



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

L'interaction humaine et le droit¹

Lon L. FULLER

Traduit de l'anglais par Mathilde LAPORTE

[1] Tel qu'il est employé dans mon titre, le mot droit doit être interprété de manière très large. Il englobe non seulement les systèmes juridiques des États et des nations, mais aussi les systèmes plus petits – au moins ceux qui sont « semblables au droit » dans leur structure et leur fonction – que l'on trouve dans les syndicats, les associations professionnelles, les clubs, les églises et les universités. Ces systèmes juridiques miniatures concernent bien sûr les membres de l'association elle-même. Ils se manifestent de la manière la plus spectaculaire lorsque le membre fautif est appelé à être jugé pour des infractions, qui peuvent entraîner sa sanction disciplinaire ou son expulsion.

Lorsque le concept de droit est ainsi élargi, il devient évident que bon nombre de questions aujourd'hui centrales sont, selon cette acception large, de nature « juridique ». La situation délicate dans laquelle nous nous trouvons nous pousse – comme c'est le cas depuis longtemps – à fournir un effort de compréhension. Nous devons parvenir à percevoir et à comprendre les forces morales et psychologiques qui sous-tendent le droit en général et lui confèrent son efficacité dans les affaires humaines.

I.- Nature et importance du « droit coutumier »

Dans cette quête de compréhension, si nous nous tournons vers les traités de théorie du droit, nous pouvons constater qu'ils commencent souvent par distinguer deux types de droit. D'une part, il y a le droit promulgué ou déclaré de manière autoritaire – ce que l'on peut appeler le droit fait (*made law*) ; d'autre part, il y a ce que l'on appelle le droit coutumier (*customary law*). Le droit coutumier n'est pas le produit d'une promulgation officielle, mais tire sa force du fait qu'il se manifeste directement dans le comportement que les hommes ont les uns envers les autres.

Face à ces deux types de droit, les traités consacrent généralement la quasi-totalité de leur attention au droit promulgué ou déclaré, au droit que l'on peut trouver dans les lois, les décisions judiciaires, les règlements et les décrets

¹ L. L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, 1969, vol. 14, p. 1-36. Les numéros indiqués entre crochets désignent les numéros de page de la version originale de l'article.

Mathilde Laporte est docteur en droit public de l'Université Panthéon-Assas et enseignante-chercheuse contractuelle à la CY Cergy Paris Université.

administratifs. Les débats consacrés au droit coutumier se limitent en grande partie à la question suivante : pourquoi devrait-on le considérer comme du droit ? Après quelques développements sur ce point et à la suite d'une étude de sa fonction dans les sociétés primitives, le droit coutumier est généralement écarté comme n'étant pas pertinent pour les civilisations avancées. Il a tendance [2] à être considéré comme une sorte d'œuvre exposée dans un musée, qui ne peut être étudiée sérieusement que par les anthropologues curieux de connaître les coutumes et façons de faire des peuples tribaux.

À mon avis, cette négligence du phénomène appelé droit coutumier a causé un grand tort à notre réflexion sur le droit en général. Même si nous acceptons l'analyse plutôt occasionnelle du sujet contenue dans les traités, il n'en reste pas moins vrai qu'une bonne compréhension du droit coutumier est d'une importance capitale dans le monde d'aujourd'hui. En premier lieu, une grande partie du droit international, et peut-être la partie la plus vitale de celui-ci, est essentiellement du droit coutumier. La paix mondiale peut dépendre du bon fonctionnement de ce corps de droit. En second lieu, une grande partie du monde contemporain est encore régie par le droit coutumier au niveau interne des États. Les nouvelles nations émergentes (notamment en Inde, en Afrique et dans le Pacifique) sont maintenant engagées dans une transition périlleuse, passant de systèmes de droit coutumier à des systèmes de droit promulgué. Les enjeux de cette transition – tant pour eux que pour nous – sont en effet très élevés. Ainsi, le simple fait que nous pensions ne pas devoir réglementer à l'aide du droit coutumier notre comportement envers nos compatriotes ne signifie pas que celui-ci ne revêt aucune importance à nos yeux dès lors que nous sommes citoyens du monde.

La thèse que je vais avancer ici est cependant plus radicale que la simple insistance sur le fait que le droit coutumier revêt encore aujourd'hui une importance considérable. Je vais soutenir l'idée selon laquelle nous ne pouvons pas comprendre le droit « ordinaire » (c'est-à-dire le droit officiellement déclaré ou promulgué) si nous ne comprenons pas, d'abord, ce que l'on appelle le droit coutumier.

En préparant mon exposé, je dois avouer que j'ai rencontré, à ce stade, une grande frustration. Celle-ci provient du terme « droit coutumier » lui-même. C'est le terme que l'on trouve dans les titres et les index ; et si vous voulez comparer ce que j'ai à dire avec ce que d'autres ont dit, il vous faudra consulter cette rubrique. En même temps, l'expression choisie est des plus malheureuses car elle obscurcit, de façon presque irrémédiable, la nature du phénomène qu'elle cherche à désigner. Au lieu de servir de point de repère neutre, elle préjuge de son objet ; elle affirme que la force et la signification de ce que nous appelons le droit coutumier résident dans la simple habitude ou l'usage.

En opposition à ce point de vue, je soutiendrai l'idée selon laquelle le phénomène appelé droit coutumier peut être mieux décrit comme *un langage d'interaction*. Pour interagir de manière significative, les hommes ont besoin d'un

cadre social dans lequel les mouvements des participants s'inscrivent de manière générale dans un schéma prévisible. Pour se livrer à un comportement social efficace, les hommes ont besoin de s'appuyer sur des anticipations entremêlées, qui leur permettront de savoir ce que leurs homologues feront, ou qui leur permettront au moins d'évaluer la portée générale du répertoire dans lequel les réponses à leurs actions seront puisées. Nous présentons parfois le droit coutumier comme un code de conduite non écrit. Le mot *code* est ici approprié car il ne s'agit pas seulement de nier ou d'interdire [3] certaines actions que l'on désapprouve. Est aussi en jeu l'envers de cette négation, c'est-à-dire le sens qu'elle confère aux actions prévisibles et autorisées, qui fournissent alors un point de repère pour les réponses interactives en cours. Les professeurs Parsons et Shils ont parlé de la fonction des « attentes complémentaires »² dans l'action sociale ; le terme d'*attentes complémentaires* rend bien compte de la fonction que j'attribue ici au droit qui se développe à partir de l'interaction humaine, une forme de droit que nous sommes contraints d'appeler droit coutumier – à cause des dictionnaires et des titres de rubriques des traités de théorie du droit.

Pour poursuivre la comparaison avec le langage, supposons que nous ouvrions un traité de linguistique et que l'affirmation suivante figurait au premier paragraphe du livre :

Une langue parlée consiste en certains modèles de sons que les hommes produisent avec leur bouche. Les formes de ces modèles de sons sont fixées par la coutume et la tradition ; la force de l'habitude est telle que, dans une culture donnée, les hommes produisent toujours le même ensemble général de sons que leurs ancêtres, avec tout au plus des modifications et des ajouts mineurs.

Notre réaction serait très certainement de penser que c'est une façon très curieuse d'ouvrir une discussion sur le langage. Nous serions enclins à dire :

Mais cette déclaration ne nous dit pas à quoi sert le langage. Manifestement, son but est la communication. Si tel est le cas, il est évident que les hommes continueront à utiliser les mêmes sons que leurs pères autrefois et leurs voisins aujourd'hui : la raison pour laquelle ils le font est simplement qu'ils veulent être compris.

Pourtant, dans son esprit, cette introduction imaginaire à la linguistique n'est pas si éloignée de ce que nous trouvons dans les traités de théorie du droit concernant le droit coutumier. Il serait bon de porter brièvement notre attention sur certaines appréciations du droit coutumier que l'on trouve dans la littérature existante.

² Talcott Parsons et Edward Shils (dir.), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press, 1951.

Une discussion souvent citée se trouve dans les *Elements of Jurisprudence* de Holland. Il affirme que la caractéristique qui définit le droit coutumier est qu'« il s'agit d'une ligne de conduite qui s'inscrit dans la durée et qui est généralement observée ». Il poursuit en expliquant :

Personne n'a jamais été présent consciemment au début d'une telle ligne de conduite, mais nous pouvons difficilement douter du fait que, de manière générale, celle-ci trouve son origine dans le choix conscient en faveur du plus commode des deux actes envisagés, bien qu'elle puisse sans doute parfois résulter de l'adoption fortuite de l'une des deux alternatives [4] indifférentes ; le choix dans l'un ou l'autre cas ayant été soit délibérément soit fortuitement répété jusqu'à ce qu'il mûrisse et devienne une habitude.

La meilleure illustration de la formation de telles habitudes d'action est le mode de formation d'un chemin à travers un terrain communal. Un homme traverse le terrain communal dans la direction suggérée par le but qu'il poursuit ou par hasard. Si d'autres suivent la même voie – ce qu'ils sont susceptibles de faire parce que celle-ci a déjà été empruntée – un chemin est créé.

Avant qu'une coutume ne se forme, il n'y a aucune raison juridique pour que nous suivions une direction plutôt qu'une autre, bien qu'entrent sans doute en jeu des motifs d'opportunité, liés à des scrupules religieux ou à des suggestions fortuites. Une fois formée, une ligne de conduite habituelle gagne en force et en sainteté d'année en année. Tout le monde est habitué à voir cette ligne de conduite être suivie : on la croit souvent salutaire et s'en écarter est ressenti comme anormal, immoral. Elle n'a jamais été associée à l'autorité organisée de l'État, mais elle a sans conteste été obéie par les individus qui composent l'État³.

Dans l'ensemble de ce passage lucide, on ne trouve à mon avis aucune trace de l'idée selon laquelle le droit coutumier trouve son origine dans l'interaction ou qu'il sert la finalité d'organiser et de faciliter l'interaction. En effet, l'image du faiseur de chemins solitaire semble presque délibérément choisie pour exclure les complications qui surgissent lorsque les hommes tentent de donner une orientation réciproque à leurs actions.

Dans la première édition de l'*Encyclopedia of Social Sciences*, l'auteur de l'article consacré au droit coutumier commence par citer Holland, emprunte sa figure du faiseur de chemin solitaire et conclut son premier paragraphe en expliquant que le rôle joué par le droit coutumier dans les sociétés primitives est

³ T. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 8^e éd., 1896, p. 50-51.

dû à « la force de l'habitude » qui « prévaut dans toute l'histoire primitive de la race »⁴.

Permettez-moi maintenant de citer brièvement un passage de l'œuvre d'un auteur généralement plus favorable au droit coutumier – et, je dirais, plus perspicace – que ceux que je viens de citer. Salmond, dans son ouvrage *Jurisprudence*, aborde la question suivante : Quelles raisons peuvent justifier qu'un tribunal adopte la pratique coutumière comme fondement de sa décision ? Il considère que l'une de ces raisons tient au fait que :

la coutume est l'incarnation des principes qui sont apparus à la conscience nationale comme des principes de vérité, de justice et d'utilité publique. Le fait qu'une règle quelconque bénéficie déjà de la sanction de la coutume pose la présomption selon laquelle elle mérite d'obtenir également la sanction du droit... De façon générale, il serait bon que les cours de justice, en cherchant les règles de droit (*rules of right*) [5] qu'elles ont le devoir d'administrer, se contentent d'accepter celles qui ont déjà en leur faveur le prestige et l'autorité d'une longue acceptation, plutôt que de s'aventurer dans le projet plus dangereux qui consisterait à façonner pour elles-mêmes un ensemble de règles à la lumière de la nature⁵.

Il y a, évidemment, beaucoup de sagesse – ainsi qu'une part considérable de conservatisme – dans ces remarques. Mais en ce qui concerne la nature du droit coutumier, l'idée exprimée semble être que, de même qu'une société peut se voir imposer des règles d'en haut, elle peut aussi chercher des règles à la lumière d'une préférence collective inarticulée. Les hommes sont vus comme dirigeant leurs interactions par un droit que leur société leur a, d'une manière silencieuse, dit être juste et approprié. Ce qui manque, c'est une recherche sur les processus sociaux réels par lesquels ce droit est né et s'est maintenu.

Je pourrais ajouter d'autres citations tirées de la littérature relative à la théorie du droit, mais elles n'apporteraient aucun changement substantiel, de tonalité ou de contenu, à celles que je viens d'évoquer. En tout état de cause, le point que je souhaite soulever ici ne concerne pas tant ce que les auteurs disent du droit coutumier que ce qu'ils ne disent pas. Ils posent presque toutes les questions que l'on peut se poser sur les règles coutumières, sauf celle-ci : Quels sont les processus par lesquels ces règles sont créées ? Ils posent la question : Que devrions-nous faire du droit coutumier hérité ? Mais ils ne posent pas des questions telles que : Quelles fonctions ce droit remplissait-il chez ceux qui l'ont créé ? Les mêmes besoins

⁴ *Encyclopedia of the Social Sciences* 4 (1930), p. 662. Il n'existe aucune entrée pour le « Droit coutumier » dans la seconde édition de l'encyclopédie.

⁵ J. SALMOND, *Jurisprudence*, 7^e éd., Sweet & Maxwell, 1924, p. 208-209.

fonctionnels existent-ils dans notre société, et si oui, comment y répondons-nous ? Existe-t-il autour de nous des processus similaires à ceux qui, avant l'existence du droit posé par l'État, ont donné naissance aux règles coutumières ?

