



HAL
open science

La fable du ricochet

Emmanuel Jeuland

► **To cite this version:**

| Emmanuel Jeuland. La fable du ricochet. Mare et Martin Editions, 2009, 978-2-84934-064-6. <hal-02342626>

HAL Id: hal-02342626

<https://hal.science/hal-02342626v1>

Submitted on 1 Nov 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.



HAL Authorization

LA FABLE DU RICOCHET.

Une approche juridique des liens de parole.

.

Par Emmanuel Jeuland.
Professeur de droit à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne.

Ouvrage publié avec le concours du Centre de recherche sur la Justice et le Procès de
l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne.

« Nous sommes attachés aux êtres et aux choses par des liens si fragiles qu'ils brisent, souvent, à notre insu ».

Edmond Jabès, le livre des questions, Gallimard, L'imaginaire, 1963, réed. 2002, p. 42.

1.- Ce soir, le journal télévisé répète de manière hypnotique le terme de lien social¹. Un premier reportage conduit dans une petite ville de province où une garderie a été créée au sein d'une maison de retraite. Les reporters indiquent que mêler les enfants et les personnes âgées permet de recréer du lien. Suit un reportage sur la baisse du taux d'intérêt du livret d'épargne qui a été créé en 1818 pour, affirment les reporters, renforcer la cohésion sociale. Le journaliste critique la Poste de porter ainsi atteinte au lien social. Enfin, est diffusé un reportage sur les SDF dont il est dit qu'ils souffrent autant l'été que l'hiver. Un SDF interrogé dans la rue affirme fièrement « *moi, j'suis tout seul, y'a personne pour me ronfler d'ssus* ». Au terme de ce journal télévisé, ce SDF apparaît comme un homme sans attache au milieu d'une ville où les liens se délitent tandis que des liens sociaux se recréent à la campagne. Le terme de lien social est, de cette manière, omniprésent dans les médias.

Il l'est également dans des ouvrages et des essais de caractère scientifique². Pourtant les sociologues n'ont que peu défini le lien social, tout en cherchant vainement son fondement, et le juriste, autre spécialiste de la société, ne l'emploie pas comme terme juridique mais comme une donnée sociale³. Certains juristes considèrent que les liens de droit se surajoutent aux liens sociaux⁴ ou bien constituent des liens sociaux⁵. Un lien de droit serait un cas particulier de lien social. L'hypothèse de cette étude est que le lien social ne serait rien d'autre qu'un ensemble de liens de parole que l'on peut qualifier de liens juridiques. Le prétendu délitement du lien social serait dès lors une faille qui se creuse au sein des liens de droit.

Le terme de lien social n'aurait pas de réelle autonomie. Si l'on estime qu'il existe indépendamment des liens de droit, il s'agit alors d'une illusion ou, au mieux, d'une image⁶,

NB lorsque le lieu d'édition n'est pas indiqué, il s'agit de Paris.

¹ Sur France 3, 1^{er} août 2005.

² Par exemple M. Bouvier, *Le lien social*, Folio essais, 2005.

³ Par exemples : R. Encinas de Munagorri, *Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social*, D. 2004, Chroniques p. 711 ; G. Métairie, *La justice de proximité une approche historique*, 2004, Léviathan, PUF.

⁴ C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999 p. 295.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDciv. 1997, p.585.

⁶ A. Supiot, *Tisser le lien social*, éd. La maison des sciences de l'homme, 2004, p. 1 : « *le lien social ne désigne pas un concept qu'il serait possible de référer à un domaine particulier du savoir, mais bien plutôt une image où les civilisations les plus diverses ont pu reconnaître un trait de la condition humaine* ».

qui n'est pas sans conséquence et qui peut avoir un effet pernicieux lorsque des réformes législatives sont engagées en son nom (par exemple la création du juge de proximité) ou bien lorsque le but assigné à la justice est de retisser le lien social⁷. Si le lien social n'existe pas de manière autonome, cela signifie que ces réformes ont d'autres raisons d'être, peut-être moins avouables (électorales), et qu'elles risquent d'échouer, ce qui pourrait bien avoir été le cas pour la juridiction de proximité (à laquelle, maintenant, il faut bien donner sa chance⁸). Cela signifie également que l'on charge la justice d'un fardeau qu'elle ne peut porter⁹ : retisser l'illusion du lien social. Il est aussi fréquent d'entendre évoqué le lien politique¹⁰ ou le lien civil¹¹, qui ne paraissent pas davantage définis.

2.- En revanche, les liens de droit ont une existence bien réelle quoique langagière. Le droit ne sert pas seulement à réguler les rapports sociaux, il les crée. De même, dans le jeu de football, l'interdit de toucher le ballon de la main (sauf pour le goal dans la zone de réparation) est fondateur et ne vise pas seulement à réguler les rapports entre les joueurs. On peut, ainsi, avancer qu'il n'existe pas de lien non juridique car toute relation de fait reste précaire et incertaine. Le besoin de lien solide et durable conduit à construire ces liens par des paroles prononcées devant un tiers et la menace de sanction. Autrement dit, les seuls véritables liens existants sont des liens de parole dans le double sens de lien impliquant le langage et de lien reposant sur une parole donnée. Or un tel lien correspond à la notion de lien juridique.

L'instauration du PACS (Pacte civil de solidarité) montre ainsi qu'un lien de droit ne fait pas que confirmer une situation de fait (la vie en couple), le PACS crée un nouveau lien juridique. C'est parce que la situation de fait reste précaire et non reconnue par les tiers que le besoin se fait sentir de créer un lien fort, durable et reconnu. Les partenaires qui concluent un PACS ne sont pas seulement à la recherche d'avantages fiscaux¹². Le concubinage a, d'ailleurs, été parallèlement reconnu dans le Code civil¹³. Il faut noter au passage que le terme de situation juridique est plus large que celui de lien de droit et n'a peut-être pas eu le succès escompté par son initiateur, Paul Roubier, car elle reste trop vague et donc sans véritables conséquences juridiques¹⁴. Jean Carbonnier notait le paradoxe des juristes qui étudient de prétendues situations de fait pour montrer en définitive qu'elles ont des conséquences juridiques. Il s'agit donc, dans ces conditions, de situations de droit. Le terme de situation de droit restant vague, il paraît possible d'affirmer que, lorsque la prétendue situation de fait est un lien, il s'agit en réalité d'un lien de droit (comme par exemples le concubinage ou les relations post contractuelles).

Les arguments en faveur de la définition du lien social comme lien de droit mènent vers plusieurs territoires, sociologiques, littéraires voire psychanalytiques¹⁵. Cela peut conduire à

⁷ Par exemple : D. Salas, *la volonté de punir*, Hachette, 2005 : « organisée pour restaurer un ordre légal, la cérémonie judiciaire cherche ici à recoudre les liens sociaux, mémoriels, intersubjectifs », p.75.

⁸ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd. 2006, LexisNexis, n°143.

⁹ Sur cette idée que la justice est chargée d'un fardeau trop lourd pour elle V. aussi B. Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2002, spéc. 298.

¹⁰ Par exemple J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 2^{ème} éd. 2004, Droit et société, LGDJ, p. 135 « la redéfinition du lien politique ».

¹¹ Par exemple B. Barret-Kriegel, *Les chemins de l'Etat*, Calmann-Lévy, 1986, par exemples : p. 82 et 260.

¹² Ces avantages fiscaux montrent d'ailleurs, comme nous le verrons, la nécessité d'un tiers de référence dans la construction des liens de droit, ici l'Etat destinataire des impôts.

¹³ V. Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.35.

¹⁴ V notre article, *l'énigme du lien de droit*, RTDciv. 2003, p. 463, n°15.

¹⁵ Le champ des matières à envisager est fort large et nous en tiendrons à des incursions dans les domaines les plus désignés. Des recherches complémentaires pourraient être menées en économie, en anthropologie, en linguistique et dans les autres traditions et langues que celles de la sphère francophone.

jeter un autre regard sur la société et à se poser des questions oubliées, enfouies, comme par exemple ce qui est sans doute une question fondamentale : pourquoi les hommes se lient-ils par des paroles ?¹⁶ Question curieuse à une époque où certains se veulent sans engagement, tandis que d'autres privilégient les attaches affectives sans accorder d'importance à l'acte symbolique qui crée le lien de droit. Dans le même temps, les mariages et les PACS restent plutôt nombreux¹⁷. On peut également se demander comment s'articulent le langage et les liens humains, s'il faut être lié pour se parler ou s'il faut des conditions de parole particulières pour rester lié. Une réflexion sur les liens de parole unissant les hommes et fondant leur identité semble s'imposer.

3.- Chacun comprend le terme de lien social intuitivement comme une relation entretenue avec autrui et en particulier avec ses voisins. Il s'agit autrement dit de convivialité. Renforcer le lien social viserait donc à lutter contre la solitude et l'absence de solidarité. Le lien politique viserait, quant à lui, la relation entre le groupe unit par ce lien social et les organes de décision distincts du groupe. Or, lorsque l'on examine les solutions imaginées pour retisser les liens dits sociaux et résoudre la crise du lien politique, on ne relève que créations d'associations, de juridictions, de médiations ou de contrats divers, c'est-à-dire à un titre ou à un autre des mécanismes impliquant des liens de droit.

4.- Une théorie des liens de droit n'a, semble-t-il, jamais été entreprise¹⁸. La notion demeure à bien des égards mystérieuse¹⁹ car elle comporte à la fois un attachement entre les parties et une distance. Ainsi un lien de filiation réalise un « accrochage » entre un enfant et ses parents mais implique également une possibilité croissante d'indépendance. C'est encore plus vrai pour le lien conjugal dans lequel les membres du couple sont, à la fois, unis et différents, au point de ne jamais pouvoir complètement se connaître. Découvrir la clef de l'énigme est un objectif inatteignable car cette inconnue est au cœur des relations humaines et une conséquence du caractère infini et irremplaçable de chaque personne²⁰. Ce n'est pas seulement la coexistence de deux forces contraires entre les humains – une force de fusion et une force d'autonomisation – qu'il est difficile d'articuler, mais peut-être aussi l'existence d'un vide ou d'un manque. Il y faudrait des connaissances encyclopédiques et pluridisciplinaires. Le juriste peut s'intéresser, en amateur, à d'autres domaines mais ce qui le caractérise est peut-être au fond, comme au Moyen Age, un style naïf et parfois imagé. Il n'est pas si éloigné du poète, si l'on veut bien mettre à part l'aspect esthétique qui n'est pas la spécialité du juriste, quoiqu'il existe de beaux jugements ou de belles lois. Shelley affirmait, d'ailleurs, que le poète est un législateur secret²¹ qui, par les mots, devance la réalité. Le juriste met en mot une réalité sociale inatteignable et, d'un certain point de vue, il crée cette réalité²².

¹⁶ Le sociologue, N. Elias se pose une question similaire : « *qu'est-ce qui lie les hommes entre eux et sur quoi se fonde leur indépendance ?* » in *Qu'est-ce que la sociologie ?* (1970), Agora, éd. de l'Aube, 2004, p.166.

¹⁷ V. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2005 qui indiquent que 131651 PACS ont été conclus entre 1999 et septembre 2004, 300000 mariages en 2000 et 266000 en 2004, p.311 et p.537.

¹⁸ Nous nous en tiendrons au lien unissant des personnes ; nous écartons par conséquent de l'étude les liens de droit qui n'unissent pas des personnes mais des notions telles que le lien de connexité et le lien de causalité mais une réflexion d'ensemble mériterait sans doute d'être menée.

¹⁹ V. B. Bernardi, *Le principe d'obligation*, Vrin/EHESS, 2007, p. 71.

²⁰ C'est une position constante de P. Ricoeur. V. encore dans *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004 : « *l'altérité d'autrui n'est pas perceptive, sous peine de laisser sa différence être absorbée dans l'empire de l'idée de totalité* », p. 375. Le thème de la juste distance est également récurrent chez cet auteur, op. cit., p.377.

²¹ *Defence of Poetry*, 1821 « *poets are the unacknowledged legislators of the world* ».

²² B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Le bel aujourd'hui, Hermann, 2007.

Il est néanmoins possible de s'approcher du mystère du lien juridique afin de jeter un regard décalé et peut-être fécond sur certains aspects du droit et des relations humaines. Il existe toujours un élément insaisissable, inexplicable entre deux personnes²³. Or, le lien de droit n'est pas une simple enveloppe de la relation, il est la relation elle-même²⁴.

Certes le droit au sens où nous le connaissons s'est principalement développé dans les pays du Moyen Orient et d'Occident. Mais il s'est répandu, ces dernières décennies, sur toute la planète comme un élément central de la mondialisation. Dans la mesure où toute culture humaine est fondée sur des liens familiaux et tribaux impliquant des rituels et des symboles, on pourrait avancer qu'il n'y a pas non plus de purs liens de fait dans les sociétés dites primitives. Le lien de droit au sens où nous le définissons pourrait donc avoir existé dans toutes les sociétés²⁵. L'anthropologue Marc Augé confirme cette analyse lorsqu'il écrit : «*les relations qu'étudient les anthropologues (relations de parenté, relations de genre, relations d'âge, relations de pouvoir...), ce sont ces relations formulées et instituées* »²⁶.

Il pourrait aussi être opposé que le lien amoureux ne prend pas, tout du moins au départ, la forme d'un lien de droit. Cependant Hannah Arendt considèrerait que ce lien n'est pas du "monde"²⁷. Puisqu'il est hors du monde, il ne peut être un lien social. Cela vaudrait peut-être aussi pour les grandes amitiés qui sont tout autant fondés sur la parole que les liens juridiques. Jean Carbonnier a noté l'existence d'une antinomie entre le droit et l'amitié²⁸. Le lien d'amitié est souvent pérenne mais, soit il implique un lien de droit préexistant (appartenance à une même école, entreprise, association, témoin au mariage, parrain etc.), soit il s'agit d'une pure amitié qui n'implique quasiment plus de lien mais l'acceptation d'une totale étrangeté. Au XVI^e siècle, Jean Bodin ne présentait l'amitié que comme une conséquence des relations juridiques : «*laquelle amitié ne se peut maintenir que par alliances, societez, estats, communautez, confrairies, corps et collèges* »²⁹. A vrai dire, l'amitié résiste à l'analyse dans sa relation avec le lien de droit et nécessite un approfondissement. Il se peut qu'elle ait un rôle à jouer dans la construction et la transformation des liens de droit et qu'elle prenne appui sur les liens juridiques.

Quant aux liens sociaux en général, les liens de voisinages et autres liens de proximité, on ne cesse d'indiquer qu'il faut les renforcer ou les retisser³⁰. Renforcer un lien, n'est-ce pas lui assurer une pérennité et donc le rendre juridique ?³¹ De fait lorsque l'on pense "lien social", on

²³ V P Ricoeur, op. cit., p. 375.

²⁴ Contra J. Carbonnier qui considère que la « relation humaine » est introduite « dans la sphère du droit », in Flexible droit, op. cit., p.38.

²⁵C. Lévis-Strauss est nuancé sur ce point : «*si l'on veut dire que toutes les sociétés humaines reconnaissent qu'il existe un lien, sinon juridique, au moins psychologique et sentimental, entre l'enfant et chacun de ses parents, d'accord ; on concèdera facilement aussi que la reconnaissance de ce double lien se traduit, toujours et partout, dans les habitudes spontanées, et même dans les formes non-cristallisées de la vie sociale* ». L'auteur note par ailleurs que les relations animales se caractérisent par leur versatilité sans qu'on puisse définir «*des liens durables* », in Les structures élémentaires de la parenté, Mouton de Gruyter (1^{ère} éd. 1947), Berlin, 2002, p.7, 9, 121.

²⁶ Pour quoi vivons nous ? Fayard, 2003, p.53.

²⁷ La condition de l'homme moderne, (1958), Calmann-Lévy, 1983, Agora p. 93 : "*l'amour à la différence de l'amitié, meurt, ou plutôt s'éteint, dès que l'on en fait l'étalage (...) Essentiellement étranger au monde, l'amour ne peut que mentir et se pervertir lorsqu'on l'emploie à des fins politiques*".

²⁸ Op. cit., p.36.

²⁹ Les six livres de la république, (1576) rééd Fayard, 1986, T. 3, p.201.

³⁰ A. Supiot, Retisser le lien social, précit.

³¹ Ceci dit la demande de renforcement du lien social paraît bien complexe et le travail sur les liens de droit ne constitue sans doute qu'une des multiples réponses.

pense très souvent aux associations (telles que les associations de quartier qui renforcent ou « tissent » le lien social). Or, précisément, les associations sont des contrats et donc des liens de droit³². De même, il est suggéré de renforcer et de juridictionnaliser les droits sociaux et économiques³³ pour limiter les situations d'exclusion en France et la pauvreté dans les pays en voie de développement. Si les droits sociaux et économiques deviennent justiciables et donc obligatoires pour les Etats, ils peuvent être analysés comme étant des obligations. Or une obligation est un lien de droit.

Les liens humains impliquent donc un échange de paroles et un tiers. C'est là une première définition du lien de droit. Ce lien construit la possibilité d'une relation sans cannibalisme, possession ou pure domination. L'insaisissabilité des relations humaines rejoint donc en grande partie l'insaisissabilité des liens de droit. Or cette indétermination n'est apparue clairement que progressivement et récemment. Dans une société hiérarchisée comportant un roi d'essence divine, chacun était à sa place avec certitude (jusque dans l'exclusion, que l'on songe, par exemple, aux enfants naturels). Dans une société démocratisée où chacun est l'égal de l'autre et où il n'y a plus d'incorporation du groupe dans une personne hors du commun tel qu'un roi³⁴, toutes les relations deviennent quelque peu indéterminées et infondées³⁵. Le lien de droit de l'ancien régime était le lien d'allégeance au seigneur, au prince et au roi, il impliquait une hiérarchie. Dans les liens familiaux existaient une hiérarchie et des places déterminées (pater familias, aîné, benjamin etc.). Dans une société égalitaire, les places sont indéterminées et la faille entre les hommes apparaît au grand jour.

5.- Le droit pourrait bien être ce qui construit la société³⁶. La société ne serait rien d'autre qu'un écheveau juridique complexe constitué de personnes juridiques, de faits juridiques, d'actes juridiques³⁷, de liens de droit, de règles de droit et de droits subjectifs. Cette analyse pourrait être taxée de panjuridisme³⁸. Cependant, il ne s'agit pas pour nous de simplifier ce qui reste fort complexe³⁹ ; il s'agit de tenter de mieux préciser la part du droit en matière de lien humain sans exclure l'importance de solidarités spontanées⁴⁰. Il ne s'agit pas de nier l'hypothèse élaborée par Jean Carbonnier du « non droit » au sens d'une pression généralement faible du droit sur la société⁴¹. Il s'agit de préciser, sous l'angle des liens, la part

³² Ceci dit les associations peuvent être qualifiées d'institution organisme.

³³ In S Hessel, Dix pas dans le nouveau siècle, Seuil, 2002, dialogue avec G Massiah p. 113, p.119 à 122.

³⁴E. Kantorowicz, Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen Age, (1957), Quarto Gallimard, 2000.

³⁵ V JP Lebrun, La perversion ordinaire, Denoël, 2007 ; v. aussi du même auteur, Un monde sans limite, Eres, 2004.

³⁶ Notre absence de compétence en sociologie générale et en sociologie du droit en particulier, nous incite à maintenir le conditionnel. Nous espérons que notre hypothèse pourra donner lieu à une réflexion de sociologie du droit. En amateur, nous tenterons de poser quelques jalons.

³⁷ C'est-à-dire une expression de la volonté ayant un effet juridique, comme un contrat par exemple.

³⁸ Critique de J Carbonnier des juristes dogmatiques qui voit dans « *le juridique la forme la plus achevée du social* », op. cit., p.25. Cependant un philosophe tel que Michel Serres qui ne peut être suspect de partialité sur ce point (puisqu'il n'est pas statutairement juriste) donne tout autant d'importance au droit dans la constitution de la société voire dans l'engendrement de la science (v. Le contrat naturel, Flammarion 1992, spéc. p.94, 102, 120, 122 etc.).

³⁹ Notre approche qui ne s'arrête pas aux frontières des disciplines s'inspire notamment de la pensée d'E Morin sur la complexité (V. notamment « introduction à la pensée complexe, Points essais, Seuil (1990), 2005

⁴⁰ E Morin, op. cit., p.122 qui montre comment des ouvriers de chez Renault ont mis en place une organisation secrète pour assouplir les règles trop rigides du travail à la chaîne. Ce type de solidarité comme l'amitié nous paraissent néanmoins post juridique et non pas pré juridique, elles apparaissent dans un contexte où il existe déjà des liens de droit, pour les faire évoluer.

⁴¹ J Carbonnier, op. cit., p.26 : « *quand nous parlerons de non droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* ».

du droit, pour contribuer notamment à limiter sa production en terme de normes. Considérer que le droit doit s'adapter aux faits conduit à une inflation des lois, alors que considérer que la société est constituée de liens de droit, limite les lois à ce qui est nécessaire pour tendre vers l'équilibre de ces liens. Notre approche comporte aussi une critique du droit positif qui se présente souvent comme une pure technique de traitement social et qui privilégie, parmi les liens de droit, le lien d'obligation de type patrimonial et le contrat. Travaillant par ailleurs sur la justice, notre angle de vue est celui d'un spécialiste de la procédure. Il faut souligner que le droit processuel (droit au second degré par rapport au droit substantiel tel que le droit de la famille, le droit pénal ou le droit administratif)⁴² implique par son abstraction de mener quelques incursions en théorie du droit et dans les sciences humaines⁴³.

6.- Puisque les règles sont nécessaires pour structurer les liens de droit, il peut être de bonne méthode de se fixer une contrainte pour étudier ces liens. Le cinéaste danois, Lars Van Trier, s'était ainsi imposé ce qu'il a nommé « le dogme » impliquant une unité de lieu, de temps, d'action et de technique (une caméra vidéo) - qu'il n'a d'ailleurs pas beaucoup suivi et a abandonné depuis - qui lui permettait de construire un film⁴⁴. La liberté peut, en effet, être paralysante. De même en littérature, les auteurs du groupe surréaliste puis du groupe OULIPO, l'ouvroir de littérature potentiel⁴⁵, se sont fixé des contraintes parfois irrationnelles⁴⁶. Il convient de commencer quelque part, par exemple par un mot, pour tenter de débobiner le fil du lien social au regard du lien de droit, et ensuite de mieux comprendre le lien de droit et sa faille. Le procédé qui prend au sérieux le mouvement de pensée « droit et littérature »⁴⁷ est susceptible de fournir un fil directeur à cette recherche transdisciplinaire.

De plus, si le lien social n'existe pas de manière autonome mais qu'il est employé en lieu et place du lien de droit, il l'est, peut-être, pour laisser croire à l'absence de limite en présentant les individus comme libérés des contraintes. Le lien social se trouve donc dans une zone fuyante et s'en approcher ne paraît possible qu'en se fixant une contrainte.

7.- Le mot choisi est « ricochet ». Ce mot offre d'emblée une méthode qui consiste à ricocher de textes en textes quelle que soit la discipline. Cette méthode permet d'éviter d'avoir à se cantonner à une discipline sans prétendre, pour autant, maîtriser les différents domaines traversés⁴⁸. Cette méthode est non rigoureuse dans le sens employé par le doyen Carbonnier dans son célèbre livre « flexible droit » (en réalité, il restait, lui, parfaitement rigoureux). Il s'agit de mener une recherche sans être limité par les frontières disciplinaires et sans pour

⁴² Il est au second degré car il met en œuvre devant les tribunaux les droits au fond ou substantiel qui sont au premier degré.

⁴³ Cet essai est le prolongement théorique de notre manuel de droit processuel, sous titré la science de la transformation des liens de droit (LGDJ, 2007).

⁴⁴ Un autre cinéaste Thomas Vinterberg a réalisé un film saisissant en respectant ce « dogme » : Festen, un film danois sorti en 1998.

⁴⁵ J Bens, Genèse de l'OULIPO, Le Castor Astral, 2005 ; nous remercions Sébastien Poisson pour nous avoir fait connaître ce mouvement.

⁴⁶V. par exemple la transformation par R. Queneau du 11^o quatrain du poème « Le Vallon » : il remplace toutes les consonnes initiales en « t » puis toutes les voyelles en « a » tout en laissant la finale, ce qui donne tatatatata tatatatata (op. cit., p.135).

⁴⁷Ce mouvement s'intéresse au droit dans la littérature (dans l'œuvre de Balzac par ex.) ou au rôle de la littérature sur le droit (le Procès de Kafka qui était lui-même juriste peut être interprété comme une réflexion sur la justice). R. Posner, Droit et littérature, PUF, 1996 ; P Malaurie, Droit et littérature, Anthologie, Cujas, 1996 ; F Ost, Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique, O Jacob, 2004

⁴⁸ Il se peut d'ailleurs que le cloisonnement des disciplines contribue à ce que l'on nomme le délitement des liens sociaux par l'impossibilité qu'il crée d'avoir une vue d'ensemble et dès lors de pouvoir faire de vrais choix politiques.

autant avoir à maîtriser l'histoire et les références de chaque champ. Il est d'ailleurs devenu difficile voire impossible de tout maîtriser dans le champ juridique lui-même. Il s'agit, autrement dit, de mener une recherche pluridisciplinaire sans être un spécialiste des domaines concernés et en conservant l'approche quelque peu « rusé » du juriste généraliste. A ce titre pourront être utilisés comme matériaux de recherches toutes sortes de textes sur lesquels nous pourrions « rebondir » : des romans, des essais, des chansons, des lois, des décrets, des jurisprudences etc. Une partie de ces textes seront utilisés comme des discours. A côté de ces matériaux, le ricochet peut aussi conduire de texte de référence en texte de référence. Il s'agira alors davantage de discuter des concepts.

Au-delà de la méthode, le terme polysémique et riche d'histoires de ricochet peut servir d'illustration et de levier pour approfondir les liens humains dans leur contact avec les réalités les plus diverses. Le projet est ici de forger un concept juridique – le lien de droit – en déterminant sa définition, son régime et sa portée au regard notamment du lien social et du lien politique pour tenter de rendre compte des transformations des regroupements humains aussi bien au plan familial, local, national qu'international. A l'aide du mot « ricochet », il est possible de situer le lien parmi d'autres notions juridiques (chapitre 1). On peut ensuite confronter la notion de lien de droit à celle de lien de fait tels que le lien d'amitié et le lien social en rebondissant de textes de référence en extraits significatifs de discours (chapitre 2). Il apparaîtra que la notion de lien social n'a pas d'autonomie et qu'elle peut être défini par la notion de lien de droit. La crise du lien social ne peut, dès lors, recevoir d'autre sens que celle d'une crise ou d'une faille dans les liens de droit (chapitre 3). Ces confrontations conceptuelles conduisent à approfondir la notion de lien de droit. Une définition peut être dégagée : les liens de droit sont des liens de paroles conçus sous l'égide d'un tiers créant un espace-temps entre deux parties qui se reconnaissent différentes et comportant un vide ou une zone indéfinissable (chapitre 4). Le jeu du ricochet nous sera utile, à tous les stades du raisonnement, pour faire émerger cette définition et ses conséquences. Le vide dans les liens de droit apparaît plus nettement aujourd'hui et donne lieu à des tentatives de comblement. Il semble qu'il soit préférable d'accepter, d'habiter et de cantonner ce vide pour maintenir la confiance en ses partenaires plutôt que de l'ignorer. C'est en travaillant sur les conditions - un échange de parole, un tiers, un objet et une cause (chapitre 5) - et sur la vie des liens de droit que cette acceptation paraît envisageable (chapitre 6). La société n'est, dès lors, rien d'autre qu'une architecture de liens de parole organisée autour de l'Etat et d'autres institutions telles que l'Union européenne. Une typologie approfondie des liens de droit et de la manière dont ils se composent en groupes, cercles, réseaux, secteurs et sphères pourra, dès lors, être envisagée. Le vide doit être aménagé à chaque niveau d'organisation des liens. L'équilibre paraît cependant loin d'être atteint. Il ne s'agit pas d'ailleurs de considérer qu'un lien de droit et un groupe de liens de droit doivent impérativement être équilibrés. Ils sont plutôt en constante recherche d'équilibre (chapitre 7).

Chapitre 1.- Un ricochet sur l'océan du droit.

8.- Le droit est d'un abord relativement difficile⁴⁹. La méthode du ricochet constitue une façon d'entrer en matière, aussi bien pour le juriste qui ne peut plus, aujourd'hui, tout connaître du droit positif, que pour le non juriste. Le droit est généralement défini comme un ensemble de règles de droit qui régissent la société⁵⁰. La notion de lien de droit n'aurait aucune part dans cette définition alors qu'elle paraît centrale. Il s'agit, dans ce premier chapitre, d'effectuer quelques ricochets sur l'océan du droit pour essayer de situer la notion de liens de droit au regard de notions du droit plus étudiées comme les règles (1), les jugements (2), les personnes (3) et les objets (4).

1. Lien de droit et règles de droit.

9.- Selon le dictionnaire historique de la langue française, le mot ricochet vient de ri et de cochet, le coq. Il s'agissait d'une fable ou d'une chanson à ritournelles dans laquelle le mot coq revenait souvent ; de là, le sens de rebond d'un objet plat lancé obliquement sur la surface de l'eau ou d'un projectile renvoyé par une surface dure⁵¹. Le mot ricochet n'apparaît pas répertorié dans les dictionnaires juridiques de référence⁵².

Le site officiel du droit français, Légifrance, comporte un premier menu indiquant « *droit français, droit européen, droit international* ». En droit français, apparaissent, dans l'ordre de la hiérarchie des normes, la constitution, les codes et les autres textes législatifs. Le mot ricochet est absent de la constitution ainsi que du Code civil, du Code pénal et du Code de commerce. Après les codes, sont répertoriés les lois et décrets non codifiés. Une occurrence

⁴⁹ Il peut sembler facile d'accès dans la mesure où tout citoyen est censé connaître le droit et avoir accès au droit. Sa complexité se vérifie néanmoins tous les jours au point où un juriste n'est pas quelqu'un qui connaît tout le droit mais celui qui sait comment apporter une solution à un problème juridique.

⁵⁰ Par exemple : F. Terré, Introduction en droit, précit., p. 3 « *le droit c'est un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée – et plus ou moins organisée – régissent les rapports entre les hommes* » ; J.L. Aubert, Introduction au droit, 9^{ème} éd. A Colin, 2002, p.2 : le droit est « *un ensemble de règles destinées à organiser la vie en société* ».

⁵¹ A. Rey (dir), Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2006. L'origine est discutée, certains y voyant simplement des onomatopées.

⁵² G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 1996.

du mot ricochet est contenue à l'article 4 du décret du 15 octobre 1996 portant « *publication des amendements à la convention pour la reconnaissance réciproque des poinçons d'épreuve des armes à feu portatives* ». Cet article prévoit que les importateurs étrangers doivent mentionner sur l'emballage des cartouches bille acier « *attention aux ricochets, éviter de tirer sur une surface rigide et dure* ». Il s'agit d'une précaution qu'impose l'Etat français aux entreprises étrangères souhaitant effectuer des importations en France afin de protéger les consommateurs français.

Le mot ricochet est ainsi présent dans une règle de droit. Ce constat est à mettre en relation avec la définition du droit comme un ensemble de règles. En l'occurrence, la règle de droit régit les rapports sociaux, c'est-à-dire les rapports entre l'entreprise étrangère et le consommateur français. Cependant, cette règle crée une obligation à l'égard de l'exportateur étranger d'inscrire la mention ci-dessus. Il s'agit là d'une obligation légale. Or une obligation est définie par la très grande majorité des manuels de droit comme un lien de droit entre un créancier et un débiteur, en l'occurrence l'entreprise et le consommateur. Il faut distinguer, de ce point de vue, le devoir qui impose de transmettre un avoir à quelqu'un, de l'obligation qui est d'abord une relation humaine ayant un effet contraignant.

Il existe une véritable dialectique entre les concepts de règle et de lien sur laquelle nous reviendrons. Ainsi le lien de filiation est encadré par des règles de droit prévues dans le Code civil déterminant les personnes qui sont les parents de tel enfant et il permet aux parents d'imposer des règles aux enfants. Le lien est donc créé par des règles tout en autorisant un membre du lien à imposer des règles à l'autre. Ayant confronté le lien de droit à la règle de droit, il convient d'opérer une comparaison entre le lien de droit et le jugement. Le jugement a d'ailleurs probablement précédé historiquement la règle de droit.

2.- Lien de droit et jugement.

10. Dans la base de données de la jurisprudence administrative, il existe deux occurrences du mot ricochet. Dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 24 juin 1993, un enfant de 11 ans avait reçu un fragment d'une balle provenant d'un stand de tir dans l'œil, le propriétaire a considéré qu'il n'était pas responsable car il avait obtenu l'autorisation du maire. Selon la cour de Nancy, le propriétaire aurait dû installer un dispositif destiné à « *prévenir les ricochets de projectiles* » et le maire aurait dû davantage contrôler les risques. La responsabilité a donc été partagée. Ils ont dû, chacun à égalité, payer des dommages et intérêts aux parents de la victime. Il existe, en l'espèce, une obligation dite délictuelle qui constitue, comme toute obligation, un lien de droit.

La règle appliquée dans cet arrêt a son siège à l'article 1382 du Code civil. Lorsqu'une telle règle générale n'existait pas⁵³ et s'il n'existait aucune règle spéciale, le juge devait inventer une solution. Historiquement, il semble que ce qui a été premier est le jugement et non la règle. Un litige apparaissait au sein d'un groupe de personnes. Le juge lui trouvait une solution qu'il reproduisait pour des faits subséquents identiques. Il s'agissait de ce qu'on nomme un précédent. La solution finissait par constituer une règle applicable de manière générale. Ce qui est premier en droit est la recherche tâtonnante et particulière de la justice.

Pour qu'il y ait jugement, il faut que ce soit déroulé un procès. Les parties ont du se mettre d'accord pour soumettre leur litige à un juge ou bien un juge leur a été imposé. Ce qui est

⁵³ En réalité, l'article 1382 du Code civil a une origine historique fort lointaine.

alors premier est la réunion des parties et du juge. Or, cette réunion constitue juridiquement un lien procédural, le lien d'instance, donc un lien de droit. Chaque partie s'engage à être jugée par ce juge et le juge s'engage à juger les parties.

Les parties qui se présentent devant le juge peuvent être déjà unies par un lien de droit. Elles peuvent être liées par un contrat - par exemple une partie s'est engagée à vendre des produits qu'elle n'a pas livrés - ou bien par un lien matrimonial - des époux qui veulent divorcer se présentent devant le juge liés par le mariage. Ces liens de droit sont organisés par des règles de droit. En réalité, le droit est circulaire. Pour qu'une loi soit votée, il faut d'abord que les députés soient élus. A cette fin, il faut qu'il existe un lien politique entre des citoyens et l'Etat qui n'est autre que le lien de nationalité et des règles qui définissent les conditions de la nationalité. Bien que le site Légifrance fasse référence, en premier lieu, à la constitution et aux codes, donc à des règles de droit, il importe de souligner que le droit n'est pas seulement constitué de règles de droit. Les liens et les jugements sont tout aussi importants. Le philosophe Michel Serres se demande d'ailleurs si le lien de droit ne serait pas premier : *« j'imagine quelquefois que le premier objet du droit fut la corde, le lien, celui que nous ne lisons qu'abstraitement dans les termes d'obligation et d'alliance, mais plus concrètement dans celui d'attachement, cordon qui matérialise nos rapports ou change nos relations aux choses ; si nos rapports fluctuent cette solidification les fixe »*⁵⁴. Peu importe l'origine historique du droit - un jugement, un lien de droit ou une règle de droit - qui par définition est inaccessible, ce qui compte est l'articulation entre ces différents éléments du droit. Il ne devrait pas exister de déséquilibre dans la présentation de ces différents éléments. Or, trop souvent, on assimile le droit aux lois alors qu'il est aussi composé de droits dits subjectifs (par exemple le droit de vote), de liens (par ex. lien de filiation, lien de nationalité), de faits (par ex. accidents) et d'actes juridiques (c'est-à-dire des engagements formulés par des paroles comme le contrat). Ne préfère-t-on pas penser le droit en termes de règles plutôt qu'en terme de liens car on peut toujours transgresser les premières alors qu'il est souvent fort difficile de sortir des seconds ? On peut également supposer que si un lien de droit unit des parties, la notion de personne joue un rôle important.

3. Liens de droit et personnes.

11.- La seconde occurrence du mot ricochet existant dans la banque de données de la jurisprudence administrative se trouve dans un arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2005. Cette décision traite d'une affaire dans laquelle un journal local nommé « Ricochets » a publié une photographie compromettante pour le candidat à une élection. Ce candidat, qui a perdu les élections en raison de cette photographie, a engagé une action devant le Tribunal administratif de Melun pour atteinte à la sincérité du scrutin mais n'a pas eu gain de cause. Ce qui nous intéresse est le fait que le mot « Ricochets » est, en l'espèce, un nom propre (le nom du journal). Avant de traiter des règles de droit, de lien de droit ou d'actes juridiques, il existe une condition préalable : l'existence de personnes physiques ou morales. En l'espèce, le journal est une personne morale, une association. La personne est souvent définie comme l'être titulaire de droit et d'obligations. Pour traduire en droit l'affirmation des philosophes⁵⁵ et des psychologues⁵⁶ selon laquelle l'homme est avant tout un être relationnel, il est possible d'avancer que la personne est le produit d'un ensemble de liens de droit : lien de filiation, lien

⁵⁴ Le contrat naturel, éd. (F. Bourin, 1990), Flammarion 1992, p.77.

⁵⁵ Notamment : B. Spinoza, Traité politique, Classique de poche, 2002, p.127.

⁵⁶V. les psychosociologues tels que E. Enriquez, De la horde à l'Etat, essai de psychanalyse du lien social, Gallimard, 1983, p.17 ; J. Barus-Michel, Le politique entre les pulsions et la loi, Eres, 2007, p. 87 s chapitre sur les formes du lien.

de parenté, lien contractuel, lien de nationalité etc. Une personne se définit juridiquement par ses liens. Son nom de famille est issu des liens de filiation, en général le lien paternel. Des événements peuvent survenir entre personnes juridiques, physiques ou morales. Il peut s'agir de faits juridiques (un dommage) ou des actes juridiques (tel qu'un contrat ou un jugement). Ces événements juridiques créent des liens de droit entre personnes⁵⁷.

12.- Le droit apparaît dès lors comme un ensemble de liens de parole constituant une société et non comme un ensemble de règles de droit régissant la société. La société n'est pas un ensemble informel de personnes régi a posteriori par des règles. Elle est une structure de liens de droit délimités par des règles de droit.

Le lien de droit paraît ainsi central dans la société car les règles de droit s'appliquent à lui et sont créées dans ce cadre. Il existe peu de sortes de lien de droit, moins d'une dizaine : le lien de filiation, le lien conjugal, le lien de parenté (entre frères, oncle et neveu etc.), le lien contractuel, l'obligation, le lien de nationalité, le lien d'instance et le lien statutaire (entre un administré et une administration, un fonctionnaire et son administration, une commune et ses habitants). Cette série limitée de liens est l'équivalent, pour le droit, de la gamme en musique, ou des couleurs primaires et secondaires en peinture. Comment cependant distinguer les personnes des choses, et donc les liens de droit entre personnes des rapports de droit aux choses ?

4. Liens de droit et relations d'objet.

13. P. Le Tourneau, dans son traité de responsabilité civile, opère un renvoi du mot ricochet⁵⁸ vers celui de caillou. Il est question d'une machine à balayer le trottoir qui a projeté des gravillons à la porte du domicile d'une personne qui s'est blessée en glissant. La Cour de Cassation estime que la balayeuse qualifiée de véhicule est impliquée dans l'accident. Peu importe l'existence d'une causalité puisque la loi a décidé qu'en matière d'accident de la circulation, la cause n'était plus recherchée. En l'espèce, il s'agit d'un ricochet de cailloux qui crée un lien de droit entre la ville, propriétaire de la balayeuse, et la personne qui a glissé sur les gravillons. Il ne fait pas de doute qu'un dommage en vertu du Code Civil conduit à créer une obligation de réparer de la part de l'auteur. Or une obligation, qui vient de *ligare* qui veut dire lier, est un lien de droit.

Cette situation soulève la question de la place des objets dans les liens de droit. Existe-t-il un lien de droit entre une personne et un objet ? Il est parfois indiqué qu'il existe un rapport de droit entre une personne et un objet possédé. Le terme de rapport de droit serait ainsi un terme plus large que le terme de lien de droit qui, lui, ne concernerait que des rapports entre personnes juridiques.

La notion de relation d'objet est, par ailleurs, une notion psychanalytique. Il s'agit de l'idée selon laquelle les pulsions ont un objet. Cet objet peut être le sein de la mère, puis l'objet transitionnel (le doudou)⁵⁹, les mots (les enfants ayant deux ou trois ans ont souvent une manière particulière de déformer tel ou tel mot, comme de dire « ravec » au lieu de « avec ») et, ce qui nous intéresse ici, les personnes visées par des pulsions⁶⁰.

⁵⁷ Un lien peut ainsi résulter d'un fait justiciable V. F. Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal*, LGDJ, 2005, p.1.

⁵⁸P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2006/2007, n°1718.

⁵⁹ D. W. Winnicott, *Jeu et réalité* (1971), Gallimard (1975) Folio essais, spéc. p.28 s.

⁶⁰ B. Brusset, *La psychanalyse du lien*, Le fil rouge, PUF, 2005.

Ainsi un lien de droit entre deux personnes serait une relation d'objet. On peut aussi considérer qu'une relation perverse est précisément une relation dans laquelle une personne prend l'autre pour un objet de jouissance⁶¹, notamment en utilisant ses failles. En droit pénal, de nombreuses infractions peuvent être comprises comme des appropriations d'une personne ou d'un bien (vol, escroquerie, enlèvement etc.).

Il se peut que le rôle du droit soit notamment de distinguer les relations d'objet des liens de personnes en maintenant une distance adéquate entre des personnes, notamment par des règles imposant le respect de la possession des objets. La propriété peut être vue comme un interdit entre des personnes empêchant de s'approprier un bien qui ne nous appartient pas. Considérer sur un même plan les rapports aux choses et les relations entre personnes conduit à conclure des contrats avec les choses et à engager des poursuites contre les animaux par exemple. Cela revient à considérer qu'un contrat peut se passer d'une parole comme le pense Michel Serres pour affirmer l'existence d'un contrat naturel : « *un contrat ne présuppose donc pas forcément le langage : il suffit d'un jeu de corde* »⁶². Nous verrons dans le dernier chapitre qu'il est possible de situer la nature dans l'espace unissant des personnes - et ainsi d'en faire dépendre l'équilibre des liens de droit - sans en faire pour autant une véritable personne.

En réalité, les liens entre personnes ont un objet au sens d'un contenu. Il s'agit d'une chose dans le contrat de vente, d'un service dans le contrat d'entreprise, de l'éducation dans le lien de filiation et, notamment, de la sécurité dans le lien national. L'objet, dans ce sens large, se trouve donc au cœur du lien entre deux personnes. Ainsi l'action engagée par la victime par ricochet a pour objet l'obtention de dommages et intérêts.

14. Dans la base de données de la « jurisprudence judiciaire », 150 occurrences du mot ricochet apparaissent. Il s'agit principalement du préjudice par ricochet. Il s'agit, par exemple, d'un accident au cours duquel un père de famille meurt et laisse, par ricochet, des enfants dans le besoin. Le conducteur doit en principe réparer le dommage causé par ricochet aux enfants de la victime directe. Cependant, il n'a pas à réparer les effets lointains de ses actes. Par exemple, le coiffeur qui perd un client du fait d'un accident ne peut réclamer des dommages et intérêts à l'auteur de l'accident. Le dommage par ricochet donne lieu à de nombreuses décisions qui impliquent la notion de liens de droit.

Le principe est la possibilité d'obtenir devant les juridictions civiles la réparation du préjudice économique (perte de subsides, frais d'obsèques)⁶³ ou moral subi par ricochet et notamment le préjudice d'affection en cas de mort ou d'infirmité de la victime directe. La jurisprudence avait d'abord limité cette dernière possibilité aux parents et alliés de la victime directe car ceux-ci bénéficiaient d'une obligation alimentaire qu'ils perdaient du fait du décès de la victime. Elle a élargi le bénéfice de l'action à tous les proches qui justifient d'un préjudice d'affection (parents, enfants, frères, grands-parents, filleul, tuteur, un concubin et même la gouvernante d'un ecclésiastique). Dans tous ces cas, on peut déceler l'existence d'un lien de droit. Certains arrêts paraissent aller plus loin et accorder des dommages et intérêts dans l'hypothèse où la victime avait marqué son intérêt en subvenant au besoin de la prétendue victime par ricochet. Le risque est qu'un jour le fan d'une vedette accidentée réclame des dommages et intérêts. C'est pourquoi, si l'existence de liens de parentés n'est pas une exigence, il faut néanmoins, selon certains juges du fond, établir l'existence de relations

⁶¹ V. J.P. Lebrun, La perversion ordinaire, précit. spéc. p.313.

⁶² Op. cit., p.167.

⁶³ P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 7ème éd. 2007, p.125 s.

affectives⁶⁴. La jurisprudence concerne cependant, dans sa très grande majorité, des liens de droit préexistants entre la victime directe et la victime par ricochet. D'ailleurs, lorsque la victime n'est pas décédée, seul le conjoint ou des parents peuvent obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi par ricochet⁶⁵.

Au plan pénal, le dommage par ricochet subi par les « proches » de la victime est également pris en considération. Ainsi l'enfant né d'un viol commis par un père sur sa fille a pu se constituer partie civile⁶⁶. Des décisions voisines ont précisé que l'enfant né d'un viol subissait de graves troubles psychologiques du fait du désinvestissement de la mère (et le placement à l'aide sociale) et l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle⁶⁷. Non seulement le « proche » est généralement lié juridiquement à la victime mais il peut aussi subir un préjudice par ricochet du fait de l'impossibilité de bénéficier d'un lien de filiation. Il apparaît ainsi que la notion de lien de droit est à l'œuvre en matière de préjudice par ricochet et qu'il existe un objet qui est l'obtention de dommages et intérêts. Les notions de lien de droit et d'objet s'articulent, dans ce cas, aisément : l'objet est le contenu du lien entre les parties extrêmes, l'auteur du dommage et la victime par ricochet.

On rencontre aussi dans les pourvois déposés devant la Cour de cassation des expressions péjoratives comme celle de ricochet de textes pour laisser entendre que le droit est particulièrement difficile à connaître ou de ricochet de contrats à durée déterminée pour condamner plusieurs employeurs⁶⁸.

15. Curieusement le mot ricochet, alors qu'il avait vocation à servir de fil conducteur, de méthode et de mode de présentation, devient lui-même une notion juridique que l'on peut appeler le ricochet juridique. Un type de ricochet juridique permet de préciser ses contours : il s'agit du licenciement par ricochet d'un employé du fait du licenciement d'un autre. Ce type de licenciement dépend d'une autre notion originale qui est celle de contrat de couple. Il s'agit d'un contrat conclu entre un employeur et un couple, tels que des gardiens d'immeuble ou des gérants d'hôtel. Juridiquement, il s'agit de deux contrats comportant une clause d'indivisibilité selon laquelle si l'un des deux contrats disparaît par l'effet d'une nullité ou d'une résiliation, l'autre contrat disparaît également. La question qui s'est posée a été de savoir si le licenciement d'un des membres du couple entraînait automatiquement le licenciement de son conjoint, ce qui aurait produit un licenciement par ricochet. La jurisprudence l'a admis puis, petit à petit, abandonné⁶⁹. Aujourd'hui il n'existe plus d'automatisme. Le second licenciement est reconnu comme légal s'il existe une cause réelle et sérieuse comme pour tout licenciement. Sont ici mêlés des liens contractuels - des contrats de travail - et un lien conjugal. Une construction de liens de droit peut ainsi être mise à bas par un ricochet. Cependant la jurisprudence prend garde à ne pas laisser se développer des effets automatiques qui pourraient être trop sévères pour une partie qui n'ayant pas commis de faute.

16.- Le ricochet est une onde de choc : une balle a ricoché, des cris ricochent, un scandale ricoche. Ce sont toujours des situations négatives, des effets non voulus, autrement dit le contraire d'un lien de droit. Le ricochet peut servir de modèle pour les phénomènes automatiques. Il semble posséder, dès l'origine, une connotation péjorative. Selon un

⁶⁴ P. Le Tourneau, op. cit., n°1461.

⁶⁵ P. Le Tourneau, op. cit., n°1462.

⁶⁶ Crim. 4 fév. 1998, D. 99, 445 note Bourgaut-Coudeville.

⁶⁷ Cour d'appel de Paris, 25 juin 99, D. IR 226.

⁶⁸ V. aussi Cass. Soc., 30 mai 2007, inédit n° 0640680.

⁶⁹ Soc. 18 nov. 1998 (affaire Duarte), D. 1999, J, 443 note J Mouly.

dictionnaire étymologique, la chanson reprenant le mot cochet à plusieurs reprises était une ritournelle comprenant des questions et des réponses. Le ricochet a pu aussi être un petit oiseau répétant tout le temps la même chose. Il s'agit donc d'une chanson quelque peu agaçante qui aboutit à une impasse ou à un labyrinthe. Rabelais disait « *voire conseil, sous correction, semble à la chanson du ricochet. Ce ne sont que sarcasmes, moqueries et redites contradictoires* ». La négativité du ricochet peut contribuer à approfondir la notion de lien de droit et en particulier son éventuelle faille.

Les liens de droit tentent de canaliser des énergies qu'il est difficile de contenir et qui peuvent rebondir. Un dommage par ricochet, une balle qui ricoche, un licenciement par ricochet : le mal est automatique et aveugle. Il est intéressant de constater que pour le psychanalyste, A. Green, le mal peut justement être identifié à la notion de déliaison⁷⁰. La jurisprudence, cherchant à contenir cette automaticité, autorise la réparation du dommage par ricochet au sens propre et figuré tout en refusant de prendre en compte les licenciements par ricochet.

La notion de lien de droit a été comparée à des concepts juridiques connexes tels que la règle de droit, le jugement, la personne ou la chose. Elle devrait faire partie d'une définition du droit puisque les règles prennent la forme d'actes juridiques conclus entre des personnes unies juridiquement et portant sur des objets déterminés. Il importe maintenant de la confronter à des liens de fait tels que le lien social.

Chapitre 2. Une approche juridique du lien social.

17.- Le mot ricochet peut être employé comme fil conducteur et méthode de recherche pour déterminer les relations entre le lien social et le lien de droit. Il le permet d'autant plus qu'un auteur ancien a signalé sa généralité : « *voilà comme dans cette vie tout s'enchaîne et tout marche par ricochets* »⁷¹. La fable du ricochet peut se définir comme une itération de questions et de réponses de même contenu qui mène à l'impasse. En voici une version modernisée :

Cette rose est la plus belle.

- pourquoi est-elle la plus belle ?
- car elle a les plus belles couleurs
- pourquoi a-t-elle les plus belles couleurs ?
- car elle est la plus élégante
- pourquoi est-elle la plus élégante ?
- car elle est la plus vivante
- pourquoi est-elle la plus vivante ?
- Parce que ses couleurs sont les plus vivantes
- Pourquoi ses couleurs sont les plus vivantes ?
- Parce que je les trouve plus vivantes
- Pourquoi les trouves tu plus vivantes ?
- Parce que sont des couleurs gaies
- Pourquoi ce sont des couleurs gaies ?
- Parce que je les trouve gaie

⁷⁰ La déliaison, Les belles Lettres, 1992, p.11 s.

⁷¹ Picard, Ricochets, I, 25, cité par le dictionnaire d'étymologie de la langue française de Ménage 1750 ; Cendrars écrit aussi : « *c'est le crach du Panama qui fit de moi un poète ! C'est épatant tous ceux de ma génération sont ainsi jeunes gens qui ont subi des ricochets étranges* » in Le Panama et les aventures de mes sept oncles, in Du monde entier, 1947, cité dans l'éd. Poésie Gallimard, 1997, p.46.

- Pourquoi les trouves-tu gaies ?
- Parce qu'elle ne fait pas rose d'enterrement
- Pourquoi ne fait-elle pas rose d'enterrement ?
- Parce qu'elle est gaie
- Pourquoi est-elle gaie ?
- Parce qu'elle a une bonne odeur
- Pourquoi a-t-elle une bonne odeur ?

Il s'agit de l'adaptation⁷² d'une chanson de l'oiseau telle qu'elle était connue au Moyen Age en Italie et qui correspond à la chanson du ricochet. Un ancien auteur, Le Varchi, considérait que la chanson de l'oiseau était sans fin, sans conclusion contrairement à la règle de philosophie et de la nature qui abhorre l'infini⁷³. Cette haine de l'infini est la malédiction du ricochet car tout ricochet a pour idéal l'infini. Le but ultime du jeu du ricochet serait de parvenir à ce que le caillou ne s'arrête pas et traverse les mers.

