

## **SÉANCE 1** **DROIT ET SOCIÉTÉ**

**Support pratique : Expression romaine : « *Ubi societas, ibi jus* ».**

Si l'on vous demande de dire ce qu'est le droit, que répondrez-vous ? Gustave Flaubert, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, le disait franchement : « Le droit, on ne sait pas ce que c'est ! ». Le doyen Georges Vedel, éminent constitutionnaliste du XXe siècle, disait de façon un peu plus subtile : « Si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit ». Pour lui, comme pour beaucoup, une société sans droit, c'est l'*hybris*, la démesure, la barbarie.

On ne peut sérieusement cerner le droit sans examiner les liens qu'il entretient avec le principe même de société. On peut dire à cet égard que le droit suppose une collectivité, et qu'il permet son organisation.

Premier point : il n'y a de droit que s'il y a une collectivité. C'est l'expression romaine devenue classique : « *ubi societas, ibi jus* » - là où il a société, il y a du droit. C'est aussi l'idée souvent reprise que Robinson isolé sur son île n'a pas besoin de droit, alors que l'arrivée de Vendredi engendre le droit, car se crée une société, même embryonnaire. On peut toutefois nuancer cette idée. Le passage à deux suffit-il, en effet, à créer du droit ? Le passage de un à deux engendre, c'est certain, la notion de lien, et d'obligation. Le roman de Daniel Defoe l'atteste : Robinson enjoindra à Vendredi de faire telle ou telle chose, tandis que Vendredi se considérera comme le serviteur de Robinson, parce qu'il a été sauvé par son intervention. De plus, des routines s'instaureront entre eux, qu'ils se garderont bien de rompre. Ainsi, il suffit d'être deux pour que des régularités s'installent. Mais est-ce suffisant pour créer du droit ? On peut en douter. Déjà, parce que l'on peut prendre des habitudes seul, que l'on se garde bien également de rompre, ainsi que Sigmund Freud l'a démontré dans le cas des névrosés. Mais surtout, parce qu'il faut certainement l'intervention d'un tiers à la relation pour que se crée

véritablement du droit. L'équation est la suivante. Deux personnes, cela crée du lien. Mais l'intervention d'une troisième personne permet de pacifier cette relation en cas de trouble, et plus généralement permet de la discipliner. Sans doute le droit, et peut-être même plus généralement la société, commence avec l'arrivée de ce tiers. Et, pour affiner, on pourrait même dire que ce tiers doit être interne à la société concernée, mais extérieur à la relation à deux. Il est nécessaire qu'il soit extérieur à la relation à deux. C'est le législateur, qui va donner les règles ; c'est le juge, qui va trancher les conflits. Mais il est également souhaitable et peut-être même nécessaire aussi, qu'il soit intégré à la société qu'il prétend réguler ou pacifier. Parce qu'un tiers trop étranger se mêlerait de ce qui ne le regarde pas. C'est ce qui rend, au niveau international, si délicat l'existence d'une justice internationale. Certainement est-elle acceptée au sein des sociétés occidentales, mais dès lors qu'elle est par trop étrangère aux données locales, cela devient tout de suite beaucoup plus problématique.

Second point : il y a comme une affinité naturelle entre la notion de droit et l'idée d'organisation de la collectivité. Conceptuellement, le droit ne peut commencer d'exister qu'à partir de trois individus. Mais une société est autre chose que l'agrégat de quelques individus. Le critère n'est pas tant celui du nombre, que celui de la conscience. Il n'y a de société que lorsque les individus se vivent comme une collectivité, se sentent liés par un destin commun. Et plus la société grossit en nombre (concrètement, dès lors qu'on dépasse le stade des liens familiaux), plus le droit devient consubstantiel à la société. Pourquoi ? Parce que le lien social suppose une régulation qui ne peut plus être spontanée. Le droit apparaît alors comme le ciment de la société : l'organisation juridique se présente comme la matière qui vient lier les individus conscients de former une collectivité. C'est donc dans cette charpente que l'on trouve le droit : il ne se confond pas avec la société elle-même, et c'est en quoi le droit n'est ni la sociologie, ni la politique, mais il est l'organisation qui permet aux individus de vivre ensemble.