Ce sont des questions sur lesquelles je reviendrai ultérieurement. En attendant, je voudrais examiner certaines objections qui peuvent être soulevées à l'encontre de la proposition consistant à voir le droit coutumier comme un langage d'interaction. En répondant à ces objections, je parviendrai peut-être à clarifier quelque peu le point de vue que je défends.

La première de ces objections est que le droit coutumier des sociétés primitives peut établir des règles qui n'ont rien à voir avec l'interaction humaine. Il peut y avoir des offenses contre les divinités et les esprits ; un homme peut être puni, même condamné à mort, pour un acte commis sans que d'autres personnes soient présentes, lorsque cet acte viole un certain tabou. À cette question, il est selon moi possible de répondre que les conceptions animistes de la nature peuvent étendre considérablement l'importance et la portée que les actes d'un homme peuvent avoir pour ses semblables. Il y a un passage de Walter Bagehot qui est tout à fait pertinent sur ce point. Bagehot remarque que « l'idée selon laquelle la mauvaise religion de *A* ne peut pas nuire, à présent et dorénavant, au bien-être de *B* est, étrangement, une idée moderne »⁶. [6] La mesure dans laquelle les croyances et les actes d'un homme seront perçus comme affectant ses semblables dépendra de la mesure dans laquelle les hommes estiment faire partie d'un même ensemble, de leurs croyances concernant les forces intangibles qui les unissent. Au sein de la famille élargie, la distinction entre les actions orientées vers les autres et celles orientées vers soi aura un aspect très différent de celui qu'elle a dans notre propre société, qui est en grande partie composée d'inconnus – comme c'est le cas de cette société –, qui sont très largement incrédules à l'égard du surnaturel.

Une autre objection opposée à la conception du droit coutumier comme langage d'interaction peut être formulée en ces termes : une telle conception est beaucoup trop rationaliste et attribue au droit coutumier une aptitude fonctionnelle, une netteté d'objectif, qui est éloignée des réalités de la pratique primitive. Le droit coutumier est rempli de routines rituelles et de cérémonies inutiles ; celles-ci peuvent répondre à un certain instinct de dramatisation, mais on peut difficilement dire qu'elles servent à communiquer efficacement ou à développer des attentes stables, qui organiseront et faciliteront l'interaction.

Au contraire, je répondrais que le rituel a comme fonction importante la communication, l'étiquetage des actes afin qu'il n'y ait pas d'erreur quant à leur signification. Erik Erikson consacre des développements fascinants au ritualisme, qui prospère à l'occasion des interactions d'une mère avec son enfant :

⁶ W. BAGEHOT, *Physics and Politics*, Beacon Press, 1956, p. 117. Ce livre a été pour la première fois publié en 1872.

Le nourrisson qui s'éveille transmet un message à sa mère et déclenche immédiatement chez elle tout un répertoire de comportements émotifs, verbaux et manipulateurs. Elle s'approche de lui en souriant ou en s'inquiétant, en prononçant un nom avec éclat ou avec anxiété et agit : regardant, sentant, reniflant, elle détermine les sources possibles d'inconfort et amorce les services à rendre en réaménageant l'état du nourrisson, en préparant la nourriture, en le prenant dans ses bras, etc. Si on l'observe pendant plusieurs jours (surtout dans un milieu qui n'est pas le sien), il devient clair que cet événement quotidien est hautement formalisé, dans la mesure où la mère semble se sentir obligée (et pas peu satisfaite) de répéter un comportement qui suscite chez le nourrisson des réponses prévisibles, qui l'encouragent à son tour à poursuivre dans ce sens⁷.

Erikson poursuit en remarquant que la formalisation de ce comportement, son élément rituel, est beaucoup plus facilement perçue par les individus étrangers aux participants, c'est-à-dire par ceux qui n'appartiennent pas à la famille, à la classe ou à la culture dans laquelle il se développe. Il conclut que le but du comportement est d'exprimer une *reconnaissance mutuelle* ; sa fonction essentielle est, en d'autres termes, la *communication*. Il se réfère à des études du comportement rituel chez les animaux, qui indiquent que ce comportement s'est développé pour « fournir [7] un ensemble de signaux non ambigus afin d'éviter des malentendus fatals » ; et conclut que chez l'homme « le dépassement de l'ambivalence est un objectif important de la... ritualisation ». Il est certain que chez un peuple qui n'a pas de registres officiels tenus par l'État pour montrer qui est marié à qui, on peut dire que les cérémonies de mariage élaborées, que l'on trouve dans certains systèmes coutumiers, peuvent être vues comme poursuivant un objectif de communication et de clarification.

Pour illustrer mes propos sur le ritualisme et, plus généralement, concernant la fonction de communication des pratiques coutumières, j'aimerais évoquer brièvement une évolution qui semble se produire dans les relations diplomatiques entre la Russie et les États-Unis. Nous assistons peut-être ici à quelque chose qui ressemble à du droit coutumier en devenir. Entre ces deux pays, une sorte de réciprocité semble s'être instaurée à propos du retrait forcé des agents diplomatiques. Le gouvernement américain, par exemple, estime qu'un membre de l'ambassade de Russie se livre à de l'espionnage ou, devrais-je dire, estime qu'il est *trop* engagé dans l'espionnage ; il le déclare *persona non grata* et exige son départ du pays. La réponse attendue, fondée sur l'expérience passée, est que la

⁷ E. ERIKSON, « Ontogeny of Ritualization », in Rudolph M. LOEWENSTEIN, *Psychoanalysis - A General psychology - Essays in Honor of Heinz Hartmann*, International Universities Press, 1966, p. 603. (Je suis redevable à mon collègue Alan Stone pour cette référence).

Russie acquiescera à cette demande, mais qu'elle répliquera immédiatement en exigeant le départ de Russie d'un agent diplomatique américain de même rang. Inversement, si les Russes expulsent un émissaire américain, les États-Unis réagiront en renvoyant un émissaire russe.

Nous avons ici, du moins pour l'instant, un ensemble assez stable d'attentes interactionnelles ; dans le champ couvert par cette pratique, chaque pays est capable d'anticiper les réactions de son homologue avec une grande confiance. Cela signifie que ses décisions peuvent être guidées par une estimation préalable relativement précise des coûts. Nous savons que si nous renvoyons un de leurs hommes, ils renverront l'un des nôtres.

Il convient de noter que la pratique devient routinière et contient (au moins de manière latente) des qualités rituelles et symboliques. Supposons, par exemple, que les autorités américaines soient confrontées à ce dilemme : les Russes ont déclaré *persona non grata* un membre de haut rang de l'ambassade américaine à Moscou, et il s'avère difficile de trouver un homologue approprié pour le renvoyer en Russie. Nous pouvons supposer, par exemple, que les représentants soviétiques de même rang que l'Américain expulsé sont des personnes que Washington aimerait beaucoup voir rester dans ce pays. Dans cette situation délicate, il pourrait venir à l'esprit des décideurs de renvoyer en Russie cinq hommes d'un rang inférieur à celui de l'Américain expulsé afin de préserver un bon équilibre ou, peut-être même, de considérer que l'expulsion de dix commis au classement serait la réponse la plus appropriée.

[8] Je pense que tout fonctionnaire responsable réfléchirait longtemps avant de choisir une telle solution. Le danger de celle-ci résiderait dans les dommages qu'elle infligerait au symbolisme soigné qui entoure un rapport de un à un, dans la confusion qu'elle pourrait induire pour la signification acceptée des actions concernées. Il s'agit d'un cas dans lequel les deux parties seraient probablement bien avisées de s'en tenir au rituel familier, car elles risqueraient de perdre les gains obtenus grâce à un modèle interactionnel stable si elles s'en écartaient.

L'illustration que nous venons d'évoquer peut sembler mal choisie parce qu'elle représente, pourrait-on dire, un type de droit coutumier très appauvri, un droit qui confère, non pas une réciprocité des avantages, mais une réciprocité des expressions d'hostilité. Mais une grande partie du droit coutumier des peuples primitifs, il convient de le rappeler, remplit exactement la même fonction. Les hostilités ouvertes et sans restriction entre tribus deviennent souvent, avec le temps, soumises à des restrictions tacites et formalisées et peuvent, en fin de compte, ne survivre que sous la forme d'un simulacre de bataille rituelle⁸. En outre, dans la pratique diplomatique que j'ai décrite, il peut y avoir une réciprocité plus riche qu'il n'y paraît à première vue. Au moment de l'incident de *Pueblo*, il a été suggéré que la Russie et les États-Unis pourraient partager un intérêt à être

⁸ Il y a donc moins de paradoxe qu'il n'y paraît à première vue dans le titre de l'anthologie de Paul Bohannon, *Law and Warfare – Studies in the Anthropology of Conflict*, Natural History Press, 1967.

espionnés l'un par l'autre de manière modérée et discrète. Nous ne voulons pas que les Russes nous extorquent nos secrets militaires, mais nous voulons qu'ils sachent, sur la base d'informations auxquelles ils se fieront, que nous ne prévoyons pas de les attaquer par surprise. Cet intérêt partagé peut former une partie du contexte de l'échange rituel et régulier de discourtoisies diplomatiques, qui existe entre les deux pays.

J'ai déjà fait part de mon désarroi de devoir employer le terme de *droit coutumier* si fréquemment dans cette présentation. Les deux ingrédients de l'expression, l'adjectif et le nom, présentent des difficultés. J'aborderai sous peu les embarras créés par le substantif. En attendant, il serait bon d'examiner plus attentivement que je ne l'ai fait jusqu'ici les problèmes que pose la recherche d'un substitut satisfaisant au terme « coutumier ». Comme je l'ai déjà souligné, la principale objection à ce mot réside dans le fait qu'il suggère que la simple répétition d'une action par A créera chez les autres un droit à ce que A répète cette action, avec comme implication supplémentaire que la force de cette revendication variera directement en fonction de la durée du comportement répétitif de A. Évidemment, aucun théoricien du droit coutumier ne souscrit réellement à une telle absurdité, même si le langage employé peut parfois sembler suggérer le contraire. Mon voisin peut, pendant des années, s'être levé tous les matins à huit heures précises. Pourtant, personne ne penserait que cette pratique établie puisse créer une quelconque obligation envers moi, à moins qu'elle implique une certaine coordination de nos activités, comme cela pourrait être le cas si j'en étais venu [9] à dépendre de lui pour qu'il me conduise au travail en voiture. Par conséquent, au lieu de parler vaguement d'une obligation découlant de la simple coutume ou de la répétition, il serait préférable de dire qu'un sentiment d'obligation naîtra lorsqu'une stabilisation des attentes interactionnelles s'est produite, de sorte que les parties en sont venues à déterminer leurs comportements l'une envers l'autre en fonction de ces attentes.

Le terme d'« attente interactionnelle » peut cependant devenir une source d'éventuelles difficultés. Par exemple, nous pouvons être induits en erreur si nous imaginons que l'attente ou l'anticipation pertinente doit entrer dans notre conscience de manière active. En fait, les anticipations qui façonnent le plus clairement notre comportement et nos attitudes envers les autres sont souvent précisément celles qui agissent sans que nous soyons conscients de leur présence. Pour prendre un exemple dans un contexte quelque peu trivial, des expériences ont montré que la distance à laquelle les gens se tiennent les uns des autres au cours de conversations ordinaires varie de manière prévisible selon les cultures et les individus. En même temps, la plupart des gens ne seraient pas capables d'affirmer, sans quelques tests préliminaires, ce qu'ils considèrent être une distance normale pour converser. Mon incapacité à définir spontanément une distance appropriée ne m'empêcherait cependant pas de trouver offensant le geste de quelqu'un qui projetterait son visage de manière gênante près du mien ; pas plus

qu'elle ne soulagerait ma perplexité et mon désarroi face à l'attitude de quelqu'un qui ne cesserait de reculer lorsque je m'approche à une distance qui me semble être une distance normale pour converser. Notre comportement envers les autres, et nos interprétations de leur comportement envers nous, sont, en d'autres termes, constamment façonnés par des normes qui n'entrent pas consciemment dans nos processus de pensée. L'analogie avec le langage est une fois de plus utile ; souvent, nous ne prenons conscience des règles de grammaire que lorsque celles-ci sont transgressées, et c'est parfois leur transgression qui nous amène à formuler pour la première fois des règles que nous appliquions auparavant sans le savoir.

Toute analyse en termes d'« attentes interactionnelles » doit également se confronter au problème de l'homme qui est en quelque sorte étranger aux attentes qui organisent la vie d'un groupe particulier. Il peut être au sens propre un étranger, un commerçant par exemple, qui vient de loin pour vendre ses marchandises à un peuple tribal. Ou, bien que né et élevé au sein du groupe, il peut aussi être « aliéné », être trop insensible pour comprendre le système, ou peut-être trop perspicace pour accepter certaines des absurdités et anomalies de celui-ci. Il serait évidemment impossible d'entreprendre ici d'analyser de manière adéquate les problèmes soulevés. On peut cependant se risquer à penser que c'est à l'intrusion du véritable étranger – « l'étranger » dans le célèbre essai de Simmel⁹ – que nous devons non seulement l'invention du commerce économique, mais également la découverte plus générale de l'idée selon laquelle il est possible pour les hommes d'organiser leurs relations les uns avec les autres par un contrat explicite.

Venons-en maintenant aux difficultés créées par le substantif de l'expression « droit coutumier ». [10] Si nous estimons qu'un système d'attentes interactionnelles stabilisées est une manière plus adéquate de décrire ce que les traités appellent le droit coutumier, nous nous trouvons dans l'embarras de devoir constater que beaucoup de ces attentes se rapportent à des questions qui semblent éloignées de tout contexte juridique. Par exemple, les règles de la bienséance répondent parfaitement à la définition proposée, mais nous ne serions guère enclins à qualifier de telles règles de règles de droit.

