

[Texte de 1944. Pagination conforme à la nouvelle publication de ce texte dans les *Études sociologiques*, Genève, 1965.]

LES RELATIONS ENTRE LA MORALE ET LE DROIT

Nous nous proposons, en cet article, de dégager certains mécanismes communs aux faits moraux et aux faits juridiques, ainsi que certaines différences ou oppositions. Sans cesse repris, soit au point de vue des délimitations pratiques (en particulier chez les juristes, pour lesquels la question de frontières se pose quotidiennement), soit au point de vue de la philosophie du droit ou de la philosophie morale, le problème des relations entre le droit et la morale intéresse à coup sûr la sociologie pure. C'est sur ce dernier terrain que nous nous placerons exclusivement, mais cette position spéciale et bien délimitée des questions appelle peut-être quelques éclaircissements préalables pour le lecteur dont les habitudes d'esprit de juriste, de moraliste ou de philosophe l'éloigneraient de la manière propre au sociologue, qui est d'expliquer les faits sociaux comme des faits, en s'efforçant constamment de ne point les évaluer, même du point de vue de son système métaphysique personnel.

I

La sociologie juridique constitue, en effet, une discipline bien distincte de la science du droit ou de la philosophie du droit. Ces dernières se placent nécessairement au point de vue normatif, c'est-à-dire qu'elles réduisent la connaissance des règles de droit à l'analyse de leur validité, sans chercher à les expliquer par des faits psychologiques ou historiques extérieurs au droit lui-même. La sociologie juridique, au contraire, considère ces règles comme des faits parmi les faits et tend à les interpréter en fonction de l'ensemble des autres faits sociaux au lieu de rechercher, comme les juristes purs, ce qui est juridiquement valable, elle se demande simplement comment les hommes en société en sont venus à élaborer des droits ou des obligations et à les considérer comme

valables ; et, au lieu de se poser ces dernières questions en fonction d'un système spéculatif d'ensemble, comme la philosophie du droit, elle les discute sur le seul terrain de l'observation et de l'expérience. De même, la sociologie morale ne se demande pas, avec le moraliste, ce qui est bien et ce qui est mal, mais elle borne sa curiosité à rechercher, non pas au nom de quels principes, mais en vertu de quel processus causal, les hommes en société considèrent certaines actions ou pensées comme bonnes ou comme mauvaises (sans les évaluer elle-même) et en vertu de quel mécanisme ils parviennent à les sanctionner. Bref, de même que la sociologie et la psychologie de la pensée étudient comment se forme la raison, tandis que la logique recherche ce qui est vrai et faux, de même la sociologie morale et juridique analyse la construction progressive des règles relatives aux mœurs, tandis que l'éthique ou le droit en déterminent la validité. Plus brièvement encore, la sociologie explique sans chercher à fonder, tandis que le droit, la morale ou la logique visent à fonder sans poursuivre l'explication proprement causale.

Pour mieux faire comprendre cette différence entre les sciences de faits ou de causalité « réelle », que sont la sociologie ou la psychologie, et les disciplines normatives ou d'implication « idéelle » (et, sur le terrain juridique, d'« imputation » comme s'exprime H. Kelsen), qui sont le droit, la morale et la logique, prenons un exemple tiré d'un domaine où les conflits entre le normatif et le causal n'existent presque plus celui de l'étude de la raison que se partagent la logique et la psychologie de la pensée. Soit une proposition telle que $A = B ; B = C ;$ donc $A = C$. Le logicien se borne à rechercher pourquoi cette proposition est vraie (ou logiquement « valable »), tandis que la proposition $A = B ; B = C$ donc $A < C$ est fautive et non valable logiquement, mais il ne se demandera pas comment se constituent ces propositions dans la pensée vivante et concrète. Il cherchera les principes qui puissent à la fois fonder la première et invalider la seconde, mais il aura tendance, pour rendre ces principes ou ces « fondements » plus sûrs, à les soustraire aux facteurs d'expérience et à les axiomatiser sous la forme de connexions purement idéales et *a priori*. Le psychologue, au contraire, se demandera comment apparaissent ces propositions et comment elles se construisent. Il constatera que le maniement de la première est tardif¹

¹ A partir de 6 ou 7 ans chez l'enfant normal.

et nullement inné, et surtout qu'il est lié à certaines conditions mentales le rendant possible et l'expliquant (ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elles le « fondent ») p. ex. la conservation des données perceptives et la réversibilité de la pensée. Bref, entre ces deux sciences très distinctes que sont la logique et la psychologie de la pensée, il ne saurait y avoir de conflit. L'une éclaire au contraire l'autre, parce que l'une est l'axiomatique dont l'autre est la science concrète correspondante. Or, il en va de même entre le droit et la sociologie juridique. La « science du droit », qui cherche à fonder les normes juridiques, recourt à des principes qui sont en réalité des axiomes et, de Roguin à Kelsen, on assiste aux progrès de cette axiomatisation graduelle. Mais la science qui « fonde » ne saurait être en même temps celle qui explique causalement, et le problème reste entier de savoir comment les sociétés humaines en sont venues à constituer et à reconnaître le droit, c'est-à-dire en fait à construire des règles considérées par le groupe social comme valables et obligatoires.

Il est vrai qu'une doctrine (une des nombreuses doctrines qu'a engendrées la philosophie du droit par opposition à la science juridique pure) s'offre à nous, qui prétend atteindre simultanément ces deux buts de « fonder » le droit et de l'expliquer en fonction de la nature humaine : c'est la théorie du « droit naturel », sous les multiples formes qu'elle a successivement revêtues. Mais les principes du droit naturel, qui paraissent tautologiques aux juristes « purs »¹, ne peuvent non plus satisfaire la sociologie juridique et cela, chose intéressante, pour la raison inverse : ils affirment trop et dépassent les cadres de la vérification d'ordre scientifique. Sans doute, tous les sociologues accorderont-ils qu'en chaque société humaine il existe la croyance en une justice supérieure au droit positif et que cette aspiration peut jouer un rôle causal important dans les transformations du droit. Même Pareto, qui plaisantait Justinien d'avoir accordé un droit « naturel » de mariage aux lombrics et aux puces, est bien obligé de classer dans les « résidus » essentiels les sentiments du juste et de l'injuste, donc de reconnaître leur action causale sur la société. Seulement, le fait admis, il s'agit de l'expliquer, et c'est ici que la discussion commence sans que l'interprétation propre à l'hypothèse du « droit naturel » s'impose nécessairement.

¹ Exemple: « Pacta sunt servanda ». En quoi consisteraient, en effet, des *pacta* qui ne seraient pas *servanda* ?

Première solution : cette aspiration constante de justice résulte de la nature humaine telle qu'elle a été voulue et créée par Dieu. C'est ainsi que les néo-thomistes et, chez nous, M. F. Guisan, conçoivent le Droit comme solidaire d'une métaphysique d'ensemble, et il est clair que le sociologue ne saurait ni approuver ni critiquer ce point de vue puisqu'il est en dehors de son domaine. Tout au plus remarquera-t-il que le droit naturel s'est curieusement métamorphosé, de la sorte, en un droit surnaturel, et que cette position ne peut être d'aucun secours dans l'explication particulière des faits sociaux, car expliquer le droit par la volonté divine c'est un peu comme si l'on cherchait à rendre compte des lois physiques en disant que Dieu a voulu la causalité : il reste ensuite à comprendre le détail des phénomènes et ce sont les causes secondes, et non pas la cause première, dont s'occupe la sociologie.

Deuxième solution : le droit naturel serait inné et constituerait ainsi l'expression héréditaire d'une nature humaine que l'on concevrait en elle-même et indépendamment de toute hypothèse métaphysique. Nous sommes bien ici sur le terrain des faits et des vérifications possibles, mais la démonstration reste entièrement à fournir. En effet, les réalités morales comme les réalités logiques ne semblent point donner lieu à des transmissions héréditaires, et elles se construisent en fonction des interactions ou contacts entre les individus. Or, il n'y a pas de raison pour que les réalités juridiques occupent une position à part et présentent une innéité inconnue des autres normes humaines. Au reste, cette innéité des principes du droit est en fait soutenue seulement par les auteurs qui espèrent en tirer argument en faveur de l'hypothèse théologique dont nous venons de faire mention. Mais pourquoi voudrait-on que la volonté divine se manifestât davantage par le moyen des transmissions héréditaires que par celui de lois sociales extérieures à l'individu ? C'est que les premières paraissent plus sûres que les secondes, mais à la condition peut-être de n'y avoir pas regardé de très près : du point de vue réellement « naturel » auquel se placent les sociologues en rivalisant avec les philosophes du droit, un groupe d'être humains est susceptible d'être régi par des lois (au sens scientifique du mot) aussi stables qu'un groupe de substances germinales ou de « gènes », et le Droit n'a pas nécessairement à gagner à préférer celui-ci à celui-là.