Pour essayer de mieux cerner ce lien entre droit et société, on partira des racines mythiques du droit, en tant qu'il fonde la

société (I) puis on analysera plus avant la présence des règles de droit dans l'espace social (II).

## I. RACINES MYTHIQUES DU DROIT

Les racines mythiques du droit peuvent être rencontrées dans les deux grandes civilisations dont notre société a hérité, à savoir Athènes (A), et Rome (B).

### A. Le mythe platonicien des origines du droit

Pour ce qui est de l'héritage grec de notre société, le mythe de Prométhée et Épiméthée, tel que narré dans le *Protagoras* de Platon, est particulièrement éclairant. Dans ce dialogue, Protagoras raconte à Socrate la création des êtres animés, et la distribution de leurs vertus :

Quand les dieux eurent constitué les vivants d'un mélange de terre et de feu, ils demandèrent à des Titans, deux frères, de répartir entre eux le stock disponible des qualités. Épiméthée, l'insoucieux, supplia son frère Prométhée, le prévoyant, de lui laisser faire la distribution, à charge pour Prométhée de le contrôler à la fin. Ainsi, Épiméthée opéra une distribution équilibrée des qualités, de façon que chaque espèce puisse vivre. Aux uns, la rapidité, aux autres, la force, aux animaux des pays froids, un épais pelage, à chacun sa nourriture attitrée. Mais à l'issue de cette distribution, Épiméthée épuisa toutes les qualités en oubliant l'espèce humaine. Lors de l'inspection, Prométhée constata que les différentes espèces pourraient venir au jour, mais que rien ne pourrait assurer la survie de l'espèce humaine. Il résolut alors ainsi le problème : aux dieux Héphaïstos et Athéna, il vola le savoir technique, ainsi que le feu qui en permet la réalisation ; mais il ne put dérober à Zeus l'art politique, trop bien protégé en son temple.

Ce qui déboucha sur un statut singulier de l'espèce humaine. Parce que grâce à cette participation indirecte à la sphère divine, l'Homme fit quatre avancées décisives : la religion, la parole, l'habillement et l'agriculture. Ce qui commence à figurer un

homme social : communicant, priant, se vêtant, et sédentarisé par la découverte de l'agriculture. Mais ce fut loin d'être suffisant. Car faute de maîtriser l'art politique, les hommes ne parvenaient pas à se regrouper de façon stable, toute collectivité étant aussitôt en proie à une guerre intestine. Et la cohésion ne venait pas non plus de l'extérieur, car, en raison de leur désorganisation, les hommes ne résistaient pas aux attaques des bêtes sauvages. Les hommes dispersés se trouvaient ainsi menacés, et cette instabilité menaçait en retour l'équilibre du monde créé par les dieux. C'est ainsi que Zeus, craignant la disparition de l'espèce humaine, envoya Hermès apporter à l'humanité l'*aidos* et la *dikè*, pour constituer l'ordre des cités et les liens d'amitié qui rassemblent les hommes. Hermès demanda à Zeus de quelle façon les répartir. Devait-il les répartir comme les arts l'avaient été, en en dotant seulement quelques uns, ce qui bénéficierait à d'autres, ainsi par exemple qu'il en avait été de la médecine, un seul médecin suffisant pour un grand nombre de profanes ; ou devait-il les répartir entre tous ? Ce à quoi Zeus répondit qu'il devait les répartir entre tous, et que tous y prennent part, car il ne saurait y avoir de cités, si seul un petit nombre de personnes y prenaient part, comme c'est le cas pour les autres arts. Le mythe ajoute que Zeus aurait enjoint de mettre à mort, comme un fléau de la cité, l'homme qui se montrerait incapable de prendre part à l'*aidos* et à la *dikè*.

