



HAL
open science

Léon Duguit et la genèse de la garantie normative

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. Léon Duguit et la genèse de la garantie normative. Thibierge, Catherine. La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction, Mare & Martin, pp.175-187, 2021, Droit privé & Sciences criminelles, 2849345180. hal-02268893

HAL Id: hal-02268893

<https://hal.science/hal-02268893v1>

Submitted on 21 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Léon Duguit et la genèse de la garantie normative

Tristan POUTHIER
Professeur à l'Université d'Orléans

L'œuvre de Léon Duguit offre un regard sur la garantie normative qui permet de distinguer celle-ci des notions voisines de sanction ou de contrainte. Duguit a en effet cherché dans l'idée de garantie un critère de juridicité des normes qui ne soit pas celui de l'existence d'une contrainte organisée ou étatique. Qui plus est, et conformément à son ambition épistémologique, Duguit a voulu mettre en évidence le processus de genèse de la garantie normative en s'appuyant sur des considérations empiriques d'ordre sociologique et anthropologique.

*
* *

L'État, le droit objectif et la loi positive paraît en 1901. Léon Duguit, à l'âge de 42 ans, fait intrusion dans les plus hautes sphères du débat scientifique de son temps au moyen d'un véritable OVNI intellectuel, une construction idiosyncratique que son auteur ne fera plus dès lors que répéter indéfiniment comme un *leitmotiv* : une épistémologie positiviste aussi assurée dans son ton que grossière dans sa facture ; une ambition scientifique presque démesurée – ruiner d'une seule secousse tout l'édifice du subjectivisme (ou volontarisme) juridique, aussi bien dans sa face individuelle que dans sa face étatique ; la reconstruction simultanée d'un nouvel édifice, purement objectiviste pour le coup, qui est essentiellement l'image inversée du premier ; la formulation à cette fin d'une théorie « sociologique » de la normativité en général, et de la normativité juridique en particulier ; une critique nominaliste de toutes les formes de personnification des groupements sociaux ; enfin la candide affirmation, comme horizon dernier de tout cela, d'un objectif essentiellement moral, à savoir la nécessaire limitation juridique du pouvoir des gouvernants.

Quoi qu'on vienne chercher dans l'œuvre de Duguit, on est à peu près sûr de trouver une déclinaison particulière de cette structure fondamentale – profession de foi positiviste, dénonciation du subjectivisme juridique, etc. La présente contribution ne fera pas exception : la question de la garantie normative chez Léon Duguit constitue nécessairement une vue particulière sur la construction théorique d'ensemble de l'auteur. Celle-ci ne se comprenant, de plus, que comme une sorte de machine de guerre intellectuelle, la doctrine duguiste de la garantie normative doit être replacée dans un contexte de polémique contre la doctrine étatique du droit. Il s'agit ainsi, pour Duguit, d'un enjeu *conceptuel* ou *définitionnel* essentiel : l'idée de garantie est un moyen pour lui de définir la règle de droit indépendamment de l'idée de contrainte juridique organisée ou, en un mot, de contrainte étatique. La conception duguiste de la garantie normative est, donc, inséparable de sa fonction critique à l'égard des doctrines étatiques du droit (I). Mais le travail conceptuel se veut, chez Duguit, le résultat d'un pur travail d'observation. Aussi, afin d'établir sa conception de la garantie normative, est-il conduit à opérer un travail génétique visant à établir la prévalence sociologique et anthropologique de l'idée de garantie normative sur toute idée d'État ou de contrainte organisée (II).

I. LA CONCEPTION DUGUISTE DE LA GARANTIE NORMATIVE

Si le *concept* de garantie normative est à coup sûr présent chez Duguit, la *formule* elle-même ne se trouve pas en propres termes dans son œuvre. Cependant, Duguit a rencontré (avec un certain étonnement) chez Georg Jellinek une formule très proche, qu'il a reprise sans hésitation à son compte pour exprimer sa conception fondamentale de la règle de droit : celle de « norme garantie ». Il convient donc d'étudier la conception du droit que traduit cette expression chez Jellinek, et la place qu'assigne Duguit à cet aspect de l'œuvre du grand juriste allemand au sein de sa propre démarche théorique (A). Cependant, la conception fondamentale que se fait Duguit de la garantie normative n'est pas exactement celle de Jellinek : il s'agit d'abord pour lui d'un instrument critique visant à désolidariser les concepts de droit et d'État (B).