Cela soulève la question suivante : Dans quelle mesure ce que l'on appelle le droit coutumier mérite-t-il vraiment le qualificatif de *droit* ? Les anthropologues se sont intéressés à cette question¹⁰ et y ont apporté des réponses divergentes. L'une consiste à affirmer que la question est mal conçue, puisqu'on ne peut pas appliquer une conception qui intègre l'idée de promulgation explicite à un contexte social dans lequel les règles de conduite naissent sans l'aide d'un

⁹ *The Sociology of Georg Simmel*, Éd. K. Wolff, Free Press, 1950, p. 402-408.

¹⁰ Les références à la plupart de la littérature sur le sujet se trouvent dans Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, 2^e éd., Manchester University Press, 1967, chap. 5 et 9.

législateur. Parmi ceux qui prennent la question au sérieux, la réponse proposée par Hoebel est peut-être celle qui a attiré le plus d'attention ; il nous sera utile de l'examiner un instant. Hoebel suggère qu'en ce qui concerne les sociétés sans État ou primitives :

« ... le droit peut être défini en ces termes : Une norme sociale est juridique si son non-respect ou son infraction sont régulièrement sanctionnés, par la menace ou dans les faits, à l'aide de la force physique exercée par un individu ou un groupe possédant le privilège socialement reconnu d'agir ainsi »¹¹.

Cette solution présente, à mon avis, un certain nombre de difficultés. En premier lieu, elle semble définir le « droit » par une imperfection. Si la fonction du droit est de produire une relation ordonnée entre les membres d'une société, que pourrions-nous dire d'un système qui fonctionne si bien qu'il n'y a jamais d'occasion de recourir à la force ou à la menace de la force pour faire respecter ses normes ? Le succès même de ce système lui ôte-t-il le privilège d'être appelé du nom prestigieux de « droit » ?

Encore une fois, peut-on toujours savoir à l'avance si l'infraction à une norme particulière fera l'objet de représailles violentes ? La gravité de la violation de toute règle dépend toujours, dans une certaine mesure, du contexte. On pourrait être tenté de supposer que peu de sociétés puniraient de manière régulière les infractions aux règles de la bienséance en recourant à la violence. Supposons, cependant, qu'une réunion officielle destinée à rétablir la paix soit organisée par des délégations de deux tribus sur le point d'entrer en guerre ; et qu'un membre d'une délégation utilise un surnom insultant en s'adressant à son homologue ; il en résulte une guerre sanglante et désastreuse. [11] Est-il probable que les autres membres de la tribu se contentent d'infliger à l'offenseur une censure sociale modérée ? Si cette illustration semble artificielle, nous pouvons souligner que, dans notre société libre, un principe juridique accepté veut qu'un homme n'encourt aucune responsabilité pour avoir exprimé à un autre une faible opinion de son intelligence et de son intégrité. Si un avocat plaidant une affaire au tribunal profitait de cette liberté pour s'adresser au juge, il pourrait très bien se retrouver escorté de force hors de la salle d'audience pour purger une peine de prison pour outrage.

L'objection fondamentale à la proposition de Hoebel consiste peut-être à dire qu'elle ignore la qualité systématique du droit primitif. La loi de la tribu ou de la famille élargie n'est pas simplement une charte des choses à faire et à ne pas faire ; c'est un programme pour vivre ensemble. Certaines parties du programme peuvent se manifester sous la forme de normes distinctes qui imposent des sanctions spécialement définies. Mais la logique de base du droit coutumier

¹¹ E. ADAMSON HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, Harvard University Press, 1954, p. 28.

continuera de l'inscrire dans le système compris comme un tout. Lévi-Strauss peut parfois sembler caricaturer cette qualité des ordres sociaux primitifs¹², mais si c'est le cas, ses efforts ont fourni un bon antidote à la tendance consistant à supposer que tout système coutumier peut être réduit à une sorte de code composé de paragraphes numérotés, chaque paragraphe s'imposant comme une petite loi complète en elle-même.

Une récente controverse entre anthropologues mérite d'être examinée à cet égard. Dans son célèbre ouvrage intitulé *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Max Gluckman a estimé qu'un élément clé du raisonnement juridique barotse résidait dans le concept de « l'homme raisonnable ». Le fait que ce concept joue également un rôle dans des systèmes plus « avancés » plaiderait, concluait Gluckman, pour une certaine unité du raisonnement juridique partout dans le monde. Cette conclusion a été rejetée de manière assez catégorique par un certain nombre de ses collègues experts¹³.

Peut-être est-il utile de clarifier les questions posées, en étudiant une règle de droit familière à tout lecteur, qui est *a minima* d'origine coutumière. Je veux parler du « code de la route » selon lequel, dans la plupart des pays du monde, on croise le véhicule qui approche par la droite. Il semblerait redondant et même absurde d'introduire dans ce contexte quoi que ce soit qui ressemble au concept de l'homme raisonnable ; je passe à droite, non pas parce que je suis un homme raisonnable, mais parce que c'est la règle. Mais supposons que l'on rencontre une situation dans laquelle les présuppositions qui sous-tendent la règle ne tiennent plus. Par exemple, on conduit dans un parking sans voies marquées, où d'autres véhicules vont et viennent, reculent et tournent. Ou bien, en conduisant sur une autoroute ordinaire, on rencontre un véhicule en approche [12] qui fait des allers-retours sur la route de manière incontrôlée. Dans de telles situations, nous avons clairement besoin de quelque chose qui se rapproche du jugement et de la responsabilité de « l'homme raisonnable » ; dans un tel contexte, le code de la route peut fournir tout au plus une sorte de présomption, qui nous guide sur ce qu'il faut faire lorsque les autres éléments contextuels n'offrent pas de solution claire.

La société primitive, comme la circulation automobile, est régie par un système de rôles imbriqués. Quand un homme sort de son rôle ou lorsque se présente une situation dans laquelle un rôle familier perd une partie ou la totalité de sa signification, il faut procéder à des ajustements. Il ne peut y avoir de formule pour guider ces ajustements au-delà de ce que peuvent exiger le bon sens et ce qui est raisonnable, en fonction des exigences du système dans son ensemble. Ce n'est donc pas un hasard si Gluckman rapporte qu'il s'est pour la première fois rendu compte de l'importance de « l'homme raisonnable » pour le droit barotse à

¹² V. C. LÉVI-STRAUSS, *The Savage Mind*, University of Chicago Press, 1966.

¹³ M. GLUCKMAN, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 82-162, p. 387-398. (La réponse de Gluckman aux critiques sur ce point se trouve dans la deuxième référence).

l'occasion d'une réflexion sur une controverse qu'il appelle « Le cas du père partial »¹⁴.

Avant de passer à d'autres sujets, il pourrait être utile de poursuivre un peu plus loin l'analogie entre les systèmes juridiques primitifs et les lois de la circulation. À cette fin, le lecteur voudra peut-être faire preuve d'indulgence en se prêtant à un exercice de fantaisie, au-delà de toute inhibition. Commençons par supposer qu'un terrien est interrogé par un visiteur venu de l'espace. Dans sa demeure astrale, ce visiteur exerce une profession que nous appellerons l'anthropologie juridique. Dans l'exercice de ses fonctions, il est devenu fasciné par les lois terrestres de la circulation, un sujet qui lui est totalement étranger car, sur sa planète, la circulation des marchandises et des êtres vivants se fait automatiquement sous le contrôle d'un centre informatique. Il commence par demander quelle est la règle lorsque deux véhicules venant en sens inverse se rapprochent. La réponse est que chaque conducteur reste à sa droite. Le visiteur astral demande : « Pourquoi à droite ? Pourquoi pas à gauche ? » Le terrien répond qu'il n'y a pas de raison particulière en faveur de l'une ou l'autre règle et que dans certaines cultures automobiles, la règle est effectivement de rester à gauche. (À ce stade, l'anthropologue note dans son carnet que les terriens semblent incroyablement peu au fait des principes de base de leur système juridique et qu'ils se contentent de suivre les règles simplement parce qu'on leur a dit qu'elles étaient les règles à suivre).

L'entretien reprend et l'anthropologue demande : « Qu'en est-il de la règle lorsque vous dépassez un autre véhicule ? Je suppose qu'elle est la même, c'est-à-dire que l'on dépasse par la droite ; le droit resterait ainsi simple et compréhensible. » À la surprise du visiteur astral, le terrien répond que la règle dans ce cas est que l'on dépasse par la gauche. Mais pourquoi cette anomalie ? Le terrien répond que ce n'est pas du tout une anomalie, mais un corollaire logique [13] de la règle qui veut que l'on croise le véhicule qui vient en sens inverse par la droite. À ce stade, l'anthropologue commence à perdre patience et exige que le terrien lui donne une raison simple et facile à comprendre, pour expliquer que la règle du dépassement par la gauche soit la règle appropriée pour aller de pair avec la règle du croisement d'un véhicule par la droite. Ceux d'entre nous qui pensent qu'il leur sera difficile de répondre rapidement à cette demande peuvent se consoler en se disant que cette incapacité peut nous aider à comprendre les difficultés qu'ont parfois les autochtones à expliquer aux étrangers la logique interne de leurs ordres juridiques, notamment en ce qui concerne les systèmes complexes de reconnaissance de la parenté.

Réfléchir aux problèmes de réglementation de la circulation peut également être utile dans un autre contexte, c'est-à-dire pour nous aider à comprendre l'impact du « changement social » – l'urbanisation et l'industrialisation, par exemple – sur les peuples habitués à organiser leur vie selon le droit coutumier.

¹⁴ *Ibid.*, p. 37-45.

Comme tout conducteur expérimenté le sait, l'ancienne pratique simple consistant à « se croiser par la droite, dépasser par la gauche » a subi des modifications substantielles pour s'adapter aux conditions modernes de la circulation routière. Ces changements se reflètent dans de longs paragraphes du code de la route, qui ne sont généralement pas lus. Le dépassement par la droite peut, par exemple, être autorisé sur les routes à chaussées séparées et à voies multiples, dans les rues urbaines à sens unique, ou lorsque le conducteur qui précède fait signe de tourner à gauche. Mais ces règles introduisent leur propre lot d'incertitudes. Est-il permis de doubler par la droite sur une route très large à voies multiples qui n'est pas divisée en deux voies unidirectionnelles ? Là encore, le conducteur qui vous précède vous fait signe qu'il veut tourner à gauche, vous commencez à le dépasser par la droite, puis vous découvrez (avant lui) qu'il n'a pas le droit de tourner à gauche. Ou encore, en conduisant dans une rue à sens unique, vous êtes sur le point de profiter de votre privilège de dépassement par la droite lorsque vous réalisez soudain que la rue est sur le point de devenir une rue à double sens. Le conducteur américain sujet à de telles incertitudes est en mesure de comprendre quelque peu la détresse du membre de la tribu africaine, qui essaie consciencieusement de vivre en ville en se conformant à un ensemble de règles, à un autre lorsqu'il est à la campagne et qui a, parfois, du mal à séparer les deux systèmes.

II.- Les fondements interactionnels du droit des contrats

Le bref exposé du droit des contrats qui suit a été inclus ici principalement en raison de l'éclairage qu'il peut apporter sur le droit coutumier, dont on dit souvent et à juste titre qu'il contient un élément consensuel. Par cet aspect commun, le droit des contrats et le droit coutumier sont en effet de proches cousins et l'étude de l'un aidera à comprendre l'autre. Au cours de l'analyse qui suit, j'aurai l'occasion de revenir, dans une perspective quelque peu différente, [14] sur certaines des questions déjà abordées, en particulier celle de savoir comment déterminer quand des modèles d'interaction peuvent à juste titre être considérés comme ayant créé l'obligation de continuer à y recourir.

Conformément à l'objectif général que nous venons d'esquisser, nous nous intéresserons ici au contrat comme source d'ordre social, comme moyen d'établir des « attentes interactionnelles stables ». Tel qu'il est utilisé dans le titre de cette section, le terme de droit des contrats se réfère donc principalement, non pas au droit des contrats ou relatif aux contrats, mais au « droit » qu'un contrat fait lui-même naître. Cet emploi du mot « droit » représente, bien entendu, un écart considérable par rapport aux conventions que nous suivons habituellement lorsque nous utilisons ce terme.

Notre réticence à appliquer le mot *droit* à l'obligation créée par un contrat est cependant, à bien des égards, une anomalie. En exécutant (*enforce*)¹⁵ les contrats, les tribunaux prétendent faire découler les droits et les devoirs juridiques des parties des termes de leur accord, comme s'il s'agissait d'appliquer une loi. Les Romains n'hésitaient pas, du moins dans certains contextes, à appliquer le mot *lex* aux dispositions contractuelles. Le mot latin semble en effet avoir trouvé son origine dans un contexte contractuel. Aujourd'hui, les internationalistes considèrent les traités comme la principale source de leur droit. Bien que le terme de droit coutumier ait été traité par certains théoriciens du droit comme un abus de langage, la plupart des auteurs semblent aujourd'hui ne plus avoir de scrupules à l'égard de cette expression ; l'acceptation du « droit coutumier » et le rejet du « droit contractuel » sont d'autant plus remarquables que, si ce que l'on associe au « droit » est quelque chose qui ressemble à un processus législatif explicite, le contrat répond bien plus à ce modèle que les processus silencieux par lesquels le droit coutumier est né. Enfin, pour prouver que les juristes ne rejettent pas l'expression *droit du contrat* parce qu'elle est en conflit avec une exigence fondamentale de la logique juridique, je fais référence au fait qu'ils ne sont disposés à accepter la pensée contenue dans l'expression qu'à condition qu'elle soit décentement habillée d'une paraphrase. Ainsi, je doute qu'un juriste soit profondément perplexe (bien qu'il puisse être légèrement intrigué) face à l'affirmation de l'article 1134 du Code civil français, selon laquelle un contrat « tient lieu de loi » entre les parties. (« *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »¹⁶)

Si l'on s'autorise à considérer le « droit des contrats » comme le « droit » que les parties elles-mêmes font naître par leur accord, le passage du droit coutumier au droit des contrats devient très facile. La difficulté devient alors non pas celle d'englober les deux types de droit sous une même rubrique, mais de savoir comment tracer une ligne de division claire entre eux. Nous pouvons bien sûr dire (en utilisant le jargon que j'ai infligé au lecteur) que dans un cas, les attentes interactionnelles pertinentes sont créées par des mots ; dans l'autre, par des actions.