Maintenant, que recouvrent ces termes d'*aidos* et de *dikè* ? La *dikè*, c'est, de façon élémentaire et semble-t-il non contestée, la justice, une justice extérieure qui s'impose dans le jugement, en exécution des règles existantes. L'*aidos*, en revanche, est un concept plus complexe. Le terme grec est tantôt traduit par « pudeur », « retenue », ou « vergogne », sans pour autant que cela ne semble rendre véritablement compte de l'idée qu'il véhicule. Le terme évoque une forme d'honneur, parce que l'*aidos* est réflexif : c'est une aptitude de l'individu à éprouver – mais quoi ? C'est une sorte de capacité à se sentir engagé dans des liens (personnels, familiaux ou sociaux), et du coup à les respecter. Selon le célèbre linguiste Émile Bénétiste, l'*aidos* tient dans « la conscience de devoirs réciproques ». Le contraire de l'*aidos* est l'*hybris*, le désordre, lequel peut consister en des droits sans limite et sans

contrepartie. Ainsi, conscience individuelle et conscience collective voisinent dans cet *aidos* dont Zeus fit don aux hommes, leur conférant la capacité de nouer des liens entre eux, précédée de l'aptitude à les respecter, et – envers de la médaille – de la honte à les méconnaître. Platon, dans *Les lois*, explique à cet égard que l'*aidos* est « la bonne crainte des lois », celle qui fait honte au contrevenant devant ses amis.

L'*aidos* et la *dikè* font donc couple. Si l'on s'en inspire pour éclairer la notion de droit, on dira que pour que le droit existe, il faut à la fois la justice dans la constitution objective des règles, et le sentiment de l'honneur qui pousse les individus à s'y soumettre – à la fois par peur de s'exposer à une honte publique, mais également par intime ressenti de leur légitimité. Ainsi, le droit résiderait non seulement dans les règles, mais également dans l'obéissance des individus à ces règles.

Le mythe grec débouche sur une conception du droit qui tient le milieu entre les commandements justes, organisateurs des collectivités, et l'aptitude à les respecter, parce qu'ils expriment des solidarités nécessaires, qui caractériseraient les individus. À la lumière de cela, la formule romaine « *ubi societas, ibi jus* » apparaît comme quelque peu insuffisante. Bien sûr, là où il y a société, il y a du droit. Mais ce n'est pas tout : ce n'est pas seulement la société qui sécrète le droit ; c'est également l'aptitude individuelle, qui l'appelle, comme une conséquence des solidarités que l'individu ressent, et peut-être même comme un besoin de régularités. À suivre le mythe, en effet, il y aurait une place préétablie en l'homme pour l'existence et le sentiment du droit. C'est aussi pour cela qu'il n'est pas certain qu'un Robinson solitaire ne soit pas confronté à une forme rudimentaire de droit. Certes, échappant à la société, il échappe du même coup à ce qu'il y a de social dans le droit ; mais il n'est pas dit qu'il soit exclu de règles extérieures. C'est vrai qu'il faut être deux pour constituer une règle : l'un doit, au profit de l'autre. Mais Robinson n'est-il pas aussi tenu par des règles sans véritable bénéficiaire, des règles qu'il se donne à lui-même, soit par routine, soit en vertu d'une solidarité spontanée avec l'environnement (l'île) dont il fait partie ? Après tout, Robinson fait partie de l'ordre naturel, dont il accepte les

exigences en s'y soumettant ; et cette soumission prend la forme de règles, ou du moins de régularités dans la culture, les manières de faire et tout simplement l'ordre des choses.