De même, la recherche du lien social apparaît vaine et sans fin. Ainsi, par exemple, des retraités parisiens proposent de faire découvrir leur ville en proposant des visites guidées gratuites. L'un d'eux souhaite « *créer ce fameux lien social que tout le monde cherche* »⁷⁴. Le terme de lien social paraît tout aussi insaisissable au plan théorique.

Pour aborder l'univers des sciences humaines en juriste, la méthode du ricochet permet de passer de matériaux textuels divers à des lectures recommandées. Cette méthode se rapproche en quelque sorte de celle d'Ivan Illich telle qu'elle est exposée sur la 4^{ème} de couverture de ses œuvres complètes : « *il convient impérativement de lire et de relire cette pensée pensante qui tel le ricochet d'un caillou plat sur la surface de la mer, rebondit d'une idée iconoclaste à un principe sans âge* »⁷⁵. Il convient de tenter de suivre cette méthode du ricochet. Il s'agit, en définitive, d'une approche juridique du lien social et d'un parcours d'amateur au sein des sciences humaines.

Dire que le lien social n'existe pas de manière autonome et qu'il n'existe réellement que des liens de droit heurte sans doute de front les recherches des sociologues qui visent à déterminer ce qui crée la cohérence sociale. Dans ce cas, le terme de lien social est pris dans un sens général. On se demande si, à l'origine d'une société, il existe un contrat social ou un fondement sacré et/ou religieux (le fondement religieux n'implique pas nécessairement la croyance en un ou plusieurs dieux, le terme de religion est pris ici dans son sens étymologique de re-ligare, relier)⁷⁶. Il s'agit davantage ici de faire émerger des hypothèses et poser des questions que de procéder par affirmation. Ce parcours a commencé par l'étude d'un cas qui mêle ricochet, lien d'amitié et lien social. L'entrée en tant que juriste dans l'univers de la sociologie générale et de la sociologie du droit s'est produite par la lecture d'un livre d'Anthony Giddens et de son effet accordéon proche d'un effet ricochet. Il s'est poursuivi par une recherche de la définition et de l'origine du lien social. Il s'agit, en réalité, au-delà de la question de l'autonomie de la notion de lien social, d'approcher la notion de lien de droit.

⁷² Faites par nos soins à partir d'une chanson de l'oiseleur du Moyen Age en italien.

⁷³ Cité par le dictionnaire d'étymologie de la langue française de Ménage, 1750.

⁷⁴ Le Monde 29 août 2007, p.29.

⁷⁵ T. Paquot préfaçant : I. Illich, œuvres complètes, vol. 2, Fayard, 2005.

⁷⁶ Par ex., G. Tarde, Les lois de l'imitation (1890), rééd. Les empêcheurs de penser en rond, 2001p. 120 "*enfin une notion du lien social, toute politique ou toute religieuse, serait aussi possible. Partager une même foi ou bien collaborer à un même dessein patriotique*".

1. L'étude d'un cas et la question des liens d'amitié.

18.- Le mot ricochet apparaît en relation avec l'univers des adolescents comme titre d'un jeu vidéo, d'une bande dessinée⁷⁷ ou d'une collection de livres pour la jeunesse. L'aspect juvénile du ricochet prime dans ce cas. Il existe aussi une association de droit belge nommé Ricochet. Son objet social est, selon son site Internet, « *d'aider les personnes présentant une déficience mentale à résoudre leurs difficultés personnelles et à exercer leurs droits pour favoriser leur autonomie et leur intégration dans la vie sociale et professionnelle* ». L'objet social est rempli par « *le parrainage qui consiste à créer une relation privilégiée et individuelle entre une personne adulte présentant une déficience intellectuelle et une personne bénévole. Il tend avant tout à établir une relation d'amitié. Il vise aussi à favoriser l'intégration sociale de la personne avec un handicap et à lui permettre de mener une existence plus valorisante et plus autonome* »⁷⁸.

19.- Ce qui frappe d'emblée est l'expression « *tendre à établir une relation d'amitié* ». L'amitié ne se décrétant pas, le lien de parrainage n'est pas encore un lien d'amitié. Cela apparaît clairement dans la description du parrainage : « *la relation de parrainage débute par le désir de créer un lien d'amitié, et pas nécessairement par une demande d'aide. Elle se construit lentement, patiemment et dans la durée. Elle se forme dans la confiance mutuelle nourrie par l'écoute et le dialogue (...) les partenaires s'efforcent de découvrir, comprendre et accepter leurs différences (...) la relation de parrainage est vécue dans la rencontre (...) Comme dans une relation amicale, les partenaires se confient librement leurs joies, leurs peines* ». Il existe un désir de créer un lien d'amitié mais un tel lien n'est pas encore créé, on est « *comme* » dans la relation amicale. On voit aussi que l'autonomie émerge paradoxalement des liens durables et qu'il existe une véritable construction du lien qui passe par plusieurs étapes dont le désir initial, la rencontre, l'écoute, le dialogue et éventuellement la crise en cas de non respect des règles. En effet, cette relation est encadrée par une charte comprenant des droits et des devoirs : « *les partenaires s'engagent à observer la charte. Au cas où l'un d'eux ne respecterait pas ses obligations, le bureau attirera son attention sur le ou les manquements constatés. Si l'intéressé persiste dans son attitude, il sera entendu par le conseil d'administration et invité, le cas échéant à quitter l'association* ». Il existe donc un lien de droit entre les bénévoles et l'association, un lien sans doute aussi entre les adultes déficients mentaux et l'association. Existe-t-il un lien de droit entre le bénévole et la personne déficiente mentale ? Un lien de droit par ricochet, d'où peut-être le nom de l'association (peut-être d'ailleurs est-ce formalisé par un acte de parrainage ?). Il y a, c'est certain, une distance fondée sur la recherche de la différence et une certaine durée sous l'égide d'un tiers (l'association), ce qui correspond à la définition du lien de droit que nous développerons dans le chapitre 4.

20.- Ainsi un lien d'amitié - artificiel au départ dans ces parrainages- ne pourrait se construire que par l'intermédiaire d'un lien de droit. C'est une conclusion troublante. En effet, un lien d'amitié est souvent pérenne tout en restant hors de la sphère juridique. Il s'agirait en quelque sorte d'un lien sans lien, sans accrochage. « *Mes amis il n'y a pas d'ami* » affirmait Montaigne commenté par M. Blanchot et J. Derrida⁷⁹. M. Blanchot affirmait que les vrais amis restaient

⁷⁷ On pense à la bande dessinée Ric Hochet, remarque que je dois à Fabrice Defferrard.

⁷⁸ Il existe aussi des associations en France organisant le parrainage d'enfant par une personne à la retraite pour constituer un grand parent de substitution lorsque les grands parents sont indisponibles voire décédés (mais comme toute substitution ce parrainage n'efface pas les grands parents originaux).

⁷⁹ *Politiques de l'amitié*, Galilée, 1994, notamment p. 18 s. mais G. Agamben montre l'origine plus obscure de cette formule faussement attribuée à Aristote in *L'amitié*, Rivages poche, 2007, p. 10 s.

étrangers l'un à l'autre : « nous devons renoncer à connaître ceux à qui nous lie quelque chose d'essentiel ; je veux dire, nous devons les accueillir dans le rapport avec l'inconnu où ils nous accueillent, nous aussi, dans notre éloignement »⁸⁰. D'ailleurs, Montaigne n'avait de cesse d'être à distance de la Boétie : « j'ai tiré autrefois usage de notre éloignement, et commodité. Nous remplissons mieux et étendions la possession de la vie en nous séparant »⁸¹. En revanche, l'amitié est rarement étrangère aux liens de droit. Le lien d'affaire peut impliquer une certaine dose d'amitié. Un juge qui est l'ami d'une partie à un litige doit se démettre⁸². Il est remarquable que le lien de parrainage serve notamment à indiquer au déficient mental ses limites et ses droits. Ce lien de droit sert à transmettre des règles de droit comme le fait le lien de filiation. On pourrait aussi observer que la plupart des liens d'amitié naissent entre personnes qui sont liées juridiquement, directement ou indirectement. Ainsi les camarades de classe sont liés à l'établissement scolaire ou universitaire. Il existe des amitiés qui naissent dans les relations de travail. Pour répondre à la question de l'origine d'une relation on peut entendre : « nous étions collègues et nous sommes devenus amis ». Les liens affectifs ne font pas société, nous semble-t-il. Ils ne suffisent pas à assurer la durée des relations. Sinon il n'y aurait aucun besoin de lien de droit. C'est précisément parce que les relations affectives sont fragiles, incertaines, mouvantes que naît un besoin de former un lien par des symboles, ce que l'on peut nommer un lien de parole (qui est parfois généré par des gestes). La Rochefoucault ne croyait guère à l'amitié : « Ce que les hommes ont nommé amitié n'est qu'une société, qu'un ménagement réciproque d'intérêts, et qu'un échange de bons offices »⁸³.

Il existe, par ailleurs, dans les liens d'amitié une application du mécanisme, mis en lumière par Marcel Mauss, du don/contre don qui pourrait expliquer leur pérennité et laisser penser qu'il y a, dans les relations amicales, une certaine rémanence de liens anciens. Certains liens d'amitié ne seraient donc pas juridiques au sens du droit officiel mais répondraient pourtant fonctionnellement à la définition du lien de droit comme lien fondé sur des paroles impliquant parfois, à l'origine, la présence d'un tiers, notamment lorsqu'une personne présente un ami à un autre de ses amis. Le caractère archaïque du lien d'amitié peut également s'expliquer par le fait qu'il existe une sorte de dialectique entre le lien affectif et le lien de droit. L'affectivité est souvent à la fois antérieure au lien de droit et une conséquence d'un lien de droit équilibré. Cette remarque n'épuise pas cependant la riche articulation existant entre le lien de droit et l'amitié que nous retrouverons plus loin.

21.- Il existe une certaine ambiguïté dans ces beaux liens de parrainage civil car la relation est fondée sur l'amitié et la confiance alors que le bénéficiaire s'engage. On découvre cette difficulté en ouvrant un « lien » informatique qui conduit au « portail du parrainage civique » (on navigue sur Internet comme on fait des ricochets !). Ce mouvement a été créé aux USA en 1966 par un psychologue d'origine allemande Wolf Wolfensberger, il s'est répandu au Canada et en particulier au Québec puis, de là, en Belgique et en France. Ce portail justifie le succès de ces parrainages de la manière suivante : « *cette aide qui apporte l'attention et l'affection, qui aide à créer de nouveaux liens sociaux...* ». Ce texte est hors droit et traite de liens sociaux comme si ceux-ci existaient. Pourtant le lien social n'a pas ici d'autonomie car il correspond à un groupe de liens de droit entre l'association, les parrains et les filleuls.

⁸⁰ *L'amitié*, Gallimard, 1971, p.328.

⁸¹ *Essais* III, IX, de la vanité.

⁸² L. Cadiet, Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil in *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001, p.3 ; F. Defferrard, V^o récusation, rép. Dalloz, 2008, n°128 s..

⁸³ (Maxime 83) cité par M. Terestchenko, in *Un si fragile vernis d'humanité*, La découverte, Mauss, 2005, p.27.

Il existe une ambiguïté voisine dans le concept de contrat relationnel venu également des USA⁸⁴. Il s'agirait d'un contrat portant sur une relation d'affaire préexistante et qui comporte donc un mélange de droit et d'amitié d'affaire. Or c'est plutôt le lien de droit qui permet l'émergence d'une amitié d'affaire. On sait que la confusion entre l'amitié et les affaires est une caractéristique de ce que L Boltansky et E Chiappello ont appelé le nouvel esprit du capitalisme⁸⁵. L'ambiguïté entre le lien de droit et le lien social paraît répandue. Il convient maintenant pour continuer notre enquête d'entrer dans la sphère sociologique. La méthode du ricochet conduit, tout d'abord, à un livre d'Antony Giddens.

2.- L'effet accordéon.

22.- Le livre d'Anthony Giddens intitulé « la constitution de la société » mentionne un effet accordéon voisin de l'effet ricochet : *« qu'est-ce faire quelque chose de façon non intentionnelle ? (...) Pour répondre à cette question voyons un peu le soi-disant « effet accordéon » de l'action à l'aide d'un nouvel exemple. Une personne actionne un commutateur pour éclairer une pièce. La lumière soudaine alerte un cambrioleur qui se trouvait là. Eclairer la pièce est intentionnel alors que donner l'alerte ne l'est pas. Supposons maintenant que, dans sa fuite, le cambrioleur soit appréhendé par des policiers, accusé de vol, soumis à un procès, déclaré coupable et condamné à une année de prison. Quelles sont les choses « faites » par la personne qui a actionné le commutateur ? »*⁸⁶.

Anthony Giddens montre plus largement que la société n'est pas que structure et qu'elle est aussi action au sein de structures. Structure et action constituent, selon lui, la société. Cependant la place du droit est assez réduite. Il ne paraît pas tenir compte des données juridiques de l'exemple choisi, qui restent anecdotiques (le vol, les policiers, le procès). Il considère, par ailleurs, que les règles de droit ne sont pas des règles sociales : *« d'habitude par exemple les automobilistes s'arrêtent au feu rouge et repartent lorsqu'ils passent au vert. Pourtant personne n'a encore suggéré que s'arrêter aux feux rouges et repartir aux verts constitue une loi du comportement social des êtres humains. Les lois du code de la route mises en jeu ici sont d'ordre juridique. Les automobilistes ... ils savent ce qu'ils font et le font de façon intentionnelle... la question des lois en sciences sociales a des liens étroits avec celles des conséquences non intentionnelles, des conditions non reconnues et des contraintes »*. Le champ des sciences sociales comporterait, selon lui, toutes les règles non dites de la société qui sont appliquées sans qu'on en prenne conscience comme se tenir à une certaine distance pour parler, se toucher le bras ou non, laisser parler un supérieur hiérarchique etc. Il estime que les règles appliquées de manière non intentionnelle constituent la société et sont d'autant plus fortes qu'elles sont appliquées inconsciemment. Dans cette perspective, effectivement, le droit n'a aucune place et ne sert pas à constituer la société (il se peut que cette approche rende compte de la société anglaise qui se serait fondée davantage sur

⁸⁴ Notamment Y.M. Laithier, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, D. 2006, Chroniques p. 1003 et M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, PUF, Thémis, 2004, p.179 s. et tous les auteurs cités.

⁸⁵ Le nouvel esprit du capitalisme, Essais, Gallimard, 2002, p.208 s.

⁸⁶ La constitution de la société, PUF, Quadrige, 2005, p. 58.

la coutume que sur la loi⁸⁷). Il n'a qu'un rôle de régulateur technique de la société appliqué de manière intentionnelle.

Cependant, l'homme est un être de langage qui doit réinventer en permanence sa façon de vivre. Il est biologiquement un enfant immature qui apprend toute sa vie⁸⁸. Dans cette optique, ce qui fait véritablement lien entre les hommes résulte de mots prononcés intentionnellement et non de comportements non intentionnels. La conception « minimisante » du droit qui est celle d'Antony Giddens paraît partagée par de nombreux spécialistes des sciences humaines⁸⁹. Le droit est souvent présenté comme une institutionnalisation de liens informels et constitue un instrument de domination⁹⁰. L'étude de la notion de lien social ramène pourtant insensiblement vers la notion de lien de droit.

3. la notion de lien social.

23.- Dans son mémoire de fin de master sur le harcèlement et la discrimination en droit du travail, une étudiante note que : « *conscients de la position « d'infériorité » du salarié, les juges ont largement admis la liberté de ce dernier dans la recherche des preuves, amoindrissant par ricochet la position de « force » de l'employeur* »⁹¹. Le travail du juge a des effets ricochet permettant le rééquilibrage des rapports entre les employeurs et les employés, ce que l'on appelle les rapports sociaux. Un lien de droit - le contrat de travail – est ainsi habité par des forces et ce jeu de forces peut évoluer sous l'influence du juge. Le lien de droit est le cadre dans lequel existent ces forces. Or un sociologue, dans un livre sur le lien social, laisse au contraire très peu de place au droit. Il ne traduirait que la recherche de la pérennité des rapports de force.

L'ouvrage de Michel Bouvier tente de combler une étrange absence de définition et de recherche sur le lien social. L'auteur note qu'en effet l'expression « lien social » est très rarement définie dans les dictionnaires, qu'ils soient généralistes ou spécialisés. Il ne l'est pas plus, à notre connaissance, dans les revues ou publications portant sur le lien social⁹². Il estime que l'intérêt se portait davantage auparavant sur la théologie et les rapports avec Dieu qu'aux rapports existants à l'intérieur de la société. Le lien social apparaît ainsi comme relevant d'une question de croyance. Il serait une résurgence de Dieu dans les interstices de la société. Julia Kristeva confirme d'ailleurs cette analyse en indiquant que « *en prenant le relais de la théologie et de la philosophie, les sciences humaines ont remplacé le « divin » et*

⁸⁷ A vrai dire il y a aussi une part de mythologie dans l'importance donnée à la coutume et au juge dans le système anglais. Historiquement la loi a toujours joué un rôle premier v. B. Barret-Kriegel, Les chemins de l'Etat, Calmann-Lévy, 1986, p.60 et s. : « *en vérité, le droit anglais est beaucoup moins coutumier par ses origines que le droit continental* » (p.61).

⁸⁸ Appelé le « néotène » par Dany-Robert Dufour, in On achève bien les hommes. De quelques conséquences actuelles et futures de la mort de Dieu, Denoël, 2004. L'homme est un animal qui a perdu sa première nature en naissant prématuré et qui doit se réinventer.

⁸⁹ Par ex., B. Latour, La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat, La découverte, 2002, spéc., parlant du droit : « *on ne le définit pas mieux lorsque, faute de pouvoir en penser le mouvement propre, on fait du procès un rituel, du tribunal un lieu symbolique, de la scène juridique une thérapie. Or, le procès ne soigne pas plus qu'il ne sauve. Il est trop pâle, trop formaliste, il n'offre à l'honneur aucune satisfaction, à la souffrance aucune réparation... non décidément, il faut alléger la barque, déposer sur le rivage l'ensemble des trésors confiés aux légistes, afin qu'ils puissent sauver du moins ce qu'ils ont en propre* » p. 292.

⁹⁰ Par ex., M. Pinçon et M. Pinçon-Charlot, Les ghettos du gatta, Seuil, 2007.

⁹¹ A.S. Verdalle La loyauté de la preuve en droit du travail, Paris XI, 2005, p 8.

⁹² Par ex : Les aléas du lien social, coll. Dir. J. Métral, ministère de la culture et de la communication, 1997.

l' « humain » par de nouveaux objets d'investigation : les liens sociaux, la structure de la parenté, des rites et des mythes, la vie psychique et la genèse des langues et des œuvres »⁹³.

24.- Les mots lien et social ont quasiment la même signification étymologique. Socius voulant aussi dire lien. Lien social veut donc dire lien/lién. C'est un dédoublement du lien, une redondance. M Bouvier considère que c'est un renforcement. C'est plutôt, nous semble-t-il, une preuve que le lien social n'existe pas de manière autonome, puisqu'il n'a pas de contenu ferme.

25.- Il n'existe pas de véritable équivalent du terme de lien social en anglais. « Social ties » ou « social bond » sont des expressions peu usitées. Plus généralement, il ne semble pas qu'il y ait de véritables équivalents dans les autres langues que le français. Par exemple « legame sociale » ne semble pas, en italien, avoir la portée du terme de lien social en France. L'influence de Rousseau explique peut-être le développement du terme de lien social en langue française. Il ne s'agit pas d'un concept universel. Il s'agit sans doute d'un élément de la mythologie française quoique le terme de lien social soit largement employé par des auteurs belges tels que le philosophe du droit François Ost, auteur d'un rapport sur le lien social⁹⁴ et le psychanalyste Jean-Pierre Lebrun⁹⁵. On retrouve ainsi une forme de dieu laïc qui est peut-être une spécialité française⁹⁶. On sent qu'il y a du lien dans la société, on ne sait comment le traduire et l'on trouve un mot, lien social. La fonction du terme de lien social consisterait ainsi à combler une faille. Il traduirait une réalité inatteignable que le scientifique prétendrait pourtant atteindre. Il serait plus exact de considérer que ce sont les liens de droits qui impliquent une faille.

26.- Le lien social peut-il être informel ? Il n'existe que peu de définitions du lien social dans les dictionnaires de sciences humaines⁹⁷, mais toutes semblent considérer que la forme juridique et institutionnelle n'est qu'un habillage et non la réalité de la relation sociale.

La définition du lien social donnée par le dictionnaire des sciences humaines⁹⁸ indique : « *le terme lien social est une notion sociologique vague et ambiguë. Il peut désigner plusieurs choses différentes : le lien civique, qui peut-être défini comme l'ensemble des liens qui unissent l'individu à la société. Il se traduit par la participation électorale, mais aussi par l'investissement dans la vie sociale, par l'engagement dans les associations, les syndicats, les partis politiques* ». Il faut remarquer qu'il ne s'agit là que de liens de droit. Le droit de vote est issu du lien de nationalité ou de citoyenneté (les étrangers citoyens européens peuvent voter aux élections européennes). La définition donnée par ce dictionnaire indique également : « *le lien interpersonnel [...] renvoie aux relations familiales, amicales ou de voisinages et à toute autre forme de relations basée sur le contact de proximité* ». Il s'agirait à la fois de relations juridiques (familiales) et de relations non juridiques (amitié, voisinage).

⁹³ Répondant à R.P. Droit à propos de son livre sur la haine et le pardon dans le monde 18 novembre 2005 supplém. Les livres p 12.

⁹⁴ Inédit (à notre connaissance).

⁹⁵ Ouvrage précité.

⁹⁶ V précédemment la remarque de J Kristéva.

⁹⁷ Dans les développements suivants nous soulignons les termes clefs. V. aussi : « *les liens sociaux sont ces formes de relations qui lient l'individu à des groupes sociaux et à la société, qui lui permettent de se socialiser, de s'intégrer à la société et d'en tirer des éléments de son identité. La sociologie des liens sociaux est donc à la fois celle des formes de la sociabilité et des formes du contrôle social* », in Dictionnaire de sociologie, Le Robert, Seuil, 1999, V° lien social définition par A Akoun.

⁹⁸ JF Dortier (dir.), éd Sciences humaines, 2004.

Les relations familiales constituent de purs liens de droit et nous avons déjà évoqué la question des relations amicales. Le terme de proximité qui est un des slogans de notre temps⁹⁹ renvoie historiquement aux liens familiaux – on parle ainsi de proches parents. Expliquer le lien social par la proximité revient à affirmer qu’il peut exister de purs liens informels tout en empruntant aux liens de droit familiaux leur solidité.

De même, le voisinage suppose parfois des liens à une copropriété, à un lotissement ou à une commune. La propriété est parfois présentée comme un lien d’exclusion des tiers¹⁰⁰, un rapport exclusif à une chose. Le voisin apparaît dans ces conditions comme un tiers. Le voisinage ne serait donc pas, par essence, un lien de droit mais plutôt une situation à risque. Kant a écrit que le « *voisinage seul est un acte de lésion* »¹⁰¹. Catherine Chalier commentant cette formule note que le voisinage « *suscite donc, immédiatement, colère et désir de vengeance, mais aussi peur et quête éperdue de protection. Comment donc supporter un inévitable voisinage – avec autrui, avec un autre Etat – sans s’éprouver aussitôt menacé, blessé et supplicié* »¹⁰². Il existe pourtant un lien de droit englobant, puisque les deux voisins dépendent souvent d’une même commune à laquelle ils sont liés, sauf évidemment quand le voisinage est partagé par une frontière locale, départementale ou internationale. De même, que le lien de nationalité comporte à la fois un caractère vertical (entre les citoyens et l’Etat) et un caractère horizontal (entre citoyens), le lien communal comporte un aspect horizontal (entre les habitants) et un aspect vertical (entre chaque habitant et la commune en tant que personne morale). Appartenir à la même commune crée un lien, comme il existe un lien de droit entre frère et sœur qui appartiennent à la même famille. Il existe une théorie des troubles du voisinage qui permet d’obtenir la réparation d’un dommage causé par un voisin. Il semble qu’il soit difficile de déterminer le fondement de cette théorie purement jurisprudentielle. Elle n’est pas fondée sur la faute car le voisin ne commet pas nécessairement une faute (en élevant par exemple des animaux bruyants). A titre d’hypothèse, on peut se demander si la théorie des troubles du voisinage n’est pas fondée sur une atteinte au lien de voisinage. Ce lien a longtemps impliqué des obligations d’entraide. Certes, ce lien est rarement contractuel. Il naît de la proximité physique des parties. Il existe un espace commun. Or l’espace est un élément de la définition du lien de droit comme nous allons le voir. Un espace physique conduit ainsi, semble-t-il, à la reconnaissance d’un espace symbolique entre les parties et donc à un lien de droit.

27.- Un philosophe définit, quant à lui, le lien social comme « *la relation entre des individus appartenant à un même collectif, et qui n’a ni l’intensité du lien personnel ou familial ni le caractère superficiel du simple contrat* »¹⁰³. Cette définition nous paraît inexacte quoique intéressante à bien des égards. Elle exclut des liens sociaux les liens d’amitié, les liens familiaux et les liens contractuels. Que reste-t-il ? Le voisin de comptoir dans un café, la personne à qui l’on parle par hasard dans le train ? La définition laisse entendre que le lien contractuel est superficiel et donc qu’il existe un lien social plus essentiel. Or les liens du travail sont fondés sur le contrat de travail. Peut-on dire qu’ils sont superficiels ? N’y a-t-il pas un préjugé à considérer comme superficiel un contrat ? Certes le contrat de consommation paraît superficiel mais tous les contrats ne le sont pas. Il s’agit d’une définition plus mythique que scientifique. On peut douter de l’existence des liens sociaux en lisant cette définition.

⁹⁹ P.M. de Biasi, *Lexique de l’actuel*, Calmann-Lévy, 2005, V° Proximité.

¹⁰⁰ F. Terré et P. Simler, *Les biens*, 6ème éd. Dalloz, n°100.

¹⁰¹ In *Projet de paix perpétuelle*, 1976, La Pléiade, t.3, 1986, p.345 cité par Catherine Chalier in *De l’intranquillité de l’âme*, Rivage Proche, 2005, p.15.

¹⁰² *Op. cit.*, p.15.

¹⁰³ Ch. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, 2004.

28.- Des psychologues définissent le lien social de la manière suivante : « *par lien social on entend ce qui unit les sujets entre eux, autrement dit, des systèmes symboliques de règles, de valeurs et de normes culturelles, qui structurent et orientent les relations interpersonnelles et les pratiques au sein de la société. Le lien social existe en dehors du sujet, il lui préexiste et lui survit. Mais la réciproque n'est pas vraie, dans la mesure où tout sujet, ainsi que l'affirmait le psychologue Henri Wallon, naît social, baigne d'emblée dans ce lien social, est social par essence. Il se construit dans et par le lien social et ne peut advenir qu'en s'y inscrivant activement. C'est la dialectique du sujet et du lien social qui articule les déterminations sociales et les processus par lesquels il se construit comme sujet singulier* »¹⁰⁴. Le lien symbolique dont il est ici question ne serait-il pas un lien de droit ? Il s'agit précisément de sa définition, d'autant plus qu'il est fait allusion à des tiers qui préexistent à la création de ces liens. Certes, les systèmes symboliques paraissent dépasser le cadre juridique en comportant les règles de la morale et de la politesse. Il ne faut pas, néanmoins, confondre le lien symbolique avec ces règles. La morale est plutôt un lien avec soi-même et la politesse un comportement qui permet de créer et de maintenir des liens de droit. Durkheim ne disait pas autre chose, semble-t-il, quand il affirmait que les règles de politesse n'étaient pas structurelles et révélatrices de la société¹⁰⁵. L'apport de la sociologie du droit contemporaine a cependant été de montrer qu'il existait une pluralité normative bien au-delà du droit étudié par les juristes¹⁰⁶. Les normes non juridiques de la société telles que les règles de la politesse peuvent, dès lors, être tout autant révélatrices. Erving Goffman a aussi montré qu'il existait de nombreux rites d'interaction, comme le fait pour un couple de se tenir par la main¹⁰⁷. Il ne faut cependant pas opposer relation sociale infra juridique et lien institutionnel. Les règles concernant le fait de se tenir par la main dans certains lieux (la rue, le parc etc.), et non dans d'autres (en classe, au travail etc.), sont d'autant plus contraignantes qu'elles sont inconscientes. Elles fonctionnent comme un symbole du lien de droit existant entre les partenaires. C'est un signe du lien¹⁰⁸ qui se construit ou est établi (par un mariage par exemple). Ces règles non juridiques ne créent pas pour autant le lien. Sont-elles d'ailleurs non juridiques ? Elles relèvent d'une forme de coutume¹⁰⁹ mais ne peuvent donner lieu à un procès. Elles sont inculquées, en particulier par les proches, autrement dit dans le cadre de liens de droit. Elles expriment aussi le fait que les symboles ne sont pas seulement verbaux et peuvent impliquer le corps qui n'est pas un objet, mais une partie de la relation.

On pourrait aussi, c'est une hypothèse, distinguer parmi les formes que prend ce lien. Il prend des formes juridiques (verbales ou écrites au travers des actes juridiques) mais il implique aussi la politesse dans le sens où elle sert à « mettre les formes » dans les relations humaines. Le lien de droit serait une opposition et un équilibre des forces (active, réceptive, stabilisatrice comme nous le verrons) qui supposerait des formes possédant une dynamique interne susceptible d'aider à la vie et à la transformation des liens de droit. De même en géographie, la forme d'un sol n'est pas seulement le résultat de forces géologiques et de forces d'érosions,

¹⁰⁴ A. Beaumartin et C. Laterrasse, *L'enfant parmi les autres, se construire dans le lien social*, Milan, 2004, p.259.

¹⁰⁵ De la division du travail social, PUF Quadrige, 1998, p 28, voir plus loin la citation.

¹⁰⁶ A.J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, Gouvernants sans frontière, Droit et Société*, LGDJ, 2003, t2 notamment p.240 s.

¹⁰⁷ *La mise en scène de la vie quotidienne*, tome 2 : *Les relations en public*, Paris, Minuit, 1973, trad. d'A. Kihm, p.220 s.

¹⁰⁸ Céline Bonicco, *Les signes du lien ou le bon usage de la philosophie de David Hume dans la sociologie d'Erving Goffman*, Université Paris I-Fondation Thiers, intervention à l'école doctorale nosophi de l'Université Paris 1 le 22 décembre 2007. Elle nous a aimablement envoyé son texte.

¹⁰⁹ Au sens de Hume selon C. Bonicco, précit.

il existe une dynamique interne à la forme qui explique en partie son développement (une dynamique interne qui peut conduire à des formes géométriques)¹¹⁰. De ce point de vue, le lien du procès nommé le lien d'instance est un ensemble d'actes juridiques formalistes qui permettent de trans-former un rapport de force litigieux en un nouveau lien de droit ou en une déliaison.

Les psychologues précitées ajoutent : « *dès la naissance, l'enfant est confronté à différents systèmes de référence, culturels, de valeurs et de pratiques (famille, crèche, école, groupe de pairs)* ». Tout est ici lien de droit : lien familial, lien statutaire ou contractuel conclu par leur représentant légal ainsi que le lien horizontal impliqué par la notion de groupe de pairs. De même qu'il existe un lien de droit entre citoyens d'un même Etat, il existe un lien de droit entre camarades d'une école, entre collègues de travail. Il est vrai que ce ne sont pas les règles de la responsabilité contractuelle qui s'appliquent en cas de dommage entre pairs. Cependant, l'application des règles de la responsabilité délictuelle n'exclut pas l'existence d'un lien de droit préalable de type statutaire (pour une école en cas de dommage causé par un enfant à un autre enfant) ou d'entreprise (dans le cas d'un dommage entre collègues). Un règlement intérieur précise les obligations des membres d'une institution les uns envers les autres. Il est à noter que le règlement des examens des universités prévoit en général qu'il y ait une place vide entre chaque étudiant le jour d'une épreuve. Or nous verrons que les liens de droit se caractérisent par l'existence d'une distance entre les parties et, à l'intérieur de cet espace, par un lieu vide.

29.- Un autre psychologue, Nicolas Fischer, précise¹¹¹ « *toute relation institutionnelle se réfère d'un point de vue psychique à l'image du père ; il est la figure fondatrice du lien social comme porteur d'une loi, d'un ordre des choses* ». Pourtant l'auteur traite peu du droit et considère toutes ces relations institutionnelles comme impersonnelles : les institutions « *créent des formes de légitimité dans des liens stables qui s'expriment souvent sur un mode impersonnel et fonctionnel* ». Il existe ici une certaine ambivalence sur ce qu'apporte l'institution : « *inscriptions concrètes* » « *structures* » ou « *modelage de l'expression du lien humain* ». Selon cet auteur, ce qui fait la stabilité du lien fonctionnel et impersonnel, c'est la loi : « *dans la vie sociale, le lien à autrui se tisse sous la forme d'une intériorisation de normes. Un comportement sera adapté lorsqu'il se conformera aux attentes normatives* ». L'auteur mêle en une même phrase des normes juridiques et des normes non juridiques. Dès lors, il paraît tout ramener à l'affectif. La confiance en l'autre dépend des relations originelles ainsi que sa confiance en soi. L'identité dépend, selon lui, de l'ensemble de nos liens sociaux : « *l'identité est une sorte d'échafaudage construit par le lien social, elle est la mise en scène de notre visage façonné par les autres ; l'image que nous avons de nous-même est liée à notre reconnaissance sociale comme lieu où se joue notre identité* ». Cependant l'identité et la reconnaissance¹¹² sont d'abord juridiques, elles dépendent des liens de droit. Les débats autour du changement d'état civil des transsexuels, par exemple, montrent que l'identité juridique n'est pas une simple forme d'une identité profonde, la forme est aussi l'identité. Ainsi, l'identité juridique est une inscription dans la parole. Le droit ne réalise pas seulement une inscription superficielle, il crée l'identité d'une personne en indiquant, par exemple, qu'il s'agit d'un Français, un homme, de tel âge, ayant tel visage (la photo dite d'identité), qu'il est

¹¹⁰ G. Desmarais et G. Ritchot, La géographie structurale, L'Harmattan, 2000, p.32 s.

¹¹¹ La trace de l'autre, O Jacob, 2005, p.46.

¹¹² Pour une critique de la reconnaissance sociale v. M Terestchenko, Un si fragile vernis d'humanité, La découverte, Mauss, p.29 : « *l'extrême fragilité humaine qui en résulte, l'homme se trouvant en quelque manière dépossédé de toute conscience originnaire de soi, pour n'être plus que suspendu à ce regard de l'autre, à ce désir de reconnaissance qui devient le lieu, mieux : le théâtre où se constitue l'image de soi* ».

marié, père, qu'il exerce telle profession etc. C'est une parole qui rend durables des affects sinon trop fluctuants, ce que M Fischer appelle un « lien stable »¹¹³.

Cet auteur raconte l'histoire d'un homme orphelin, qui vit sans liens, grandissant dans un hôpital psychiatrique, très violent par moment et ne réussissant à rien construire. L'auteur conclut « *l'histoire de Nemo, c'est l'expérience d'une violence originelle ; il ne sait qui sont ses parents et ne connaît ni son père ni sa mère. Cette violence a donné à sa vie la marque d'une non-existence. Il la porte en lui dans tout son corps comme une existence sans nom... la question des origines et du lien affectif à un père et une mère trouve dans son existence le relief tragique d'une vie en souffrance et en faillite* ». Et plus loin : « *ne pas savoir qui sont mon père et ma mère, c'est être sans nom ; c'est vivre sans avoir été nommé. Exister c'est avoir un nom ; ce n'est que dans une relation que l'on est nommé, appelé par son nom, c'est-à-dire qu'on existe face à autrui* »¹¹⁴. Or donner un nom est un acte juridique : dans la reconnaissance de paternité, le père doit se présenter à la mairie et indiquer les nom et prénom de l'enfant à l'officier de l'état civil. Ce dont a besoin cette personne n'est pas avant tout d'un lien affectif, mais d'un lien symbolique. Sinon la violence fait surface. Le nom est le nom d'une ou de plusieurs relations. Dès lors, on ne peut plus affirmer que le lien de filiation n'est qu'une enveloppe abstraite et impersonnelle du lien affectif. Nemo rencontre ensuite une femme, construit un lien affectif et pourtant s'en va. Une petite fille l'appelle par son prénom et il revit. Ce n'est pas l'affect qui le reconstruit, c'est le symbole. L'affectif est sans doute le moteur des relations, mais cet affectif est complexe et parfois vacillant. Le lien de droit est précisément le canal de cet élan.

30.- Le lien social est une notion autant recherchée qu'introuvable et il vaudrait mieux s'en tenir à ce qui existe avec certitude : des liens de parole sous l'égide d'un tiers. Il n'est pas impossible, en réalité, qu'à l'origine de la notion de lien social se trouve celle de lien de droit.

4. L'origine juridique du lien social.

31.- L'origine d'une entité quelconque, mot, chose ou personne est souvent incertaine. La recherche de l'origine est en elle-même une tentation et probablement une erreur de méthode. Au contraire, il faut accepter de ne jamais connaître avec certitude une origine. Les personnes ne connaissent pas avec certitude leur identité et c'est toujours l'autre, en particulier dans la construction des liens, qui lui confirme son identité. Il se crée d'ailleurs des récits familiaux, nationaux ou d'entreprise qui permettent de préciser l'identité de ses membres. Une étude du lien pose une difficulté peut-être insurmontable. Un lien, par définition, n'est pas un objet, c'est un rapport entre deux personnes et l'observateur des liens est lui-même lié de multiples manières. Toute son identité repose sur ces liens (filiation, nationalité, contrat de travail, statut de fonctionnaire etc.), si bien qu'il ne peut exister de neutralité de l'observateur. Les règles minimales de la méthode scientifique ne peuvent sans doute pas être respectées. C'est pourquoi cette recherche n'est pas un travail de sociologue, de scientifique de la société, mais un travail de juriste, c'est-à-dire d'interprète des liens symboliques qui existent au sein d'une société et qui forment une société. La méthode du ricochet permet de passer de la sociologie à la philosophie, voire à la théologie. Les ambiguïtés de la relation entre droit et sociologie contribue à expliquer le succès de la notion de lien social, mais ne renseignent que peu sur l'origine de la notion (a). Ce sont les philosophes qui permettent de remonter à l'origine de la transformation du lien de droit en lien social (b).

¹¹³ Op. cit. p.47.

¹¹⁴ Op. cit., p. 92.

a.- Quelques remarques sur les ambiguïtés de la relation entre la sociologie et le droit en matière de lien humain.

32.- Les ambiguïtés existantes entre une science normative et une science positive sont anciennes¹¹⁵. Jacques Commaille note la difficulté pour le sociologue du droit de n'être ni trop prêt ni trop loin du domaine juridique¹¹⁶. Pour le juriste s'intéressant à la sociologie, le chemin est inverse et il lui est difficile d'acquérir une maîtrise suffisante des méthodes de sciences sociales. La méthode du ricochet ne peut servir de substitut ; elle permet cependant de ne pas s'enfermer dans sa propre discipline.

Pour Durkheim, le droit et la société sont intimement liés : *« la solidarité sociale est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure. Pour procéder tant à cette classification qu'à cette comparaison, il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le second à travers le second. Ce symbole visible c'est le droit. En effet là où la solidarité sociale existe, malgré son caractère immatériel, elle ne reste pas à l'état de pure puissance, mais manifeste sa présence par des effets sensibles. Là où elle est forte, elle incline fortement les uns vers les autres, les met fréquemment en contact, multiplie les occasions qu'ils ont de se trouver en rapports. A parler exactement, au point où nous en sommes arrivés, il est malaisé de dire si c'est elle (la solidarité sociale) qui produit ces phénomènes ou, au contraire, si elle en résulte... le nombre de ces relations est nécessairement proportionnel à celui des règles juridiques qui les déterminent. En effet la vie sociale partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis. La vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étende en même temps et dans le même rapport. Nous pouvons donc être certains de trouver refléter dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale... On pourrait objecter, il est vrai, que les relations sociales peuvent se fixer sans prendre pour cela une forme juridique... Si donc il peut se faire qu'il y ait des types de solidarité sociale que les mœurs sont seules à manifester, ils sont certainement très secondaires ; au contraire le droit reproduit tous ceux qui sont essentiels... »*¹¹⁷.

Selon Durkheim, la réalité sociale n'est pas directement atteignable. Le chercheur n'a accès qu'à des symboles : les règles de droit ou, dans d'autres ouvrages du sociologue, les statistiques, autrement dit les chiffres qui sont également des symboles. Il se demande si ce ne sont pas les symboles qui créent la réalité sociale sans pouvoir répondre à cette question, car justement, la réponse supposerait que l'on ait accès directement à cette réalité. Si nous tirons les conséquences de ces idées, nous pouvons dire que le lien de droit reflète les relations sociales et qu'il en est le symbole. En ce sens, Tarde, qui était magistrat, considérait que le lien social n'était autre que le lien de droit : *« la société est bien plutôt une mutuelle détermination d'engagements ou de consentements, de droits et de devoirs »*¹¹⁸. Il existe peut-être, dans le texte précité de Durkheim, un risque de confusion entre image, symbole et réalité. Est-ce que le lien de droit est un symbole de la réalité¹¹⁹, un reflet de la réalité ou la

¹¹⁵ J. Commaille, L'esprit sociologique des lois, PUF, 1994, p.18.

¹¹⁶ Op. cit., p. 17.

¹¹⁷ De la division du travail social, PUF Quadrige, 1998, p 28 ; nous soulignons.

¹¹⁸ in Les lois de l'imitation (1890), rééd 2001, Les empêcheurs de penser en rond, p. 121.

¹¹⁹ V. E Serverin, Sociologie du droit, éd. La Découverte, Repères, 2000, p. 36 « le droit symbole des rapports sociaux ».

réalité de la relation humaine ? Lorsque Durkheim affirme que la solidarité sociale crée des rapports de droit ou peut-être l'inverse – les rapports de droit sont à l'origine de la solidarité sociale - il laisse la question en suspens. Il faut noter que Durkheim ne traite que des règles de droit qui déterminent les rapports sociaux et non de liens de droit. Il indique simplement que la société n'est durable que parce qu'il y a du droit. Or, c'est justement le lien de droit qui rend les relations durables. C'est, autrement dit, le lien de droit qui est la relation si celle-ci se définit par sa durabilité. Le lien de droit est un lien de parole et suppose des paroles, donc des symboles au sens large ; cependant il ne symbolise pas une relation de fait, il construit le lien humain. Cela n'empêche pas qu'il puisse y avoir des éléments factuels d'attachement, tels que des éléments affectifs dans la relation humaine. Cornelius Castoriadis l'exprime en ce sens « nous avons essayé d'indiquer les raisons pour lesquelles l'idée que le symbolisme institutionnel serait une expression « neutre » ou « adéquate » de la fonctionnalité, de la « substance » des relations sociales sous-jacentes est inacceptable... les « relations sociales réelles » dont il s'agit sont toujours instituées »¹²⁰.

33.- Il est nécessaire de poursuivre la lecture de Durkheim. Selon lui, le contrat est, par excellence, l'expression juridique de la coopération¹²¹. Cependant, pour cet auteur, il ne faut pas oublier que, si le contrat a le pouvoir de lier, c'est la société qui le lui communique¹²². « En résumé, écrit-il, les règles relatives aux droits réels et aux rapports personnels qui s'établissent à leur occasion forment un système défini qui a pour fonction, non de rattacher les uns aux autres les parties différentes de la société, mais, au contraire, de les mettre en dehors les uns des autres, de marquer nettement les barrières qui les séparent »¹²³. Et ajoute « d'une manière générale le contrat est le symbole de l'échange¹²⁴...or il est clair que l'échange suppose toujours quelque division du travail plus ou moins développée¹²⁵...». Pour cet auteur, le droit est fondamental dans la société car celle-ci n'est accessible qu'au travers du droit. Mais, de nouveau, il ne voit dans le contrat qu'un symbole d'une réalité, une représentation d'une réalité, alors qu'il semble qu'il n'y ait pas d'autres réalités que le contrat dans cette hypothèse. Le contrat ne symbolise pas l'échange, il réalise l'échange. Il existe, en revanche, un symbole du contrat, c'est le contrat écrit ou la paumée dans les foires voire même le fameux symbolon de l'antiquité grecque, c'est-à-dire une pierre ou un morceau de bois coupé en deux dont chacun conservait une partie et qui symbolisait l'accord. Il n'y a pas un lien de fait ou un lien d'affaire symbolisé par un contrat. Le lien d'affaire est le contrat. C'est ce qui apparaît nettement avec ce que l'on nomme les contrats cadres. Il s'agit de contrats généraux entre deux parties qui servent à indiquer qu'elles entendent conclure une série de contrats particuliers de vente ou de service. C'est un contrat qui crée un lien. Sans ce contrat, la relation d'affaire n'aurait pas de véritable existence. Il existe aux USA, comme nous l'avons vu, un courant d'idée qui a mis en lumière la catégorie des contrats relationnels en tant que contrats fondés sur une relation d'affaire suivie. Il semble que ce type de contrat ne se fonde pas sur une relation préexistante, il la fonde. Il existait, dans l'œuvre de Durkheim, la possibilité d'une articulation féconde entre le droit et la sociologie puisque le droit sert de moyen d'étude privilégié de la société. Une ambiguïté qui consistait à dire que le

¹²⁰ L'institution imaginaire de la société, Essais, Seuil, 1975, p.186. Il est vrai que l'auteur ajoute : « non pas qu'elles portent un vêtement juridique (elles peuvent très bien ne pas en porter dans certains cas » mais il n'indique pas quels sont ces cas.

¹²¹ Op. cit., p. 93.

¹²² Op. cit., p. 82.

¹²³ Op. cit., p. 88.

¹²⁴ Op. cit., p. 94.

¹²⁵ Op. cit., p. 95.

droit était une sorte de reflet de la société pouvait également conduire à une incompréhension entre le droit et la sociologie.

Jean Carbonnier a mis en lumière cette rencontre ratée entre le droit et la sociologie. Il souligne, en effet, que : « *méthodologiquement, du reste il (Durkheim) attribuait aux règles de droit une valeur instrumentale sans pareille : par leur généralité, leur permanence, leur matérialité, elles étaient capables de révéler les faits sociaux plus objectivement que n'auraient pu le faire par exemple des sentiments, des opinions, voire des conduites non juridiques. Ce n'est pas le lieu d'examiner s'il ne nourrissait pas des illusions, enfantées par tout un siècle de légalisme et d'exégèse, en traitant comme révélateur sociologique une règle de droit coupée de son effectivité, isolée de l'intervention cas par cas des tribunaux. Notre tâche n'étant ici que de mesurer les rôles historiques, bornons-nous à constater que la communication établie par lui entre la sociologie et le droit n'était pas à sens unique. Peut-être les sociologues des générations ultérieures ont-ils eu tort d'oublier la leçon et d'ignorer par trop superbement l'action du droit – fût-ce d'un droit subconscient – dans la société* »¹²⁶. Jean Carbonnier perfectionne la méthode de Durkheim : il faut prendre en compte les règles de droit mais aussi leur effectivité et la jurisprudence. Cependant, selon lui, les règles de droit ne sont encore que des révélateurs de faits sociaux. Paradoxalement Jean Carbonnier critique le juridisme de Durkheim. Ainsi, pour Evelyne Serverin, « *le reproche de juridisme adressé par Jean Carbonnier à Durkheim pour avoir postulé l'ajustement social du droit cristallise tous les malentendus sur la manière dont sociologues et juristes conçoivent le droit : forme instituée pour les premiers, commandement toujours menacé par la résistance ou l'échec pour les seconds* »¹²⁷. Or, l'homme étant un être de parole, il n'a accès à la société qu'au travers des mots faisant société, donc du droit. Le droit ne serait pas à proprement parler un révélateur, mais la structure dynamique de la société¹²⁸.

34.- Un exemple de malentendu entre la sociologie et le droit se trouve dans le livre de Pierre Bourdieu intitulé « le Bal des célibataires »¹²⁹. Le sociologue blâme le juridisme d'historiens du droit qui ont exposé les règles du droit des successions en Béarn à partir des seuls actes notariés alors que n'y étaient enregistrés que des situations pathologiques. Il faut dire que Bourdieu n'a cessé, selon Evelyne Serverin, de « *dénoncer le piège du juridisme qui menace les juristes lorsqu'ils veulent rendre compte de pratiques sociales* »¹³⁰. Ces historiens du droit ont ainsi affirmé que l'aîné, qu'il soit fille ou garçon hérite, alors que la pratique montre que c'est toujours le premier garçon qui hérite, même s'il vient après 6 filles. La première fille hérite seulement lorsqu'il n'y a pas de garçon. Les historiens du droit dont parle Bourdieu ont fait une erreur de droit, une erreur que le sociologue répare, mais ce n'est pas pour autant du juridisme. Il aurait fallu, comme le préconise aussi Jean Carbonnier, que les historiens fassent une enquête de terrain pour connaître la véritable coutume, ce que Bourdieu a fait. Il a mené ainsi un travail de juriste pour déterminer quelle était la véritable règle applicable. Il ne s'agit pas tant d'une question de sociologie, de ce point de vue, que de droit. Les juristes positivistes restent sans doute encore trop légalistes et étatistes, mais l'idée du pluralisme juridique (la coexistence d'ordres juridiques étatiques, professionnels, religieux etc.) a fait son chemin.

¹²⁶ Sociologie juridique, PUF, Quadrige, 1994, 102.

¹²⁷ Sociologie du droit, précit., p.104.

¹²⁸ Tönnies raisonne en terme de lien de droit aussi bien pour rendre compte de la communauté (lien de parenté, lien de proximité) que de la société (échange par le contrat) v. R. Treves, Sociologie du droit, PUF, 1995, p.56 s. ; V. aussi dictionnaire des sciences humaines, PUF, précit. V° lien social.

¹²⁹ Point Essais, Seuil 2002, p. 181 .

¹³⁰ Op. cit., p.5.

Il existe aujourd'hui bien d'autres fondements proposés du lien social que le droit tels que l'économie, la religion, la politique, le don, le calcul rationnel, l'attribution de rôle etc.¹³¹. Il semble néanmoins que la notion de société soit aujourd'hui de nouveau discutée¹³². Emerge lentement l'idée selon laquelle elle serait une construction juridique¹³³. Il semble en réalité que la notion de lien social ait pour origine la notion d'obligation et de lien de droit.

b.- A l'origine de la transformation du lien de droit en lien social.

35.- Plusieurs évènements et idées parallèles en droit, économie, théologie et philosophie politique ont pu conduire à rendre pensable une notion de lien social détaché du droit. En particulier, des concepts juridiques sont devenus politiques. Il nous faut tenter de remonter à l'origine de la notion de lien social. Le terme de lien social est très souvent utilisé dans la presse et les essais français. Il est employé depuis au moins trois siècles mais il est difficile de retrouver sa trace avant Rousseau. Il nous paraît, dans l'œuvre de Rousseau, avoir encore peu d'ampleur¹³⁴ et servir seulement d'équivalent ou de conséquence au contrat social. Le lien social existe-t-il vraiment ? La question a été posée pour le contrat social. En revanche, il ne semble pas que l'existence du lien social ait été questionnée. Or, dès l'origine, le terme de lien social est flou et les quelques rares définitions qui sont apportées ne sont pas convaincantes (voir ci-dessus). Cela ne signifie pas que le terme n'a pas d'utilité. Il renvoie sans doute à une image ou à une métaphore, autrement dit à un mythe. Un mythe a sa raison d'être. Mais il faut reconnaître que si le lien social est un mythe, la crise du lien social ne peut-elle aussi n'être qu'un mythe. Cela ne signifie pas que les difficultés sociales soient rayées d'un trait de raisonnement, cela veut dire que le vocabulaire employé pour en parler est insatisfaisant.

Le lien social, au singulier, s'oppose par ailleurs aux liens sociaux au pluriel. Le lien social est, semble-t-il, le nom donné à l'ensemble des liens de droit et pourrait être synonyme au contrat social. Ce lien social peut-il être vu comme un lien de droit ? La société est-elle un lien de droit entre le peuple et les dirigeants ? Ce lien est-il absent ou constitue-t-il une métaphore ? La société est-elle plutôt un ensemble structuré ou informel de liens de droit ? Il se forme ainsi un ricochet de questions.

36.- A la Renaissance, les « bourgeois », marchands citadins, prônent la libre concurrence et parviennent souvent à s'immiscer dans la noblesse et à s'y dissoudre. La structure tripartite (clergé, noblesse, paysannerie) traditionnelle finit par « exploser ». Cette révolution rend pensables des liens sociaux sans droit. Les commerçants réclament des libertés, en particulier la libre concurrence et donc en quelque sorte une déréglementation. Il se peut que l'on se dirige, encore aujourd'hui, vers une société sans droit. De purs liens sociaux sans droit sont

¹³¹ V. La sociologie, dir. P. Cabin et J.F. Fortier, éd Sciences humaines, 2000 p.11, 54, 59 s.

