; en septembre 1982, à Rotterdam, le même tribunal pour juger le président Mobutu, présumé responsable de la répression systématique du peuple zaïrois ; et en avril 1984, à Paris, encore lui, pour reconnaître le génocide des Arméniens, imputé au gouvernement turc de 1915. Le Fonds Monétaire International a été par deux fois au banc des accusés, en 1988 à Berlin, puis (parce qu'il est incorrigible) en septembre-octobre 1994 à Madrid, et il a été dûment stigmatisé pour violation des droits des pays du Sud en développement.

(28) Cf. V. DEDIJER (directeur de rédaction), *Tribunal Russell, le jugement de Stockholm*, 1967. Tout y mérite lecture, mais surtout les discours inauguraux de Russell et de Sartre.

pour leurs critiques, leurs attaques, d'un incomparable moyen de propagande ; pour l'avenir, ils prennent date devant l'histoire, ils font l'histoire, le *verdict* sera, selon les mots de Sartre, la *vérité devenue*.

Assez différents, quoique manifestement dérivés avec vingt ans d'écart, du phénomène *Russell*, ces simili-procès que l'on a vus fleurir sur antenne ou sur écran, auxquels a été appliquée la dénomination suggestive de *procès hors les murs* (29). Ici, la nature du spectacle ne vient pas par surcroît : elle est d'avance inhérente à l'opération. Avec des acteurs professionnels ou amateurs, des journalistes organisent, à la radio ou mieux encore à la télévision, des débats en forme de procès sur des affaires effectives (criminelles de préférence), tirées soit du passé — des cas historiques —, soit de l'actualité, voire des affaires en cours de jugement. L'intention n'est que de divertir ou d'instruire, non point de militer. Mais le procès *bis* a de la peine à ne pas dériver vers une sorte de voie de recours, où les formes du théâtre ne suppléeront pas aux garanties de la procédure.

On peut se demander, il est vrai, si les vrais procès ne se satisfont pas, eux aussi, d'une vérité de théâtre. Mais c'est déjà poser la question de la réversibilité du simulacre.

II. — DERRIÈRE TOUTE OMBRE UNE LUMIÈRE

Des faits de simili-justice que nous avons lentement collectionnés, ce qui est réversible à la vraie justice se laissera présenter en touches bien plus rapides : nous ne désirons qu'amorcer la recherche, non pas l'épuiser. D'autant qu'elle est complexe : il ne faut pas, de l'ensemble des cas, escompter des réponses uniformes. C'est tantôt un type d'imitation, tantôt l'autre qui aura quelque chose à nous dire, directement ou obliquement, sur la forme et le fond de notre justice pénale.

a) *La forme*. C'est elle que, d'entrée, voit le profane : les robes, l'estrade, le box, la barre, et bientôt le déroulement du rituel. À croire que l'essentiel de la justice est en elle. Le croire peut être un signe de mentalité archaïque ou infantine (30). Aussi l'imitation commence-t-elle par cette extériorité, et s'y arrête : qui veut jouer à la justice se déguise en juge. Il en va différemment du

(29) V. sous ce titre, l'étude incisive de Serge GUINCHARD, *Hommage à G. Cornu*, 1994, p. 201-216, où sont débusqués les dangers et proposés des remèdes.

(30) Où situer le surréalisme ? *dada* ? Le 13 mai 1921 (un vendredi 13), une troupe d'artistes et d'écrivains, jeunes et échauffés, se réunit Salle des sociétés savantes, rue Serpente, à l'instigation d'André Breton et de Tristan Tzara (Aragon en était aussi), afin de mettre en accusation Maurice Barrès pour « crime contre la sûreté de l'esprit ». L'épisode pourrait difficilement être rangé, à titre de précurseur, dans la classe des *Russell*, car les participants ne visaient pas à une saisie de l'opinion publique, mais seulement à un dévouement collectif à l'intérieur d'un cercle d'amitiés en tempête. Qu'importait, d'ailleurs, le but ? L'important, c'était qu'un mannequin en bois représentait l'accusé et que Breton présidait, coiffé d'une barrette rouge.

droit moderne, qui est rationnel. S'il attribue une valeur aux formes du procès pénal, notamment du procès d'assises (et l'on sait combien la Cour de cassation, Chambre criminelle, y est attentive), c'est une valeur seconde, dérivée : elles sont chez lui une garantie des droits de la défense, le palladium de la liberté.

Apophtegmes de la raison. Mais l'homme — juge ou justiciable, accusateur ou accusé — pour agir ou pour mourir, a besoin aussi de symboles. Et ni la Sainte Vehme, ni la foule en proie au délire du Lynch, pour rien au monde, n'auraient omis de préfacier de rites leurs sentences. Ces gens n'avaient cure de liberté ni de droits de la défense ; mais ils n'auraient pas senti leurs sentences comme justes s'ils n'avaient pas lancé dans l'air, vers le ciel, une liturgie. Exigence de primitifs ? Exigence éternelle (31). Il n'est que de regarder comment les choses se passent dans les procès Russell. Les juges se sont créé un rituel, et bien qu'il n'y ait en somme rien ni personne à défendre, ils s'en acquittent avec une componction toute sacerdotale (Dieu sait, pourtant, qu'ils sont laïques et rationnels). L'expérience des simili-tribunaux révèle, par réfraction, à quelle profondeur d'irrationalité la justice véritable est enracinée dans la forme.

Deux points particuliers de procédure, maintenant : le secret et la collégialité.

D'un secret bleu de nuit, à l'instar de la Sainte Vehme, beaucoup de simili-tribunaux se drapent comme d'une cape (32). Beaucoup, non pas tous, et en contraste, par exemple, la tribunaux populaires recherchent le grand jour. Après tout, estimera-t-on, ce sont deux manières équipollentes d'intimider, la première par la terreur, la seconde, plus moderne, par la publicité. N'y a-t-il pas, cependant, méprise sur le secret vehmique ? Plutôt qu'un procédé pour semer l'effroi, c'était probablement l'effet d'une contrainte. Quand un pouvoir irrégulier se juxtapose au pouvoir régulier, il est mécaniquement refoulé dans une clandestinité qui est souvent rendue plus épaisse d'être nocturne. Faute de posséder un territoire, la Vehme avait une aire temporelle de compétence qui était la nuit, une aire immatérielle qui était le secret (33). Sur ce point, les simili-tribunaux n'ont pas d'enseignement à nous livrer.

(31) Cf. GARAPON, *L'âne portant des reliques, essai sur le rituel judiciaire*, 1985.

(32) Ce qui a conduit quelquefois à leur attribuer le secret pour caractère essentiel et à les ranger dans une catégorie plus large, définie par ce caractère. C'est ainsi que le romancier (romantique) Paul FÉVAL dans son livre *Les tribunaux secrets*, traitait de l'inquisition espagnole et du Conseil des Dix à Venise aussi bien que des Francs-Juges (la Vehme). En quoi on pouvait lui reprocher. 1° de mélanger un simili-tribunal à des tribunaux réguliers ; 2° d'user d'une notion unique du secret sans voir que, règle procédurale choisie dans le cas des tribunaux réguliers, c'était une règle de fond inévitable dans le cas d'un tribunal réduit à la clandestinité par son irrégularité même.

(33) Voir page suivante.

Ils en ont un, en revanche, et des plus clairs, sur le point, si débattu entre procéduriers, de la collégialité : d'instinct, tous les simili-tribunaux sont collégiaux. On pourra toujours y accoler de bonnes raisons. 1° En cercle vicieux : délibérer est le fait de plusieurs, et juger, c'est délibérer. 2° Ludique : pour jouer, enfant ou comédien, il ne faut pas être seul. 3° Méchante : il y a avantage à partager la responsabilités, celle d'être injuste ou celle d'être juste. 4° Sociologique : le tribunal, jury en esprit, étant la projection de la tribu, doit en être un échantillon suffisamment représentatif. Mais ce sont de ces explications que l'on forge après coup. L'instinct est premier ; et les simili-tribunaux, dans leur naïveté, le dévoilent : l'instinct répugne au juge unique.

b) *Le fond*. De ces hommes qui, en se réunissant, ont pris instinctivement forme de tribunal, on peut attendre que la justice qu'ils vont faire semblant de rendre trahisse des aspects de l'autre justice. L'autre justice, la justice d'État, telle qu'ils la rêvent ; mais s'ils la rêvent ainsi, c'est qu'ainsi l'entrevoit la conscience populaire.

Première constatation, mais qui ne prétend pas à la généralité, une certaine légèreté peut trouver place dans la justice pénale. Exemples très parlants : les tribunaux satiriques, les tribunaux d'opinion. Leur réalité même prouve que ni des sanctions corporelles, ni des sanctions pécuniaires ne sont indispensables (34). Un système répressif peut fonctionner, sur la gamme qui va de la très amère humiliation à la moquerie très douce, dans une absolue immatérialité des peines. Il doit seulement savoir limiter ses objectifs. Si l'on peut espérer, suivant la maxime, corriger les mœurs (collectives) en riant, il est probable que l'humilié, individuellement, ne sera pas corrigé, loin de là. Mais, sans être amendé, il sera contenu. La crainte de l'ironie sociale, comme, littérairement, de la satire (35), produit un effet dissuasif que ni l'éthique ni la religion, ni peut-être même le fouet ou la corde n'auraient obtenu. Notre justice pénale ne l'ignore pas, qui le plus possible s'abstient comme de la peste, de toucher le corps de ses délinquants : statistiquement — à 80 % peut-être — nos tribunaux dits correctionnels fonctionnent comme des tribunaux satiriques.

(33) C'est probablement le secret — et par derrière le défi implicitement lancé à la justice d'État — qui sépare le plus nettement la Sainte Vehme de l'institution castillane de la *Santa Hermandad* (Sainte Confrérie), malgré des ressemblances frappantes. Elles aussi, les *hermandades* ont eu leur époque de plus intense activité aux XIV^e-XV^e s. ; elles aussi ont fonctionné en parallèle avec les tribunaux du prince, pour la répression des mêmes infractions bien typées (meurtre, vol, attaque sur les chemins, incendie), selon une procédure sommaire, avec exécution sur le champ. L'histoire, fût-ce par impression, semble avoir fait la différence : le souvenir tragique laissé par la Vehme ne se retrouve pas autour de l'*Hermandad*. Cf. P.A. PORRAS ARBOLEDAS, in *Pouvoir, justice et société* (Dir. J. Hoareau et P. Texier), Limoges, 2000, p. 47-64 (avec une bibliographie).