A. La règle de droit comme « norme garantie » (Jellinek)

Le statut de la pensée de Jellinek dans la démarche argumentative de Duguit est paradoxal, et cela dès *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Jellinek incarne en effet aux yeux de Duguit (avec Rudolf von Jhering et Paul Laband) la doctrine étatique du droit à l'état pur, celle qui ne peut concevoir la règle de droit que comme l'expression d'une volonté étatique sanctionnée par la contrainte organisée¹. C'est la théorie que, d'après Duguit, Jellinek défend dans ses ouvrages *Gesetz und Verordnung* (1887) et *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892). Or, alors que Duguit n'a pas encore publié son ouvrage, et que ses pages acerbes contre la doctrine allemande sont déjà rédigées, il se trouve contraint de reprendre celles-ci pour y introduire un sérieux tempérament. C'est qu'entre-temps est paru en Allemagne l'*Allgemeine Staatslehre*, ouvrage dans lequel Jellinek, aux dires de Duguit, expose une conception nouvelle du droit et « paraît faire, non peut-être sans contradiction, une part plus large à la formation spontanée du droit et à l'indépendance du droit à l'égard de l'État »².

Dès lors Duguit se retrouve dans la position inconfortable de devoir faire jouer successivement à la figure de Jellinek un double rôle contradictoire : d'abord celui du théoricien par excellence de la doctrine étatique du droit, qui ne peut concevoir la limitation juridique de la puissance de l'État que comme une « autolimitation » ; puis, à l'inverse, celui d'une autorité scientifique de premier ordre à l'appui de la conception sociologique du droit que Duguit a élaborée en opposition frontale à cette même doctrine étatique. « Nous pouvons même à présent, écrit Duguit, invoquer sur certains points la grande autorité de Jellinek à l'appui de nos conclusions. »³ Et l'on retrouve à l'identique cette double figure contradictoire de Jellinek dans le *Traité de droit constitutionnel*⁴. Toujours est-il que Duguit se déclare pleinement d'accord avec la définition suivante du droit que donne Jellinek dans l'*Allgemeine Staatslehre* :

« Ce n'est pas la contrainte, mais la *garantie*, dont la contrainte n'est qu'un mode, qui est une marque essentielle de la notion de droit. Les règles de droit ne sont pas tant des règles de contrainte que des *normes garanties*. »⁵

1 Il n'entre absolument pas dans le cadre de cette contribution d'évaluer la pertinence de la critique que Duguit adresse à ces auteurs.

2 L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz (préf. F. MODERNE), 2003, p. 124. Ci-dessous : *L'État...*

3 *Ibid.*, *loc. cit.*

4 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, Fontemoing, 1911. Nous citons dans la 3^e édition en cinq vol., de Bocard, 1927. V. vol. I, ch. , §9, p. 100 s. : « Les doctrines étatistes ». Ci-dessous : *Traité*.

5 Traduction de Duguit, *L'État...*, *op. cit.*, p. 126. Comp. la traduction de G. Fardis in G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'État*,

Duguit s'efforce ensuite de montrer qu'une telle définition est plus congruente à sa propre théorie qu'à la doctrine étatique du droit, et que Jellinek s'est mis en contradiction avec lui-même – mais ce point ne nous intéresse pas au premier chef. L'essentiel est ici que Duguit fait sienne la définition de la règle de droit comme « norme garantie » formulée par Jellinek.

Est-ce à dire que, quant à la conception de cette garantie normative, les idées de Jellinek et de Duguit soient identiques, même si elles continuent de différer quant à la conception des rapports entre l'État et le droit ? Il semble qu'il faille ici introduire une nuance. Les règles de droit sont, selon Jellinek, « des règles dont l'obligation est garantie par des forces externes »⁶. La définition des règles de droit comme « normes garanties » est donc un moyen pour Jellinek de relativiser la contrainte étatique (ou « contrainte juridique ») comme étant seulement *l'un des modes* de garantie de la norme juridique : il existe, plus profondément qu'elle, des « forces sociales psychologiques », des « garanties extra-étatiques » (telles que la coutume sociale ou religieuse) qui constituent une sorte d'assise fondamentale de l'ordre juridique – en sorte que la contrainte étatique, quoiqu'elle soit indispensable, ne peut entrer durablement en contradiction avec ces « forces sociales psychologiques », sauf à mettre en péril l'effectivité du droit. Citons encore l'*Allgemeine Staatslehre* :

« Sans doute, les garanties extra-étatiques ne peuvent, à elles seules, maintenir l'ordre juridique ; mais cet ordre cesserait d'exister si l'influence de ces puissances venait à disparaître, car la contrainte juridique n'est qu'un élément destiné à prêter à ces garanties un concours d'ailleurs nécessaire. Et l'expérience a prouvé mainte fois que là où une coutume sociale ou religieuse profondément enracinée vient à entrer en conflit avec l'ordre juridique, la contrainte juridique est impuissante. Voilà pourquoi le droit est hors d'état de maintenir seul sa propre existence. »⁷