Troisième solution : l'aspiration de justice propre à toutes les sociétés humaines serait l'expression, non pas de facteurs antérieurs à l'évolution sociale (nature humaine » innée chez l'individu) mais de lois d'équilibre immanentes à la société. En effet, quelles que soient les règles de droit positif en vigueur dans une société donnée, elles ne parviennent jamais à équilibrer tous les intérêts ou toutes les valeurs en présence. On peut donc toujours supposer qu'en plus des règles admises et par conséquent à la source de certaines règles nouvelles, se trouve une tendance permanente vers plus d'égalité, plus de réciprocité, plus de justice, parce que ce sont là les formes d'un meilleur équilibre. En ce cas les soi-disant principes du droit naturel résulteraient d'un *terminus ad quem* et non plus *a quo*, d'un équilibre nécessaire vers lequel tendent les relations sociales, et non plus d'une structure antérieure à toute société. La valeur pratique de la croyance au droit naturel serait ainsi sauvegardée et les difficultés théoriques de la doctrine seraient éliminées. Mais il faut bien comprendre qu'alors nous sortons du domaine des hypothèses classiques propres au « Droit naturel », car, par un paradoxe sémantique que nous livrons à la curiosité des linguistes, on fausse compagnie aux juristes aujourd'hui appelés « naturalistes » dès que l'on considère la société comme un phénomène « naturel ». Au temps de Puffendorf et de Grotius, la société était conçue comme artificielle et la « nature humaine » comme seule naturelle. Le sociologue d'aujourd'hui serait tenté de retourner ces deux affirmations, sauf à soutenir que la vraie « nature humaine » est celle de la personne socialisée par opposition à l'individu présocial (le petit enfant).

Bref, cette troisième solution reviendrait à dire que deux ou trois individus ayant toujours vécu isolés sur une île déserte en arriveraient nécessairement à l'idée de justice, sans que cela implique qu'ils l'aient eue en eux d'avance. Résultat nécessaire des interactions sociales, le droit – « naturel » aussi bien que positif – requiert donc une explication sociologique au lieu de l'éviter. Mais, répétons-le, le champ de cette explication est à la fois plus modeste et plus restreint que celui de la philosophie du droit : la sociologie juridique s'en tient aux seuls faits d'observation et d'expérience, sans viser à « fonder » le droit sur aucun principe *a priori*. Elle appelle donc la constitution d'une axiomatique complémentaire, comme est la science du droit « pur », et elle se borne à la compléter, loin de s'y substituer. Peut-être

qu'un jour, on considérera l'axiomatique du droit comme un simple complément de la sociologie juridique, mais la relation de complémentarité étant réciproque ou symétrique, et non pas unilatérale ou asymétrique, il n'est point de disputes à prévoir dans cette direction-là, et, en attendant que la sociologie juridique ait assez d'adeptes pour rivaliser avec les juristes « purs », beaucoup de travail utile doit encore être fourni pour dépasser le niveau des études préliminaires.

II

Parmi ces questions d'introduction, il est un problème préjudiciel particulièrement délicat à résoudre, mais dont la solution est indispensable à la poursuite des travaux : c'est celui précisément des limites entre le droit et la morale. Pour ce qui est des règles qui régissent nos sociétés, la délimitation est aisée en pratique : le droit se confondra avec les lois codifiées par l'Etat tandis que la morale se déduira aux obligations non codifiées. Seule la jurisprudence soulèvera les questions de frontières lorsqu'il s'agira d'apprécier p. ex. des nuances d'équité, de circonstances atténuantes ou d'immoralité au sens restreint du terme. Par contre, si l'on s'essaie à répartir en moraux ou juridiques les usages propres aux sociétés dites primitives, ne possédant pas ou presque pas de lois écrites, le problème devient fort malaisé à dominer : les mœurs relatives au « potlatch », p. ex. (échange en vue du prestige plus que des intérêts matériels), ou aux dons et présents réglés par des coutumes presque ritualisées, sont-elles d'ordre moral ou juridique ? Et les divers types de vengeance et de représailles ? Et les règles relatives à l'acte sexuel, etc., etc. ? Tous les intermédiaires relient les pôles extrêmes, seuls bien définis. Un problème théorique essentiel se pose donc d'emblée pour la sociologie juridique, qui est de distinguer le droit de la morale, et, même en ce qui concerne nos sociétés, la facilité d'effectuer cette distinction en pratique n'exclut nullement la difficulté très grande de la formuler en théorie.

C'est ce que prouvent dès l'abord le grand nombre et la diversité des conceptions qui ont été proposées par les meilleurs¹

¹ Ou par la coutume, comme en Grande-Bretagne, mais par une coutume reconnue dans la jurisprudence des tribunaux d'Etat.

auteurs. Nous allons maintenant en exposer et en discuter quelques-unes, car cette discussion, même sommaire, permettra de mettre en évidence plusieurs des aspects essentiels de cette redoutable question.

Un premier groupe de doctrines peut être caractérisé par la conception d'une communauté de nature entre le droit et la morale, les seules différences tenant au degré plus ou moins grand de coordination collective ou publique. Telle est en somme l'opinion de Duguit ainsi que de Durkheim et de son école. Selon Durkheim le droit comme la morale sont caractérisés par l'existence de règles obligatoires et sanctionnées par la collectivité, mais les sanctions propres au droit sont réglementées tandis que celles définissant la morale sont « diffuses », c'est-à-dire non réglementées. Il s'y ajoute qu'aux sanctions répressives communes à la morale et au droit, ce dernier connaît également des sanctions « restitutives » (auxquelles l'idée de blâme n'est point attachée et qui consistent simplement à réparer les dommages d'ordre matériel comme dans une cause civile) qu'ignore la morale. Mais le degré de réglementation n'intéressant que la forme extérieure des règles, les réalités morales et juridiques sont identiques quant au fond et procèdent toutes deux d'une même contrainte exercée par le groupe sur les individus. D'un tout autre point de vue et en insistant sur la « nature humaine » individuelle plus que sur le groupe social, les néo-thomistes défendent une conception analogue. Le droit tout entier rentre dans la morale puisqu'il est sanctionné par elle, mais elle le déborde pour les raisons suivantes : le droit est limité par l'administration de la preuve, tandis qu'il existe des conduites morales relevant de la conscience seule à l'insu des autres individus. Il s'agit donc encore d'une simple différence de degré et non pas d'une opposition de nature interne.

Mais cette hypothèse d'une communauté de nature nous paraît difficilement soutenable en ce qui concerne en particulier nos sociétés, et cela pour au moins deux raisons. La première est qu'il existe de fréquents conflits entre le droit et la morale. Par exemple, un réfractaire au service militaire pour des raisons de conscience invoque des mobiles auxquels on ne saurait refuser la qualité d'être moraux, et cela cependant pour désobéir à ce qu'il sait bien être le droit positif. L'exercice d'une fonction publique peut aussi occasionner des conflits entre l'obéissance à certains ordres, dont la validité juridique est incontestable, et la conscience personnelle,

etc. En second lieu, il existe une influence réciproque entre la vie juridique et la vie morale d'une même société : c'est ainsi que M. Ripert a pu écrire un livre intéressant sur « la règle morale dans les obligations civiles » dans lequel il relève les effets et la conscience morale collective sur les transformations du droit français. Or, une influence réciproque, due à des mouvements périodiques d'opinion, autant que les conflits eux-mêmes, atteste assurément une dualité de contenu et non point seulement de forme, entre les deux sortes de réalités sociales dont nous recherchons ici les rapports.

Inversément, certains partisans du droit naturel voient dans les règles morales et juridiques deux sortes de règles distinctes dès le principe, par leur contenu autant que par leur forme, comme s'il existait à tous les niveaux de développement une différence de nature entre le droit et la morale. Mais cette autre position extrême ne saurait non plus nous retenir, parce qu'il semble incontestable que la différenciation entre les deux réalités s'est accrue au cours de l'évolution des groupes sociaux et qu'elle est beaucoup moins poussée dans les sociétés dites « primitives » que ce n'est le cas dans les nôtres.

Ni identité de nature ni opposition radicale, tel est donc notre point de départ. Il s'agit ainsi de trouver une conception telle que les différences et les ressemblances soient marquées suffisamment, entre le droit et la morale, pour n'exclure ni l'existence de mécanismes communs, ni une différenciation progressive à partir d'une éventuelle communauté d'origine. Examinons, à cet égard, un certain nombre de points de vue bien connus, tels que ceux de Roguin, de Pétrajitzsky, de Kelsen, ou ceux plus récents de Gurvitch et de Timacheff. Avec une régularité frappante, ces divers auteurs, qui ont essayé de souligner surtout les oppositions, vont nous montrer au contraire, à la discussion de leurs hypothèses particulières, combien la parenté des fonctionnements moraux et juridiques est plus grande qu'on ne saurait l'imaginer sans une analyse psychosociologique portant sur la genèse des conduites.

