

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 psychothérapique.

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 fraudulenti 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, et

(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. EISMEN, § 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 dévotion 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'ordonnement 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.* 1962.11.12727, 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 précèdent 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 et au 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 vint 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., 1967, 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.
Pæna 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.