La garantie du droit, en résumé, ne se limite pas pour Jellinek à la garantie *étatique* au moyen de la contrainte juridique, mais inclut des « forces sociales psychologiques » plus larges. Jellinek cherche essentiellement à mettre en évidence ce soubassement psychosocial de l'effectivité du droit positif. Le propos de Duguit est un peu différent, quoique la nuance soit ténue. Duguit cherche non seulement en effet à distinguer plusieurs *modes* de garantie normative mais, plus profondément, à établir la garantie normative comme *condition de validité de toute sanction d'une norme par la contrainte* – que cette contrainte soit organisée (étatique) ou pas. D'une certaine manière, Duguit recule d'un cran par rapport à Jellinek ; il s'agit à présent de voir comment.

B. La garantie normative comme condition de validité de toute sanction possible

Duguit considère, comme Jellinek, que l'existence d'une contrainte sociale est essentielle à la reconnaissance d'une règle de droit : « Je pense en effet que c'est la sanction par la contrainte qui est le critérium de la règle de droit, que la

rééd. Panthéon-Assas (préf. O. JOUANJAN), 2005, p. 508 : « C'est donc moins dans la contrainte que dans la garantie dont la contrainte est une forme particulière, que se trouve le caractère essentiel de l'idée du droit. Les normes juridiques ne sont point des normes de contrainte, mais des normes garanties. »

6 *Théorie générale de l'État, op. cit.*, p. 504.

7 *Ibid.*, p. 507.

presque unanimité des juristes définissent aujourd'hui une norme sociale garantie directement ou indirectement par la contrainte sociale. »⁸ Et il est certes essentiel pour Duguit d'établir, comme Jellinek, que la contrainte *étatique* n'est qu'une forme possible de la contrainte *sociale* – cette dernière venant, par définition, à l'appui de toute règle de droit. Si, en effet, la règle de droit est définie par la garantie que lui apporte la contrainte sociale, et si la contrainte sociale est plus large que la seule contrainte étatique, alors l'idée de l'État et l'idée du droit ne sont pas coessentiels, ce qu'il s'agit précisément pour Duguit de démontrer. Mais Duguit ne s'arrête pas à mentionner des formes extra-étatiques de sanction telles que la « reconnaissance », la « réprobation sociale », la « sanction par voie de contrainte psychologique »⁹. Toute contrainte sociale n'est en effet elle-même, à ses yeux, que la concrétisation particulière d'une *idée*, globalement partagée par les membres du groupe social, d'après laquelle une telle contrainte est légitime pour assurer le respect d'une règle de conduite donnée.

Utilisons ici un vocabulaire aristotélien qui peut être éclairant (bien qu'il ne soit pas celui de Duguit). On pourrait écrire que la contrainte organisée ou étatique est l'*espèce* particulière d'un *genre* qui est la contrainte sociale au sens large. Mais Duguit, encore une fois, ne s'arrête pas là. La contrainte sociale à son tour, et quelle que soit son espèce, est toujours l'*actualisation* d'une sanction qui ne se trouve qu'à l'état de *puissance* dans le groupe social aussi longtemps que la règle n'est pas violée. Cet état potentiel de sanctionnabilité d'une règle de conduite au sein d'un groupe social fait proprement de cette règle une règle de droit, une norme juridique, et non une norme simplement morale. Et Duguit va plus loin encore en proposant une analyse psychosociale de l'état de sanctionnabilité d'une norme. Celui-ci consiste dans le fait que la « masse » des membres du groupe social partage une certaine *conception* quant à la nature de la norme – en tant que la violation de celle-ci peut faire l'objet d'une sanction par la contrainte sociale, et que l'intervention d'une contrainte en ce sens est donc perçue comme légitime par le groupe. *Cet état défini de la « masse des consciences » au sein d'un groupe social, ce « support de la norme juridique »¹⁰, c'est la garantie normative en son sens le plus profond.* Duguit a perfectionné l'expression de cette idée à la suite de son ouvrage de 1901, et la formule à de multiples reprises dans son *Traité de droit constitutionnel*. Ainsi, par exemple :

« Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée. Cette organisation peut ne pas exister ; elle peut être embryonnaire et sporadique ; peu importe. C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit. »¹¹

C'est en ce sens que l'on peut définir la garantie normative chez Duguit comme la condition de validité de toute sanction d'une norme par la contrainte – condition qui consiste, encore une fois, en un certain état des consciences au sein d'un groupe social. De manière plus ramassée encore, *on peut définir cette*

8 *Traité, op. cit.*, p. 141-142.