Roguin soutient avec raison¹ que la distinction du droit et de la morale est aussi importante à connaître, pour le sociologue, que celle des Vertébrés et des Invertébrés pour le zoologiste. Souhaitons donc que l'on découvre à cet égard un critère de classi-

1 E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, p.134.

fication aussi clair que celui de la présence ou de l'absence d'une épine dorsale, mais avouons en même temps que les indications fournies par le grand juriste vaudois sont encore éloignées de cette netteté désirable. Pour cet auteur, les réalités juridiques et morales sont comparables à deux surfaces qui auraient une partie commune, mais dont chacune déborderait l'autre par ailleurs. C'est ainsi qu'il existe une quantité de règlements juridiques n'intéressant pas la morale et qu'inversement la morale, à laquelle aucune conduite individuelle ne reste étrangère, légifère sur certaines actions ne concernant pas le droit : plus précisément celles-ci sont « autorisées par le droit, qui ne s'en occupe pas davantage »¹. En quoi consiste alors l'opposition du juridique et de l'éthique ? Elle tient essentiellement, selon Roguin, au caractère de la sanction, celle-ci étant coercitive et extérieure, dans le domaine du droit, parce qu'elle résulte alors de l'autorité collective, tandis qu'elle se réduit en morale à des « châtiments internes » (remords, tourments et crainte de l'au-delà). Seulement, si claire que puisse paraître une telle distinction, elle ne résiste pas à l'examen des faits, en particulier du point de vue psychogénétique. Tout d'abord, la morale des adultes eux-mêmes serait sans doute plus fragile qu'elle ne l'est déjà, si elle n'était sanctionnée que par des « châtiments internes » et si le blâme et la pression de l'opinion des autres ne venaient consolider la voix intérieure de certaines consciences. Mais ensuite, et surtout, il s'agit au point de vue sociologique d'établir si cette voix et les « châtiments internes » qu'elle entraîne sont vraiment intérieurs dès le berceau ou s'ils ne constitueraient pas, au contraire, des produits de l'intériorisation progressive d'influences extérieures, donc des effets de la socialisation due à la famille et à l'éducation. Or, tout ce que nous savons aujourd'hui de la genèse de l'obligation de conscience² semble indiquer que les consignes reçues par le petit enfant, ainsi que le respect éprouvé par lui à l'égard de ceux qui les donnent, sont les facteurs déterminants de cette formation. Il s'ensuit que, au point de départ de la vie morale, les sanctions sont externes (blâme et punitions émanant des parents) et coercitives comme dans le domaine du droit, et surtout que les obligations morales comme juridiques ont pour première source une autorité

¹ *Op. cit.*, p. 138.

² Voir notamment P. BOVET, *La genèse de l'obligation de conscience*, Année psychologique (Paris) 1912 et J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*. Paris (Alcan) 1927.

supérieure : en l'espèce celle du père et de la mère. On répondra peut-être, pour conserver le sens de la solution proposée par Roguin, que cette autorité demeure familiale, tandis que l'autorité juridique concerne la société entière et se cristallise dans la notion d'Etat. Sans doute, en ce qui concerne nos sociétés bien différenciées, mais si l'on applique ce critère aux sociétés tribales de la Polynésie, dans lesquelles la famille se confond avec le clan lui-même, pourra-t-on se borner à dire que les règles du clan sont morales et celles de la tribu juridiques ? Ce serait un peu simple. Bref, il y a une autorité morale comme une autorité juridique, des sanctions « externes » en morale comme en droit, et sans doute même une intériorisation des obligations juridiques comme des obligations éthiques. Alors ?

Petrajitzsky, le grand philosophe du droit, cherche à préciser les choses, mais sur le point qui nous intéresse sa conception se rapproche, dans le fond, de celle de Roguin. Pour lui, le rapport juridique (et il existe de tels rapports sur une échelle infiniment plus large que celle du droit codifié) est « bilatéral » et « impératif-attributif », c'est-à-dire qu'il suppose toujours au moins deux partenaires dont l'un est obligé tandis que l'autre se voit attribué un droit par cette obligation même : tout rapport juridique entre A et B est donc à la fois impératif pour A, puisqu'il l'oblige, et attributif pour B puisque l'obligation de A équivaut à un droit de B. Le fait moral, au contraire, serait « unilatéral » et seulement impératif », parce que l'obligation morale de A demeure intérieure à A et ne confère aucun droit à B. Exemple : si A est tolstoïen et éprouve le devoir moral de distribuer sa fortune aux pauvres, B qui est pauvre n'en peut cependant tirer aucun droit à la réclamer. Mais, quoique fort élégante, cette solution ne saurait nous satisfaire davantage que celle de Roguin, et pour les mêmes raisons. Comme nous l'avons déjà fait remarquer ailleurs¹, si l'on admet que l'obligation morale tire sa source, non pas d'un processus héréditaire ou inné, mais des consignes ou exemples émanant des personnes respectées, le fait moral constitue lui aussi un rapport bilatéral, et même un double rapport lorsque le respect devient mutuel. L'amusant exemple de Petrajitzsky est particulièrement clair à cet égard. Pourquoi, en effet, le tolstoïen A se

¹ Voir PIAGET, *Essai sur la théorie des valeurs qualitatives*, dans ce volume.

fait-il un devoir de distribuer sa fortune aux pauvres ? C'est la question que le sociologue se posera nécessairement, tandis que le philosophe du droit s'est seulement demandé ¹ si cette obligation de A constitue un droit pour B (ce que nous nous accordons volontiers à contester). Or, la réponse est facile à donner : c'est parce que A respectait Tolstoï qu'il en est venu à adopter ses consignes et à les intérioriser sous forme de devoirs. Quant à Tolstoï, c'est au Christ lui-même qu'il se serait référé. Dès lors, le rapport moral n'est pas tant à chercher entre A et B, qu'entre A et T il devient alors bilatéral puisque ce sont les consignes de T qui obligent A, et même peut-être impératif-attributif puisqu'au respect de A pour T et à l'obéissance de A aux consignes de T correspond un droit (moral) de T de formuler des consignes et de faire respecter les valeurs qu'il transmet. Dans le cas d'un père et de son enfant, la chose est même évidente et l'on ne considérera cependant pas comme uniquement juridique le droit du père à exercer une autorité morale sur son fils. Quant au rapport entre A et B (toujours dans l'exemple du tolstoïen), si A donne sa fortune à B, B deviendra son « obligé » et, même à n'invoquer que le respect mutuel, il contractera ainsi à l'égard de A une obligation de reconnaissance, d'estime, etc., à quoi correspondra tout au moins un droit (moral) de A au respect des valeurs au nom desquelles il a lui-même agi. Bref, le critère de Pétrajitzsky, si limpide qu'il paraisse, ne suffit pas à mettre en évidence l'opposition du droit et de la morale à l'analyse, il révèle au contraire un mécanisme commun.

Il en va de même de la distinction adoptée par Kelsen en son célèbre système de droit pur. Selon ce profond auteur, les règles juridiques se distinguent des règles morales en ce que les premières tirent leur validité de leur « forme », caractérisée par une construction créatrice continue, et les secondes de leur « contenu », statique et non constructif. On sait assez, en effet, ce que H. Kelsen entend par construction juridique formelle, puisque le postulat essentiel de son axiomatique est que le droit règle sa propre création : le droit est une hiérarchie de normes, telle que chacune d'entre elles soit à la fois application par rapport aux normes supérieures et création par rapport aux normes inférieures.

¹ A vrai dire nous ne lisons ni le russe ni le polonais et ne citons cet exemple que sur la foi de P. A. SOROKIN, *Les théories sociologiques contemporaines*, trad. Verrier. Paris, Payot. 1938.

Seules les « normes individualisées », qui constituent la base de la pyramide (ordres administratifs, jugements des tribunaux, etc.), sont application pure et ne créent plus rien, et seule la « norme fondamentale » qui est au sommet de la pyramide est création pure et ne dérive de rien. Cette norme fondamentale est celle qui, en chaque système étatique, assure sa validité à la constitution, donc à l'ensemble des normes emboîtées allant de la constitution de l'Etat aux normes individualisées. Du point de vue axiomatique, elle est l'axiome indispensable dont on comprend fort bien que Kelsen ait été conduit à la formuler, puisqu'elle constitue l'affirmation de la validité même de l'ordre juridique. Sociologiquement (notons-le en une parenthèse toute personnelle, puisque Kelsen s'est toujours refusé à relier les deux domaines, et cela bien qu'il fournisse lui-même actuellement de belles contributions à la sociologie des peuples primitifs), elle est le point sur lequel toute axiomatique, quelle qu'elle soit, doit toujours en fin de compte être reliée au réel : elle est l'affirmation que la société dont on étudie normativement le droit positif « reconnaît » la validité de celui-ci et éprouve ainsi à l'égard des lois ce « sollen » *sui-generis* qui assure leur caractère normatif. Quant à la morale, Kelsen la distingue alors aisément du droit en ce qu'elle ignore cette construction formelle continue et ne connaît par conséquent qu'une validité fondée sur le contenu même de ses règles : elle procède par déduction du général au particulier, tandis que la déduction juridique est créatrice de nouvelles normes.

Mais, de Kelsen comme de Pétrajitzsky, nous pouvons dire que, s'ils ont analysé profondément le droit en sa genèse ou en son dynamisme mêmes – l'un sur le terrain exclusif des règles étatisées, l'autre dans le domaine psycho-sociologique des « convictions légales » répandues dans le groupe social – ils se sont contentés, en ce qui concerne la morale, de décrire ses produits au lieu d'en reconstituer également le processus constructif. La chose se conçoit d'ailleurs fort bien : le droit est essentiellement l'affaire des consciences adultes d'une société donnée et le juriste n'a point à quitter sa table de travail ou sa bibliothèque pour en décrire les sinuosités, tandis que la morale prend source dès le berceau et l'étude de son dynamisme génétique suppose le recours aux méthodes d'investigation des psychologues de l'enfance. Il n'est jusqu'aux « primitifs » qui ont aussi commencé par être des enfants et l'ethnographie elle-même ne saurait nous renseigner

complètement en sociologie morale sans l'adjonction des données psychogénétiques.