¹³² N. Elias écrivait ainsi : « on dit que c'est à la sociologie d'étudier la « société ». Mais ce qu'il faut entendre par « société » n'est pas clair du tout. La sociologie apparaît bien plutôt comme une science à la recherche de son objet », op. cit., p. 107.

¹³³ B. Latour, Changer de société, refaire de la sociologie, La découverte, 2006 : « il ne faut plus considérer le droit, par exemple, comme ce qui doit être expliqué à partir de la « structure sociale », qui viendrait s'ajouter à sa logique propre ; au contraire, c'est la logique propre au droit qui doit pouvoir expliquer certains des traits qui permettent aux associations de durer plus longtemps et de s'étendre sur une échelle plus vaste », p.14.

¹³⁴ Quelques mentions dans le Contrat social (coll. 10/18, 1973) : « de quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fonds est toujours subordonné au droit que la communauté a sur tous ; sans quoi il n'y aurait ni solidité dans le lien social, ni force réelle dans l'exercice de la souveraineté » p. 82 ; « si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui forment le lien social ; et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister » p. 83 ; « enfin, quand l'Etat, près de sa ruine, ne subsiste plus que par une forme illusoire et vaine, que le lien social est rompu dans les cœurs » p.177.

imaginables. Cette situation suppose l'absence de conflit, l'absence de symbolisation et l'appauvrissement de la langue. Il n'y aurait plus de tiers absolu (le roi ou l'Etat) permettant de garantir la solidité des liens. Le terme de lien social rendrait compte d'une manière de constituer une société sans s'adosser – dans les discours – à des institutions.

37.- Il se peut que le terme de lien social ait aujourd'hui largement remplacé celui de contrat social. Quel terme employait-on avant celui de contrat social ? On parlait de serment. Le contrat social apparaît pour supplanter le serment qui restait d'ordre sacré. De plus, le serment est définitif quand le contrat peut être remis en cause. A Rome, le « religio » (le lien à la cité) repose sur le respect du serment¹³⁵. Le contrat permet de sortir de cette relation sacrée au groupe auquel l'on appartient. Cependant la notion de contrat social conserve un caractère absolu car elle implique la souveraineté du peuple. On peut se demander si le terme de lien social qui ne suppose pas, comme le contrat social, un engagement explicite ou implicite introuvable n'a pas supplanté ce dernier terme dans les discours et les idées. Mais, dès lors, le dernier élément juridique – ici le contrat – serait également passé « à la trappe »¹³⁶. Le lien social ne reposerait plus sur aucun terme juridique, ni sur le serment ni sur le contrat.

38.- Il paraît possible d'avancer que l'origine du terme de lien social est le terme d'obligation donc de lien de droit au sens du droit romain. Bodin a utilisé le terme d'obligation pour théoriser les rapports entre le souverain et ses sujets qui s'obligent de leur propre volonté¹³⁷. De ce point de vue, il n'a pas été le théorisateur de l'absolutisme comme on le présente généralement. Bodin utilise un terme juridique dans la sphère politique¹³⁸. Grotius opérera une sorte de retour au droit en partant du politique pour fonder son droit de la guerre. Mais les jusnaturalistes s'éloigneront de l'approche juridique pour développer des approches plus philosophiques et morales. Rousseau opère un double retournement. Le souverain devient le peuple qui possède une volonté générale et le sujet consent aux relations avec le souverain de la nation dont il est membre. Il se constitue un contrat dit social plutôt horizontal entre le groupe en son entier et chaque membre. Le lien social est l'effet du contrat social.

Bruno Bernardi estime qu'historiquement le lien de droit serait en réalité un lien de fait et l'obligation serait le lien devenu obligatoire. Les historiens ne permettent pas de parvenir à une telle certitude¹³⁹. D'un point de vue du droit positif, il ne paraît pas possible de considérer le lien de droit comme un lien de fait devenant une obligation. Il existe des liens de droit qui sont « obligatoires » dans le sens où ils lient juridiquement les parties qui ne sont pas en tant que telle des obligations (le lien de nationalité, le lien de filiation, le lien d'instance etc.).

¹³⁵ Op. cit., p. 26.

¹³⁶ On retrouve ce phénomène d'emprunt du langage politique au langage juridique, en lui enlevant sa substance tout en gardant son aura, avec la notion de représentation ou de société civile (un groupement non commercial).

¹³⁷ Le principe d'obligation, Vrin/EHESS, 2007, p.49 s. v. un intéressant commentaire de P.Y. Quiviger, maître de conférence à Paris 1, est intitulé L'obligation comme source du lien social, du 28 décembre 2007 ; il n'envisage pas cependant la question sous l'angle juridique. V. avec une réponse de B. Bernardi <http://www.laviedesidees.fr/L-obligation-comme-source-du-lien.html> ; je remercie E. Pataut pour m'avoir signalé ce commentaire.

¹³⁸ Ceci dit, Bodin en tant juriste romaniste ne trace pas une nette distinction entre le juridique et le politique et utilise l'obligation comme terme juridique, notamment pour décrire les liens de féodalité. Par ex. : op. cit. t.1, p.151.

¹³⁹ V. notre article sur l'énigme du lien de droit, précit.

Pour sortir de l'illusion du lien social, il faut éviter le vocabulaire du contrat social et peut-être en revenir à Grotius et à Spinoza en considérant que les liens sociaux sont tous juridiques. Il s'est opéré, semble-t-il, un passage subtil et lent de l'obligation au lien social comme lien purement politique détaché du droit et qui finit par fonder les obligations juridiques. «*Ce n'est plus l'obligation qui lie mais le lien social qui oblige* » écrit Bruno Bernardi. L'origine du lien social serait-elle donc l'obligation en tant que lien de droit ?

Nous proposons de revenir à la source du lien social et de considérer qu'il s'agit d'un ensemble de liens de droit formant éventuellement un lien de droit général¹⁴⁰. C'est ainsi que l'on peut interpréter la position du philosophe du droit italien Del Vecchio qui souligne «*si le concept de société, par sa généralité, comprend en soi toute espèce de liens, parmi ceux-ci il en est un de particulière importance et de caractère bien défini : c'est le lien juridique ou politique par lequel les hommes se groupent en Etat... par société nous entendons l'ensemble de tous les liens* »¹⁴¹. L'auteur écrit encore que le «*troisième élément de l'Etat [avec la nation et le territoire] est constitué par le lien juridique. C'est lui qui donne vraiment à l'Etat sa forme et son caractère propres, alors que les autres en sont les éléments matériels. Tous les individus d'un Etat sont liés (enchaînés) par une série de droit et de devoirs réciproques, déterminés par un pouvoir suprême unificateur, qui est le sujet de l'ordre juridique* »¹⁴². Ce lien juridique n'est rien d'autre que le contrat social¹⁴³. Il ne développe néanmoins pas cette pensée. On peut avancer que le lien qui tient ensemble la société de façon durable est, en Occident, le lien entre les personnes et l'Etat. Or ce lien étatique est issu d'une construction juridique élaborée au Moyen Age à partir du droit romain et de la théologie comme l'ont montré notamment Ernst Kantorowicz¹⁴⁴, Pierre Legendre¹⁴⁵ et Harold J. Berman¹⁴⁶. Il se peut donc que ce lien social pris au sens de cohérence fondamentale d'une société soit lui-même un lien de droit. Il faut d'ailleurs noter que les liens de droit impliquent presque toujours l'Etat. Celui-ci fixe en effet les règles, prévoit les sanctions et organise les tribunaux.

La notion d'obligation se serait transformée en lien social en passant, par le travail des philosophes, du domaine du droit au domaine politique¹⁴⁷. Parallèlement, la théologie aurait miné le droit en privilégiant la relation d'amour ce qui aurait aussi conduit à privilégier un lien social détaché du droit.

39.- Le droit reste méprisé en France¹⁴⁸. Il n'est pas reconnu à sa juste place contrairement à la situation qui existe en Allemagne ou en Angleterre. Cela explique peut-être pourquoi l'on

¹⁴⁰ On peut faire l'hypothèse que l'usage obsessionnel du terme de lien social dans la presse et les essais est une sorte de retour du lien de droit refoulé ou une résurgence de l'obligation réduite, en droit positif, à une technique patrimoniale.

¹⁴¹ Philosophie du droit, réed. Dalloz, 2004, p.352 et 353.

¹⁴² Op. cit., p.358.

¹⁴³ Op. cit., p.359.

¹⁴⁴ Les deux corps du roi, 1957, réed. Quarto Gallimard, 2000.

¹⁴⁵ Notamment L'amour du censeur, Seuil, 1974 et De la société comme texte, Fayard, 2001, spéc p. 204 où il est question du "*lien social en tant que lien de légitimité*".

¹⁴⁶ Droit et révolution, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002 ; v. aussi E. Rosenstock-Huussy, Out of revolution, (1938), 1969, Argo books.

¹⁴⁷ Les glissements sémantiques du domaine juridique au domaine politique sont fréquents. V. l'exemple du terme de privilège pendant la révolution française devenu la cible des révolutionnaires qui n'avait auparavant qu'un sens juridique (L. Crocq, Droit, société et politique, la confusion des concepts et des identités pendant la période pré révolutionnaire à Paris, in Etre parisien, Cl. Gauvard et J.L. Robert (dir.), Publications de la Sorbonne, 2004, p.79.

¹⁴⁸ N. Engel, le mépris du droit, Hachette, 2000 ou D. Salas, la volonté de punir, essai sur le populisme pénal, Hachette, 2005.

peine à voir ces liens pour ce qu'ils sont réellement, c'est-à-dire des liens de droit. Pourquoi le droit est-il méprisé en France ? Ce constat pourrait d'ailleurs être contesté étant donné son actuelle prééminence. Néanmoins l'inflation des lois répond souvent à un objectif de communication politique plutôt qu'à une volonté de solidifier les liens de droit. On peut d'ailleurs se demander si le mépris du droit ne conduit pas, par une sorte de retour du refoulé, au développement non maîtrisé du droit. Michel Villey souligne : « *je croirais même assez que la base de la philosophie juridique moderne, c'est le mépris du droit* »¹⁴⁹. Il est vrai néanmoins que plusieurs philosophes français comme P Ricoeur, M Serres ou J. Derrida ont porté un intérêt renouvelé pour le droit aux cours des dernières décennies¹⁵⁰. Les explications sont sans doute multiples et l'on ne peut faire que des suppositions. La France est sans doute un pays plus administratif et centralisateur que judiciaire¹⁵¹ contrairement aux Etats-Unis, par exemple.

Les racines chrétiennes et plus spécifiquement catholiques de la culture française ont sans doute aussi contribué à cette situation. En attendant la parousie (le retour du Christ à la fin des temps), il faut, écrivait Saint Paul, rendre à César ce qui est à César c'est-à-dire accepter le poids des institutions. Le droit romain et les coutumes locales ont, dès lors, été employés pour organiser la société en attendant que le royaume de Dieu soit tout à fait présent. Le droit n'est plus alors qu'une science secondaire quoique nécessaire à titre temporaire. L'étude en a d'ailleurs été séparée de la théologie dès le Moyen Age. L'enseignement du droit romain sera même interdit à Paris. L'amour est le principal mot d'ordre du christianisme et le reste encore dans la société contemporaine. La convivialité qui est recherchée au travers de la notion de lien social renvoie à un certain confort affectif. La conception de l'amitié comme relation non juridique est peut-être aussi une conséquence de cette approche du droit et de l'amour. Le droit apparaît alors comme secondaire et constitue un mal nécessaire.

A vrai dire, la relation entre le droit et l'amour chrétien a donné lieu à de nombreuses discussions depuis des siècles notamment à propos des franciscains qui ne gardent qu'un usage de fait de leurs biens et ne sont donc pas propriétaires. Ainsi, conclut Michel Villey « *le droit se trouve dévalué, et il n'est pas de nous surprendre que cette opération procède d'un franciscain dont tout l'effort vise à démontrer que la vie la plus sainte est une vie exclusive de droit* »¹⁵².

La fin de la prééminence apparente du catholicisme romain en France n'est pas la fin de la culture catholique qui se trouve en partie laïcisée. L'Etat est une construction qui doit beaucoup à la figure du Dieu du catholicisme romain. Il se peut que le dernier avatar de ce dieu soit justement le lien social, c'est-à-dire un signifiant qui renvoie à un signifié insaisissable et qui unit les hommes dans la concorde. Ceci pourrait expliquer que le lien social reste introuvable. Son origine juridique serait quelque peu recouverte par des considérations aussi bien philosophiques, politiques que théologiques. Or, en remontant la veine philosophique et théologique, il semble que l'on revienne inévitablement à la notion de jus du droit romain, c'est-à-dire à la notion du *vinculus juris* qui veut dire lien de droit. Selon Michel Villey en effet : « *à Rome, ce que l'on appelle jus n'est pas le pouvoir du créancier, le*

¹⁴⁹ La formation de la pensée juridique moderne, Léviathan, PUF, 2003, p. 285.

¹⁵⁰ V. notamment les ouvrages de ces auteurs cités en note de bas de page.

¹⁵¹Bl. Barret Kriegel, *les chemins de l'Etat*, Calmann-Lévy, 1986, p.35 s.. Je remercie D. Chekroun de m'avoir indiqué cette référence. Sommairement, les rois de France s'imposent vis-à-vis des tribunaux en se fondant notamment sur la doctrine de Bodin en matière de souveraineté et développent l'administration au détriment de la justice. La crainte très française du gouvernement des juges pourrait être vue comme la crainte de voir porter atteinte à l'organisation traditionnelle de l'Etat français.

¹⁵² Op. cit., p.260.

droit de créance, mais l'obligation elle-même le vinculum juris, le rapport liant objectivement le créancier et le débiteur »¹⁵³. En définissant le droit comme l'ensemble des règles de droit qui régissent la société, les juristes ont peut-être eux-mêmes consacré la transformation de la conception du droit en un mal nécessaire et une technique de pure contrainte. Nous suggérons de revenir à l'origine de la notion de lien social et donc au lien de droit tout en réactualisant cette notion. On peut d'ailleurs se demander quelle était l'origine de *vinculum juris*. Une origine possible est l'usage de véritables chaînes en cas de non paiement. Une autre origine complémentaire est la magie¹⁵⁴. L'origine du lien de droit serait, en ce sens, des liens magiques créés par des rituels et qui pouvaient avoir un effet dans le réel. Le monde de la pensée – invisible – et le monde physique – visible – doivent toujours être coordonnés dans les liens de droit.

Cependant si le lien social est un lien de droit, comment justifier l'existence de la crise du lien social ? Qu'en est-il, en effet, de la crise du lien social si le lien social n'a quasiment pas d'autonomie et prend la forme de liens de droit ? La crise du lien social serait elle-même introuvable. Il faudrait logiquement y voir une crise ou une faille dans les liens de droit.

Chapitre 3.- La crise du lien social et le droit.

40.- Un auteur compositeur contemporain a écrit une nouvelle version de la chanson du ricochet. Il fait référence, sans le savoir¹⁵⁵, à l'ancienne chanson du ricochet par son utilisation des animaux et de la répétition. C'est une chanson qui annonce une guerre car tout se répète toujours « *voici qu'une guerre est passée ; et voici qu'une autre s'en vient ; les moutons sont très bien gardés ; et les chiens font toujours des chiens ; on se répète et on trébuche ; ça cloche là où ça clochait ; les promesses sont des embûches ; c'est la chanson du ricochet ; c'est la chanson du ricochet ; c'est la chanson du ricochet ; oui ! C'est vieux comme les chemins ; regarde-nous, regarde-moi ; je ferai gaffe à tout demain ; je ferai attention à toi ; comme quand on jure de ne plus boire ; et que l'on repique au pichet ; serments d'ivrogne, de pochard* »¹⁵⁶.

La chanson utilise l'aspect péjoratif du ricochet, l'automaticité et l'éternel retour du mal. Le personnage jure qu'il fera attention à l'autre, mais il s'agit d'un serment d'ivrogne. Il traite autant d'une guerre civile ou inter étatique que d'une guerre privée dans laquelle les hommes se déchirent. Le ricochet s'oppose ici à la construction de liens de droit équilibrés fondés sur de véritables engagements de paroles impliquant la prise en considération de la singularité de l'autre personne.

L'auteur traite plus nettement encore de l'idée de lien et de sa crise dans la chanson suivante de l'album qui s'intitule « *où est le fil ?* ». Cette chanson évoque la fermeture des ateliers de confection en France : « *Tisseur de rien ; fileur de temps ; lieur de liens ; tisseur de gens ; tisseur de soie ; au fond d'tes poches tés rien à toi ; fileur de cloche tisseur de soi, tisseur des autres, quelle parenté est la nôtre ; l'atelier ne fait plus de maille ; le bistanclaque est à*

¹⁵³ Op. cit., p. 246

¹⁵⁴ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précit., p. 356 V° magie, citant P. Huvelin qui voit l'origine de l'obligation dans des liens de caractère magique « *lier quelqu'un par des formules ou des cérémonies magiques* » « *une autre forme d'intervention de la magie dans les relations contractuelles est le serment* ».

¹⁵⁵ Nous a-t-il indiqué.

¹⁵⁶ Rémo Gary et Joël Clément, in R. Gary, *Le petit matin*, 2005, Médiadisque.

chang-hai ; le travail a fait ses valises ; reste des perles qu'on enfle tous les jours on délocalise, où est le fil ? ».

Le chanteur traite de la désaffiliation qui naît de la délocalisation, lorsque l'on ne fabrique plus de vêtements ou de tapis. Lorsque l'on ne prend plus le temps de filer, on ne tisse plus de liens entre les gens. Sans travail, il n'y a plus de « parenté » entre les individus. Le poète met ainsi en rapport l'économie et les liens de droit. Tout repose en effet ici sur des contrats de travail et de distribution. Ce n'est pas le lieu de débattre de la question de la délocalisation en tant que telle, il s'agit de s'interroger sur les rapports entre la crise du lien social et les liens de droit.

Si le lien social n'a pas d'autonomie et qu'il n'est rien d'autre qu'un ensemble de liens de droit, que dire de la crise du lien social ? La crise du lien social existe-t-elle et a-t-elle une autonomie à l'égard d'une éventuelle crise des liens de droit ? Peut-on parler de malaise dans les liens de droit¹⁵⁷ ou autrement dit de malaise dans la symbolisation de la vie en société ? Comment expliquer, dans ce cas, que, pour certains auteurs, l'activité culturelle soit susceptible de resserrer les liens sociaux ? En effet, si la culture retisse les liens sociaux, le lien de droit ne paraît pas avoir de place alors même que l'on a montré que le lien social n'a pas d'autonomie en dehors du droit. Ce n'est pas encore le lieu d'approfondir la notion de lien de droit et donc son éventuelle crise. Il importe, à ce stade des développements, de critiquer la réalité et l'autonomie de la crise du lien social (1) ainsi que l'existence de solutions juridiques à cette crise (2). Expliquer la crise de la justice par la crise des liens sociaux est dès lors un leurre (3). Il semblerait pourtant qu'il existe des solutions non juridiques, ce qui, par contrecoup, démontrerait l'autonomie, par rapport à la sphère du droit, de la crise du lien social (4).

1.- La recherche de la crise du lien social.

41.- La crise du lien social paraît bien réelle. Dans le dictionnaire des sciences humaines, la définition du lien social commence par sa crise : « *la crise du lien social fut une des grandes craintes des années 90* »¹⁵⁸. Les psychologues précitées relèvent que : « *à l'heure actuelle, il est beaucoup question, dans notre société, de la dissolution du tissu social, de la perte de repères (idéologies, religions, valeurs) de la faillite des systèmes sociaux de référence (famille, école mais aussi institutions politiques, syndicales ou judiciaires)* »¹⁵⁹. Cependant, les systèmes sociaux de référence qui ont failli constituent des liens de droit. La perte de repères (idéologiques, religieux ou moraux), en revanche, ne concerne pas le droit.

La revue Sciences Humaines de novembre 2005 a consacré un dossier à la question « *où est passée la société ?* » en tentant d'approcher la fameuse crise du lien social. La société est devenue fluide ou liquide¹⁶⁰ et a donné lieu à une désinstitutionnalisation par rapport à l'école, la famille ou l'hôpital. Il existe aussi une « *crise des milieux d'enfermement* ». Dans ce numéro spécial, l'usage des métaphores est critiqué. Les termes de corps social, d'infrastructure, de réseau ou de régulation ne constituent que des métaphores qui ne permettraient pas de rendre compte de la société. La crise du lien social serait aussi une crise conceptuelle. Pourtant le terme de lien social lui-même n'est pas dans la liste des métaphores.

¹⁵⁷ V. D. Sibony qui parle de maladie des liens ou de guerre des liens (sans pour autant traiter de droit), in *Le peuple « psy »*, Points Essais, rééd. 2007, p.74, 161.

¹⁵⁸ (Dir. JF Dortier), éd Sciences humaines, 2004, V° Lien social.

¹⁵⁹ Op. cit., p.260.

¹⁶⁰ Z. Bauman, *L'amour liquide, de la fragilité des liens entre les hommes*, Le Rouergue, Chambon, 2004.

Il est simplement indiqué que le lien social est maintenant appréhendé sur le mode de la connexion¹⁶¹.

42.- La lecture des journaux paraît confirmer l'existence d'une crise du lien social. Ainsi un article du journal Le Monde du 8 décembre 2004 intitulé « à Orléans peu à peu le ciment de la République s'effrite »¹⁶² cite un responsable d'association qui commente les coupes budgétaires imposées aux associations : « conséquence, selon lui : une multitude d'associations qui tissaient le lien social sont aujourd'hui « sur le carreau », alors que la précarité progresse de plus en plus dans les quartiers ». Il faut noter cependant que le lien social est, dans ce contexte, tissé par les associations qui constituent en elles-mêmes des liens de droit impliquant le dépôt des statuts en préfecture. La question est ici de savoir de quel lien de droit on veut, les liens de droit statutaires traditionnels (école, justice etc.) ou bien les liens associatifs. Il y a ici une crise du lien de droit plutôt qu'une évanescence crise du lien social.

43.- Le Dictionnaire des Sciences Humaines est, quant à lui, dubitatif : « le diagnostic semblait aller de soi : le chômage de masse, la flexibilisation du travail, la déstabilisation de la famille, l'essor de la délinquance et des incivilités, la montée de la violence, la baisse de la participation politique ..., autant d'indices d'une crise généralisée du lien social. Tout concourrait à un relâchement des dispositifs d'intégration (travail, famille, Etat, religion ...) conduisant à une progressive « désaffiliation » des individus et à un individualisme croissant ». Néanmoins, ce dictionnaire jette le doute sur l'existence de la crise du lien social : « pourtant à y regarder de près le diagnostic est discutable ... les liens sociaux connaissent parallèlement des processus de décomposition et de recomposition, de fragilisation et de renouveau, de délitement et de régénérescence ». La crise du lien social n'existe pas non plus pour les auteurs d'un ouvrage de synthèse sur les réseaux sociaux car, pour eux, s'opère une transformation de la sociabilité. Danilo Martucelli¹⁶³ critique aussi bien la société comme réseau où tout bouge que, à l'inverse, l'ordre social qui s'impose et formate l'individu. Selon lui, il y a une résistance et une malléabilité, ce qu'il appelle une élasticité, des individus. La question n'est donc pas celle de l'ordre social : « nous n'assistons pas aujourd'hui à la dissolution généralisée des anciens liens sociaux où finiraient par disparaître les traditionnelles rigidités ou solidités »¹⁶⁴ ; il faut mettre « au centre de la théorie sociale non pas le problème de l'ordre social mais une interrogation sur les caractéristiques que doit posséder la réalité sociale pour que l'action y soit toujours possible » donc ce qui « devient central ... est la possibilité irréductible de l'action... la question d'un monde social où, quelle que soit la force des coercitions, il est toujours possible d'agir... les règles admettent des écarts ». En somme, l'existence d'une crise du lien social est incertaine. Il existe sans doute, en revanche, une transformation sociale qui prend la forme d'une crise des liens de droit et d'une atteinte au langage. Bernard Gross écrit ainsi : « le problème de l'homme moderne soumis aux effets de la désintégration sociale se comprend peut être mieux et s'éclaire davantage au niveau de la confusion, voire la perversion du langage, qu'à travers l'analyse singulière des crises économiques. La langue ne parvient plus à synchroniser la vie des choses et à garantir l'entente entre les hommes »¹⁶⁵. Or, les liens de droit sont des liens de langage qui assurent cette bonne entente. Ainsi, le bruit médiatique et la médisance portent atteinte aux liens de droit lorsqu'ils ne respectent pas l'intimité de la vie privée. Par exemple, la manière dont est présentée la mise en examen d'un homme soupçonné de pédophilie qui

¹⁶¹ Revue Sciences humaines, nov. 2005, p.44.

¹⁶² Signé RGT.

¹⁶³ « Agir : le spectre des possibles » in Revue Sciences humaines précit.

¹⁶⁴ Op. cit., p.43.

¹⁶⁵ L'aventure du langage, Albin Michel, 2003, p.9.

bénéficie ensuite d'un non lieu généralement peu médiatisé, peut détruire ses relations familiales et sociales. Malgré l'incertitude entourant la crise des liens sociaux (le mot crise est lui-même dévoyé¹⁶⁶), des remèdes sont proposés.

2. Les remèdes juridiques à la crise du lien social.

44.- S'il existe des remèdes à la crise du lien social, c'est donc que les liens sociaux existent et ont une autonomie. Mais si ces remèdes sont purement juridiques, ils démontrent en réalité l'existence d'une crise des liens de droit. Ainsi, la loi sur la cohésion sociale dite loi Borloo a créé un contrat intermédiaire aux licenciés économiques pour prolonger le contrat de travail¹⁶⁷. Ce contrat est combiné avec l'assouplissement du licenciement économique. La recherche de la cohésion sociale vise à combler la « fracture sociale ». Les solutions sont ici purement juridiques et contractuelles. Il s'agit de privilégier les liens de droit consentis. Une même approche a conduit à la création de contrat d'intégration en droit des étrangers¹⁶⁸. L'autonomisation et le consentement des personnes protégées sont partout à l'œuvre. Elle serait pernicieuse s'il s'agissait d'une manipulation¹⁶⁹.

De même, Roland Castro, architecte, a mené le mouvement dit « *pour une utopie concrète* » dont le programme s'intitulait « *pour restaurer le lien social* ». Il préconisait un service civique d'un an, le droit de vote aux étrangers, l'obligation pour les universitaires d'enseigner deux heures par semaine dans les ZEP (zones d'éducation prioritaire) et la défiscalisation des lieux de sociabilité (café et théâtres). Or, il ne s'agit que de mesures juridiques portant sur des liens de droit : le lien politique à l'Etat, le lien administratif d'éducation et les liens économiques fondés sur le contrat¹⁷⁰.

Le sociologue Roger Sue est représentatif d'un discours sur les remèdes à apporter à la crise du lien social qui sont, en réalité, juridiques¹⁷¹ : « *pour aller plus loin sans doute faudra-t-il mieux reconnaître certaines activités comme la formation, la participation à des associations d'intérêt général, à des missions d'utilité sociale, les instituer plus fortement et indemniser ce qui y contribue ... l'abandon des efforts de politique d'intégration, la police de proximité par exemple, la réduction drastique des subventions aux associations sont-ils de simples maladroites ? ... le lien social aujourd'hui se construit par le bas, entre les individus eux-mêmes beaucoup plus qu'à travers les institutions, le travail, la famille, les églises ou les syndicats. Prenez l'exemple des associations jamais leur essor n'a été aussi grand. Il en existe plus d'un million et huit français sur 10 déclarent avoir une relation avec une association. On rejoint là encore le programme de la modernité initié par les Lumières, qui décrit la relation d'association entre les individus s'estimant aussi libre qu'égaux comme le prototype du lien social moderne* ». Le sociologue ne définit pas le lien social et ne tire aucune conséquence du fait que les associations sont des liens de droit. Il n'empêche qu'il s'agit bien là de liens de droit (liens familiaux, lien du travail, lien associatif, lien politique etc.) et non d'hypothétiques liens sociaux informels.

¹⁶⁶ E. Hazan, LQR la propagande du quotidien, Raisons d'agir, 2006, spéc. p. 33.

¹⁶⁷ Loi du 18 janvier 2005, D. 2005, chron. 1244, commentaire B Boudias.

¹⁶⁸ V. les lois en matière de famille, de sécurité sociale et d'incapacité.

¹⁶⁹ I. Astier, Les nouvelles règles du social, PUF, Le lien social, 2007.

¹⁷⁰ Faut-il passer la banlieue au kärcher ? 2007, l'Archipel, avec C Perrotin.

¹⁷¹ Télérama 16 nov. 2005, p. 55, auteur de Renouer le lien social : liberté, égalité, association, O Jacob, 2001 et la société contre elle-même, Fayard, 2005.

3.- Crise du lien social et crise de la justice.

45.- Le malaise dans les liens de droit se traduit - c'est logique quand on sait la place du juge dans l'architecture des liens de droit – par un malaise dans la justice. Or, le terme de lien social est utilisé de manière récurrente pour justifier des réformes de la justice. Ce que l'on nomme la crise du lien social a des conséquences sur la justice. Ainsi, la juridiction de proximité a été créée pour rapprocher les justiciables du juge et donc pour renforcer le lien social. M Métairie écrit en effet : « *car la judiciarisation de notre société – indice de la dégradation prononcée du lien collectif, exprimée à la mode anglo-saxonne ? – ne se traduit pas seulement par un essor quantitatif des dossiers contentieux. Elle a, de surcroît, opéré une mutation qualitative du recours à la justice, en ce que le juge est de plus en plus tenu d'énoncer la référence en des domaines aussi denses et délicats que la bioéthique, les droits de l'enfant ou la moralité politique... la proximité apparaîtrait dès lors comme une modalité de gestion des distances entre citoyens, ce qui ouvre le débat très actuel des rapports qu'elle peut ou doit entretenir avec les diverses politiques publiques : alors l'argument de proximité renvoie au souci de renforcer le lien social, de restaurer la convivialité, d'utiliser la flexibilité comme autant d'atouts efficaces et disponibles* »¹⁷². Si le lien social n'a pas d'existence autonome, la réforme ne peut véritablement contribuer à résoudre sa crise. Cela pourrait expliquer pourquoi cette juridiction peine à trouver sa place et n'attire pas les justiciables, au point que certains juges de proximité ont déjà démissionné.

De même, le recours à la médiation est souvent justifié par le renforcement du lien social. Il s'agit de situations de conflit où il faut tenter de sauver le lien social, la relation¹⁷³. On a donc recours à la médiation qui est censée permettre de maintenir des relations après avoir évacué le litige. Cette explication a notamment été formulée pour la médiation familiale. En réalité, la médiation familiale ne connaît que très peu d'applications¹⁷⁴. Les justiciables ne paraissent pas en avoir besoin. Là encore, l'invocation du lien social est un leurre.

Un leurre aussi lorsqu'il s'agit de justifier une réforme de la procédure civile : il faut désengorger les tribunaux pour résoudre les affaires dans un temps raisonnable et ainsi ressouder les liens sociaux. Il s'agit du discours officiel du ministère de la justice depuis plusieurs années¹⁷⁵. Or, les statistiques¹⁷⁶ montrent qu'il n'y a pas d'explosion du contentieux sauf dans des secteurs limités et pour des raisons précises (par ex devant les conseils de prud'homme, les chambres sociales des cours d'appel et de la Cour de cassation, sans doute parce que les jugements prud'homaux ne sont pas exécutés). De même, il faudrait diminuer la durée des affaires, mais toutes les affaires sont mêlées pour calculer la moyenne des traitements et on fixe arbitrairement ce qui serait un délai raisonnable (3 mois en instance, 6 mois en première instance, 1 an en appel) quand la durée est actuellement du double. Ce

¹⁷² La justice de proximité, une approche historique, 2004, Léviathan, PUF, p. 6 et 7.

¹⁷³ B. Gorchs, la médiation dans le procès civil : sens et contresens, RTDciv. 2003, p.409 s. ; v aussi Médiations et lien social, actes du colloque, Béziers, 1997, spéc. Y Morhain, psychologue, p. 33 « *par le passé dans les situations de rupture des liens, on avait recours à la palabre, aux sorciers et aux sages comme tiers. Aujourd'hui, ce sont les pratiques de la médiation qui nous offrent ce mode de résolution non violent des conflits, une restauration du lien de confiance entre les protagonistes* » ; v aussi J. Ph. Tricoit, la médiation dans les relations du travail, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social 2007, préf. B Bossu, qui estime que la médiation a une double fonction de résolution des conflits et de régulation des liens du travail considérés comme des liens sociaux ; V. notre article : la médiation en France : vers la maturité ? in Le bicentenaire du code de procédure civile, dir. CH van Rhee, D. Heirbaut, M Storme, Kluwer, 2008, Mechelen, pp.89-106.

¹⁷⁴ E. Serverin, Le médiateur civil et le service public de la justice, RTDciv. 2003, p.235.

¹⁷⁵ V. Par ex. le discours du ministre prononcé au cours du colloque organisé par la chambre nationale des avoués le 23 juin 2005 à la Sorbonne pour les 30 ans du NCPC.

¹⁷⁶ Annuaire statistique de la justice, la documentation française, 2007.

temps arithmétique est-il la juste mesure à employer pour traiter du temps du procès ? Là encore, l'invocation du resserrement du lien social est un leurre.

46.- On emploie encore le terme de lien social à propos des prisons¹⁷⁷ en indiquant que le prisonnier risque d'être coupé de ses liens sociaux et qu'il faut tenter de les maintenir (article D 460 du Code de procédure pénale). En réalité, il est coupé de ses liens de droit avec la société (suspension des droits civiques, absence de contrat de travail - le travail en prison est, semble-t-il, moins développé qu'à des périodes de plein emploi et n'a pas de statut) et de la famille (on tente, il est vrai, de créer des lieux plus intimes). Selon un rapport du Conseil national des barreaux : « *la rupture totale de liens familiaux provoquée par l'éloignement constitue, notamment dans le cas de femmes ayant des enfants, un véritable traumatisme* »¹⁷⁸. Raisonner en termes de lien social conduit à privilégier une lecture sociale de l'incarcération alors que ce « passage à vide » est peut-être avant tout juridique. Le terme de lien social sert de symptôme à la maladie des liens de droit, car des liens sociaux apparaissent alors comme étant sans pesanteur, sans confiance et sans avenir. On comprend, dans ces conditions, que la télévision qui crée un lien de droit plutôt faible (avec la redevance et un lien plus fort lorsqu'un abonnement a été conclu) mais qui génère, en revanche, un lien d'ordre fusionnel, ait rendu la prison peut-être encore plus insupportable sur le long terme qu'auparavant (et que dire de l'Internet ?). Les médicaments pris massivement sont alors tout ce qui reste pour ne pas se sentir complètement délié (de nombreux détenus présentent des troubles psychiatriques). La crise du lien social est invoquée pour régler ce qui est en réalité une crise des liens de droit et appelle des solutions juridiques.

Lorsqu'il est dit que la prison « *désocialise plus qu'elle ne restructure* »¹⁷⁹, cela signifie qu'elle éloigne de l'ensemble des liens de droit. De plus, indique le rapport précité : « *la surpopulation carcérale ne permet pas que les droits fondamentaux soient respectés plaçant les détenus dans des situations inhumaines et humiliantes* ». Les droits de l'homme sont mis en œuvre dans le réseau des liens de droit, ils ne fonctionnent pas en dehors. Ainsi selon, KJ Lang, directeur du système pénitentiaire finlandais : « *le nombre de détenus n'a que peu de rapport avec la criminalité. Le nombre de détenus est plutôt lié à une situation générale de confiance dans la société générale et à un équilibre politique* »¹⁸⁰. Les prisonniers seraient-ils des sacrifiés de la société, et seraient-ils nécessaires au maintien de la structure des liens de droit ? Selon le rapport du Conseil National du Barreau, « *longtemps il a été question tout simplement de punir et d'exclure les détenus de toute vie sociale car ils avaient rompu le contrat social ... Aujourd'hui la vie sociale carcérale est envisagée en termes d'ouverture sur l'extérieur (interventions d'acteurs extérieurs, de bénévoles, enseignants, travailleurs sociaux), de maintien des liens sociaux (visites, unités de vie familiale...), ce qui est une manière détournée de nier la vie sociale interne de la prison ... la prison doit faire l'objet d'une véritable politique pénale ainsi que d'un projet de reconstruction sociale, et ceci n'est possible que si le détenu est perçu dans son individualité comme un « homme détenteur de droits »* »¹⁸¹. Cet objectif de « réinsertion sociale » écrit et proclamé, ne peut être atteint du fait de la dureté de la réalité carcérale « *qui prête davantage au développement du contentieux*

¹⁷⁷ Actuellement il y a plus de 60000 détenus, pour une capacité de moins de 50000 ; un tiers sont des prévenus ; moins de 20000 seraient dangereux. Parmi les détenus 12000 sont étrangers. 1 sur 6 parlait à son père en français lorsqu'il avait moins de 6 ans dont 8000 africains. Les personnes arrêtées dans le cadre de la police des étrangers sont environ 4000.

¹⁷⁸ Des hommes et des barreaux : la prison en quête de sens, où vont les prisons ? entre réalités et droits, Conseil national des Barreaux, février 2004, p.14.

¹⁷⁹ Op. cit., p 8.

¹⁸⁰ Op. cit., p.9.

¹⁸¹ Ibid.

qu'à une véritable réflexion de fond » et est remise en question par la nouvelle procédure de rétention de sûreté pour les personnes dont la dangerosité reste élevée¹⁸². Il faut en somme tenter de créer de véritables liens de droit à l'intérieur de la prison et en relation avec l'extérieur.

On notera pour terminer un arrêt de la Cour de cassation portant sur le suicide d'un détenu qui a conduit à une action en justice engagé par des membres de sa famille se disant victime par ricochet du mauvais fonctionnement du service public de la justice. On voit comment la déliaison d'une personne détenue conduit à des victimes en chaîne¹⁸³.

4. Les solutions non juridiques à la crise du lien social.

47.- Il existe cependant des solutions non juridiques qui sont proposées à la crise du lien social. Ainsi, Jean-Claude Guillebaud note que certains célèbrent « *tout ce qui ressemble à un lien de substitution : fête, rave parties, liturgie des stades ou des concerts... ces moments fusionnels ont d'autant plus nos faveurs qu'ils viennent combler un manque ou consoler une solitude. L'individualisme a creusé entre les êtres une distance, un vide, que peuvent parfois remplir l'espace d'un moment, ces messes profanes* »¹⁸⁴. Un exemple de tentative de comblement de ce vide est un site Web où chacun écrit à des milliers d'autres ce qu'il est en train de faire (monter un escalier, vider la poubelle etc.) pour se sentir appartenir à une tribu. La crise du lien social trouve une solution dans des moments fusionnels qui n'ont pas grand chose à voir avec les liens de droit. Les « raves » se veulent hors du droit quoiqu'elles soient réglementées par la loi sur la sécurité quotidienne¹⁸⁵ et peuvent parfois porter atteinte à l'ordre public. Michel Maffesoli a décrit avec enthousiasme ces moments de fusion ainsi que la formation des « tribus » qui remplacent les grandes familles d'antan¹⁸⁶. Le lien fusionnel est le contraire d'un lien de droit qui suppose une distance et une symbolisation. Il constitue un moment de communion physique, une sorte de retour à la condition animale. Cette tendance traduit l'existence d'une crise du lien de droit et ne peut structurer la société car ces liens fusionnels sont ponctuels et exceptionnels. Ils expriment néanmoins le désir d'union qui se dessine derrière la notion de lien social.

La profusion des images¹⁸⁷ contribue également à retisser le lien social, selon cet auteur qui parle d'image « reliante ». Il montre que l'image n'est pas la simple reproduction d'une chose, elle est un ailleurs et un élément singulier. Elle est, dès lors, au cœur d'une nouvelle socialité en gestation. Le sujet est exclu de lui-même lorsqu'il regarde des images. Il se perd ainsi dans une communauté. Cette nouvelle socialité serait fondée sur le présent, l'hédonisme, l'impassibilité et l'exacerbation des passions. Enfin, toujours, selon cet auteur, les nouvelles technologies « *s'emploient à nous relier aux autres et au monde* »¹⁸⁸. A vrai dire, les

¹⁸² Loi n°2008-174 du 24 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

¹⁸³ Cass. Civ., 16 avril 2008, n°07-16286.

¹⁸⁴ Op. cit., p.114.

¹⁸⁵ Loi n°2001-1062 du 15 nov. 2001.

¹⁸⁶ Par exemple « *c'est peut-être cela qui est la principale caractéristique du paganisme tribal : resserrer les liens de solidarité et de fidélité, en bref conforter une communauté de destin* » in La part du diable, Flammarion, 2002, p.224 et « *les transes postmodernes (raves et autres manifestations) en sont l'expression achevée qui, au travers de rituels précis, et grâce à des pratiques et produits non moins précis :bruits, rythmes, effervescences, psychotropes divers, confortent la fusion, permettent la confusion des corps et des esprits, induisent une autre manière d'être ensemble* », p. 54.

¹⁸⁷ V. Le chapitre l'image reliante in La contemplation du monde, Grasset, p.147.

¹⁸⁸ La part du diable, précit., p.228.

technologies peuvent aussi porter atteinte aux relations notamment lorsqu'elles coupent les individus les uns des autres.

48.- De même, dans une interview, le maire de Nantes Jean-Marc Ayraud, indique¹⁸⁹ que « *la créativité, la culture ont réinstauré le lien social, prenez l'exemple de Bilbao ou Glasgow, c'est la vie que l'on réinstaura ... nous avons signé un contrat éducatif local entre la mairie et les écoles pour permettre l'accès à l'éducation culturelle ou artistique... c'est la bonne échelle la ville, c'est l'énergie qu'on insuffle au pays, conséquence de la décentralisation ... il faut créer la confiance ...* ». Ce discours est révélateur d'une façon politique de penser le lien social, la culture et le droit. Le droit est absent, sauf lorsqu'il est question de contrat entre services publics (ce qui ne constitue pas un contrat, dit-on, mais une métaphore de contrat et un lien statutaire). Cet homme politique a aussi évoqué, dans cette interview, les abonnements aux théâtres, les associations culturelles ainsi que les subventions. Il s'agit là de liens de droit. De plus, la culture est ici vue dans son seul sens artistique, or la culture peut justement être vue comme le contenu de ce qui lie des individus entre eux. Elle contribuerait donc au maintien de l'ensemble des liens entre les citoyens d'un même groupe¹⁹⁰.

Si le terme de lien social ne nous sert plus à montrer comment une société se soude par sa culture, le lien de droit peut-il y parvenir ? Il est un domaine où il paraît difficile de ne pas employer la notion de lien social. Il est fréquent en effet d'affirmer que la culture resserre le lien social en crise. Pourtant, le metteur en scène Frédéric Fiesbach, répond à un journaliste¹⁹¹ qui lui demande si le théâtre sert à fabriquer du lien social : « *non le théâtre n'est pas là pour réunir mais pour diviser, pour ramener chacun à lui-même afin qu'il soit de nouveau prêt à dialoguer avec les autres* ». La division opérée par le théâtre n'est pas celle qu'effectue le lien de droit, qui est une séparation/liens. Ici, il s'agit de retour sur soi. C'est un travail préalable au dialogue et donc au lien de droit. Un approfondissement de la notion de lien de droit devra tenter de rendre compte du rôle de la culture en relation notamment avec la constitution d'une singularité.

49.- Il faut dire un mot, pour terminer ce chapitre, de la fameuse fracture sociale popularisée par l'ancien Président de la République, J. Chirac. Il semble qu'elle concerne également une fracture dans les liens de droit pour ceux que l'on appelle les exclus (le chômage et le divorce qui constituent des ruptures de liens de droit conduisent à l'exclusion) et ceux qui sont en difficulté, les surendettés, certaines familles monoparentales etc. On peut se demander d'ailleurs si le régime du surendettement que l'on modifie d'année en année n'est pas le prix à payer pour que le crédit puisse continuer à fonctionner. La fracture dans les liens de droit serait ainsi la conséquence d'un système où l'on pousse les consommateurs à se lier par des crédits et où l'on prévoit une procédure pour ceux qui « explosent en vol ». La publicité, la convoitise et la naïveté contribuent à augmenter les rangs des surendettés - aujourd'hui plus de 700000 - car peu sont ceux qui retrouvent une situation financière totalement saine (le nombre de surendettés augmente donc sans cesse).

50.- En somme, ce que l'on nomme le délitement du lien social est une maladie des liens de droit. Si tout lien social est un lien de droit, cette maladie signifie notamment que les personnes ne trouvent plus leur place. Elles restent sans travail (exclusion sociale, absence de contrat de travail), ne parviennent plus à participer à la vie publique et/ou ont des liens

¹⁸⁹ France Culture 17 nov 2004 7 h 45

¹⁹⁰ V. notre article : Preuve judiciaire et culture française, Droit et cultures, 50, 2005/2, p.149 s.

¹⁹¹ Sur France Culture, le 13 juillet 2007, 12 h.

familiaux confus ou diffus (des liens fusionnels ou des séparations). La possession d'un animal domestique n'est pas un lien de droit mais tend à se substituer aux liens de droit. Un animal est juridiquement un bien meuble et non un sujet de droit. Il n'y a ni échange de paroles créatrices du lien ni distance, c'est donc un lien fusionnel. Il existe un danger de le considérer comme un lien de droit pour réparer les dommages créés à ces animaux car cela ajouterait à la confusion¹⁹². De même, il est fréquent qu'une question de garde du chien se pose au cours d'une procédure de divorce. On peut noter, dans le flot de la jurisprudence, qu'une Cour d'appel a choisi de refuser la garde à l'époux qui avait demandé une somme d'argent à son ex conjoint pour s'occuper du chien. L'ex épouse n'ayant pas demandé une telle somme a été jugée plus digne d'avoir la garde. Son comportement aurait révélé un lien d'affection plus fort. Ce jugement de Salomon qui paraît mériter d'être approuvé dans son résultat laisse perplexe dans la mesure où il rapproche l'animal de l'enfant. Une autre affaire révèle au contraire l'absence de lien d'attachement profond. Huit jeunes gens qui terrorisaient un quartier avec des chiens se ont vus proposer le choix entre l'euthanasie des chiens et le tribunal correctionnel pour eux. Ils ont tous choisi l'euthanasie de leur chien. Il vaudrait mieux resituer le rapport aux animaux domestiques dans le cadre de l'ensemble des liens de droit et d'une prise en considération de la nature au sein des liens de droit (cette approche sera envisagée dans le dernier chapitre).

Dans sa chanson « *où est le fil ?* » cité précédemment, Rémo Gary, rapproche trois sons de la langue française : lien, rien et lieu (présent sous la forme de la délocalisation et aussi du temps car en français le lieu peut avoir une connotation temporelle, par exemple lorsque l'on dit : ce n'est pas le lieu d'en parler) : « *tisseur de rien, fileur de temps, lieur de liens, quelle parenté est la nôtre ... on délocalise* ». Or le lien est un lieu en ce qu'il construit un espace-temps entre les parties. Il comporte également du vide, du rien. Le vide n'est pas nécessairement négatif. C'est peut-être justement parce qu'on ne reconnaît pas l'existence d'un vide dans les liens de droit en niant l'importance des liens juridiques qu'un vide destructeur surgit dans les relations sociales. On pourrait ainsi distinguer un vide inconsistant et un vide permettant un renouvellement ou une résonance. Ce rapprochement entre lieu, rien et lieu ouvre la voie à l'approfondissement de la notion de lien de droit.

Chapitre 4.- Un approfondissement de la notion lien de droit.

51.- Le chanteur pour enfant, François Lemonnier, réactualise la chanson du ricochet sous la forme d'une série de questions circulaires :

- pourquoi les vaches elles font de la bouse ?
- parce qu'elles ont trop mangé
- pourquoi elles ont trop mangé ?
- parce qu'elles avaient le ventre vide
- pourquoi elles avaient le ventre vide ?
- parce qu'elles avaient fait plein de bouse
- pourquoi elles avaient fait plein de bouse ?
- parce qu'elles avaient trop mangé.

Il est à remarquer que, comme le précédent exemple de chanson du ricochet, la nature est convoquée, ainsi d'ailleurs que le vide. Le pourquoi sans fin et l'enchaînement automatique des faits relèvent de la nature. L'homme est celui pour qui rien n'est automatique. Il doit pour survivre recréer une structure que les animaux possèdent naturellement. Cette structure est composée de liens entre humains formés par des paroles. Ainsi, l'adage ancien selon lequel on

¹⁹²J.P. Marguénaud, La protection juridique du lien d'affection envers un animal, D. 2004, Chroniques p. 3009.

lie les bœufs avec des cordes et les hommes avec des paroles¹⁹³ n'est pas une analogie, mais une opposition entre les hommes et les autres animaux. Ces liens ne créent pas un simple accrochage, mais une mise à distance adéquate entre des personnes. Puisque le lien de droit est une notion générique qui sert à définir quelques unes des principales notions du droit (nationalité, filiation, instance, obligation), il ne peut lui-même être défini par d'autres notions juridiques. Ce n'est qu'en s'inspirant d'autres disciplines qu'il est possible de l'approfondir. La méthode du ricochet de texte en texte permet, dans ce cas, de rechercher des concepts qui peuvent être importés et acculturés au droit. C'est un travail interdisciplinaire où les autres matières sont considérées comme des sources d'inspiration. En réalité, le droit a toujours puisé ses concepts dans la théologie, la philosophie ou dans d'autres domaines. Il a précisément pour fonction de rendre opératoire des idées en créant un langage performatif. Le droit n'a plus pour fondement direct la théologie, mais il n'est pas sans fondement. Ce fondement est en quelque sorte disponible et mouvant¹⁹⁴. Il s'agit, nous semble-t-il, de la littérature au sens large du terme comportant notamment les grands livres religieux, les essais, les romans et les films (dans la mesure où il existe une écriture cinématographique) qui sont sans cesse interprétés. Approfondir la notion de lien de droit consiste à actualiser cette notion en tenant compte de cette littérature. Nous nous éloignons sans doute de l'approche traditionnelle des juristes (qui est aussi la nôtre en dehors de cette recherche) qui porte son attention sur les concepts du droit en réfléchissant de l'intérieur de la sphère juridique.

Il apparaît ainsi que le lien de droit est un espace entre deux parties (1) ayant une dimension temporelle (2) comportant un vide où se régénèrent les forces des parties (3) qui sont stabilisées par un jeu de miroir (4).

1.- Le double espace du lien de droit.

52.- L'esclavage étant considéré comme une infraction¹⁹⁵, le lien humain doit être non seulement accepté, mais doit aussi rester provisoire. Dès lors, un lien de droit tel qu'une obligation, un mariage ou la nationalité ne réalise pas seulement un nouage qui peut être rompu, mais également une mise à distance entre des personnes. Il pourrait être opposé que le terme de lien conjugal (qui vient de joug) possède la même étymologie que l'appareil du même nom qui lie les bœufs entre eux dans un attelage. Pour autant, un lien de droit est le résultat d'une recherche de la juste distance entre deux personnes - ni trop près car elles seraient alors dans la fusion, ni trop loin car elles seraient alors, l'une vis-à-vis de l'autre, indifférentes et étrangères. L'idée selon laquelle le lien de droit est une séparation apparaît en hébreu car conclure une alliance se dit couper une alliance. De même lorsque le juge tranche un litige (expression de l'article 12 du Code de procédure civile), il crée, modifie ou détruit un lien de droit¹⁹⁶.

Certains auteurs ont, dans leur champ disciplinaire respectif, traité du lien humain comme d'un écart. Ainsi, en psychanalyse, Daniel Sibony traite-t-il de coupure/liens¹⁹⁷. Dominique

¹⁹³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd. 1999, Litec, n°298.

¹⁹⁴ Du moins en occident, selon P. Legendre in *Dieu au miroir*, Fayard, 1994, p.29 s.

¹⁹⁵ Art. 212-1 du Code pénal v. aussi Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité JO 23 mai 2001, p. 8175.

¹⁹⁶ Le droit a toujours à faire avec les corps (et non avec des relations abstraites), ce qui peut expliquer qu'en dernier lieu il était prévu qu'un condamné à mort devait avoir la tête « tranchée » v. l'article 12 du code pénal de 1810.

¹⁹⁷ Par exemple, *Psychanalyse et judaïsme*, Champs Flammarion, 2001, p.123 l'auteur écrit à propos du sacrifice d'Isaac : « *de cette coupure faire lien* », p. 117.

Bertrand, en philosophie de la musique, emploie l'expression de séparation/liante¹⁹⁸. Gérard Wacjman, dans un texte sur la fenêtre, traite d'ouverture/frontière¹⁹⁹ : « *la fenêtre est aussi pareillement un appareil qui sépare et qui relie. Que la fenêtre ait à voir avec le langage, c'est ce qui apparaît. Que le langage puisse être une fenêtre, c'est aussi ce qui apparaît, ce par quoi nous nouons un rapport au monde, ce par quoi nous cadrans le monde et nous nous tenons à distance du monde (...) les reliant et les séparant, n'est-ce pas l'ouverture/frontière de la fenêtre qui crée le dedans et le dehors ?*²⁰⁰ ».