9 *L'État..., op. cit.*, p. 117.

10 Intitulé du §12 dans le *Traité, op. cit.*, vol. I, ch. I.

11 *Traité, op. cit.*, p. 93-94.

garantie normative comme une autorisation collective de la contrainte. Cependant, en tant que l'existence d'une telle garantie confère à une règle sociale quelconque le statut de norme juridique, elle a chez Duguit le statut d'un critère de *juridicité*. Or comment déterminer si une règle a acquis le rang de norme juridique ? Uniquement par un constat *a posteriori* : « nous ne pouvons saisir [la norme juridique] qu'en apercevant la réaction sociale qu'entraîne sa violation », c'est-à-dire, « quand l'emploi de la contrainte contre le violateur de cette norme ne produit plus de réaction sociale »¹².

La difficulté première que rencontre le lecteur de Duguit est de s'accoutumer à cette conception purement psychosociale de la garantie normative, où semble se dissoudre tout critère sûr et prévisible de *juridicité* des normes. Tous nos instincts se cabrent face à une telle menace, habitués que nous sommes à n'envisager la règle de droit que garantie par une contrainte institutionnalisée. Mais nous ne sommes pas différents en cela des premiers lecteurs de Duguit, et celui-ci savait parfaitement au demeurant que son principal défi consistait précisément à convaincre que l'édifice entier du droit pouvait être rebâti sur un critère de *juridicité* qui ne soit pas celui, si rassurant, de la contrainte étatique – ce qui explique sans doute en partie le caractère extrêmement répétitif de ses écrits, qui incitent en permanence le juriste moderne à remonter la pente de ses habitudes de pensée.

Ce défi rencontré par Duguit explique l'importance, dans sa démarche théorique, de ce que l'on peut qualifier d'approche *génétique* de la garantie normative. Penser le droit *avant* l'État est évidemment une façon supplémentaire d'établir que les idées de droit et d'État ne sont pas coessentielles, autrement dit que l'idée du droit ne s'absorbe pas dans celle de contrainte étatique, et que tout État est limité par une normativité juridique extérieure à lui.

II. LA GENÈSE DE LA GARANTIE NORMATIVE

Il convient d'entendre ici la genèse de la garantie normative comme la démarche argumentative par laquelle Duguit établit l'autorisation sociale de la contrainte comme critère fondamental de *juridicité* des normes. Or l'interprétation de l'œuvre de Duguit se heurte ici à une difficulté. La démarche *génétique* qui permet à celui-ci de contester la doctrine étatique du droit présente en réalité deux faces que l'on peut qualifier, la première, de *constructive* ou *prescriptive* et, la seconde, d'*empirique* ou *anthropologique*. La difficulté consiste en ce que Duguit ne distingue pas nettement ces deux lignes d'argumentation, et ne peut pas le faire étant donné le dispositif épistémologique dans lequel il s'est lui-même délibérément enfermé : pour lui, décrire la réalité sociale et énoncer la norme juridique, c'est tout un. Il convient donc ici de distinguer ce qui chez Duguit est, non pas uni comme il l'affirme, mais mélangé. On constate alors que Duguit adopte avant tout une démarche *constructive* dans sa genèse de la garantie normative (A), et que cette démarche le conduit à rechercher une vérification empirique de sa construction dans la figure *anthropologique* des sociétés sans État (B).

A. La construction abstraite de la garantie normative : la théorie duguiste de la normativité sociale

12 *Traité, op. cit.*, p. 81.

La lecture de *L'État, le droit objectif et la loi positive* laisse une certaine impression de décalage entre ce que Duguit prétend faire et ce qu'il fait en réalité – plus spécifiquement, entre la prétention purement empirique ou sociologique de l'ouvrage et la teneur foncièrement prescriptive de la théorie qu'il expose. Duguit, quoi qu'il en dise, a une démarche *constructive* qui s'accorde mal à sa prétention de faire œuvre de pure observation. Il emprunte certes à son collègue bordelais Durkheim les deux grandes modalités de la « solidarité sociale » que celui-ci a dégagées dans *De la division du travail social* en 1893 : la « solidarité par similitudes », qui repose sur le sentiment d'identité qu'éprouve chaque membre du groupe social à l'égard de chaque autre, et la « solidarité par division du travail », qui repose quant à elle sur la différenciation des fonctions sociales et des personnalités. Mais Duguit extrait ces concepts du cadre originel dans lequel les avait formulés Durkheim, celui de la théorie sociologique empirique, pour en faire le matériau d'une *théorie de la normativité sociale* qui est, elle-même, normative ou prescriptive. Duguit opère ce passage du descriptif au prescriptif en niant purement et simplement que cette distinction ait une quelconque valeur scientifique, ce qui le conduit à rabattre le devoir-être sur l'être d'une façon trop cavalière pour espérer convaincre¹³. Toujours est-il qu'on s'explique ainsi comment la démarche théorique de Duguit dans son ouvrage de 1901, qui se présente comme étant de pure observation, fait plus songer à tout prendre à la méthode hypothético-déductive des jusnaturalistes du XVIII^e siècle qu'à celle des sociologues.