Si donc l'on étend aux réalités morales le même souci de dégager les mécanismes constructifs que H. Kelsen a éprouvé pour le droit, on s'aperçoit que, loin d'aboutir à une opposition fondamentale entre les deux systèmes de normes, le schéma kelsenien s'applique d'une manière fort suggestive aux règles morales elles-mêmes. Nous y avons déjà insisté ailleurs¹ et nous nous bornerons ici à quelques remarques. La première est que, même chez l'adulte, loin de consister à appliquer des règles générales toutes faites, comme certains philosophes et en particulier Kant en ont, en partie involontairement, provoqué l'illusion, la vie morale consiste en une construction continuelle : il est souvent plus facile de faire son devoir que de le discerner, et ce discernement résulte parfois de débats intérieurs dans lesquels il est impossible de ne pas reconnaître les signes d'une élaboration constructive. Frédéric Rauh a écrit tout un livre, qui est admirable, sur « l'expérience morale » pour montrer précisément que les normes éthiques n'ont rien d'« universel » dans le sens de propositions si générales qu'elles s'appliqueraient à tous les individus et toutes les situations, mais qu'elles résultent d'une « expérience » *sui generis* supposant une construction inductive ou déductive, comme l'expérience scientifique, et une vérification en fonction des résultats. Nous sommes donc loin des règles toutes faites opposées par Kelsen à celles du droit.

Mais surtout, si tel est encore le cas d'un adulte considéré individuellement, à combien plus forte raison faudra-t-il invoquer la construction normative si l'on examine le développement psychologique de l'enfant ou l'évolution des mœurs dans une société entière. Les premiers devoirs que connait l'enfant sont les consignes transmises par ses parents, mais, de ces normes hétéronomes, il tirera de nouvelles normes par généralisation et application à d'autres individus, par différenciation, réinterprétation, etc., jusqu'à aboutir à une intériorisation spiritualisée et autonome de cet ensemble qu'il aura sans cesse retravaillé. Replaçons maintenant ces processus dans la société entière, envisagée comme un emboîtement indéfini de générations dont chacune éduque et forme la suivante au moyen de ce même mécanisme, et pensons à l'immense

¹ Voyez *Essai sur la théorie des valeurs*, dans ce même volume.

travail collectif qui s'étend de la « morale des Hottentots » (ou soumission purement hétéronome et extérieure à des usages tout faits) à la morale chrétienne, et encore de la morale chrétienne courante à celle des saints et des consciences d'élite en leur autonomie intérieure : nous ne pouvons refuser alors de constater que chaque génération applique les normes qu'elle a reçues tout en édictant en leur nom de nouvelles normes. De l'obéissance primitive à cette « individualisation de la norme » que suppose chaque décision adulte, nous retrouvons ainsi le même processus constructif, sous d'autres formes bien entendu, mais selon un mécanisme commun, que dans l'élaboration juridique. Bien plus, selon que les normes s'élaborent sous l'influence de la soumission et du respect unilatéral, ou de la réciprocité et du respect mutuel, nous retrouvons les deux formes normatives soit hiérarchique, soit contractuelle, que Kelsen a si bien distinguées et analysées dans le domaine du droit : dans un cas, l'assujéti est obligé par une norme toute faite et dans l'autre il participe à l'élaboration de la norme qui l'obligera lui-même.

Ces remarques concernant l'opposition établie par H. Kelsen entre le droit et la morale nous permettront d'être brefs en ce qui concerne un auteur, d'ailleurs bien différent par sa méthode, inspirée de la phénoménologie allemande. Georges Gurvitch, qui oppose l'intuitionnisme et le pluralisme juridiques au formalisme kelsenien, enseigne que le rapport moral est « purement spirituel » tandis que le rapport juridique est « sensible » (contrainte, etc.) et « spirituel » à la fois. Il s'y ajoute, sur le terrain du droit réglementé, le fait que celui-ci est logicié, tandis que la morale ne l'est pas. Mais ce second critère n'a rien d'absolu puisque, même dans l'« expérience morale » spontanée, l'élément rationnel joue un rôle incontestable. Quant au premier critère, que la morale d'un philosophe phénoménologiste et intuitionniste soit purement spirituelle, nous n'en douterons pas, mais nous craignons que G

. Gurvitch n'ait jamais regardé un enfant ni songé aux peuplades dites primitives, à moins que la contrainte éducative qui pèse sur le premier et que celle des « tabous » qui constitue l'essentiel de la morale du second soient toutes deux d'ordre exclusivement juridique...

Relevons enfin l'intéressant point de vue de Timacheff, auteur d'une « Introduction à la sociologie juridique » qui est sans doute l'ouvrage le moins verbal et le plus positif que nous possédions

actuellement sur cette jeune discipline. Pour Timacheff, il existe dans les sociétés différentes formes de pouvoirs, dont les uns peuvent être reconnus par la conscience commune, mais dont d'autres (despotisme pur, etc.) ne présentent par eux-mêmes aucune validité. Il existe d'autre part des « convictions éthiques » émanant des consciences individuelles et impliquant le devoir à titre de réalité irréductible. Quant au droit, il serait constitué par la partie commune à ces deux sortes de réalité : il est le système des pouvoirs reconnus moralement, c'est-à-dire sanctionnés par les convictions éthiques du groupe. La différence entre le droit et la morale tiendrait donc en ceci que le droit est une morale s'accompagnant de pouvoir. Mais, si solides que soient souvent les analyses de détail dont abonde le travail de Timacheff, cette thèse centrale nous paraît difficile à soutenir. N'insistons pas sur l'arbitraire de ses distinctions entre les pouvoirs non reconnus moralement et les pouvoirs possédant une validité juridique parce que conformes aux convictions éthiques du groupe, qui lui font refuser la qualité de juridique aux régimes des despotes orientaux ou de certaines révolutions contemporaines. Bornons-nous à relever cette erreur que nous retrouvons avec une régularité un peu déconcertante, de Roguin à Timacheff, que l'obligation morale est indépendante de toute autorité ou « pouvoir » extérieur et répétons que la conscience adulte autonome est un produit social récent et exceptionnel. L'autorité d'un père sur ses jeunes enfants, dans la famille conjugale moderne, celle du *pater familias* sur ses fils de tout âge dans le patriarcat, celle des Anciens sur les membres du clan, etc., etc., ne peuvent être considérées comme de nature purement juridique : elles relèvent certainement du droit, pour une part, mais elles sont sources également d'obligations authentiquement morales. Le problème reste ainsi entier de distinguer l'autorité morale du pouvoir juridique dans les phases d'hétéronomie durant lesquelles ces deux sortes de qualités peuvent fort bien être réunies sur les mêmes têtes au lieu de se différencier nettement comme cela a été progressivement le cas avec la constitution de l'Etat.

En conclusion, nous constatons ainsi combien de subtiles distinctions, élaborées par des auteurs dont le système théorique est parfois d'une très grande valeur, masquent en réalité une parenté fondamentale de mécanisme entre la morale et le droit. Loin de nous avoir fourni le critère différentiel recherché, cette discussion des doctrines aboutit au contraire à mettre en évidence un étonnant

parallélisme dans le détail des faits moraux et juridiques. La morale comme le droit suppose un pouvoir ou une autorité initiale, avec passage possible de cette hétéronomie à une autonomie graduelle et d'ailleurs toujours relative. Tous deux reposent sur une construction créatrice faite à la fois d'application et d'édiction continue des normes. Tous deux impliquent des rapports bilatéraux impératifs-attributifs et tous deux oscillent entre les relations asymétriques ou de hiérarchie et les relations symétriques ou de réciprocité. L'analyse génétique apporterait-elle quelque clarté à ce débat ?

III

Il convient, au point de vue génétique, de partir de l'examen des rapports affectifs élémentaires qui interviennent dans la morale et le droit. Lorsque Pétrajitzsky, suivi en cela par Gurvitch, parle d'« émotions-lois », de « convictions légales » ou de « faits normatifs », il s'agit de sentiments inter-individuels, qu'il nous faut d'abord analyser pour eux-mêmes, sauf à dépasser ensuite ce terrain limité et à poser le problème sur celui des rapports sociaux en général.