[15] Mais ce serait voir la question de manière simpliste. Lorsque des mots sont utilisés, ils doivent être interprétés. Lorsque le contrat s'inscrit dans un domaine général où les transactions sont répétitives, il existera généralement un ensemble de pratiques standard à la lumière desquelles les ambiguïtés verbales seront résolues. En effet, ici, les régularités interactionnelles perceptibles dans le monde extérieur au contrat sont inscrites dans le contrat au cours du processus

¹⁵ [N.D.T. : la notion anglo-américaine de « *enforcement of contract* » désigne l'exécution du contrat par les juridictions, qui octroient à l'accord privé une force obligatoire. Cette notion est difficilement traduisible en tant que telle, parce qu'elle désigne l'exercice de la force « autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s'appliquer » pour exécuter un accord privé. Sur ce point, v. J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, 1994, p. 17 et s.]

¹⁶ [N.D.T. : en français dans le texte.]

d'interprétation. De manière générale, il est souvent difficile en droit commercial de savoir s'il faut dire qu'en entrant dans un champ particulier de pratiques, les parties sont devenues soumises à un corps de droit coutumier ou s'il faut dire qu'elles ont incorporé, par un accord tacite, la pratique standard dans les termes de leur contrat.

La signification d'un contrat peut être déterminée non seulement par le champ des pratiques dans lequel le contrat s'inscrit, mais aussi par les interactions des parties elles-mêmes après qu'elles ont conclu leur accord. Si l'exécution d'un contrat se déroule sur une certaine période, le comportement des parties témoigne souvent, selon la dénomination occasionnelle employée par les tribunaux, d'une interprétation pratique de leur accord ; cette interprétation conduite à la lumière des actions peut prendre le dessus sur le sens qui serait ordinairement attribué aux mots employés par le contrat lui-même. Si la divergence entre les actions des parties et les termes utilisés dans leur accord devient trop importante pour permettre aux tribunaux de parler d'une interprétation pratique, ces derniers peuvent considérer que le contrat a été tacitement modifié ou même abrogé, au regard de la manière dont les parties se sont comportées l'une envers l'autre depuis la conclusion de l'accord.

D'une manière générale, nous pouvons dire qu'à l'occasion de l'exécution concrète d'un accord complexe conclu entre des parties amies, le contrat écrit fournit souvent une sorte de cadre à la relation continue, plutôt qu'une définition précise de cette relation. Pour trouver cette définition, nous devons peut-être nous tourner vers une sorte de droit coutumier bipartite et implicite dans les actions des parties, plutôt que vers les formulations verbales du contrat. Si cela est vrai pour les contrats qui font finalement l'objet d'un recours devant les tribunaux, cela doit être beaucoup plus fréquent quand les parties trouvent un arrangement sans former de contentieux devant les juridictions.

Si les termes employés dans un contrat doivent être interprétés dans leur contexte interactionnel ou à la lumière des actions entreprises par les parties en vertu de ces mots, les actions qui donnent naissance au droit coutumier doivent également être parfois interprétées presque comme s'il s'agissait de mots. Ce problème d'interprétation est à la fois le problème le plus crucial et le plus négligé du droit coutumier ; intrinsèquement difficile, il est complexifié par des théories ineptes qui portent sur la nature du droit coutumier, comme celles qui le présentent comme l'expression de « la force de l'habitude » qui « prévaut dans l'histoire primitive de la race ».

Le problème central de l'« interprétation » en droit coutumier est de savoir quand déduire un sentiment d'obligation, tel que celui pouvant être lié à une promesse explicitement formulée par des mots, d'un acte ou d'un ensemble d'actes répétitifs. [16] Tous s'accordent à dire qu'une personne, une tribu ou une nation n'encourt pas d'obligation – juridique ou morale – simplement parce qu'on peut discerner un modèle répétitif de comportement dans ses actions. Tous

s'accorderaient aussi probablement à dire que les actions qui créent le droit coutumier doivent être celles qui relèvent des *interactions*, bien que cela puisse devenir compliqué lorsque nous rappelons que dans certaines circonstances, l'inaction peut revêtir les qualités de l'action, par exemple lorsqu'il devient approprié d'appeler celle-ci un acquiescement ou une abstention. Au-delà, nous nous heurtons presque à une absence de propositions théoriques.

Face à cette lacune, une tentative de formuler précisément un test est proposée. On la trouve dans la doctrine de l'*opinio necessitatis*. Selon ce principe (qui jouit encore d'une certaine estime en droit international), le droit coutumier naît d'actions répétitives seulement quand ces actions sont motivées par un sentiment d'obligation ; en d'autres termes, lorsque les gens se comportent comme ils le font, non pas parce qu'ils le veulent ou parce qu'ils agissent sans réfléchir, mais parce qu'ils croient devoir agir ainsi. Cette solution semble curieusement inappropriée. Dans les cas clairs dans lesquels le droit coutumier est établi, celle-ci devient une tautologie ; dans les situations où le droit coutumier est en train de naître, elle est défectueuse.

On pourrait suggérer qu'une meilleure solution pourrait être trouvée dans le principe contenu dans la section 90 du *Restatement of Contracts* de l'*American Law Institute*. Tel que formulé pour s'adapter au problème soulevé, ce principe suivrait les lignes suivantes (qui sont malheureusement quelque peu complexes) : Lorsque, par ses actions envers *B*, *A* a (quelles que soient ses intentions réelles) donné à *B* des raisons de comprendre qu'il (*A*) agira à l'avenir de la même manière dans des situations similaires et que *B* a, substantiellement, ajusté son comportement de manière prudente pour s'attendre à ce que *A* agisse à l'avenir conformément à cette attente, alors *A* est tenu de suivre le modèle établi par ses actions passées envers *B*. Cela crée une obligation de *A* envers *B*. Si le modèle d'interaction suivi par *A* et *B* se répand ensuite dans la communauté concernée, une règle relevant du droit coutumier général aura été créée. Cette règle fera normalement partie d'un système plus large, qui impliquera un réseau complexe d'attentes réciproques. L'absorption de la nouvelle règle dans le système plus large sera, bien entendu, facilitée par le fait que les interactions qui lui ont donné naissance se sont déroulées dans les limites posées par ce système ; et qu'elles ont tiré une partie de la signification qu'elles revêtent aux yeux des parties du contexte interactionnel plus large dans lequel elles se sont produites.

Le phénomène familier de propagation du droit coutumier d'un contexte social à un autre met au jour une distinction supplémentaire entre le droit coutumier et le droit des contrats, qui mérite ici de faire l'objet d'un examen critique. On peut dire qu'un contrat ne lie que les parties au contrat, alors que le droit coutumier étend normalement ses règles à une communauté vaste et parfois définie de manière quelque peu floue. [17] La première observation est que si cette diffusion du droit coutumier est un phénomène courant, elle n'est en aucun cas inévitable. Un droit coutumier, que l'on peut dire bipartite (*two-party customary*

law), peut exister et existe effectivement ; ce n'est, là encore, qu'un préjugé linguistique qui nous fait hésiter à employer le mot « droit ».

Lorsque le droit coutumier s'étend, il ne faut pas se méprendre sur le processus par lequel cette extension se produit. On a parfois pensé qu'il s'agissait d'une sorte d'expression inarticulée de la volonté collective ; les membres du groupe *B* perçoivent que les règles qui régissent le groupe *A* leur conviendraient ; ils reprennent donc ces règles par un acte adopté de manière collective et tacite. Ce type d'explication fait abstraction des processus interactionnels qui sous-tendent le droit coutumier et ignore leur aspect communicatif omniprésent. Prenons comme exemple une pratique dans le domaine des relations internationales, celle d'offrir un salut de vingt et un coups de canon aux chefs d'État en visite. Par un processus d'imitation, cette pratique semble maintenant être devenue assez générale parmi les nations. On peut plus ou moins dire que son attrait réside dans la pertinence d'un retentissement de canon pour signaler l'arrivée d'un visiteur de marque. Mais pourquoi vingt et un coups de canon, au lieu de seize ou vingt-cinq ? Il est évident qu'une fois que le modèle des vingt et un coups de canons est devenu familier, tout écart par rapport à celui-ci peut générer des malentendus ; les spectateurs passeraient leur temps, non pas à apprécier la grandeur du rugissement des canons, mais à compter les détonations, en attribuant toutes sortes de significations – intentionnelles ou non – à tout changement par rapport à la dernière répartition des coups de canons. En général, nous pouvons dire que lorsque *A* et *B* se sont familiarisés avec une pratique en vigueur entre *C* et *D*, *A* est susceptible d'adopter ce modèle dans ses actions envers *B*, non pas simplement ou nécessairement parce que celui-ci est particulièrement adapté à leur situation, mais parce qu'il sait que *B* comprendra le sens de son comportement et saura comment y réagir.

Quant à la proposition selon laquelle un contrat ne lie que ceux qui l'ont conclu, ceux qui ont activement et sciemment consenti à ses termes, un simple coup d'œil à la pratique contractuelle moderne suffit à montrer à quel point cette proposition peut devenir irréaliste et purement formelle. Seule une infime partie des « contrats » signés aujourd'hui sont réellement négociés ou représentent quelque chose qui ressemble à un compromis explicite entre les intérêts respectifs des parties. Même les contrats rédigés par des juristes, qui sont en théorie spécifiquement adaptés à la situation des parties, sont susceptibles de contenir des clauses traditionnelles ou standard empruntées à d'autres contrats et à la pratique générale. Ces clauses sont employées pour une grande variété de raisons – parce que l'avocat est pressé, ou parce qu'il sait grâce à la jurisprudence comment les tribunaux les interpréteront, ou parce que les intérêts en jeu sont insuffisants pour justifier les honoraires qui devraient être versés pour formuler les termes du contrat de manière plus soignée et personnalisée.

Mais les réalités de la pratique contractuelle sont bien plus éloignées de l'image d'une « rencontre des volontés » que ne le suggère une simple référence

aux [18] clauses types. En fait, l'écrasante majorité des contrats prennent la forme de formulaires imprimés, qui sont préparés par une partie pour servir ses propres intérêts et imposés à l'autre sur la base du principe « à prendre ou à laisser ». Ces dernières années, les tribunaux américains ont de plus en plus souvent exercé leur droit d'évincer les clauses qu'ils estiment oppressives ou manifestement injustes. Cette pratique contraste avec celle de la patrie du *common law*, où les tribunaux sont beaucoup plus conservateurs en la matière, étant généralement enclins à exécuter le contrat « tel qu'il est écrit », à savoir, tel qu'il est imprimé. Il y a là une certaine ironie, car depuis l'époque de Lord Coke, les tribunaux anglais ont librement revendiqué le droit de refuser d'appliquer du droit coutumier jugé déraisonnable et opposé au sens ordinaire de l'équité. Si nous devons chercher dans la société moderne l'équivalent le plus proche du droit coutumier « opposé [à l'équité] » de l'époque de Coke, nous pourrions bien le trouver dans le contrat standardisé, imprimé, rédigé par une partie et signé par l'autre sans être lu.

Nous devons encore discuter d'une autre distinction, qui peut être faite entre le droit des contrats et le droit coutumier. Elle réside dans l'idée selon laquelle un contrat prend effet immédiatement ou lorsque les parties le stipulent, alors que la coutume ne devient du droit que si l'on constate qu'un usage a persisté pendant une période considérable.

Il s'agit, là encore, d'une vision simpliste de la question. L'idée selon laquelle le droit coutumier entre en vigueur graduellement et seulement sur une période considérable est en partie due à des implications erronées tirées du mot « coutumier », et en partie au fait qu'il est vrai qu'il faut normalement un certain temps pour que les attentes réciproques en matière d'interaction « prennent forme ». Mais il existe des circonstances dans lesquelles le droit coutumier (ou un phénomène pour lequel nous n'avons pas d'autre nom) peut se développer presque du jour au lendemain. Comme l'a fait remarquer une figure d'autorité en droit international :

« une nouvelle règle de droit international coutumier fondée sur la pratique des États peut émerger très rapidement et même presque soudainement, si de nouvelles circonstances sont apparues et qu'elles nécessitent une réglementation – bien que le facteur temps ne soit jamais totalement négligeable. »¹⁷

(L'affirmation parfois rencontrée selon laquelle, pour être admise comme loi, une coutume doit avoir existé « depuis des temps immémoriaux » vise une question très particulière : Quand la coutume doit-elle être considérée comme prévalant sur les dispositions du droit général ? Cela peut évidemment être quelque chose de très différent de la question consistant à se demander quand la coutume

¹⁷ Judge Fitzmaurice, cité par Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, p. 60.

devrait régir un problème qui n'était pas du tout réglementé par la loi. [19] La doctrine de l'*opinio necessitatis* est probablement née dans le même contexte, car il peut être judicieux de dire qu'un homme ne devrait pas être considéré avoir enfreint au moins un certain type de droit général, lorsqu'il a agi en croyant qu'un droit coutumier spécial ou local l'obligeait à se comporter comme il l'a fait.)