Le sociologue, Danilo Martuccelli, dans « *Grammaire de l'individu* », emploie le terme de liant à profusion. Il considère qu'il est malléable et qu'il s'agit d'un espace²⁰¹. Il traite du liant familial aussi bien que du liant entre un professeur et ses élèves. Cet espace est, selon lui, une distance, un jeu (comme lorsque l'on dit qu'une porte a du jeu) entre les personnes et aussi un climat. Ainsi, l'atmosphère d'une classe traduit le lien d'enseignement entre le professeur et les élèves. Les enseignants savent que chaque classe, en raison des paroles qui sont exprimées dès la première heure de cours et des différentes personnes en présence, possède un climat particulier. Cet auteur décrit²⁰² également les rapports économiques comme des espaces en notant à propos d'un homme d'affaire : « *l'espace se construit dans la dynamique des relations qu'il vit* ». L'auteur affirme de manière plus générale : « *il convient de mettre au centre de la réflexion sociologique l'entre-deux, l'« espace » entre le système et les acteurs – appelons le l'intermonde – fait d'un supplément virtuel de textures (cultures ?) et d'une série mouvante de coercition* »²⁰³. Néanmoins, le sociologue laisse peu de place au droit et au lien de droit, alors que la relation entre les professeurs et ses élèves est le plus souvent statutaire et parfois contractuelle et que les relations économiques sont généralement juridiques, comme si le droit n'était qu'une forme arbitraire des relations et une simple technique de coercition. Or, le juriste et psychanalyste Pierre Legendre a théorisé cette distance qui est au cœur du lien de filiation et qui constitue selon lui une différenciation. Il écrit ainsi que "*le discours juridique des filiations*" est "*le discours instituant la séparation*"²⁰⁴ et indique sur quel terrain se situe le lien de filiation : "*sur le terrain des montages destinés à fabriquer l'homme, à lui infliger perte et séparation quant au fantasme, à l'instituer dans une place de droit comme sujet différencié*"²⁰⁵. Les êtres humains doivent être différenciés les uns des autres et liés par le langage.

Autant la pure liaison (exemple de l'inceste) que la totale déliaison (exemple de la violence) comportent un excès et peuvent constituer une définition du mal comme l'a noté André Green²⁰⁶. Le bien, non dans un sens moral, mais dans un sens anthropologique, serait la relation générant une distance adéquate entre deux personnes qu'il est nécessaire de rechercher en permanence et qui constitue un équilibre entre deux extrêmes. Il est possible ainsi de relever l'existence d'un paradoxe ou d'une énigme dans un lien de droit dans la mesure où il comprend deux éléments contradictoires : une distance et un accrochage. Cette

¹⁹⁸ La prière du serpent : la voix de la Bible, Signatura, 2007, p.27.

¹⁹⁹ Fenêtre, chronique du regard et de l'intime, Verdier, 2004, p.24 « *les reliant et les séparant, n'est-ce pas l'ouverture-frontière de la fenêtre qui crée le dedans et le dehors* ».

²⁰⁰ Op. cit., p.24

²⁰¹ Folio essais, Gallimard, 2002, spéc. p.204.

²⁰² In le Numéro de la revue Sciences humaines, précit. p. 44 s.

²⁰³ Op. cit., p. 45.

²⁰⁴ Les enfants du texte, Fayard, 1992, p.304 ; V. du même auteur, Revisiter les fondations du droit civil, RTD civ. 1989, p.639, "*le droit (...) se propose comme expérience d'un savoir sur la différenciation*".

²⁰⁵ op. cit., p.294.

²⁰⁶ Pourquoi le mal ? in La folie privée, Folio Essais, Gallimard, 1990, spéc. p.431 et La déliaison, Les Belles lettres, 1992, spéc. p.19 s.

remarque ne vaut cependant pas pour le lien entre le bébé et ses parents qui est un pur attachement au moins jusqu'au sevrage. Le but du lien de filiation est justement l'indépendance et l'autonomie de l'enfant. Cette distance adéquate ou juste distance dans le lien de droit est celle qui permet à chaque partie de rester autonome tout en exécutant ses obligations. Lorsqu'une partie devient trop dépendante d'une autre, le lien est en danger. Ainsi, l'abus de dépendance économique est puni par le droit de la concurrence. L'abus de faiblesse est réprimé par le droit pénal et le droit de la consommation. Les règles de droit comportant des droits et des obligations permettent aux parties de connaître et de mettre en œuvre cette juste distance.

53.- L'art crée également des distances. L'architecture est avant tout un travail sur l'espace, la peinture sur la surface du tableau et l'on parle d'espace musical. Se pose, dès lors, la question suivante : quelle est la spécificité du droit dans les productions culturelles ? Comment faire le départ entre le droit et l'art si tous deux créent des espaces ? On pourrait même avancer qu'il s'agit, dans les deux cas, de créer des justes distances. On parle aussi bien de jugement juste car il remet les parties à une juste distance que d'une note de musique juste.

Un raccourci vers l'univers pictural peut être empreinté grâce au mot ricochet. Pierre Alechinsky, peintre écrivain, décrit dans un livre intitulé « *Baluchon et ricochets* »²⁰⁷, la naissance et l'influence du tableau Guernica sur des peintres comme Pollock, un Américain, comme Asger Jorn, un Danois, ou sur Bram van Velde, un Hollandais, alors qu'aucun d'eux ne se connaissaient. Le tableau est né « *d'une promenade. Et du hasard ... Sur une plage du midi, Picasso ramasse une petite racine de bambou, il l'examine et se met à la dessiner. Qui se douterait que derrière l'ubuesque généralissime de la Phalange se cache une petite racine observée avec jubilation ? ... Un innocent rhizome, annexé, déguisé rue des Grands-Augustins, bondit, tombe incognito sur un Américain, un Hollandais, un Danois, rebondit et poursuit sa route* ». Guernica qui traite des horreurs de la guerre et de la destruction des liens humains a créé une discontinuité dans l'art et a rebondi de peintre en peintre comme un ricochet. Pollock peint justement, selon Alechinsky des : « *entrelacs libres et savants aussi décontractés avec les pleins et les déliés d'un filet d'eau* ». Ainsi, le peintre délie-t-il les énergies, comme l'indique Jean-François Lyotard²⁰⁸, à l'intérieur d'une personne afin que ces énergies soient reliées ensuite d'une autre manière. L'art vient en quelque sorte séparer les hommes qui opèrent un retour sur eux-mêmes pour mieux retrouver les autres. Or, à certains égards la demande de lien social, l'idée de retisser le lien social, est une demande de fusion. Il paraît, au contraire, nécessaire de maintenir des distances en un temps où les villes se font de plus en plus fluide²⁰⁹, devenant des ensembles ininterrompus de conduits²¹⁰.

Bernard Stiegler présente la fonction de l'art de la manière suivante : « *les œuvres de l'art et de l'esprit qui temporalisent le symbolique en l'espaçant, sont les conjonctions disjonctantes de l'individuation, c'est-à-dire opératrices par excellence des sauts quantiques en quoi elle consiste* »²¹¹, comme un ricochet ! Une discontinuité opère sur chaque spectateur du tableau qui est ainsi ramené à lui-même et en quelque sorte relié à lui-même. Une œuvre comme un lien de droit sépare pour relier, mais le fait à l'intérieur d'une personne et dans son rapport au

²⁰⁷ Gallimard, 1994.

²⁰⁸ Discours, figure, Klincksiek, 2002, p.274.

²⁰⁹ V aussi Z. Bauman, précit.

²¹⁰ I Illich, op. cit., H2O les eaux de l'oubli, p.463 s.

²¹¹ De la misère symbolique, II, Galilée, 2005, p. 282.

monde, non pas entre deux personnes²¹². Il existe une continuité entre l'œuvre et son spectateur, une fusion qui passe par les sens et génère une discontinuité par sa force. Commence ainsi à apparaître une complémentarité entre le droit qui unit-sépare les hommes entre eux et l'art qui unit-sépare un individu avec lui-même. Le lien de droit est une recherche de pérennité tournée vers le futur quand l'art est aussi tourné vers le passé²¹³. Surtout, le droit ne cherche pas comme l'art à abolir les distances, à retrouver un sentiment de fusion, de ressemblance, à retrouver les sensations des autres. Il cherche à maintenir au contraire les distances. Le droit préserve la vie, en maintenant les distances, il met à distance le père et la fille par l'interdit de l'inceste, le père et son fils (les frères entre eux) par l'interdit du meurtre etc. La tentation de la fusion conduit cependant à l'imaginer, à le chanter (La chanson Lemon Incest de Gainsbourg, par exemple) sans passer à l'acte. Le droit et l'art sont deux forces contraires. Il y aurait du symbolique dans l'art comme dans le droit mais à des fins opposés. Le droit serait l'ensemble des symboles qui servent à maintenir les distances entre les hommes.

A vrai dire, il pourrait aussi être soutenu que l'art peut servir à maintenir les distances entre personnes lorsqu'il sert, comme dans les sociétés traditionnelles, à délimiter l'espace de chaque famille. Marc Augé écrit ainsi « *les objets, les objets-dieu, émerge au point de rencontre entre humains : au seuil des maisons, dans l'espace public, aux carrefours, sur les marchés, sur les côtés des champs cultivés...L'art contemporain entreprend clairement de réintroduire une distance, de créer des fossés et des interstices entre les individus et ceux qui les entourent* »²¹⁴. Au fond, l'art tend à mettre des distances en soi et entre individus. Aujourd'hui l'objet d'art est distinct des objets de consommation et l'on ne saisit plus combien l'art et le droit sont liés (le goût pour l'art que l'on peut noter chez de nombreux juristes pourrait traduire cette nostalgie). Ce rôle fondamental de l'art qui est de contribuer à créer des distances entre les hommes et donc des liens de droit persiste dans de nombreuses œuvres. C'est le cas, par exemple, des diagrammes politiques de Mark Lombardi où sont représentés les liens politico-financiers entourant la faillite d'une banque internationale²¹⁵. Comme des éléments constitutifs de liens de parole, le droit et l'art devraient être étroitement unis. L'art porte en effet sur les images-objets qui se trouvent impliqués, selon Marc Augé, dans les liens humains alors que le droit se concentre davantage sur les engagements des parties.

54.- La notion d'espace qui définit le lien de droit est en passe d'être galvaudée. On parle aussi bien d'espace vert que d'espace judiciaire européen. C'est aussi le nom d'une voiture. On peut lire sur un panneau dans une commune du littoral, l'exhortation suivante : « *partageons l'espace* ». La notion d'espace paraît renvoyer à la géographie et donc à un territoire naturel. D'une certaine façon, il s'agit d'une notion voisine du lien social, en ce sens qu'elle fait croire qu'il existe une distance naturelle entre les hommes, indépendante de toute structure. Mais, pour certains géographes, il n'existe pas de territoire²¹⁶ naturel. Tout espace

²¹² V aussi E. Cassirer, *Essai sur l'homme*, éd. de minuit, 1975, p. 204, en permettant une vision objective des choses et de la vie humaine, l'art ramène à soi mais passe aussi par une relation à l'artiste, op. cit., p.212.

²¹³ R Debray, *Vie et mort de l'image*, Folio essais, Gallimard, 1992, p.52.

²¹⁴ From space to the gaze, In Muntadas, on translation : the audience, Witte de With (dir.), *Center for contemporary Art*, Rotterdam, p.15 à 21, ce passage est traduit par nos soins ; v. aussi Marc Augé, *Pour quoi vivons nous ?* Fayard, 2003, spéc. p.48.

²¹⁵ *Le Courrier International* du 24/12/2003 n°686-687.

²¹⁶ Le mot territoire signifie originellement le lieu où le magistrat exerce sa juridiction, *Dictionnaire historique de la langue française*, dir. A. Rey, Le Robert, 2006, p.3804.

est délimité par l'homme à partir de l'interdit de la propriété²¹⁷. Le terme d'espace ne doit donc pas induire en erreur, il s'agit plutôt en matière de lien de droit d'un écart ou d'une distance. On peut se demander si l'emploi généralisé du terme d'espace ne sert pas à combler un vide.

Il se peut, par ailleurs, que le droit et la géographie se rencontrent dans la création d'un espace abstrait façonné par des interdits et destiné à s'appliquer à un espace physique²¹⁸. Ainsi, la ville de Paris a d'abord été pensée par les Celtes à partir de la plaine du Lendit, située aujourd'hui à Saint-Denis, où se trouvait un tumulus et où il était interdit de s'installer et de s'approprier les terres. Une ligne avait été tracée virtuellement vers le sud en relation avec la cosmogonie celte pour déterminer l'emplacement d'un lieu de vie qui allait être l'île de la Cité. De là, une autre ligne est/ouest allait être tracée²¹⁹. Les Romains, puis les chrétiens, ne feront que poursuivre et transformer cet espace abstrait fondé sur un interdit de s'installer et appliqué à un espace concret. Cette construction de l'espace abstrait relève aussi bien de la géographie que du droit. En somme, il existerait un espace matériel et un espace conceptuel ou symbolique. Ernst Cassirer écrivait en ce sens : « *l'homme ne vit pas seulement dans une réalité plus vaste, il vit, pour ainsi dire, dans une nouvelle dimension de la réalité*²²⁰ ... *il ne vit plus dans un univers purement matériel, mais dans un univers symbolique* »²²¹. Les deux espaces seraient distincts mais ont un effet l'un sur l'autre dans la mesure où le langage et l'action sont étroitement liés. Le lien de droit serait donc un espace abstrait ayant des effets sur l'espace physique. Les deux espaces ne sont pas hiérarchisés même si on les visualise plutôt verticalement, l'espace de la pensée au dessus de l'espace physique (on peut tenter pour lutter contre l'idée d'une hiérarchie de visualiser les deux espaces côte à côte). Ce double espace a été pensé en sciences humaines²²².

Ces deux espaces ne sont pas autonomes l'un vis-à-vis de l'autre, même s'ils ne se confondent pas. Ils sont indissociables. Il existe une correspondance permanente entre les deux comme s'il existait un effet ricochet entre les deux univers. Un mot renvoie à une chose (dit autrement le langage articule les deux espaces en mettant en relation une pensée et un son), un lien de droit à un espace physique, l'esprit au corps etc. Mais la correspondance peut mal fonctionner, ce qui entraîne des idées inadéquates se traduisant par des actions inadéquates dans le monde physique (des accidents). Il faut alors réparer les liens de droit.

La dimension temporelle doit être ajoutée à ce schéma. Michel Serres écrit à propos des jugements judiciaires : « *à chaque sentence s'ouvre un espace et naît un temps* »²²³. L'on oppose traditionnellement l'espace au temps alors qu'ils sont unis, le temps constituant, selon les physiciens, une quatrième dimension de l'espace. Le temps est difficile à appréhender. Il résiste davantage à l'analyse que l'espace. Il semble que là encore il faille prendre en compte un double temps et peut-être une forme d'éternité.

²¹⁷ G. Desmarais et G. Ritchot, La géographie structurale, L'Harmattan, 2000, p. 16 s. ; V. aussi Dictionnaire des sciences humaines, précit., V° espace.

²¹⁸ Nous remercions le géographe François Moriconi-Ebrard pour nous avoir fait connaître la géographie structurale et nous avoir convié à des séminaires sur la question.

²¹⁹ G. Desmarais et G. Ritchot, *ibid.* ; l'ouvrage fondateur est celui d'Anne Lombard-Jourdan, Montjoie et saint Denis. Le centre de la Gaule aux origines de Paris et de Saint-Denis, éd. CNRS 2002 (thèse de 1989).

²²⁰ Essai sur l'homme, éd. De minuit, 1975, p.43.

²²¹ *Ibid.* ; l'auteur qualifie l'homme d'*animal symbolicum*, op. cit., p.45 et note qu'il ne peut penser les relations entre les personnes et les choses qu'avec des symboles, op. cit., p.61.

²²² Bernard Debarbieux, V° Lieu in Le dictionnaire des sciences humaines, dir. S. Mesure et P. Savidan, PUF, 2006.

²²³ Op. cit., p.124.

2.- Le double temps du lien de droit.

55.- Le lien de droit apparaît non seulement comme une distance, mais également comme une durée qui n'est pas purement arithmétique. Les parties ne peuvent se délier aisément. La durée est une contrainte qui s'impose aux parties et donc un élément d'accrochage du lien de droit. Elle traduit la finitude du lien de droit (qui comprend aussi du vide et de l'infini comme nous le verrons). Il est habituel aujourd'hui, sous l'influence de la physique, de parler d'espace-temps. Il est plus difficile d'approfondir cette idée en droit. Il semble que trois conceptions du temps soient à l'œuvre en droit. Elles empruntent selon des proportions différentes à la physique progressivement vulgarisée, à la philosophie, aux religions qu'au sens commun.

56.- La conception arithmétique du temps mesurable n'est plus considérée comme absolue et objective. En physique, le temps mesuré dépend en particulier de sa propre vitesse par rapport à la vitesse de la lumière. Le temps linéaire et arithmétique entre dans le temps juridique : le calendrier comme le changement d'heure constitue des décisions juridiques permettant de fixer des durées et des délais et ainsi d'organiser voire de créer le temps (notre calendrier reste inspiré par le catholicisme). Le caractère inéluctable du temps se traduit notamment par la fin du lien de droit consécutif au décès d'une des parties. Elle permet aussi de prévoir des délais de procédure précis. La conception arithmétique n'épuise pas le temps juridique qui comporte aussi un écart entre les parties dans l'espace symbolique, ce que l'on peut appeler une différence de temps ressenti.

57.- Le temps ressenti n'est plus nécessairement considéré comme plus subjectif que le temps arithmétique. Il relève davantage d'un espace-temps symbolique. Le temps de l'emprunteur n'est pas le temps du prêteur, le temps du suspect celui de la victime etc. Celui qui attend son argent trouve le temps long, à moins que l'écoulement du temps n'augmente ses intérêts. Ce sentiment est objectif en ce qu'il ne dépend pas de la personnalité des parties. Toute la problématique théologique de l'interdiction du prêt à intérêt, encore vivante aujourd'hui en droit musulman notamment, tourne autour de la question du temps. Le théologien la traduit en disant que le temps appartient à Dieu et non pas aux hommes²²⁴. Sous un angle laïc, il est possible de dire que le temps des parties n'est pas identique et que leur écart temporel ne doit pas être trop important. Sinon, une partie risque de devenir dépendante de l'autre en devant lui payer des dommages et intérêts ruineux. Le temps ressenti est à l'œuvre dans le lien de droit et implique une différence entre chacune des parties. Cette différence fait partie de l'écart qui définit le lien de droit. Dans les liens familiaux, le temps de l'enfant peut sembler long et impliquer des périodes d'ennui, quand le temps des parents paraît s'accélérer. Dans les liens du couple, le temps de la femme n'est pas le même que le temps de l'homme. La femme est limitée dans le temps pour procréer et possède, à l'inverse, une plus longue espérance de vie que celle de l'homme. Le temps ressenti serait donc de l'essence du lien de droit quand bien même un lien de droit ne durerait qu'un instant.

58.- Il existe des contrats instantanés qui ne paraissent pas comporter de dimension temporelle. Ils durent cependant un certain temps, qui peut être de quelques secondes (le temps d'acheter une baguette par exemple). Quoiqu'il en soit le lien de droit ne porte pas que sur le temps linéaire, la durée arithmétique, mais sur le temps ressenti. N'est-ce pas curieux que le lien du procès qui peut durer des années se nomme une instance, c'est-à-dire ce qui doit

²²⁴V. aussi G. Bernheim, *Le souci des autres au fondement de la loi juive*, Calmann-Lévy, 2002, p.168 s.

être jugé instamment, le plus vite possible, en un instant ? De même, la phase de l'audience dans un procès est une cristallisation du temps en ce qu'elle est censée se dérouler en un seul trait de temps quand bien même elle aurait lieu sur plusieurs jours. Si une partie meurt pendant cette période, l'instance (en matière civile, la solution est différente en matière pénale) n'est pas arrêtée et le jugement est rendu comme si elle n'était pas encore décédée²²⁵. Il se peut que tous les liens de droit puissent comporter une telle possibilité de cristallisation. Ainsi la célébration du mariage n'est pas que le début du lien conjugal, il peut perdurer comme si le temps ne s'écoulait pas (« j'ai l'impression que c'était hier » peut dire un conjoint après des années de mariage). Ainsi le lien de droit ramène à l'instant de la célébration. L'instance ne dure pas qu'un instant mais ramène à l'instant.

Le lien de droit instantané relève peut-être d'une troisième conception du temps : son inexistence. Soit le lien existe si peu de temps, qu'il paraît ne pas comporter de durée soit le lien est éternel au point que le temps ne paraît pas avoir d'effet. Einstein s'était ainsi consolé de la mort d'un ami en écrivant que pour les physiciens le temps n'existait pas. De même, le temps sacré qui touche à l'éternité s'oppose au temps profane qui est nécessairement relatif selon Mircea Eliade²²⁶. Il existe ainsi des droits imprescriptibles (le droit de propriété), des actions imprescriptibles (en matière de crime contre l'humanité) et des liens de droit perpétuels (le lien de parenté serait le seul exemple). Le temps n'a pas de prise sur ces institutions juridiques soit parce que l'on estime qu'un droit est fondamental, qu'un crime ne peut s'oublier ou qu'un lien survit aux décès de ses membres.

59.- La chanson du ricochet est une ritournelle. Ce terme vient de l'italien ritorno qui veut dire se retourner. Il y a dans la chanson un rapport au temps, une nostalgie, un retour vers l'origine, un bouclage. N'est-ce pas cela aussi le cercle du lien de droit, un bouclage protecteur pour se garantir l'avenir, un bouclage tourné vers le futur contrairement à la chanson? Le lien de droit serait l'anti chanson. La chanson ramènerait vers le lien originaire fusionnel et le lien de droit constituerait un écart d'espace et de temps, portant vers le futur. La chanson est davantage de l'ordre de la fusion que de la séparation.

Une chanson fonctionne au moyen d'une double redondance. Deux phrases, l'une musicale, l'autre parlée, appellent chacune dès ces premiers mots et notes, une suite et une fin : « *c'est donc cette double articulation – redondance à deux niveaux – qui est à l'œuvre dans la chanson. Elle satisfait chez les auditeurs que nous sommes à la fois notre aspiration au retour du même et la nécessité rythmique que nous ressentons physiquement* »²²⁷. Le besoin du rythme est lié à l'écoute par le fœtus des voix de sa mère et de son père sans comprendre le sens des mots, comme un pur rythme ou une mélodie. Ainsi les comptines permettent de faire entrer l'enfant dans la langue²²⁸. Un mode archaïque de résolution des litiges utilisait d'ailleurs la compétition de chant : celui qui chantait le mieux et le plus longtemps gagnait son procès. Si le chant prime sur le langage et correspond au premier lien humain, il est possible de réparer un nœud de liens grâce à la chanson²²⁹. La chanson tend ainsi à l'immortalité et à l'infini comme le caillou ricochant sur l'eau.

²²⁵ Art. 371 du Code de Procédure civile.

²²⁶ Le sacré et le profane, Folio essais, Gallimard (1957), 1965, p.63 s.

²²⁷ Philippe Grinbert, Psychanalyse de la chanson, Pluriel, Hachette, p. 113, 1996.

²²⁸ Sur la relation entre la politique et la musique, à propos en particulier de l'harmonie v. J. Bodin,, Les six livres de la république, (1576) rééd Fayard, 1986, T.4, p.84.

²²⁹ N. Rouland, op. cit., p.89.

Le lien de droit est, de la même manière, un espace-temps dans lequel il existe des ricochets d'ondes formées ou transportées par des mots et des images. Le temps ressenti dans un lien de droit n'est rien d'autre que la perception différente selon les parties du déroulement du lien. Cet espace-temps n'est pas exclusif, on l'a vu, d'une absence de temps, comme s'il existait dans le double espace-temps abstrait un vide ou un trou. Il s'agit peut-être du passage entre les deux mondes physiques et symboliques.

3.- Un vide faisant communiquer les mondes.

60.- Un peintre contemporain, Fabienne Verdier, influencée par l'art et la pensée chinoise, met en relation le vide et le ricochet : « *La pensée ricoche avec le vide, elle nous apprend à sonder les profondeurs du néant et, de l'obscur, peut jaillir la lumière* »²³⁰. Il apparaît de même que le lien de droit suppose un vide ou une zone obscure dans lequel les paroles et les actions peuvent ricocher. Il s'agit de la question la plus délicate de cette étude et nous procéderons plutôt par hypothèse que par affirmation.

L'espace-temps du lien de droit est symbolique ; il est constitué par le langage. Puisque l'homme est un animal parlant et relationnel, le langage crée ses liens. Ainsi, la psychosociologue Jacqueline Barus-Michel peut écrire: « *la substance du lien c'est le langage* »²³¹. Cela devrait la conduire à dire que le lien de droit comme lien de parole est premier. Pourtant, selon elle, ce sont les liens affectifs, les liens d'amour qui priment²³². L'amour est premier et le lien symbolique vient à son aide quand c'est nécessaire. L'auteur exprime des doutes en notant que l'amour est incertain et ambivalent ; il comporte une face de haine. Il faut dès lors le contraindre par le politique. Mais elle ne paraît pas dire ni voir que le lien de droit ne vient pas à la rescousse d'un lien social fragile, mais qu'il crée, par les paroles, le lien qui n'existe pas sans cela.

Or, le langage crée une séparation entre les sons et la pensée, entre les signifiants et les signifiés²³³. Ainsi, pour Bernard Gross, le langage « *nous place dans une déchirure fondamentale qui traverse le monde et l'homme* »²³⁴. Le langage paraît donc créer un vide entre les mots et les choses. Cette séparation peut être constatée sous un angle tragique et conduire à conclure qu'il existe nécessairement des malentendus entre les hommes. Entre ce que l'on a voulu et ce que l'on a exprimé, il existe nécessairement une faille. L'interprétation peut la combler, mais elle peut être, elle-même, sans fin. Cette séparation peut aussi être vue comme ce qui permet d'éviter les rapports violents ou fusionnels et de se constituer comme personne.

Valère Novarina l'exprime de manière poétique : « *la parole est apparue un jour comme un trou dans le monde fait par la bouche humaine – et la pensée d'abord comme un creux,*

²³⁰ Fabienne Verdier (citant et traduisant, son maître, Huang Yuan), *La passagère du silence*, Albin Michel, 2003, p.119.

²³¹ Op. cit., p.88.

²³² L'auteur écrit « *à moins que la société ne prétende les instituer (par exemple par le mariage)* » et aussi : « *le lien filial réel ou fraternel, symbolique ou simulé, vient à la rescousse d'un lien social fragile et d'une autre espèce* ».

²³³ F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1995, p. 97 : le rapport entre signifié et signifiant est arbitraire contrairement au rapport entre le symbole et son sens : « *le symbole a pour caractéristique de n'être jamais tout à fait arbitraire ; il n'est pas vide, il y a un rudiment de lien naturel entre le signifiant et le signifié* » (p. 101) a contrario lorsqu'il ne s'agit pas de symbole il n'y a pas de lien naturel et il y a, par conséquent, un vide.

²³⁴ Op. cit., p.14.

comme un coup de vide porté dans la matière. Notre parole est un trou dans le monde et notre bouche comme un appel d'air qui creuse un vide »²³⁵. Ce vide prend sans doute des noms différents selon les civilisations et est le plus souvent le domaine des religions qui englobent le droit.

Le langage n'est pas qu'une technique de communication ; il ne vaut pas seulement par ce qu'il transmet mais aussi par le vide ou l'infini qu'il crée²³⁶. Ce vide est au cœur de l'espace du dialogue que ce soit dans la famille, les liens contractuels, un procès ou la vie politique. Il est nécessaire d'habiter ce vide en construisant des liens de droit. Le lien est préalable au langage et en même temps suppose le langage. Si l'homme est un être relationnel et parlant, alors le vide intérieur et le vide entre soi et les autres communiquent. Il s'agit du même vide ou infini. Pour Bernard Gross, le langage « *est une ouverture sur l'infini* »²³⁷. On se découvre en parlant avec l'autre. Le lien de droit est la possibilité de stabiliser ce vide et de maintenir durablement un dialogue²³⁸. Le lien de droit sert ainsi à vivre avec le vide créé par le langage. Le lien doit être mis en parole et accepté comme comportant un vide pour échapper à la violence entre homme et femme, entre homme et enfant etc.

61.- L'idée d'un vide se situant au cœur des liens de droit n'est peut-être pas éloignée de la notion de non droit développée par Jean Carbonnier²³⁹. Il donnait comme exemple la règle selon laquelle les huissiers ne peuvent intervenir dans un logement entre 21 h et 6 heures du matin. La nuit serait ainsi une zone de non droit. On peut aussi y voir une zone de droit renforcé puisqu'il existe un interdit supplémentaire empêchant l'huissier d'intervenir²⁴⁰. L'auteur reconnaît lui-même que le non droit est avant tout un relâchement du droit non une absence de droit²⁴¹. Cependant, ici il n'est pas question d'un vide de droit mais d'un vide dans le lien de droit et fait par le droit. Nous sommes plus proches sur ce point de Michel Serres qui écrit « *le droit entoure et organise des espaces de non-droit* »²⁴². Ainsi l'interdit de l'inceste ne met pas seulement les parents à distance des enfants comme d'autres règles du droit de la famille (devoir d'entretien et d'obéissance) ; il crée un tabou, un endroit où il ne faut absolument pas aller. L'interdit de l'inceste crée ainsi un vide dans l'espace des liens familiaux. De même, une enquête policière ou judiciaire suppose souvent un inconnu à découvrir. On connaît la plainte contre X. On peut aussi songer à l'accouchement sous X.

²³⁵ Devant la parole, POL, Op. cit., 1999, p. 17.

²³⁶ Sur les notions de vide et d'infini V. G Bruno, Des liens, [1589-1591], éd. Allia, 2001 (pour résumer : le monde cessant d'être clos et devenant infini à la Renaissance, il n'y a plus que les liens pour tenir les hommes au milieu du rien) ; avant lui, on peut citer Crescas qui affirme l'existence d'un vacuum infini (V. P. Tobias et M. Ifergan, Crescas, Cerf, Histoires Judaïsmes, 1995, p.159) et qui influencera la conception de l'infini de Spinoza (P. Tobias et M. Ifergan, op. cit., p. 157 et Spinoza, Scolie de la proposition XV Ethique 1, précit.). V. aussi C. Godin, dictionnaire de philosophie, p. 1405 distinguant 4 sens du mot vide (physique et spatial, temporel, vacant au sens figuré et psychologique), Fayard, 2004.

²³⁷ Op. cit., p.15.

²³⁸ Adde : Pierre Legendre écrit, dans un sens voisin, que l'homme est « *l'animal parlant ... un être divisé par le langage, un être séparé de soi et du monde et cependant unifié, par les liens du langage, qui sont aussi constitutifs de ce que nous appelons société, culture, civilisation* », op. cit., p.70.

²³⁹ Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.25 et s., il emploie les termes de vide, de néant et se réfère au tao (p.40). V. notamment les commentaires d'A.J. Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} éd. 1993 : « *le non droit est un concept utile surtout pour désigner une atteinte spécifique à la structure du droit* » ; A. Sériaux, Question controversée : la théorie du non droit, Droit prospectif, 1995, 1 et F. Saverio Nisio, Jean Carbonnier regards sur le droit et le non droit, (Torino 2002) Dalloz, 2005, spéc. p.51 s.

²⁴⁰ Remarque que je dois à Mme Labrusse-Riou.

²⁴¹ Op. cit., p.26.

²⁴² Op. cit., p.166.

L'hypothèse du vide dans le droit est cependant souvent proche de l'hypothèse du non droit au sens d'un vide de droit. Ainsi l'interdit d'expulser pendant la nuit crée un vide entre les créanciers, l'huissier et le débiteur. Il existe un lieu et un temps qui doivent être préservés pour maintenir la juste distance entre les parties.

On peut être plus précis : le vide entre le langage et les choses est un lieu de passage obligé entre deux mondes qui ne peuvent aller l'un sans l'autre. L'espace des mots et l'espace des choses ne peuvent se confondre.

Le vide du lien de droit est peut-être aujourd'hui béant. Les religions et les hiérarchies sociales n'apportent plus les certitudes qui le faisaient échapper au regard. On essaie de bien des manières - violence, racisme, consommation excessive d'images, de sons et de biens etc. - de combler ce vide. Il se peut que la plus pernicieuse soit la violence faite au langage lui-même notamment par le mensonge, les promesses non tenues et la médisance. Le rien dont il est ici question n'est pas le vide autour duquel se constitue la relation, c'est au contraire l'absence de relation. Selon Giorgio Agamben : « *dans la société du spectacle le langage se constitue en une sphère autonome, mais il ne peut plus rien révéler – ou, mieux il révèle le rien de toute chose* »²⁴³. En disant que le langage devient une sphère autonome, l'auteur signale qu'il n'y a plus de point de passage entre le monde physique et le monde du langage²⁴⁴. Comme si le monde des choses et le monde des mots s'étaient séparés, alors qu'ils doivent être étroitement unis. Ceci dit, cet auteur ne présente pas le lien humain comme un lien de droit. Quand les mots servent à esquiver le conflit - ainsi, lorsque l'on parle d'exclus et non de couches sociales défavorisées²⁴⁵ ; d'autonomie d'une partie tout en le contrôlant davantage²⁴⁶ - alors ils évitent le vide de la relation. Lorsque les mots d'espace social ou de lien social sont employés, comme s'il n'existait pas avant tout des liens de paroles donc des liens de droit, le vide du langage est nié.

Le vide se trouvant au cœur de l'espace du lien de droit ne peut être pensé. Il s'agit justement d'un arrêt du temps, de l'espace et de la pensée. C'est un trou dans la pensée. On ne peut penser le vide pas plus que l'on ne peut penser l'infini, le vide étant d'ailleurs une sorte d'infini. Un des mots indien pour exprimer le zéro veut aussi dire infini²⁴⁷. On peut en revanche sentir sa présence en soi et dans ses relations. Dans le lien d'amitié, il s'agit de l'étrangeté de l'autre. Dans le lien psychanalytique, Lacan parlait de béance car le psychanalyste est un sujet supposé, par l'analysant, savoir ce que ce dernier recherche²⁴⁸. Le

²⁴³ Moyens sans fin, Rivages poche, Payot, 2002, p. 95.

²⁴⁴ Pour Bernard Gross, le langage « *sert de moyen de communication créateur d'unité et instrument de liaison mais peut également être détourné, se refermer sur lui-même et engendrer la séparation et la dissension ... l'homme est un être de relation, il n'est dans sa plénitude que dans et par la relation. Celle-ci exige, pour affirmer le caractère associatif de la communication, le maintien de la différence, afin de faire apparaître l'indigence de chaque être qui le porte à la rencontre de l'autre ... lorsqu'elle comble cette attente, la parole est authentiquement elle-même : elle rassemble et relie ce qui est disjoint en une essentielle proximité ... en ne respectant pas l'altérité d'autrui, le calomniateur supprime l'espace commun qui, seul, permettrait l'accroissement de sa propre personne en même temps que celle de son prochain* », op. cit., p.83 s.

²⁴⁵ E. Hazan, LQR, précit

²⁴⁶ En même temps que l'on prône l'autonomie des personnes aidées, l'intervention des personnes publiques est renforcée (I. Astier, Les nouvelles règles du social, PUF, Le lien social, 2007). De même, l'autonomie des universités est un affichage qui cache une mise sous tutelle étroite notamment par les exigences des contrats quadriennaux et des réhabilitations.

²⁴⁷ Ananta, in G. Ifrah, Histoire universelle des chiffres, Bouquins Robert Laffont, t.2, p.197 ; on songe au roman d'A. Koestler, Le zéro et l'infini, Calmann Lévy, 1945.

²⁴⁸ V. J.P. Lebrun, la perversion ordinaire, précit. p.60 s.

psychanalyste Jean-Paul Hiltenbrandt généralise ce vide²⁴⁹: « *béance, disjonction, division, trou, vide, incomplétude, impossible, tels sont les termes que nous avons rencontrés tout au long de notre parcours à l'examen des divers aspects du lien social* ». Nous parlerions plutôt de lien de droit. Mais ce vide n'est pas selon lui structurellement négatif : « *cet échec qui est de structure et non pas lié à quelque maladresse ou incapacité constitue la cause de la poussée civilisatrice* »²⁵⁰. Le drame est, en réalité, selon lui, que l'on tente de « *suturer* »²⁵¹ ce vide (ce « *réel* ») par des objets techniques de consommation.

Ce vide est positif en ce sens qu'il joue un rôle régénérateur. Ainsi, lorsque l'on « fait le vide » en soi, on se régénère²⁵². On crée une discontinuité dans la pensée. Le lien de droit comporte donc un vide au sein d'une juste distance entre deux personnes qui arrête et stabilise les forces en présence. Le psychanalyste, Jean-Pierre Lebrun, considère qu'il existe toujours un « *impossible à dire* »²⁵³ car le sujet est « *divisé ... divisé entre les mots et les choses, entre corps et langage, entre savoir et vérité, sujet toujours dans l'incertitude quant à son être* »²⁵⁴. Ce vide peut devenir négatif (un néant ou une inconsistance) ou positif. Ainsi dans le couple, il s'agit, selon Schmuël Trigano, de « *savoir si dans le vide qui sépare les deux partenaires - et qui est la condition de leur individuation comme homme et femme - pourra naître un être nouveau ? Le vide créé par le rapprochement des deux amants risque-t-il de se creuser comme un néant qu'ils ne pourront jamais combler et où ils pourraient disparaître ?* »²⁵⁵. Le droit peut générer le mal lorsqu'il est insuffisamment élaboré. Le mal est sans doute du côté de la loi et du jugement lorsqu'ils ne parviennent pas à cantonner et respecter le vide nécessaire aux liens humains²⁵⁶.

Des géographes contemporains prennent en considération un vide qu'il nomme vacuum pour comprendre comment l'espace se construit. Paris a ainsi été constitué, comme on la vu, à partir d'un vide de vie humaine situé dans la plaine du Lendit à Saint-Denis. Il est intéressant de constater que le stade de France figurant un espace creux a été construit à peu près à cet endroit²⁵⁷. La ville de Tokyo est également construite autour d'un espace vide et interdit où se trouve la demeure de l'empereur²⁵⁸. Le saint des saints dans la Bible constitue de même un vide où seul le grand prêtre pouvait, une fois par an, se rendre pour prononcer le nom, sinon imprononçable, de Dieu²⁵⁹. Le vacuum implique un interdit d'installation humaine et une référence à un tiers (l'empereur ou Dieu). Le vide apparaît alors clairement comme le point de

²⁴⁹ in *Insatisfaction dans le lien social*, Erès, 2005, p. 259.

²⁵⁰ Il traite de la même manière de « *cet impossible constitutif du lien* », op. cit., p. 260.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² V. notamment la peintre Fabienne Verdier, *Entre ciel et terre*, Albin Michel 2008.

²⁵³ Op. cit., p 215.

²⁵⁴ Op. cit., 211.

²⁵⁵ L'intention d'amour, éd. de l'éclat, 2007, p.19.

²⁵⁶ D'où la réplique d'un personnage du film « *Ma saison préférée* » d'André Téchiné : « *le droit c'est la mort* » (nous citons de mémoire), c'est ce qui sépare, assèche et détruit s'il ne parvient pas à créer des conditions de vie et de vide du lien de droit. C'est peut-être en ce sens que le droit pour la psychanalyse et Freud renvoie à l'instance du surmoi qui peut avoir un effet dévastateur sur l'individu.

²⁵⁷ B. De Dominicis, *De l'herméneutique juive à la morphodynamique urbaine au regard de l'anthropologie du dogme : une contribution aux sciences de la forme*, Cahiers de Géographie du Québec, vol. 45, n°124, avril 2001, p.21.

²⁵⁸ M Maffesoli, *La part du diable*, précit., p.230 citant R Barthes.

²⁵⁹ David Banon, préface à « *La tour et le tabernacle* », par D. Banon et D. Derhy, Bayard, 2008, p.15 « *ce « lieu » dont la structure singulière est la mise en valeur du vide, organise les intervalles ménagés pour mieux recevoir la parole – non pour la capter comme dans la tour de Babel – mais pour la faire circuler, pour l'orienter et la vouer à l'autre, au démuné, au laisser pour compte. Et au-delà pour susciter l'établissement d'une société de justice ou à tout le moins d'un état de droit* ».

passage entre l'espace physique et l'espace symbolique. On comprend, dès lors, que ce vide soit nécessaire à une certaine régénération des énergies.

62.- Le vide au sein des liens de droit est nécessaire dans la mesure où les droits et les pouvoirs y prennent leur source, de même que la musique naît en quelque sorte du silence. Le vide engendre l'énergie. Cela ne signifie pas que le vide crée l'énergie – cette question de l'origine de l'énergie paraît devoir rester sans réponse – mais qu'il permet sa circulation entre le monde des choses et le monde des mots voire sa régénération. François Cheng l'exprime nettement à propos de la tradition picturale chinoise : *« devant de tels tableaux, même un spectateur innocent sent confusément que le Vide n'est pas une présence inerte et qu'il est parcouru par des souffles reliant le monde visible à un monde invisible »*²⁶⁰. Le monde visible est peut-être le monde physique et le monde invisible, le monde des mots.

Le vide en physique aussi bien que dans les arts du combat (escrime ou arts martiaux) ainsi que le silence dans la musique ou dans un discours prépare et permet le surgissement d'une force. Ce vide créé par le lien de droit permet de canaliser les désirs et d'en faire des droits, des devoirs et des pouvoirs²⁶¹. Ainsi, le lien de droit fait circuler les désirs entre deux personnes en les canalisant. Certes, ce vide a toujours existé, mais il était abordé par des mythes et des rites qui permettaient de l'appivoiser, ainsi que par une hiérarchie sociale stable qui permettait de connaître sa place avec certitude. Les approches employées pour appivoiser aujourd'hui ce vide sont plutôt des manières de le combler. On consomme des produits et des images qui comblerent et détournent du vide.

On peut discuter de l'identité du vide intérieur et du vide entre personnes. Puisque l'individu se définit par ses relations et donc ses liens de droit, son intérieur, son identité est le résultat de tous ses liens de droit. A vrai dire, l'individu a aussi un lien avec lui-même – ce que l'on nomme une vie intérieure - qui échappe aux liens de droit. Catherine Chalièr parle d'un point intérieur où *« l'invisible affleure au visible »*. L'articulation entre ce lien avec soi-même qui implique une éthique²⁶² et les liens juridiques avec les autres mériterait encore d'être approfondie. La possibilité de ne pas révéler ses sentiments et ses pensées qui est offerte par les avantages et les inconvénients du langage crée un début d'autonomie dans les liens de droit et donc une vie intérieure. On pourrait penser que du point de vue de la vie intérieure, le droit n'est qu'une pure forme superficielle. Cependant la connaissance de nos liens de droit, nous permet de saisir à quel point nous sommes dépendants et construits par les autres. Dans ces conditions, une partie de ce que l'on nomme parfois le travail sur soi ne viserait pas à se défaire de ses liens – sauf ceux qui emprisonnent – mais à les connaître pour trouver la juste distance²⁶³.

²⁶⁰ Vide et plein, Essais, Seuil, 1991, p.47 ; V. aussi H. Maldiney, Art et existence, Klincksieck, 2003 « l'art et le rien », p.171 s. : *« le vide est le lieu sans lieu dont la forme qu'il suscite fait un lieu d'être. La forme n'est pas la trace. Elle n'existe, au contraire, qu'à travers ses ruptures »*, p.178.

²⁶¹ P. Legendre, Les enfants du texte, précit., p.29 *« un lieu qui s'interpose entre l'homme et l'abîme indicible, lieu qui encercler et limite l'irreprésentable en lui donnant consistance de représentation ; en d'autres termes, le lieu de l'origine d'avant l'origine est une métaphore de l'irreprésentable – un vide symbolisé »*.

²⁶² V. Le beau livre de M. Terestchenko, Un si fragile vernis d'humanité, banalité du mal, banalité du bien, La découverte, Mauss, 2005 qui n'oppose plus l'égoïsme à l'altruisme mais la personne unifiée en elle-même qui ne peut que répondre à un appel à l'aide et la personne qui est absente à elle-même qui peut être conduite banalement à commettre des actes barbares.

²⁶³ La fameuse exhortation de Jésus à quitter sa famille pourrait peut-être être interprétée comme une incitation à créer une juste distance avec ses proches.

Le vide dans les liens de droit traduit une impossibilité de connaître les différences de l'autre partie. C'est un point de totale étrangeté. Des différences peuvent être connues et acceptées, elles constituent alors l'écart entre deux personnes. Il existe aussi un vide qui correspond à ce que l'on ne peut connaître de son partenaire. La nécessité de cette trouée dans l'espace-temps paraît tenir au fait qu'elle permet le surgissement de nouvelles possibilités. Il existe ainsi un vide nécessaire en l'homme et entre hommes²⁶⁴. Du vide dans un lien de droit peut surgir un litige qui est précisément une situation insaisissable, mais aussi la possibilité d'en sortir qui est une des définitions de l'action en justice. Le procès permet une réversibilité du temps dans la mesure où le jugement peut permettre aux parties de prendre un nouveau départ.

Cette réversibilité peut d'ailleurs survenir à cause d'un point de procédure ou d'un point de détails²⁶⁵ qui est peut-être une expression du vide dans un lien de droit. Il faudrait d'ailleurs distinguer le vide du point. Les deux sont très voisins en ce qu'ils manifestent l'existence d'un incréé ou d'un inaccompli. L'idée de point renvoie à la réduction de l'univers à l'infiniment petit, ce qui conduit vers le rien. Une affaire judiciaire longue et complexe peut ainsi basculer à cause d'un point de détail qui ne sera aperçu que par une nouvelle personne découvrant le dossier pour la première fois. Il peut s'agir d'un fait adventice²⁶⁶, c'est-à-dire d'un fait présent dans le dossier qui n'a pas été spécialement invoqué par les parties et dont le juge peut s'emparer. C'est, de même, le détail dans un rêve qui constitue, en réalité, le centre du rêve. Il est à noter que de nombreuses œuvres d'art ne peuvent se comprendre qu'à partir d'un point particulier qui donne sens au reste.

Dans le film, « *le train sifflera trois fois* »²⁶⁷, le point qui fait basculer le film et crée en quelque sorte l'histoire intervient au moment où le shérif remet mécaniquement son étoile après son mariage²⁶⁸, ce qui traduit l'incompatibilité entre ses deux liens de droit : son lien conjugal et son engagement en tant que policier²⁶⁹.

Dans le tableau d'Holbein intitulé « Les ambassadeurs », ce n'est qu'à partir d'un certain point dans l'espace situé devant le tableau que le spectateur peut s'apercevoir qu'une sorte de tâche blanche représente en réalité une tête de mort²⁷⁰. Il s'agit d'une anamorphose qui en rompant avec ce qui est visible directement constitue une parole cachée : derrière la jeunesse et la richesse des deux ambassadeurs se tient un discours sur la vanité. On peut aussi dire qu'entre les deux ambassadeurs qui étaient liés par un lien professionnel, national et d'amitié, se tient un vide exprimé par une ellipse blanche ou par la représentation de la mort. Le vrai titre du tableau est « Jean de Dinteville et Georges de Selve ». Il s'agit d'un double portrait mais aussi de la représentation d'un lien entre ces deux hommes. Dans l'espace qui les sépare se trouvent des objets symbolisant toute la culture scientifique et musicale de leur temps,

²⁶⁴ François Cheng l'exprime d'une manière similaire à propos du vide : « *c'est lui, en effet, qui, en introduisant dans un système donné discontinuité et réversibilité, permet aux unités composantes du système de dépasser l'opposition rigide et le développement en sens unique* », op. cit., p.46.

²⁶⁵ Ce que l'on appellerait en anglais une technicality.

²⁶⁶ Article 7 du Code de procédure civile.

²⁶⁷ Il est intéressant de constater que le titre original du film high noon qui veut dire en plein midi veut dire au sens figuré le point critique ou l'heure de vérité.

²⁶⁸ Selon l'universitaire et artiste Eliane Chiron, il est certain qu'il s'agit du punctum et il ne peut d'ailleurs exister deux puncti dans une même œuvre.

²⁶⁹ Film de Fred Zinemann de 1952, il s'agit d'un américain d'origine autrichienne qui a fait des études de droit et dont le film peut être vu comme une allégorie du maccarthisme dans la mesure où aucun habitant de la ville n'accepte de l'aider à affronter un chef de bande qui doit arriver par le train de midi.

²⁷⁰ Eliane Chiron aime employer le terme de punctum pour nommer ce point particulier v. aussi D. Arasse, *Histoires de peintures*, Denoël, 2004, spéc. p. 177 avec d'autres exemples de détails qui sont à l'intersection du voilé et du dévoilé ; l'auteur passe d'ailleurs de chapitres sur le détail à des chapitres sur le rien.

tandis que le sol montre le macrocosme. L'ellipse blanche parfois qualifiée d'os de seiche traduit le vide situé au sein de l'espace-temps du lien de droit. Il est à noter qu'en allemand Holbein veut dire « os creux ». C'est pourquoi certains commentateurs y ont vu une sorte de signature du maître. J.F. Lyotard souligne ainsi que l'on passe de l'image à une parole supposant une absence : « *l'anamorphose nous dit que lire exige qu'on meure à la représentation, au fantasme de la présence. L'espèce de soucoupe volante à la fois fulgurante et immobile qui hésite à se poser sur les dalles et qui projette son ombre sans égard pour l'unité d'éclairage de la scène, c'est l'écriture divine, autre espace, autre temps, autre lumière. Notre rotation [du regard] convertit le support : par elle le monde devient livre ; notre vue devient écoute de la parole* »²⁷¹. Cet os creux ne marque pas seulement l'existence d'une zone indéfinissable entre les deux hommes (l'un détient le pouvoir laïc, l'autre le pouvoir religieux), il traduit l'existence d'un vide entre les deux hommes et le tiers qui les regarde, qu'il s'agisse du peintre ou du spectateur. Une crise politique et religieuse majeure se produit en Europe l'année où cette toile est peinte. Le roi Henry VIII divorce et se remarie, ce qui provoque son excommunication par le Pape tandis que le Saint empire germanique de Charles Quint est de plus en plus influencé par la réforme. La France de François 1^{er} tente en envoyant des ambassadeurs à Londres d'éviter la rupture entre l'Angleterre et Rome. Les liens conjugaux d'un roi, les liens entre les pays et les liens religieux sont ici mêlés. A travers un seul lien de droit, celui des deux ambassadeurs, c'est toute l'architecture des liens de droit de l'époque qui apparaît.

Le lien de parole n'est pas une forme ou une image mais il peut être représenté par un espace comportant une ellipse unissant les parties qui peut-être horizontal dans le lien de couple ou le lien contractuel, vertical dans le lien de filiation, oblique dans certains liens de parenté voir dans l'action dite oblique²⁷² (comme elle l'est dans le tableau d'Holbein) et à la fois horizontal et vertical dans le lien de nationalité²⁷³. Il échappe à la vue quoique l'on puisse le représenter et il suppose un manque ou un vide.

Le lien de parole peut prendre la forme d'une série d'actes juridiques écrits ou verbaux et de faits juridiques (accidents, contrats, paiements, actes de procédure, jugements etc.) mais il reste lui-même un espace symbolique ayant un effet sur l'espace réel (le couple marié a un devoir de cohabitation, donc de vivre dans un même lieu ou tout au moins de se rencontrer très régulièrement). Il est intéressant de constater que le procès « transforme » le lien par une série d'actes formalistes (avec des mentions obligatoires etc.) et non par un coup de force. Un litige suppose une opposition des forces en présence dont on peut sortir par un travail sur la forme. La forme a sa propre dynamique et devient un processus de transformation en droit processuel aussi bien que dans des domaines aussi éloignés que les formes géologiques²⁷⁴. Le déplacement de l'ellipse dans le temps peut être représentée selon une forme de spirale comme nous le développerons plus loin car les positions peuvent s'inverser : l'enfant s'occupant de ses parents devenus âgés ; le demandeur en première instance devenant intimé en appel. Un lien peut aussi prendre le relais d'un autre lien dans des mariages successifs ou des chaînes de contrats (par exemple les ventes successives d'un même bien, voir aussi dans le dernier chapitre les ventes successives du Joseph biblique).

²⁷¹ Discours, figure, Klincksiek, 2002, p.377 ; l'auteur emploie également l'expression de déliaison d'énergie pour les images qui se forment en rêve, p.274.

²⁷² Un créancier engage une action à la place de son débiteur défaillant contre le débiteur du débiteur (art. 1166 du Code civil).

²⁷³ Car le lien de nationalité unit à la fois le citoyen à l'Etat qu'aux autres citoyens.