À suivre le mythe platonicien, le droit est, répétons-le, le produit d'une rencontre entre les besoins collectifs de régulation, et les exigences individuelles d'adhésion à la règle. Il faut insister sur ce dernier point, pour ne pas tomber dans la caricature d'un droit oppressif, fruit de la contrainte exercée par la collectivité sur l'individu. Il y a certes là un risque, celui de l'oppression de la collectivité sur l'individu. Les risques d'empiètement de la société sur la liberté sont bien réels, et ils constituent même la force génératrice des droits de l'homme, qui sont la réaction de sauvegarde de l'individu à l'encontre des intrusions d'un pouvoir étatique qui menacent son autonomie. Donc il faut limiter l'emprise du droit sur l'individu ; mais il faut garder à l'esprit que la relation qui les unit est dialectique : il y a aussi un besoin de droit, une exigence de régulation, que les individus manifestent. Et là il ne faut pas se tromper : les individus peuvent contester (notamment à travers de grandes manifestations, à l'occasion d'adoption de lois) les modalités concrètes de règles, parce que ces modalités les gênent. Mais d'une part, la plupart des règles font l'objet d'une adhésion relativement spontanée. D'autre part, si les modalités concrètes des règles peuvent être contestées, il est rare (sauf à tomber dans l'anarchisme) que le principe même de règles soit rejeté. Au contraire, la plupart des revendications sociales, si elles appellent des transformations du droit existant, demandent le plus souvent davantage de droit. La grande crainte de notre époque, c'est la lacune : le sentiment de vide du droit, de la loi, qui plongerait soudain la société dans l'inquiétude de ce qui peut ou ne peut pas se faire.

Tout cela ne nous dit cependant pas *pourquoi* il y a du droit, pour quelle raison cette technique fut inventée ou perfectionnée dans le cadre des sociétés. Là, c'est dans la mentalité primitive des Romains, que l'on pourra sans doute trouver des éléments de réponse.

## B. La dualité des dieux romains

Un auteur, Georges Dumézil, un des intellectuels les plus influents de la seconde moitié du XXe siècle, oppose deux formes de la souveraineté divine chez les Indo-européens, que l'organisation romaine primitive a reconnues dans divers couples oppositionnels, placés en résonance manifeste.

Chez les dieux, *Dius Fidius* représente la souveraineté bienveillante et solaire, et s'oppose à *Summanus*, dieu terrible et manieur de foudre. L'un et l'autre s'associent en Jupiter à une date tardive. Mais dans l'opposition d'origine, on voit clairement la distinction entre une souveraineté lumineuse, garante de la paix, et une autre située du côté de l'ombre, souveraineté magique et terrible, régnant toujours dans la démesure. C'est en quelque sorte l'opposition de la règle à la violence.

Cette opposition du terrible et du juriste se retrouve historiquement chez les deux premiers Rois de Rome : Romulus, créateur de Rome, et son successeur Numa Pompilius, créateur des institutions civiles et religieuses de la ville. Bien qu'il ait créé Rome, Romulus n'a cessé de se situer du côté de la démesure. Il a quitté Albe parce que la Cité refusait qu'il y règne ; il a trahi son frère Remus, avant de le faire tuer ; sous son règne, Rome a toujours été en guerre, et si l'on en croit Tite-Live, il a même enjoint les Romains, après sa mort, de « cultiver la chose militaire » ; par ailleurs, il se prenait pour un dieu, au motif qu'il avait été nourri et élevé par une louve. Un trait révèle bien cette démesure de Romulus : il s'est toujours opposé à ce que l'on borne le territoire de Rome, parce que les bornes, quand on les respecte, freinent la puissance. On voit bien là la violence et la démesure en action, qui sont contraires à la sagesse attribuée au juriste, qui s'appuie sur le respect du droit. C'est pourquoi il est symbolique que Numa succède à Romulus. Numa est le juriste par excellence et il cultive le juste : il assigna ses limites à Rome ; il se considérait comme un homme, et non comme un dieu ; il a assuré la paix de Rome, qui sous son règne n'a pas connu de guerre ; il a établi les institutions religieuses et civiles de la ville (la distinction étant du reste alors ténue entre le civil et le religieux).