L'idée selon laquelle un contrat oblige (*binds*) immédiatement, et avant qu'une action ait été entreprise en vertu de celui-ci, relève là encore d'une simplification trompeuse, surtout si l'on considère la question sous un angle historique. Il est, bien sûr, dangereux de généraliser à propos du cours historique du développement juridique dans toutes les sociétés. Néanmoins, on peut raisonnablement affirmer que l'exécution juridique des contrats apparaît d'abord dans deux contextes. Le premier est celui de la promesse rituelle, la promesse accompagnée par exemple d'un serment traditionnel ou de la récitation d'une formule déterminée. Ici, en effet, le contrat oblige d'emblée et sans preuve d'une action quelconque en vertu de celui-ci. Mais l'insistance sur le caractère formel de ce processus « d'obligation » de l'individu, ou la méfiance qu'elle implique, a sans doute toujours freiné son utilisation comme c'est le cas aujourd'hui pour ses équivalents modernes.

La deuxième manifestation juridique précoce du principe du contrat concerne la situation de l'échange à moitié achevé. *A* livre du poisson à *B* en échange de la promesse de *B* de fournir un panier de légumes. *B* garde le poisson mais refuse de livrer les légumes. Il n'y a évidemment rien de mystérieux dans le fait que, dans cette situation, la réparation juridique a été rendue possible à une période précoce de l'histoire. Il convient toutefois de noter que l'obligation imposée ne repose pas sur de simples mots, mais principalement sur l'action (et l'inaction) qui a succédé aux mots.

Il semble probable que, dans tous les systèmes juridiques, l'exécution du contrat bilatéral exécutoire soit un développement assez tardif. C'est la situation dans laquelle *A* et *B* conviennent d'échanger, disons encore une fois, du poisson contre des légumes ; lorsque *A* vient livrer le poisson, *B* refuse son offre et répudie l'accord. La reconnaissance du fait que *A* ait un droit légal dans cette situation semble généralement avoir eu lieu alors que ce qui ressemble à une économie de marché se développait. Mais dans un tel environnement, il est probable que l'on trouve une action, ou au moins une abstention, dans le fait même de conclure le contrat. *A*, en cherchant une occasion d'échanger son poisson contre des légumes, renonce, lorsqu'il conclut son marché avec *B*, à la possibilité de faire un échange similaire avec *C*, *D* ou *E*. Donc, ici encore, l'accord devient exécutoire parce que ses termes ont été mis en évidence, pour ainsi dire, par le fait qu'on s'y est fié – dans ce cas, en négligeant d'autres options, comme l'atteste la conclusion du contrat en question.

Enfin, il convient de rappeler que la promesse d'un don pur et simple conserve à ce jour un statut juridique quelque peu incertain. Il peut exister des formes

juridiques lourdes pour rendre de telles promesses exécutoires, et les tribunaux ont parfois fait preuve d'une ingéniosité remarquable pour trouver des éléments tacites d'échange [20] dans ce qui apparaît à première vue être une expression de pure générosité. Aux États-Unis est apparue une doctrine (connue aujourd'hui comme le Principe de l'article 90), selon laquelle la promesse peut devenir exécutoire, lorsque le bénéficiaire de la promesse a sérieusement et raisonnablement pris en compte son exécution anticipée dans l'organisation de ses propres affaires. Comme je l'ai déjà suggéré, ce principe n'est pas très éloigné de celui qui sous-tend le droit coutumier généralement.

III.- Les fondements interactionnels du droit promulgué

Au début de ce chapitre, j'ai fait part de mon intention de proposer une thèse plus radicale que la simple insistance sur le fait que le droit coutumier est toujours d'une importance considérable aujourd'hui : à savoir que nous ne pouvons pas comprendre le droit ordinaire (c'est-à-dire le droit officiellement déclaré ou promulgué) sans d'abord comprendre ce que l'on appelle le droit coutumier. Le temps est venu de tenter de remplir l'engagement né de cette déclaration.

Dans les pages qui précèdent, j'ai traité le droit coutumier et le droit des contrats comme des phénomènes interactionnels. J'ai considéré qu'ils étaient nés de l'interaction et qu'ils servaient à ordonner et à faciliter l'interaction. Peut-on affirmer la même chose du droit promulgué, tel qu'il est caractérisé par exemple par la loi ? Pouvons-nous estimer que le droit promulgué est lui-même dépendant du développement d'« attentes interactionnelles stables » entre le législateur et le sujet ? Le droit promulgué a-t-il aussi pour but d'ordonner et de faciliter les interactions des citoyens entre eux ?

On ne peut pas dire qu'il n'y a pas de traces de telles idées dans la littérature. Ce que l'on peut dire, c'est qu'il faut fournir des efforts assidus pour les trouver. Quant à l'objectif général du droit promulgué, la formule standard – tant en théorie du droit qu'en sociologie – est de dire que le droit sert d'instrument de contrôle social. Parfois, cette conception est associée à l'idée selon laquelle la nécessité d'avoir du droit découle entièrement de la nature morale défectueuse de l'homme ; si l'on pouvait compter sur les hommes pour agir moralement, le droit serait inutile. Quant à la manière dont le droit est conçu pour exister, il l'est par l'exercice de l'autorité et non par un jeu d'attentes réciproques. Le droit n'invite pas le citoyen à interagir avec lui ; il agit sur lui.

Examinons la question de savoir si le droit promulgué sert à mettre en ordre et à faciliter l'interaction humaine, en examinant comment cette conception s'applique à certaines branches réelles du droit. Envisageons d'abord le droit compris sous les rubriques suivantes : les contrats, le mandat (*agency*), le mariage et le divorce, la propriété (privée et publique) et les règles de la procédure judiciaire. Toutes ces branches essentielles du droit servent principalement à fixer les conditions des relations [21] entre les hommes ; elles facilitent l'interaction

humaine ; par exemple la circulation est facilitée par le tracé des routes et l'installation de panneaux signalétiques. Dire que ces branches du droit seraient inutiles si les hommes étaient davantage disposés à agir moralement revient à dire qu'on pourrait se passer du langage si les hommes étaient assez intelligents pour communiquer sans lui. Le fait que les branches du droit que nous venons d'énumérer incluent des restrictions et des habilitations ne diminue en rien leur capacité à faciliter l'interaction ; cette assertion n'est pas plus paradoxale que l'idée selon laquelle la circulation sur les autoroutes peut être optimisée par des panneaux portant la mention « NE PAS TOURNER À GAUCHE » ou « S'ARRÊTER, PUIS ENTRER ».

Cependant, une théorie interactionnelle du droit peut difficilement prétendre être acceptée simplement parce qu'elle semble appropriée lorsqu'elle est appliquée à certaines branches du droit, telles que les contrats, la propriété, le mandat et les droits conjugaux. Par exemple, le droit relatif aux crimes présente une interrogation tout à fait différente car, dans ce cas, une vision interactionnelle fait face à un environnement beaucoup moins favorable à ses prémisses. Par exemple, il y aurait quelque chose de ridicule à expliquer la règle contre le meurtre comme étant destinée à faciliter l'interaction humaine en excluant de la confrontation des hommes la crainte qu'ils puissent s'entretuer. Nous avons tendance à dire que le meurtre est interdit parce qu'il est mauvais, et non parce que la menace qu'il représente peut nuire à la richesse potentielle des relations entre l'homme et ses semblables.

Néanmoins, dans une perspective historique, la question revêt un aspect très différent. Les étudiants intéressés par la société primitive ont vu l'origine même du concept de droit dans les limites imposées à la vendetta. Un membre de la famille *A* tue un membre de la famille *B*. Dans une société primitive, la réaction naturelle à cet acte consiste pour les membres de la famille *B* à chercher à se venger de la famille *A*. Si aucune limite n'est fixée à cette vengeance, il peut s'ensuivre une guerre à mort entre les deux familles. C'est pourquoi s'est développée dans de nombreuses sociétés primitives une règle selon laquelle la vengeance sanglante de la famille *B* doit, dans cette hypothèse, se limiter à un seul meurtre, bien que la famille lésée soit considérée comme pouvant de plein droit répliquer par un meurtre de degré égal. Une évolution ultérieure interdira en temps normal la vengeance par le sang et exigera à la place une compensation sous la forme du « prix du sang » pour la vie de l'homme qui a été prise. Ici, en clair, la règle de droit relative au meurtre sert à réguler l'interaction et, si vous voulez, à faciliter l'interaction de manière plus profitable pour tous les individus concernés que ne le peuvent le meurtre et la réplique meurtrière à ce dernier.

Aujourd'hui, le droit contre le meurtre semble à première vue s'être complètement détaché de ses origines interactionnelles ; il est considéré comme imposant des obligations, « tu ne tueras point », aux membres de la société de manière générale et sans tenir compte de leurs interrelations. Mais ce qui s'est

passé en réalité, c'est que les questions interactionnelles qui étaient autrefois centrales ont été, à la suite des progrès juridiques et moraux, repoussées à la périphérie, où elles restent plus vivantes que jamais. [22] L'exemple le plus évident est l'argument de la légitime défense : un homme a encore aujourd'hui le droit de tuer un agresseur si cela est nécessaire pour sauver sa propre vie. Mais comment interpréter le terme « nécessaire » dans ce contexte ? À quel point pouvons-nous attendre d'un homme qu'il mette sa propre vie en danger pour éviter de prendre la vie d'un autre ? Se pose également la question de la requalification de l'infraction lorsqu'un homme tue « à chaud », par exemple lorsqu'il surprend un autre homme en train de faire l'amour à sa femme. Enfin, il existe aussi les questions controversées touchant au meurtre destiné à empêcher la commission d'un crime ou à arrêter un criminel en fuite. Dans tous ces cas très débattus, la règle contre l'homicide peut être modifiée, ou la punition réduite, en se posant la question suivante : Que peut-on raisonnablement attendre d'un homme dans ces situations d'interaction ?

Je crois qu'il est clair que je n'avance pas ici la thèse selon laquelle le droit, dans sa formulation et son administration concrètes, sert toujours et exclusivement à ordonner et à faciliter l'interaction humaine. Il y a certainement certaines manifestations du droit qui ne peuvent pas être facilement analysées à l'aide de ce cadre de pensée. La plus significative d'entre elles réside peut-être dans la partie du droit pénal relative à ce que l'on a appelé les « crimes sans victimes ». On y trouve des lois interdisant la vente de marijuana, les pratiques homosexuelles, la prostitution et les paris. En supposant que les personnes impliquées soient saines d'esprit, et qu'il n'y ait pas de tromperie – la roulette n'a pas été truquée, par exemple – ces lois, loin de faciliter l'interaction, ont pour but d'empêcher les formes d'interaction qui sont souhaitées par les participants et qui ne sont du moins pas directement destinées à blesser autrui.

Je pense que ce n'est pas un hasard si c'est dans ce domaine – celui précisément où la contrainte juridique apparaît le plus clairement comme un « instrument de contrôle social » – que les défaillances les plus flagrantes du droit se sont partout produites. C'est un domaine qui se caractérise par la corruption, l'exécution sélective et sporadique du droit, le chantage et la tolérance ouverte de l'illégalité. Il n'est pas nécessaire d'affirmer ici que ce corps de droit nécessite un réexamen critique. Le problème est de savoir quel principe directeur peut nous permettre de procéder à ce réexamen.

Nous devrions commencer par nous demander pourquoi le droit échoue si sensiblement dans le domaine général des crimes sans victimes. La réponse habituelle est que l'on ne peut pas garantir le respect de la moralité par le droit. Mais ce n'est pas le cas. Tenir ses promesses peut être une obligation morale, mais le droit peut forcer les gens à tenir leurs promesses et le fait avec succès. De plus, l'exécution des promesses à l'aide du droit, loin d'affaiblir le sens moral de l'obligation, tend à le renforcer. Supposons, par exemple, que des hommes associés

dans une entreprise commerciale se demandent s'ils devraient exécuter un contrat désavantageux. Ceux qui se croient moralement tenus de le faire sont en mesure de rappeler à leurs associés, qui ont moins de principes, que si le contrat est rompu, ils seront tous traduits en justice [23] et s'exposeront non seulement aux frais encourus, mais aussi à l'opprobre d'un jugement défavorable. Il existe donc des champs touchant aux préoccupations humaines dans lesquels le cliché, qui veut qu'on ne puisse pas obliger les hommes à agir moralement à l'aide du droit, ne tient pas. Ce sont, je crois, précisément les domaines où les sanctions du droit renforcent les attentes interactionnelles et facilitent leur respect.

Dans les systèmes primitifs, on fait parfois la distinction entre les torts (*wrongs*) et les péchés¹⁸. Un tort est un acte qui inflige un dommage tangible au tissu des relations sociales ; un péché est censé nuire de manière plus diffuse en répandant une sorte de corruption. Généralement, dans les sociétés primitives, les torts et les péchés sont traités selon des standards et des procédures différents, les garanties formelles du droit étant souvent assouplies pour les péchés. Bien que je ne recommande pas le recours à la sorcellerie ou à l'ostracisme comme moyen de traiter les péchés modernes, je pense que nous pourrions utilement emprunter à la société primitive une partie de la sagesse dont elle témoigne, en recourant à la distinction fondamentale entre les torts et les péchés. Peut-être pourrions-nous aussi ajouter à cette sagesse l'idée selon laquelle la meilleure façon pour le droit de traiter au moins certains péchés modernes est de ne pas interférer avec eux.