Le point de départ de sa théorie est ainsi une expérience de pensée dont l'intérêt, pour nous, est qu'elle établit clairement l'asymétrie fondamentale qui génère la norme sociale, et *a fortiori* la norme juridique. L'idée même d'une règle sociale de conduite suppose en effet deux termes : d'une part un *individu* qui produit un *acte extérieur*, d'autre part le *reste des membres du corps social* à qui se pose la question de l'*attitude à adopter vis-à-vis de cet acte* – autrement dit, un terme individuel *actif*, et un terme collectif *réactif*¹⁴. Pour bien faire saisir cette idée, Duguit invite le lecteur à « imaginer, par hypothèse, une société à l'état de repos absolu » : l'idée d'une règle sociale de conduite n'a alors aucun sens, dès lors qu'elle suppose nécessairement une relation¹⁵. Imaginons ensuite qu'un individu, au sein de cet état de repos social absolu, exprime soudain une volonté qui se traduit extérieurement par un acte : se pose seulement alors la question, pour tous les autres membres de la société, de savoir s'il leur faut respecter cet acte, autrement dit si celui-ci présente une *valeur sociale*. Or un acte individuel n'a une telle valeur que s'il est « déterminé par un but correspondant à la solidarité sociale »¹⁶. Dans ce cas, la règle sociale de conduite impose à tous les membres de la société de « ne rien faire pour en empêcher la réalisation » et de « coopérer dans la mesure du possible à sa réalisation »¹⁷. Abstention et coopération sont les deux conduites valides commandées par la norme sociale à tous les membres du groupe

13 *L'État...*, *op. cit.*, p. 16 : « Cette règle [de droit] ne dit pas à l'homme : Fais cela parce que c'est bien, parce que c'est utile, parce que ton bonheur en dépend. Elle lui dit : Fais cela parce que cela est. »

14 Terme collectif qu'il faut se garder, comme Duguit le répète jusqu'à en épuiser le lecteur, de transformer en un être réel doté d'une volonté propre : ce fut l'erreur fondamentale à ses yeux de l'école historique allemande. L'apport de celle-ci fut de situer l'origine du droit dans la spontanéité sociale, mais elle eut le tort d'attribuer malgré tout le droit à une volonté, celle du *Volk* (v. par ex. *Traité*, t. I, p. 128-129). C'est pourquoi Duguit prend toujours grand soin d'éviter d'avoir recours à des universaux tels que « le peuple » ou « la société », et leur préfère des formules telles que « la masse des consciences ».

15 *L'État...*, *op. cit.*, p. 83.

16 *Ibid.*, p. 84.

17 *Ibid.*, *loc. cit.*

vis-à-vis d'un acte individuel conforme à la solidarité sociale. À l'inverse, un acte extérieur contraire à la solidarité sociale génère naturellement chez ces mêmes membres l'idée de *sanction* :

« Si on suppose maintenant un acte individuel contraire à la règle de conduite, c'est un acte portant atteinte à la solidarité sociale, saisi comme tel par les individus conscients de la solidarité sociale et, par conséquent, provoquant une réaction chez la masse des individus, ayant conscience du lien social. »¹⁸

Cette dualité entre le terme individuel actif et le terme collectif réactif est essentielle dans la mesure où, pour Duguit, la dimension juridique de la norme sociale réside tout entière du côté du second : ce sont les idées partagées par la « masse des consciences » au sein du corps social qui déterminent si tel ou tel acte individuel extérieur est de nature sociale ou antisociale, avec les conséquences qui s'ensuivent¹⁹. Dans le cas d'un acte antisocial, la juridicité d'une norme consiste en ce que la sanction par la contrainte d'une éventuelle violation de cette norme est conçue par la masse des membres du groupe, lorsqu'elle se produit, comme *légitime*. C'est en ce sens qu'une norme juridique est une « norme garantie », pour reprendre l'expression de Jellinek.