(34) Le fait a fréquemment été observé par les ethnologues dans les sociétés archaïques. V. par ex. pour les Inuits, l'étude de N. ROULAND, *Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuits*. Québec, 1979, et plus généralement, du même auteur, la très remarquable *Anthropologie juridique*, 1988.

(35) V. par ex. P. K. ELKIN, *The Augustan Defence of Satire*, Oxford, 1973.

Scrutons plus à fond : nous assistons à une involution étonnante. Le tribunal d'imitation qui avait dans sa vocation de répandre l'ironie de la société sur des coupables, en retourne une partie sur lui-même et la fait ricocher sur les tribunaux imités. Les simili-tribunaux satiriques ne se prennent jamais entièrement au sérieux ; ou plutôt, par un raffinement de mystère, ils nous laissent douter sur ce point essentiel ; et dans la contagion du rire ou du sourire, ils contribuent à ébranler le sérieux des tribunaux véritables. Pour emprunter à un lexique de la sociologie, si la satire est leur fonction manifeste, la parodie est une de leurs fonctions latentes (36), — parodie de la justice d'État, qui passe par une parodie d'eux-mêmes. Mais les tribunaux d'État, à leur tour, n'ont-ils pas l'air de se livrer à leur propre parodie lorsque, dans leur pratique correctionnelle de routine, ils se satisfont de condamnations immatérielles — sursis incontrôlés, amendes irrécouvrables ?

Ce n'est pas démentir ce qui précède que de recueillir maintenant des simili-tribunaux, une leçon de gravité. Nous retournons du particulier au général. Tous les phénomènes de simili-justice, que ce soient jeux d'enfants ou Sainte-Vehme, tribunaux de fous ou tribunaux Russell, tous attestent l'importance cruciale que l'humanité attache à la justice. Voilà, assurément, une démonstration qui avait été faite maintes fois, par des raisonnements théoriques et pratiques. Il n'était pas sans intérêt, pourtant, d'y ajouter une sorte de raisonnement par l'absurde : si la justice avait été un fait insignifiant, personne ne l'aurait imitée.

La nécessité qui, par son irréfutable vertu, a introduit la justice dans le monde, ne revêt pas toujours le même visage. Dans les matières civiles, l'intervention judiciaire a été éprouvée comme mécaniquement nécessaire, parce qu'elle était le seul moyen de sortir d'un affrontement insoluble entre deux parties *a priori* égales : chèvre contre chèvre, il fallait bien appeler un berger, passer de la dyade à la triade. Dans les matières pénales, cependant, l'interposition des juges a un autre sens. L'offensé, le clan offensé serait de taille à régler lui-même l'affaire. Mais ce serait provoquer à des contre-représailles. Pour fermer le cycle, une présence charismatique, quasi-sacerdotale, est nécessaire, qui transforme une vengeance douteuse en une violence sainte. Que s'il n'y a pas de juges présents, qui puissent ou veuillent officier, les offensés planteront leur propre tribunal, le plus ressemblant possible. Là où la justice n'existe pas, il faut l'inventer.

Et en l'inventant, on la retrouve. Comment la justice en vrai peut-être prouvée par la justice en toc, deux images le rendront sensible : les massacres de Septembre et l'affaire *Hubert*.

(36) Cf. G. LABOUNOUX, La parodie, instrument du pouvoir symbolique, *Cahiers internationaux de sociologie*, (LXXIII), 1982, p. 233 s.

Les massacres ? Scolairement, nous les connaissons sous ce nom. Historiquement, les qualifications sont plus brouillées. N'y avait-il pas eu procédure pour un massacre ? Maillard, qui avait présidé aux opérations, était un ancien huissier au Châtelet. Dès que l'on eut pris conscience de l'horreur de la tuerie, ceux qui en étaient tenus pour responsables alléguèrent le droit, et que des jurys improvisés avaient siégé dans les prisons. Des commissions pour trier les victimes, leur rétorquèrent les modérés, oui, mais point de jurys (37). Que nous importe ? Que l'on y eût songé avant ou après, l'important était que, d'instinct, on eût songé à quelque imitation de tribunal. Simili au point de n'avoir peut-être jamais existé, le simili-tribunal de Septembre était un hommage-illusion que des injustes rendaient à la justice vraie.

L'affaire *Hubert* serait d'un bien moindre calibre, si le récit ne nous en avait été transmis par Victor Hugo (38). C'était en 1853, à Jersey. Dans le groupe des proscrits français, ce Hubert était soupçonné d'être un mouchard à la solde de l'Empire. Il fut démasqué, et l'un de ses camarades voulut le tuer sur le champ. Mais on arrêta le bras vengeur, et l'on décida que « toute la proscription » s'assemblerait pour juger. Le poète s'y rendit. « J'hésitais, écrit-il ; juger cet homme, cette séance de nuit, cette Sainte Vehme des proscrits, tout cela me semblait étrange et répugnait à mes habitudes ». Son compte-rendu, presque une sténographie, fait revivre plusieurs des traits typiques de la simili-justice : l'éclosion du phénomène dans un groupe replié sur lui-même, le besoin de collégialité, l'attachement aux formes, la dignité un peu théâtrale des participants, la présence silencieuse du droit environnant — de la loi anglaise — qui repousse le tribunal dans la clandestinité et dans la nuit. Il y a aussi beaucoup à retenir des hésitations de la pénalité. De la peine de mort qui était réclamée à grands cris, la sentence descendit à la flétrissure, peine purement morale, ce fut un effet de l'éloquence hugolienne. Contre la peine de mort, le Hugo de la simili-justice n'était pas différent du Hugo de la justice vraie. Par son verbe, celle-ci était déjà transférée sur celle-là. Et réciproquement.

(37) En ce sens, chez des historiens contemporains, P. GASCAR, *L'ombre de Robespierre*, 1979, p. 145 ; F. BUCHE, *Danton*, 1984, p. 195 s.

(38) *Choses vues*, Affaire *Hubert*.

Chapitre IV

DÉLIBÉRÉ DU DROIT

I.

Le cabinet du président derrière la salle d'audience.

L'huissier audiencier introduit le président et ses deux assesseurs, qui vont s'asseoir en tribunal à une table face au public. Il reste debout devant eux.

Cet huissier de justice est une huissière : elle a succédé à son mari. Une veuve de justice : son mari a été tué par un débiteur en proie à une crise subite de démence parce qu'il allait être saisi — saisi à la requête d'un créancier tombé dans une misère noire parce qu'il était payé par ses débiteurs en monnaie dépréciée.

L'HUISSIER DE JUSTICE

(continuant la conversation entamée)

Le cas n'est peut-être pas pendable. Mais l'avocat a été intéressant ; M. le Substitut aussi. Le commencement d'exécution, les actes préparatoires, on se croyait à la Faculté. Ça, c'est du droit. On n'en voit pas souvent en correctionnelle.

LE PREMIER ASSESSEUR

Moi, j'avais plutôt envie de rire. Ce brave dindon débarqué du train, à qui l'on vient offrir de porter ses valises. « Merci, Messieurs, mais elles sont bien lourdes. » « Cela ne fait rien, nous sommes là pour rendre service aux voyageurs ; nous sommes du service social d'accueil. » Ne trouvez-vous pas que *social*, surtout, est impayable ? Avec du social, on nous mènerait à la foire.

LE SECOND ASSESSEUR

Sociaux ou pas sociaux, le fait est que les deux garçons ont aidé un moment notre homme. Et qui sait ? peut-être lui auraient-ils porté ses valises sans broncher jusqu'à son hôtel...

LE PRÉSIDENT

Si cet agent de police ne s'était pas approché. Leur tête ne lui revenait pas. La police n'est pas si mal faite.

LE SECOND ASSESSEUR

C'est selon. Si, pour une fois, elle s'était montrée plus tôt, ou plus tard, nous n'aurions pas sur les bras ce fagot d'épines juridiques.

LE PREMIER ASSESSEUR

J'admire cependant son flair, et qu'elle n'ait pas eu en l'obligeance de notre jeunesse une confiance aussi prompte qu'un propriétaire de bagages. Après ça, on nous racontera que la propriété individuelle a été inventée pour que chaque bien ait son gardien vigilant.

LE PRÉSIDENT

Nous n'avons toujours pas appris grand-chose de ce propriétaire.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Un certain âge, quoique incertain ; une habitude limitée des voyages ; bourgeoisie moyenne, d'après les valises ; honoris-légionnaire, pourtant, est-il relaté ; et célibataire (à en croire l'annuaire), mais ce serait le seul signe particulier.

LE PRÉSIDENT

Il avait donné son adresse, et il était régulièrement cité : que n'a-t-il comparu ?

LE SECOND ASSESSEUR

Nous pouvons présumer qu'il avait mieux à faire, ou n'avait rien à dire.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Il faudrait vous méfier d'un témoin qui aimerait à témoigner.

LE SECOND ASSESSEUR

S'ils y répugnent tant, c'est peut-être par un sentiment religieux de leur impuissance, qui est aussi la nôtre, à atteindre la vérité.

LE PREMIER ASSESSEUR

Chez les victimes, spécialement chez les volés, ou qui ont failli l'être, c'est plutôt par la peur qu'ils ont de paraître risibles.

LE PRÉSIDENT

Le volé a souvent une prédisposition à l'être, qui mériterait notre curiosité. Je ne vais pas comme quelques-uns, notez-le bien, jusqu'à imaginer, *au niveau* de l'inconscient, une complicité objective entre son voleur et lui. Néanmoins, j'aurais donné gros pour faire venir le bonhomme à la barre.

LE PREMIER ASSESSEUR

Si la justice peut intimider à ce point les victimes, jugez de son pouvoir sur les coupables.