À l'occasion de cette discussion relative aux « fondements interactionnels du droit promulgué », j'ai jusqu'à présent été principalement préoccupé par la question de savoir si le droit promulgué pouvait à juste titre être considéré comme mettant en ordre et facilitant l'interaction humaine. Il est temps maintenant de se tourner vers ce qui peut sembler être une question plus fondamentale : L'existence même du droit promulgué dépend-elle du développement d'« attentes interactionnelles stables » entre le législateur et le sujet ?

Répondre à cette question par l'affirmative, comme je le ferai ici, revient à aller à l'encontre d'une hypothèse aujourd'hui généralement admise en théorie du droit et en sociologie, selon laquelle la caractéristique essentielle du droit réside simplement dans le fait qu'il est un exercice de l'*autorité*. Mais nous devons demander : l'autorité pour faire *quoi* ? De nombreux hommes jouissent d'une autorité sans être habilités à poser du droit. Un colonel de l'armée et le directeur d'une imprimerie nationale ont tous deux de l'autorité, dans le sens où ils sont considérés comme exerçant légitimement un contrôle sur ceux qui sont placés sous leur direction. Ils ne sont cependant pas considérés comme posant du droit. Comment distinguer les fonctions d'un patron et celles d'une autorité de production du droit ? Ces deux figures représentent manifestement des types distincts de contrôle social. Mais comment définir la différence entre elles ?

¹⁸ V. par ex. : H. MAINE, *Ancient Law*, 10^e éd., John Murray, 1884, p. 359-361.

Une réponse ancienne à cette question – plutôt perdue de vue par les discussions contemporaines – est de considérer que la caractéristique fondamentale du droit réside dans sa généralité. Le droit établit des règles *générales*. La direction managériale peut procéder par des ordres spécifiques : « Ici, fais ceci », « A, change de place avec B » ou « Présente-toi demain [24] à huit heures trente ». La difficulté est que la direction managériale procède aussi souvent par des règles générales ou des ordres d'application continue. Est-ce qu'un directeur, qui serait très clairvoyant et capable de formuler les choses de manière appropriée et qui n'aurait jamais émis rien d'autre que des ordres généraux, deviendrait à ce titre un législateur ?

Pour percevoir la distinction entre la fonction de patron et celle de législateur, il faut aller au-delà de la seule caractéristique de généralité et se demander *pourquoi* nous avons estimé que le droit devait prendre la forme de règles générales. La réponse est relativement simple : Le droit ne dit pas à un homme ce qu'il devrait faire pour atteindre des objectifs spécifiques fixés par le législateur ; il lui fournit un cadre élémentaire pour organiser sa vie avec ses semblables. Une transgression de ce cadre peut entraîner de graves conséquences pour le citoyen – il peut être pendu pour cela – mais l'établissement de celui-ci n'est pas la manifestation d'une direction managériale. Le droit fournit au citoyen un cadre dans lequel il peut vivre sa propre vie ; même si, bien sûr, il y a des circonstances dans lesquelles ce cadre peut sembler si souple qu'il en devient inconfortable, ou si paradoxalement contraignant, que son destinataire humain peut croire qu'une simple direction managériale serait préférable.

Si nous acceptons l'idée selon laquelle l'objectif principal du droit est de poser un cadre élémentaire pour l'interaction humaine, il est alors évident que l'existence du droit promulgué, en tant que système qui fonctionne efficacement, dépend de l'établissement d'attentes interactionnelles stables entre le législateur et le sujet. D'une part, le créateur de droit doit être en mesure d'anticiper que les citoyens, compris dans leur globalité, accepteront l'ensemble des règles qu'il a promulguées comme étant du droit et qu'ils les respecteront. D'autre part, le sujet de droit doit être capable de prévoir que le gouvernement se conformera lui-même à ses propres règles déclarées lorsqu'il s'agira de juger ses actions, comme pour décider, par exemple, s'il a commis un crime ou s'il revendique une propriété en vertu d'un acte valide. Une déception flagrante de l'une ou l'autre de ces attentes – du gouvernement envers le citoyen et du citoyen envers le gouvernement – peut conduire à ce que le code le plus soigneusement rédigé ne parvienne pas à devenir un système de droit fonctionnel.

C'est un fait curieux de l'histoire : bien que les livres anciens consacrent de nombreux développements au principe selon lequel le droit implique des règles générales, il n'est presque jamais explicitement reconnu que l'adoption de règles générales devient insignifiante si le gouvernement se considère libre de les ignorer

dès qu'il l'entend. Peut-être y a-t-il ici l'illustration d'un phénomène déjà analysé¹⁹, à savoir que les anticipations qui dirigent le plus fermement nos actions envers les autres sont souvent précisément celles qui sont de l'ordre de l'inconscient. Ces anticipations sont comme les règles de grammaire que nous suivons en pratique, sans que nous n'ayons l'occasion de les formuler avant qu'elles soient ostensiblement violées. Peut-être [25] qu'une confusion est également ici à l'œuvre : celle-ci provient du fait que nous réalisons qu'habituellement un législateur peut changer n'importe laquelle de ses lois simplement en l'abrogeant et en adoptant une loi tout à fait différente pour la gouvernance des événements futurs. Il semble curieux d'estimer que l'entité qui peut réécrire l'ensemble des lois promulguées soit tenue de respecter la plus insignifiante de ses promulgations, en jugeant des événements qui se sont produits alors qu'elle était encore en vigueur. Il y a ici le paradoxe, pour reprendre les termes de Simmel, de « l'interaction dans une soumission apparemment unilatérale et passive »²⁰. Pourtant, sans ce paradoxe, l'idée d'un droit promulgué deviendrait vide et dénuée de signification.

Quelles sont les implications pratiques de la double exigence que le droit soit exprimé sous la forme de règles générales et que le gouvernement respecte ses propres règles en agissant sur le citoyen ? La réponse courte consiste à dire que ces implications sont subtiles et complexes, à tel point qu'elles ne peuvent être explorées de manière adéquate dans le contexte présent. Notre intention n'est certainement pas ici de suggérer que le citoyen ordinaire devrait se promener avec un recueil de règles de droit à la main, pour vérifier que le gouvernement se conforme à ses propres règles. Normalement et dans l'ensemble, le citoyen doit nécessairement accepter, avec foi, que son gouvernement joue le jeu du droit de manière équitable. Mais précisément parce que cette foi joue un rôle si important dans le fonctionnement d'un système juridique, la décevoir gravement une seule fois, ou mépriser moins ostensiblement mais de manière persistante la légalité au sein de toute une branche du droit, peut saper les fondements moraux d'un ordre juridique, tant pour ceux qui y sont soumis que pour ceux qui l'administrent.

En évoquant ici les aspects moraux du problème, il n'est pas question d'insinuer que la préservation de la légalité ne fait pas appel à l'intellect aussi bien qu'aux bonnes intentions. Par exemple, un corps législatif adopte une loi autorisant la construction d'un parc dans la ville de Zénith. Cette loi viole-t-elle le principe selon lequel les lois doivent être générales dans leur forme ? Nous pouvons écarter ce problème parce qu'il n'implique rien de plus qu'un jeu de mots sur le terme de *loi*, mais dans d'autres cas, étant donné que le gouvernement exerce normalement des fonctions managériales et d'administration en complément des fonctions législatives, le problème peut devenir plus embarrassant. À nouveau, imaginons la situation absurde dans laquelle un gouvernement n'aurait qu'une règle de droit dans ses recueils : « Faites le bien et évitez le mal. » Dans ce cas, la généralité de la

¹⁹ V. p. 220.

²⁰ *The Sociology of Georg Simmel*, op. cit., p. 186.

règle ébranle plus profondément la légalité que ne pourraient le faire des lois spéciales, fussent-elles nombreuses. Ces exemples ne peuvent mettre en lumière que certaines des difficultés posées par la réalisation effective du règne du droit²¹. Lorsque nous prenons en compte ces difficultés, la tâche de créer et d'administrer [26] un système juridique sera considérée comme un type de projet très différent de celui qui est sous-entendu lorsque cette tâche est seulement décrite comme un exercice de l'autorité dans le but de procéder au contrôle social.

Dans notre analyse qui s'achève à présent, trois types de droit distincts ont été passés en revue : le droit coutumier, le droit des contrats et le droit promulgué. Cette liste omet une quatrième manifestation du droit, à savoir le droit posé par le juge (*adjudicative law*) tel qu'il est illustré par le *common law* anglo-américain. Il est aujourd'hui en vogue de considérer que le *common law* serait une simple forme de droit promulgué, qui ne différerait du droit législatif que par son auteur, une loi étant adoptée par un législateur, une règle de *common law* étant déclarée par un tribunal. Ce point de vue ne tient pas compte des qualités particulières du *common law*, qualités qui ont amené les hommes à le décrire – à juste titre – comme une forme de droit coutumier. En effet, le *common law*, en vertu de sa façon particulière de créer du droit au cas par cas, s'enracine plus profondément et plus intimement dans l'interaction humaine que ne le fait le droit législatif – même si, bien sûr, dans son pays d'origine, il semble perdre les qualités qui le distinguaient autrefois, peut-être parce que ses juges ont finalement commencé à s'assurer que leur pratique soit conforme au modèle que la théorie juridique avait assigné à celui-ci depuis plus d'un siècle.

Si l'on considère que le droit a pour but de mettre en ordre et de faciliter l'interaction humaine, il est clair que l'élaboration du droit comporte le risque que nous ne soyons pas capables d'anticiper la diversité des situations interactionnelles, qui peuvent tomber sous le coup d'une règle préformulée. Une loi qui se révèle clairement inadaptée à des situations de fait, qui font ensuite l'objet d'un contentieux devant les juridictions – des situations manifestement couvertes par le langage de la loi, mais qui ont été clairement mal comprises ou qui n'ont pas été prévues par le rédacteur –, n'est pas digne d'éloges simplement parce qu'elle a une signification claire et qu'elle a été annoncée à l'avance. La vertu du *common law* est que, procédant au cas par cas, il peut adapter et réadapter ses prescriptions aux configurations de la vie, telles qu'elles se révèlent dans les litiges. Le *common law* a une lacune : il ne propose pas de formulations claires à l'avance. Mais il peut largement compenser celle-ci grâce à sa capacité à remodeler et à reformuler ses règles à la lumière des situations concrètes qui font l'objet d'un contentieux.

Le *common law* présente ainsi un amalgame complexe de formes de création de droit, en mélangeant la législation explicite et les ajustements tacites

²¹ J'ai tenté de traiter de ces difficultés dans mon livre, *The Morality of Law*, éd. rév., Yale University Press, 1969, v. surtout les chapitres 2 et 5.

caractéristiques du droit coutumier. Il exprime ainsi parfois les meilleures qualités des deux systèmes et, en de rares occasions, leurs pires travers²².

IV.- Les interactions entre le droit et le contexte social

[27] Il est implicite dans tout ce qui précède que le droit et son environnement social entretiennent une relation d'influence réciproque ; toute forme de droit ne se limitera pas à agir sur les formes d'interaction établies qui constituent son milieu social, mais sera aussi influencée et façonnée par elles. Cela signifie que, pour un contexte social donné, une forme de droit peut être plus appropriée qu'une autre ; et que la tentative d'imposer une forme de droit à un environnement social qui ne lui est pas favorable peut avoir des conséquences néfastes.

Cela pose le problème de savoir comment définir et distinguer les différents types de contextes sociaux. Sur ce point, la littérature sociologique propose une longue liste, incommode, de termes pertinents : *Gemeinschaft* et *Gesellschaft* ; solidarité organique et mécanique ; espace social ; distance sociale ; relations familiales, contractuelles et obligatoires ; le *continuum* rural-urbain ; le groupe primaire ; et une foule de termes connexes qui tentent de décrire les différentes textures, modèles et densités du tissu social²³.

En ce qui nous concerne, je me référerai simplement à l'image d'un spectre ou d'une échelle de relations, qui va de l'intimité à une extrémité jusqu'à l'hostilité à l'autre extrémité. Celui-ci contient à mi-chemin un point d'arrêt, qui peut être décrit comme la place occupée par des étrangers amicaux, entre lesquels les attentes en matière d'interaction restent largement ouvertes et non structurées. Pour illustrer la relation intime, je prendrai l'exemple de la famille américaine moyenne, sans domestiques, avec de jeunes enfants à la maison, des tâches ménagères à répartir et des membres qui entretiennent des rapports plutôt bons les uns avec les autres. À l'autre extrémité du spectre, j'ai à l'esprit non pas deux individus ennemis, mais deux nations hostiles qui ne sont pas sous le contrôle d'une puissance politique supérieure, qui pourrait tempérer leurs tendances à s'adonner à une action hostile ouverte.

En essayant ici de tester les différentes formes de droit dans des contextes sociaux variés, je commencerai par le droit contractuel, par lequel j'entends – le lecteur s'en souviendra – le « droit » du contrat lui-même, et non le droit étatique *des* contrats ou *concernant* les contrats. La raison pour laquelle j'ai choisi le droit contractuel comme point de départ est qu'il se situe, dans un sens, à mi-chemin entre le droit coutumier et le droit promulgué, en partageant certaines qualités avec ces derniers. D'une part, le droit contractuel ressemble au droit coutumier,

²² Dans mon livre *Anatomy of the Law* (Praeger, 1968), j'ai entrepris d'analyser les qualités et les défauts particuliers du système de *common law*, v. p. 84-112.