Ces oppositions se retrouvent sur le plan religieux. Rome doit à Numa l'invention du *flamen dialis*, prêtre qui maintient le culte à Rome en l'absence de son Roi. Ce qui manifeste la séparation entre la royauté et le corps sacerdotal. Numa, qui se considère comme un homme et non comme un dieu, établit le corps des intercesseurs entre l'humain et le divin : les flamines, ces prêtres qui seuls auront accès aux mystères sacrés. Romulus, au contraire, n'a laissé en matière de religion que les inquiétants luperques (tirant leur nom du latin *lupus*, le loup). Dans ce culte, une fois par an, à l'occasion des Luperciales, des bandes de jeunes hommes couraient à travers la ville, armés de lanières, dont ils fouettaient les femmes pour les rendre fécondes. Ainsi, le flamine de Numa représente la religion quotidienne, sous son aspect public et officiel, alors que les luperques illustrent le dérèglement sous sa double face, violente et sporadique. Les luperques sont sauvages, alors que les flamines sont intégrés à la société. Et les flamines sont libérateurs : aucun homme condamné à être fouetté ne peut l'être dès lors qu'il s'est jeté aux pieds du flamine. À l'autre extrême, les luperques incarnent la flagellation par excellence. La *gravitas* du flamine est du côté du droit, alors que la *celeritas*, la hâte des luperques, est du côté de la démesure.

Il n'est pas douteux que le droit soit consubstantiel à la société romaine. La violence de Romulus est celle des créateurs ; ensuite, pour stabiliser la jeune Cité, pour la pérenniser, il fallait un juriste qui fasse jouer les leviers du droit, et notamment qui reconnaîsse que le droit est l'envers de l'*hybris*, de la démesure. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'on doive réduire le droit à la mesure, à la tempérance. La première fonction du droit est en effet de protéger la société contre ceux qui voudraient se l'approprier par les dérèglements qui favorisent leur richesse, leur pouvoir, ou la violence dont ils sont animés. Le droit opère en mettant des bornes à leur pouvoir de fait, en intégrant ce pouvoir à un réseau de liens afin d'éviter l'*hybris*, le déchaînement des individus. La prohibition de la violence individuelle, gagée sur un exercice collectif de la stabilité, voilà ce qui peut servir de fonds commun à la matière du droit.

Approfondissons maintenant le phénomène de la présence des règles de droit dans l'espace social.

## II. PRÉSENCE DES RÈGLES DE DROIT DANS L'ESPACE SOCIAL

On opérera là par délimitation : d'abord en s'attachant aux limites tenant à la nature du droit (A), ensuite en essayant de cerner les limites tenant à la nature de la société (B).

### A. Limites tenant à la nature du droit

Concernant le droit, une idée immédiate est qu'il s'exprime par des énoncés, qui sont des règles. Mais les modèles antiques montrent bien que le droit est fait, non seulement de règles, mais également d'hommes et d'institutions. En fait, de nombreux énoncés se donnent pour objet de canaliser les attitudes : soit interdisant, soit obligeant, soit permettant. Ce sont des normes qui répondent à la question : comment se comporter dans telle situation ? On y verra volontiers du droit. Mais il faut se défier d'une telle identification. Parce que le droit est une architecture, une organisation, qui ne se limite pas aux normes. Et parce que toutes les normes sociales ne sont pas nécessairement juridiques.

Toutes les règles de droit ne sont pas des règles de fond. Il en est une grande part qui sont des règles de forme, des règles de fonctionnement des institutions : le législateur, le juge, les administrations... Le Parlement vote les lois, l'administration les met en œuvre, et les tribunaux les sanctionnent. Ces fonctions sont donc juridiques, ne serait-ce que parce que ce sont des textes juridiques qui les organisent, mais également parce qu'elles mettent en œuvre le droit. Or tout cet aspect du droit est loin d'être accessoire. Certaines branches du droit lui sont même consacrées. Il existe un Code de l'organisation judiciaire, un Code de procédure civile...