Flexible droit

LE SECOND ASSESSEUR

De présumés innocents.

LE PRÉSIDENT

Des jeunes en danger moral. De l'état de danger moral, il est un symptôme assez sûr : c'est le comportement de panique à la vue d'un signe de justice.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Suis-je un signe de justice ?

LE PRÉSIDENT

À l'audience seulement, Madame, par bonheur. Il y faut un uniforme : ainsi, les gendarmes, les agents. L'apparition de l'uniforme libère les charges d'asocialité accumulées dans le milieu familial.

LE PREMIER ASSESSEUR

La peur du gendarme, c'est pourtant un instrument d'éducation — dans les meilleures familles, proverbialement.

LE PRÉSIDENT

Il faut prendre garde à ces parodies que les familles inventent pour décrier la société.

LE PREMIER ASSESSEUR

Il doit être fatigant pour la défense sociale d'avoir à surveiller tous les *children's corners*.

LE PRÉSIDENT

Qui veut la fin veut les débuts.

LE SECOND ASSESSEUR

Renan avait une autre explication, vous savez, pour la peur du gendarme. Pourquoi le paysan breton se jetait-il dans un chemin de traverse du plus loin que sur la route il apercevait un képi ?

LE PREMIER ASSESSEUR

C'était même alors un bicorne, plus suggestif.

LE SECOND ASSESSEUR

C'est que la gendarmerie, milice de Ponce-Pilate, s'était sali les mains à la Crucifixion.

LE PREMIER ASSESSEUR

Réflexe chrétien, alors ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

Le diagnostic est au ciel.

LE PREMIER ASSESSEUR

Le signe de justice, en tout cas, eut un effet foudroyant. À peine l'agent de police s'était-il avancé que les deux lascars plantent là leurs valises. L'un d'eux détale, et court encore, ce qui en dit long sur leurs intentions à tous deux.

LE SECOND ASSESSEUR

Collègue, pas de solidarité du soupçon : chacun pour soi, chacun contre soi.

LE PREMIER ASSESSEUR

Il est vrai que l'autre se laissa doucement arrêter. Mais c'est le comble du machiavélisme s'il s'est laissé arrêter sans motif de droit. Il n'est pas permis à un innocent *de jure* de ressembler autant à un malfaiteur *de facto*.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Monsieur le juge, croyez-vous au Droit ?

LE PREMIER ASSESSEUR

C'est lui qui soutient tout, lui qui enveloppe tout.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Oui, philosophiquement ; mais dans les affaires que vous avez à juger ? dans celle-ci, par exemple ?

LE PRÉSIDENT

Nous allons en délibérer.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Quand le tribunal aura besoin de moi, il me lancera un appel non équivoque ; les premières mesures de *l'Hymne à la justice*, d'Albéric Magnard, m'attireraient tout particulièrement.

Exit praeco (sive silentiaria).

II.

LE PRÉSIDENT

Quand j'examine les faits à la loupe du droit, je suis obligé de constater qu'il n'y a rien.

LE SECOND ASSESSEUR

Le droit y perd ses droits.

LE PRÉSIDENT

Rien qui caractérise une tentative de vol au sens de l'article 2*. Des actes préparatoires peut-être ; mais aucun commencement d'exécution. Le portier d'hôtel qui trimballe mes valises, même si je lisais par transparence dans son crâne qu'il a l'intention de me voler, je ne puis en l'état le déclarer voleur. La chose est claire.

LE PREMIER ASSESSEUR

Je me demande si le parquet n'aurait pas été mieux avisé en poursuivant pour tentative d'escroquerie : il y avait cette invocation d'un imaginaire service social.

LE PRÉSIDENT

Mais ce n'étaient que paroles. Si seulement ils avaient enfilé des brassards...

LE SECOND ASSESSEUR

Alors, relaxe ?

LE PRÉSIDENT

Oui, s'il n'y avait que les faits, mais il y a l'individu. Jugeons-nous des actes ou des hommes ?

LE SECOND ASSESSEUR

Des hommes à qui l'on impute des actes, et ici vous ne trouvez pas d'acte légalement imputable.

LE PREMIER ASSESSEUR

Ce qui me semblerait violent dans une relaxe, c'est que, tout de même, ce serviable jeune homme, s'il n'a pas proprement avoué, puisque par hypothèse il n'y avait pas de délit dont aveu possible, il s'est déboutonné : à l'interrogatoire de police comme tout à l'heure devant nous, il n'a pas fait mystère qu'en offrant ses services, il avait prémédité d'emporter ces valises de cuir fauve qu'il estimait de bonne prise.

LE SECOND ASSESSEUR

Jusqu'au bout il pouvait ne pas les emporter. La conscience, même de l'honnête homme, est un grouillement de larves, délits ébauchés, songes criminels. La matérialité, l'épais tissu des actes innocents, met en nous l'oubli. La matérialité nous défend contre nous-mêmes, avant de nous défendre contre l'intervention du droit.

* Quand la pièce doit être jouée devant un parterre d'étudiants en droit, afin de ne pas les troubler dans leur apprentissage, c'est l'article 121-5 du Nouveau Code pénal qui est cité depuis 1994.

LE PREMIER ASSESSEUR

En l'espèce, une relaxe prêterait à plaisanteries.

LE PRÉSIDENT

Tout en écartant moi aussi la relaxe, je raisonnerais différemment.

Il se lève et en parlant arpente la pièce.

Avant tout, le dossier de personnalité. Enfant naturel : père inconnu, mère amorphe, six frères et sœurs. Pas des exclus, pourtant, seulement des démunis. (*Solennellement*). Heureuses les villes moyennes comme celle-ci, dont les H.L.M., au lieu de suinter le ghetto, incitent les voisins à tout raconter. Dans cette famille, il n'y a jamais eu de condamnation, tout au plus des histoires de justice, çà et là, avec le juge des enfants, avec la police ; (au *second assesseur*) des accrocs dans le tissu, lisez les rapports des assistantes sociales. La scolarité, l'apprentissage, les premiers emplois, tout est en dents de scie. Quant au caractère, lisez le rapport du psychologue (bon expert, qui ne prodigue pas les mots grecs) : nous avons devant nous un mou, pas du tout un pervers, encore qu'il soit capable d'invention. Vous l'avez observé : il n'est ni révolté ni bavard.

LE PREMIER ASSESSEUR

Il a eu une enfance sans O.N.U. La fameuse convention pourra bien leur faire croire un jour qu'ils ont des droits et finir par délier leurs langues.

LE PRÉSIDENT

Pas de science-fiction. S'il avait été encore mineur, son affaire l'amenait devant le juge des enfants, qui ne se serait pas mis martel en tête, comme nous, pour distinguer actes préparatoires et tentative punissable.

LE SECOND ASSESSEUR

Remarquez que déjà je l'aurais regretté. Qu'un passage à l'acte soit nécessaire pour justifier l'intervention du droit, ça ne me paraît pas moins évident s'agissant d'un mineur. S'il y avait une inégalité à pratiquer, je la verrais plutôt en sens opposé. Car les adultes ont, pour dissimuler, refouler leurs phantasmes, leurs pulsions asociales, comme vous dites, beaucoup plus de facilités. Outre que chez les jeunes moins nette est la frontière qui sépare de l'action le rêve éveillé ou le jeu.

LE PRÉSIDENT

Le péril n'en est que plus profond, puisque le glissement à l'acte peut se produire subrepticement. Mais déplorez tant que vous voudrez la situation : elle vient de la loi. Le juge aurait constaté que la moralité de l'enfant était compromise, et il aurait ordonné une mesure d'assistance éducative. Eh bien !

Il regagne sa place.

Ce n'est pas parce que l'enfant a dépassé d'un an ou deux ses dix-huit ans...

LE SECOND ASSESSEUR

Vous ne lui donnez pas le bénéfice de sa citoyenneté acquise. S'il y a un rite de passage à dix-huit ans, c'est pour marquer quoi ? L'entrée au temple des lois, faites et subies, l'accession à la *legislatio* active et passive. Tout à l'heure, vous disiez en somme : aux mineurs le droit ne doit pas la légalité ; il leur doit seulement de les traiter selon la morale et la pédagogie. Mais, maintenant, c'est un majeur, et il a droit au droit intégral, à la légalité.

LE PRÉSIDENT

Justement, je nie cette coupure, qui n'est que formalisme. Pour moi, la jeunesse est un *continuum*.

LE PREMIER ASSESSEUR

Supposer ce *continuum* est d'autant plus utile que presque tous nos clients sont jeunes, ne l'avez-vous pas observé ?

LE SECOND ASSESSEUR

N'est-ce pas que vieillesse ne peut ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Elle ne veut : elle n'a plus assez d'entrain pour jouer aux gendarmes et aux voleurs. Vous pouvez en tirer un certain optimisme : avec les délinquants, il suffit de savoir attendre, l'humeur de délinquer leur passera. Je comprends mieux nos prisons, si manifestement conçues comme des établissements de vieillissement accéléré.

LE PRÉSIDENT

À Dieu ne plaise ! Je voudrais des prisons où nos garçons ne grandissent pas.

L'INCONSCIENT DU PRÉSIDENT

Qu'oses-tu dire ?

LE PRÉSIDENT

Avec les arbres grandissent leurs dégâts. J'en reviens à mon garçon.

L'INCONSCIENT DU PRÉSIDENT

Qui te rend *si* paternel avec tes prévenus ?

LE PRÉSIDENT

La solution raisonnable, qu'appelle l'état de danger moral où il se trouve, c'est la *probation*, le sursis avec mise à l'épreuve.

LE PREMIER ASSESSEUR

Je confesse mon peu d'enthousiasme pour l'institution.

Jeux de droit

LE PRÉSIDENT

Pourquoi donc ? des trésors s'y dépensent : de service, de sacrifice, j'affirmerais même d'amour.

LE PREMIER ASSESSEUR

C'est ce qui m'effraie. Je suppose que la plupart des condamnés restent de glace et préfèrent garder leurs distances d'avec la société.