²³ On trouvera un résumé utile de la manière dont les sociologues ont tenté de distinguer les différentes formes de lien social in Ferdinand Tönnies, *Community and Society*, trad. C. P. LOOMIS, Michigan State University Press, 1957, p. 12-29.

dans la mesure où ses prescriptions ne sont pas imposées aux parties par une autorité extérieure ; elles font leur propre loi. D'autre part, [28] le droit contractuel ressemble à la législation, parce qu'il implique la formulation explicite de règles pour gouverner la relation entre les parties.

Si nous commençons par l'extrémité « intime » de l'échelle, il est évident que le contrat est un instrument mal adapté pour mettre en ordre les relations au sein d'une famille fonctionnelle. Nous avons tendance à exprimer cette idée en des termes affectifs, en disant que des individus unis par les liens de l'affection rencontreraient des difficultés à négocier les uns avec les autres et que toute tentative dans ce sens pourrait perturber l'harmonie du foyer. Mais le problème a aussi un aspect que l'on pourrait qualifier d'opérationnel ; la répartition des responsabilités domestiques est affectée par des contingences changeantes et imprévisibles : quelqu'un tombe malade, l'un des enfants prend du retard dans son travail scolaire, le père doit partir en voyage, etc. Aucun degré de prévoyance contractuelle n'équivaudrait à la gestion anticipée de tous ces changements dans la vie intime de la famille.

On peut supposer que peu de couples mariés ont tenté d'organiser leurs affaires maritales à l'aide de quelque chose qui ressemble à un contrat explicite. Dans les quelques cas rapportés dans lesquels l'exécution judiciaire de tels contrats a été demandée, les tribunaux ont rejeté le recours. Un tribunal a mis en avant que « l'intervention du juge dans les questions de cette nature, entre mari et femme, causerait de nombreux dommages irréparables »²⁴. Un autre tribunal a fait remarquer que si les parties pouvaient conclure des contrats contraignants régissant leurs relations maritales, cela « ouvrirait un champ sans fin à la controverse et aux chamailleries et détruirait l'élément de flexibilité nécessaire pour s'adapter aux nouvelles circonstances... »²⁵.

Si nous passons à l'autre extrémité du spectre et examinons les contrats entre des parties qui se trouvent dans ce que j'ai appelé une relation sociale d'hostilité, une réglementation contractuelle devient, une fois encore, non seulement difficile à négocier mais aussi souvent un dispositif inadapté pour atteindre le but recherché. La façon simple de l'expliquer consiste à dire que les parties hostiles ne se font pas confiance et que la confiance mutuelle est essentielle tant pour la négociation que pour l'administration d'un contrat. Mais le problème, une fois encore, revêt ce que l'on peut appeler un aspect opérationnel. La négociation d'un contrat, quelle qu'en soit la complexité, implique un emboîtement compliqué d'intérêts divers. Cela signifie qu'au cours des négociations, chaque partie est obligée de révéler la teneur réelle de ses propres intérêts – qu'elle se positionne en faveur ou en opposition à la concession demandée. Cette révélation peut être désavantageuse pour elle, surtout si les négociations échouent. Ainsi, supposons

²⁴ *Miller v. Miller*, 78 Iowa 177, 182, 42 N.W. 641, 642 (1889).

²⁵ *Graham v. Graham*, 33 Fed. Supp. 936, 938 (E. D. Mich. 1940). [v. les références dans les notes de bas de page 10 et 12 de mon article « Mediation - Its Forms and Functions. »]

qu'au cours de négociations [29] visant à réduire les armements entre deux pays hostiles, le pays *A*, à la surprise du pays *B*, semble tout à fait prêt à accepter une limitation étendue de la production et de l'utilisation de l'*Arme X*. Le pays *B* commence immédiatement à se poser des questions telles que : « Pourquoi ce choix ? Sont-ils au courant de certaines limites à l'efficacité de l'*Arme X* que nous ne connaissons pas ? Ou veulent-ils que nous renoncions à produire l'*Arme X*, dont ils ont peur, et que nous consacrons nos ressources à l'*Arme Y*, contre laquelle ils ont peut-être mis au point un moyen de défense adéquat ? » Cette nécessité de procéder à une certaine divulgation pour parvenir à concilier les divers intérêts des parties est souvent inhibitrice, non seulement dans les relations internationales mais aussi dans d'autres domaines, parfois même concernant les transactions commerciales. La solution ultime consiste peut-être à établir progressivement et patiemment de multiples liens d'association entre les parties, de sorte que leur lien social ne soit pas concentré dans une seule négociation ou un seul document. Cependant, lorsque cela se produit, le principe régissant la relation entre les parties est susceptible de cesser d'être contractuel, pour devenir essentiellement un principe de droit coutumier.

Je voudrais maintenant me tourner vers le centre du spectre des contextes sociaux, la zone que j'ai précédemment décrite comme l'habitat des étrangers amicaux, entre lesquels les attentes interactionnelles restent largement ouvertes et non structurées. C'est précisément le champ de prédilection du droit contractuel, dans lequel il est le plus efficace ; c'est également là où, sans aucun doute, la notion même de contrat explicite a été conçue pour la première fois.

Nous avons tendance à supposer qu'à mesure que nous nous éloignons des relations intimes, notre liberté d'expression et d'action se restreint progressivement ; avec les individus qui nous sont étrangers, nous sommes mal à l'aise ; ce n'est qu'aux côtés de nos amis proches que nous sommes libres de dire ce que nous pensons et d'indiquer ce que nous aimerions avoir. Mais en réalité, dans nos rapports avec nos proches, nous sommes souvent sans le savoir limités par une multitude d'attentes non formulées – contraints, en quelque sorte, de jouer les rôles qui nous ont été tacitement assignés à l'occasion de nos précédentes rencontres. Comme le souligne Simmel, c'est souvent l'étranger qui reçoit « l'ouverture la plus surprenante – des confidences que chacun se garderait bien de divulguer à une personne plus proche »²⁶. C'est cette franchise dans les relations entre étrangers qui facilite la négociation d'une manière qui serait impossible (et probablement déconseillée) au sein d'un groupe personnel comme la famille.

Partout dans le monde, l'intimité de la famille élargie, de la tribu et du village de campagne s'est révélée être un obstacle à l'établissement de transactions sur une base commerciale claire. Il est par exemple difficile d'exiger d'un parent ou d'un ami proche qu'il règle rapidement son dû. Mair partage une [30] observation

²⁶ *The Sociology of Georg Simmel, op. cit.*, p. 404.

anthropologique générale, selon laquelle « les pressions exercées pour que l'on accorde des facilités de crédit à un homme qui ouvre un magasin dans son propre village sont susceptibles d'être si fortes que celui-ci ne pourra pas faire prospérer son commerce »²⁷. Une tribu d'Indiens d'Amérique entreprenante de l'État de Washington aurait rencontré une frustration similaire en tentant de mettre en place des entreprises commerciales dans la réserve²⁸. Parmi les observations de ce genre, la plus intéressante se trouve peut-être dans *The Irish Countryman* de Conrad Arensberg. Selon Arensberg, dans les campagnes irlandaises, il est d'usage que le client du commerçant local ne règle pratiquement jamais sa note en totalité ; en fait, il ne le fait que dans un accès de colère. L'impayé permanent, réduit de temps à autre par des paiements partiels, est vu comme symbolisant un lien de confiance mutuelle – le client accorde son patronage, le commerçant étend son crédit²⁹. De nombreux Américains ont observé un phénomène similaire : lorsque quelqu'un fait un achat au magasin local et qu'au lieu de le facturer, comme il le fait habituellement, il propose de payer en liquide, le commerçant peut s'en offusquer. Quand on sait à quel point cette tendance à fuir une relation d'affaires purement impersonnelle est courante, il n'est pas étonnant que les marchands et commerçants pionniers semblent partout avoir été des étrangers – les Juifs en Europe, les Parsis en Inde, les Indiens et les Libanais en Afrique, les Chinois dans le Pacifique et peut-être pourrait-on dire, à l'origine, les Yankees en Amérique du Nord. Comme le suggèrent certains des éléments de cette liste, il pourrait même sembler qu'une différence de religion puisse parfois faciliter la mise en place du type de distance sociale indispensable aux relations purement contractuelles.

Il peut être utile de remarquer que, parfois, le succès même d'une relation contractuelle a pour effet de voir celle-ci être supplantée par quelque chose de comparable au droit coutumier bipartite. Ceux qui renouvellent leurs contrats année après année, et qui entrent ainsi dans une relation d'intimité, risquent d'avoir de plus en plus de mal à préserver une atmosphère de libre négociation ; ils deviennent prisonniers des attentes créées par la pratique passée. Bien entendu, cela risque de conduire à une situation proche du « monopole bilatéral », lorsque les parties se sont progressivement trouvées dans une situation dans laquelle il est difficile pour elles de trouver d'autres sources pour satisfaire leurs besoins³⁰.

²⁷ L. MAIR, *An Introduction to Social Anthropology*, The Clarendon Press, 1965, p. 181.

²⁸ L'étude proposée par E. COLSON est mentionnée dans Max Gluckman, *Politics, Law, and Ritual in Tribal Society*, Aldine Press, 1965, p. 296-299.

²⁹ C. ARENSBERG, *The Irish Countryman*, éd. rév., Natural History Press, 1968, p. 155-162.

³⁰ La thèse de Lawrence Friedman tend à restituer la tendance qu'ont les relations contractuelles à se convertir en quelque chose qui ressemble au droit coutumier (v. L. FRIEDMAN, *Contract Law in America*, University of Wisconsin Press, 1965). Cependant, l'étude de Friedman ne tient pas suffisamment compte, à mon avis, des qualités particulières de l'arrière-plan économique des phénomènes étudiés ; elle aurait certainement dû s'intituler *Contract in Wisconsin*, et non *Contract in America*. Une autre étude utile est celle de Stewart Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, n° 1, p. 55-67.

[31] Voilà pour les interactions entre le droit contractuel et son contexte social. En ce qui concerne maintenant le droit coutumier, le premier constat est que cette forme de droit s'adapte facilement à tous les contextes sociaux, du plus intime à celui frappé d'une hostilité ouverte. Le fait que la famille ne puisse pas facilement s'organiser par un processus de négociation explicite ne signifie pas que ne se développeront pas en son sein des attentes réciproques semblables à celles qui, à un niveau plus formel, seraient appelées droit coutumier. En effet, la famille ne pourrait pas fonctionner sans ces directives tacites d'interaction ; si chaque interaction devait être orientée de manière nouvelle et *ad hoc*, aucun groupe tel que la famille ne pourrait réussir à s'acquitter de ses tâches communes. Ensuite, il convient de remarquer que le développement le plus actif et le plus remarquable du droit coutumier à l'époque moderne se situe précisément dans le champ des transactions commerciales. Enfin, si les ennemis peuvent avoir du mal à négocier avec des mots, ils peuvent – et c'est ce qu'ils font souvent – négocier partiellement par leurs agissements. Paradoxalement, les contraintes tacites que le droit coutumier exerce sur les relations ennemies ont plus de chances de se développer au cours d'une guerre active que dans le cas où les relations se trouvent dans une impasse hostile ; se battre l'un contre l'autre est en ce sens une relation sociale, parce qu'elle implique une communication.

Que le droit coutumier soit, comme je l'ai dit, facilement adaptable à toute une gamme de contextes sociaux ne signifie pas qu'il conserve les mêmes qualités partout où il apparaît. Au contraire, il peut changer radicalement de nature lorsqu'il passe d'une extrémité du spectre à l'autre. Au point le plus extrême de l'intimité, le droit coutumier a affaire, non pas principalement avec des actes et des prestations qui sont prescrits, mais avec des rôles et des fonctions. Le fonctionnement interne d'une famille, d'un groupe formé par des liens de parenté, voire d'une tribu, peut exiger non pas une simple conformité formelle aux règles mais une répartition de l'autorité. Il peut demander que les individus qui adoptent des décisions et formulent des directives se sentent responsables de la protection des intérêts du groupe. Dans la zone intermédiaire, qui se caractérise par des transactions commerciales distantes, le droit coutumier fait abstraction des qualités et des tempéraments de la personne et concentre son attention sur la tâche d'attribuer à tout comportement extérieur des conséquences appropriées et clairement définies. Enfin, lorsque nous entrons dans le domaine des relations hostiles, la teneur générale du droit coutumier change nettement. Ici, le premier *desideratum* est de parvenir – évidemment par des actes et non par des mots – à la communication claire de messages d'une teneur plutôt limitée et négative ; par conséquent, l'accent est mis sur le symbolisme et le rituel.

À mon avis, il convient de garder à l'esprit l'influence du contexte social, lorsque l'on compare les points de vue parfois contradictoires des anthropologues sur la nature du droit coutumier. Il est intéressant à cet égard de comparer deux ouvrages qui sont devenus des classiques : Malinowski, *Crime and Custom in*

Savage Society (1926), et Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955, 2^e éd. 1967).

[32] Malinowski considère que la réciprocité des avantages conférés est le principe central du droit coutumier ; dans un moment d'imprudence, il suggère même que la sanction, qui assure le respect des règles du droit coutumier, consiste à menacer tacitement celui qui n'apporte pas sa contribution de voir les autres refuser la leur. Bien que Gluckman prenne la plupart du temps le soin de limiter ses généralisations à la société particulière qu'il a étudiée, il semble considérer que « l'homme raisonnable » est un concept central du droit coutumier en général. Pour Gluckman, l'homme raisonnable est celui qui connaît son rôle et ses responsabilités, et qui répond de manière appropriée aux exigences changeantes de la vie de groupe. En simplifiant quelque peu, nous pouvons dire que le personnage central aux yeux de Malinowski est essentiellement un commerçant, bien qu'il s'agisse d'un commerçant qui négocie sur la base de conditions largement fixées par la tradition plutôt que par la négociation. Pour Gluckman, c'est l'homme de la tribu consciencieux qui se sent responsable du bien-être du groupe.