Bref, le droit ne saurait se limiter à un tête-à-tête entre l'individu et la société. Les règles ont certes été inventées pour définir les sphères d'action de l'individu. Mais à côté de ces règles, il en est qui concernent le fonctionnement du système. C'est une

sorte de droit sur le droit. Il est un droit structurel, qui organise le droit comportemental. C'est là que l'on peut distinguer le *discours juridique*, qui règle les comportements, de l'*ordre juridique*, qui fait fonctionner toutes les institutions nécessaires à la mise en œuvre de ce discours...

On ne saurait trop insister sur ce double aspect, substantiel et structurel, du droit. Prenons un exemple simple, celui du tribunal. Que recouvre ce mot ? Au premier abord un palais de justice, donc un bâtiment, donc un immeuble – le droit (des biens) est déjà là. Mais plus loin, ce bâtiment est affecté à une fonction juridique précise, trancher les litiges. C'est un organisme administratif, un établissement public en soi sujet de droit – revoilà le droit. En tant que sujet de droit, ce tribunal va passer un certain nombre de contrats nécessaires à son fonctionnement : locataire ou propriétaire des locaux qu'il occupe ; abonnement à l'électricité ; emploi de son personnel... Par ailleurs les audiences doivent suivre une certaine procédure, réglée aussi par le droit. Donc pour mettre en œuvre devant un tribunal des règles substantielles, celles que les justiciables viendront défendre devant lui, il faut en amont tout un arsenal de règles institutionnelles pour permettre cette mise en œuvre.

Donc il y a bien deux niveaux du droit : les règles formelles, institutionnelles, qui vont permettre la mise en œuvre des règles substantielles, qui sont le vrai but du droit, celles qui s'adressent aux individus, les règles de fond. Et du coup il y a aussi une différence de finalité. Les règles de fond, celles qui s'adressent aux individus, visent la justice. Les règles institutionnelles visent l'efficacité. Où trouve-t-on le juste, en effet, dans un rituel parlementaire, ou la tenue des assemblées générales des sociétés ? Il y a donc une dualité des normes. Il y a d'un côté le discours du droit, et de l'autre côté ce droit sur le droit, qu'est l'ordre juridique. Qu'est-ce qui les relie ? Le principe d'organisation de la société.

Concentrons-nous maintenant sur les normes de comportement. Certes le droit a vocation à réguler les comportements des individus. Mais il ne faudrait pas céder à la tentation de l'omniprésence du droit. Le droit nous guide-t-il, en

effet, pour des choix comme ceux de l'orientation professionnelle ? le choix d'un conjoint ? les attitudes alimentaires ? comment se vêtir chaque matin ? Et plus avant... Ceci relève de l'intime. Mais prenons l'exemple des violences privées. Le droit les condamne, certes. Mais qu'est-ce qui fera vraiment qu'un individu s'abstiendra de le faire ? Pas nécessairement un code qu'il aurait en permanence sous les yeux. Mais aussi une certaine éthique, une peur du regard social... Tout ceci n'est pas à négliger.

Les juristes ont l'habitude de distinguer entre le droit et la morale, comme si tout se réduisait à cette dualité. Mais la réalité est bien plus complexe. Il y a une quantité de discours auxquels les individus sont soumis pour régler leur comportement. Évidemment ils choisiront d'obéir à celui ou ceux auxquels ils sont le plus réceptifs. Mais il ne faut pas du tout minimiser cette pluralité de discours relativement à une même attitude, ce qui vient brouiller les pistes.

Prenons un exemple simple : celui de la consommation de tabac. Des campagnes de prévention ont été entreprises pour limiter la consommation de tabac, qui ont conduit à en interdire l'usage dans les lieux publics et à en décourager l'achat. L'entreprise est juridique dans son premier mouvement, réglementaire : fumer est interdit dans les lieux publics – règle prohibitive. Dans la sphère privée, on ne saurait l'interdire, sans attenter aux libertés individuelles, donc on essaie la dissuasion. Pour tenter d'influer sur les comportements, les systèmes juridiques des différents pays de l'Union européenne ont décidé d'apposer des bandeaux informatifs sur les paquets de tabac visant à diminuer la consommation par un appel à la conscience.