²⁷⁴ G. Desmarais et G. Ritchot, La géographie structurale, précit., p.32 s. ; on pourrait aussi songer au Tai Chi Chuan, une gymnastique chinoise qui s'appuie sur un enchaînement souvent appelé « la forme » et qui se déroule selon des spirales en évitant l'utilisation de la force.

63.- Les notions de désir, d'énergie et de force auxquelles il est ici fait allusion relèvent d'autres disciplines que le droit et leurs définitions peuvent varier selon les auteurs ou rester vagues. Selon une conception spinoziste, le désir est de l'essence de la personne²⁷⁵ et il se traduit, dans l'espace symbolique, par une puissance d'être que Spinoza nomme des droits²⁷⁶. L'homme est par essence sociable. Par conséquent, les désirs de chacun se rencontrent dans des alliances qui constituent une société. Le désir est, en somme, au fondement des liens de droit et se régénère ou se renforce en passant par le vide de ces liens. Ce vide ou cet infini permet un passage entre le plan symbolique et le plan réel, entre l'espace abstrait des consciences et l'espace physique des corps et des objets. Le terme d'énergie est passablement ambigu car il renvoie à la fois à la notion concrète de combustible et à une notion plus insaisissable et ésotérique de force intérieure. Il est employé ici dans le sens étymologique de force en travail qui peut être bioélectrique²⁷⁷, économique, politique ou culturelle. Le lien de droit serait ainsi l'équivalent d'un transformateur d'électricité entre les parties. Pour illustrer ce point un exemple peut être tiré du droit processuel. Une discussion concerne l'interprétation des deux premiers articles du Code de procédure civile. Il est dit que les parties conduisent l'instance quand le juge veille au bon déroulement de l'instance. Historiquement le procès civil était la chose des parties et le juge ne jouait qu'un rôle neutre et passif. C'est ce qui explique ces premières dispositions du code. Les parties sont censées s'occuper de leurs différends et le tiers, en l'occurrence le juge, ne doit pas s'immiscer dans leurs affaires. Mais l'organisation de la procédure civile a suivi les transformations de l'Etat. Le juge est devenu davantage interventionniste pour, a-t-on dit, accélérer le règlement des litiges, moraliser les pratiques et désencombrer les tribunaux. L'équilibre des rôles issu des réformes successives de la procédure civile fait apparaître que les parties ne sont plus maîtresses de leur procès. Cela signifie-t-il que ces articles du Code de procédure civile ne sont plus respectés ? Une nouvelle interprétation de l'expression « les parties conduisent l'instance » est envisageable. On peut considérer que les parties conduisent l'instance comme l'on dit que l'eau est conductrice de l'électricité. Les parties doivent faire circuler les paroles qui permettront de reconstruire les liens de droit en litige²⁷⁸. Le juge, quant à lui, veille au bon déroulement dans le sens étymologique de veiller qui est de maintenir en vie, de s'assurer que l'énergie continue de circuler. A ce titre, il peut davantage intervenir que ne le faisait le juge traditionnel. On peut comparer le juge neutre à l'arbitre anglais dans le jeu de football qui laisse faire les joueurs et le juge interventionniste à l'arbitre continental qui siffle souvent le moindre contact.

En somme, le lien de droit constitue un espace-temps symbolique pouvant s'appliquer à l'espace temps matériel en impliquant par exemple un lieu concret et des choses. Il existe une séparation stricte entre ces deux espaces qui tiennent notamment à l'impossibilité de traduire exactement les choses en mot. Il n'y a pas de continuum entre les deux espaces. Cette séparation stricte est un vide, une fracture, qui peut être tout aussi bien négative, si la peur du vide fait tomber dans l'illusion, que positive si ce vide est accepté et conduit à des pensées adéquates permettant le plus possible de rapprocher les mots et les choses. On peut donc distinguer un vide inconsistant et un vide résonnant²⁷⁹. Ce vide est en effet un lieu de passage.

²⁷⁵ Ethique III, proposition VII et s. V. R. Misrahi, 100 mots sur l'éthique de Spinoza, Les empêcheurs de penser en rond, 2005, p.124 s.

²⁷⁶ Traité politique, précit. P.122.

²⁷⁷ L'énergie du corps.

²⁷⁸ V. notre contribution « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975, p.109 in de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, dir. L. Cadet et G. Canivet, 2006.

²⁷⁹ C. Challier dans son livre « L'alliance avec la nature » (Cerf 1989, p. 110) cite un conte (tiré de Buber, les contes de rabbi Nahman, Stock, p.121) « une autre fois j'arrivai au haut d'une crête escarpée en un endroit où

Pour tendre vers l'équilibre des forces entre les parties, un jeu de miroir est nécessaire, autrement dit au bord de ce vide se tient un élément séparateur.

4.- Le jeu de miroir.

64.- La surface de l'eau est nécessaire pour faire ricocher une pierre. Les forces en présence ne s'équilibrent pour permettre un long lancer que si l'eau, force d'inertie, laisse filer la roche plate. Dans un lien de droit, une surface réfléchissante est également nécessaire. Le problème peut être présenté au moyen d'une petite histoire²⁸⁰ : si deux ramoneurs, l'un sale, l'autre propre, se regardent après avoir travaillé, celui qui décide d'aller se laver est celui qui est propre. En voyant son collègue sale, il s'est cru lui-même sale alors que celui qui est sale s'est cru propre en voyant son collègue propre. S'il existe un miroir le problème est réglé. Dans un espace symbolique, le rôle du miroir est joué par un tiers qui peut dire lequel des deux doit se laver²⁸¹. De la même manière, un lien de droit ne permet à chaque partie de connaître ses différences et de déterminer sa singularité que s'il existe un tiers pour créer une séparation. Sinon l'on se croit identique à l'autre partie. Ainsi on dit habituellement que le père contribue à séparer l'enfant de sa mère en indiquant au premier qu'il ne se confond pas avec le corps de sa mère. De même, la mère contribue à séparer le fils de son père en aidant le premier à découvrir sa singularité. Marie Balmay écrit en ce sens à propos du procès de Salomon *« seul l'être qui aime selon le trois, qui admet le tiers séparant, le passage du couteau, seul celui-là se situe en véritable être parlant ; ne revendiquant pas – ou plus – l'être de l'autre comme sien, il ne parle plus qu'en son nom propre, il vaut donc pour la parole – et pour sa transmission. Ce qui va par trois admet véritablement l'autre : à deux on peut ignorer qu'on est confondu en un par un invisible lien non tranché. Mais à trois ce n'est plus possible ; cela ferait deux possessions. Or on ne peut être possédé qu'une seule fois, par un seul être »*²⁸².

Le tiers renvoie l'image de différences mais aussi de points communs entre les parties. Il se peut qu'il indique aux parties l'existence d'une faille entre elles susceptible d'expliquer leur litige. Il met en évidence leurs deux points de vue contradictoires et irréconciliables. Ainsi, le juge comme les autres tiers (le notaire, l'Etat etc.) stabilise les forces opposées des parties par un langage commun, une culture, une monnaie des règles communes. Il impose aux parties de mettre des formes pour transformer un conflit en une nouvelle socialité et donc en un nouveau lien de droit. Nous reviendrons sur la notion de culture dans le dernier chapitre. Il s'agit d'une notion complexe qui renvoie à l'idée de sociabilité²⁸³. Si l'on admet que le lien social n'a pas

un obscur abîme s'ouvrirait à l'œil. Mais cette obscurité n'était pas vide car il y planait une résonance analogue à celle d'une harpe, elle se mouvait dans l'espace, s'engouffrait vers l'infini, revenait et rappelait le battement d'un cœur à coups redoublés, un grand jeu de corde dans l'obscurité ».

²⁸⁰ Exemple tiré d'une histoire talmudique.

²⁸¹ On pense évidemment au stade du miroir à partir duquel le sujet est constitué selon J. Lacan (in *Ecrits*, Seuil, 1966, p.93) mais il se pourrait bien que ce soit l'inverse et que l'enfant se reconnaisse dans le miroir à partir du moment où il est devenu en lui-même un sujet (A. Manier, *Le jour où l'espace a coupé le temps, La tempérance*, 1995, p.74 *« c'est la fonction du Je qui est génératrice de la dimension spéculaire du miroir. L'humain constitué comme sujet par l'imprégnation fonctionnante du langage a alors une consistance autonome assez marquée pour être, en permanence, unifié et dense, identifiable par lui-même. Le spéculaire c'est ce qui advient « une seconde » après l'accès au fonctionnement du langage »*. Ce point ne paraît guère avoir d'importance mais si le spéculaire n'intervient qu'une seconde après l'accès au Je, cela signifie qu'il ne dépend pas du spéculaire et donc du tiers. Il existerait donc une certaine autonomie vis-à-vis du tiers qui est notamment, dans notre société, l'Etat.

²⁸² Le sacrifice interdit, Freud et la bible, Le livre de Poche, essais, Grasset, 1986, p. 114 ; v aussi P. Legendre qui indique *« quand une culture travaille à fabriquer du lien – lien subjectif et lien du sujet avec le monde – quand ainsi elle fabrique de la division, elle mobilise la logique ternaire »* Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident, précit., p. 81.

²⁸³ Encyclopédie Universalis V° culture.

d'autonomie et qu'il s'agit d'un ensemble de liens de droit, on peut voir la culture comme le processus par lequel les liens de droit se forme et se transforme en impliquant des connaissances communes. Il faut cependant souligner que malgré ces constructions juridiques, il existe toujours des crimes²⁸⁴. C'est pourquoi il faut sans cesse approfondir les liens de droit et leur mode de transformation par la justice.

Le tiers peut créer de la distance entre les parties dans l'espace symbolique mais aussi dans l'espace physique (idée de parole performative qui a un effet dans le réel)²⁸⁵. Le tiers tient souvent son pouvoir d'un autre lien dans lequel il est parti. Ainsi l'Etat est tiers dans le lien de filiation, mais partie dans le lien de nationalité avec les mêmes personnes. Le tiers tient parfois son pouvoir des parties elles-mêmes. Ainsi, l'arbitre a le pouvoir de trancher un litige en vertu d'un contrat qui le lie aux parties en litige. Le tiers fonctionne comme un miroir qui réfléchit les forces circulant dans ce lien. Il est donc logique qu'il se tienne au bord du vide qui régénère ces forces²⁸⁶. Il constitue une force stabilisatrice dans la mesure où il parvient à équilibrer en lui-même ces trois différentes forces, combinant ainsi des qualités de vision ou d'intuition (force neutre), d'écoute (force réceptrice) et de décisions (force active).

La nécessité d'un tiers dans un lien de droit ne fait aucun doute. Il se pose en revanche la question de l'existence d'une quatrième force²⁸⁷. Il en existe des indices, mais il n'y a pas de certitudes. Elle paraît largement se confondre avec la troisième force. Elle paraît n'être qu'un quatrième attribut du tiers. A côté de l'intuition, de l'écoute et de la parole performative, le tiers peut exercer une force plus physique ou tout au moins plus concrète. Cette force est symbolisée par la main, la main qui ordonne, frappe ou donne. La troisième force serait représentée par la figure du juge quand la quatrième force correspondrait à celle de la police ou de l'huissier.

On peut donc définir le lien de droit comme un espace/temps symbolique comportant un vide constitué entre deux personnes qui se reconnaissent différentes grâce à la présence d'un tiers. Cette définition inspirée par les concepts d'autres disciplines que le droit conduit à déterminer les conditions juridiques de création des liens.

²⁸⁴ N. Zaltman : « *tout ce système symbolique n'a pas réussi à éviter Auschwitz* » in La résistance de l'humain, PUF, 1999, p.9.

²⁸⁵ Cependant selon André Berten son rôle n'est pas univoque : « *l'idée de tiers implique à la fois interférence ou intervention, et non interférence, non intervention. L'interférence du tiers dans une relation peut la garantir ou la perturber ; elle peut introduire une distance, une objectivité, mais elle peut être vécue comme une ingérence* » in Avons-nous encore besoin d'un tiers ? dir. JP Lebrun et E Volckrick, Erès, 2005, p.41.

²⁸⁶ Le tiers serait le garant de l'identité des parties V. en ce sens A Supiot, l'homo juridicus, Seuil, 2005, p.67.

²⁸⁷ Il y aurait un parallèle à faire avec la quadripartition de l'espace que l'on observe dans de nombreuses villes en relation avec les quatre points cardinaux. Ainsi la ville de Paris s'est constituée en distinguant le pouvoir intellectuel au sud, le pouvoir spirituel à l'Est (de l'île de la cité), le pouvoir économique des marchands au nord et le pouvoir temporel du roi à l'Ouest. En ce sens B. De Dominicis, article précit., vol. 45, n°124, avril 2001, p.24.

Chapitre 5. La création du lien de droit.

65.- Le lien de droit est un lien entre deux personnes (1) impliquant une parole (2), une personne tierce (c), un objet et une cause (d). Toute relation qui comporte ces éléments constitue un lien de droit. Le lien de droit n'est pas la forme d'un lien de fait, c'est le lien lui-même.

1.- Deux personnes.

66.- La constitution des liens de droit implique au moins deux parties comme, le plus souvent, le jeu de ricochet. On joue rarement au ricochet tout seul. Un poète écrit ainsi « *Sur la rive du Nil un jour deux beaux enfants, S'amusaient à faire sur l'onde Avec des cailloux plats, ronds, légers et tranchants Les plus beaux ricochets du monde* »²⁸⁸. Il se peut qu'il y ait toujours une partie active et une partie réactive (ou réceptive) dans les liens de droit. Cette force active peut être rapprochée de ce désir d'union qu'exprime le terme de lien social. Le lien social n'exprimerait qu'une partie du lien de droit. Dans le lien d'instance, le demandeur est actif quand le défendeur est récepteur de l'assignation et agit en réaction. De même, dans les liens économiques, il existe des demandeurs, actifs, et des offreurs, attendant le client, donc réactifs (c'est-à-dire dans une position d'accueil).

La personne est définie et modifiée par les liens de droit. On a l'habitude de présenter la notion de personne en faisant référence à son étymologie « persona » qui signifierait « là où passe le son », autrement dit le masque²⁸⁹. Tout se passe comme si l'individu avait une forme extérieure comprenant le nom, le sexe, le domicile et la nationalité et une vraie personne derrière le masque²⁹⁰. Pourtant, la seule chose qui ne change pas dans une identité est ce masque. Le moi varie constamment et peut s'égarer. Son nom, sa nationalité, son sexe ne changent pas²⁹¹. Il existe sans doute aussi un moi profond qui ne varie guère. Le dramaturge, Valère Novarina considère cependant qu'au fond de soi, il n'y a rien : « *rien de matériel au fond de l'homme, mais sa bouche ouverte, son passage troué. Pas de contenu. Né percé et miroir du sans-fond* »²⁹². Cette remarque semble confirmée par l'expérience de certains mystiques²⁹³ ou artistes²⁹⁴. L'identité dépend ainsi en grande partie des liens de droit dans lesquels la personne s'insère. Parmi les éléments de cette identité, le sexe est une donnée biologique - parfois incertaine²⁹⁵. Il existe une possibilité de changement de sexe qui implique cependant de suivre une procédure complexe et irréversible. Le sujet de droit n'est pas un corpuscule isolé, il se définit en relation. La plus primordiale, la relation parentale, lui donne son nom. Les relations professionnelles lui donnent éventuellement ses qualités ou ses titres (docteur, maître etc.). Ce sont des noms de relations. Un avocat est maître vis-à-vis de ses clients. Il n'existe pas de sujet de droit en soi, il n'y a que des individus en relation. Un

²⁸⁸ Florian (1755-1794).

²⁸⁹ A. Ernout et A. Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue française, Klincksieck, 2001, il n'est pas tout à fait avéré que persona provienne de persono qui veut dire résonner tout à travers, p.636.

²⁹⁰ Dictionnaire historique de la langue française, dir. A Rey, le Robert, 2006.

²⁹¹ Une personne amnésique découvert dans une ville du Nord de la France ne pouvant pas vivre sans identité, un acte d'état civil provisoire a du être dressé pour lui permettre de travailler, d'être inscrit à la sécurité sociale etc.

²⁹² Devant la parole, précit. p. 37.

²⁹³ Le monde du 29 août 2007, p. 6 à propos de la correspondance de Mère Térésa qui écrit : « *tout au fond de moi, il n'y a rien d'autre que le vide et l'obscurité* ».

²⁹⁴ Par exemple F. Verdier, entre terre et ciel, ouvrage précit.

²⁹⁵ Même le sexe peut être construit humainement dans les cas de grande incertitude (hermaphrodisme ; transsexualisme).

individu est un nœud de relations ou plutôt le carrefour de ses relations. Toutes ces relations sont créées par des mots. Dans le film intitulé *Reine et Rois* d'Arnaud Desplechins (2005), un dialogue réunit un homme et l'enfant né d'un premier mariage de son ex compagne. Il a passé 6 ans avec cet enfant quand il vivait avec sa mère. Cette femme lui a demandé d'adopter l'enfant alors qu'elle allait se remarier avec un autre homme. Il refuse en disant à cet enfant : « *notre relation n'a pas de nom* ». Il n'est ni le père de l'enfant, ni le mari ni même le compagnon de la mère. Par conséquent, cette relation ne peut exister. Seul peut exister un lien de droit et non des liens affectifs. La relation entre cet homme et cet enfant est impossible puisque l'adulte n'est pas dans une position de père, mais de copain qui n'a pas de lien juridique avec la mère. N'y aurait-il pas une suspicion de pédophilie ? Le nom d'une personne est le nom du lien symbolique primordial.

La personne est relationnelle en ce que son identité dépend des liens de droit. Les intersections des liens de droit sont les personnes juridiques et l'on peut se demander si l'unicité d'une personne ne tient pas simplement au fait que chacun est un nœud, un carrefour différent de liens. Chaque personne a sa place qui correspond aux différents liens qui transitent en un lieu vide. Une intériorité est cependant nécessaire afin qu'existent de véritables liens de droit impliquant l'autonomie des parties. L'autonomie n'est pas un isolement, mais une indépendance dans les liens. Le sociologue américain Richard Sennet commence un de ses ouvrages par un souvenir d'enfant des cités : « *le jeu consistait à lancer des vitres à travers la rue, comme on fait ricocher des cailloux sur l'eau ; on marquait un point chaque fois qu'on coupait un adversaire de l'autre camp* »²⁹⁶. C'est peut-être cette expérience de la coupure avec les autres qui le conduit à écrire dans la partie théorique : « *l'autonomie, on l'a vu, n'est pas simplement une action ; elle requiert aussi une relation, où une partie accepte de ne pouvoir comprendre quelque chose de l'autre. Accepter qu'on ne puisse tout comprendre de l'autre rend possible la relation et assure une certaine égalité. L'autonomie suppose à la fois attache et altérité, proximité et anonymat* »²⁹⁷. Cette intériorité doit toujours échapper à l'emprise d'un autre ; mais elle s'enrichit ou doit s'enrichir dans les relations qui ne sont certes pas toutes durables. Les relations d'amitié qui ne sont pas des liens de droit ont peut-être pour fonction de maintenir une certaine autonomie vis-à-vis des liens juridiques (en premier lieu des liens familiaux). Le sujet conserve une liberté alors qu'il est un nœud de liens de droit. C'est d'ailleurs quand il est un carrefour de liens adéquats qu'il est le plus libre au sens où il peut rechercher ce qui, en lui, est unique.

67.- La personne étant indissociablement corps et esprit, son corps n'est pas une chose mais un élément de la relation²⁹⁸. Selon certains anthropologues, le corps n'est pas un objet mais est défini par les relations²⁹⁹ : « *en quoi le corps est-il l'élément de la relation ? La formule n'est-elle pas trop abstraite ? Le corps n'est-il pas un produit naturel ? Non. Cela veut dire en fait que le corps est conçu, dans telle société, comme le signe et l'instrument de cette relation ... Dans les régions mandé et voltaïque d'Afrique de l'Ouest, le façonnement du corps s'inscrit dans un double mouvement de filiation unissant les vivants à leurs ancêtres. Ce lien est d'abord celui de la continuité de substance entre les générations*³⁰⁰... Il est

²⁹⁶ R Sennet, *Respect, de la dignité de l'homme dans un monde d'inégalité*, Hachette, Pluriel, 2003, p.24.

²⁹⁷ Op. cit., p. 200.

²⁹⁸ Qu'est-ce qu'un corps ? dir. S Breton, Flammarion, 2006, spéc. p. 20 (catalogue de l'exposition éponyme au musée du Quai Branly, 2007) : « *dans les régions mandé et voltaïque d'Afrique de l'Ouest, le façonnement du corps s'inscrit dans un double mouvement de filiation unissant les vivants à leurs ancêtres. Ce lien est d'abord celui de la continuité de substance entre les générations... ce lien d'autre part se manifeste dans la relation en miroir, spéculaire, que les vivants entretiennent avec les fondateurs mythiques du village* ».

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Ibid.

communément admis que les ancêtres jouent un rôle déterminant dans la procréation et que chaque enfant est lié, pour une période plus ou moins longue mais qui commence dans sa vie prénatale, à un ancêtre lignager qui « reviendrait » en lui. Les Mossi emploient un terme particulier pour désigner cette manière de retour qu'est la transmission de l'énergie vitale de l'ancêtre à l'enfant »³⁰¹. Les anthropologues soulignent que les marques sur le visage traduisent les différentes relations d'une personne (notamment si elle est mariée ou non). Les vêtements constituent également des signes de la situation matrimoniale d'une personne. C'est sans doute encore le cas aujourd'hui quand bien même ces signes ne sont pas clairement codifiés. La bague d'alliance traduit un état marital. Une gourmette indiquant son prénom signale l'identité d'une personne au sein d'une famille. Chaque métier et notamment les métiers judiciaires se signalent par des tenues particulières et parfois par des badges sur les véhicules (pour les avocats ou les médecins). Il n'est pas jusqu'à la forme du corps qui ne dépende pas des liens de droit. Il est ainsi possible de différencier le corps d'un paysan et d'un aristocrate³⁰², tous deux issus de siècles de transformation. Le corps est ainsi, en quelque sorte, construit par le droit³⁰³. Un parallèle peut être dressé avec un autre film d'Arnaud Desplechins. Il souligne à travers le récit d'une greffe de moelle entre une femme et son fils combien le lien de filiation a un contenu vital, au-delà de l'ADN. Selon lui, le lien de filiation ne suppose pas nécessairement de relation affective puisque la mère et le fils se détestent et que la fille a fait en sorte que son frère soit exclu du cercle familial. Or la haine n'empêche pas le fils d'accepter de donner sa moelle à sa mère malgré la demande de la soeur qui aurait préféré que ce soit son propre fils (le petit-fils de la personne malade) qui soit choisi comme donneur³⁰⁴.

68.- A la naissance, se créent à la fois une personne et un lien de filiation. Les deux sont simultanés. Dès lors qu'il y a un lien de filiation, l'enfant né viable peut recevoir un héritage. A la question de savoir si un embryon est une personne humaine, il est possible de raisonner en termes de lien de droit. Puisque la personne est un être relationnel et se définit comme l'intersection d'un ensemble de liens de droit, il n'y a de parole, de symbolisation et donc de lien de droit qu'avec l'établissement du lien de filiation. L'embryon est une personne en construction, mais il n'y a pas encore cet espace de dialogue entre deux personnes qui caractérise le lien de droit. Il existe au contraire un attachement physique par le cordon ombilical qui se maintiendra sous d'autres formes au moins jusqu'au sevrage. Le but n'est pas seulement le respect de la personne humaine et sa dignité, il s'agit de construire des liens de droit dans lesquels progressivement un humain devient autonome aussi bien mentalement que corporellement. L'embryon n'est pas encore une personne même s'il commence à avoir visage humain dans le ventre de la mère. La personne naît des liens de parole. Auparavant, il existe un lien en construction qu'il faut prendre en considération pour donner des limites à l'avortement, aux expérimentations ou pour faciliter une succession. La parole des parents est perçue par le fœtus avant la naissance. Les expérimentations sur les embryons très encadrées mais progressivement admises³⁰⁵ ne doivent pas pouvoir porter atteinte à ce délicat lien en pointillé. En ce sens, la technique du clonage vient se heurter à la construction des liens de

³⁰¹ Op. cit., p. 28.

³⁰² M Pinçon et M Pinçon-Charlot montrent comment tout petit le membre du gotta est préparé à se présenter en public, op. cit., p.41 s.

³⁰³ V A. Pottage and M. Mundy (dir.), *Law, anthropology, and the constitution of the social, making persons and things*, Cambridge studies in law and society, 2004, spéc. p. 40 (article de Y. Thomas) et p. 234 s. (article de S Küchler sur le lien entre les personnes et les choses).

³⁰⁴ Un conte de Noël, 2008.

³⁰⁵ V. notamment le Décret n°2006-126 du 6 fév. 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires.

filiation. Elle est susceptible de générer une grande souffrance et une grande violence si la personne n'est plus unique et insubstituable. L'adoption par un couple homosexuel ne paraît pas, en revanche, remettre en question la généalogie d'une personne car elle possède une généalogie originaire et une généalogie adoptive. Cependant l'enfant né par insémination artificielle ayant deux pères ou deux mères n'a pas une branche paternelle et une branche maternelle. Il possède deux branches paternelles ou deux branches maternelles. Le travail de constitution de l'identité que produit l'élaboration des liens de droit peut en être perturbé. L'enfant peut ressentir un vide encombrant du fait de l'ignorance de l'identité d'un donneur. A vrai dire la question de l'insémination artificielle est plus générale et le système mis en place en France (anonymat du donneur etc.) paraît satisfaisant. Certes d'autres cultures ont élaboré des conceptions différentes de la parenté³⁰⁶ mais le système mis en place n'est jamais à la disposition des parties car il s'agit de construire une identité. Le système de la parenté peut néanmoins se transformer à condition de ne pas rendre insupportable le vide dans les liens de droit.

2.- Une parole créatrice du lien.

69.- Une expression paraît s'être perdue en français : parler d'un ricocheur pour quelqu'un qui répète à tout le monde ce qu'on lui a révélé en secret : « *j'peux pas demander à Perdreau parce qu'il est trop ricocheur* »³⁰⁷. On parle aujourd'hui de rapporteur. On peut rappeler de nouveau que le colportage de rumeurs et le non respect des secrets endommagent les liens humains. Le ricochet pris dans le sens de rapporter des informations a un aspect négatif et peut détruire des liens de droit.

A l'inverse, une parole chantée exprimée par la mère calme les angoisses de son petit, car elle met du sens sur un monde qui apparaît sinon terrifiant³⁰⁸. La chanson du ricochet est comme une comptine. Elle peut générer un plaisir de l'enfant qui entend des mots et les restitue en émettant un gazouillis d'oiseau. S'expliquerait alors la double origine de la chanson du ricochet : le chant d'un oiseau, un chant où le mot coq revient tout le temps (encore un oiseau) et des questions et des réponses qui traduisent le fait que l'homme est dans une situation interrogative avec le monde et la recherche de sens³⁰⁹.

Il semble qu'un symbole soit nécessaire pour créer un lien de droit. Le terme de symbole a au moins deux sens qui sont présents cumulativement en matière de lien juridique. Il peut avoir, en premier lieu, un sens général de signe³¹⁰ représentant un élément de la réalité³¹¹ (un mot symbolise une chose par exemple). Il existe, en second lieu, une conception plus spécifique du symbole en tant que couplage entre une image et un sens difficile à définir³¹². Cette définition est proche de l'archétype jungien qui est une « *structure d'accueil du sens* »³¹³ : par exemple le serpent symbolise le psychisme obscur³¹⁴.

³⁰⁶ M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

³⁰⁷ La Varende, *Trois jours*, 1947, p.332.

³⁰⁸ Philippe Grinbert, *Psychanalyse de la chanson*, Pluriel, Hachette.

³⁰⁹ *Dictionnaire historique de la langue française*, dir. A Rey, Le Robert, 2006.

³¹⁰ Par opposition au simple signal.

³¹¹ En sens E. Cassirer, op. cit., p.53 « *le signal est un élément de l'univers physique de l'être, le symbole un élément de l'univers humain du sens* ».

³¹² Op. cit., p.44

³¹³ JJ Wunenberger, *La vie des images*, PUG, 2002, p.49.

³¹⁴ J. Chevalier et A. Gheerbrant, *Dictionnaire des symboles*, Bouquins, Laffont, 1982, p.867.

En matière de lien de droit, des paroles symbolisent l'engagement des parties. Le terme de symbole est ici pris au sens large. Il s'agit parfois d'un silence, d'un geste (la paumée), d'une signature. On peut se demander d'ailleurs si le moment de la signature ne vaut pas aussi par le silence qu'il implique, comme créateur d'un vide entre les parties. Il faut sans doute distinguer la forme langagière que prend le lien de droit et la représentation d'un lien de droit permettant d'établir une preuve. Dans la célébration du mariage, les époux disent « oui » et signent ensuite un acte d'état civil qui fait la preuve du lien conjugal. Quoiqu'il en soit, il n'existe pas de lien de droit qui n'implique pas un symbole au sens large.

Le terme de lien de droit dans sa profondeur énigmatique peut aussi être vu comme un symbole au sens spécifique de ce qui renvoie à un sens indéfini. Rappelons que l'origine du mot symbole était en Grèce une pierre ou un morceau de bois coupé en deux dont chaque partie à un contrat conservait un morceau. De même, dans la Bible, le contrat conclu entre Jacob et Laban donne lieu à l'édification d'un tas de pierre³¹⁵. On peut dire que la pierre ou le tas de pierres symbolise, dans le sens spécifique une relation car il s'agit d'une image exprimant une réalité énigmatique qui est celle du lien de droit. Le mot pierre en Hébreu (évèn) peut se décomposer en père (av) et fils (ben) et signale ainsi un lien de filiation³¹⁶. Or le philosophe Jean-Jacques Wunenberger explique que de nombreuses formes spatiales donnent à penser : « *cercle, ligne, croix, triangle, pyramide, oeuf, corps, arbre, noeud, balance, labyrinthe, pli, fleuve etc. Ne constituent pas une encyclopédie hétéroclite d'images pédagogiques subalternes, mais une sorte de lexique et de grammaire générative de contenus de pensée, de modélisation du réel, de tropismes explicatifs du monde*³¹⁷ ». Le lien serait donc un symbole dans le sens strict qui serait même à l'origine de la fonction symbolique. Le rapprochement entre le symbole et le lien est ainsi très étroit si l'on conçoit le lien comme une distance et un accrochage. En effet, tout symbole au sens fort paraît fonctionner en créant une union et une séparation entre une image et des sens « *l'image devient dès lors, au sens, strict, « symbolique », au sens où sa force physique, sa consistance sémantique viennent des méta-significations qui sont à la fois « liées » au contenu et « déliées » puisqu'elles appartiennent à un autre niveau d'expérience sensible ou intelligible. L'image en tant que symbole repose donc à la fois sur un lien et une coupure*³¹⁸. Le lien est ainsi le symbole des symboles, le symbole de ce qui unit et de ce qui coupe. Ce n'est pas pour rien que l'origine du mot symbole est l'image d'un lien entre des hommes³¹⁹. La pensée en image et en espace est certainement à l'oeuvre en matière de lien de droit et il ne s'agit pas seulement de formalisation de lien de fait. En témoigne le vocabulaire symbolique et topologique que nous sommes conduits à employer dans cette étude. Ainsi les énigmes du lien social et du lien de droit trouvent peut-être ici leur origine. Il est cependant des images qui génèrent des illusions et qui sont des impasses. La notion de lien est sans doute un archétype mais le terme de lien social qui n'a que quelques siècles et qui, comme on l'a vu, double la notion de lien en voulant dire lien/liens, relève davantage de l'imagination inadéquate et donc de l'illusion voire de l'idolâtrie. On peut aussi considérer que le lien social comme d'ailleurs le lien politique relève de l'imaginaire dans un sens positif du terme dans la mesure où le groupe a besoin aussi de mythes pour exister. Il n'empêche qu'il y aurait une confusion à considérer que le lien social ou politique existe en dehors de l'imaginaire et qu'ils se substituent aux liens juridiques. Comme il existe un vide entre les mots et les choses, il existe un précipice entre les mots et l'imaginaire.

³¹⁵ Entre Jacob et Laban, Gn 31, 44-54.

³¹⁶ V. notamment C. Vigée, Dans le silence de l'aleph, Albin Michel, 1992, p.46.

³¹⁷ Op. cit., p.40

³¹⁸ J.J. Wunenberger, op. cit., p.18 citant G. Durand, l'imagination symbolique, PUF, 1968.

³¹⁹ Ex. J.J. Wunenberger, précit. V aussi dictionnaire des symboles, précit., V° Lien.

70.- Dans les liens contractuels et les liens de couples, la parole créatrice du lien constitue un consentement. Plus largement la parole vise à relier une chose et une pensée. Elle a une fonction liante qui explique que l'on puisse s'engager par des paroles en mettant en adéquation ce que l'on dit et ce que l'on fait. P. Née l'exprime à propos de la notion de symbole dans l'œuvre du poète Yves Bonnefoy : « pour Y Bonnefoy lecteur de Baudelaire, il ne s'agit nullement de rassembler deux morceaux de langues entre eux, ou de signes (...) mais d'ajouter un signe à un fait, un mot à une chose, le réel au langage »³²⁰. Il cite le poète à propos du mot feu : « il me semble que ces grandes réalités méditables ont pour fonction, non de s'effacer dans un sens, mais de rassembler le réel [...] c'est de cette façon que les réalités élues par notre existence sensible peuvent se révéler un logos, une parole qui lie »³²¹. Il s'agit ici d'une parole qui lie le signe au fait. Cette parole peut également lier les personnes entre elles autour d'un fait, c'est ce que nous appelons ici un lien de parole. Nous sommes tout proches de la notion de rite. Le rite n'est pas nécessairement religieux. Il existe des rites laïcs qui sont justement des paroles prononcées dans le cadre de lien ou pour créer un lien. On pense au rite du mariage civil qui a pris pour modèle le mariage religieux. On songe aussi au rite des élections par lequel un citoyen lié à une commune ou à l'Etat exprime sa voix. L'anthropologue Marc Augé a noté que dans les tribus traditionnels d'Afrique « le rite a souvent pour finalité d'établir un lien particulier entre celui qui en est l'objet (le nouveau-né, l'adolescent, l'initié, le malade, le dignitaire promu à une fonction) et un ou plusieurs autres : ses parents, un de ses ancêtres, tel ou tel membre de son entourage, ses sujets ou ses administrés »³²².

La parole peut aussi délier. En matière d'euthanasie même passive (qui consiste à laisser mourir en tentant seulement de limiter la douleur), le malade qui demande que soit mis fin à sa vie ou qu'on le laisse mourir, s'apprête, en même temps, à mettre fin à ses liens. Il peut être utile de concevoir l'euthanasie comme une question surgissant au sein des liens familiaux et médicaux³²³. La hiérarchie existant entre les personnes pouvant donner un avis et prendre la décision traduit en effet la hiérarchie des liens de droit en commençant par les liens les plus intimes. Cela peut constituer une approche complémentaire à l'examen médical et éthique de la situation. Certes, l'avis des proches est déjà pris en considération et réfléchir en terme de lien de droit ne changerait sans doute rien dans les cas concrets. Il s'agit simplement de mettre l'accent sur un des aspects de la situation de fin de vie et faire en sorte que tout ce qui doit être réglé dans les relations familiales, en particulier d'anciens litiges, puisse l'être.

Il existe un fossé entre l'énergie faible des mots qui peut se révéler efficace (le « oui » prononcé lors de la célébration du mariage est performatif³²⁴) et les énergies du corps et de la nature en général. La faille du lien de droit est aussi une faille entre ces forces. Un vide est nécessaire afin qu'elles puissent jouer entre elles. Le lien conjugal est particulièrement significatif.

Le lien contractuel est créé par des paroles qui sont souvent mais pas nécessairement écrites. De même, le lien de filiation peut donner lieu à une reconnaissance de paternité. La parole

³²⁰ P. Née, Rhétorique profonde d'Yves Bonnefoy, Hermann, 2004, p.76.

³²¹ Lettre à Howard L. Nostrand, cité par P Née, op. cit., p.76.

³²² Pour quoi vivons nous ? précit., p.102.

³²³ Il conviendrait d'approfondir la possibilité de la mort comme un élément de la zone obscure ou du vide existant entre les parties aux liens de droit.

³²⁴ J.L. Austin, Quand dire c'est faire, Essais, Seuil, 1970 dont les exemples sont souvent juridiques.

créatrice de lien de droit est une parole de reconnaissance de l'autre³²⁵. La notion de reconnaissance est aussi juridique et peut concerner aussi bien la reconnaissance d'un enfant que la reconnaissance d'un nouvel Etat (que l'on songe récemment à la reconnaissance discutée du Kosovo). Le lien de filiation donne, dans tous les cas, lieu à un acte d'état civil, donc à un acte de parole. La question des mères porteuses rebondit actuellement à propos de l'inscription à l'état civil du nom de l'enfant et de ses parents. Il est peut-être dommage que, dans certains cas, le père ne se rende plus en mairie pour déclarer la naissance de son enfant, puisqu'un agent de la mairie se présente dans les maternités. Plutôt que de regretter la disparition d'un rituel et y voir une confiscation de la fonction paternelle, on peut déceler une manifestation de la faille qui devient plus voyante dans les liens de filiation. Le père n'a plus un rôle prédéterminé et doit inventer des gestes et des paroles dans le vide du lien de filiation pour lui donner un certain contenu³²⁶.

Le lien d'instance naît d'une demande en justice et de la saisine du juge. Il y a véritablement une liaison de l'instance lorsque l'autre partie a fait connaître ses défenses au fond. Il y a alors deux paroles. Le lien d'instance devient bilatéral et ne peut plus donner lieu à un désistement unilatéral.

En matière de nationalité, il faut distinguer l'attribution et l'acquisition. Selon l'article 18 du Code civil, est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français, même si l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière. Une parole est exprimée à la création du lien de filiation. Si l'enfant naît en France de parents étrangers dont l'un est né en France, il est français (article 19-3 du Code civil). Il suffit pour le prouver de produire les deux actes de naissance. La parole prend ici la forme de l'acte de naissance. Il existe, par ailleurs, quatre cas d'acquisition de la nationalité française. La première hypothèse est le mariage avec un Français, elle renvoie à l'acte de parole effectué au cours du mariage et nécessite un certain écoulement du temps. Si l'enfant est né en France de parents étrangers non nés en France, il devient automatiquement français à sa majorité s'il a résidé en France pendant cinq ans depuis l'âge de onze ans, mais peut le refuser six mois avant sa majorité et dans les douze mois qui suivent. Il existe, ici aussi, une parole mais inversée qui consiste à refuser la nationalité. La condition de résidence en France peut être analysée comme un lien à l'Etat français. Le troisième cas est l'hypothèse où un parent devient français durant la minorité de l'enfant. C'est un effet d'un lien de droit sur un autre, comme si une seule parole suffisait pour créer un ricochet de liens de droit. Enfin, on peut devenir français par un décret de naturalisation. Il faut avoir résidé en France de manière effective et habituelle pendant au moins cinq ans avant la demande, être de bonne vie et mœurs, ne pas avoir commis de crime ou de délit et être assimilé à la communauté française notamment par la langue. Le décret est en lui-même un acte de parole et les autres conditions font référence à la résidence (que l'on peut analyser comme un lien avec un territoire) et la langue (qui est un élément de la culture commune à tous les français et qui constitue un point d'accrochage propre à ce lien).

Une parole n'est cependant pas suffisante pour créer un lien de droit. Une tierce personne est nécessaire pour garantir les paroles échangées et stabiliser les forces différentes et parfois contraires des parties.

3.- Le tiers stabilisateur.

³²⁵ P. Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, précit.

³²⁶ D. Dumas, *Sans père et sans parole*, Hachette, 1999.

71.- Le lien de droit implique pour se former un tiers de référence, c'est ce qui différencie le lien de droit du lien d'amitié. Le cas le plus évident est celui du lien d'instance, le tiers de référence est le juge. Il existe une ancienne discussion sans véritable enjeu pratique sur le point de savoir si le juge est parti au lien d'instance. Le juge n'étant pas une partie au procès, il est plus convaincant de considérer qu'il est le tiers par excellence du lien d'instance, le tiers qui permet justement la mise à distance et le maintien de la juste distance. En matière de famille, on peut considérer que chaque parent est le tiers par excellence du lien de filiation avec l'autre parent. Dans les familles en difficulté, il existe des tiers de référence qui, s'ils ne sont pas des membres de la famille tels qu'un grand parent, peuvent être des administrations (lorsque les parents sont défailants).

Un lien de droit suppose un tiers stabilisateur, une personne qui n'est pas partie au lien de droit mais qui sépare les parties dans leur litige comme un juge ou un médiateur. Le vide ou l'incertitude du lien est atténuée par ce regard réfléchissant. On parle même du médiateur comme d'une case vide³²⁷. Ce tiers est l'officier d'état civil dans le lien de filiation et le lien conjugal. Le notaire contribue à déterminer la juste distance en dehors d'un litige notamment pour les actes authentiques, les actes les plus graves. Dans les contrats sous seing privé, il existe un tiers omniprésent : l'Etat. Il est présent de plusieurs manières. Il est présent dans les contrats avec la monnaie (aujourd'hui l'euro). Le tiers de référence devient donc l'Europe. Il est présent aussi par les réglementations qui s'appliquent à ce contrat et aussi par la fiscalité. De nombreux liens contractuels sont soumis à la TVA. Cependant le rôle de l'Etat devient davantage celui d'un surveillant que celui d'un stabilisateur, notamment pour des raisons de sécurité. Il est ainsi porté atteinte aux liens de droit. En effet, l'autonomie des citoyens nécessaire à l'équilibre des liens de droit est rendue plus inaccessible en raison du nombre des normes juridiques et techniques (pour construire sa maison ou créer sa société par exemple) qui opèrent un contrôle (ainsi que les technologies de surveillance telles que les caméras). On peut se demander de même si l'évolution de la procédure civile ne consiste pas en un contrôle de plus en plus étroit du comportement des parties (qui doivent préparer des conclusions récapitulatives, concentrer les moyens, agir loyalement etc.)³²⁸.

Pour qu'il y ait tiers réfléchissant, il faut que ce tiers ne soit pas une partie car le reflet ne donnerait pas suffisamment de garantie³²⁹. L'officier de l'état civil indique que telle personne est le fils d'untel, est mariée à telle autre personne ou est de nationalité française. Le notaire garantit, de même, l'identité et la qualité des parties cocontractantes.

« *A-t-on encore besoin d'un tiers ?* » demande le psychanalyste³³⁰. Cela revient à demander, si l'on a encore besoin de droit car, sans tiers, il n'y a pas de lien de droit. Derrière les tiers de proximité que sont les père, mère, notaire, juge ou officier de l'état civil, l'Etat est toujours présent comme tiers lointain et sert notamment à garantir la langue, les règles et la monnaie. Il fonctionne comme un miroir général et appelle les mises en scène du pouvoir qui sont aujourd'hui les mises en scène de la République. L'on ne doit pas s'imaginer que l'on a fabriqué ses propres liens car le face-à-face resurgirait avec son lot de mimétisme et de violence. Il existe cependant un risque d'autoritarisme et de conservatisme à vouloir

³²⁷C. Younes et J. Loteka, Le place du tiers dans la médiation, in La quête anthropologique du droit, éd. Karthala, 2006, p.336.

³²⁸G. Bolard, L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme, JCP 2008, doctrine n°156.

³²⁹Bernard Stiegler indique que le processus d'individuation implique la collectivité et donc un tiers V. notamment in De la démocratie participative, Fondements et limites, (avec M. Crépon) Mille et une nuit, 2007, p.68.

³³⁰Titre d'un ouvrage précité, dir. JP Lebrun et E Volckrick.

maintenir la sacralité du tiers. Jean de Munck souligne ce risque : « *il peut y avoir derrière l'idée de « désymbolisation », une position de type Legendre qui consisterait à dire : attention, on risque la confrontation nue avec le réel, restituons vite la figure du Père, sinon tout le monde devient fou !* »³³¹. Les mises en scène désuètes et les structures hiérarchiques d'hier ne peuvent être ressuscitées.

Nous ne sommes pas « legendrien » (c'est-à-dire disciple de Pierre Legendre) quoique nous reconnaissons une dette importante à son égard. Ce n'est pas le lieu de faire la critique de cet important auteur (sans compter les compétences que nous ne possédons pas). Nous pouvons dire simplement que nous ne souscrivons ni à sa dogmatique pouvant conduire – nous semble-t-il - à une forme d'autoritarisme (peut-être doute davantage chez ses lecteurs que dans son œuvre souvent difficile à interpréter), ni à son prophétisme apocalyptique ni à ses critiques des sciences sociales et du management (qui cependant est intéressante) ni à une défense de l'Etat et peut-être du droit romain sans alternative possible alors que les structures peuvent évoluer ni à une conception du sujet comme enfant inconscient de l'Etat. Il y a d'ailleurs, nous semble-t-il, un paradoxe à dévoiler ce qui fonctionne inconsciemment dans le montage étatique en défendant son maintien tout en risquant de contribuer à sa fragilisation en démontant ses rouages³³².

Un minimum de mise en scène et de mise en image est toujours à l'œuvre dans un lien de droit. C'est patent dans la célébration du mariage autour de l'officier de l'état civil ; cela reste vrai dans la conclusion d'un contrat de vente d'immeuble autour du notaire ou dans un procès. C'est moins vrai pour les autres liens. C'est d'ailleurs un reproche qui est fait au PACS de ne pas être une célébration et de comporter une procédure impersonnelle et bureaucratique.

Le tiers garantit aussi ce qui se dit et la langue employée. La langue préexiste toujours aux parties. L'Etat impose l'usage du français notamment devant les tribunaux. Si jamais une langue étrangère est en cause, il existe une obligation de traduction. Une traduction parfaite est cependant réputée impossible. Cette impossibilité exprime également l'incertitude des liens de droit. Une traduction fidèle et officielle est néanmoins réalisable³³³.

Le tiers stabilisateur d'un lien de droit - le juge dans le procès, l'officier de l'état civil dans le mariage et le lien de filiation, le notaire dans les contrats importants – acquiert en même temps un pouvoir de décision sur les parties. Pour constituer une force stabilisatrice, il faut que les parties acceptent de laisser au tiers les moyens d'exercer son office. Elles lui concèdent, autrement dit, une part de leurs droits qui se transforme en droit sur les autres, c'est-à-dire en pouvoir. Ces pouvoirs sont confiés à des tiers qui ont, dans l'idéal, acquis une suffisante autonomie dans les liens de droit en équilibrant en eux-mêmes les forces neutre, active et réceptrice et qui ont donc une certaine autorité pour être impartiaux³³⁴. Le juge tranche en application du droit, ce qui peut ne pas ramener la paix entre les parties. La reconstruction du lien de droit peut passer par un compromis et donc une certaine renonciation de la part d'une partie, une forme de pardon.

³³¹Op. cit., p.184.

³³² Le démontage étatique est particulièrement flagrant dans « le désir politique de Dieu », Fayard 1988 et 2005 quoique le sous titre en soit « Etudes sur les montages de l'Etat et du droit », pour une critique de l'œuvre de P Legendre v. M. Iacub et Montagnier, in Les grands textes juridiques, dir. Halpérin et Cayla, 2008, Dalloz, V° Legendre.

³³³J.P. Relmy, Le droit de la traduction, Thèse Paris XI, 2007, p. 286 s.

³³⁴ V. les qualités d'impartialité, de décision et d'équilibre nécessaires à la fonction de juge telles que les définit dans la Bible Jethro : « *tu discerneras, dans tout le peuple, des hommes de valeur, craignant Dieu, dignes de confiance, incorruptibles et tu les établiras sur eux...* » (Ex., 18,21).

Parmi ces pouvoirs, il existe des possibilités d'enjoindre les parties et des modes d'exécution des décisions. Il s'agit d'une force de réalisation concrète. Cette force peut être qualifiée d'*imperium*. Elle peut être détenue par une autre personne que le tiers, il peut s'agir de la force publique voire même de la technique qui constitue en quelque sorte le bras armé du tiers. Ainsi en matière de résolution des litiges sur Internet, la technique informatique est qualifiée de quatrième partie. Elle impose une certaine manière de procéder. On est alors dans le monde de l'action et des objets.

4.- L'objet et la cause dans les liens de droit.

72.- Dans un ricochet, l'objet est la pierre qui est lancée, la cause est le plaisir du jeu (parfois l'ennui, un moment de vide). De même, il faut que le lien de droit ait un objet et une cause qui soit régulière. L'objet est le but du lien de droit, il répond à la question : pour quoi on élabore un lien ? Ainsi, un contrat dont le but est d'acheter de la drogue est illicite. Tous les liens de droit ont un but, le lien de filiation a pour but l'éducation des enfants, le lien conjugal la vie commune, le lien d'instance peut avoir pour objectif une condamnation ou l'obtention d'une somme en justice. Les liens de droit ont aussi une cause, une raison d'être. Elle répond à la question : pourquoi, pour quelle raison on élabore tel lien ? Ainsi un justiciable agit en justice car il a subi un dommage – c'est la cause. Si le dommage n'est pas établi, le demandeur n'obtiendra pas la condamnation qui est son objectif.

73.- Pour quoi un lien est-il élaboré ? Certains liens de droit, notamment les contrats de vente, impliquent une chose. Il est paradoxal de constater que le mot rien en français vient de res qui voulait dire la chose en raison de son emploi fréquent dans l'expression « ne... rien »³³⁵ comme s'il y avait une relation entre la chose qui est au centre, par exemple, d'un lien contractuel et le vide que nous avons décelé dans tout lien de droit. Il existe des biens qui ont un aspect infini comme une œuvre d'art, un vin ou une terre et qui rencontre ainsi le vide ou l'infini impliqué par le lien de droit. Ces produits comportent une incertitude et un aspect symbolique qui appelle une interprétation et qui rend difficile de créer un lien de droit équilibré donnant confiance au consommateur³³⁶. Avec la notion de chose, on passe ainsi du rien à l'infini. Il peut s'agir de bien réel immobilier, de meuble ou de bien incorporel comme des droits d'auteur. L'espace-temps du lien de droit est à la fois abstrait et concret, il implique des biens et un partage de ces biens entre les parties. La question de l'objet n'est pas basement matérielle car la juste répartition des biens est essentielle aux relations. Michel Villey n'a cessé de rappeler que « *l'office du droit est l'attribution à chacun de ce qu'il mérite* »³³⁷ et qu'un droit n'est autre que l'objet, c'est-à-dire la part qui revient à chacun. Cet auteur précise que ce rapport d'égalité entre les parties, ce jus, est le *vinculus juris*, autrement dit le lien de droit au sens du droit romain³³⁸. Aujourd'hui, il est possible que le vide du lien de droit soit en partie comblé par un fatras d'objets. On songe au roman de Georges Pérec intitulé « *les choses* » qui décrit un lien conjugal envahit par les objets. Quand les objets comblent le vide des liens de droit, un risque de violence ou de fusion générale peut être observé et contribuer à une séparation.

³³⁵ Dictionnaire étymologique, Larousse, 2001.

³³⁶ L. Karpik, L'économie des singularités, Gallimard 2007, spéc. 164 « *c'est par la multiplicité indéfinie des interprétations dont il peut faire l'objet que le produit symbolique reproductible appartient aux singularités* ».

³³⁷ Par ex. La formation de la pensée juridique moderne, précit., p 345.

³³⁸ Op. cit. p.246.

La maison n'est pas d'abord une possession ou une propriété, une délimitation d'un territoire, c'est la délimitation d'un dehors. Elle crée le dedans qui est le lieu de l'intime, le lieu des liens de droit originaires. C'est pourquoi le droit au logement est primordial même si, comme tous les droits de l'homme, il doit être conçu dans un ensemble de liens de droit réunissant les collectivités territoriales, les entreprises et les particuliers. Les liens de voisinage sont des relations sensibles et délicates en ce qu'elles peuvent porter atteinte à l'intimité et à la pudeur, en cas de rumeur ou d'intrusion. La délimitation du dehors et du dedans de la sphère privée et de la sphère publique est traitée par le droit. Sont appliqués les principes de l'intimité de la vie privée, de la non violation des correspondances et du respect de certains secrets. Le corps et la maison sont des éléments des relations. La maison est le lieu des liens et peut être un enfermement. La propriété n'est pas qu'un lien d'exclusion des tiers, c'est aussi un lien pour inclure des étrangers.

D'autres liens de droit n'impliquent pas une chose mais un objectif. L'objet d'une prétention au sens de la procédure est déterminé par les parties et ne peut guère muter au cours de l'instance. Il peut s'agir par exemple de dommages et intérêts ou d'un divorce. L'objet du litige est cristallisé jusqu'au jugement qui reconstruit ou crée un lien de droit. Le juge ne peut aller au-delà de cette demande, car ce serait aller au-delà du désir des parties. L'objet du procès doit être délimité pour pouvoir donner lieu à un jugement. C'est pourquoi l'on dit que l'objet du litige ne peut être modifié.