Pour ce qui est, en premier lieu, des faits moraux, les auteurs d'inspirations les plus diverses se trouvent d'accord, en une unanimité qui est à relever, sur le fait que le sentiment interindividuel le plus caractéristique de la vie morale est celui du « respect ». Par contre, les divergences se sont fait jour quant à la question des rapports entre le respect et la loi normative elle-même. Pour Kant, le respect n'est pas la cause, mais l'effet de la loi : lorsque nous respectons une personne, c'est en tant seulement qu'elle incarne la loi et le sentiment que nous éprouvons à son égard ne s'adresse donc pas à son individualité comme telle, mais à sa qualité d'être soumise à la loi morale. Mais l'impératif catégorique étant, pour Kant, sans rapport aucun avec la sensibilité, le fait qu'il puisse néanmoins déclencher un sentiment *sui generis* tel que le respect demeure ainsi, de l'aveu même du grand philosophe, absolument « inexplicable ». Cette dernière circonstance nous empêchera donc de retenir, du point de vue psycho-sociologique, l'interprétation kantienne. Durkheim qui, on le sait, a puisé ses inspirations premières dans le kantisme pour traduire ensuite *a priori* en termes de conscience collective transcendante à l'individu,

accepte l'idée que le respect émane de la loi, mais comme la loi morale est, pour lui, l'expression de l'action exercée par le groupe sur les consciences individuelles, il s'en suit que le respect constitue, selon Durkheim, le sentiment caractéristique éprouvé par l'individu à l'égard de ceux qui incarnent la discipline et les valeurs collectives. Seulement, si nous mettons des réalités concrètes sous les abstractions du « groupe » et de l'« individu », nous retrouverons toujours au point de départ commun des sentiments de respect et des obligations morales effectives, un rapport bien défini entre un adulte éduquant un enfant et celui-ci. C'est donc sur ce terrain seul que nous pouvons espérer dégager les relations initiales entre le respect et la loi morale.

C'est ici que la découverte déjà citée de P. Bovet prend toute sa valeur. A l'encontre de Kant, Bovet soutient que, génétiquement, le respect précède la loi morale. Le respect est le sentiment complexe, fait de crainte et d'affection combinées, éprouvé à l'égard d'un individu supérieur par un individu qui se sent inférieur, et c'est précisément parce que le petit enfant éprouve du respect pour l'adulte qu'il accepte ses ordres, consignes et exemples et que ceux-ci deviennent obligatoires : la norme ou loi morale naît donc du respect au lieu de l'expliquer. Nous avons, pour notre part, cherché à montrer qu'ensuite, et dans le cadre préparé par ce respect unilatéral, un respect mutuel devient possible, qui expliquera les normes autonomes de réciprocité comme le respect unilatéral rend compte causalement des normes hétéronomes d'obéissance et de devoir.

Or, s'il en est ainsi, cherchons à poser le problème dans les mêmes termes sur le terrain de la sociologie juridique, c'est-à-dire de la genèse d'un droit ou d'une obligation légale (par opposition à morale). Le respect se retrouve-t-il ici ? Et quel respect ? Ou sinon quelle sorte de sentiments élémentaires ?

Le français dit « respecter une loi » ou « respecter le droit d'autrui » ou même « avoir le respect de ses obligations », mais chacun sent immédiatement qu'il s'agit de tout autre chose que du respect moral d'une personne ou d'un acte. Tout d'abord, si l'on respecte la loi, on ne respecte pas dans le même sens le législateur : on respecte ses décisions, ce qui est tout autre chose. De même si l'on respecte un magistrat c'est en vertu d'un symbolisme collectif qui n'a rien de spécifiquement juridique, tandis que le respect de ses décrets se confond avec le sentiment d'être obligé

par eux de droit. Bref, si l'on parle de respect, dans le domaine légal, c'est par une extension des significations de ce concept et il s'agit d'un autre sentiment, sans doute parent du respect moral, mais dont il importe précisément d'analyser les rapports de ressemblances et de différences qui le relie à lui.

Or, les auteurs qui ont cherché à décrire les sources du droit en termes psychologiques ou sociaux aussi bien que les normativistes, autrement dit ceux qui procèdent des données subjectives (individuelles ou collectives) aussi bien que les négateurs du « droit subjectif » s'accordent tous à parler de la « reconnaissance » des droits, comme si le fait de « reconnaître » sa validité constituait l'essentiel du respect de la loi. La divergence n'apparaît (en parallèle exact avec ce que nous venons de voir du point de vue moral) que sur les questions de genèse : pour les uns c'est la reconnaissance qui entraîne la validité d'une norme et par conséquent son caractère normatif ou obligatoire, tandis que pour les autres c'est la norme, donnée en elle-même qui provoque dans les consciences le sentiment de sa reconnaissance (à cet égard les premiers de ces auteurs, tels que Pétrajitzsky et Gurvitch, jouent en ce débat le rôle de P. Bovet et Kelsen celui de Kant !).

Partons du rapport défini par Pétrajitzsky en son interprétation psychologique du fait juridique : A se reconnaît une obligation envers B, laquelle se traduit en B par un droit qu'il possède sur A. Il va de soi que, s'il s'agit bien là d'un rapport vécu, comme le veut le grand philosophe polonais, d'une « émotion » juridique, disent même ses traducteurs, antérieure à toute réglementation et source des « faits normatifs », il faudra alors interpréter l'obligation éprouvée pour A envers B comme la conséquence du fait que A reconnaît un droit à B : sans cette reconnaissance préalable, l'obligation serait incompréhensible et, à parler concrètement, l'obligation se confond dès son départ avec la reconnaissance du droit d'autrui, pour ne s'en différencier qu'à titre de projection secondaire. C'est bien, en effet, ce sentiment élémentaire de la reconnaissance du droit d'autrui que Gurvitch a retrouvé sans cesse lorsque, à la suite de Pétrajitzsky, il a voulu atteindre l'« expérience juridique spécifique », c'est-à-dire le vécu immédiat par opposition à toute construction. Le seul point où Gurvitch se sépare de son maître est que l'expérience juridique immédiate devrait s'interpréter non pas en langage individualiste mais en termes de rapports communautaires au sens de la « communion »

interindividuelle. Mais, sur ce terrain choisi par lui, Gurvitch n'en retrouve pas moins que l'expérience juridique se réduit à l'« ensemble des actes de reconnaissance »¹. Antérieurement à toute codification ou coordination intellectuelle, on ne peut vivre avec autrui sans lui « reconnaître » des droits : c'est ainsi qu'indépendamment de toute réglementation, chaque membre « reconnaît intuitivement » une association nouvelle à laquelle il adhère et s'oblige par cela même à ne pas la détruire ou l'abandonner (p. 68). La reconnaissance est donc le sentiment juridique élémentaire elle est un « acte intuitif » et non pas « réfléchi », c'est-à-dire un donné et non pas une construction.

Quant aux doctrines qui expliquent le droit par la contrainte sociale, elles n'en invoquent pas moins la « reconnaissance » qui seule leur permet de distinguer le droit de la force. Comme l'a dit si profondément Thurnwald, en ses études célèbres sur l'organisation juridique des sociétés primitives, « la contrainte reconnue transforme la coutume en droit ». En d'autres termes, une contrainte brute, qui serait force pure, ne revêt pas par elle-même une valeur juridique. C'est ainsi que la volonté du vainqueur ne saurait être considérée comme valable par le vaincu tant que celui-ci n'a pas reconnu sa défaite. Mais la contrainte « reconnue » transforme l'obligation de fait en une obligation de droit.

Restent les normativistes, pour lesquels la reconnaissance d'un droit dérive de l'existence de la norme et ne l'explique pas. H. Kelsen a fort élégamment défendu ce point de vue, en droit international, montrant qu'on ne saurait accorder à un Etat de ne se trouver obligé par des normes communes que s'il les reconnaît, et il va de soi que sur le terrain du droit codifié la reconnaissance subjective d'une loi étatique ne saurait peser en rien quant à la validité de celle-ci. Mais si cette position du normativisme est parfaitement cohérente avec le caractère que nous lui avons supposé d'être une axiomatique du droit, on peut se demander jusqu'à quel point elle demeure possible en ce qui concerne la « norme fondamentale », c'est-à-dire précisément celle qui doit relier tôt ou tard l'axiomatique au réel. Qu'est-ce, en effet, qu'une norme fondamentale qui assure leur validité première aux normes étatiques suprêmes (aux constitutions), sinon justement l'expression abstraite du fait que la société « reconnaît » valable l'ordre juri-

¹ Expérience Juridique, p. 72.

dique établi ? Nous suivrons donc Kelsen sans difficulté dans sa dissociation radicale du droit pur et de la sociologie, donc de l'axiomatique et du réel, sitôt posée la norme fondamentale, et admettrons avec lui que pour toutes les autres normes, la construction juridique pure des « applications » et « édifications » repose sur un système d'implications (ou imputations) dans lequel la reconnaissance n'a que faire. Mais nous doutons que la norme fondamentale puisse elle-même rester « pure » et invoquerons ici la reconnaissance réelle comme seul intermédiaire possible entre le Droit abstrait et la société ; il est sans doute du devoir des axiomaticiens de couper ce cordon ombilical pour dissocier la construction rationnelle de ses attaches empiriques, mais c'est au sociologue à rappeler que ce cordon a existé et que son rôle a été d'importance très significative dans l'alimentation du droit embryonnaire

Du point de vue génétique, nous pouvons donc conclure que la reconnaissance est condition de la loi, comme en morale le respect précède l'obligation. Du point de vue du développement individuel, un enfant reconnaît comme valable l'autorité des adultes avant d'avoir la notion de règle, comme il respecte ses parents avant d'être obligé par des devoirs précis. Sociologiquement, les sociétés ont bien dû reconnaître le pouvoir des Anciens et l'autorité des générations plus âgées sur les nouvelles avant de constituer un droit et une morale définis. La reconnaissance apparaît ainsi comme un fait premier, pour la sociologie juridique, en parallèle avec le respect pour la sociologie morale. Le problème des rapports entre la morale et le droit ne pourrait-il donc pas être simplifié par l'analyse des relations entre le respect et la reconnaissance ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