LE PRÉSIDENT

Vous les connaissez mal.

LE PREMIER ASSESSEUR

J'imagine, il est vrai, qu'ils sont aussi capables d'hypocrisie que nous, ou de politesse.

LE PRÉSIDENT

J'ai été juge de l'exécution. Vous ne sauriez vous figurer tout ce que peut réussir un bon assistant, surtout une assistante. C'est de la cure d'âme.

LE PREMIER ASSESSEUR

Tout de même.... Il avait fallu à la France une Révolution pour expulser du droit pénal les inquisiteurs, les directeurs de conscience, les bons pasteurs — et les voici rentrés, tout juste laïcisés en savants. L'âme, c'était notre pacte social, restera hors du droit, et maintenant, au nom de la psychologie...

LE PRÉSIDENT

Je n'ai jamais condamné au seul vu de l'état dangereux. Quelques regrets que de *lege ferenda* j'en eusse, je ne m'attribuerais pas le pouvoir, en légalité, de pousser jusque-là. Mais dans l'espèce nous avons plus qu'une latence de criminalité, nous avons des actes préparatoires.

LA VOIX DE SA FEMME (*dans le lointain*)

Ne te mêle pas de l'affaire de ce jeune. J'ai rêvé qu'à cause de lui notre nom traînerait dans tous les journaux — des histoires à n'en plus finir...

LE SECOND ASSESSEUR

Vous avez noté le précédent qu'a cité l'avocat (1). Les circonstances étaient presque identiques ; la cour d'appel, pourtant, décida qu'il n'y avait pas de tentative punissable.

(1) Aix, 1^{er} février 1877, S.1877.2.304.

LE PRÉSIDENT

Sous Mac-Mahon, Jules Simon président du conseil : nous avons avancé depuis. Et d'ailleurs il y a longtemps que le tribunal a vendu ses livres d'histoire. Je donne un coup de pouce à la notion de tentative, je le concède. Dans toute interprétation progressive, il y a une responsabilité à assumer. Si je m'y risque, c'est que j'ai l'appui du dossier de personnalité.

LE SECOND ASSESSEUR

Je me permets d'insinuer que cet appui est bancal par hypothèse. La personnalité que l'on a expertisée pour nous, c'est une personnalité incomplète : l'instant final, décisif, y fait défaut, celui de l'acte ou plutôt du non-acte, de l'honnête abstention. La personnalité véritable est un mouvement : il ne suffit pas de prendre des clichés du passé ou même du présent ; il faudrait pouvoir saisir aussi l'avenir, avec la part de libre-arbitre qui nous échappe.

LE PREMIER ASSESSEUR

Est-il bon de tant connaître ses prévenus ? De même que je ne ferais aucun complexe de Sainte Vehme en jugeant masqué, je m'accommoderais bien de juger des gens sans visage.

LE PRÉSIDENT

Pour le coup, je n'arrive pas à vous loger, vous, sur l'éventail des doctrines.

III.

Le premier assesseur se lève et enlève sa robe

LE PRÉSIDENT

Mais les délibérés se font en robe ; c'est l'usage, sinon le règlement.

LE PREMIER ASSESSEUR

Vous ne me voyez plus qui délibère. Délibérant, il me faudrait n'avoir qu'une voix, tandis que je m'en sens trois ou quatre, que je ne me charge point d'accorder.

LE PRÉSIDENT

Nous votons par têtes, non par idées.

LE PREMIER ASSESSEUR

Ma première voix est une plainte. Je me lamente de voir le droit pénal, ce droit des droits, celui qui nous révèle tous les autres — je m'afflige de le voir tel qu'il est, de sa nature : affectif, passionnel.

LE PREMIER ASSESSEUR

Malum passionis propter malum actionis.

LE PREMIER ASSESSEUR

Malum passionis, ceux qui nous ont préparé ce contre-sens ne pensaient pas si bien dire. Ce que l'on appelle le droit de punir — et qui serait tout autant le droit d'être puni — a pour ressort secret une relation affective. C'est la relation affective entre l'universel punisseur et l'universel puni, la société et un fragment d'elle-même.

LE PRÉSIDENT

Où est l'inconvénient, je vous prie ?

LE PREMIER ASSESSEUR

C'est que l'on ne se déprend pas facilement de l'affectivité. Le couple punisseur-puni est voué à des amours éternelles.

LE PRÉSIDENT

La récidive n'est nullement inévitable.

LE PREMIER ASSESSEUR

Ce n'est pas à la récidive individuelle que je regarde, mais, collectivement, au flot constant de la criminalité, qui appelle la répression, et que la répression rappelle.

LE PRÉSIDENT

Nous espérons bien en triompher un jour par thérapeutique et prophylaxie appropriées.

LE PREMIER ASSESSEUR

Je doute qu'un langage médical y change rien. Entre le psychiatre et son malade, il y a aussi une relation affective, un couple inséparable. Et la psychiatrie ne guérit pas beaucoup plus que la science pénitentiaire. L'une comme l'autre multiplient aujourd'hui les établissements ouverts, les sorties d'essai, les remèdes actifs. Rien n'y fait : le patient, pour retourner à son médecin, retourne à sa maladie. Autour d'eux, toute une littérature romantique, sur les prisonniers et les fous, entretient un singulier climat d'excitation.

LE SECOND ASSESSEUR

Que proposez-vous ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Que le droit pénal se désaffective, si j'ose dire, se dépassionne.

LE SECOND ASSESSEUR

Avez-vous pour lui des recettes de frigidité ? Quelque décoction de nenu-phar en graines ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Je tenterais de le ramener à plus de sang-froid en remettant sous ses yeux, sans aucune part à la sensibilité ni à la sensualité, la nécessité pratique, je dis même stratégique, qui est sa raison d'être.

LE PRÉSIDENT

C'est votre seconde voix ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Une voix martiale ; déjà vous l'entendez. Dans le délinquant, je considère l'ennemi ; dans le droit pénal, les lois de la guerre.

LE PRÉSIDENT

Vous allez retomber dans les théories les plus antiques de la répression.

LE PREMIER ASSESSEUR

Non, la répression est de droit unilatéral ; la guerre, de droit bilatéral. Je ne décompose pas artificiellement la situation : d'un côté, des actes de violence privée, qui seraient en dehors du droit ; de l'autre, l'exercice, par l'État, de son monopole de violence, qui seul serait juridique. Entre les deux séries d'actes de force, j'introduis le mouvant, l'aléatoire d'une guerre. Un rapport de belligérance, qui est un rapport de droit.

LE PRÉSIDENT

Messieurs les assassins vous appliquent-ils les lois de la guerre ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Imparfaitement, rudimentairement, ce qui autorise à en user de même envers eux. Cette imperfection dans l'état de belligérance fut la pratique de toutes les guerres coloniales.

LE SECOND ASSESSEUR

La vieille métaphore de l'armée du crime trouve chez vous un sel nouveau.

LE PREMIER ASSESSEUR

Ce qui nous empêche d'y voir clair, c'est notre habitude de la territorialité : si tous les délinquants en masse campaient sur l'une de nos frontières au lieu d'être éparpillés à l'intérieur du pays, l'état de guerre serait évident. Nous sommes, pourtant, sur un *limes* invisible, en face des barbares.

LE SECOND ASSESSEUR

Le *limes* sera même très visible si vous avez laissé les banlieues tumultueuses faire le siège de la grand'ville. Rappelez M. Thiers, relevez les « for-tifs ».

LE PRÉSIDENT (*au premier assesseur*)

Si vos pénalités participent à une sorte de défense nationale, ma défense sociale n'est pas très loin.

LE PREMIER ASSESSEUR

En effet, je poserais avant tout, comme but de guerre, qu'il faut mettre l'ennemi hors d'état de nuire, sans attendre qu'il ait tiré le premier.

LE SECOND ASSESSEUR

Vos images me glacent d'effroi, quel en est l'intérêt ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Une économie de sentiments. Ni haine ni amour pour l'adversaire : on n'a pas de temps à y perdre, du moins dans les états-majors. Et un certain scepticisme fondamental : sans doute, le chef qui veut gagner doit persuader ses troupes que leur cause est juste ; mais peut-il s'illusionner lui-même ? Il sait bien que ce n'est pas la justice qui impose les guerres, mais la nécessité.

LE PRÉSIDENT (*se levant*)

Juste terre ! Je me demande ce qui va subsister de la responsabilité pénale.

LE PREMIER ASSESSEUR

Je la concevrais comme une responsabilité historique, le risque assumé d'une guerre qui pouvait être perdue, et qui l'a été. Ils ont perdu.

Le président lève les bras au ciel et se rassied.

LE SECOND ASSESSEUR

Une objection. Dans toute guerre, même civile, ce sont toujours deux collectivités qui s'affrontent ; chacune combat pour ses autels, c'est-à-dire, laïquement parlant, pour un système de valeurs qui lui est particulier. Ici, dans cette espèce de guerre pénale qui nous est dépeinte, nous avons bien une collectivité, la société tout entière, cimentée par ses idéaux nationaux ; mais en face, nous n'apercevons que des poussières d'individus, sans référence commune.

LE PREMIER ASSESSEUR

Pour vous répondre, je m'aventurerai dans une autre hypothèse, mais je le ferai à mi-voix : la délinquance me paraît un phénomène de pluralisme juridique.

LES DEUX AUTRES, *ensemble*

Il n'y a qu'un droit !

LE PREMIER ASSESSEUR

Sous l'unité formelle de son État, un pays peut abriter des communautés multiples. Le tracé n'en est pas toujours visible sur le terrain. Des sous-cultures, il est devenu banal d'en parler. Mais, justement, une sous-culture

peut avoir sa propre conception du *fas* et du *nefas*, au fond sa propre conception du droit, qui ne coïncide pas avec les ordonnances de la société globale.

LE PRÉSIDENT

Qu'est-ce que la société globale ?

LE SECOND ASSESSEUR

Celle qui a des tribunaux et des prisons.