74.- Pourquoi un lien est-il élaboré ? La chanson du ricochet décline la question « pourquoi ? ». L'enfant se construit en posant cette question. Certes la question a ses limites qui peuvent tenir à l'impossibilité de connaître avec certitude ses origines et donc à un certain vide dans les liens de droit. Elle n'en demeure pas moins essentielle. La cause est la réponse à la question pourquoi ? C'est la justification des liens de droit. La raison d'un ricochet n'est sans doute rien d'autre que le jeu. Mais si le jeu est ce qui permet d'apprendre à vivre, on ne peut plus dire que le ricochet est sans cause. Pour Boris Cyrulnik : « *l'amour des pourquoi est un précieux facteur de résilience, il permet de reticoter les premières mailles du lien déchiré* »³³⁹. Le travail de reconstruction des liens de droit vise à remettre du sens en déterminant les causes d'un dommage : « *nous savons aujourd'hui que les traumatisés trouvent un bénéfice certain à un travail de reliaison, une mise en sens dans l'après-coup* »³⁴⁰. François Cheng remarque d'ailleurs que le mot sens en français veut dire à la fois la raison d'un fait, sa sensation et une direction³⁴¹. Déterminer les causes d'un dommage permet d'ouvrir l'avenir en se redonnant une direction.

Un lien de droit sans cause, donc sans raison, est nul. Ainsi un contrat sans cause est nul (art. 1131 CC). Une vente d'immeuble contre un prix très bas n'a pas de raison d'être et peut être annulé, ainsi qu'un mariage sans cause (se marier exclusivement pour acquérir la nationalité est une fausse cause et conduit à l'annulation du mariage) et un procès sans fondement (assignation sans cause : absence de faits et/ou de règle applicable). La rupture du lien doit aussi avoir une cause comme on le voit dans les cas de divorce (sauf dans le divorce amiable) et en matière de licenciement (mais il existe des formes de séparation amiable fondée notamment sur la transaction) pour éviter qu'elle ne se fasse au détriment d'une partie.

La raison, le pourquoi d'un lien c'est un désir, un désir de vivre ensemble dans le mariage, d'avoir des enfants à propos du lien de filiation, de posséder un bien dans le contrat de vente,

³³⁹ Parler d'amour au bord du gouffre, O. Jacob, 1993, p. 22.

³⁴⁰ Op. cit., p. 23.

³⁴¹ Cinq méditations sur la beauté, Albin Michel, 2006, p.35.

d'obtenir satisfaction dans un procès. On pourrait dire qu'un lien sans cause est un lien de droit qui ne permet pas la circulation d'énergie. A l'inverse, certaines infractions qui sont, par nature, contraire aux liens de droit peuvent susciter un déferlement d'énergie de la part des autorités publiques et de la population, en cas d'enlèvement par exemple. Une atteinte à des liens de droit (le vol d'enfant porte atteinte évidemment au lien de filiation) peut susciter une forte réaction d'une communauté qui peut être conçue, comme nous le verrons, comme une architecture de liens de droit.

Une fois créé, le lien de droit a une existence et produit des effets.

Chapitre 6.- Le déroulement du lien de droit.

75.- Le lien de droit est en mouvement comme l'est le ricochet. Si les conditions étudiées dans le chapitre précédent sont réunies, il existe un lien de droit (1) qui suit une trajectoire que l'on peut symboliser sous la forme d'une spirale (2). Il est borné par des règles de droit (3). Certaines de ces règles, des principes, visent à créer et maintenir un vide (4). Etant solide et durable, il inspire un sentiment de confiance (5).

1.- L'existence du lien de droit.

76.- Le ricochet a un aspect péjoratif. On trouve dans l'ancienne littérature la phrase suivante à propos d'une dispute : « *en vous faisant de la vérité un bastion à deux bouts ou un pot à deux anses, que chacun empoigne de son côté, avec la façon de la chanson de ricochet, qu'entre vous autres est toujours à recommencer* ». Il s'agit d'un litige qui ne s'arrête pas : « *cette querelle eut des suites et des ricochets sans nombre* »³⁴². Avec le mot ricochet, nous nous trouvons du mauvais côté du droit et des relations, du côté du litige, des nœuds, des impasses, des labyrinthes, en opposition avec le lien de droit qui veut éviter les litiges, mettre chacun à sa juste place, trouver une vérité humaine qui ne soit pas différente d'une partie à l'autre.

La vérité d'un lien de droit est la distance adéquate entre les parties. Si une telle distance n'est pas prouvée, c'est-à-dire si les conditions vues dans le chapitre précédent ne sont pas établies – les paroles des parties, le tiers de référence, un objet et une cause – alors le lien de droit n'existe pas. Des effets juridiques ne peuvent donc être déduits. La notion de lien de droit ou de lien juridique n'est pas seulement un terme générique servant à définir d'autres notions juridiques (filiation, contrat, nationalité). Elle a en elle-même son utilité qui a été peu remarquée en doctrine. Elle apparaît fréquemment dans la jurisprudence pour remplir une fonction négative. Elle est souvent utilisée par une partie qui conteste une condamnation en disant qu'elle n'avait pas de lien de droit avec telle autre personne physique ou morale et donc qu'une conséquence juridique telle qu'un droit ou une condamnation n'aurait pas du être tirée. Il existe de nombreux arrêts en ce sens. Ainsi l'absence de lien de filiation entre un homme et une jeune fille, empêche de faire de la paternité un élément aggravant de l'agression sexuelle. De même, l'absence de liens familiaux en France empêche un étranger d'obtenir un droit de séjour. De nombreux arrêts du Conseil d'Etat indique, en ce sens, que telle personne n'a pas de liens familiaux en France mais de vagues relations sociales et donc qu'elle n'a pas d'attache avec la France. S'il n'y a pas de liens juridiques, il n'y a pas non plus de dettes. Ainsi dans un arrêt critiquable de la CJCE du 18 juillet 2007, les arrhes versées à un hôtel ne

³⁴²Fanfares des Roule, Bontemps, p.59 cité par le dictionnaire d'étymologie de la langue française de Ménage 1750.

constituent pas un lien juridique. Il n'y a donc pas de contrepartie en termes d'obligation de réservation, si bien qu'en cas de défaillance du client, l'hôtel peut conserver les arrhes sans payer de TVA. En effet, la TVA n'est applicable que s'il existe une contrepartie à une somme versée. Cet arrêt confond, semble-t-il, le lien contractuel d'hébergement avec l'existence d'un lien juridique lorsqu'il est affirmé que « *la conclusion du contrat et, par conséquent, l'existence du lien juridique entre les parties ne dépendent pas normalement du versement d'arrhes* ». Les arrhes prennent place, en effet, dans un lien juridique antérieur au contrat d'hébergement, qui pourrait être analysé en une promesse de contrat³⁴³. Il existe également une importante jurisprudence concernant le lien de subordination juridique dont il faut rechercher l'existence pour savoir s'il y a ou non un contrat de travail.

Lorsqu'au contraire, l'existence d'un lien est établie, des effets juridiques peuvent être déduits. Ainsi, s'il existe un lien contractuel, les dispositions du règlement communautaire dit Bruxelles 1 du 22 décembre 2000 sur la compétence en matière contractuelle sont applicables. L'emploi de la notion de lien dans un sens positif est généralement plus précise et fait appel au lien d'instance, au lien matrimonial ou au lien contractuel³⁴⁴, quoique ces dernières notions soient aussi, parfois, utilisées dans un sens négatif.

Cet emploi de la notion de lien de droit réalise une large mise à distance des parties. Lorsque le juge nie qu'il existe des liens, il est dans la fonction de celui qui laisse des personnes en dehors de liens juridiques. Elles sont si éloignées qu'il n'y a aucune stabilité et aucune parole échangée. Il indique qu'elles sont hors champ, qu'elles n'ont pas d'espace commun et qu'il faut en tirer les conséquences juridiques. La notion de lien de droit a donc une fonction négative. Il faut d'ailleurs qu'il y ait des personnes non liées entre elles afin qu'il y ait des tiers. Ainsi, un juge est par définition un tiers par rapport aux parties. Lorsqu'il constate l'existence d'un lien de droit, en revanche, il prend en considération des éléments réalisant une distance adéquate entre les parties.

Il nous semble qu'il existe une catégorie de lien de droit qui reste innommée à côté des liens nommés tels que le lien contractuel, le lien de filiation ou de nationalité. Ainsi les relations post-contractuelles sont généralement analysées en une situation de fait précaire. C'est le cas, par exemple, lorsque malgré la résiliation d'un contrat de distribution, les parties continuent d'avoir des relations d'affaires et de conclure des contrats de ventes ponctuels. J. Mestre se demande ainsi « *doit-on y voir la prolongation des relations contractuelles initiales, la naissance d'un nouveau lien, lui-même contractuel ou bien le passage à une simple situation de fait, par essence précaire ?* »³⁴⁵. On pourrait y voir un lien de droit qui ne soit pas un contrat³⁴⁶, mais un lien innommé d'origine jurisprudentielle. Ce lien qui peut comprendre diverses obligations (une clause de non concurrence par exemple), voire la conclusion de contrats ponctuels, n'est pas un contrat cadre puisqu'il n'y a pas d'échange de consentement mais une sorte de lien de droit cadre. Les relations qui subsistent après un divorce entre les ex époux pourraient être également qualifiées de lien de droit innommé. Les parties sont parfois davantage contraintes après le divorce que dans les liens du mariage. Ainsi, dans certains cas, les parties ne peuvent pas aisément déménager. Il s'agirait d'un lien d'origine légale et

³⁴³ Affaire C-277/05 Société Thermale d'Eugénie les Bains, Rev. Droit fiscal 2007, n°37, n°194 note Y. et I. Serandour (affaire signalée par Daniel Gutman, professeur à Paris 1 que nous remercions ici).

³⁴⁴ V. la jurisprudence sur la matière contractuelle au sens de l'art. 5-1 du règlement communautaire du 22 décembre 2000 qui suppose un « *lien contractuel librement assumé* » (Civ. 1^{re}, 6 juil. 99 Rev crit. DIP 2000, 67 note E Pataut).

³⁴⁵ RTDciv. 1987, chron. p.311.

³⁴⁶ Contra J.B. Seube, Rev. Contrats chron. 2007, n°4, p.1210 qui parle de « *mini contrat* ».

jurisprudentielle puisque les obligations des personnes divorcées sont fixées par la loi et précisées par le juge.

77.- La preuve du lien de droit établit une vérité. Il ne s'agit pas là d'une vérité objective au sens scientifique. Il faut prouver un lien de droit malgré l'incertitude ou le vide qu'il comprend. En droit civil, la vérité d'un lien de droit est la distance adéquate entre les parties formalisée par le document contractuel écrit ou attestée par un témoin. Dans l'infraction, la vérité est la reconstruction de faits suffisamment proche du trouble ressenti par la victime et la société. La preuve prend en compte le passé, construit une trace du passé, c'est une boucle, un ricochet à l'envers, il s'agit de revenir à l'origine du lien. Le tiers témoin est à distinguer du tiers de référence qui fonctionne comme une force stabilisatrice. Le témoin n'est pas une force, il est purement extérieur au cercle et a simplement vu ou entendu. Il doit néanmoins indiquer quels sont ses liens avec les parties. En effet l'article 210 du Code de procédure civile prévoit que les témoins indiquent : « *s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles* »³⁴⁷. Cette disposition constitue l'embryon d'une typologie des liens de droit. Certains tiers ne peuvent témoigner tels que les enfants dans le divorce des parents ou peuvent être dispensés de témoigner tels que les membres de la famille ou ceux détenant un secret professionnel.

Les moyens de preuve sont de plus en plus technologiques. Les enregistrements audio et vidéo ainsi que les expertises permettent de remonter dans le temps. Là encore un vide paraît se combler, l'incertitude inhérente à tout lien de droit peut sembler en voie de disparition. Ainsi un lien de filiation peut être prouvé de manière quasi certaine par les expertises génétiques. Il existe une longue histoire de la preuve du lien de filiation. Une proportion très importante de litiges donne lieu à des expertises donnant l'impression d'approcher de la vérité objective. Les juges sont parfois tentés de les suivre aveuglément. Pourtant la certitude n'est jamais tout à fait atteinte même en matière d'expertise génétique. Une erreur d'éprouvette est toujours possible. De surcroît, le lien de filiation n'est pas que biologique, il est aussi affectif et social. Le vide du lien de droit ne se prouve pas et doit rester en dehors de la preuve pour justement qu'il subsiste un peu de jeu. Quel enfant ne s'est pas imaginé qu'il avait été adopté et que ses parents n'étaient pas ses vrais parents ? Une preuve parfaite empêcherait cette rêverie pourtant sans doute nécessaire. En même temps que la faille s'élargit entre les parties, les moyens de preuve se font de plus en plus puissants. La clarté paraît partout s'imposer, alors qu'il est admis que la lumière a besoin de l'ombre³⁴⁸. Ainsi les secrets professionnels que l'on peut analyser comme des informations ne circulant que dans un groupe restreint de liens de droit sont de moins en moins protégés (seul le secret professionnel de l'avocat et du ministre du culte est encore solidement défendu).

L'homme est un être technique autant qu'il est un animal parlant. Ces deux aspects sont sans doute liés³⁴⁹. Tout lien de droit se forme dans un environnement technique. L'écrit ou l'enregistrement par toute autre forme technique permet de mémoriser le lien de droit pour en garder la trace, pour le rendre plus fort et plus durable. L'engagement serait-il suffisant s'il n'existait pas de preuve de son prononcé ? La notion de vérité se trouve impliquée par la technique. La technique provoque la vérité, affirmait Heidegger³⁵⁰. Le droit de la preuve

³⁴⁷ Compar. Art. 445 du Code de procédure pénale : « *les témoins doivent faire connaître... s'ils sont parents ou alliés du prévenu, de la personne civilement responsable ou de la partie civile et s'ils sont à leur service* »

³⁴⁸ J. Tanizaki, *Eloge de l'ombre*, rééd. 2001, POF.

³⁴⁹ A. Leroi-Gourhan, *Le geste et la parole*, Albin Michel, 1964.

³⁵⁰ La question de la technique, in *Essais et conférences*, Tel Gallimard, 1958, spéc. p.42.

employant des moyens techniques permet ainsi de révéler plus brusquement la vérité de ce qui a eu lieu entre deux personnes, donc au sein d'un lien de droit. Les techniques les plus modernes sont employées en justice (expertise, enregistrement audio et vidéo, écoute téléphonique etc.) pour mettre à jour une réalité qui, à bien des égards, reste pourtant construite. Il existe toujours une marge d'incertitude (même dans l'expertise génétique, on l'a vu) qui peut tenir au choix de la méthode mise en œuvre par l'expert ou à de simples erreurs humaines. Les faits sont toujours construits ou reconstruits. De même, le témoin d'un crime reconstruit ce qu'il a vu et entendu dans l'après-coup.

L'essence de la technique moderne est, selon le philosophe allemand, un dévoilement brusque de l'être. Auparavant, la technique n'était que dévoilement et conduisait donc au vrai sans violence. Il apparaît, dès lors, nécessaire d'encadrer ces modes de preuve qui ont tendance à arracher la vérité comme peut le faire la torture. C'est ainsi que l'hypnose ou le sérum de vérité (ce que l'on nomme la narco-analyse) ont été écartés des modes de preuve admissibles.

Les nouvelles technologies se développent devant les tribunaux. Ainsi l'informatique provoque un dévoilement des faits par sa capacité à transporter et à traiter des masses d'informations. Les moyens de transport et de communication rapprochent les parties dans le temps et l'espace mais ne les mettent pas nécessairement à une juste distance. Au contraire, elles faussent parfois les distances et rendent les liens de droit non durables. C'est pourquoi la présence physique des parties et du juge lors d'une audience au cours d'un procès doit être maintenue (malgré les possibilités de vidéo conférence qui sont parfois nécessaires).

On peut aussi voir la technique comme un instrument de passage entre le monde physique et le monde symbolique. Par exemple, le téléphone portable permet de faire passer plus aisément (quand la ligne est bonne, selon une expression devenue désuète) des paroles dans le monde physique. En ce sens, elle ne viole pas nécessairement la vérité et peut au contraire assurer une meilleure circulation entre les deux mondes à condition de ne pas contribuer à suturer le vide en comblant les désirs (de sons, d'information et d'image). Elle est aussi destructrice si elle ne s'insère pas dans des liens de droit équilibrés et nie la singularité des parties (c'est le cas de l'Internet quand il devient une addiction coupant du monde réel).

78.- Le paradoxe est que la seule chose qui soit vraie avec certitude est ce qu'affirme un jugement. Non pas qu'un jugement accède à la vérité des faits, mais il constitue la vérité que les parties ne peuvent plus contester si elles ont épuisé leurs voies de recours. L'autorité de la chose jugée est classée parmi les questions de preuve dans le Code civil car le jugement a un effet de vérité.

Par exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation³⁵¹, il était question de savoir si une deuxième action en justice dans une même affaire ne se heurte pas à l'exception de chose jugée car la contestation avait déjà été jugée (il faut clore les litiges et empêcher qu'il y ait de nouveaux procès portant sur la même affaire). Dans cette affaire, une première demande en paiement s'était heurtée à l'inexistence d'un lien de droit entre le créancier et le débiteur car il n'y avait pas eu de stipulation pour autrui permettant d'unir juridiquement les deux parties (une stipulation pour autrui est un contrat conclu entre une personne et une autre, par exemple une société d'assurance, en faveur d'un tiers afin, par exemple, que l'assurance verse un capital aux enfants de la première au moment de son décès). La seconde demande qui a porté sur une promesse de porte fort (une personne ne s'engage pas pour autrui comme dans la stipulation pour autrui mais se porte fort que le tiers s'engagera) s'est néanmoins heurtée à la

³⁵¹ Cass. 2° civ., 12 juin 2003, n° 01-11526 inédit titré.

chose précédemment jugée : « *Mais attendu ... que les deux actions successives du syndicat ne différaient que par la qualification juridique donnée aux engagements contenus dans les conventions, l'arrêt retient à bon droit qu'elles étaient fondées sur la même cause puisque, dans les deux procédures, il était demandé à la juridiction de déduire de ces engagements l'existence d'un lien de droit direct entre le syndicat et la société* ». La cause de la demande de paiement qui était l'existence d'un lien de droit était identique à la première dans la seconde assignation. La demande a été jugée irrecevable car elle se heurtait à l'autorité de chose jugée du premier jugement. L'absence de lien de droit avait, autrement dit, déjà été établie par le premier jugement. Cette vérité ne pourrait plus être remise en cause.

Si un lien de droit existe, des conséquences juridiques peuvent être déduites. Le lien de droit a une vie et un déroulement, il suit une trajectoire que l'on peut représenter sous forme de spirale.

2.- La spirale du lien de droit.

79.- La spirale, contrairement au cercle, réalise une ouverture en équilibrant des forces opposées³⁵². Tout lien de droit s'enracine dans la réalité des choses, des territoires et des corps ; il relie par des paroles l'intelligible et le sensible pour durer ; il se développe sous forme de spirale pour n'être jamais le même, sinon il cesse d'exister.

Ainsi le lien de droit est un processus qui s'apparente à la vie : il naît, se développe et meurt. On peut noter des points communs entre tous les liens de droit en matière d'exécution ou d'incident. L'exécution d'une obligation est la réalisation normale de l'engagement fait par une partie. L'incident est un événement imprévu qui modifie le lien de droit au cours de sa vie. Les parties doivent exécuter des prestations, éduquer les enfants, livrer un bien, payer les impôts. Il existe des possibilités de suspension du lien notamment du lien contractuel (en cas de maladie ou de maternité) ou du lien d'instance (si une partie devient majeure par exemple). Le décès est la fin naturelle de tout lien de droit, sauf des liens de parenté dont on dit qu'ils sont perpétuels. Le lien s'achève aussi quand le but est atteint. Ainsi, si un contrat est exécuté, le lien contractuel se termine. Néanmoins, un lien de filiation ne s'achève pas par l'éducation des enfants car il demeure une obligation alimentaire vis-à-vis des parents ou des enfants et des conséquences en matière d'héritage. On peut obtenir la fin d'un lien de droit par un jugement, ainsi le divorce est la fin judiciaire d'un lien conjugal ; de même il est possible d'obtenir la fin judiciaire d'un contrat, on parle alors de résolution judiciaire. Il existe aussi des cas où une seule des parties peut mettre fin unilatéralement à un lien de droit sans passer par le juge. On peut répudier la nationalité française lorsque l'on possède une autre nationalité ou si l'on se marie avec un étranger. Le PACS se termine par une décision unilatérale d'une des parties, ce qui est une forme de répudiation.

Au contraire, un lien d'amitié qui se rompt ne peut donner lieu à un règlement judiciaire, ce qui peut, d'ailleurs conduire à commettre des actes de violence. Ainsi une femme a incendié la maison d'un couple d'ex-amis après la brouille et a été condamnée à deux ans de prison avec sursis et surtout à ne plus revoir le couple victime³⁵³. Un psychologue, Nicolas Fischer, traite des brisures de liens « *chacun d'entre nous peut être confronté à la brisure de son lien à autrui : séparation, divorce, licenciement* »³⁵⁴. Il ne traite de la rupture que sous son angle affectif. Le divorce ou le licenciement sont pourtant juridiques quoique le long travail de

³⁵² V. P Née, op. cit., p.116 s. « *spirale contre cercle, métonymie contre métaphore* ».

³⁵³ Ouest France, août 2005.

³⁵⁴ La trace de l'autre, O Jacob, 2005, p.92 s.

reconstruction soit d'ordre psychologique. L'auteur le laisse entendre lorsqu'il souligne qu'il faut d'abord accepter le caractère ineffaçable du mal subi. N'est-ce pas le propre de l'acte juridique de rupture de constituer une trace ineffaçable d'une rupture ?

La prescription qui est la fin d'une action en justice en raison de l'écoulement du temps peut également être vue comme une limitation (la traduction du mot prescription en anglais) de la dimension temporelle des liens de droit. Ainsi s'il existe un litige qui pourrait conduire à créer un lien de droit (une obligation de réparer un dommage, par exemple) ou à détruire un lien (contractuel, par exemple, en cas de nullité), l'action en justice ne peut être engagée que pendant une certaine durée. La réforme de la prescription est justifiée notamment par le raccourcissement de la dimension temporelle des liens de droit en raison du développement des nouvelles technologies³⁵⁵. Le délai préfix prend en considération l'écoulement linéaire du temps physique (par exemple : le délai de forclusion en droit de la consommation) tandis que la prescription réalise un équilibre entre le temps ressenti par une partie et le temps ressenti par l'autre. Pour l'un, les faits sont anciens et oubliés, pour l'autre ils sont encore présents et causent un dommage. Le délai de prescription est en quelque sorte un arbitrage entre les deux temps ressentis dans l'espace-temps symbolique du lien de droit. Seuls les crimes contre l'humanité qui ne peuvent être oubliés sans jugement sont imprescriptibles. Les délais concernent des relations juridiques. Il faudrait penser les délais en fonction de ces liens humains et non seulement en fonction de l'accélération du temps.

80.- Le lien de droit peut être vu comme une spirale sur un plan. Il a une vie, un début, un déroulement et une fin. Un lien de droit qui resterait un cercle bloquerait les parties indéfiniment. Un lien conduit à un autre lien, comme un ricochet de lien. L'enfant sort du lien de filiation en concluant des contrats de travail et éventuellement en se mariant ou se « pacsant ». Ces derniers liens peuvent conduire à de nouveaux liens avec des enfants. Un lien ne supprime pas le précédent, mais s'y substitue en partie. Il existe néanmoins des passages douloureux où des déliaisons peuvent être nécessaires pour construire de nouveaux liens. Marie Balmay écrit ainsi : « *la psychanalyse dénouait donc en moi peu à peu les « liens de servitude », surtout ceux qui, comme pour tout un chacun, me liaient à ceux que j'aimais. Défaire des liens et en même temps rendre possible les relations* »³⁵⁶.

Il paraît possible de considérer que chaque lien de droit constitue un processus où l'on retrouve les mêmes six ou sept étapes : la rencontre (naissance de l'enfant, rencontre d'un couple, du futur contractant, naissance d'un litige etc.), la promesse (reconnaissance de paternité, fiançailles, promesse de vente, assignation), la formation du lien (enregistrement par l'officier public de la naissance, du mariage, conclusion du contrat, saisine du juge etc.), l'exécution des obligations par une partie (éducation de l'enfant, obligation d'entretien dans le mariage, envoi des conclusions dans le procès), l'exécution des obligations de l'autre partie (idem), la confrontation (l'audition dans un procès, une crise familiale, une difficulté dans le contrat) et la fin du lien (décès, divorce, jugement, résiliation du contrat).

L'enfant se construit à l'aide d'au moins deux liens de droit, ce que l'on peut nommer une configuration élémentaire de lien de droit. Le sujet est défini par l'ensemble de ses liens de droit auquel vient peut-être s'ajouter un lien non juridique avec soi-même. Vis-à-vis de la mère, il existe d'abord un lien d'attachement. Il s'agit d'un lien fusionnel dont l'enfant sort progressivement en faisant l'apprentissage de la parole. Les deux liens de droit que l'enfant

³⁵⁵ V commentaire de S. Amrani-Mekki, Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle de vise de la prescription ? JCP 2008, chron., n°160.

³⁵⁶ Op. cit., p.44.

construit avec ses parents sont dissymétriques et en dialectique. Le lien de filiation se construit comme s'il existait un litige. Il apparaît comme une manière de sortir d'un nœud de liens fusionnels. Un procès judiciaire a sans doute des points communs avec ce premier procès.

Le lien de couple (issu d'un mariage, d'un PACS ou d'un concubinage) se construit entre des sujets qui se dégagent de leurs liens de droit primitifs. Kafka qui a plusieurs fois rompu ses fiançailles n'a jamais pu, semble-t-il, se défaire de son lien avec un père tyrannique. Les liens du travail permettent également de se dégager de ses liens primordiaux. Ces liens de seconde génération correspondent à ce que des sociologues ont nommés la seconde socialisation³⁵⁷. Le lien entre frère et sœur est à peine fondé sur des paroles, quoiqu'il s'agisse sans doute d'un lien de droit puisqu'il existe, selon la jurisprudence mais non selon la loi, une obligation alimentaire. Mais cette dernière est une obligation naturelle qui ne peut donner lieu à une action en justice³⁵⁸.

Une infraction pénale est une rupture dans l'ensemble des liens de droit, en ce sens il s'agit d'une atteinte à la société. De nombreuses infractions ont lieu dans le cadre de relations juridiques qu'elles détruisent (violence conjugale dans le lien de couple, agression sexuelle dans le lien de filiation, harcèlement ou discrimination dans le lien du travail, violence économique dans les liens contractuels). Lorsqu'une infraction n'a pas lieu dans le cadre d'un lien de droit préexistant, elle porte atteinte à une personne qui est, comme on l'a vu, un carrefour de liens de droit. Un nouveau lien de droit, l'obligation de réparation, et une condamnation qui constitue une dette vis-à-vis de la société sont créés. La faute lie les parties tout autant qu'un contrat. Michel Serres a ainsi pu noter : « *Gaius dit quelque part que toute obligation naît d'un contrat ou d'une faute. Si nous lisons dans le premier terme un lien qui rassemble ou assujettit, n'hésitons point à voir à l'origine du second une corde semblable qui nous tire ou tracte ensemble* »³⁵⁹. L'auteur souligne ainsi « *la nécessité des liaisons collectives : d'un lien l'autre* »³⁶⁰. Il semble que tout litige soit une sorte de maladie des liens de droit qui se « soigne » en réparant ou en créant de nouveaux liens de droit. La science de la transformation des liens de droit est ce que l'on nomme le droit processuel³⁶¹.

81.- Tout lien de droit suppose ainsi six ou sept étapes et paraît également impliquer six à huit personnes. La psychogénéalogie qui étudie les transmissions psychologiques au sein des familles prend en considération quatre générations et donc huit arrières grands-parents. Le lien du procès implique également souvent huit personnes : les parties, leurs avocats, le juge, le greffier, l'huissier et un témoin ou un expert et jusqu'à 12 dans une situation internationale (avec le traducteur, l'interprète et le doublement de certaines fonctions judiciaires comme celle de transmetteur d'acte assuré par l'huissier en France). Le lien conjugal implique lors de la célébration au moins 6 personnes : les époux, leurs témoins, l'officier d'état civil, le procureur de la République (pouvant intervenir en amont ou en aval de la cérémonie notamment pour faire annuler un mariage blanc) auxquelles on peut ajouter le secrétaire de mairie qui prépare les papiers³⁶². D'autres personnes ont un rôle à jouer tel que le médecin (puisque une visite médicale est prévue) ou, parfois, le notaire (pour l'aspect patrimonial).

³⁵⁷ P. Berger et T. Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, A Colin, 2005.

³⁵⁸ A. Bénabent, *Droit civil, la famille*, n°647 dans une troisième partie intitulée « *les effets généraux du lien familial* », Litec, 11^{ème} éd. 2003.

³⁵⁹ Le contrat naturel, précit., p.98.

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ V S Guinchard et alii, *droit processuel*, 4^{ème} éd. 2008, Dalloz ; v. aussi notre ouvrage *Droit processuel*, précit.

³⁶² Remarque suggérée par F. Defferrard.

Quelque soit le lien, chaque étape est marqué particulièrement par l'une des personnes en cause. La rencontre implique les parties. La promesse implique l'huissier qui envoie l'assignation, le notaire qui envoie la promesse de vente. La formation implique l'officier de l'état civil ou le greffier dans un procès. L'exécution implique les parties et éventuellement leurs avocats. La confrontation implique un témoin et la fin du lien implique un juge (divorce, résiliation) ou un notaire (décès). Tout ne rentre pas évidemment dans ce cadre. Il s'agit d'un idéal-type de lien de droit.

Cependant, chaque lien implique une période de construction et de négociation. Celle-ci peut être observée en droit des contrats. Elle existe aussi en droit de la nationalité. Un étranger obtient d'abord un visa puis une carte de séjour de courte durée, puis de longue durée avant de pouvoir demander à être naturalisé. Cette période de maturation joue sans doute un rôle dans la solidité d'un lien de droit. Le lien d'instance est tout entier une période préparatoire à la modification du lien de droit substantiel. Les fiançailles, lorsqu'elles existent et/ou une période de concubinage préparent au mariage. La grossesse au cours de laquelle le prénom est choisi prépare le lien de filiation. Enfin l'ancienneté dans le contrat de travail rend plus coûteuse la rupture.

Dans chaque lien de droit, le tiers stabilisateur ou les parties elles-mêmes peuvent fixer des règles qui fixent des limites à cet espace-temps symbolique. La règle doit permettre de maintenir une juste distance entre les parties.

3. La délimitation des liens de droit par les règles de droit.

82.- Pour fixer une limite, une partie ou un tiers doit avoir acquis une certaine autorité. Il est à noter que l'*auctoritas* romaine était présentée comme ayant une origine mystérieuse. On peut faire l'hypothèse que ce mystère vient de l'existence d'un vide ou d'une zone inconnue dans le lien de droit. L'autorité d'un professeur, par exemple, reste quelque peu inexplicable et tient notamment au fait qu'il est supposé connaître sa matière. Dans chaque lien de droit, une partie acquiert une certaine autorité qui lui permet de fixer des règles : les parents vis-à-vis des enfants, le banquier vis-à-vis de ses clients et inversement, les employeurs vis-à-vis de leurs employés. De même, l'Etat fixe des règles aux citoyens. Ces règles fixent des obligations donc des liens de droit à l'intérieur de liens de droit préexistants. Les règles forment ainsi les limites de la spirale du lien de droit et encadrent le vide entre les parties. Elles maintiennent les distances. L'existence d'un lien autorise une partie à fixer des règles à l'autre partie. Ainsi, les parents peuvent fixer des règles à leurs enfants parce qu'il y a un lien de filiation. Les enfants ont d'ailleurs un devoir d'obéissance. C'est dans le cadre des liens du droit du travail que l'employeur fixe le règlement intérieur de l'entreprise. C'est aussi parce que l'on est lié à l'Etat par un lien de nationalité ou par un lien statutaire que celui-ci peut nous fixer des règles. La séquence de notions est la suivante : des personnes physiques et morales sont impliquées dans des événements juridiques (actes de parole ou faits juridiques) qui créent des liens de droit (lien contractuel, lien de filiation, lien de nationalité etc.). Dans le cadre de ces liens, une personne (une partie ou un tiers) a une autorité sur l'autre et peut fixer des règles (qui peuvent aussi être le résultat d'une négociation entre les parties).

Donner sa juste place à la notion de lien de droit dans la théorie juridique peut conduire à perfectionner la fameuse approche structurale de la règle de droit³⁶³. Toute règle de droit peut

³⁶³ V. notamment H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948) rééd. Dalloz 1991.

prendre une forme hypothético-déductive, sous la forme : si telles conditions sont réunies alors tel effet juridique peut être déduit. Par exemple, l'article 1382 du Code civil prévoit que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Sous le forme hypothético-déductive cette règle devient : s'il existe une faute, un dommage et un lien de causalité, l'auteur doit réparer le dommage. Cette méthode conduit parfois à des abstractions inutilisables. Pour donner de la chair à cette méthode et montrer qu'une règle sert à délimiter des liens de droit, il pourrait être envisagé de mettre à jour les liens en cause dans la structure de la règle. Ainsi, il apparaît que le lien de droit peut se trouver dans le présupposé comme une condition d'une règle et/ou dans l'effet juridique de la règle. Par exemples, si les conditions de l'article 1382 du CC sont réunies, le juge constatera la naissance d'une obligation, donc d'un lien de droit, de réparation. Le lien de droit n'est alors présent que dans l'effet juridique de la règle de droit. En revanche, une des règles du droit de la nationalité peut se mettre sous la forme : si une personne est née de parents français (ce qui implique des liens de filiation et de nationalité), alors elle détient la nationalité française. Le lien de droit se trouve à la fois dans le présupposé et dans l'effet de la règle de droit. La méthode structurale met alors en évidence le fait que les liens de droit entraînent des liens de droit, comme dans un ricochet de liens de droit.

83.- Trop de lois³⁶⁴ peuvent étouffer le vide du lien de droit en ne laissant plus de jeu entre les parties. Si tout est prévu à l'avance, il n'y a plus de vie possible. La faille s'agrandissant entre les parties, la tentation est de multiplier les lois pour combler ce vide. Or, ce vide est nécessaire à condition d'être contrôlé. Les règles construisent un cercle qui doit laisser du jeu³⁶⁵, notamment pour permettre d'en sortir. La transgression des règles est parfois nécessaire pour sortir d'un cercle ou connaître ses limites. Le psychanalyste Jean-Pierre Lebrun confirme cette analyse³⁶⁶ : « *l'inflation du juridique que nous pouvons constater de nos jours vient plutôt confirmer l'impuissance de la loi symbolique à encore réguler symboliquement ce qui n'est bien souvent plus qu'un échange imaginaire, un duel généralisé et sauvage* ».

Quand le droit se fait conquérant, il prend la forme de lois qui imposent sans mettre au devant de la scène les liens de droit. On reconnaît le droit contemporain lorsqu'il produit de nombreuses lois souvent inapplicables. Michel Foucault écrivait en ce sens que : « *l'Occident n'a jamais eu d'autres système de représentation, de formulation et d'analyse du pouvoir que celui du droit, le système de la loi. Et je crois que c'est la raison pour laquelle, en fin de compte, nous n'avons pas eu, jusqu'à récemment, d'autres possibilités d'analyser le pouvoir, sinon en utilisant ces notions élémentaires, fondamentales et qui sont celles de loi, de règle, de souverain, de délégation de pouvoir etc. Je crois que c'est de cette conception juridique du pouvoir, de cette conception du pouvoir à partir de la loi et du souverain, à partir de la règle et de la prohibition, qu'il faut maintenant se débarrasser si nous voulons procéder à une analyse non plus de la représentation du pouvoir, mais du fonctionnement réel du pouvoir* »³⁶⁷. Il existerait ainsi un pouvoir du droit purement formel et un pouvoir réel. Mais le pouvoir décrit par le droit est-il si irréal ? Il se pourrait, au contraire, que des concepts juridiques fassent défaut, tels celui de lien de droit, pour aborder les évolutions du pouvoir. En tous les cas, un montage juridique ne sert pas qu'à « empaqueter » ou formaliser des faits ou des pouvoirs. Il réalise une construction symbolique dont il faut tenter de rendre compte.

³⁶⁴J. Chevallier, L'Etat post-moderne, 2^{ème} éd. 2004, Droit et société, LGDJ, p.95 ; ceci dit de nombreuses lois sont justifiées notamment par la transposition des textes européens et des conventions internationales.

³⁶⁵D. Martucelli, précit.

³⁶⁶ Un monde sans limite, précit. P.176

³⁶⁷Dits et écrits, Gallimard, 2001, t.2, p 1002.

Concevoir le droit comme un ensemble de règles et comme une simple fabrique de l'interdit constitue une présentation réductrice du droit. Le droit n'est pas un simple outil de domination.

84.- Toute règle n'implique pas de sanction (par exemple l'obligation de prévoir une liste des pièces à l'appui d'une assignation ne donne lieu à aucune sanction³⁶⁸). La sanction est cependant généralement prévue pour le cas où la limite fixée par la règle serait dépassée. Elle consiste étymologiquement à être séparé. Le droit de la responsabilité crée, quant à lui, une obligation de réparer le dommage. Il existe une relation entre l'imputation de la responsabilité et l'organisation des liens de droit dans les grandes institutions comme l'hôpital. L'organisation en service implique la responsabilité du chef de service même s'il existe un membre de l'équipe plus directement responsable. La complexification de l'organisation de l'hôpital impliquant notamment une régionalisation invite à affiner le droit de la responsabilité médicale. La notion de responsabilité pour autrui peine à rendre compte de cette évolution³⁶⁹. Ainsi en matière médicale, les règles de la responsabilité se complexifient au fur et à mesure que se multiplient les entités et leur interrelations (équipe, service, hôpital, regroupement d'hôpitaux etc.)³⁷⁰. De même, des recherches ont lieu concernant le dommage de masse (lié à une catastrophe) conçu comme ce qui porte atteinte au lien social en son entier³⁷¹. Concevoir ce dommage de masse comme ce qui porte atteinte à un ensemble structuré de lien de droit apporterait peut-être une plus grande précision conceptuelle.

La rupture du lien (licenciement, divorce pour faute) est la sanction ultime. Jean-Claude Guillebaud le souligne : « *la peine trouve en réalité sa justification non pas seulement dans la souffrance de la victime mais dans l'atteinte portée à une relation. C'est la relation avec l'autre qui a été détruite par le coupable. Le lien brisé et à reconstruire fondera désormais la peine au lieu et place des anciennes références collectives devenues incertaines... tel est le principe de la justice reconstructive* »³⁷². Il faut néanmoins préciser qu'il s'agit de la reconstruction de liens de droit et non pas de liens sociaux évanescents. Il ne s'agit pas d'une justice reconstructive des personnes au sens d'un travail purement psychologique, il s'agit de remettre les parties à une distance adéquate. C'est pourquoi il est préférable de parler de justice « *reliante* » (qui reconstitue les liens de droit) plutôt que de justice reconstructive³⁷³.

85.- Les normes juridiques comportent des interdits, des obligations ou des droits. Parmi ces droits, les droits de l'homme constituent une catégorie particulière qui peut apparaître comme détachée de tout lien. Ils deviennent, dès lors, des expressions de l'individualisme³⁷⁴. Ils sont à la fois nécessaires et critiquables en ce qu'ils tendent à réaliser tous les désirs des individus. Il n'existe pas, dans ce cas, de lien de droit qui cantonne l'infini des désirs et cantonne le vide dont ils sont issus. Alain Finkelkraut considère que les droits de l'homme sont « *l'expression d'une fièvre de l'illimité* »³⁷⁵. Selon Jean-Claude Guillebaud « *on ne veut plus se satisfaire*

³⁶⁸ Article 56 du Code de procédure civile.

³⁶⁹ C'est pourquoi S. Rémi-Gandon a proposé la notion de responsabilité complexe quand de nombreuses personnes (internes, chef de clinique, anesthésiste, radiologue, administratif etc.) peuvent avoir joué un rôle dans un dommage, dans sa thèse « la responsabilité complexe en matière médicale », Université Paris 1, 2006.

³⁷⁰ S. Rémi-Gandon, thèse précitée, il est intéressant de constater que se crée progressivement dans le milieu médical autant de niveaux de configurations de liens de droit qu'en droit général (voir chapitre 7).

³⁷¹ C. Lacroix, la réparation des dommages en cas de catastrophe, LGDJ 2008, spéc. n°760.

³⁷² Op. cit., p. 110.

³⁷³ V. Notre ouvrage, Droit processuel, précit. En conclusion.

³⁷⁴ Mais l'individualisme n'est pas nécessairement contraire au lien : F. De Singly, Les uns avec les autres, quand l'individualisme crée du lien, Armand Colin, 2003.

³⁷⁵ La tribunalisation du monde, in les Cahiers de la justice, Dalloz, 2006, p.9.

d'un respect de la personne, on veut que soient reconnus et légitimés – par le droit – tous les « contenus de vie » que cette personne choisira. Le concept de limite est dissous dans l'infinie diversité des préférences subjectives »³⁷⁶. Il y aurait ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, une sorte de droit au sado-masochisme³⁷⁷. La notion de droit de l'homme a été plutôt dégagée par des philosophes que par des juristes pour défendre l'individu vis-à-vis de l'Etat³⁷⁸. La notion de lien social a connu une fortune similaire.

Les droits de l'homme participent de l'inconsistance de la société et peuvent contribuer à la disparition progressive du droit. Tout petit l'enfant sait dire « j'ai le droit de jouer, de manger etc.. ». C'est un élément de la psychologie ou une traduction de sa puissance d'exister dirait Spinoza. Les droits de l'homme peuvent ne pas impliquer de limites s'ils sont compris comme un droit de tout dire et tout faire³⁷⁹. Certes, il s'agit d'une limite pour l'Etat qui ne respecte pas ces droits. Le drame des droits de l'homme est qu'ils ne construisent pas en eux-mêmes des liens. Pourtant le non respect des droits de l'homme peut détruire des liens. Il faudrait les considérer comme un mécanisme de défense des liens de droit qui structurent la société. Le paradoxe est que les droits de l'homme apparaissent détachés de tout lien alors qu'ils ne sont véritablement respectés que dans les relations entre un Etat démocratique et ses citoyens. Les conditions de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière maintes fois dénoncées en attestent. C'est pourquoi il serait préférable de parler de liens de l'homme³⁸⁰, d'un lien minimum entre toute institution, tout homme, étranger ou national, au sein desquels les droits de l'homme devraient être respectés. Ainsi les atteintes à la parole constituent des atteintes aux droits de l'homme (atteinte à la dignité, à la vie privée, à l'honneur etc.) et portent atteinte aux liens de droit. Il existe, en somme, une dialectique et une indivisibilité entre les règles et les liens de droit. Les premières créent les seconds et les seconds comportent à leur tour les premières. Ainsi au sein des liens de droit entre l'Etat et les citoyens, existent les droits de l'homme qui tendent à limiter les abus du pouvoir. La distance entre les parties est en somme garantie par les règles de droit. A côté des règles qui limitent l'espace-temps du lien de droit, il existe des principes qui ont, en particulier, pour rôle d'encadrer son vide constitutif.

4.. Les principes encadrant le vide du lien de droit.

86.- Un article d'un haut magistrat, Hubert Dalle, indique : « *le statut de la magistrature ne fait jamais état explicitement de l'impartialité. Dans son serment, le magistrat jure de bien et fidèlement remplir ses fonctions, de garder le secret du délibéré et de se conduire en digne et loyal magistrat. Tout au plus, par ricochet, on pourrait penser que l'incompatibilité de l'exercice des fonctions judiciaires avec toute autre activité professionnelle ou salariée a un rapport avec l'impartialité du juge* »³⁸¹. Le terme « par ricochet » est ici crucial. L'auteur prend pour point de départ le silence des textes et déduit des règles d'incompatibilités l'existence du principe d'impartialité au sein de l'organisation judiciaire. Or cette question est

³⁷⁶ Op. cit., 97.

³⁷⁷ M. Fabre-Magnan, Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique), D. 2005, chron. p.2973.

³⁷⁸ D. Lochak, Les droits de l'homme, Repères, La découverte, 2005, p.11 s.

³⁷⁹ V. d'ailleurs la critique du désir comme puissance d'être par C. Chailier qui se paie d'un amoindrissement de la puissance d'être des autres in L'alliance avec la nature, Cerf, 1989, p.194.

³⁸⁰ Voir notre ouvrage Droit processuel, précit. n°162 ; expression employée également par Marie Balmay (séminaire psy-droit 2007).

³⁸¹ Impartialité et organisation judiciaire et administration de la justice et acte juridictionnel, Entretien d'Aguesseau, 2001.

tout à fait d'actualité et central dans le débat sur la justice³⁸². Le juge judiciaire ou administratif a gagné son indépendance effective sur l'exécutif depuis une vingtaine d'années seulement. Se pose dorénavant la question de son impartialité car il n'est plus sous le joug des hommes politiques et des administrations. Il se creuse un vide entre les pouvoirs judiciaires et politiques par leur indépendance réciproque. Par ailleurs, la culture du management se développe dans les tribunaux et peut remettre en cause l'indépendance chèrement acquise, car c'est une autre manière de gouverner que de fixer des objectifs, notamment budgétaire. Ainsi un juge, impartial en principe, pourrait subir une telle pression concernant son rendement qu'il ne traiterait pas toutes les affaires avec l'attention requise. Le management peut d'ailleurs avoir une utilité pour améliorer le fonctionnement de l'institution judiciaire et notamment pour améliorer le travail collectif entre les différentes professions judiciaires (juge, greffier, avocat etc.). Plus généralement, le vide du lien de droit implique le respect du principe de non confusion.

Il existe en effet un grand principe architectural permettant de faire tenir les liens de droit ensemble : on peut le nommer principe de non confusion ou de non substitution³⁸³. Il s'agit d'une généralisation opérée à partir de différents principes. Le principe de non confusion est de nature à maintenir de justes distances entre les parties et entre les liens de droit. Il contribue sans doute aussi à créer et encadrer un vide au sein de l'espace-temps du lien de droit.

87.- Le principe de non confusion se traduit notamment par l'interdit du cannibalisme (incorporer l'autre en soi) et du meurtre en général. Le crime porte atteinte à l'ensemble des liens de droit, autrement dit à la société. C'est pourquoi le représentant de la société, le procureur de la République, peut engager l'action publique. Le principe de non confusion prend, plus particulièrement, la forme, dans la famille, de l'interdit de l'inceste. Les places d'enfants et de parents ne doivent pas être confondus. Cela explique que le principe se solde par des empêchements à mariage notamment entre parents et enfants et entre frère et sœur (article 161 à 164 du Code civil). L'interdit (étymologiquement : ce qui est dit entre les parties) de l'inceste crée un tabou et donc un vide au sein de la famille qui permet de contenir les pulsions. Dominique Bertrand souligne ainsi que l'interdit est un « *arrêt du processus pulsionnel* »³⁸⁴ et qu'il est « *une chose parmi les choses qui va se retrouver à la place du rien : ce qui sert à symboliser le rien, l'interdit lui-même ; cela dont l'interdiction fait un vide* »³⁸⁵. L'interdiction de l'inceste qui est pourtant fondamental ne donne lieu à aucune disposition générale en dehors de ces empêchements. Il n'existe pas d'infraction pénale spécifique. Si un inceste est commis au sein d'une famille, la qualification juridique sera celle de viol ou d'agression sexuelle avec une circonstance aggravante. Un principe est parfois si structurant qu'il est préférable de ne pas l'enchâsser dans un texte afin qu'il ne risque pas d'être remis en cause. Ce principe est aujourd'hui en danger. Ainsi en matière de conception avec donneur, le donneur reste anonyme ce qui veut dire que, par hasard, l'enfant pourrait un jour se marier avec un enfant déclaré de ce donneur³⁸⁶.

³⁸² V. Le n° de la revue française d'administration publique intitulée « une administration pour la justice », 2008, n° 125.

³⁸³ Ce terme s'est dégagé au cours d'un séminaire commun avec Mme Labrusse-Riou sur la substitution de personne et les liens de droit dans son DEA de droit des personnes en 2006 à l'Université Paris 1.

³⁸⁴ Op. cit., p.159.

³⁸⁵ Op. cit., p. 182.

³⁸⁶ N. Glandier, l'inceste en droit français contemporain, Université Toulouse 1, thèse, 2005 qui note aussi une confusion en matière de PACS.

Au plan économique, le principe de non confusion se traduit par plusieurs principes. Il s'agit, tout d'abord, du principe de l'effet relatif des contrats. Un contrat n'est relatif qu'aux parties et ne peut avoir d'effet juridique sur les tiers. Une affaire impliquant une minoterie a mêlé lien familiaux et liens contractuels³⁸⁷. A avait loué un moulin à B pour 12 ans avec une clause prévoyant que B ne pourrait se réinstaller dans un rayon de 20 km pour ne pas faire concurrence à un nouveau locataire. B avait un salarié qui est devenu son gendre et qui a pris une part importante dans le fonctionnement du moulin. Les 12 années se sont écoulées et B a pris sa retraite. Le moulin a été loué à une tierce personne. Le gendre de B s'est alors installé à proximité de l'ancienne minoterie attirant ainsi ses anciens clients et fournisseurs. A a estimé que le gendre avait pris la place du beau père dans le contrat de bail car il dirigeait l'entreprise et donc que la clause valait pour le gendre en raison des liens de famille. La Cour de cassation s'en est tenu au contrat. Il n'existait pas de lien contractuel entre A et le gendre. Il n'y a pas eu de confusion entre le père et le gendre alors qu'il s'agissait pourtant d'une forme de succession. Le contrat et la clause ne le liaient pas malgré les liens de famille. Le contrat ne vaut qu'entre les parties signataires. Il peut néanmoins exister des substitutions provisoires qui laissent en sommeil la partie substituée pour pallier sa défaillance³⁸⁸. C'est le cas des actions de substitution qui permettent à un syndicat d'engager un procès en lieu et place d'un travailleur en situation de faiblesse (harcèlement, discrimination etc.) sans avoir à demander un mandat à l'employé concerné. Il existe également une exception au principe de non substitution en matière d'adoption lorsque l'adoptant est défaillant ; on parle alors de substitution d'adoptant³⁸⁹.

Le principe de la liberté de la concurrence permet également d'éviter la confusion. Chaque agent économique doit pouvoir exercer son activité sans qu'il soit porté atteinte à cette liberté. Par exemple, porter un nom proche de celui d'une autre entreprise pour générer une confusion et capter une partie de la clientèle constitue une hypothèse de concurrence déloyale. Les ententes secrètes sur les prix réalisent une confusion entre les concurrents. Lorsque les entreprises de téléphonie mobile se mettent d'accord pour maintenir des prix élevés, tout se passe comme si les consommateurs n'avaient plus de véritables choix entre les opérateurs en termes de prix.

Pour illustrer le principe de non confusion au plan économique, on peut citer le cas de l'audit de compte³⁹⁰. Selon un journaliste, l'auditeur doit créer un lien de confiance avec l'audité : *« pour recueillir l'information pertinente, l'auditeur doit rentrer dans un rapport personnel, « de confiance » avec l'audité. Il doit créer une « relation de pairs », où la relation personnelle, le partage de mêmes normes culturelles et professionnelles – milieu social, formation en grande école... - joue un rôle fondamental ». Il faut montrer que l'on est « du même monde » ... « la connaissance comptable tend ainsi à devenir une coproduction entre auditeur et audité, ce qui renforce d'autant plus la probabilité de reconduire la relation contractuelle d'une année sur l'autre ».* L'auteur ajoute : si une relation trop « empathique » compromet l'indépendance, une relation trop distante compromet la compétence ... d'où le paradoxe suivant : un auditeur ne peut par définition savoir tout ce qui se passe, sans quoi il

³⁸⁷ Com., 21 fév. 1967 bull IV n°81 ; V. aussi une substitution à l'acheteur d'une personne qui a un lien de parenté avec le propriétaire Cass. 3° civ., 13 mai 1987 (n°86-10368 inédit titré) application de l'art. 10-III de la loi du 31 déc. 1975 ; v aussi la jurisprudence concernant la modification d'employeur suite à une fusion, le régime dépend de l'existence d'un lien entre les employeurs.

³⁸⁸ Par exemple, la substitution dans une promesse de vente n'exclut pas le premier bénéficiaire du « lien contractuel » (com. 4 juil. 1995, n°93-12700 inédit).

³⁸⁹ Art. 360 Code civil v. J Carbonnier, La famille, 20^{ème} éd. 1999, PUF, p.361.