Tout d'abord, il est bien clair que la reconnaissance d'un pouvoir senti comme valable, ne saurait précéder génétiquement le respect, étant un sentiment plus intellectualisé et plus abstrait que le dernier, mais qu'elle lui est ou bien ultérieure dans le développement, ou bien contemporaine : la reconnaissance apparaît ainsi comme un produit de différenciation à partir du respect lui-même ou d'une source commune. Or le respect est un sentiment d'individu à individu qui exprime la valeur attribuée, soit par celui qui se sent inférieur à celui qu'il juge supérieur (respect unilatéral) soit par l'un des deux à l'autre et réciproquement (respect mutuel) : il consiste donc en un sentiment essentiellement personnel, c'est-

à-dire qui évalue une « personne » comme telle, bien différenciée des autres individus et considérée comme un tout unique. Au contraire la reconnaissance d'une autorité jugée valable, d'un droit, d'une loi, etc., sont des sentiments impersonnels, qui n'évaluent pas une personne en tant qu'individu distinct des autres individus, mais une « fonction » ou un « service », c'est-à-dire un aspect particulier et abstrait de la personne. C'est pourquoi la reconnaissance d'un droit ne saurait être conçue que par différenciation à partir du respect de la personne, soit qu'il en dérive directement soit qu'il en soit moins différencié dans les phases initiales qu'ultérieurement.

Par exemple, on peut obéir à un homme à cause de son autorité personnelle, et il y aura en ce cas respect et obligation d'ordre moral, mais si l'on se plie à ses ordres parce qu'il est le chef, on reconnaît simplement une fonction et l'obligation s'oriente dans une direction qui la différencie de la soumission morale, qu'elle se double de cette dernière ou non, peu importe. On peut éprouver de la gratitude à la suite d'un service rendu et rendre la pareille par désir de marquer son sentiment, mais on peut aussi, en vertu d'un accord, reconnaître le droit du partenaire indépendamment des sentiments éprouvés à son égard : dans le premier cas le rapport est personnel et ressortit au respect mutuel, dans le second il ne suppose que la reconnaissance d'une dette, par opposition à la gratitude qui est une reconnaissance au sens personnel du terme. On peut éviter de nuire à son prochain parce qu'il est son prochain, c'est-à-dire parce qu'on éprouve à son égard des sentiments de personne à personne, mais on peut aussi agir de la même manière en se bornant à lui reconnaître des droits analogues aux siens propres, en tant que membre de la même communauté : en ce dernier cas la « reconnaissance » du droit est relative à la fonction et s'écarte du respect s'adressant à l'homme même.

Bref, en chacun de ces cas et en tous les exemples analogues, il est facile de distinguer deux pôles du point de vue des valeurs interindividuelles : ou bien l'on valorise la personne comme telle et il s'agit alors d'un sentiment de respect (unilatéral ou mutuel) ou bien l'on évalue une fonction ou un service et le sentiment en jeu s'oriente vers la reconnaissance d'un droit (d'une autorité ou d'une réciprocité). Les mots de fonction ou de service doivent être pris dans le sens le plus large, et naturellement en négatif (lésion ou délit) comme en positif : nous entendons sous ces termes toute

activité de l'individu caractérisée par la position de celui-ci soit dans le groupe (fonction) soit dans un échange inter-individuel (service) et n'engageant ainsi qu'un côté de sa personnalité et non pas la valeur de celle-ci en sa totalité. De ce point de vue le fait moral serait à caractériser par les rapports de personne à personne et le fait juridique, même antérieurement à toute réglementation, par les rapports de fonctions et de service, le respect moral étant un sentiment d'ordre personnel et la reconnaissance d'un droit un sentiment tendant à franchir les frontières de la sphère personnelle pour s'engager dans la direction de l'impersonnel.

Mais il ne saurait être question de nous satisfaire d'un critère psychologique, et encore de nature affective, là où l'on voudrait pouvoir distinguer les éléments en jeu avec la précision d'une définition axiomatique. L'analyse des sentiments ne saurait donc être que préalable et il s'agit maintenant de chercher comment pousser plus avant cette distinction de la « personne » morale et des « fonctions » ou « services » caractérisant le droit. Il convient donc de distinguer ce que les moralistes considèrent comme personnel et ce que les juristes qui croient au droit subjectif – contrairement aux analyses sans doute définitives du normativisme –, appellent personnalité juridique. Répondre que la personne morale envisage la totalité du moi individuel, tandis que la fonction ou le service qui nous paraissent exprimer la personnalité juridique ne recouvrent qu'un aspect de l'individu entier, serait assurément une bien pauvre réponse, car il resterait à fournir le critère de la totalité et de la partie en ce domaine où les comparaisons d'ordre matériel restent des métaphores.

Mais, en présence de difficultés qui semblent insurmontables, peut-être pourrait-on faire état de ces obstacles eux-mêmes et en tirer une argumentation positive. Il est un fait fort intéressant et sur lequel on a peut-être insuffisamment insisté : le droit a pu être codifié au point que les juristes « positifs » s'en tiennent à sa partie réglementée elle-même, tandis que la morale n'a donné lieu à aucune codification comparable, même de très loin, à un système de lois. Ce n'est pourtant pas qu'elle soit moins complexe : de l'aveu de Roguin, rien ne lui est indifférent. Ce n'est pas non plus qu'elle n'ait point essayé : les codes moraux sont innombrables, mais ou bien ils restent d'une généralité dont le contraste est grand avec la précision juridique, ou bien ils se perdent dans la casuistique. La vraie formulation de la morale chrétienne est celle

qu'en sa netteté et sa simplicité impressionnantes le Christ a donnée comme la synthèse de tous les devoirs particuliers possibles : aimer son prochain comme soi-même et aimer Dieu comme un Père. « Tels sont la loi et les Prophètes ». Or, d'où vient ce contraste, entre le caractère relativement informulable des lois morales et la réglementation indéfinie des lois juridiques, sinon précisément de l'opposition entre l'unité simple de la « personne » et la multiplicité des fonctions et services ? Cherchons donc, en nous plaçant à ce point de vue formel lui-même de l'infécondité relative d'une réglementation morale et de la possibilité des codifications juridiques indéfinies, à dissocier le personnel moral de l'impersonnel, ou comme nous allons le voir plus précisément, du transpersonnel juridique.

Partons, à cet égard, d'un exemple concret. Un enfant bien déterminé A, respecte son père B, bien déterminé également. Les nuances particulières (le leurs individualités, bien que leur relation de père à fils entraîne les conséquences habituelles de respect et d'obéissance aux consignes reçues, feront que ni ce respect ni ces consignes ni cette obéissance ne resteront exactement identiques à ce qu'ils seraient entre autres individus. Même à ce niveau élémentaire de la vie morale, un même enfant se fera un devoir tout différent, selon la valeur de son père, d'accomplir les mêmes actions, et il se reprochera les mêmes fautes de manière fort dissemblable selon le contexte de son éducation : le même mensonge dit à un père autoritaire ou à un père faible, à un père lui-même peu sincère ou à un père honnête qui fait confiance à son enfant, n'est pas moralement le même mensonge. Inversement à l'égard d'un même père, les mêmes actes mais provenant d'enfants de tempéraments divers ne sauraient être moralement identiques à eux-mêmes. Bref, autant de situations, autant de rapports moraux distincts¹ et pour les connaître objectivement il faudrait pouvoir, selon l'expression biblique, « sonder les cœurs et les reins ». Supposons maintenant que le même fils A et le même père B, quelque temps après, aient changé de rapports moraux et se trouvent en la situation suivante : A, pour une raison quelconque, tenant à lui, à B ou à tous les deux, a modifié ses opinions sur B et n'éprouve plus le respect moral qui lui rendait obligatoires les consignes de

¹ Les psychanalystes qui, avec une patience inlassable, retrouvent en chaque nouveau cas individuel les mêmes complexes parentaux et les mêmes problèmes de relations familiales, savent assez qu'on ne trouve jamais deux situations identiques.

son père. Par contre, il continue à obéir, mais tout simplement parce qu'il reconnaît à son père le droit de commander : intérieurement il le juge avec détachement et ne se sent pas moralement obligé par un respect qu'il n'a plus, mais il estime néanmoins (non pas par crainte, mais par un jugement en quelque sorte dépersonnalisé) qu'étant le fils et B le père, son père a le droit de décider et lui-même l'obligation (non plus morale mais tendant précisément à devenir purement juridique) d'obéir. Dans les cas normaux, il va de soi que la reconnaissance des droits du père n'entraîne pas nécessairement chez un fils la diminution du respect moral, mais nous avons choisi cet exemple de dissociation des deux situations pour mieux pouvoir formuler maintenant leur différence.