Cependant, lorsque l'on observe les organisations internes des deux sociétés étudiées, à la fois économiques et impliquant des liens de parenté, on comprend pourquoi les deux chercheurs ont proposé des conceptions aussi divergentes du modèle de l'homme, implicite dans le droit coutumier. Malinowski commence son récit en remarquant que les objets humains de son étude, qui vivent dispersés sur différentes îles, sont « férus de commerce et d'échanges ». La première situation concrète qu'il évoque concerne deux communautés formées en village, qui sont situées sur la même île à une certaine distance l'une de l'autre, l'une étant établie sur la côte, l'autre à l'intérieur des terres. En vertu d'un accord permanent entre les deux communautés, le village côtier fournit régulièrement du poisson au village de l'intérieur et reçoit en retour des légumes. Le commerce entre les deux n'est pas, bien sûr, le produit d'un marchandage explicite. En effet, à certains moments, chacun des villages cherchera, non pas à donner à l'autre une quantité réduite de produits, mais à humilier l'autre en le surpassant.

Chez les Barotse de Gluckman, en revanche, la production et la consommation économiques sont en grande partie organisées sur la base de la parenté. Les cas soumis au *kuta* étudiés par Gluckman étaient principalement des cas qui pourraient être décrits comme impliquant les affaires personnelles d'une famille étendue, bien que ces affaires aient inclus quelques conflits de propriété. Un échantillon des titres que Gluckman attribue à ces cas évoquent la gamme des cas étudiés : « L'affaire de l'adultère entre cousins », « L'affaire du grenier de l'épouse », « L'affaire du mari qui urine », « L'affaire du barrage à poissons du chef (ou) du « chef avare » ». L'atmosphère des différends et des décisions, rapportée de manière si vivante par Gluckman, nous rappelle ce que l'on pourrait attendre d'un tribunal des relations domestiques, qui joue le rôle de médiateur dans les affaires

enchevêtrées au sein de la famille et qui, occasionnellement et à contrecœur, exerce un pouvoir pour les rappeler à l'ordre par une décision judiciaire volontariste (*judicial fiat*).

Il est clair que les deux systèmes de droit coutumier étudiés par Malinowski et Gluckman [33] fonctionnaient dans des contextes sociaux tout à fait différents, bien que cela ne signifie pas qu'un Malinowski ne pourrait pas trouver des éléments de réciprocité ou d'échange chez les Barotses, ou qu'un Gluckman ne pourrait pas trouver une bonne occasion d'appliquer le concept de « l'homme raisonnable » chez les Trobriandais. D'une manière générale, je dirais que si nous cherchons à découvrir des constantes parmi les différents systèmes de droit coutumier, nous les trouverons dans les processus interactionnels par lesquels ces systèmes apparaissent, plutôt que dans le produit spécifique qui émerge, qui doit nécessairement refléter l'histoire et le contexte. Je suggérerais en outre que si nous examinons de près les divers contextes sociaux de notre propre société, nous trouverions des équivalents de presque tous les phénomènes censés caractériser le droit primitif.

Pour reprendre notre analyse des effets du contexte social sur les différentes formes de droit, il nous reste à examiner le droit promulgué tel que l'illustre la loi. D'emblée, je pense qu'il est évident que le « terrain familial » du droit promulgué coïncide largement avec ce que nous avons déjà considéré être le plus favorable au principe d'organisation par le contrat, c'est-à-dire la zone médiane du spectre des contextes sociaux – la région peuplée d'étrangers amicaux, dont les relations mutuelles sont généralement ouvertes, dans le sens où elles ne sont pas préstructurées par des liens de parenté ou des répulsions liées à une hostilité partagée.

Si le droit promulgué et le droit contractuel se ressemblent, parce que le point médian du spectre des contextes sociaux leur est agréable, ils sont également tous deux inaptes à tenter de mettre en place une quelconque réglementation interne de la famille. Si un contrat entre les parties elles-mêmes est un instrument trop direct et inefficace pour façonner les affaires d'une famille, on pourrait répéter la même chose avec d'autant plus d'insistance si l'on tentait d'imposer des réglementations étatiques détaillées aux relations personnelles nées du mariage et de la parentalité³¹.

Pourtant, comme je l'ai souligné, une grande partie du droit coutumier remplit – et remplit souvent bien – la fonction de mettre en ordre les relations de parenté. Comment expliquer cette qualité particulière du droit coutumier des affaires familiales ? Je pense que celle-ci découle du fait que le droit coutumier ne se limite pas à exiger ou à interdire des actes précisément définis. Il peut également attribuer des rôles et des fonctions, puis, lorsque l'occasion se présente, demander à ceux qui les remplissent de rendre compte de leurs actions. Cette idée n'est pas en

³¹ Je ne parle ici évidemment pas de problèmes tels que la maltraitance des enfants, l'enseignement obligatoire, etc.

contradiction avec l'analyse du droit coutumier présentée au début de cet essai. Des attentes interactionnelles stables peuvent naître en référence à des rôles et des fonctions, mais aussi à des actes spécifiques ; un langage d'interaction ne contiendra pas seulement un vocabulaire relatif aux actions mais aussi une grammaire élémentaire qui organisera les actions sous forme de modèles significatifs.

[34] Il est important de remarquer que les qualités mêmes du droit promulgué, qui font de lui un instrument inapte à régler les relations intimes, sont précisément celles qui lui confèrent une capacité spéciale à mettre en ordre les interactions entre les hommes au sein de la société impersonnelle plus large. Dans ce contexte étendu, il est nécessaire d'imposer *a minima* des règles qui fixeront les limites que les hommes doivent respecter dans leurs interactions les uns avec les autres, en les laissant libres de poursuivre leurs propres objectifs au sein de ce cadre limitatif. Réciproquement, cela signifie que le droit doit porter sur des actes définis, et non sur des dispositions de volonté ou d'esprit. Le règne du droit confronte les actes d'un homme au droit, et non l'homme en lui-même à un idéal sous-jacent aux prescriptions du droit.

Ce qui est en jeu ici ressemble à la distinction entre le jugement de la personne et le jugement de l'acte³². Dans le cours habituel de la vie, ces deux formes de jugement sont en interaction constante. Nous jugeons ce qu'est un homme par sa façon d'agir ; nous analysons ses actes comme manifestant ce qu'il est. Nous savons qu'un homme doit parfois agir comme il le fait « parce qu'il correspond à ce genre de personnes » ; nous savons aussi qu'au cours de sa vie, un homme se forge, dans une certaine mesure du moins, le genre de personne qu'il est grâce à une multitude de décisions relatives à sa façon d'agir dans des situations spécifiques.

Les systèmes de droits primitifs, y compris le *common law* de l'Angleterre à ses débuts, acceptent sans scrupules cette vision commune de la question et ne se soucient guère de préserver une distinction entre l'homme et son acte. Le jury était à l'origine choisi dans le voisinage immédiat, afin qu'il puisse connaître personnellement les plaideurs et être même parfois au courant des faits de la controverse. Le droit pénal comprenait ce que l'on appelait les crimes de statut – par exemple, le crime d'« être une vulgaire harpie ».

Tout ceci a évidemment changé de manière radicale. Aujourd'hui, dans un procès pénal, les individus que l'accusé connaît personnellement sont normalement exclus du jury, les preuves d'une mauvaise conduite passée ne sont pas admissibles et il est impensable qu'un témoin, bien qu'il puisse être proche de l'accusé, soit autorisé à dire au jury à quel genre de personnes l'accusé lui fait

³² J'ai tenté d'appliquer certaines des conséquences de cette distinction aux systèmes juridiques internes des associations volontaires dans mon article, « Two Principles of Human Association », *Voluntary Associations*, Éd. J. Roland Pennock et John Chapman, Atherton Press, 1969, p. 3-23, v. particulièrement p. 17-19. [v. dans ce volume, p. 81-83.]

penser³³. Il revient au jury de déterminer du mieux qu'il peut quel(s) acte(s) le défendeur a commis et de confronter ensuite ces actes aux prescriptions du droit.

Cette image d'une justice sèche et économe, qui détourne délibérément son regard [35] de l'homme lui-même, s'assombrit cependant considérablement lorsque l'on prend en compte ce qui se passe avant et après la confrontation en audience publique. Avant que l'affaire ne soit portée devant le tribunal, le défendeur doit être arrêté. Il est certain que rares seraient les policiers qui arrêtent systématiquement – et sans tenir compte de la nature et des circonstances du délit – chaque personne qu'ils suspectent d'avoir commis un crime. Il est certain que lorsqu'il s'agit d'infractions mineures, le policier fait preuve de « jugement », comme il est attendu de lui qu'il le fasse ; ce jugement est inévitablement influencé par sa perception du suspect, du type de personne que celui-ci semble être. Lorsque l'affaire est portée devant le procureur, celui-ci est à son tour influencé dans une certaine mesure par des considérations similaires lorsqu'il décide de procéder à une inculpation. S'il décide que l'affaire sera jugée, s'ensuivra habituellement un processus que l'on appelle aujourd'hui la négociation de peine. Il s'agit d'une procédure par laquelle le procureur et l'avocat de la défense tenteront, avec l'approbation du tribunal, de parvenir à un accord par lequel le défendeur plaidera coupable d'un chef d'accusation moins grave que celui qui apparaît justifié aux yeux des représentants de l'État. L'issue de ce processus est inévitablement influencée par les opinions sur les traits de caractère principaux du défendeur. Si l'affaire va jusqu'au procès et que l'accusé est reconnu coupable, la question de la peine appropriée doit être tranchée. Pour trancher cette question, le juge tiendra compte de ce qu'il sait de l'accusé lui-même, de son passé et de ses propensions futures probables. Des considérations similaires détermineront évidemment la possibilité d'une libération conditionnelle ou d'une grâce. Enfin, si l'on tient compte du fait que probablement moins de dix pour cent des accusations criminelles déposées aboutissent à un procès, l'accent mis en audience publique sur l'acte, plutôt que sur la personne du défendeur, perdra de son importance au point de ne ressembler qu'à une sorte d'hommage symbolique au principe appelant à juger l'acte et non l'homme.

Cependant, ce symbolisme est d'une importance vitale. Si celui-ci était un jour complètement perdu de vue, le principe de légalité et le règne du droit deviendraient un simulacre vide de sens. Les contradictions apparentes dans l'ensemble des processus du droit pénal sont tolérables parce que, au minimum, les personnes directement concernées perçoivent que des rôles institutionnels distincts sont joués par ceux qui arrêtent, poursuivent, défendent, jugent, condamnent, prononcent une libération conditionnelle, mettent fin à la détention

³³ Évidemment, je ne cherche pas à étudier ici le témoignage d'un expert concernant la santé mentale du défendeur. On pourrait toutefois suggérer que les utilisations juridiques modernes de la psychiatrie posent des problèmes difficiles, lorsqu'elles sont envisagées à la lumière de la dichotomie personne-acte.

et gracieux – tous ces rôles étant orientés vers l’accomplissement de fonctions différentes. Il n’est pas certain que ces distinctions soient toujours perçues par la population ou par l’accusé lui-même. Il ne fait cependant aucun doute qu’une division aussi élaborée des fonctions serait impossible dans une société organisée autour des liens d’intimité ; elle présuppose des processus vastes et impersonnels.

Lorsque nous analysons la question sous cet angle, il devient évident que dans une société moderne complexe, le droit promulgué et les principes d’organisation implicites du droit coutumier ne doivent pas simplement être considérés comme des moyens alternatifs pour ordonnancer [36] les interactions entre les hommes. Ils sont plutôt utiles en se complétant mutuellement par une sorte de division naturelle du travail. De manière générale, nous pouvons dire que le droit promulgué sera défaillant pour régler des relations complexes d’interdépendance, qui ne peuvent pas être organisées par des règles fixes précisant les devoirs ou les habilitations ; ces situations ne se limitent nullement à ce que nous appellerions des relations intimes au sens affectif du terme³⁴. Le fait qu’elles ne puissent pas être mises en ordre par un acte législatif ne signifie pas qu’elles ne peuvent pas et ne font pas l’objet, dans notre société, d’un ordonnancement effectif par des processus discrets, qui seraient appelés droit coutumier dans une société primitive.

Une grande partie de ce qui est écrit aujourd’hui semble supposer que notre société au sens large est capable de fonctionner grâce à une combinaison du sens moral de l’individu et du contrôle social, grâce à la menace de sanctions à l’aide du droit de l’État. Nous devons nous rappeler que nous orientons constamment nos actions les uns vers les autres en fonction d’indicateurs qui ne sont fixés ni par la morale, au sens ordinaire du terme, ni par la lettre des textes de loi. Si ce chapitre a permis de raviver une certaine reconnaissance de ce fait, je serais satisfait.

³⁴ J’ai essayé de montrer le caractère inadéquat des règles et des processus juridiques formels d’*adjudication* pour répondre aux problèmes « polycentriques », dans « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wisconsin Law Review*, 1963, vol. 1963, n° 1, p. 3-46, et « Irrigation and Tyranny », *Stanford Law Review*, 1965, vol. 17, n° 6, p. 1021-1042.