On constate, au terme de cette démarche constructive, que la garantie de la norme se trouve bien dans les représentations partagées par la « masse des consciences ». La question des diverses *formes* que peut prendre la sanction d'un acte antisocial est, quant à elle, secondaire dans la perspective de Duguit : le critère fondamental de juridicité d'une norme ne réside pas dans le caractère organisé ou pas de sa sanction par la contrainte, mais dans la garantie que constitue l'autorisation sociale de cette contrainte. On peut, autrement dit, concevoir des formes entièrement inorganisées de sanction qui n'en seraient pas moins des sanctions juridiques. C'est dans le cadre de cette démarche argumentative de nature essentiellement hypothétique que Duguit évoque pour la première fois la figure anthropologique des sociétés sans État dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*.

B. La vérification empirique : la garantie normative dans les sociétés sans État

La référence aux sociétés sans État dans l'ouvrage de 1901 est plutôt discrète. Elle s'inscrit, comme on vient de le voir, dans une démarche théorique qui est essentiellement constructive, et n'arrive que tardivement dans

18 *Ibid.*, p. 116.

19 Sur ce point, les pensées de Duguit et de Maurice Hauriou convergent jusqu'à un certain point, avant de diverger de façon radicale. Hauriou a toujours affirmé, lui aussi, que la dimension objective du droit trouvait son origine dans le caractère essentiellement passif, ou simplement réactif, de ce qu'il appelait le « milieu social ». En revanche, il plaçait toute créativité et toute innovation dans le droit du côté des initiatives individuelles, de la « poussée subjective ». L'erreur fondamentale de Duguit aux yeux d'Hauriou était d'attribuer au milieu social une forme de créativité juridique (par le biais de ce mystérieux processus par lequel des idées « pénètrent la masse des consciences »). V. par ex. *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 620 : « Le milieu social est éminemment passif : il ne prend point d'initiatives et il ne s'émeut, pour empêcher certaines choses, que lorsqu'il est alarmé par une injustice ou par un désordre. [...] Donc la forme objective des droits, des procédures, des règles de droit, des institutions juridiques, n'est due au milieu social que dans la mesure de la résistance opposée par lui à la poussée subjective des acteurs juridiques. L'initiative est tout entière du côté de la poussée subjective, et la résistance du milieu étant relativement faible, la forme objective des droits, malgré le caractère social qu'elle a revêtu, est en majeure partie due aux efforts subjectifs. »

l'argumentation, comme un moyen de vérification empirique dont le statut est lui-même spéculatif avant tout – de la même manière que la physique moderne a imaginé parfois, pour vérifier ses hypothèses, des expériences qui demeureraient pendant un certain temps techniquement irréalisables. Duguit sent bien qu'il ne se meut pas ici sur un terrain empirique solide, et son propos balance de façon embarrassée entre le domaine de l'hypothèse et le domaine du factuel, pour favoriser au bout du compte la démarche spéculative :

« Cette sanction [par voie de contrainte psychologique] existe toujours dans toute société, même dans toute société où il n'y aurait point, par hypothèse, de force consciente et organisée, même dans les sociétés où il n'y aurait pas une puissance politique, formulant des règles de conduite, et en organisant la sanction par voie de contrainte physique ou psychologique, même dans les sociétés non encore étatisées. Existe-t-il des sociétés présentant ce caractère ? Le raisonnement nous conduit à l'admettre. Les sociologues les plus autorisés citent des exemples de sociétés où il n'y a aucune trace de différenciation politique et où les hommes ont cependant conscience d'une règle de conduite. Pourquoi cette règle de conduite ne serait-elle pas une règle de droit ? D'ailleurs, qu'importe qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas des sociétés sans caractère étatique. Ce qui est essentiel, et ce que nous croyons avoir établi, c'est que la conception d'une règle de droit, comprise comme règle sociale, est complètement indépendante de la notion d'État, que cette conception est antérieure, supérieure à la notion d'État, et plus compréhensive. Nous n'avons pas encore parlé de l'État, et par la simple observation de la structure générale des sociétés, de la représentation que les hommes s'en forment, nous sommes arrivés à la notion d'une règle de conduite, sociale par son fondement et sa sanction ; elle ne peut être que la règle de droit. »²⁰

Le recours argumentatif aux sociétés sans État est bien plus assuré dans le *Traité de droit constitutionnel*, et Duguit a manifestement enrichi entre-temps son bagage anthropologique. « Dès à présent », écrit-il sans crainte, « une observation sociologique très simple me paraît ruiner toutes les doctrines étatistes. »²¹ L'observation en question consiste en l'existence de « groupements sociaux dans lesquels n'existe aucune différenciation politique », autrement dit aucune contrainte organisée, aucun État. Duguit prend l'exemple des Esquimaux, qui constituent effectivement dans la littérature ethnologique l'exemple d'organisation sociale la moins différenciée que l'on connaisse à ce jour, appelée « bande ». Or la vie sociale au sein de ces groupes est de fait disciplinée par des règles. « La sanction de la règle, continue Duguit, est assurément encore inorganisée, mais elle n'en existe pas moins : elle consiste dans la réaction spontanée du groupement tout entier contre les auteurs de la violation. »²²