Comment donc définir l'opposition entre le rapport moral et « personnel » reliant un fils A et son père B et la simple reconnaissance par le fils A du droit que possède B en tant que remplissant la « fonction » de père ? Eh bien, tout simplement, dans le rapport moral les termes A et B ne sont substituables à aucun autre, c'est-à-dire qu'il s'agira toujours d'un A et d'un B individualisés et revêtus de qualités et d'une valeur *sui generis*, tandis que, dans le rapport juridique A et B sont substituables à tout autres termes définis par les mêmes fonctions, et peuvent donc être remplacés par n'importe quel fils ou n'importe quel père. Notons d'emblée que cette opposition ne signifie nullement qu'il n'y ait pas en pratique de devoirs généraux (par exemple un enfant obéira toujours à son père) : nous disons seulement que les rapports moraux faisant intervenir une même norme ne sont jamais identiques entre eux parce que cette même norme est en réalité diversement comprise selon les individus et constitue ainsi une classe de normes analogues indéfiniment différenciées. Au contraire l'obligation juridique d'obéissance d'un fils à un père est définissable d'une façon telle que la norme puisse rester identique à elle-même en un nombre indéfini de situations. De même, et surtout, nous disons que la valeur morale n'est pas substituable d'un rapport à l'autre, même lorsque les circonstances sont extérieurement équivalentes, parce qu'à un même acte peuvent correspondre des mérites ou des démérites infiniment variés et inanalysables du dehors, ainsi que du point de vue des intéressés eux-mêmes, faute d'introspection suffisante. Enfin, l'obligation morale apparaît comme n'étant jamais remplie intégralement, et plus une

conscience est délicate plus l'écart paraît grand entre l'acte réel et les devoirs idéaux, à cause précisément, de leur multiplicité et de leur construction interne toujours inachevée. Au contraire, une norme juridique peut être appliquée intégralement, et si des délits donnent lieu à des appréciations dont la variété s'engage dans la direction du jugement moral, l'absence d'acte délictueux équivaut à l'application complète de la norme, donc à une valeur positive constante, objectivement appréciable et substituable aux valeurs équivalentes.

Bref, la frontière du domaine moral et du domaine juridique, donc de la personne et de la fonction ou du service, serait à chercher dans le caractère non-substituable ou substituable de l'individu pris comme terme du rapport. Cela reviendrait à dire qu'une personnalité juridique désigne toujours un x qui pourrait être remplacé par un y tandis que moralement les personnes x et y demeurent irréductibles. On comprendrait ainsi d'emblée pourquoi le droit est indéfiniment codifiable tandis que le principe d'une morale telle que l'amour du prochain, ne saurait prévoir la multiplicité de ses applications. Mais, si un tel critère peut jouer empiriquement, il reste à en dégager la signification, c'est-à-dire le situer en une interprétation d'ensemble.

Empruntons, dans ce but, à un sociologue russe, M. S. Franck, cité par Timacheff, la notion essentielle de rapports *transpersonnels*. Soit, par exemple, un groupe de trois individus A, B, et C. Il pourra exister entre A et B un rapport personnel, de même qu'entre B et C, ou qu'entre A et C parce que dans le rapport A B la volonté de A et de B intervient directement, de même que celle de B et de C dans le rapport B C, et celle de A et de C dans le rapport A C. Mais, du point de vue de A, le rapport B C sera dit « transpersonnel » parce qu'il est indépendant de sa volonté propre et qu'il en sera de même pour le rapport A B du point de vue de C et du rapport A C du point de vue de B. Pour trois individus il faudra donc distinguer trois rapports personnels possibles et trois rapports transpersonnels. D'une manière générale, ces derniers seront donc engendrés, pour chaque individu, selon la formule $N(N - 1) - (N - 1)$ et dans un groupe de 100 individus on aura déjà à envisager 4851 rapports transpersonnels.

Il va donc de soi que dans le mécanisme des évaluations et de la construction des normes, les rapports transpersonnels jouent un rôle aussi important que les rapports personnels. Dans la mesure

où A est lié à B et à C par des rapports personnels, il doit tenir compte, comme d'une valeur dont il participe, du rapport transpersonnel B C. C'est pourquoi, dans un groupe social donné, comme le montre clairement Timacheff, même si un individu quelconque ne subit plus personnellement l'ascendant d'un chef, il est bien obligé de s'incliner devant l'ensemble des rapports – pour lui transpersonnels – qui relient les autres individus du groupe à ce chef. D'où l'importance prépondérante, dans la formation d'une opinion publique, de tels rapports par opposition aux rapports personnels (qui sont seulement au nombre de $N-1$ pour chaque individu).

Notre hypothèse consiste alors simplement à admettre que, si les évaluations morales sont liées aux rapports personnels, les évaluations juridiques sont, au contraire, les évaluations fixées par le mécanisme des rapports transpersonnels. La « reconnaissance d'un droit » ne serait ainsi qu'un respect devenu transpersonnel, et c'est de cette généralisation que procéderait le caractère « substituable » des personnes dans les rapports juridiques. Dans ce qui suit, nous définissons donc sans plus le rapport « transpersonnel » par le caractère substituable de ses termes et le rapport « personnel » par leur caractère non substituable.

Examinons encore de ce point de vue un rapport moral de réciprocité entre deux individus quelconques du groupe, A et B, et un rapport juridique, de forme analogue, tel qu'un contrat entre C et D. Il va de soi que, outre la connaissance directe que peuvent avoir A et B, d'une part, et C et D, d'autre part, de ces relations auxquelles ils sont intéressés, celles-ci pourront donner lieu à une suite indéfinie de jugements transpersonnels. Au nom de quel critère définirons-nous donc comme simplement morale la promesse morale de A et de B et comme juridique le contrat de C et de D pouvant porter éventuellement sur le même objet et selon les mêmes clauses ? C'est que dans le cas du contrat, même si elles demeurent inconnues des autres membres du groupe social, l'obligation des parties contractantes demeure identique quel que soit le point de vue de celui qui la juge : « S'il y a eu engagement écrit en bonne et due forme... S'il n'y a pas eu fraude... Si l'engagement n'était contradictoire avec aucune des lois établies... Si toutes les conditions d'un contrat valable sont remplies », alors C et D sont liés par des obligations dont chacun « reconnaîtra »

la validité ou que sanctionneront les organes compétents « reconnus » par chacun. Le contrat est donc d'ordre transpersonnel, même s'il constitue une « norme individualisée », établi par les deux contractants eux-mêmes, et cela parce qu'il vient s'insérer dans une suite d'autres normes qui intéressent chacun de la même manière (code des obligations, etc.). On voit en quoi ce caractère transpersonnel équivaut précisément au caractère substituable des termes du rapport si l'obligation réciproque de C et de D est reconnue par tous, c'est qu'elle serait la même pour X et Y. Examinons par contre la promesse entre A et B : en est-il de même ? Sans doute, si A semble ne pas tenir parole et que B s'indigne, le groupe social entier ou une partie du groupe interviendront-ils aussi, par le blâme, la critique et autres « sanctions diffuses » mais seront-ils dans le vrai ? Et A et B, qui connaissent la situation de l'intérieur, verront-ils les choses comme tout le monde, sans avoir jamais l'occasion ou de tromper l'opinion ou d'en être victime ? Sans doute une norme morale générale est donnée, « il faut tenir sa parole », mais est-on certain que A n'a pas tenu parole ? Et quelles relations existe-t-il entre le cas particulier de A et de B et cette norme générale ? L'obligation morale vraie ressentie par A et B demeure donc ou bien connue d'eux seuls ou bien jugée par eux différemment de ce que produit sa réverbération transpersonnelle : il s'agit ainsi d'un rapport « personnel », ce qui revient également à dire « dont les termes ne sont pas substituables à d'autres ». Sans doute, enfin, ces normes morales de A et de B viennent-elles, comme les normes juridiques, s'encadrer dans une suite indéfinie de normes supérieures, qui sont toutes celles que A et B ont reçues au cours de leur éducation, mais celles-ci demeurent toutes d'ordre personnel, même si elles finissent par dépendre, de proche en proche, des normes éthiques propres aux ancêtres communs du groupe et dont chacun des membres actuels a emprunté une partie de sa substance morale retravaillée à sa manière.

Bref, le critère de la substitution possible des termes d'un rapport juridique et de la non-substitution des termes du rapport moral doit être interprété d'une manière qui nous oriente en même temps vers l'explication ou la raison de cette différence essentielle : le droit constituerait l'ensemble des rapports normatifs transpersonnels de la société, tandis que la morale serait l'ensemble des

rapports normatifs personnels¹. Cette conception permettrait en outre de retrouver la distinction connue du droit étatique (le « droit positif »), qui serait défini par le « transpersonnel total », et des déontologies ou réglementations intéressant seulement les sous-collectivités de la société, ce que l'on pourrait appeler le « transpersonnel partiel ». Quant à la morale, nous retrouvons par contre le problème de l'« universel » kantien, déjà rencontré tout à l'heure et qu'il convient maintenant d'examiner de front.