LE PREMIER ASSESSEUR

Qu'une discordance se produise entre les règles du milieu secondaire et celles de la société globale, l'individu qui aura choisi d'obéir aux premières, parce qu'il les sent plus proches, plus chaudes, risque de se retrouver délinquant à l'égard des autres. Son délit ne traduit pas, pourtant, un tempérament foncièrement antijuridique, simplement une erreur de droit, une erreur sur la loi compétente. La société globale est dans son rôle en lui faisant payer cette erreur, et très cher. Elle aurait tort, toutefois, de pousser des cris d'indignation.

LE PRÉSIDENT

Oui, mais d'où le milieu secondaire tire-t-il sa loi ? Quelques mauvaises habitudes en commun ne font pas un droit coutumier.

LE PREMIER ASSESSEUR

Bien souvent, ce droit aujourd'hui sauvage fut jadis, dans un passé historique, voire préhistorique, le droit policé d'une société globale. Il a survécu jusque parmi nous à l'état larvaire, enkysté dans une sous-culture. La société globale n'a-t-elle pas à se reprocher de ne pas mieux réussir ses abrogations ?

LE PRÉSIDENT

Si nous vous sommions d'apporter des exemples ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Vous figurez-vous qu'il y aurait eu autrefois tant d'avortements, si n'avait flotté la réminiscence d'un temps où le fruit était la chose des géniteurs par droit absolu.

LE PRÉSIDENT

Mais les voleurs ?

LE PREMIER ASSESSEUR

Jeunes ils sont, nous l'avons observé. De leurs chapardages, je retiens moins une négation du droit de propriété dans son abstrait qu'un mépris, tout militaire, des biens de ces civils que sont les bourgeois. Par une tradition, pas plus inexplicable que celle dont ils ont recueilli beaucoup de leurs jeux (d'adresse ou de hasard), nos mauvais garçons perpétuent parmi nous une anti-quité : classe d'âge faisant bande à part des familles, ils vivaient alors avec elles sur un pied de guerre pédagogiquement organisé. La société globale ne se

souvent plus que jadis, pour se procurer de bons soldats, elle a permis aux adolescents de razzier.

LE PRÉSIDENT

Délinquance initiatique. Peu s'en faut que je ne sois de votre opinion pour le vol, à cause des lois de Lycurgue. Mais les incendies de voitures ? Il y en a eu, ces jours-ci.

LE PREMIER ASSESSEUR

Rappelez-vous l'armée du jeune Alexandre entrant à Persépolis : de joie, ils ont tout brûlé.

LE PRÉSIDENT

Mais les meurtres ?

LE PREMIER ASSESSEUR

En maintes rencontres, ce n'est qu'un incident malheureux survenu au cours d'une campagne de vol. Mettons que c'est un crime de guerre. Nul ne vous blâmera si vous fusillez le criminel de guerre, pourvu que vous soyez dans le feu de l'action.

LE SECOND ASSESSEUR

Il est aussi des crimes passionnels.

LE PREMIER ASSESSEUR

Ils viennent plus tard, mais l'hypothèse leur va comme un gant : la loi de l'honneur qu'ils appliquent est la remontée d'un droit ancien que le droit moderne ne reconnaît plus.

LE PRÉSIDENT

Avec toutes ces belles idées, mon cher, vous ne dites pas quel sort vous réservez à notre héros de la guerre pénale.

LE PREMIER ASSESSEUR

(tout en parlant, il reprend sa robe et l'enfile)

Il s'est avancé étourdiment — en enfant perdu — près de nos lignes. Le capturer était de bonne guerre, mais il n'a pas tardé à nous encombrer (avec les prisonniers de guerre, c'est toujours ce qui arrive). Immanquablement, nous finirons par le renvoyer vers ceux de sa tribu. Nous n'en sommes pas à un homme de plus ou de moins ; il n'en est pas à quelques semaines près. Pour lui comme pour nous, tout cela n'a guère d'importance.

LE SUR-MOI DU PREMIER ASSESSEUR

Et puis, tu es un magistrat, un fonctionnaire, un organe de la société. Tu ne vas pas, en relaxant purement et simplement un individu déjà incarcéré, désavouer la fonction publique et ébranler la société ? Tous ces individus, d'ailleurs, contribuables, corvéables, justiciables et coupables et même inno-

cents, détestent du fond du cœur l'appareil d'État et sont passés maîtres dans l'art de le flouer.

Le premier assesseur reprend sa place à la table.

LE PRÉSIDENT

Vous ne pensez pas si mal, finalement. Je crois pouvoir traduire librement votre conclusion : juste le nombre de jours qu'il faut pour couvrir la détention provisoire.

LE PREMIER ASSESSEUR

Tout juste. C'est juste.

IV.

LE PRÉSIDENT

Souffrez tout de même que je regarde l'heure — d'autant que nul n'est censé l'ignorer. Ah ! le temps, c'est du droit qui fuit. Il ne faudrait pas que le public s'imaginât que nous sommes en train de nous réciter nos vers.

Tous trois se précipitent vers une bibliothèque grillagée qui est dans le fond de la pièce ; et ils en reviennent avec des instruments de musique, violon, piston et flûte. Ils attaquent les premières mesures de l'« Hymne à la Justice ».

L'HUISSIER DE JUSTICE, *entrant*

Aux ordres de la justice.

LE PRÉSIDENT

Maître, est-il resté du monde dans la salle ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

La valeur d'une chambre de la Cour de cassation, à peu près.

LE PRÉSIDENT

Et qui ne s'impatiente pas ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

Mais non. J'ai bavardé avec quelques journalistes : ils ont été admiratifs quand je leur ai expliqué que le tribunal était en train de chercher le droit.

LE PRÉSIDENT

Nous allons bientôt l'avoir trouvé.

Exit praeco (sive silentiaria).

Au second assesseur :

Mon cher collègue, on vous a peu entendu. À quoi rêvez-vous ?

LE SECOND ASSESSEUR

(ouvrant sa robe de plus en plus largement au fur et à mesure qu'il parle, puis la laissant glisser le long de ses épaules, mais sans la quitter complètement).

J'essaie de découvrir en quel point décisif je me sépare de vous deux.

LE PREMIER ASSESSEUR

Un point, deux points ?

LE SECOND ASSESSEUR

Un seul, car vous suivez tous les deux, sur un assez long tronçon, route commune.

LE PREMIER ASSESSEUR

Nous ne nous en étions pas aperçus.

LE SECOND ASSESSEUR

Tous deux vous construisez le droit pénal sur le délinquant — *l'examinandus*, du moins —, tandis que je le construirais plutôt sur les autres. Votre droit pénal est tourné *ad reum*, le mien *ad alios*. Si j'avais à fabriquer un mot pour la publicité de ma critique, je reprocherais à vos thèses d'être *réocentriques* à égale dose. Vous vous attachez, toujours au délinquant, comme à un malade pour le soigner amoureusement, ou comme à un ennemi pour le réduire à merci en toute sérénité. Vous l'avez devant les yeux : bien naturel que son image vous poursuive. Pourtant, ce n'est pas à lui que le Code pénal a été donné, c'est à la nation tout entière.

LE PRÉSIDENT

Inutile de vous mettre en peine de mots inédits pour votre doctrine : elle est vieille comme les lumières. C'est l'École libérale : le Code pénal, code des honnêtes gens ; non plus le filet où entortiller les malfaiteurs, mais celui entre les mailles duquel chacun a le droit de passer la tête haute.

LE PREMIER ASSESSEUR

Tout ce qui n'est pas défendu est permis ; et comme l'enseigne le Taô (ou à peu près), ce qu'il y a de meilleur dans l'univers, ce sont les trous.

LE SECOND ASSESSEUR

Je soupçonne un malentendu.

LE PRÉSIDENT

Eh quoi ! vous n'êtes pas un libéral ?

LE SECOND ASSESSEUR

Je ne songeais pas spécialement aux honnêtes gens, s'il y en a, mais généralement aux autres, tous autres que le délinquant du cas — honnêtes ou malhonnêtes, à la nation, tout entière sauf lui.

LE PREMIER ASSESSEUR

Nous inclinons trop, je vous l'accorde, à traiter les problèmes criminels comme des affaires entre les criminels et nous — disons : nous les criminalistes, les technocrates de la criminalité — sans avoir égard à la masse des autres. Voyez nos planificateurs quand ils programment la construction de prisons. Ils tablent sur une délinquance en autarcie. Jamais ils ne pensent à l'effet que ces étranges bâtisses, même si elles étaient à moitié vides, pourraient avoir sur la société — effet de dissuasion ou plus bizarrement de vertige, d'attraction.

LE PRÉSIDENT

Les bastilles à moitié vides font surtout les 14 juillet. Mais c'est le philosophe que je questionne : à quoi va servir ce Code pénal haut-parleur, s'il ne parle qu'à la cantonade ?

LE SECOND ASSESSEUR

Au rebours de ce que vous supposez, je n'attends pas que le public l'écoute avec des oreilles *a contrario*, en substituant mentalement à la liste close des actes punis la plaine infinie des actes licites. Non, il faut écouter très directement la loi pénale : son essence, c'est bien la litanie des interdits — et pourquoi pas ? des tabous.

LE PRÉSIDENT

Voici que vous redécouvrez les fonctions d'intimidation.

LE PREMIER ASSESSEUR

Le fait est que l'on y croit encore dans la pratique, surtout populaire.

LE PRÉSIDENT

La science, elle, s'en est détachée, que ce soit pénologie ou pédagogie.

LE SECOND ASSESSEUR

Mais comprenez-moi : *ad alios*, ce n'était point de ma part une allusion au déterrent inclus dans la peine, dans la souffrance par la peine. Que ce déterrent existe, et même qu'il puisse opérer sur une frange d'indécis, c'est, il est vrai, une constatation expérimentale, et j'accepte de la faire avec le peuple.

LE PREMIER ASSESSEUR

Avec la science aussi : en psychologie animale, les expérimentateurs emploient bien le mot de punition pour désigner cette façon de conditionner les réflexes par la souffrance, puis par le simple aspect de celle-ci.