Duguit aborde ce faisant une question qui est devenue par la suite une interrogation essentielle de ce que l'on a appelé « l'anthropologie politique » – discipline qui s'est imposée comme champ de recherche autonome sous l'influence d'Edward E. Evans-Pritchard (1902-1973) et Meyer Fortes (1906-

20 *L'État...*, *op. cit.*, p. 117. Duguit se contente, pour appuyer son propos, d'une maigre référence à Herbert Spencer (1820-1903) en note de bas de page, celui-ci évoquant lui-même dans ses *Principes de sociologie* l'exemple d'une série de petites peuplades observées au XVIII^e siècle par l'explorateur James Cook (1728-1779).

21 *Traité*, *op. cit.*, p. 95. L'*ethnologie*, c'est-à-dire l'étude des sociétés dites primitives, a longtemps été considérée en France comme une branche de la *sociologie*, ce qui explique le terme employé par Duguit. L'usage du terme *anthropologie* en France pour désigner ce champ d'étude est pour le coup postérieur, et résulte probablement d'un mimétisme avec la discipline anglo-saxonne classiquement appelée *cultural anthropology*.

22 *Ibid.*, *loc. cit.*

1983) dans le monde anglo-saxon²³, et de Georges Balandier (1920-2016) en France²⁴. Comment les sociétés sans État assurent-elles la sanction des normes qui régissent leur vie sociale ? Sur ce point, Duguit fait preuve d'une acuité certaine dans le *Traité de droit constitutionnel*, même s'il ne propose encore qu'une typologie rudimentaire. Il distingue ainsi deux types de sanctions dans les sociétés sans État telles que les sociétés d'Esquimaux :

« Souvent, dans les populations primitives, ce sentiment de la nécessité d'une sanction sociale permanente se traduit dans ce que les Américains ont appelé le lynchage. Ailleurs, ce sentiment quasi unanime que telle règle doit avoir une sanction permanente apparaît dans la vengeance personnelle reconnue comme légitime et en quelque sorte réglementée par la coutume. Ce sont là les formes premières de la sanction donnée à la règle de droit, les manifestations les plus primitives de la conscience que telle règle sociale est devenue norme juridique. »²⁵

Autrement dit, les sociétés sans État connaissent à la fois, selon Duguit, des sanctions par la voie de la contrainte collective, dont la forme la plus manifeste est le lynchage, et des sanctions par la voie de la contrainte individuelle autorisée par le groupe. À vrai dire, l'anthropologie politique postérieure révèle surtout des formes de contrainte relevant du second type. Les sociétés dites primitives apparaissent en effet non pas comme des sortes de groupes parfaitement homogènes, mais comme des agrégats de clans. La contrainte collective de type lynchage ne se produit qu'*au sein* des clans, tandis que le problème principal est celui de la justice *entre* clans²⁶ – dès lors que guette le danger mortel de la vendetta. Dans ce second cas, la forme la plus simple de sanction d'une norme sociale est bien, comme l'a vu Duguit, la vengeance individuelle autorisée par le groupe social dans son ensemble, ce qui signifie que le clan spécifique du « malfaiteur » est contraint de laisser faire.

Les diverses formes d'organisation sociale non étatique ne se distingueront alors l'une de l'autre qu'en fonction des modes de *médiation* qu'elles instituent de manière à régler l'exercice individuel (c'est-à-dire inter-clanique) de la contrainte, telle par exemple l'intervention du « chef à peau de léopard » rendu célèbre par Evans-Pritchard dans son étude classique sur les Nuer du Soudan (1940)²⁷. Mais ces médiations ne sont jamais contraignantes dès lors qu'il n'existe pas, dans ces sociétés, de différence institutionnalisée entre des gouvernants et des gouvernés. Sur ce point, on peut se rapporter à l'ouvrage de Jean-William Lapierre (1921-2007) intitulé *Vivre sans État ?* (1977)²⁸. Lapierre établit, sur la base d'une revue proprement encyclopédique de la littérature ethnologique disponible, une gradation des formes d'organisation politique, depuis la plus simple jusqu'à la plus complexe et différenciée²⁹. Le critère qui lui permet d'établir la gradation est bien le mode de régulation des conflits, autrement dit le mode d'exercice de la contrainte sociale. Or, de façon révélatrice, Lapierre note à plusieurs reprises la

23 V. E. E. EVANS-PRITCHARD et M. FORTES (ed.), *African Political Systems*, Oxford University Press, 1940.

24 V. G. BALANDIER, *Anthropologie politique*, Paris, PUF, 1967.

25 *Traité, op. cit.*, p. 111.