Opposer les rapports personnels, à termes non substituables, aux rapports transpersonnels, avec substitution possible des termes, pour distinguer la morale du droit, n'est-ce pas sacrifier la première au second et rendre incompréhensible l'« universel » par lequel l'un des plus grands moralistes de l'histoire de la philosophie définissait l'impératif catégorique ? Notons d'abord que tous ses successeurs n'ont pas suivi Kant et que, chose très significative, on l'a parfois précisément accusé de « légalisme » sur ce point précis, comme s'il avait été porté à confondre en l'occurrence le juridique ou légal et le moral ou personnel. Tel est en somme le sens de la critique de Rauh, qui oppose aux règles générales la particularisation des « expériences morales ». Mais il reste une vérité essentielle en la thèse kantienne : c'est qu'une norme morale adoptée par un individu à l'égard d'un autre ne saurait être contradictoire par rapport à celles qu'il applique à un troisième, etc., ni par rapport à celles qu'il voudrait que l'on observe vis-à-vis de lui-même. Telle est même la signification essentielle de l'universel moral : ce n'est nécessairement pas la règle « générale » (on sait d'ailleurs qu'en logique l'universel et le général ne se recouvrent nullement), mais la cohérence interne des conduites, la réciprocité. Or, à cet égard, il nous suffit que les jugements moraux puissent être « groupés », car, comme nous avons cherché à le montrer ailleurs², le « groupement » des valeurs morales assure à la fois leur non-contradiction et l'extension indéfinie d'une réciprocité entendue nécessairement dans le sens positif de leur conservation (par opposition à la réciprocité négative de la loi du talion).

Ceci nous conduit en outre à noter que le critère de différenciation entre le droit et la morale proposé ici rejoint celui dont

¹ Nous disons bien « rapports » personnels ce qui ne nous sort pas de l'interindividuel et ne nous ramène point à la « nature humaine », purement intérieure, des psychologues classiques.

² *Théorie des valeurs qualitatives*, art. déjà cité.

nous nous étions contenté dans l'article précédemment cité : le rapport moral consiste en un échange de valeurs désintéressées parce que chacun des partenaires se place au point de vue de l'autre en adoptant son échelle, tandis que le rapport juridique suppose une simple conservation des valeurs acquises, du point de vue d'une échelle commune et générale (= la loi coutumière ou le code). Or, on voit immédiatement qu'il s'agit des mêmes propositions, mais exprimées en un autre langage : la réciprocité des points de vue qui rend le rapport moral désintéressé est impliquée par les rapports de respect personnels, tandis que la reconnaissance transpersonnelle suffit à la conservation des valeurs du point de vue d'une échelle générale. Il y a ainsi « groupement » des valeurs dans les deux cas, mais il ne s'agit pas des mêmes valeurs.

Remarquons maintenant que, en possession de ce critère du personnel non-substituable et du transpersonnel substituable nous pouvons retenir, en les complétant ainsi, l'essentiel des distinctions définies par les auteurs examinés dans la partie II et que nous avons été obligés de récuser comme insuffisantes à elles seules. Lorsque E. Roguin oppose les « châtimens internes » de la morale à l'autorité extérieure du droit, il suffit de retoucher cette notion de l'intériorité pour reconnaître avec lui que le remords ou le repentir sont bien des sentiments d'ordre personnel, inhérents au domaine moral, par opposition aux contraintes transpersonnelles. Lorsque Kelsen distingue le contenu et la forme, c'est peut-être à la fécondité indéfinie de la codification par substitutions qu'il pense, donc à la réglementation transpersonnelle par opposition au caractère vécu (ce qui n'exclut pas la forme normative) des rapports personnels. De même nous serions d'accord avec Pétrajitzsky si au lieu de parler du caractère « attributif » du rapport juridique et non-attributif du rapport moral, il mettait l'accent sur la « reconnaissance » pure inhérente au premier, par opposition au respect. Et à G. Gurvitch nous accorderions que la logicisation du droit réglementé s'oppose à celle de la morale s'il entendait par là la généralisation par substitutions transcendant sans cesse la sphère personnelle. Enfin nous serions bien près de Timacheff s'il limitait l'autorité juridique à ce transpersonnel qu'il décrit lui-même si bien, et reconnaissait l'existence de l'autorité proprement morale. Bref, le critère auquel nous avons été conduits permet de réunir les éléments épars de solution qui ont été fournis maintes fois, au lieu de les négliger.

Mais il reste un point essentiel à signaler. Si l'opposition du personnel insubstituable au transpersonnel substituable constitue peut-être un critère bien défini, il n'exclut en rien les influences mutuelles possibles du droit sur la morale ni de la morale sur le droit. Les premières sont bien claires : elles se manifestent dans la tendance au « légalisme » que l'on a notée chez Kant et que l'on retrouve chez chaque moraliste, dès qu'il cherche à faire entrer dans un cadre trop général son expérience de l'universel entendu dans le sens de la cohérence interne nécessaire. Quant aux effets de la vie morale sur le droit, ils sont surtout sensibles dans le domaine pénal et principalement dans les tendances si systématiques (mais aussi si récentes dans l'histoire des sanctions sociales) à l'individualisation de la peine et à l'invocation des circonstances atténuantes. Mais, relevons-le soigneusement, si semblables que puissent paraître parfois les considérations pénales et les considérations morales, il demeure toujours cette différence essentielle de la non-substitution des valeurs morales : en jugeant un parricide, le juriste partira de cette donnée essentielle qu'il s'agit d'un père et d'un fils pour ne rechercher qu'ensuite quelles circonstances individuelles ont pu atténuer ce crime monstrueux, tandis que le moraliste, avant de juger, se demandera avant tout de *quel* père et de *quel* fils il s'agit et peut-être que, faute précisément de parvenir à pénétrer des mentalités incompréhensibles et situées à la frontière du normal et du pathologique, il ne se sentira pas le pouvoir de juger jusqu'au fond.

Enfin, il va de soi que, si le droit et la morale se distinguent l'une de l'autre, dans les sociétés civilisées, selon le critère que nous avons été conduits à choisir, il s'ensuit que dans les sociétés dites « primitives », ces deux systèmes de normes seront beaucoup plus proches l'un de l'autre que ce n'est le cas chez nous, parce que les rapports personnels et transpersonnels sont beaucoup moins différenciés les uns des autres dans des sociétés segmentées et de très faible densité que dans les sociétés volumineuses et denses comme les nôtres. En effet, les morales « primitives » sont beaucoup plus légalistes que les nôtres et inversement le droit primitif demeure imprégné de beaucoup plus d'éléments mystiques et de respect moral que ce n'est le cas lorsqu'il se dissocie en techniques indépendantes. Quelles en sont les raisons ?

Il faut d'abord remarquer que les rapports moraux élémentaires étant constitués par les relations d'Anciens à jeunes gens

et que l'organisation sociale du « clan » ou famille primitive étant fondée tout entière sur la hiérarchie des classes d'âges, les « rapports personnels » propres à la morale seront beaucoup moins diversifiés et beaucoup plus homogènes en de telles sociétés que dans les nôtres : le respect mutuel et l'autonomie des individus étant subordonnés ou même en partie bloqués par le respect unilatéral et l'hétéronomie, la morale primitive présentera un degré bien plus élevé que chez nous d'unité et de généralité, ce qui la rapproche d'autant du légalisme ou du droit. Bien plus, faute de différenciation psychologique des individus (de division du travail économique, etc.) et de libre activité personnelle, la responsabilité conservera, comme l'a bien montré Fauconnet, un caractère extérieur ou « objectif », et collectif, qui confère aux « tabous » une situation intermédiaire entre la règle morale et la règle juridique.

Inversement, la société étant fort peu dense, et les membres du clan formant une grande famille au sein de laquelle tous se connaissent individuellement, les rapports transpersonnels seront beaucoup moins dissociés, psychologiquement, des rapports personnels que ce n'est le cas dans les sociétés à la fois volumineuses et différenciées. Il s'ensuit que la règle de droit sera d'autant moins distincte de la règle morale et que la « reconnaissance » de l'ordre juridique ne se dissociera jamais complètement du « respect » d'ordre personnel des ancêtres, des anciens ou des chefs qui en sont le suppôt. C'est pourquoi morale, droit et religion forment au départ une totalité complexe dont seules des nuances assurent la différenciation¹.

Au contraire, avec l'accroissement de volume et de densité des sociétés, et avec la division économique du travail et la différenciation psychologique des individus qui en sont toutes deux les conséquences nécessaires, l'opposition des rapports personnels et des rapports transpersonnels devient de plus en plus grande. C'est dans cette mesure, précisément, que la reconnaissance juridique, ou respect devenu transpersonnel, se dissocie du respect moral, donc que le droit se dissocie de la morale et que tous deux se dissocient de leur tronc commun, la religion, qui est la généralisation, sur le plan surnaturel, des rapports personnels fondamentaux.

¹ On a même soutenu que le seul « droit » en vigueur dans certaines sociétés archaïques était constitué par les « Décalogues » et autres codes sacrés, à la fois juridiques et moraux.

RÉFÉRENCES

Les chapitres successifs qui composent cet ouvrage sont formés d'études non remaniées dont la date de publication est indiquée ci-dessous.

1. – *L'explication en sociologie*, dans J. Piaget, *Introduction à l'épistémologie génétique*, t. III : *La pensée biologique, la pensée psychologique et la pensée sociologique*, Paris, P.U.F., 1951.

2. – *Essai sur la théorie des valeurs qualitatives en sociologie statique* (« *Synchronique* »), in « Publications de la Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève », Genève, Georg, 1941.

3. – *Les opérations logiques et la vie sociale*, *Ibidem*, 1945.

4. – *Les relations entre la morale et le droit*, *Ibidem*, 1944.