Mais le droit n'est pas outillé pour la persuasion. Il peut, par nature, c'est-à-dire par ses règles, autoriser, interdire ou limiter quantitativement la consommation de tabac. Mais pour persuader les individus de réduire leur consommation, le droit est obligé d'emprunter au discours d'autres ordres normatifs. En énonçant « fumer tue », le droit fait appel à la conscience individuelle, tout en laissant l'individu libre de ses choix. Le discours médical est ici évidemment mobilisé : on dira que « fumer bouche les artères et

provoque des crises cardiaques et des attaques cérébrales » ; que « fumer peut entraîner une mort lente et douloureuse » ; que « fumer provoque le cancer mortel du poumon ». Le discours compassionnel peut également être mobilisé, qui consiste à insister sur les difficultés à faire face seul à la réduction ou à l'arrêt de sa consommation de tabac. Ce sera : « votre pharmacien ou votre médecin peuvent vous aider à arrêter de fumer » ; « faites vous aider pour arrêter de fumer : téléphonez à tel numéro gratuit » ; ou encore plus subtilement : « fumer crée une forte dépendance : ne commencez pas ». Et d'autres prescriptions jouent sur l'image que l'on peut avoir de soi : « fumer peut diminuer l'afflux sanguin et provoque l'impuissance » ; « fumer peut nuire aux spermatozoïdes et réduit la fertilité » ; « fumer abime les cordes vocales, donc la voix »... Sans compter le discours environnemental : « la fumée contient du benzène, des nitrosamines, du formaldéhyde et du cyanure d'hydrogène ». Et sortant des slogans existants, on pourrait en proposer d'autres, jouant sur des registres variés : moralisant : « fumer expose vos voisins à la mort par tabagisme passif » ; pédagogique : « fumer réduit la concentration et nuit à vos capacités d'étude » ; vestimentaire : « la fumée imbibe vos vêtements d'une odeur persistante, qui résiste au nettoyage » ; équitable : « le tabac est obtenu par le travail des enfants »...

Tout ceci pour montrer l'étendue des discours normatifs, que le droit reconnaît, utilise, et par là-même reconnaît leur légitimité.

## B. Limites tenant à la nature de la société

Nonobstant la formule latine « *ubi societas, ibi jus* », toute société ne génère pas nécessairement un ordre juridique. Les sociétés embryonnaires, telles que les sociétés primitives, décrites par l'ethnographie, les groupes d'enfants, décrits par la psychologie, ou encore les communautés animales, décrites par l'éthologie, bref tous ces ensembles en lesquels on serait tenté de voir des situations d'enfance de la société, font batter à chaque fois sur le même constat : des règles de comportement existent, que l'on n'hésite pas à reconnaître comme telles ; mais quand on

se demande si ces faits de droit s'organisent en un système, on est embarrassé, pour des raisons qui diffèrent selon les cas.

Premier exemple : les communautés animales. L'éthologie nous confronte à des communautés d'animaux, plus ou moins bien réglées. La frontière entre l'homme et le reste du monde animal se réduisant à mesure des avancées scientifiques en ce domaine, la question d'un droit animal peut en effet légitimement se poser, dans un certain nombre de cas, du moins. Il en va ainsi des hordes de grands singes, dont nous partageons l'origine, dans la mesure où l'homme est biologiquement un grand singe, et dont l'étude s'avère intéressante. En effet on observe au sein des communautés de grands singes une articulation entre les individus qui sont l'effet d'une adéquation progressivement obtenue, peut-être ainsi de type culturel, qui repose sur le jeu de techniques variées, élaborées par chacune de ces communautés. On va y retrouver des modalités de domination au sein du groupe, de résolution des conflits, d'alliances reproductives ou stratégiques, d'échange et de partage des ressources. D'après les observations dont nous disposons, il semble qu'il existe un système complexe de règles du jeu, dont on peut se demander en quoi il n'est pas suffisant pour former un système juridique.