LE SECOND ASSESSEUR (*se relevant et marchant de long en large*)

Oui, mais ce n'était pas dans la peine-souffrance que je plaçais le message *ad alios* : c'était dans la *loi* pénale-langage. Une société a besoin, pour son équilibre, d'un signe qui lui marque de manière saisissante la différence du bien et du mal — ou, plus exactement, du supportable et de l'horrible. Le

Code pénal catalogue les horreurs intolérables au corps social. Jeu de symboles, non pas jardin des supplices.

LE PREMIER ASSESSEUR

M'est avis que vous faites évaporer la réalité de la peine.

LE PRÉSIDENT

Peu importe que les peines ne s'exécutent : il suffit qu'elles soient proclamées. C'est bien cela ?

LE SECOND ASSESSEUR

Sans doute ; et j'admire ces pays auxquels la Belgique donna l'exemple, qui n'exécutent jamais la peine de mort, bien qu'ils l'aient conservée dans leurs codes et la laissent même prononcer par leurs tribunaux. La loi pénale apparaît alors dépouillée de ses contacts avilissants avec le coupable, dans sa pureté de symbole, sa nudité de signe, pour exprimer l'effroi de la société devant l'acte.

LE PRÉSIDENT

J'espère que vos méditations personnelles vont vous conduire à entrer, comme nous, en condamnation.

LE SECOND ASSESSEUR

(revenant à la table et se rasseyant, mais à un bout)

Je ne vois pas le lien.

LE PRÉSIDENT

J'interprète : pour vous, il semble que les prévenus comptent si peu en comparaison de la société. Ils ont l'air de n'être là que comme des acteurs un peu falots pour rappeler périodiquement au public l'existence de la très belle tragédie qu'a écrite un poète national.

LA MÉMOIRE DU SECOND ASSESSEUR *(dialoguant avec elle-même)*

— Je suis la mémoire du juge. Très utile. Dans la tribu, le juge est celui qui connaît les précédents rassurants, celui qui se souvient parce qu'il a beaucoup vu.

— Depuis Gutenberg, ce qui fait le juge, c'est d'avoir beaucoup lu, plutôt que beaucoup vu.

— Tu as pris cette note pendant la plaidoirie : *Sirey*, 1877.2.304 = relaxe.

— Oui.

— Mais le substitut, lui, avait cité *Dalloz*, mil neuf cent...

— Assez.

— Un peu de doctrine, alors ? Rappelle-toi les paradoxes de cet Italien : si la peine se définit comme une souffrance, il n'y a pas de peine de mort, car la mort n'est pas une souffrance ; et si l'on répond que le mourir en est une, il faut répliquer que l'on n'est pas condamné au mourir, mais à la mort. Tous ces

discours pour conclure, et il concluait que la condamnation à mort n'était qu'une expropriation pour cause d'utilité publique.

— Quel rapport ?

— L'analyse est bonne pour n'importe quelle condamnation. Pourquoi le délinquant est-il privé de sa liberté, de ses biens ? Pour que soit rafraîchi, dans la masse, le souvenir de la loi pénale. Pour que, dans cette loi, soient repeints les symboles sans lesquels la société ne peut vivre, redorés les lions gardiens de nos portes. Ainsi, de tout temps, l'utilité commune a fait passer sur quelques malheurs individuels.

LE SECOND ASSESSEUR

(*reboutonnant sa robe et mettant fin au dialogue*)

(*À sa mémoire*). Tais-toi. Ce que tu me présentes, je le repousserai comme un sophisme, tant que tu ne m'auras pas prouvé que l'exproprié a reçu sa juste et préalable indemnité.

(*À son président*). C'est le poème qui fait loi : si l'acteur s'en écarte, il n'est plus de notre théâtre. La peine est un signe attaché à un texte ; mais le texte dit *commencement d'exécution*, il ne dit pas *actes préparatoires*. Donc, relaxe.

LE PREMIER ASSESSEUR

Vous ne couvririez pas la détention provisoire par une condamnation *ad hoc* ?

LE SECOND ASSESSEUR

Non ; mais à deux, assurément, vous êtes vérité.

LE PRÉSIDENT

Nous ne vous prions pas de déclarer noir ce que vous voyez blanc : simplement de vous rallier à une interprétation possible. Les textes sont moins têtus que les faits.

LE SECOND ASSESSEUR

Je suis têtus de textes.

LE PRÉSIDENT

D'ordinaire, nous sommes unanimes.

LE PREMIER ASSESSEUR

Il est si doux d'être unanimes.

V.

On frappe à la porte.

LE PRÉSIDENT

Au nom de la loi, ouvrez à vous-même. *Entre l'huissier de justice.* Un instant : nos motifs de droit ne sont pas encore à point.

L'HUISSIER DE JUSTICE

(avec toute l'apparence d'une vive agitation)

C'est que je viens de la salle d'audience...

LE PREMIER ASSESSEUR

Quelles ont les nouvelles d'en bas, *Iris juris* ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

La victime est arrivée.

LE PRÉSIDENT

Trop tard.

LE PREMIER ASSESSEUR

Siège que nous sommes, notre siège est fait.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Voici notre volé qui se présente, fait une entrée solennelle et, devant l'auditoire médusé, prend la parole avant que j'aie pu songer à la lui couper.

LE PRÉSIDENT

Quoi qu'il ait allégué, ses propos sont hors des débats.

L'HUISSIER DE JUSTICE

Même si nous devons pas l'écouter, nous l'avons entendu.

LE PRÉSIDENT

Qu'a-t-il pu dire que le tribunal ne sache ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

C'était pourtant bouleversant.

LE PRÉSIDENT

Serait-il prêt à pardonner que nous condamnerions.

L'HUISSIER DE JUSTICE

C'est en droit qu'il a fait une déclaration.

TOUS LES TROIS , *ensemble, gémissant.*

Avec le droit, tout est toujours à recommencer. Le droit est infini.

L'HUISSIER DE JUSTICE

En l'espèce, néanmoins, ce pourrait être le point final.

LE PRÉSIDENT

Qu'a-t-il dit, enfin ?

L'HUISSIER DE JUSTICE

Il a annoncé, tout à trac, qu'il venait de reconnaître le prévenu pour son enfant naturel — à la mairie très régulièrement. Dans la générosité de son élan, il aurait même voulu reconnaître aussi l'autre, l'en-fuite, ce qui eût procuré au premier un frère assez bien assorti, mais, faute de pouvoir l'identifier convenablement, il a dû renoncer à s'en charger.

LE PRÉSIDENT

Quand je vous disais : il faudrait d'abord arrêter les victimes. Celle-ci se moque du droit ; mais elle le boucle dans sa logique.

LE PREMIER ASSESSEUR

L'article 380...*

LE SECOND ASSESSEUR

L'immunité du vol entre proches parents...

LE PRÉSIDENT

Ils n'étaient pas parents au moment du vol.

LE SECOND ASSESSEUR

Non, mais la reconnaissance rétroagit au jour de la naissance.

LE PREMIER ASSESSEUR

Le dindon, décidément, était de notre basse-cour : il faut avoir été nourri chez les juristes pour comprendre ces tours d'escamoteur.

LE SECOND ASSESSEUR

Ainsi, relaxe.

LE PRÉSIDENT

Elle paraît s'imposer.

LE PREMIER ASSESSEUR

Nous voici unanimes. Qu'il est doux de l'être !

L'HUISSIER DE JUSTICE

C'est un coup de théâtre.

* Dans le cas déjà remontré *supra*, p. 464, le texte cité est l'article 311-12 du Nouveau Code pénal.

Il en fallait un.

LE PREMIER ASSESSEUR

Un dénouement...

LE SECOND ASSESSEUR

De dévouement...

LE PRÉSIDENT

De complaisance.

LE PREMIER ASSESSEUR

Combien de comédies, autrefois, ont été dénouées par un procès gagné !

LE SECOND ASSESSEUR

Combien de mélodrames, par une reconnaissance d'enfant !

LE PREMIER ASSESSEUR

La preuve que ces dénouements n'étaient pas si mauvais, c'est que depuis on n'a jamais éprouvé le besoin de rejouer les pièces.

L'HUISSIER DE JUSTICE

EN MARGE DU DÉLIBÉRÉ

Si, au moins dans une première approximation, la sociologie juridique consiste simplement à contempler en spectateur curieux les choses du droit, fût-ce de son propre droit, sans y participer et même sans y croire, on peut présumer que le judiciaire est un bon sujet sociologique, bien meilleur par exemple que le législatif, parce qu'il est plus voyant étant plus vivant. Le législateur grave sur un marbre trop froid des inscriptions trop haut perchées, tandis que le juge, à la bonne heure, c'est du théâtre. Des *Guêpes* à *La Robe rouge*, du chancelier peint par Le Brun (1) aux audiences crayonnées par Daumier, littérature ou caricature, les scènes de mœurs, les tableaux de genre abondent, sur lesquels il a longtemps suffi de promener les yeux pour cueillir une sorte de sociologie spontanée de la justice. N'est-ce pas ainsi qu'il y a un instant des phénomènes psychosociologiques de délibéré s'offraient à nous en figures de comédie (2) ?

Cependant, les juges s'amuse-t-ils autant en jouant aux juges que nous en les regardant jouer ? Que pensent-ils eux-mêmes de la justice qu'ils doivent rendre ? On n'évoque jamais les *taedia litis* qu'en se référant aux justiciables.

(1) Le Musée du Louvre le conserve. C'est le chancelier Séguier, faisant sa partie dans le cortège d'entrée de la reine Marie-Thérèse à Paris le 26 août 1660. Ombragé à la marocaine de deux parasols que lui tendent des pages, (des élèves-magistrat, qui sait ?). Il va sur sa haquenée blanche, drapé aussi somptueusement qu'elle, le regard plutôt plus mort, comme chargé de ses propres reliques. De ce tableau on rapprochera le portrait d'un juge anglais de 1891, tel que le dessinait Virginia Woolf, *The years*, 1939 : « Il était là, renversé dans son grand fauteuil sculpté, sous le Lion et la Licorne : il écoutait. Il paraissait triste et sage à l'infini, comme si, depuis des siècles, les mots étaient venus se briser sur lui. »

(2) Si les emprunts de la scène aux tribunaux ont toujours été fréquents, ce n'est pas simplement parce que les juges et les gens de justice sont de la bonne pâte théâtrale. C'est aussi qu'il y a dans la machinerie judiciaire elle-même — avec ses suspens et ses aléas — un très acceptable ressort dramatique. Et non seulement on a vu les auteurs porter au théâtre des tranches de justice, mais il est arrivé, au cours de l'histoire, qu'ils missent des tranches de vie en style de justice. Le procès — le procès de Satan contre Jésus ou du Paysan contre la Mort — la *tenson* (*tenson*, c'est contentieux) ont été au Moyen Âge des genres littéraires. Un écho affaibli s'en retrouve chez Corneille, qui, la chose est notoire, a souvent fait parler ses amoureux comme des avocats normands.