26 Sur cette distinction, v. M. WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2013, p. 41.

27 E. E. EVANS-PRITCHARD, *Les Nuer. Description des modes de vie et des institutions politiques d'un peuple nilote*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1994.

28 J.-W. LAPIERRE, *Vivre sans État ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation social*, Paris, Le Seuil, 1977.

29 V. les « neuf degrés de différenciation du pouvoir politique et de complication dans l'organisation du pouvoir politique », *ibid.*, p. 75-76.

fonction essentielle que joue « l'opinion publique »³⁰ dans la régulation de l'usage de la violence : c'est elle qui détermine si le recours d'un individu à la contrainte physique est légitime ou non. Et qu'est-ce que « l'opinion publique » de Lapierre sinon la « masse des consciences » de Duguit, le terme collectif réactif que nous avons évoqué plus haut ? Lapierre confirme ainsi par son enquête anthropologique l'idée fondamentale de Duguit : la garantie première de validité de toute sanction d'une norme sociale par la contrainte, quelle que soit sa forme, est *l'autorisation collective* qu'elle reçoit de la part des membres du groupe.

Revenons à Duguit. Avec la différenciation entre gouvernants et gouvernés apparaît la contrainte organisée, autrement dit l'État (en un sens large). C'est à ce stade de développement social seulement que Duguit consent à reconnaître l'existence de règles qui trouvent leur origine dans une décision des gouvernants, autrement dit dans la « loi positive ». Mais ces règles dites « constructives » ont une fonction purement instrumentale au regard des *normes* proprement dites – dont Duguit a théorisé, comme nous l'avons vu, la formation spontanée au sein de tout groupe social. Duguit nomme ainsi « règle de droit normative ou norme juridique proprement dite » la « règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action » ; et « règles de droit constructives ou techniques » celles qui « sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des règles de droit normatives » : « Elles organisent des mesures ; elles prennent des dispositions ; elles fixent des compétences et, pour tout dire d'un mot, elles créent des voies de droit devant assurer la sanction des normes juridiques. »³¹ Afin d'établir le caractère second et instrumental des règles constructives par rapport aux règles normatives, Duguit a à nouveau recours à l'argument anthropologique : dans les formes archaïques d'État, la fonction juridictionnelle apparaît *avant* la fonction législative. On demande avant tout aux gouvernants de sanctionner par la contrainte des normes sociales dont l'existence ne fait pas question, bien qu'elles ne prennent pas la forme de règles écrites. Ce n'est que tardivement, à « l'époque législative de l'évolution sociale », que l'État prend sur lui de rédiger un certain nombre de règles « normatives » au sens de Duguit (et encore, pas toutes !)³².

*

* *

Au bout du compte, le droit se caractérise chez Duguit par un emboîtement de garanties qui reposent toutes, en dernière instance, sur la garantie normative fondamentale qu'est « l'état des consciences ». Considérons un système social entièrement développé au sens de Duguit : les règles normatives écrites viennent garantir le respect de règles normatives sociales ; les règles constructives viennent garantir les règles normatives ; ces règles constructives prévoient elles-mêmes en dernière instance, à titre de garantie, l'intervention de la contrainte organisée ; et cette contrainte organisée ne peut s'exercer que parce qu'elle est reconnue comme légitime par la « masse des consciences » au sein du groupe social. Ainsi, quel que soit le degré de complexification du système politique, quel que soit le degré de sophistication du droit, *le critère fondamental de juridicité, c'est-à-dire la garantie normative elle-même, reste aux yeux de Duguit « l'état des*

30 Expression que Lapierre emploie à la suite des anthropologues dont il cite les œuvres. V. par ex. à propos des Esquimaux (système politique du premier degré), p. 80-81 ; des Ifuago des Philippines (système du second degré), p. 88-89 ; des Indiens Comanches (système du quatrième degré), p. 96-97.

31 *Traité, op. cit.*, p. 106-107.

32 *Ibid.*, p. 111-112.

consciences ». C'est afin d'établir ce point que Duguit a eu recours, d'une manière pionnière et peu imitée chez les juristes, à l'anthropologie et à la figure des sociétés sans État ; qu'il a retracé, autrement dit, la genèse de la garantie normative.