³⁹⁰ Auditeur, audité : le lien social plus fort que les techniques comptables par Antoine Reverchon, le Monde du 22 oct 2002 compte rendu d'un travail de recherche mené par C. Richard et R. Reix.

compromet son indépendance ; mais s'il est totalement indépendant, il risque de ne rien savoir. Dans ces conditions, il vaudrait peut-être mieux « *diversifier la formation, le niveau et l'origine des équipes d'audit, afin que puisse s'exercer une distance critique vis-à-vis des fonctionnements tacites au sein de l'entreprise* ». Le lien contractuel doit ainsi comporter une suffisante distance entre les parties.

Au plan politique, le principe de non confusion se traduit, tout d'abord, par le principe de laïcité. Il conduit à distinguer nettement les liens civiques et publics des liens religieux. Il existe des liens juridiques religieux entre un fidèle et une association religieuse à laquelle il cotise régulièrement ou exceptionnellement ; il existe aussi une alliance entre un croyant et Dieu qui emploie par métaphore le langage juridique.

Le principe de non confusion prend, ensuite la forme du principe de la séparation des pouvoirs. Il est nécessaire d'aménager un certain vide entre les pouvoirs. En ce sens, le psychiatre Jean-Richard Freymann souligne en faisant un parallèle entre les individus et la séparation des pouvoirs au sein de l'Etat : « *comme dirait Montesquieu, la division des pouvoirs ferait qu'il y aurait conflictualité en particulier entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, conflictualité qui permettrait que puisse fonctionner un certain nombre de liens, liens un peu respectueux de la place de l'autre* »³⁹¹. A l'intérieur de l'Etat, il ne doit pas exister de confusion entre les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires (principe issu de la loi des 16-24 août 1790). Ce principe évite les excès de pouvoir. Le gouvernement ou le Parlement ne peut intervenir dans un jugement. Il existe cependant des liens entre ces pouvoirs. La Cour de justice de la République peut juger les ministres en cas d'infractions commises dans l'exercice de leur fonction. Le président de la République peut accorder une grâce à une personne condamnée par les tribunaux répressifs etc. Il y a une séparation, mais non un isolement des pouvoirs. Il s'agit plutôt d'une collaboration dans laquelle chaque pouvoir reste autonome. Les liens internes à l'Etat sont des formes de liens politiques. Le juge judiciaire ne peut troubler les opérations des corps administratifs. C'est ce qui explique la création de la juridiction administrative. Le juge détient aussi une part de pouvoir législatif lorsqu'il crée du droit, par exemple la Cour européenne des droits de l'homme a mis à jour le principe nouveau de l'égalité des armes³⁹² (voir plus loin). Le pouvoir est comme nous le verrons un lieu vide garanti par les principes de la séparation des pouvoirs.

88.- Au principe de non confusion, il convient de joindre le principe d'égalité³⁹³. La notion d'égalité paraît simple mais elle conduit à d'incroyables complications en pratique qu'il s'agisse de l'égalité homme/femme ou de l'égalité contractuelle. Elle n'est pas, par ailleurs, univoque ; il existe plusieurs égalités. On parle d'égalité devant la loi, d'égalité des chances et, à la suite de l'économiste A. Sen, d'égalité de « capacités », c'est-à-dire d'une égalité effective qui permette à chaque individu d'être en mesure de bénéficier des chances offertes³⁹⁴. Ainsi au lieu de simplement donner le libre accès à l'université, il faut permettre à tout le monde d'être mis en mesure d'être capable de réussir ses études, par des aides diverses, notamment des tutorats (il est difficile en pratique de mettre en place des tutorats qui aident les étudiants qui en ont le plus besoin) ou des bourses. Il paraît possible de considérer

³⁹¹ In M. Patris et J.R. Freymann, *Les cliniques du lien*, Eres, 2007, p.75.

³⁹² CEDH, 17 janvier 1970, Delcourt, et Dombo Beheer du 27 oct. 1993, V. Berger, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 9^{ème} éd. 2004, n°74.

³⁹³ V. sur la relation entre égalité, liberté et lien social : P. Bouretz, *Egalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social*, Droits, 1988, p.71.

³⁹⁴ A. Renaut, *Egalité et discriminations*, Seuil, 2007, p.55 s.

qu'il existe une égalité qui est de l'essence des liens de droit et une autre égalité plus évolutive qui est de nature à modifier ou à transformer les liens de droit.

Le lien de droit implique des personnes différentes, mais à égalité ; c'est la problématique classique et galvaudée de l'égalité et de la différence. Les cocontractants sont en principe égaux, l'homme et la femme dans le lien conjugal, les parties dans le lien d'instance. L'égalité des parties existe à l'égard du tiers de référence, ou, à l'inverse, le tiers par excellence pose l'égalité entre les parties. Le tiers ne peut être accepté comme tiers que s'il est impartial et donc s'il traite à égalité les deux parties. L'égalité des armes qui existe dans le procès en est un bon exemple. Cette expression recouvre, tout en étant un peu plus large, le principe du contradictoire. Le juge doit respecter le principe du contradictoire afin que chaque partie ait d'égales possibilités de se défendre.

De la même manière, il existe un principe d'égalité entre frères et sœur vis-à-vis de leurs parents. On peut aussi penser à l'égalité des créanciers dans une procédure collective (chaque créancier reçoit en principe – sauf divers privilèges - une part des actifs restant de l'entreprise proportionnelle au montant de sa créance). L'égalité homme/femme dans l'entreprise se forme au regard d'un même employeur. Pierre Mazière, l'auteur d'une thèse sur le principe d'égalité en droit privé, donne une indication en ce sens : « *chacune des personnes inscrites dans le rapport égalitaire tire en effet ses prérogatives d'un tiers ... il peut s'agir de l'employeur, pour une comparaison entre deux travailleurs ... en d'autres lieux l'Etat peut être ce tiers, par exemple, en matière de discrimination au regard de la nationalité* »³⁹⁵. A vrai dire, ce qu'il entend par rapport égalitaire ne constitue pas un lien de droit, il cherche à faire des comparaisons dans des groupes de personnes pour savoir s'il existe une inégalité. Il paraît cependant possible de considérer qu'assez souvent, un lien de droit existe entre les personnes comparées. Ainsi, les employés d'une même entreprise sont unis entre eux, comme le sont des frères et sœurs au sein de la famille. Il existe une sorte de lien d'entreprise comme il existe un lien de parenté (l'analogie a bien évidemment ses limites), c'est un lien horizontal qui implique des droits et des devoirs notamment défini par un règlement intérieur.

L'égalité est de l'essence du lien de droit, car le lien de droit ou un groupe de liens de droit implique un tiers de référence qui doit mettre les parties à distance égale. Pierre Legendre le confirme : « *l'égalité devant l'interdit signifie d'abord reconnaissance légale de l'indisponibilité de la Référence pour tout sujet* »³⁹⁶. Par Référence, il entend tiers de référence et, en général, l'Etat. Le tiers met à distance égale en fixant un interdit, en particulier l'interdit de la confusion. Il s'agit de l'interdit de l'inceste dans la famille et de l'interdit de la domination d'une partie par une autre dans le procès qui est assuré par les droits de la défense. De même, en droit de la consommation lorsqu'il existe une trop grande inégalité, l'Etat, tiers de référence des contrats de consommation, vient rétablir l'égalité entre la partie dite faible et le professionnel (en interdisant les clauses abusives, les abus de faiblesse ou la publicité trompeuse).

L'égalité dans les liens de droit est, au fond, l'antique partage égal tel que l'a montré Michel Villey. Le *jus* est le résultat de ce partage et le *jus* ne doit pas être traduit, comme l'a vu, par un droit ce qui serait un anachronisme mais par lien de droit. Il écrit en effet dans la formation de la pensée juridique moderne « *le jus est le lot qui vous est attribué, c'est le résultat du partage* »³⁹⁷. Notre analyse du lien de droit n'opère cependant pas un retour à une approche

³⁹⁵ Le principe d'égalité en droit privé, PU Aix-Marseille, 2003, p.77.

³⁹⁶ Les enfants du texte, précit. p.335.

³⁹⁷ Op. cit., 247.

purement objective du lien en termes de partage d'un bien. L'actualisation ou le renouvellement de la notion de lien de droit conduit à mettre à jour, comme nous l'avons vu, une juste distance de reconnaissance entre des personnes égales et différentes. Il faut aussi considérer que la notion d'égalité est évolutive.

89.- L'égalité est une notion évolutive modifiant les liens de droit. Le lien conjugal, le contrat de consommation, le contrat de travail et le lien d'instance sont, aujourd'hui, sous la pression du principe de l'égalité. Partant de bonnes intentions, on tombe alors dans un égalitarisme fou qui tend à gommer les différences. Le lien de droit qui était le lieu de la différence entre les parties, le lieu de « l'altérité pacifiée », implique de plus en plus une sorte d'égalité effective. Deux psychiatres, Michel Patris et Jean-Richard Feymann, écrivent ainsi : « *les liens égalitaires est-ce que ça peut résister à l'épreuve de la réalité ? ... cette « éthique » pousse la médecine vers une sorte d'égalitarisme où le malade serait mis sur un pied d'égalité avec le thérapeute au sens où il serait suffisamment informé pour négocier d'égal à égal la question de son traitement* ». Ils jugent cette situation utopique et même hypocrite car on fait « *comme si* » on était égal alors que « *cette égalité, là comme ailleurs, est impossible* »³⁹⁸. Il s'agit d'un « *mensonge juridique* ». Ils notent d'ailleurs que du coup la confiance nécessaire pour faire une consultation est en perdition, la confiance qui est, on va le voir, un effet d'un lien de droit équilibré.

De nombreux auteurs ont noté cette perversité de l'égalité, souvent nommé l'égalitarisme. Ainsi, la politique d'égalité en faveur des handicapés implique que les entreprises aient 6 % de leurs employés handicapés. Jusqu'à une date récente, les sanctions étaient restées faibles et de nombreuses entreprises préféraient payer l'amende. Les sanctions sont désormais strictement appliquées. Or, il n'y a pas assez d'handicapés qualifiés pour respecter ce chiffre de 6 %. S'il était respecté, il n'y aurait aucun chômage parmi les handicapés, ce qui serait une inégalité à rebours (qui peut d'ailleurs être justifiée).

De manière encore plus générale, le psychanalyste Jean-Pierre Lebrun considère que l'on vit à un âge d'inconsistance car on est tous au même niveau, on est tous égaux³⁹⁹. Plus personne n'est en position exceptionnelle comme pouvait l'être un roi. Il considère d'ailleurs que cela conduit à de nouvelles pathologies et à un développement de comportements pervers tels que le harcèlement dans des liens de subordination. De même, selon le politologue Claude Lefort, ce qui caractérise la démocratie est un lieu vide, une désincorporation du pouvoir. Il n'existe plus de roi qui incorpore le pouvoir car tous les citoyens sont égaux. Le lieu du pouvoir est vide⁴⁰⁰.

Cette conception évolutive de l'égalité, cette conception politique, a modifié les liens de droit. Le vide, qui existe dans la démocratie en général comme lieu de pouvoir, existe aussi concrètement dans chaque lien de droit. Le signe égal consiste en deux traits horizontaux et parallèles créant un vide. Ce vide génère de l'incertitude alors que les liens féodaux étaient fondés sur une stricte hiérarchie et la certitude des places. La démocratie ayant créé du vide, chaque lien de droit est devenu lui-même plus incertain, plus insaisissable. Mais ce vide garantit aussi la liberté des parties. Ce vide, cette zone d'ombre du lien de droit, peut conduire à un litige ou au divorce s'il concerne un lien conjugal. Il est peut-être aussi la garantie d'une durabilité des liens de droit, dans le sens où, paradoxalement, il oblige les parties à faire de constants efforts pour maintenir la confiance, notamment dans les relations contractuelles.

³⁹⁸ Op. cit., p.11 et 12.

³⁹⁹ Thème récurrent de son ouvrage « La perversion ordinaire », précit.

⁴⁰⁰ Démocratie et avènement d'un « lieu vide », (1982) in Le temps présent, 2007, Belin, p.461 s.

L'avantage de raisonner en termes de lien de droit est de cesser de ne voir dans l'égalité qu'un droit. Elle implique une responsabilité réciproque, des droits et des obligations. Cette approche peut permettre d'opérer la comparaison non pas seulement entre des individus isolés, mais entre des individus liés entre eux. Par exemple, en matière de handicap, il serait possible de prendre en considération le groupe de liens qui compose l'entreprise, voire les chômeurs. Il ne s'agit pas d'apporter une solution à des problèmes qui donnent lieu à des réflexions approfondies de praticiens et de philosophes. Il s'agit de suggérer une piste qui est de ne pas raisonner en termes d'individus mathématisés par des rapports d'égalité, mais en termes de liens dans lesquels doit être recherché un équilibre satisfaisant entre les singularités et l'égalité.

Dés lors qu'il existe des incertitudes dans les relations juridiques, on comprend qu'il soit beaucoup question de confiance et de loyauté dans les liens contractuels, conjugaux ou dans les liens d'instance. Lorsque le régime du lien de droit (une parole, un tiers, un objet, une cause, une preuve, des règles et des principes) est en œuvre, la confiance naît naturellement. La confiance ne se décrète pas, elle ne peut être qu'un effet.

5. La confiance comme effet.

90.- La réussite d'un long ricochet accroît la confiance en soi et la confiance en soi permet de réussir un ricochet. Un lien de droit n'est viable que si les parties se font confiance, mais les parties ne se font confiance que si le lien de droit est juste. Le vide dans le lien de droit interdit toute certitude. Personne ne peut jamais être tout à fait « sûr » de ses enfants, de ses parents, de son employé ou de son employeur, de son juge ou des parties en procès, voire de l'Etat dont on est le national (la raison d'Etat peut être contraire à l'état de droit). L'élargissement de la faille entre les parties accroît le sentiment de méfiance et l'emploi fréquent de la notion de confiance dans la littérature juridique traduit sans doute une méfiance ambiante⁴⁰¹. Certaines lois comme, par exemple, la loi sur la confiance numérique ou certaines décisions judiciaires tendent à imposer la confiance. Mais la confiance ne se décrète pas. Dans un univers stable et hiérarchisé, on sait en qui l'on peut avoir confiance. Dans un univers d'égalité et de liberté, la confiance est introuvable. En même temps, la confiance systématique est infantile. Le psychiatre Michel Patris affirme à ce propos : « *c'est quand même un miracle permanent que les choses se passent comme si tout le monde se comprenait, comme si on baignait dans une espèce de fraternité, d'amour, d'agape. Le modèle névrotique, c'est le modèle de la confiance. Mais la confiance c'est tout de même un petit délire* »⁴⁰². Ainsi, la question de la confiance se trouve du côté du mépris du droit et de l'amour sans limite, comme le sont la notion de lien social et, dans une certaine mesure, celle de droit de l'homme. Il faut accepter que l'on ne puisse jamais avoir totalement confiance dans son partenaire. C'est justement le lien de droit, le tiers, les paroles échangées qui créent cette confiance. Il ne s'agit pas tant d'une croyance, comme l'indiquerait la racine latine (confiance vient de foi) que de la solidité de ce sur quoi l'on tient comme l'indiquerait plutôt la racine hébraïque *emouna* (qui a donné amen et qui signifie ce sur quoi l'on tient). Il faut accepter qu'il y ait une part de malentendu dans les liens de droit. L'absolu clarté des rapports qui donnerait toute confiance est une illusion.

⁴⁰¹ V. Les actes du colloque « la confiance en droit privé des contrats », Dalloz, 2008 et notamment V. Benamou qui parle de « *discours incantatoire en faveur de la confiance* », en particulier à propos de la loi sur la confiance numérique, p. 76.

⁴⁰² Op. cit., p. 64.

91.- Voisin de la notion de confiance, le principe de loyauté se développe aussi bien en droit des contrats qu'en procédure. Il se développe sans doute à mesure que croît la déloyauté ou l'absence de confiance en l'autre. De même que le droit pénal sécuritaire se développe avec le sentiment d'insécurité. C'est l'indétermination du lien de droit qui donne ce sentiment de perte de confiance et de sécurité⁴⁰³. A vrai dire, il existe une incertitude dans les liens de droit qui apparaît plus nettement aujourd'hui et non pas un hypothétique lien social détruit par les incivilités. Le parlement vote des lois et les juges condamnent pour combler cette incertitude. Ne remplit-on pas les prisons pour combler un vide ? Or, le vide est inhérent au lien de droit et doit être travaillé. Plutôt que de vouloir rebâtir des liens de droit parfaits donnant toute certitude, il serait peut-être préférable de raisonner en termes de reconstruction des liens de droit existants (en préparant une réinsertion progressive des anciens détenus).

92.- De la bonne foi et de la loyauté peut être rapprochée la question de la coopération dans les liens de droit. Un principe de coopération entre les parties et le juge a pu être décelé dans le lien d'instance. De même, il existe une obligation d'entraide dans les liens familiaux notamment dans le lien conjugal et les liens de parentés (entre frère et sœur). Une telle obligation d'entraide est une coutume dans certaines professions (dans l'agriculture notamment). En droit contractuel, certains auteurs emploient l'expression de solidarisme contractuel. Il s'agit « *de substituer à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre, celle du contrat en tant qu'œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social. Le solidarisme se traduirait, en droit positif, par le développement de la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat, par les obligations de coopération, de collaboration entre les parties* »⁴⁰⁴. Cependant, on pourrait estimer que la seule présence d'un lien de droit implique la reconnaissance de l'autre partie et la nécessité d'une coopération. Il ne s'agit pas d'une exigence morale, mais d'un mécanisme inhérent à tous les liens de droit permettant de maintenir les justes distances.

Est-ce que la confiance en l'autre et en soi ne viendrait pas plutôt du caractère symbolique du lien et de la présence d'un tiers stabilisateur fixant des limites ? N'est-ce pas les mots qui rendent durable la relation et donne confiance dans sa durée ? Un contrat bien « ficelé » où l'essentiel est prévu donne confiance dans l'exécution et la qualité de la prestation du partenaire. La confiance ne naît peut-être pas tant de l'affectif souvent changeant que des symboles qui peuvent être plus solides. Nicolas Fischer écrit à ce propos : « *on insiste à juste titre sur l'importance de la parole donnée ; elle nous lie ; l'alliance contractée dans le mariage a ce sens : elle nous lie à l'autre à travers des paroles échangées...ce qui se joue de décisif dans une rencontre se traduit par la parole ; elle fait la relation...si dans notre relation à l'autre la parole a une valeur si structurante c'est parce qu'elle est le lieu de notre vérité face à l'autre... la parole est le vecteur de cette reconnaissance ; elle est l'expérience même de la rencontre. Dans un tel contexte la parole dite est à bien des égards un acte, car elle est l'expression de ce que je suis et de la confiance mise dans l'autre... en raison de cette relation juste et vraie entre ce qui est dans mon cœur et ce qui sort de ma bouche, ma parole porte en elle sa propre efficacité : ce que je dis devient agissant...* »⁴⁰⁵. Or, le lien qui naît d'une parole, d'une promesse n'est rien d'autre que la définition du lien de droit : un lien de parole.

⁴⁰³ Didier Peyrat, En manque de civilité, Textuel, 2005, p.24.

⁴⁰⁴ J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, les obligations, 1 l'acte juridique, Armand Colin 2004 n°119 p. 81 et aussi Denis Mazeaud, Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? D. 2005, Jurisprudence p. 1828.

⁴⁰⁵ Op. cit., p.160.

Nous avons ainsi étudié les conditions et la vie d'un lien de droit. Il reste à explorer les compositions de liens de droit. Notre hypothèse est l'ensemble des liens de droit constitue la société. A Supiot écrit en ce sens : « *ce que nous appelons « société » est un ensemble de liens de paroles* »⁴⁰⁶.

Chapitre 7.- L'architecture dynamique des liens de droit.

93.- Aucun lien juridique n'est isolé, un lien en appelle un autre et en suppose un autre. On pourrait parler de ricochet dans les liens de droit. Les liens de droit ne font pas que se connecter, ils forment des figures, des volumes et de véritables constellations. L'architecture, dans son sens habituel, est plus proche du droit que l'on ne se l'imagine généralement. L'architecture n'est pas seulement la création de bâtiments et le dessin de façades, elle est avant tout un travail sur l'espace d'habitation et son organisation⁴⁰⁷. L'architecture est le travail de l'espace matériel ; le droit est le travail de la distance relationnelle.

Pour le droit, les espaces sont des groupes tels que la famille, l'entreprise ou l'Etat à l'intérieur desquels vivent les personnes physiques. Chaque lien de droit peut être représenté sur un plan comme un trait en pointillé fait de continuité et de discontinuité (le vide constitutif). Un groupe de liens de droit structurés peut être représenté dans un volume tel qu'une sphère (les régions, les villes, les grandes entreprises etc.). Ces volumes sont impliqués les uns dans les autres et comprennent des groupes de liens comme la famille au sens étroit, voire de véritables milieux ou réseaux présents dans plusieurs sphères.

Comment comprendre cet écheveau ? La notion de réseau peut-elle être utilisée ? Elle ne donne cependant qu'une description et ne dit rien sur son organisation. La Bible présente un développement archétypal des groupes de liens. Dans le livre de la Genèse apparaissent les premiers hommes, le premier noyau familial, Adam, Eve et leur trois fils (les deux premiers étant Caïn et Abel). Le troisième, Seth, a des enfants et des petits enfants. Sont ainsi dégagés les liens du couple et les liens de filiation. Cela ne signifie pas que le couple est antérieur au clan. Il semble qu'historiquement, ce soit le contraire. La Bible ne se veut pas un texte historique. Elle indique par sa construction que les liens de couple doivent d'abord être construits et équilibrés avant de pouvoir construire adéquatement les liens familiaux et des liens plus larges.

La famille s'élargit aux dimensions d'une tribu de 70 personnes avec Jacob. Les liens sont simples et directs, chacun est relié en ligne directe au patriarche et à la matriarche. Pourtant le conflit couve entre Joseph et ses frères, les fils de Jacob, comme nous allons le voir. Dans le livre de l'Exode, la famille se fait groupe, puis se fait peuple composé de 12 tribus. Moïse tente de faire fonctionner ce groupe qui n'est plus seulement relié par des liens familiaux, mais par des liens en construction qui sont extra familiaux. Naissent des litiges qui concernent sans doute la répartition des biens à l'intérieur de ce peuple. Moïse connaît lui-même de tous ces litiges. Il est écrasé par la tâche car le peuple dépasse 100000 membres. Jethro, le beau père de Moïse – il est à noter que Moïse a, avec ce conseiller, un lien d'alliance – lui suggère de nommer un juge pour huit personnes.

⁴⁰⁶ in Université de tous les savoirs, la société et les relations sociales, Vol. 12, O Jacob, 2002, p.57 ; le terme de lien de parole est également fréquent dans l'œuvre (précit.) de Pierre Legendre.

⁴⁰⁷ Bruno Zévi, Apprendre à voir l'architecture, éd. Minuit, 1959, spéc. chap. 1.

94.- Comment Jethro⁴⁰⁸ savait-il que la solution passait par l'institution des juges (dont il décrit les qualités nécessaires) ? Une raison possible est qu'il était un prêtre de Madian car le terme Madian peut vouloir dire le litige⁴⁰⁹ ou aussi « qui est juge ? »⁴¹⁰. Or, la génération précédente des Madianites a connu une situation de litige et a commencé à répondre à la question « qui est juge ? ». Lorsque Joseph et ses frères ne purent plus se parler - car Joseph faisait des rêves que les frères pouvaient interpréter comme des rêves de domination - la solution qu'a imaginé Juda a été de faire appel à des tiers, les Ichmaélites dont la caravane passait, par hasard ?, dans le désert. Pourtant, ce ne sont pas des Ichmaélites qui ont tiré Joseph du trou ou du vide (une prison ?) dans lequel ses frères l'avaient laissé, mais des Madianites. Ces Madianites ont ensuite vendu Joseph aux Ichmaélites qui l'ont à leur tour revendu à des Madianites. Finalement, Joseph est acheté par le chef des cuisiniers Egyptiens aux Ichmaélites. Que pensez de ce récit compliqué ?

Les Ichmaélites descendent du fils d'Agar et d'Abraham. Ismaël, qui veut dire Dieu a écouté, a été injustement chassé par Abraham dans le désert avec sa mère, Agar, à la demande de Sarah. Les Madianites descendent, semble-t-il, d'un autre fils⁴¹¹ d'Agar qui a changé son nom en Ketoura⁴¹² en devenant la seconde femme d'Abraham, après la mort de Sarah. Le nom de ce fils d'Agar-Ketoura, Madian, veut dire « qui est juge ? ». Ce nom ne provient-il pas du fait qu'en épousant Agar après la mort de Sarah, Abraham a fait justice à Agar en la rétablissant dans son lien de couple ? Il existerait ainsi une dialectique entre les Ichmaélites qui écoutent et les Madianites qui rendent la justice. Le regard est également présent avec la figure du frère aîné Ruben qui veut dire étymologiquement « Dieu a vu mon humiliation » (exprimé par sa mère Léa qui avait les yeux faibles) et qui revient, trop tard, pour sortir Joseph du trou : la fosse est vide⁴¹³. Le juge serait donc un tiers privilégié stabilisant les forces actives et réactives des parties en mettant en œuvre lui-même trois types de force : la force de la vision plutôt objective et neutre, la force de l'écoute plutôt réceptive et la force de la parole performative, celle qui juge qui constitue une véritable action. Il faut d'ailleurs noter que Jethro, le Madianite, possède lui-même des qualités d'écoute (Exode 18,1) pour savoir, de vision pour poser des questions (Exode 18, 14) et, enfin, de parole pour donner un conseil à Moïse (Exode 18, 19).

Que signifient ces ventes et achats successifs de Joseph ? N'est-ce pas une façon de répondre à la question « qui est juge » ? Les ventes successives seraient comme un tissage pour réparer l'enchevêtrement des relations familiales. Le mot madian est aussi un mot commun qui n'apparaît qu'une fois dans la bible dans le livre des juges (5, 10) et qui est souvent traduit par tapis ou habit (ce qui est tissé). Le travail du juge est un travail de retissage des liens de droit à partir d'un conflit et d'un vide (la citerne dans laquelle Joseph est jeté). Comment se fait concrètement cette reconstruction ?

L'idée selon laquelle le juge doit avant tout écouter n'est ni simple ni naïve. Elle signifie que le juge doit se mettre dans une situation de non savoir sur les parties pour prendre en considération des éléments explicatifs antérieurs au litige. Ce n'est qu'à ce prix qu'il sera impartial. Cela est traduit par le terme d'Ichmaélite, celui qui écoute. Mais le juge n'est pas

⁴⁰⁸ Qui veut dire « le plus » en hébreux.

⁴⁰⁹ E. Klein, a comprehensive etymological dictionary of the Hebrew language, Carta, Jerusalem, 1987.

⁴¹⁰ Jeu de mot avec mi qui veut dire qui et dian qui veut dire juge (nous sommes ici redevables à Marc-Alain Ouaknin dans la mesure où un de ses séminaires a été le point de départ de ces remarques).

⁴¹¹ Madian qui a un frère dont le nom est proche Medan, Gn 25, 2.

⁴¹² Ketoura et Agar pourrait en effet être la même personne selon la tradition.

⁴¹³ Sur la dialectique de la vision et de l'écoute dans la philosophie et le judaïsme, V. C. Challier, Sagesse des sens, le regard et l'écoute dans la tradition hébraïque, Albin Michel, 1995.

que celui qui écoute, il voit, pèse et tranche, ce qui est peut-être traduit par la succession de vente et d'achat⁴¹⁴ qui implique souvent une balance (symbole de la justice). Là encore, cela n'est peut-être pas si simple. La succession de ventes signifie peut-être qu'un affinement se produit au cours du procès en particulier en cas de recours successifs. Il s'agissait peut-être de sortir Joseph de la situation d'objet, c'est-à-dire d'esclave des autorités et de son destin. Le fils préféré, beau et chargé de hautes responsabilités, ne cessera pas toute sa vie de se remettre dans une situation de pouvoir qui suscite les jalousies. Pour parvenir à la réconciliation avec ses frères, de nombreux épisodes seront encore nécessaires. Le travail du juge consiste peut-être, dans l'idéal, à faire sortir une personne de sa condition d'objet, de sa condition de personne déterminée ayant un destin tout tracé par les autres (par l'interprétation des rêves de Joseph par ses frères en rêves de pouvoir) et qui le conduit à se retrouver plusieurs fois dans les mêmes situations litigieuses afin de pouvoir repartir à zéro. Le juge ne peut-il pas contribuer à ce passage fécond par une case vide (la citerne peut-être) où le sujet se défait pour mieux se retrouver ? Constituer un véritable lien de droit consiste justement à donner à chaque partie une autonomie (donc un espace-temps⁴¹⁵ qui lui est propre) qui ne le réduit pas à l'esclavage et au statut d'objet.

On peut aussi relever dans ces ventes et achats successifs une part de compromis. Un jugement n'est jamais parfait. De ce point de vue, une quatrième force est sans doute à prendre en considération, celle de Juda. C'est lui, le quatrième fils justement, qui suggère que Joseph soit vendu plutôt qu'abandonné dans la citerne⁴¹⁶. Certes, la solution est loin d'être parfaite mais elle ouvre une porte qui évitera un meurtre direct ou indirect et conduira en fin de compte à une réconciliation entre les frères⁴¹⁷. Cette quatrième force de compromis et d'organisation réalise une ouverture sur l'universel. Elle est conduite par plusieurs peuples : les Madianites, les Ichmaélites, les Hébreux et les Egyptiens. C'est ainsi que l'on passe d'une famille, à un peuple jusqu'à l'ensemble des peuples.

Ainsi, pour passer de la famille au peuple, il faut des tiers grâce auxquels vont se créer ou se reconstruire des liens de droit extra familiaux. Ces juges ne sont pas des substituts des patriarches pour le peuple, ils en sont sans doute le prolongement mais sont dégagés des liens de filiation, d'alliance et de parenté. Ils sont tiers à la famille et aux parties en litige. Ils sont donc plus neutres, plus abstraits, moins proches des rapports biologiques que les patriarches. Ils permettent le maintien de l'architecture des liens à l'échelle du groupe élargi, le peuple. Ils contribuent à la formation d'une nation au sens d'un groupe où chacun a une place et où les distances sont respectées, à l'inverse d'une foule ou d'une masse⁴¹⁸. Postérieurement, Josué et les autres juges laisseront la première place à des rois à la demande du peuple. La justice est

⁴¹⁴ D'autant que le verbe acheter en hébreux a pour étymologie possible (dictionnaire étymologique précit.) le fléau de la balance avec laquelle on pèse les produits, or le fléau est aussi le symbole de la justice.

⁴¹⁵ Pas seulement un espace. A Heschel écrit à ce propos : « *ce contre quoi nous nous élevons c'est la reddition inconditionnelle à l'espace, l'esclavage, la soumission totale aux objets* », Les bâtisseurs du temps, éd. Minuit, 1957, p.103.

⁴¹⁶ Il emploie un terme hébreux Betsa que l'on traduit généralement par « quel avantage ? ». Juda demande à ses frères quel avantage ils allaient tirer du meurtre de Joseph. On a cru que Juda avait un comportement mercantile quand il essayait en réalité de trouver un compromis entre ses frères. En effet, le mot Betsa veut aussi dire faire un compromis ou couper du pain. L'idée de couper montre qu'il ne s'agit pas d'une approche tiède du litige mais d'un acte fort permettant à terme de reconstruire les liens de parenté. V. A. Abécassis, Judas et Jésus, une liaison dangereuse, Editions 1, spéc. p.55 à 75. Il est intéressant de constater que ce terme de Betsa se trouve également employé pour décrire les qualités du juge décrites par Jethro, prêtre de Madian (ex. 18, 21) mais là encore il est généralement traduit dans son sens péjoratif d'avantage indu alors qu'il pourrait aussi s'agir dans ce contexte d'une référence à la notion de compromis conçu dans un sens fort et non tiède.

⁴¹⁷ V. A. Abécassis, Judas et Jésus, une liaison dangereuse, Editions 1, 2001, spéc. p.68.

⁴¹⁸ D. Schappner, La communauté des citoyens, Gallimard, 1994, par ex. p.14.

aujourd'hui une des fonctions de l'Etat. On voit ainsi émerger différents niveaux d'organisation des liens de droit - famille, tribu, peuple, Etat, monde - et un des moteurs de la transformation de liens et des groupes de lien : le conflit. Les conflits peuvent exister à l'intérieur des liens ou groupes de droit qui deviennent déséquilibrés ou entre des personnes non liées (par des infractions et/ou des dommages)⁴¹⁹ ou entre groupes de liens de droit.

95.- La puissance est multipliée et non simplement additionnée à chaque niveau. Chaque lien de droit correspond à des forces différentes. On pourrait être tenté de regrouper les liens de droit selon trois grandes catégories de forces qui s'entremêlent : les forces biologiques et affectives qui irriguent les liens familiaux, les forces financières qui transitent par les liens économiques et les rapports de force qui prennent la forme de liens administratifs et politiques. Mais les liens familiaux et étatiques ont des aspects économiques et les liens économiques ne sont jamais réellement autonomes vis-à-vis des deux autres.

Les sociologues ont également dressé des typologies de liens sociaux. Serge Paugam⁴²⁰ propose ainsi de distinguer le lien de filiation, le lien de participation élective (amitié, voisinage, religion), le lien de participation organique (travail) et le lien de citoyenneté. L'auteur indique que ces liens sont de nature et d'intensité différentes, mais qu'ils apportent tous protection et reconnaissance. Cette typologie ne laisse de place au droit que comme organisation de certains liens. Or, tous ces liens sont juridiques (les liens familiaux, les liens du travail, le lien de citoyenneté qui est le lien de nationalité au niveau de l'Etat et le lien communal au sein de la cité), sauf certaines relations amicales, de voisinage ou religieuses (mais on peut voir la relation entre un croyant et sa religion - qui veut dire relier - comme un lien de droit non étatique). On a vu à maintes reprises quel rôle pouvait jouer l'amitié dans les liens de droit. Quant au voisinage, il s'agit souvent de relations juridiques (copropriété etc.)⁴²¹, et au minimum d'une relation stable car la proximité spatiale implique un contact régulier⁴²². Sinon, il ne s'agit que de relations de faible intensité et non de véritables liens. Cette typologie ne rend donc pas compte de la structuration de la société et met sur le même plan ce qui est de nature différente.

96.- Les liens de droit forment, par ailleurs, des combinaisons. Il est possible de dresser une typologie des liens de droit incluant les différentes configurations de ces liens. Il existe aujourd'hui 7 niveaux de combinaison⁴²³ des liens de droit (c'est une façon schématique d'approcher une réalité, on pourrait aussi bien dégager 6 ou 8 niveaux en faisant une lecture différente). Ces 7 niveaux forment comme une série de ricochets créant dans l'eau des cercles concentriques de plus en plus larges. Cependant, au centre des cercles concentriques, ne se trouvent pas une personne, mais un lien qui suppose déjà un tiers. Il ne s'agit donc pas d'une représentation égocentrique de la société, comme le dénonce justement Norbert Elias⁴²⁴. De

⁴¹⁹ G. Simmel, *Le conflit*, Circé Poche, 2003 ; N. Elias, op. cit., p. 195 s. ;

⁴²⁰ V° lien social par S. Paugam, citant les typologies de Tönnies, Weber, Durkheim opposant notamment communauté et sociation, solidarité mécanique et solidarité organique, in *Les formes élémentaires de la pauvreté*, PUF, 2005.

⁴²¹ En ce sens P. Bourdieu, *le Bal des célibataires*, Points essais, Seuil, 2002, qui montre que le voisinage était conçu comme une notion juridique en Béarn : « *la commune était un besiau, c'est-à-dire un « ensemble de voisins qui possédaient le droit de voisinage* » », p.140.

⁴²² La baisse d'intensité des relations de voisinage dans les villes se traduit dans le décret du 28 décembre 2005 par la disparition du voisin comme personne à qui l'huissier peut laisser un acte de procédure.

⁴²³ On peut parler aussi de configuration dans le sens de N. Elias, op. cit., p. 157 : « *ce qu'il faut entendre par configuration, c'est la figure globale toujours changeante que forment les joueurs ; elle inclut non seulement leur intellect, mais toute leur personne, les actions et les relations réciproques* ». Ses configurations dépassent cependant largement les relations juridiques.

⁴²⁴ Op. cit., p. 8.

toute façon, il s'agit d'une image naïve ; il est très difficile de représenter visuellement l'écheveau des liens de droit car, de chaque personne, partent des dizaines de liens de droit s'inscrivant sur 7 niveaux différents⁴²⁵. Il ne faut peut-être pas chercher à reproduire avec précision la structure des liens de droit, car elle est mouvante et comporte des vides. Les images sont nécessaires pour appréhender la réalité, mais elle ne la représente pas ; elles peuvent contribuer à la faire émerger⁴²⁶. Elles comportent elles-mêmes une part de vide⁴²⁷.

A chaque niveau, un changement d'échelle se produit : on passe de deux personnes à plusieurs milliards. Le premier niveau est celui des liens primaires. Ce n'est pas un niveau antérieur dans le temps, il est premier d'un point de vue de la construction et de la transformation constante de la structure des liens de droit. Le deuxième niveau est celui des groupes de liens (famille, entreprise). Le troisième niveau concerne les cercles de liens (commune). Le quatrième niveau réunit les réseaux ou les milieux (département, milieux sociaux). Le cinquième niveau est celui de la nation et de l'Etat. Le sixième niveau est celui du continent tel que l'Europe en voie d'intégration et le septième niveau est celui du monde. Il est à noter que chaque niveau a tendance à recréer une personne juridique, un tiers de référence et son mode d'action. Un ensemble de liens de droit (une région, un Etat etc.) a tendance à former un individu symbolique et physique disposant d'un territoire. Cette évolution se comprend dans la mesure où un individu personne physique est lui-même une combinaison de liens de droit. Le lien de droit doit préserver la liberté et l'autonomie de ses membres. Chaque personne doit pouvoir être active pour constituer son identité et sa singularité dans ses liens de droit grâce aux tiers de référence se trouvant à chaque barre de l'échelle. La démocratie dite « participative » qui suscite une certaine mode n'est pas, dans cette optique, une démocratie directe que favoriserait l'Internet⁴²⁸. Il s'agit de permettre la participation – ou plus exactement peut-être l'existence - de chacun à chaque échelle de l'organisation des liens de droit au moyen notamment de représentants. L'autorité est dans tout lien de droit comme une résultante des rapports de force, mais aussi quelque chose de plus mystérieux qui émerge du vide. Le pouvoir, qui peut être distingué de l'autorité, concerne davantage le tiers stabilisateur des liens de droit. L'individu personne physique construit son identité en prenant en considération tous ces niveaux de liens car il est un être relationnel.

97.- Il y aurait beaucoup à écrire sur la notion d'identité qui est aussi mystérieuse que celle de lien social et qui a suivi un parcours parallèle. Tant que les places étaient fixes et certaines, le concept d'identité n'avait pas de raison d'émerger. Lorsque l'Etat a pris à son compte l'organisation de la société, la question de l'identité a commencé à se poser. C'est ainsi que furent créés les papiers d'identité (auparavant l'Eglise avait tenu des registres d'état des personnes). Le vide dans les liens de droit qui émerge avec la démocratie est aussi une incertitude concernant son identité. Jean-Claude Kaufmann montre comment de simple reflet de son groupe, l'identité est devenue une question de réflexion pour l'individu⁴²⁹, ce qui génère des incertitudes. L'identité juridique d'une personne est internationale (européen),

⁴²⁵ V. aussi J. Bodin, *Les six livres de la république*, (1576), rééd Fayard, 1986, T. 3, p.175 notant que les corps et collèges sont venus des familles ; on trouve aussi chez lui des développements inattendus sur le chiffre 7 dans la société : *Les six livres de la république*, (1576) rééd Fayard, 1986, T. 4, p.88.

⁴²⁶ François Dagognet écrit en ce sens : « *L'image dépasse donc le réel qu'on lui oppose. Loin de le dégrader, elle l'éclaire. Nous ne regardons jamais qu'avec le regard de ceux qui ont échappé à leurs prisons. Il faut donc intervertir les rôles et les positions ; le reflet ajoute au modèle, le dévoile...* », *Philosophie de l'image*, Paris, Vrin, 1984, p. 250.

⁴²⁷ E. Chiron, *L'image en art comme imago*, in *Art et image*, ouvrage à paraître.

⁴²⁸ B. Stiegler et M. Crépon, *De la démocratie participative, Fondements et limites*, Mille et une nuit, 2007.

⁴²⁹ *L'invention de soi, une théorie de l'identité*, Armand Colin, 2004, p. 68 s.

nationale (français), régionale (breton ou normand), communale (telle ville, tel quartier, telle entreprise), familiale (le nom de famille), filiale (le prénom)⁴³⁰. Sans doute cette identité juridique n'épuise-t-elle pas la question de l'identité. La « vraie » personne en continuelle transformation est différente de son identité juridique⁴³¹. Il faut cependant détenir une identité juridique (tous les groupes auxquels chacun s'identifie et sa place particulière dans ces groupes) pour tenter de dégager sa singularité souvent insaisissable. Daniel Sibony met en relation l'identité de l'individu, celle du groupe et l'idée de vide : « *la fameuse identité « plurielle », « multiple », « éclatée » que chacun réclame, n'est-elle pas de fait réalisée ? Cette dispersion où chacun semble se crispier sur son lien, son vide, son plein, cette dispersion spectrale n'est-elle pas elle-même l'identité multiforme qu'aucun groupe n'assume ?* »⁴³². A l'inverse celui qui perd ses liens juridiques (divorce, perte d'emploi, perte de domicile, prison etc.) voire parfois simplement ses papiers d'identité peut connaître des difficultés psychiatriques. Il ne s'agit pas de définir l'identité par des rôles, ni même des places, mais par l'ensemble de ses liens de droit, donnant à chacun une reconnaissance et un rôle, mais aussi une incertitude sur ce rôle (le rôle de professeur, de médecin, de père est devenu incertain etc.)⁴³³. En ce sens, effectivement, il est préférable de parler de processus identitaire toujours en mouvement qui permet de générer de l'énergie et des actions pratiques⁴³⁴. Parmi les différentes actions, participer à un groupe de liens consiste notamment à contribuer à la création des normes qui délimitent les liens de droit et les ensembles de liens de droit. A chaque niveau d'organisation correspondent des normes dont la portée varie justement en fonction du nombre de liens de droit combinés (règles fixées en famille, entre cocontractants, dans une convention collective au sein d'une entreprise, dans une commune, un département, une région, un Etat ou l'Europe).

Il apparaît que le vide est présent à chaque niveau d'organisation des liens de droit et que le partage du pouvoir, entre ces plans, crée des tensions. La perte d'influence relative de l'Etat est concomitante au renforcement du niveau supérieur (Europe) et du niveau inférieur (réseau, communauté). Chaque niveau tente de capter du pouvoir et de la souveraineté en comblant un vide grandissant et en accroissant sa puissance. La manière dont les liens de droit se composent crée différents aspects culturels (on pense aux rites du mariage ou au rite moderne des élections). Dans les tribus nomades, la confection des tapis répondait à un besoin pratique mais aussi de cohésion sociale. Chacun avait un rôle à jouer en fonction de sa place dans la tribu et chaque tribu se distinguait des autres par des motifs et des coloris qui lui étaient propres⁴³⁵. L'art peut ainsi contribuer au maintien de la structure des liens de droit.

Il existe une progression entre ces différents niveaux ; l'équilibre de la structure mondiale dépend de l'équilibre des structures régionales qui elles-mêmes dépendent de l'équilibre des structures inférieures jusqu'aux liens primaires, du couple notamment. La difficile élaboration

⁴³⁰ Le sociologue J.C. Kaufmann donne comme exemple l'individu qui « *peut être un défenseur de la culture bretonne, mais aussi un informaticien très impliqué dans son travail, un syndicaliste fidèle à ses engagements et un passionné de plongée sous-marine dans l'océan indien* » et obtient ainsi une « *production fluide de son identité* », op. cit., p. 128.

⁴³¹ Ceci dit si l'homme est relationnel, il n'a d'identité que dans les relations, v. en ce sens la critique de la notion d'individu par N Elias, op. cit., p. 151 ; il dénonce l'habitude de pensée qui « *nous font croire que le véritable « moi » ou le véritable « soi » réside quelque part au centre de l'homme, tout à fait isolé des autres hommes* ».

⁴³² Le peuple « psy », précit., p.162.

⁴³³ J.C. Kaufmann citant Dubet écrit que P. Legendre instrumentalise la psychanalyse « *en gardant « à la Loi son aspect solennel, pour s'opposer à « l'indifférenciation » des rôles sexuels et, de manière générale, pour défendre une figure paternelle conçue comme la voie d'accès à la culture et à la symbolisation* », op. cit., p.84.

⁴³⁴ Op. cit., p. 104.

⁴³⁵ V. par ex. James Opie, Tapis de tribus, Flammarion, 1993.

des liens du couple impliquant statistiquement de nombreuses violences (paragraphe 1) rejaillit sur l'institution de la famille qui est de plus en plus incertaine (paragraphe 2). Les communes, les communautés et les réseaux se renforcent en cherchant parfois difficilement le bon niveau d'organisation et en se refermant parfois sur eux-mêmes en comblant ainsi tout vide (paragraphe 3 et 4). L'Etat se renouvelle difficilement, sombrant parfois dans l'inconsistance du spectacle (paragraphe 5). L'Europe ne parvient pas encore à constituer un ensemble intégré de liens de droit (paragraphe 6) et le monde se structure autour de liens économiques et d'un lien générique forgé à partir du concept de crime contre l'humanité avec le risque d'exclure en la niant la part obscure de l'humanité (paragraphe 7).

1.- les liens primaires.

97.- Les liens primaires sont les liens à partir desquels se forment des combinaisons mais qui ne peuvent pas eux-mêmes se décomposer. Ils sont au droit ce que sont les couleurs primaires à la peinture ou la gamme à la musique. Il s'agit du lien de couple, du lien de filiation, du lien contractuel et de l'obligation.

98.- Chateaubriand a écrit : « *le lien du mariage qui n'est en effet que le premier lien social* »⁴³⁶. Ainsi, selon lui, le lien du mariage est un lien primaire à partir duquel se construit la société. Cette formule peut aussi être lue comme indiquant que le lien social est constitué de liens de droit puisque le premier lien est juridique. Les liens nés du mariage constituent le lien matrimonial ou conjugal. Le principe d'égalité gagnant du terrain, il devient contestable pour certains de limiter le mariage aux unions homme/femme. Une incertitude grandit, par conséquent, dans les liens de couple. Il existe des liens de droit nés du PACS qui constituent plutôt des liens contractuels. En principe, le lien né du PACS est donc étranger à la famille. Il a pourtant été considéré comme un lien de famille par la Cour de cassation⁴³⁷. En effet, l'article L. 30-1 du Code électoral prévoit que les fonctionnaires mutés ou admis à faire valoir leurs droits à la retraite après la clôture des délais d'inscription peuvent bénéficier d'une inscription sur la liste électorale en dehors des périodes de révision. Or, cette dérogation est étendue aux « *membres de leur famille domiciliés avec eux à la date de la mutation ou de la mise à la retraite* ». La question était de savoir si le partenaire du PACS constituait un membre de la famille au sens de cet article. Le tribunal l'avait refusé. La Cour a répondu que la conclusion d'un PACS est génératrice d'un lien de famille entre les deux partenaires⁴³⁸. Le PACS mériterait peut-être d'être célébré en mairie pour renforcer la force symbolique de ces liens tout en maintenant sa spécificité au mariage, une union et des devoirs entre homme et femme. Il est vrai que le PACS est majoritairement conclu par des couples hétérosexuels. Le but est de parvenir à équilibrer les principes d'égalité et de non confusion : une institution différente pour une situation différente.

Le concubinage est souvent présenté comme un lien de fait et non un lien de droit. Il n'y aurait pas de lien de droit à proprement parler, sauf indirectement si les concubins ont des enfants - ce sont les liens de filiation qui indirectement les unissent – ou s'ils ont conclu ensemble un contrat d'achat immobilier ou un bail. A vrai dire, le juge vérifiant si le concubinage est durable et connu des tiers en fait un véritable lien de droit. La Cour d'appel de Paris, le 16 janvier 2001, a ainsi décidé que la notion de concubinage notoire, qui sous-entend une communauté de vie et d'intérêts, suppose une relation stable hors mariage, connue

⁴³⁶ Le Génie du christianisme, 1828.

⁴³⁷ Cass., 2^e civ. 25 mars 2004, n° 04-60.134 (n° 646 FS-P+B), Bull. II n° 144.

⁴³⁸ V. aussi art. L111-11 du code de l'organisation judiciaire qui assimile pour les règles de récusation d'un juge le PACS au mariage.

des tiers (notamment des autorités, administrations et organismes sociaux divers et non seulement des proches) et en a conclu qu'une liaison de quelques semaines n'avait pas un caractère de stabilité et de publicité suffisant pour caractériser un concubinage notoire, alors que ces personnes n'avaient pas d'enfant en commun, ne partageaient ni leurs ressources ni leurs charges et n'entretenaient aucun projet d'avenir⁴³⁹. Le problème du concubinage est paradoxalement sa durée car, sans règles préétablies, il peut être difficile de le rompre pacifiquement et d'organiser la garde des enfants.

99.- Chaque personne physique a en principe deux liens de filiation qui proviennent d'une chaîne ininterrompue de liens de filiation en ligne paternelle et maternelle, issus d'un lien de couple qui peut être un mariage, un PACS voire un concubinage. Le droit français a longtemps distingué selon que l'enfant était né dans le cadre du mariage ou en dehors. Le régime est aujourd'hui unifié en application du principe d'égalité. Toutefois, la filiation adoptive conserve encore des spécificités. La fonction négative du lien de filiation apparaît exceptionnellement lorsque l'enfant est né d'une relation incestueuse. La jurisprudence affirme alors qu'il n'y a pas de lien de filiation⁴⁴⁰. Il s'agit de maintenir des distances absolues entre des membres d'une famille pour éviter la confusion des places au prix d'une déliaison juridique de cet enfant qui n'aura pas de père. On sait que la relative fragilité des liens de couple est compensée par la certitude et la solidité des liens de filiation dans la famille. Les techniques de procréation assistée créent cependant de nouvelles incertitudes en ouvrant la voie à l'homoparentalité (ou bien est-ce les techniques qui apparaissent quand l'évolution des concepts a eu lieu ?). L'Etat doit se donner du temps pour permettre de créer des liens de droit viables en ce domaine. Selon notre approche, il ne s'agit pas de formaliser des liens de fait, mais de créer de nouveaux liens de filiation entre l'enfant et l'homme ou la femme qui n'a pas contribué biologiquement à la procréation. C'est une forme d'adoption.

100.- Le contrat, contrairement à l'obligation, est rarement défini comme un lien de droit⁴⁴¹. Pourtant l'expression de lien contractuel est fréquemment employée sans soulever de discussion⁴⁴². Il s'agit bien d'un lien primaire dans la mesure où il peut lier deux personnes sous l'égide d'un tiers indépendamment d'un groupe de liens (le contrat entre Jacob et Laban dans la Bible, par exemple). Le lien contractuel se serait pourtant formé historiquement à partir des « *liens statutaires* » : « *ceux du statut familial et matrimonial et ceux d'une sorte de statut international qui régissait les rapports de certains groupes sociaux* »⁴⁴³. Le débat concernant la cession de contrat a conduit plusieurs auteurs à analyser le contrat comme un lien de droit⁴⁴⁴. Puisque le contrat est un lien de droit, il ne serait pas cessible à moins qu'un accord ne soit trouvé avec le cédé. Il semble qu'il puisse s'agir d'une définition complémentaire du contrat. Un contrat de bail, par exemple, donne naissance à un lien de droit durable entre le bailleur et le locataire. Il en est de même pour un prêt entre une banque et son client. La technique contractuelle se développe sans cesse et s'étend au domaine de la famille (il existe des contrats en matière de divorce notamment) et des relations publiques (on parle de contrat quadriennal entre l'Etat et les Universités quoiqu'il s'agisse davantage de gestion unilatérale que de gestion concertée). Elle présente l'avantage d'engager les parties qui restent néanmoins libres et égales. De nombreux contrats (de consommation notamment)

⁴³⁹D. 2002, Som. p. 536.

⁴⁴⁰Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2004, D. 2004, j. p.362 note D Vigneau.

⁴⁴¹V cep. M. Fabre-Magnan, op. cit., p.144.

⁴⁴²Par ex. : A. Laude, la reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992.

⁴⁴³M. Fabre-Magnan, op. cit., n°37, p.79, l'auteur cite G. Davy, la foi jurée, étude sociologique du problème du contrat, Thèse Lettres, Paris 1922.