Mais le justicier peut en éprouver aussi, et d'une espèce plus rare. Du contexte superficiel d'une scène tragi-comique, détachez pour un instant le cri du cœur que Corneille a prêté à son Roi-Juge : vous apercevrez, dans un abîme insondable, la lassitude théologique de juger :

Don Alonse*

Sire, Chimène vient vous demander justice.**

Don Fernand

La fâcheuse nouvelle et l'importun devoir !

* Don Alonse ou le *Devoir social*.

** Le mot rime ici à *service*.

Codicille du juste et de l'injuste

*Dieu fait pleuvoir sur le juste et l'injuste,
Et cependant seul le juste est trempé,
Car l'injuste a volé son parapluie au juste,
Qui, de ce coup, a le souffle coupé,
Mais, juste enfin, rend grâce au Dieu de paix.*

Fable-express qui aurait pu être montmartroise, ou *limerick* gauchement traduit qui pourrait être écossais (avec l'Écosse la moralité s'expliquerait mieux, outre la pluie), je ne sais d'où ces vers burlesques remontent à ma mémoire, me provoquant un instant à imaginer la suite juridique, comme par un test du récit à compléter : certainement, le droit ne tardera pas à accourir ; le parapluie (non sans accrocs peut-être) sera restitué à son propriétaire légitime ; le voleur ira en prison (où l'on est d'ailleurs à l'abri des averses) ; et sur ces entrefaites le soleil sera revenu. Mais si la pièce devait être représentée, ce dernier acte ennuerait tout le monde. Le vrai problème, celui qui nous tourmente tous, s'est posé avant l'arrivée du droit.

Par un autre souvenir, je me sens entraîné sur la même pente interrogative. Dresser un catalogue de vieilles thèses de doctorat n'a jamais été un exercice très joyeux : c'est comme si l'on visitait un cimetière où n'auraient été ensevelis que des adolescents. Travaillant autrefois à ranger des dissertations allemandes des siècles passés, ma mélancolie s'était accrue de trouver répété à tant d'exemplaires un genre de titre, *de eo quod justum est circa...* où semblait s'imprimer le pénible labeur de la jeunesse juridique pour extraire d'un sol ingrat le juste parfait. *De eo quod justum est*, cette quête du juste n'est pas si loin de ce que des philosophes contemporains, à l'école de Michel Villey, regardent comme l'authentique formule du droit naturel. *Circa oves, campanas, gemellos...*, le droit naturel des moutons, des cloches, des jumeaux, pour quoi pas ? Dans la série, toutefois, un intitulé m'avait frappé, plus étrange que d'autres : *De eo quod justum est circa justitiam*.

Depuis, j'ai eu des regrets d'avoir laissé filer sans le lire un livre qui promettait d'être aussi fondamental. J'en ai eu des regrets quand j'ai entendu des voix amies s'étonner qu'un exposé de la flexibilité du droit ne se fût pas achevé par une méditation sur son essence — l'essence du droit, qui est la justice. À la vérité, je me figurais avoir entrouvert un peu de moi-même dès 1969, dans l'envoi de la première édition, pour peu qu'on le parcourût jusqu'au bout.

« Les études rassemblées [c]i ont en commun de contenir toutes, chacune à sa manière, une interrogation sur ce qu'est le droit et de suggérer, semble-t-il, la même réponse, plus ou moins explicite : que le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons. Le droit est droit, sans doute, mais les hommes le plient en tous sens, le ploient à leurs intérêts, à leurs fantaisies, voire à leur sagesse. Flexible droit, droit sans rigueur. Faut-il, d'ailleurs, s'en lamenter ? Il est peut-être salutaire que le droit ne soit pas cette massue, ce sceptre qu'on voudrait qu'il fût... »

Oui, plutôt que la lourde main de justice, vive l'arc flexible qui lance au loin la flèche ! Mais, après ce début qui ne faisait que résumer l'ouvrage, je continuais ainsi :

« ... À l'arrière fond, on croit apercevoir, tout de même, que le scepticisme radical n'est nullement le dernier mot du droit... Si les systèmes juridiques qu'une société met sur pied ne sont jamais que des jeux d'ombres, il reste que chaque individu peut espérer recevoir un instant, sans y être pour rien, la grâce d'être juste. »

Peut-être était-ce trop allusif ; peut-être l'allusion se référait-elle à un mode de croire trop inhabituel — oserons-nous dire trop minoritaire en France ? S'il me faut aujourd'hui développer ma pensée (ce qui ne sera pas nécessairement l'éclairer, car en ces sortes d'affaires l'inexprimé a sa clarté propre), je commencerai par observer à propos de la justice puisque l'on me demande si je suis pour, qu'il n'y a guère de gens qui soient contre. Même ceux qui s'aventurent encore, sous la caution putative de Goethe, à préférer l'injustice au désordre, s'empressent d'ajouter que c'est parce que le désordre aurait bientôt fait de faire pulluler plus d'injustices. Une telle unanimité donne à craindre que la justice ne soit un grand mot qui n'engage pas à grand'chose. De fait, si elle n'a plus de négateurs, elle a toujours ses sceptiques. Ils peuvent répéter qu'elle est plaisante, puisqu'une rivière la borne — une rivière ou les sables mouvants du temps. Il semble juste outre-Rhin, et depuis des années, que l'époux qui a le malheur d'avoir une femme incurablement folle puisse divorcer et se remarier ; sur cette rive-ci, mais seulement jusqu'à la prochaine Saint-Sylvestre (j'écris ceci en l'automne de 1975), il semble juste — il semble qu'il semblait juste — que la femme qui a le malheur d'être folle ne perde pas son mari. En 1789, la justice fiscale, c'était l'impôt proportionnel ; maintenant, c'est l'impôt progressif : la contradiction est chiffrable. La justice n'en a pas moins ses dévots, et de diverses chapelles. Les classiques, c'étaient ceux qui jadis passaient toutes les institutions, une par une, au crible d'un droit idéal, du droit naturel, autre nom de la justice : la propriété individuelle est-elle, n'est-elle pas, conforme au droit naturel ? et l'héritage ? ou la détention préventive ? et ainsi de suite. Il est devenu banal de reprocher à ces doctrines leurs aboutissements conservateurs : elles n'auraient fait que sublimer en droit naturel les reflets du droit positif ambiant, et plus en arrière les intérêts du pouvoir établi ou (en termes marxistes) ceux de la classe dominante. L'histoire, pourtant, ne paraît pas corroborer le reproche, si l'on réfléchit que c'est par le droit naturel que la philosophie des Lumières a jeté à bas le régime féodal et lancé vers l'avenir ces droits de l'homme qui n'ont pas fini d'exploser en chaîne. Mieux fondé est le grief d'avoir raisonné comme si la justice consistait en une rangée de temples grecs, d'archétypes de marbre auxquels il faudrait confronter le droit vivant. Notre époque est trop éprise de mouvement pour se satisfaire de cariatides juridiques. Si la justice a toujours un peuple de fidèles, la justice en laquelle ils se confient n'est plus une donnée qui serait acquise une fois pour toutes : c'est une conquête à renouveler sans trêve, peut-être même, plus dynamiquement encore, une permanente révolte contre l'injustice. Peu importe le contenu, qui change le long des siècles ou d'un pays à l'autre : ce qui ne change pas, c'est la lutte, l'effort, l'arraché. Les justes ne sont pas ceux qui possèdent la justice ; ce sont ceux qui en ont faim et soif — la quatrième Béatitude.

Nous y voici ramenés : n'est-il donc pas de justice qui ne soit religieuse ? D'une façon ou d'une autre ? Théodule Ribot, psychologue fort peu mystique, menant une enquête sur les idées générales, avait éprouvé quelque surprise, peut-être aussi quelque dépit, de constater que chez les sujets interrogés, soit qu'ils fussent nourris de lettres latines, soit qu'ils fussent obsédés par l'iconographie républicaine, c'était l'image d'une déesse, déesse au glaive et à la balance, que le mot de justice spontanément faisait lever. Du temps que les Français remâchaient la douleur d'une défaite (d'après eux) injustement subie, Gambetta les avait exhortés à espérer leur revanche de la *justice immanente* : cet immanentisme était une manière de laïciser la divinité. Si ceux qui ne croient pas au Ciel ne peuvent s'empêcher de nimer de divin leur justice, il n'est pas inattendu que ceux qui y croient s'évertuent à faire de la leur l'accomplissement de la justice de Dieu. Cette recherche de l'Absolu a marqué très souvent les conceptions chrétiennes du droit. Au risque de glisser dans l'à-peu-près, d'aucuns se hasarderont à exposer que, dans une théologie de l'Incarnation, il n'est point irrationnel que des prémices de jugement dernier puissent se retrouver sous la justice administrée par les mortels. Mais l'Absolu accepte-t-il de servir ainsi de modèle au Relatif ? Quoique en France cette vision soit la plus répandue, où les deux images tendent à se superposer — du juste selon Dieu et du juste selon les hommes — il faut bien se dire qu'elle n'est pas la seule, même au sein de la Chrétienté.