En fait, ce qui manque à ces communautés pour former un système juridique est le recul nécessaire à admettre le caractère obligatoire des régularités suivies. Autrement dit, ce n'est pas un système que la communauté se donne, et dont elle se donnerait possibilité de changer au besoin. Il se peut qu'il y ait des transformations des règles à un rythme très lent, mais trop lent pour qu'il y ait une conscience de changement du système. C'est donc cette dimension de recul qui manquerait aux communautés animales extrêmement réglées pour qu'on puisse véritablement parler de structure juridique.

Deuxième exemple : les groupes d'enfants. On le sait, les enfants ont un rapport très exigeant à la règle : dans les jeux auxquels ils s'adonnent (il ne faut surtout pas tricher), dans les lectures qu'on leur fait (il faut respecter l'histoire racontée « à la

lettre »), dans les modalités de leur vie quotidienne, ils sont extrêmement attentifs au maintien scrupuleux des conditions qui leur ont été initialement données. Par ailleurs, ils confrontent à une notion essentielle du droit, qui est le droit subjectif, et notamment celui de la propriété (ce qui est la chose d'un enfant ne saurait être mis dans le pot commun). Les bases, même, du droit des contrats, se retrouvent dans les communautés d'enfant : l'échange, qui est une forme primitive de la vente ; le prêt, qui engage à rendre l'objet prêté ; la donation, qui est, elle, irrévocable, ce qui est un trait de la donation en droit.

Pourtant, on ne saurait dire que l'on est en présence d'un système juridique. Essentiellement parce qu'il y manque la dimension de permanence (ce en quoi on est aux antipodes des communautés animales) : une cour de récréation n'est pas un espace de vie suffisant pour constater un passage au droit. Et puis les règles peuvent être mouvantes, au gré des jeux. Ainsi, manque cette dimension de charte constitutive, par laquelle les enfants se sentirraient liés en tant que sujets de droit. Cela, ce sera pour le passage à l'âge adulte, lorsqu'ils entreront véritablement en société.

Troisième exemple : les sociétés primitives. On y a souvent vu une « enfance du droit », comme si la société connaissait des phases de développement similaires à celles d'un individu. Là, à la différence des deux exemples précédents, on est bien en présence de sociétés établies, durables et conscientes d'elles-mêmes. D'où l'existence de techniques de régulation permettant à la société de ne pas éclater. En particulier, d'un point de vue juridique, les ethnographes insistent sur deux points particuliers, qui sont la protection des droits individuels, et la réparation des fautes.

S'ensuit-il pour autant qu'il s'agisse de systèmes juridiques au sens plein du terme ? Là encore, on butte sur une question de distance. Bien sûr, les techniques juridiques sont plus affinées que dans les deux exemples précédents, qu'il s'agisse des techniques de commandement ou d'apaisement des conflits. Mais s'il y a des faits de droit, on ne saurait dire qu'il y a du droit en tant que tel, dans la mesure où ces faits sont si consubstantiels à la société, que

l'on ne saurait s'abstraire de leur fonctionnement sans mettre en cause l'existence sociale. Pour faire bref, on dira qu'à ces communautés manquent les juristes, autrement dit des individus aptes à formuler les règles pour les retourner éventuellement contre les producteurs de droit.

Au final, la relation entre droit et société s'avère donc plus complexe que la formule latine « *ubi societas, ibi jus* » semble l'indiquer. Il n'y a pas toujours vraiment droit au sens plein du terme dès lors qu'il y a société, et si la société semble appelée à générer du droit, il faut savoir de quel droit on parle. En somme, comme tous les grands principes, la question du lien entre droit et société connaît ses limites...