C'est le lieu de citer un texte de Luther, célèbre dans la Réforme. Luther raconte comment, pour lui, tout est parti de l'Épître aux Romains (1 : 17) : La justice de Dieu est révélée dans l'Évangile. « Cette expression de justice de Dieu, déclare-t-il, je la haïssais, car l'usage courant et l'emploi qu'en font habituellement les docteurs m'avaient enseigné à la comprendre au sens philosophique..., la justice qu'ils appellent formelle ou active, celle par laquelle Dieu est juste et qui le pousse à punir les pécheurs et les coupables. » Alors surgit l'illumination ; elle jaillit de l'enchaînement du texte : La justice de Dieu est révélée dans l'Évangile, ainsi qu'il est écrit « le juste vivra par la foi ». L'objet essentiel de la révélation évangélique, c'est la justice passive, celle où l'homme pécheur est justifié par Dieu, c'est-à-dire *rendu juste* par miséricorde, grâce pure. Ici s'affirme le renversement plus que copernicien que fut théologiquement la Réformation : à la justice des mérites — humaine, trop humaine — se substitue la justification par la grâce. Ce qui n'est pas sans conséquence pour les systèmes juridiques : ils n'ont plus le *droit* de se réclamer d'une aspiration à la justice divine, car celle-ci se dérobe à toute imitation par les hommes. La justification au sens de la Bible met en déroute non pas seulement toutes les lois positives, mais tout le droit naturel. L'offrande de Caïn a été rejetée sans raison, l'ouvrier de la onzième heure est payé à l'égal des autres et, miracle suprême, la sentence juste sortira du juge injuste — quoi de commun dans tout cela avec la rationalité, ou même la sentimentalité, voire l'honnêteté paisible que nous escomptons d'un juge idéal ? Rejetée de l'inaccessible, par une espèce de laïcisation implicite,

l'humanité est renvoyée à elle-même pour se construire la justice dont elle a besoin.

Car, pour sa conservation, elle a besoin de justice. Aussi, contre les Anabaptistes, Luther, non moins que Calvin, affirmera la légitimité de la vocation judiciaire. Lorsque l'Évangile dit « Ne jugez point » — cette parole qui, selon André Gide, a mis le christianisme le plus profondément à part de toutes les religions — il faut entendre « Ne jugez qu'en tremblant ». Vous tremblerez parce que vos jugements devront se passer de la garantie divine, même quand vous aurez l'illusion de l'apercevoir en quelque fragment lointain de l'Écriture (aux légistes, la Loi sera une aide, jamais une assurance).

Sous une telle lumière, il n'est pas jusqu'aux grands principes du droit qui n'apparaissent comme de simples recettes empiriques, conditionnées, limitées par la nature humaine — des idées, rien de plus, et que l'on aurait tort d'ériger en idoles. L'égalité, par exemple, que de nos jours beaucoup regardent comme le sommaire de toute justice. Il ne faut pas en gratter bien longuement le vernis — le vernis des *Bills of Rights* et des Déclarations de droits — pour discerner par en-dessous d'atroces jalousies historiques. Pourtant, il n'est pas de moyen plus efficace d'éteindre la jalousie que de se montrer, entre les jaloux, résolument égalitaire. Et la légalité, donc —, *Rule of Law* d'Outre-Manche ou d'Outre-Atlantique ? Entre la frénésie que les uns ont de commander, les autres de désobéir, c'est presque un coup de génie que d'avoir imaginé ceci : que le commandement appartiendra, que l'obéissance sera due, à un ordre qui n'a point de visage —, dont on peut attendre, puisqu'il est impersonnel, qu'il interpellera sans passion et sera écouté sans colère.

Ainsi, parce qu'ils avaient appris que, le péché étant premier, l'injustice est première, et que même dans les feuillages de leur justice le Malin sait se cacher, des juristes, pessimistes actifs, ont pu inventer quelques solutions, plutôt pacificatrices que justes, plutôt moins injustes que justes, afin de rendre tolérable la vie en société. Est-ce là du positivisme juridique ? Les positivistes, qui sont des optimistes, sont persuadés au fond que leur droit positif fait une justice. La thèse du pessimisme actif est très différente : que les lois positives, comme toute œuvre humaine, sont probablement injustes, même s'il peut leur advenir de tomber juste par imprévu, mais qu'il paraît conservatoire, malgré tout, d'assurer en général leur règne provisoire.

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
PRÉFACE	7

Première Partie

DROIT ET NON-DROIT

<i>CHAPITRE I.</i> — HYPOTHÈSES FONDAMENTALES POUR UNE SOCIOLOGIE THÉORIQUE DU DROIT	11
<i>CHAPITRE II.</i> — L'HYPOTHÈSE DU NON-DROIT	25
— Scolies sur le non-droit	48
<i>CHAPITRE III.</i> — <i>DATE LILIA</i>	52
<i>CHAPITRE IV.</i> — NOCTURNE	61
<i>CHAPITRE V.</i> — LE SOMMEIL	67
— Scolie sur le sommeil	72
<i>CHAPITRE VI.</i> — VERS LE DEGRÉ ZÉRO DU DROIT : <i>DE MINIMIS</i>	74
<i>CHAPITRE VII.</i> — VERS LE DEGRÉ ZÉRO DU DROIT : DE PEU, DE TOUT ET DE RIEN	84
<i>CHAPITRE VIII.</i> — MORALE ET DROIT	94

Deuxième Partie

GRAND DROIT ET PETIT DROIT

TITRE I. — Le droit objectif	107
<i>CHAPITRE I.</i> — SUR LE CARACTÈRE PRIMITIF DE LA RÈGLE DE DROIT	107

<i>CHAPITRE II.</i>	— LA GENÈSE DE L'OBLIGATOIRE DANS L'APPARITION DE LA COUTUME	118
	— Scolie sur la coutume	131
<i>CHAPITRE III.</i>	— EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT	136
<i>CHAPITRE IV.</i>	— LES PHÉNOMÈNES D'INCIDENCE DANS L'APPLICATION DES LOIS	149
<i>CHAPITRE V.</i>	— SUR LA LOI PÉDAGOGUE	155
<i>CHAPITRE VI.</i>	— DE L'ÉTAT QUAND SA ROBE L'EMPÊCHE DE COURIR	170
<i>CHAPITRE VII.</i>	— VOLTAIRE OU L'ARTIFICIALISME JURIDIQUE	175
	— Scolie sur le droit : Victor Hugo ou la recherche de l'Absolu	183
TITRE II.	— Le droit subjectif	193
	THÉORIE SOCIOLOGIQUE DU DROIT SUBJECTIF	193
TITRE III.	— Les incertitudes du droit	201
<i>CHAPITRE I.</i>	— LA PART DU DROIT DANS L'ANGOISSE CONTEMPORAINE	201
<i>CHAPITRE II.</i>	— LES TEMPS DU DROIT, UN AN ET UN SIÈCLE	210
	— En l'an 1817	211
	— L'avenir d'un passé	224
<i>CHAPITRE III.</i>	— ÊTRE OU NE PAS ÊTRE : SUR LES TRACES DU NON-SUJET DE DROIT	231
	— Scolie sur le non-sujet de droit : l'esclavage sous le régime du Code civil	247

Troisième Partie

LES TROIS PILIERS DU DROIT

TITRE I.	— La famille	257
<i>CHAPITRE I.</i>	— SOCIOLOGIE DU COUPLE	257
<i>CHAPITRE II.</i>	— UNE FAMILLE PAR EXEMPLE	266
<i>CHAPITRE III.</i>	— V ^{ls} FAMILLE, LÉGISLATION ET QUELQUES AUTRES	275
<i>CHAPITRE IV.</i>	— LA THÉORIE DES CONFLITS DE FAMILLE CHEZ PROUDHON ..	296
	— Scolie sur le droit de la famille : l'enfant de la Révolution	307

Table des matières

TITRE II.	— Le contrat	313
CHAPITRE I.	— TRANSPARENCE	315
CHAPITRE II.	— L'OBLIGATION ENTRE LA FORCE ET LA GRÂCE	324
CHAPITRE III.	— VARIATIONS SUR LES PETITS CONTRATS	339
TITRE III.	— La propriété	345
CHAPITRE I.	— LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VISION RÉVOLUTIONNAIRE	345
CHAPITRE II.	— LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DEPUIS 1914	352
CHAPITRE III.	— MÉTAPHYSIQUE DES BIENS, LES CHOSES INANIMÉES ONT-ELLES UNE ÂME ?	362
CHAPITRE IV.	— LES DIMENSIONS PERSONNELLES ET FAMILIALES DE LA PROPRIÉTÉ	371
	— Scolie sur la propriété : l'argent	386
TITRE IV.	— Et la monnaie ?	391
CHAPITRE I.	— L'IMAGERIE DES MONNAIES	393
CHAPITRE II.	— ΝΟΜΟΣ ΝΟΜΙΣΜΑ : LA MONNAIE EN QUÊTE DE SON DROIT	404

Quatrième Partie

JEUX DE DROIT

CHAPITRE I.	— CARACTÈRES JURIDIQUES	415
CHAPITRE II.	— LA JUSTICE DE SALOMON	434
CHAPITRE III.	— LA JUSTICE SAISIE PAR SON OMBRE	446
CHAPITRE IV.	— DÉLIBÉRÉ DU DROIT	460
	— EN MARGE DU DÉLIBÉRÉ	483
Codicille du juste et de l'injuste		485

Composition, mise en page :
LASER GRAPHIE, France

L.G.D.J. – E.J.A.
31 rue Falguière, 75741 Paris cedex 15
N° éditeur : 4260

Achevé d'imprimer par
Corlet Imprimeur
14110 Condé-sur-Noireau (France)
N° d'imprimeur : 108056
Dépôt légal : octobre 2007
Imprimé en France.

Le vrai non-droit

Grand droit et petit droit

Voltaire et Hugo

Les peurs de l'an 2000

Les temps du droit, an et siècle

Les trois piliers du droit

Famille : Gide père et fils

Contrat : Fragile transparence

Propriété : La mauvaise conscience

Et la monnaie ? « Rendez à César... »

Jeux de droit

Les divorces de Dom Juan

Salomon le juste

La justice saisie par son ombre

Un délibéré pour rire

Du juste et de l'injuste



2-275-02008-X

30,5 €