⁴⁴⁴J. Flour, J.L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, A Colin, 1999, n°400 et 401 ; V. notre étude, La cession de contrat, Rép. Dalloz 2001, n°18.

se caractérisent par leur inconsistance. Les parties en sont souvent parfaitement interchangeables. Il peut exister des liens contractuels ne comportant pas d'obligation à exécuter tels que certains contrats cadre ou certaines promesses de contrat. Lorsque deux entreprises concluent un accord général prévoyant qu'elles vont faire des affaires entre elles sans indiquer précisément les modalités, le contrat ne comporte pas d'obligation. De même dans une promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire ne s'engage pas à acheter et le promettant n'a aucune obligation à exécuter⁴⁴⁵

101.- Le lien d'obligation peut être une conséquence d'un dommage (l'obligation de réparer) ou d'un quasi contrat, comme l'obligation de rendre une somme que l'on a reçue par erreur. Il peut être une conséquence d'une loi telle que l'obligation de payer ses impôts, par exemple. Il peut aussi résulter d'un contrat, par exemple l'obligation de payer une somme d'argent pour une partie et de livrer la chose pour l'autre. Mais une difficulté surgit alors : si l'on considère que le contrat et l'obligation créée par le contrat sont des liens de droit, alors un lien de droit engendre un lien de droit. Deux liens entre deux mêmes personnes ayant le même objet ne constituent en réalité qu'un seul lien. Le contrat ne serait donc pas un lien mais resterait un accord qui crée un ou des liens, c'est-à-dire des obligations. Pourtant, il est possible de maintenir que contrat et obligation sont des liens de droit distincts. Il existe d'autres domaines dans lesquels on rencontre un lien de droit qui est source d'obligation. En effet, un lien de filiation entraîne des obligations de part et d'autre telles que l'obligation d'obéir et l'obligation d'entretien⁴⁴⁶. Il n'y a donc pas de difficulté à ce qu'un lien de droit crée d'autres liens de droit. On peut même songer à définir l'obligation comme étant précisément le lien de droit qui naît au sein d'un autre lien de droit tel que le lien de filiation, le lien contractuel ou le lien délictuel⁴⁴⁷.

L'obligation peut donc être un lien de droit précis imposant de faire une chose à l'intérieur d'un lien contractuel général qui est la relation d'affaire. Il ne faut pas la réduire à un devoir, qui comporte dans son étymologie l'idée de rendre un avoir. L'obligation est un lien entre deux personnes qui crée une dette pour l'un et un droit pour l'autre. Lorsqu'il existe des obligations réciproques, comme dans le contrat de vente par exemple, on peut parler d'une configuration élémentaire de liens de droit. Il existe ainsi des contrats patrimoniaux au sein de la famille tels que le contrat matrimonial ou les donations (une distinction entre les termes de lien matrimonial et de lien conjugal pourrait, de ce point de vue, être établie). De même, l'Etat est une personne morale qui doit, dans certains cas, conclure des contrats. Il peut s'agir de marché public, il est alors attaché par des liens contractuels et des obligations.

102.- Parmi les relations primaires, les liens d'amitié, qui ne sont pas des liens de droit, relèvent de la sphère privée. Le lien d'amitié est un lien qui se crée dans le monde – en dehors de la sphère privée - et qui amène au-dedans. On invite un ami chez soi. L'ami intime est celui qui passe de la sphère publique à la sphère privée et qui ouvre la sphère privée sur l'extérieur. Il traverse la société en passant du public au privé et du privé au public. Peut-être ne peut-il être régi par le droit en tant que lien parce qu'il passe d'une sphère à l'autre. Il transcende l'architecture des liens de droit. Très souvent, cependant, l'ami était, et parfois reste, une personne avec lequel on a été lié par un lien de droit, c'est le camarade de classe, le camarade d'armée, d'université etc. Paul Ricoeur affirmait que le lien d'amitié est pré

⁴⁴⁵ V. notre article sur l'énigme du lien de droit, précit.

⁴⁴⁶ Vocabulaire Juridique, Cornu, précit.

⁴⁴⁷ Le lien délictuel serait le lien résultant d'une infraction ou d'un délit civil, une obligation de réparation naîtrait de ce lien. Il s'agirait de ce que F. Defferrard a nommé un lien résultant d'un fait justiciable (in le suspect dans le procès pénal, LGDJ 2005, p.1).

juridique⁴⁴⁸, alors que, au contraire, il apparaît souvent comme post juridique. Chacun est lié à une institution et chacun est potentiellement lié avec les autres, à l'intérieur de cette institution. L'amitié naît souvent entre des personnes unies juridiquement (parce qu'elles sont membres de la même école, de la même entreprise) et nécessite ensuite d'être entretenue. Il se peut que le droit ne régit pas le lien d'amitié car il permet en passant du public au privé, de donner une respiration dans le système des liens de droit. Le lien d'amitié ne constitue donc un lien de parole que parce qu'il s'appuie sur des liens juridiques, comme par un effet ricochet. Il est une respiration sociale, une absence de droit dans le réseau des liens, un vide pour éviter le trop plein, une zone de non droit au sens de Jean Carbonnier, non pas à l'extérieur du droit, mais au cœur de l'organisation des liens de droit, entre les sphères. Une réplique d'une pièce de théâtre contemporain illustre ce besoin de respiration : *« mais qu'est ce que ça veut dire ? Alors pour vous il n'y a que les liens familiaux qui comptent ? Il n'y a qu'à l'intérieur de la famille qu'on a le droit de se parler, de s'aider, de s'aimer ? Moi j'en ai pas de famille ... Pas de mari, pas d'enfants... Alors qu'est-ce que je fais ? Je reste dans mon coin en attendant de crever, c'est ça ? J'ai le droit d'avoir de l'affection pour Jeanne et lui dire qu'elle fait n'importe quoi... j'aurais peut-être eu envie à certains moments de ma vie qu'on me parle, qu'on m'engueule, qu'on s'intéresse à moi... »*⁴⁴⁹.

Dire, à l'inverse, que le lien social a une existence autonome et qu'il comprend à la fois les liens de droit et les liens d'amitié, conduit à dire que le lien de droit est une simple formalisation ou institutionnalisation du lien de fait. Cela conduit au mépris du droit ou plus exactement à la méprise ou à une méconnaissance du droit. Ce serait en effet ignorer que le lien humain ne peut se construire que par des symboles et un tiers. Le lien d'amitié est un lien juridique en construction, ce qu'il reste d'un ancien lien de droit (camarade de classes) ou un lien sans lien (une pure amitié qui n'a pas besoin de symbole, mais qui n'implique pas d'activité suivie, sauf éventuellement des invitations réciproques sous forme de don/contre don). Il contribue aussi au passage d'un lien à un autre (d'où par exemple le rite de l'enterrement de la vie de garçon entre amis avant un mariage). Il contribue à éviter l'enfermement dans les liens de droit et à transformer les liens de droit (par exemple : l'aide des amis en cas de divorce ou d'enterrement d'un parent).

Le lien d'amitié reste néanmoins une énigme. C'est l'exception - un lien non juridique - qui confirme la règle : tous les liens humains sont juridiques au sens d'un montage symbolique impliquant un tiers de référence. Elle rend en quelque sorte falsifiable notre hypothèse et la rend peut-être scientifique au sens de Popper. La psychanalyste et commentatrice de la Bible, Marie Balmory, écrit ainsi à propos de l'adultère : *« quelles que soient nos intentions en prenant pour mari ou pour femme ceux qui sont déjà mari ou femme d'un autre, nous modifions le champ des forces symboliques. Quel que soit le discours que nous tenons de la pureté « de nos cœurs et de nos paumes », dans le monde de la parole, deux sujets ne peuvent pas plus se dresser au même lieu que dans le monde physique. On ne peut pas discuter avec cette vérité là sans finir par se perdre soi-même. A nous démocrates de sociétés permissives, cela peut sembler « injuste », non conforme au droit de chacun de vivre selon son désir. Mais le réel n'est pas régi par nos idées. Il y a des lois qui nous précèdent et nous permettent de parler. Nous pouvons les transgresser, mais nous ne pouvons pas faire qu'il n'y ait pas de Loi qui régisse la champ symbolique »*⁴⁵⁰. Le lien d'amitié vient aussi indiquer au chercheur qu'on ne peut être systématique en matière de lien humain, notamment parce que les plans du symbolique, de l'affectif et du corporel sont toujours imbriqués. Ce qui ne s'explique pas est

⁴⁴⁸ « Il s'agit d'un degré préjuridique de reconnaissance réciproque », op. cit., p.276.

⁴⁴⁹ B. Buc, Le jardin, in L'avant-scène théâtre, 15 sept. 2006, p.34.

⁴⁵⁰ Le sacrifice interdit, précit., p.210.

cette part de non dit, de lieu infini où se tiennent sans tiers ni symbole quelques rares et précieux liens humains sans contrainte⁴⁵¹. Le lien d'amitié se tient ainsi dans le vide situé entre le monde des symboles et le monde physique facilitant le passage de l'un à l'autre.

Il semble aussi que l'amitié soit parfois instrumentalisée dans les relations sociales. L'amitié est parfois présentée comme un lien authentique dans des circonstances où, en réalité, il s'agit de relation intéressée. La confusion des relations d'amitié et d'affaire paraît ainsi se développer⁴⁵². De même, il existe un mélange pernicieux entre la charité et l'amitié. Le sociologue Richard Sennet écrit en ce sens « *le danger, en l'occurrence, était et reste de confondre la charité et l'amitié à l'exemple des Britanniques et des Américains qui visitaient les pauvres au XIX^e siècle ; les « Amis » bourgeois cherchaient souvent à établir des relations de face-à-face avec les pauvres qu'ils visitaient...le travail avec les jeunes délinquants le montre bien : la confusion de l'aide et de l'amitié fait courir un danger d'ordre structurel. Très rares sont les amitiés qui pourraient ou devraient supporter le poids que représente une aide durable et efficace. De même que le refus de répondre à la provocation ou à la manipulation est une compétence professionnelle, impersonnelle, l'implication intensive et à long terme auprès d'un client n'est pas du même ordre que l'approfondissement d'une intimité en amitié ; l'assistante sociale espère que son client sera finalement en mesure de relâcher les liens* »⁴⁵³. Le lien d'aide doit être, pour ces raisons, un lien de droit sinon l'amitié conçue comme une respiration de l'écheveau des liens de droit risque d'être dévoyée.

103.- Prenant le chemin inverse de l'amitié, l'art provient de l'intime. L'artiste va chercher au fond de lui, pour rendre public un objet, une peinture, un air, une sculpture qui vient du dedans. Il n'est pas impudique car l'objet est transformé. C'est ce passage du privé au public qui permet de préserver l'existence d'un intime non profané, par la transformation que l'artiste opère de son intimité, qui permet aux autres hommes d'avoir accès sans impudeur à ce que sentent et vivent les autres hommes. L'art ne crée pas des liens de droit, pas plus que l'amitié, il assure cependant comme l'amitié un passage entre l'intime et le dehors, il circule à l'intérieur de l'écheveau des liens de droit. Selon Jean-François Mattéi, une partie de l'art contemporain traduit un sentiment de vide. Elle appelle peut-être à reconnaître et cantonner ce vide intérieur et social⁴⁵⁴.

Les liens primaires constituent l'équivalent pour le droit des couleurs primaires pour la peinture. Lorsque les liens primaires se combinent, ils forment des groupes de liens de droit autrement dit des liens secondaires.

2.- Le groupe de liens.

104.- Les liens de droit peuvent se combiner par deux ou trois dans des configurations élémentaires. Chaque personne est au centre d'un écheveau de liens de droit : liens familiaux, liens économiques, liens politiques. Une personne se définit à biens des égards par ses liens de

⁴⁵¹ Exemple d'un beau lien hors des liens de droit qui n'est pas qualifié d'amitié par l'auteur et qui se développe sur une terrasse (un lieu vide ?) face à la montagne : M. Balmory, *Le moine et la psychanalyste*, Biblio essais, Le livre de poche, 2007.

⁴⁵² E Chiappello et L Boltansky, précit.

⁴⁵³ Op. cit., p.222.

⁴⁵⁴ Le regard vide, essai sur l'épuisement de la culture européenne, Flammarion, 2007, il cite l'exposition d'Y Klein sur le vide, p. 256 s.

droit. Son nom provient de sa filiation. Les liens de droit forment des groupes de liens⁴⁵⁵. Ainsi, la famille est un groupe composé de liens de filiation et d'un lien de couple⁴⁵⁶. Chaque groupe de liens développe une culture particulière (la culture d'entreprise, la culture familiale etc.) qui est une histoire commune de la construction et du déroulement des liens. Plus précisément, il existe une relation entre la mémoire, l'identité et l'espace dans lequel un groupe juridique s'inscrit car les membres d'un tel groupe « *n'ont de mémoire qu'inscrite dans l'espace ... la mémoire est non seulement fondement et garantie du droit, elle est aussi mémoire du droit en tant qu'il constitue l'identité présente du groupe* »⁴⁵⁷. Il existe de nombreux types de construction des liens familiaux qui se traduisent notamment par les règles de succession⁴⁵⁸. L'héritage peut revenir en grande partie à l'aîné des garçons (pour préserver l'unité d'un domaine) ou être partagé également entre les garçons ou bien entre les garçons et les filles (ce qui conduit au morcellement des terres)⁴⁵⁹. Il existerait un nombre limité de configuration familiale possible et une modélisation mathématique a été envisagée⁴⁶⁰. Il se pourrait également qu'il n'existe qu'un nombre limité de configuration de liens de droit économiques et politiques. Si l'on considère une société comme une structure de lien de droit, alors une modélisation de la société pourrait être envisagée⁴⁶¹.

Il existe ainsi des groupes de contrat. Lorsque l'on achète une maison, doivent être conclus un contrat de vente, un contrat de prêt, un contrat de garantie et un contrat d'assurance. Ces liens sont solidaires au point de tous s'annuler si l'un d'eux disparaît. Les opérations juridiques à trois personnes telles que la délégation, la cession de créance, ou le sous contrat constituent également des groupes de liens. Il existe une règle spécifique qui interdit à un pensionnaire d'une maison de retraite ou d'un hôpital psychiatrique de céder un droit ou de vendre un bien à quiconque exerce une fonction dans l'institution, pas même à un employé qui aurait un lien affectif et familial avec le cédant⁴⁶².

105.- Il existe plusieurs liens dans le cadre du procès : le lien d'instance qui unit les parties entre elles sous l'égide du juge et le lien qui unit les parties à un juge en tant que personnification de la fonction judiciaire de l'Etat et que l'on peut nommer le lien de compétence. Le droit à la preuve pourrait être conçu comme un élément de ce lien entre les parties et le juge. Les parties offrent ou demandent un élément de preuve et le juge ne peut opposer un refus que pour un défaut d'utilité ou de licéité⁴⁶³. Dans le cadre de ces liens procéduraux, sont traités des litiges portant sur d'autres liens de droit. Par exemple la procédure de divorce met fin au lien conjugal et l'action en recherche de paternité concerne le lien de filiation. Le lien d'instance est donc un lien provisoire qui prépare les parties à de nouveaux liens ou à la fin des liens durables après le jugement.

⁴⁵⁵ Certains auteurs décrivent ainsi les institutions comme des nœud de contrats, V.M. Fabre-Magnan, Droit des obligations,, PUF Thémis, 2004, p.86 qui cite O.E. Williamson, *the firm as a nexus of treaties*, London, Sage Publications, 1990.

⁴⁵⁶ V.M.L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, éd. Panthéon-Assas, Thèse, 2003.

⁴⁵⁷ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précit. V° Mémoire.

⁴⁵⁸ A. Bénabent consacre une 3^{ème} partie de son manuel de droit de la famille (précit.) aux effets généraux du lien familial, et cite des conséquences en matière de bail d'habitation ou de sépulture (n°644).

⁴⁵⁹ V. sur ce point les ouvrages d'E. Todd notamment « *Le rendez vous des civilisations* » avec Y Courbage, la République des idées, Seuil, 2007.

⁴⁶⁰ C Lévis-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, précit. p.257.

⁴⁶¹ Ce travail dépasse nos compétences mais il s'agit d'une piste de recherche.

⁴⁶² Art. 1125-1 du Code civil et Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1990, Bull. civ. I n°169, D. 91, juris. 405 note Massip, arrêt intéressant qui paraît combiner le lien affectif et le lien familial, la cour d'appel en l'espèce avait considéré que la directrice de la maison de retraite avait, en plus d'un lien de parenté, un lien affectif avec son frère, le cédant. Les enfants du cédant, une fois décédé, ne l'ont pas entendu de cette oreille.

⁴⁶³ V. A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Thèse Bordeaux, 2007.

Le lien d'instance n'est pas nécessairement un lien public. Il existe en effet une justice privée, l'arbitrage, qui donne lieu à un lien d'instance et qui est d'origine contractuelle. La fonction négative du lien de droit en général existe aussi en procédure, en particulier lorsqu'il est dit que la jonction d'instance (la jonction de deux procès portant sur des faits connexes) ne crée pas un lien d'instance unique ou que l'appel en garantie (demander à un tiers de participer à un procès car il est un débiteur potentiel de la dette en cause) ne crée pas de lien de droit. Ainsi, un défendeur avait appelé en garantie des tiers en première instance (son assureur par exemple), le demandeur a ensuite interjeté appel contre le défendeur et les tiers appelés en garantie. L'appel a été jugé irrecevable à l'égard des tiers car ces tiers « *n'avait aucun lien avec la compagnie demanderesse* »⁴⁶⁴. Selon le commentateur « *cet arrêt est intéressant en ce qu'il limite la notion de lien d'instance* ». De même, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 février 2000⁴⁶⁵ indique que l'appel en garantie simple ne crée pas de lien juridique entre le demandeur à l'action principale et le garant.

Il convient de rappeler l'existence de la très antique⁴⁶⁶ liaison de l'instance qui n'a pas tout à fait le même sens en contentieux administratif et en procédure civile. En matière administrative, on parle de liaison du contentieux lorsqu'un recours administratif a donné lieu à une décision préalable négative⁴⁶⁷. La liaison délimite l'objet du litige. Le terme est parfois employé en jurisprudence⁴⁶⁸. En procédure civile, on parle de liaison d'instance lorsque les conclusions au fond du défendeur sont remises. L'affaire devient alors contradictoire, les moyens devant être soulevés *in limine litis* (c'est-à-dire avant les moyens de fond et d'irrecevabilité, par exemple, les exceptions d'incompétence) ne peuvent plus l'être et un désistement doit donner lieu à une acceptation. Historiquement, en droit romain et canonique cette liaison de l'instance correspondait à la *litis contestatio*. Quand le défendeur apportait une réplique, l'objet du litige ne pouvait plus être modifié.

Lorsque le dialogue qui comporte, par définition, des positions contradictoires est noué autour du litige, le procès est pleinement engagé et un jugement doit être rendu. Le regain d'intérêt pour la procédure s'explique notamment par le fait qu'elle évite de se poser des questions de fond et donc de valeurs. La solution de fond est valide si et seulement si les principes fondamentaux de la procédure ont été respectés. La solution donnée au fond n'est pas elle-même contrôlée. La procéduralisation du droit traduit donc une certaine montée de l'inconsistance des règles de fond. Demander à la justice de retisser un lien social introuvable participe de ce mouvement. La déjudiciarisation qui s'opère parallèlement (en matière d'accident de la circulation, de régime matrimoniaux notamment et peut-être un jour en matière de divorce) qui est en général justifié peut néanmoins avoir pour conséquence à terme de nier la nécessité du litige (qui est une zone d'ombre et donc un vide) dans la société.

106.- Il n'est pas habituel de considérer la compétence comme un lien de droit entre les parties et le juge. Mais puisqu'il est question de savoir à quel juge se rattache un litige, il semble que la compétence puisse être un lien entre un juge et des parties en litige. De surcroît, la compétence interne ou internationale peut être mise en relation avec les liens de droit substantiels. On parle parfois de juge naturel des parties, c'est-à-dire d'un juge attaché à une

⁴⁶⁴ Cour d'appel de Paris 12 février 2002, Bull. avoués 2002 p. 51.

⁴⁶⁵ n° 97-10.794 Bull. IV n°26 p.22.

⁴⁶⁶ Nommée la *litis contestatio*, G. May, Droit romain, Sirey, 10^{ème} éd., 1909, n°283.

⁴⁶⁷ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 12^{ème} éd. 2006, n°630.

⁴⁶⁸ Par ex CE 23 octobre 1998 Crasnier, cité par R. Chapus, *ibid.*

partie. Si le lien d'instance unit les parties entre elles, la compétence unit le juge aux parties en litige.

Il est à noter, en ce sens, que le critère de droit commun de la compétence interne et internationale est le domicile qui est ici un lien entre le défendeur et un ressort judiciaire. Autrement dit, en principe le juge compétent pour connaître d'un litige transfrontière est le juge du pays dans lequel le défendeur a son domicile. Il s'agit de rechercher le juge qui est à la bonne distance territoriale pour juger.

A titre de règle de compétence internationale subsidiaire, le lien de nationalité conserve une place. Un français peut toujours attirer une partie devant un juge français en vertu de l'article 14 du Code civil.

Il peut aussi être tenu compte dans les règles de compétence spéciales du lien litigieux entre les parties : le lien contractuel (article 5-1 règlement du 22 décembre 2000, la jurisprudence emploie le terme de lien pour déterminer ce qui entre dans la matière contractuelle), le lien de filiation ou de famille. Il s'agit de déterminer quel juge est rattaché aux liens juridiques en cause. Le juge du pays dans lequel le défendeur a son domicile n'est pas toujours le mieux placé pour trancher un litige notamment pour apprécier les preuves (pour les litiges portant sur un lien contractuel, le juge le mieux placé est le juge du pays où est exécuté le contrat).

A vrai dire l'approche des règles de compétence en fonction des liens de droit en cause pose problème pour la matière délictuelle car il n'existe pas encore de lien juridique ainsi que pour les litiges portant sur un bien. Dans ces cas, il s'agit plutôt de localiser l'action, c'est-à-dire la possibilité de mettre ou remettre des parties à distance par un jugement. A moins de considérer, qu'un dommage crée d'emblée un lien litigieux entre les parties et qu'un bien est situé dans l'espace unissant un propriétaire à d'autres personnes. Par ailleurs, les règles de compétence sont au cœur de la construction de l'espace judiciaire européen que nous envisagerons plus loin.

Le lien procédural, on l'a vu, peut concerner 8 à 10 personnes, les parties et les professionnels du droit (parties, avocats, huissier, greffier, juge, expert). Il existe des contentieux complexes impliquant des dizaines de personnes. Mais ils sont exceptionnels. En revanche, le cercle de liens opère un véritable changement d'échelle puisque l'on passe à plusieurs centaines de personnes.

3.- Le cercle de liens de droit.

107.- Dans un spectacle de rue, les artistes ont disposé sur le sol une corde en forme de cercle presque complet⁴⁶⁹. Une planche verticale placée à l'arrière de la scène et retenue par des caisses, leur permet de créer les coulisses. Ils se cachent parfois derrière pour s'échanger des secrets. Les coulisses sont la part d'ombre⁴⁷⁰ et donc de vide du cercle. Elles l'empêchent d'être complet⁴⁷¹. Aucun spectateur ne peut se poster derrière les coulisses car il ne verrait pas

⁴⁶⁹ V. une peinture de F Verdier intitulé Vacuité (in terre et ciel, Albin Michel, 2008) qui représente un cercle presque clos ainsi que ses développements sur le cercle dans le même ouvrage.

⁴⁷⁰ Sur l'ombre il faut se reporter à J. Tanizaki, *Eloge de l'ombre*, rééd. 2001, POF ; v aussi P. Legendre, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, conférence au Japon, Mille et une nuit, 2004 et M. Maffesoli, *la part du diable*, précit., p. 111 s.

⁴⁷¹ V. aussi E. Lévinas, *Totalité et infinie*, essai sur l'extériorité, Biblio essais (1971). Pour ne pas tomber dans la totalité et le totalitarisme, l'homme doit accepter et reconnaître en l'autre une part d'infini.

le spectacle. Il s'agit en quelque sorte de rejouer la formation du groupe autour d'un espace comprenant un vide. Il est interdit d'entrer dans le cercle sans y être invité. Les enfants qui entrent sans autorisation sont vertement remis à leur place. Les deux artistes jonglent, comme on fait des ricochets, avec habileté. Il y a du jeu entre eux : le personnage dominant donne des ordres au clown gai et faussement dominé qui fait des bêtises. Ils font croire que la police arrive. Ils font ainsi appel au tiers stabilisateur. Ils sont tout de même tolérés, quoiqu'un peu voleurs, un peu tueurs mais « pour de faux ». Ils refont la société sous les yeux des spectateurs. De temps à autres, un spectateur est choisi pour entrer dans le cercle et être mis en danger. Un couteau vient trancher un cigare au ras de sa bouche sous le regard satisfait des spectateurs qui l'applaudissent quand il ressort du cercle. Le spectateur qui entre est jugé et condamné, puis glorifié. Le cercle représente ainsi le lieu où les acteurs ont le pouvoir de vie et de mort.

108.- Le cercle peut concerner des dizaines voire des centaines de personnes. Des sociologues ont ainsi étudié des « cercles » existant dans l'aristocratie et la haute bourgeoisie⁴⁷². Il s'agit juridiquement d'associations. On parle aussi de cercle familial que nous entendons ici dans le sens de famille élargie. Le lien de parenté qui existe entre frères et sœurs, oncle et neveu paraît plus secondaire que les liens de couple et de filiation. Pourtant, l'apprentissage de la vie sociale passe par ces liens. Ce lien de parenté prend peut-être ensuite la forme de liens de camaraderie à l'école puis de liens entre collègues dans le travail. Les liens de parenté recouvrent deux types de liens. Les liens de parenté en ligne directe qui unissent les personnes descendant l'une de l'autre, qui englobent les liens de filiation et se séparent en une ligne paternelle et en une ligne maternelle. Il existe aussi les liens de parenté en ligne collatérale qui unissent les individus qui descendent d'une même personne : les frères et sœurs, les cousins, les oncles ou tantes avec leur nièce ou neveu.

Le lien d'alliance comporte une certaine fragilité et est parfois présenté de manière péjorative (la figure de la belle-mère, par exemple). Il peut impliquer des relations difficiles et des conflits de pouvoir. C'est sans doute aussi ce qui en fait le prix. Il ne peut naître du concubinage ou du PACS, mais seulement du mariage. Il s'agit des liens entre belle-fille ou beaux-fils et beaux-parents. Il n'existe pas de lien d'alliance entre les conjoints de deux frères ou de deux sœurs. Il existe en revanche un lien d'alliance entre les enfants d'un premier lit et le nouveau conjoint du père ou de la mère. On parle de parâtre ou de marâtre et de beaux enfants. Une réflexion est menée actuellement pour accroître la densité de ces liens et permettre au nouveau conjoint d'exercer les droits d'un parent dans les familles recomposées. On peut distinguer les liens d'alliance en ligne directe entre beaux-enfants et beaux-parents et le lien d'alliance en ligne collatérale entre alliés en ligne directe. Les règles de succession dépendent du degré de parenté. Les héritiers sont le conjoint du défunt et les parents⁴⁷³ ce qui s'entend, dans l'ordre, des enfants et de leurs descendants, des père, mère, frère et sœur puis des autres ascendants et collatéraux⁴⁷⁴. Les difficultés bien connues des successions traduisent souvent les zones d'ombre des liens familiaux.

On peut ajouter que la jurisprudence emploie fréquemment l'expression de lien de famille ou de liens familiaux, notamment dans le contentieux des étrangers, pour le regroupement familial. L'expression de lien parental a pu être employée en doctrine⁴⁷⁵. Tous ces liens de famille peuvent avoir des implications économiques.

⁴⁷² M. Pinçon et M. Pinçon-Charlot, *Les ghettos du gotta*, Seuil, 2007, spéc. p.221 s.

⁴⁷³ Art. 731 Code civil.

⁴⁷⁴ Art. 734 Code civil.

⁴⁷⁵ Thèse précit.

109.- On peut citer comme cercles de liens socio-économiques, le lien de droit existant entre les membres d'une société ou d'une association et la personne morale, on parle alors de lien d'affiliation. Il n'existe pas réellement de lien contractuel quoique l'acte d'adhésion peut être analysé en un contrat. Le membre du groupement a, certes, des obligations telles que payer une cotisation et le groupement doit apporter des avantages à ses membres tels que des bénéfices dans les sociétés commerciales, par exemple. Il ne s'agit cependant pas d'un lien entre deux partenaires égaux qu'implique, en général, le lien contractuel. Il s'agit d'une relation d'un individu à un groupement de personnes. Le terme d'affiliation n'est pas éloigné étymologiquement de celui de filiation. Nous sommes proche d'un lien familial dans ce cas. La question se pose de savoir si les membres d'un groupement sont liés entre eux. Cela ne fait pas de doute pour les associés d'une société commerciale qui sont liés par un contrat de société. Le lien paraît néanmoins plus ténu pour les actionnaires qui ne sont pas les fondateurs d'une société anonyme. De même, il paraît difficile d'affirmer que les affiliés des grandes associations para étatiques telles que la sécurité sociale ou les ASSEDIC sont liés entre eux. Peut-on dire plus généralement que les employés d'une société qui ont tous signé un contrat de travail avec leur entreprise sont liés juridiquement entre eux ? Ce serait l'équivalent des liens d'alliance pour les liens économiques. Les questions de la représentation, du financement et du fonctionnement démocratique des syndicats et des associations se posent. Elles traduisent la crise de ces corps intermédiaires qui sont censées retisser le lien social. Ne cherche-t-on pas parfois à combler des vides qui créent un sentiment d'insécurité notamment par une politique pénale essentiellement répressive sans s'attacher à construire une véritable architecture de liens de droit, notamment dans certaines banlieues, mais aussi dans certaines zones rurales etc.

110.- Le lien à la commune est peu mis en évidence. Il passe par la notion de domicile. Le domicile en droit n'est pas, avant tout, un bâtiment même s'il existe le plus souvent une habitation concrète. Ainsi, les SDF ou les squatters se font domicilier dans des associations. Le domicile est un lien de rattachement à une zone administrative, judiciaire et politique. Avoir son domicile à Lyon, par exemple, signifie que l'on est lié à la ville de Lyon (qui est une personne morale). Selon Jean Carbonnier⁴⁷⁶, avoir un domicile est comparable à la nationalité. C'est être citoyen d'une commune. On peut donc y voir l'expression du lien à sa commune. C'est d'ailleurs en fonction du domicile qu'est déterminé le lieu de vote de chaque personne. Le domicile est ainsi défini à l'article 102 du Code civil : « *le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement* ». On peut remarquer la référence au lien de nationalité (les liens ont tendance à s'imbriquer et à faire ricochet), bien que les étrangers présents en France doivent aussi avoir un domicile.

Les nomades doivent avoir un domicile que l'on appelle un domicile d'attache. C'est une fiction juridique puisqu'ils ne sont pas sédentaires. Ceux qui vivent sur des péniches - les bateliers - doivent choisir une commune qui se situe sur leur parcours. S'ils n'opèrent pas ce choix, leur adresse leur est attribuée au siège de la société qui exploite la péniche. Les nomades vivant en caravane choisissent une commune de rattachement. Les sans domicile fixe doivent pouvoir présenter une attestation établissant leur lien avec un organisme d'accueil dont la liste est établie par le préfet. Sinon, ils ne peuvent avoir de carte d'identité (sur cette carte, est portée l'adresse de l'organisme). Il est à noter que si les liens de droit

⁴⁷⁶ Introduction au droit, PUF, n°63 « le domicile est bien un rapport, un lien (comme la nationalité). C'est le rattachement d'une personne à un ressort judiciaire, ce qui est pour elle une source de droits et d'obligations », c'était déjà comme l'indique Carbonnier la position d'Aubry et Rau critiquée par Planiol.

définissent la personne, cela veut dire qu'un individu sans domicile qui a souvent coupé les ponts avec sa famille et qui n'a pas de travail (quoiqu'il existe des SDF qui travaillent) peut ne plus se vivre comme une personne, ce qui peut conduire à des difficultés psychiatriques. Les idées d'appartenance (à une famille, une entreprise, une nation, une ville), de reconnaissance⁴⁷⁷ et d'identité voire de dignité sont étroitement connectées à la notion de lien de droit. Alain Manier, un spécialiste de la psychose, souligne la relation entre désocialisation et maladies mentales⁴⁷⁸. A la critique qu'il avance de ne pas distinguer entre les différentes maladies mentales, il répond par une image voisine d'un ricochet : « *voici un enfant qui par jeu jette une pierre dans l'eau : dans une gerbe d'éclaboussures, vous la voyez descendre vers le fond et s'immobiliser. Un autre qui, pour rivaliser de force, lance un gros morceau de bois dont l'impact lui aussi générateur d'éclaboussures est suivi d'un autre cours : après s'être quelque peu enfoncé sous la surface de l'eau, il y remonte pour rester là flottant au gré du courant* »⁴⁷⁹. Ces deux situations n'en font qu'une car elle renvoie à la même loi : « *tout corps plongé dans un fluide est soumis à une poussée verticale ... égale au poids du fluide déplacé* ». Il s'agit d'une description imagée de la psychose qui montre des personnes qui ne parviennent pas à articuler le langage (la pierre ou le bois), la pensée (l'eau) et l'espace de la vie sociale. On passe du monde des choses au monde de la pensée sans que le langage ait un sens. Le ricochet qu'il ne prend justement pas en exemple serait, au contraire, l'image de ceux et celles qui tentent de maintenir un équilibre, toujours à retrouver, entre ces éléments.

Le lien communal est mis à l'épreuve dans certaines banlieues. Le terme de banlieue a pour origine une construction juridique de l'espace : il s'agissait d'un espace d'environ une lieue autour d'une ville « *dans laquelle l'autorité faisait proclamer les bans [un ordre du suzerain qui pouvait être un bannissement] et avait juridiction* »⁴⁸⁰. On parle parfois à tort, pour certaines cités de banlieue, de zone de non droit⁴⁸¹. Il s'agit plutôt de zone où les liens de droit sont particulièrement fragiles: liens familiaux, absence de liens du travail (souvent parce que le réseau des transports ne permet pas les contrats en horaires décalés), absence de financement des associations de quartiers, taux faible d'inscription en bibliothèque rapporté à la population, suppression de la police de proximité (ne laissant que des rapports de violence entre des policiers mal préparés et des jeunes sans travail), procès en cours concernant les papiers ou le logement et même des sentiments d'injustice liés à l'histoire coloniale de la France⁴⁸². Les communes rurales ont d'autres difficultés qui peuvent mettre en jeu leur existence (quand tous les services publics se ferment).

Le cercle peut comprendre des centaines ou des milliers de personnes ; le réseau ou le milieu peut impliquer des dizaines ou des centaines de milliers de personnes.

4.- Le réseau ou le milieu de liens de droit.

⁴⁷⁷ V. P. Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004.

⁴⁷⁸ Mais il y a un reste, la vie nue v. N. Zaltman, op. Cit., p. 19 et G. Agamben, *Moyens sans fins*, précit. p.13 s. ; un spécialiste de la psychose A. Manier note même le mouvement inverse : parce qu'une personne n'est pas dans le langage mais dans la pensée sans fin et délirante – c'est sa définition de la psychose -, il se désocialise, ouvrage précit., p. 117.

⁴⁷⁹ Op. cit., p. 80.

⁴⁸⁰ Dictionnaire historique de la langue française, précit.

⁴⁸¹ J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.33 il peut exister des formes de justice de ghetto qui relèverait du pluralisme juridique et « *la manne des prestations sociales continue d'être recueillie* ».

⁴⁸² V. par exemple B. Stora et T. Leclere, *La guerre des mémoires, la France face à son passé colonial*, éd. De l'Aube, 2007.

111.- Le terme de réseau était employé traditionnellement hors de la sphère du droit. On parlait ainsi de réseaux mafieux. Le terme a pris un sens positif dans les années 1980⁴⁸³, au point que la société toute entière a pu être présentée comme devenant un réseau de personnes, c'est-à-dire une organisation horizontale. François Ost et Michel Van de Kerchove ont montré que la notion de réseau pouvait être employée en droit à condition de la combiner avec l'image de la pyramide et donc de la hiérarchie des normes⁴⁸⁴. Leur angle d'analyse concerne davantage les normes que les liens de droit. La pyramide des normes kelsénienne⁴⁸⁵ devait se combiner avec un mode horizontal de production des normes. Il existe, comme nous tentons de le montrer, des niveaux successifs d'organisation des liens de droit. Le mode de combinaison des liens de droit qui se trouve au centre des organisations emboîtées (lien, groupe, cercle, réseau, Etat, Europe, monde) est précisément le réseau qui s'étend horizontalement (au-delà de l'Etat dans certains cas). La hiérarchie des normes peut être combinée avec cet emboîtement puisque les normes émises à un certain niveau d'organisation s'appliquent aux modes d'organisation des liens plus simple qu'elle comprend. Ainsi le décret gouvernemental s'impose aux régions, aux départements, aux communes et aux familles ; l'arrêté du maire ne s'impose qu'à la commune et à des groupes de liens tels que les familles et les entreprises. La convention internationale s'impose, elle, à la sphère étatique.

Il existe des couches plus ou moins déterminées, des milieux, qui comportent des codes de conduites internes qui ne constituent pas du droit. Ces codes journalistique, médical, agricole, bourgeois, aristocratique, universitaire etc. constituent des normes le plus souvent non dites que l'on reçoit par transmission ou auxquelles on se heurte si on ne les a pas reçues en héritage. Il n'y a pas là de normes juridiques mais des conventions non juridiques. Durkheim considérait ces normes comme secondaires par rapport aux règles de droit et fut taxé de juridisme. Les sociologues ont depuis approfondis ces normes non juridiques. Elles jouent un rôle dans la constitution des liens de droit (les mariages par exemple) et constituent une part de la culture à laquelle on se sent appartenir lorsque l'on est partie à un réseau de liens de droit. Ces normes s'appliquent notamment aux corps (distance entre les personnes, gestes admis etc.)⁴⁸⁶.

En revanche, l'existence de réseaux de liens représentés par des syndicats ou des associations est juridique. Un courant sociologique contemporain étudie le lien social sous l'angle des réseaux sociaux. Un ouvrage de synthèse sur ce sujet cite les impacts de la théorie des réseaux pour d'autres disciplines (écologie, économie etc.) sans citer le droit⁴⁸⁷. Il prend l'exemple du mariage et indique que le mariage est généralement homogame au sens où l'on trouve son conjoint au sein de ses réseaux de famille, d'école ou de travail. N'est-ce pas des hypothèses où il existe déjà un lien de droit plus ou moins direct qui permet d'en créer un nouveau⁴⁸⁸ ? Cette théorie calcule des distances entre membres du réseau. De même, Norbert Elias calcule le nombre de relations possibles en fonction du nombre de personnes⁴⁸⁹. Il existe sans doute une distance entre les parties, mais la possibilité d'un calcul paraît critiquable. La distance qui définit les liens de droit n'est pas arithmétique, elle est le fruit du langage. C'est une séparation entre deux personnes qui se reconnaissent autres et complémentaires. Norbert Elias raisonne en terme d'interpénétration agressive ou positive, ce qui est loin de se limiter aux

⁴⁸³ L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Essais, Gallimard, 2002, p.208 s.

⁴⁸⁴ *De la pyramide au réseau*, Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

⁴⁸⁵ H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, éd. De la Baconnière, Neuchâtel, trad. H Thévenaz, p.131 s.

⁴⁸⁶ M. Pinçon et M. Pinçon-Charlot qui parle de miracle de l'habitus, op. cit. p. 277 et sur le corps p. 266

⁴⁸⁷ A. Degenne et M. Forsé, *Les réseaux sociaux*, A. Colin, 2ème éd., 2004, p.7.

⁴⁸⁸ Op. cit. p. 11.

⁴⁸⁹ Op. cit., p.119.

liens de droit ; pourtant, les exemples cités sont des liens de droit (relation de mari à femme, d'étudiant à professeur, de patron à secrétaire)⁴⁹⁰. Les conflits entre ces groupes conduisent à la transformation des règles et des liens de droit. Certains milieux comportent ainsi des clubs, des associations, des loisirs communs pour se constituer et se maintenir. Les milieux peuvent être analysés comme des ensembles structurés ou au moins relativement fermés de liens de droit (mariages internes, réseau d'affaire interne etc.). Si les liens ne sont pas juridiques tels que les liens mafieux, ils sont hors société. On parle alors du « milieu ».

Les milieux, terme proche de celui de réseau, sont composés de multiples liens familiaux, économiques et politiques. On parle parfois de fief (pour un homme politique ou une société commerciale dont le siège social est installé dans une ville). Balzac a, semble-t-il, qualifié les groupes sociaux de milieu car ils composaient un espace au centre de la société (de mi et lieu)⁴⁹¹. Le milieu est ainsi un espace entre d'autres secteurs de la société, un peu comme le lien de droit est lui-même un espace-temps. Ces milieux ne sont jamais complètement statiques et fermés ou ne devraient pas l'être sous peine de conflit ; il existe ou devrait exister des passerelles entre les milieux. La société est parcourue par des réseaux qui communiquent plus ou moins entre eux comme des ondes créées sur l'eau par un ricochet permettant parfois de résoudre une affaire ou de trouver du travail. Il faut du jeu, autrement dit, du vide ou des ouvertures entre les réseaux et les milieux (ce que l'on nomme parfois l'ascenseur social) pour permettre cette communication.

112.- La société civile peut être vue comme un réseau d'associations, d'institutions et de personnes physiques⁴⁹². Il s'agit d'une nébuleuse de liens de droit qui n'a pas la personnalité morale, mais une existence juridique en tant que réseaux de liens et contribue notamment à lutter contre la corruption. Il est curieux de constater que le terme de société civile est une notion politique qui a un pendant juridique (la société civile du Code civil) comme les termes d'identité, de contrat social ou de lien social. Il apparaît ainsi qu'une grande part du vocabulaire de la science politique a été empruntée au droit (ceci dit le terme de société civile a une longue histoire philosophique depuis Aristote).

Un groupe de sociétés commerciales peut-être analysé au plan national en un réseau de sociétés mère et filiales. Un groupe commercial peut aussi prendre spécifiquement la forme d'un réseau de distribution composé de filiales ou d'établissements⁴⁹³. On parle aussi, en droit public, d'intercommunalité, c'est-à-dire d'un regroupement de communes qui peut être présenté comme un lien entre communes. La recherche du bon niveau d'organisation au moyen des communautés de commune peut conduire à une prise de pouvoir de la ville la plus importante.

Le département et la région qui ont la personnalité morale peuvent être analysés en un milieu en ce qu'ils se situent à un niveau intermédiaire entre les communes et l'Etat. Il est à noter que la taille du département a été déterminée au début du XIX^e siècle à partir de la taille des divisions administratives existantes dans le nord de la France. Or, il existait dans le sud de la France un maillage beaucoup plus serré de territoires. Cette différence de dimension s'expliquerait par les structures familiales. Au sud, le pouvoir reposait seulement dans les mains du patriarche et les autorités publiques étaient peu respectées. Un maillage serré de structures administratives et policières était donc nécessaire dans le sud. Le découpage en

⁴⁹⁰ Op. cit., p.120.

⁴⁹¹ Dictionnaire étymologique, Larousse, 2001.

⁴⁹² V. notre article « la définition juridique de la société civile », Revue Agir, mars 2007, p.23 ; sur la notion de société civile v. A.J. Arnaud, Critique de la raison juridique, t2, précit, p.287 s.

⁴⁹³ L. Karpik, op. cit., p.229 s.

départements de taille plus large pourrait expliquer les taux d'infraction qui restent plus élevés dans le sud de la France que dans le nord⁴⁹⁴. On voit sur cet exemple que la structure d'un niveau de liens de droit (le Département, la Région) dépend des structures des niveaux inférieurs (la famille, la commune).

Il est maintenant question de site de réseaux sociaux sur l'Internet⁴⁹⁵. Juridiquement, chaque individu conclut un contrat avec le détenteur du site concernant notamment l'utilisation des données personnelles. Il ne se crée pas, en revanche, de liens de droit entre les internautes qui cherchent des liens d'amitié⁴⁹⁶ mais des relations précaires qui, pour certaines, deviendront juridiques. Il y a là, de nouveau, une instrumentalisation de l'amitié. Alain Supiot écrit à propos de la notion de réseau : *« pour un sociologue, un économiste ou un informaticien, le réseau apparaît comme quelque chose de très moderne. Pour un juriste, il évoque au contraire irrésistiblement les constructions de la féodalité, et notamment le lien vassalique qui plaçait un homme libre au service d'un ou plusieurs suzerains »*⁴⁹⁷.

113.- Le terme de milieu renvoie également à la nature. La question de l'environnement pourrait être envisagée à tous les niveaux et en particulier au niveau national ou européen. Il ne s'agit pas ici de mener, à nouveaux frais, une réflexion sur le droit de l'environnement qui donne lieu à de nombreuses recherches⁴⁹⁸. Il s'agit de tirer les conséquences de nos analyses sur le lien de droit en matière d'environnement. Deux approches de l'environnement s'affrontent : une approche anthropocentriste qui a une origine grecque et biblique⁴⁹⁹ selon laquelle l'homme est au centre de la nature et doit dominer la nature et une approche écocentriste selon laquelle l'homme est un simple maillon de la chaîne écologique et en est potentiellement un parasite⁵⁰⁰. Si l'on considère que le lien de droit constitue un espace symbolique mais aussi physique entre les parties, l'environnement n'est pas situé autour d'un homme qui serait central mais il n'est pas plus un tout dans lequel l'homme serait un simple maillon comme les autres. L'environnement se situe au sein des liens de droit, il est entre les hommes. On pourrait parler d'approche relationnelle de l'environnement. La propriété est ce que l'on détient en propre dans son espace. Ainsi la propriété fait partie du lien noué avec les autres en tant que portion de l'espace qui sépare les parties. L'environnement est la portion de cet espace à quoi il faut ajouter ce qui n'est pas approprié (eau, air, faune, flore etc.).

Par ailleurs, l'économie concerne un échange de biens, de capitaux et de service qui se situe dans cet espace des liens de droit. Cela explique qu'il existe sans doute une dialectique entre la qualité des liens de droit et la qualité de l'environnement qui se trouve situé au sein des liens de droit. Des liens de consommation portant sur des produits bon marché et de faible qualité implique le plus souvent une surexploitation des éléments naturels et des pesticides.

⁴⁹⁴ Hypothèse que je dois au géographe F. Moriconi-ébrard.

⁴⁹⁵ V. aussi sur la notion de réseau et d'Internet : A. Supiot, *Homo juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, 2005, p.187 s.

⁴⁹⁶ C'est un autre exemple d'instrumentalisation des liens d'amitié dans la mesure où les données personnelles des adolescents sont stockées pour être réutilisées en matière commerciale.

⁴⁹⁷ Op. cit., p. 195.

⁴⁹⁸ V. notamment comme point de départ les manuels de droit de A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 2007 et R. Romi, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 2007.

⁴⁹⁹ V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Thèse Paris 1, 2008, n°82 (citant L. Fonbaustier, *Environnement et pacte écologique. Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à »*, Cahiers du conseil constitutionnel, 2003, p.140).

⁵⁰⁰ V. Rebeyrol, op. cit., n°85, le second courant est la « deep ecology » (v. A. Naess, *Basic principles of Deep Ecology*, Philosophy VI, Oslo, 1984 cité par V Rebeyrol ; v. aussi le roman de J.C. Rufin, *Le parfum d'Adam*, Flammarion, 2007 et les références qu'il cite ainsi que M. Serres, *Le contrat naturel*, Champs Flammarion, 1992.

Le droit à l'environnement sain et équilibré⁵⁰¹ mais aussi le droit de manger à sa faim ne sont donc pas étrangers aux relations juridiques entre les hommes.

Il existe également une relation étroite entre les combinaisons de lien de droit et ce que l'on nomme l'environnement au travers de la notion de milieu. Ce terme de milieu renvoie peut-être au vide se trouvant au centre d'un espace (au sens étymologique comme on l'a vu, ce qui est au mi lieu). Il est affirmé sans cesse que le rapport à la nature est souvent de domination et d'exploitation ou bien, par réaction, de fusion et d'autodestruction. Cependant les hommes s'organisent par des liens de droit comportant un vide, ce qui permet notamment d'articuler l'espace symbolique et l'espace physique. Ainsi, le *vacuum* (où se trouvait la tombe de l'ancêtre) des Celtes pouvait se situer à l'intersection d'un espace abstrait, mythique et d'un espace physique. Leur connaissance approfondie de la nature leur a sans doute fait prendre en considération des courants magnétiques⁵⁰². Le droit de l'environnement ne doit donc pas consister seulement à fixer des normes strictes et bureaucratiques pour protéger l'environnement. Des changements conceptuels sont nécessaires pour mieux articuler l'espace symbolique et l'espace physique comprenant la nature de telle sorte, notamment, que la propriété ne soit plus le droit d'abuser et d'exploiter la nature. A cette fin, il paraît nécessaire de mieux articuler l'architecture des liens de droit et la nature. Non seulement la nature est construite par le filet des liens de droit (la délimitation des champs, des villes etc.), mais il existe une intersection entre l'espace abstrait et l'espace physique. Il s'agit du vide présent dans les liens de droit et peut-être dans la nature. Reconnaître le vide dans les liens de droit en le cantonnant sans le combler peut permettre une meilleure articulation entre les deux niveaux de réalité. Un grand soin de l'expression démocratique et de l'équilibre dans les liens de droit peut y contribuer⁵⁰³. Il faut aussi que ce qui se trouve dans l'espace physique puisse agir dans l'espace symbolique des liens de droit.

Pour combler un vide trop important entre les deux espaces de l'esprit et du corps, des mots et de la matière, toute personne dont un lien de droit serait en jeu devrait pouvoir agir en justice pour défendre un élément de la nature. Il existe de nombreuses possibilités d'action en justice et la réflexion se porte actuellement sur des actions de groupe (ou class action). Pourquoi ne pas faciliter les actions individuelles ou de groupement en accueillant des actions fondées sur les liens de voisinage et les liens locaux ?⁵⁰⁴ En revanche, qualifier les animaux de personnes pour leur reconnaître des droits et des actions réaliserait une certaine déchéance des hommes qui ne serait plus un animal singulier (il ne s'agit pas de supériorité). De même conclure un contrat entre les hommes et la nature, comme le suggère M. Serres⁵⁰⁵, serait contraire à la définition du contrat qui implique un accord de volonté entre deux sujets de droit. Il faudrait réaliser un saut conceptuel qui remettrait en question la notion de contrat. Certes, un tel saut n'est pas impossible. Ne vaut-il cependant pas mieux trouver une juste place à chacun des éléments en cause en distinguant l'homme de la nature ? La société serait ainsi une structure de liens de droit dans l'ordre symbolique ayant un effet sur l'ordre du réel comprenant la nature.

⁵⁰¹ Défendu par V Rebeyrol, thèse précitée.

⁵⁰² Position d'Emmanuel Lézy, géographe à Nanterre, v. notamment le géomagnétisme : un facteur de localisation oubliée par les géographes ? http://www.cafe-geo.net/article.php3?id_article=1111

⁵⁰³ A. Van Lang, op. cit., p. 244 s.

⁵⁰⁴ Ce n'est pas le lieu d'entrer dans les détails d'une telle action, disons qu'il s'agirait de réactualiser les comités de défense et de développer des actions de substitution en cas d'inertie des collectivités locales.

⁵⁰⁵ Ouvrage précité.

Il n'existe pas de lien de droit entre la nature et les hommes. Seuls des rapports de droit de propriété peuvent exister et éventuellement des liens affectifs avec les animaux domestiques. Les liens symboliques existent seulement entre les hommes. Les biens immeubles délimitent l'espace dans lequel les liens de droit se créent. Cet espace est à la fois matériel et symbolique. Ainsi, il n'y a pas un environnement entourant les liens de droit. La société est un échafaudage de liens de droit qui suppose un espace à la fois symbolique et physique. Cet espace est nécessaire aux relations. Les pollutions portent directement atteinte aux liens de droit car ceux-ci impliquent un espace physique (la maison pour les liens de filiation, la cité pour les liens économiques et politiques etc.). La santé d'une personne qui est un être relationnel est aussi la santé des liens de droit⁵⁰⁶. Dans la mesure où l'incertitude grandit au sein des liens de droit, l'espace dans lequel il s'inscrit est lui-même atteint. Si des personnes tentent de combler des liens fragiles par un trop plein de biens qu'elles entassent ou consomment sans désir, cela entraîne, par ricochet, des conséquences sur l'économie et l'environnement.

Il n'est pas certain que nous soyons responsable juridiquement de la nature en dehors de ce que l'on possède (Etat ou individu, ce qui fait déjà pratiquement toute la nature). Le moralisme en ce domaine est dangereux car il génère une responsabilité insupportable et trop générale et donc ineffective. Par ailleurs, le rapport à la nature la plus sauvage est souvent un rapport de peur. Il peut également exister un rapport fusionnel avec la nature qui est tout aussi dangereux⁵⁰⁷. Ce n'est pas un lien de droit car il n'y a pas d'élaboration symbolique de la part de la nature (il n'y a pas de rencontre des volontés) mais plutôt une division sans communication. Autrement dit, il ne faut pas voir dans les rapports entre l'homme et la nature un lien de droit⁵⁰⁸, car il n'y a pas de parole réciproque, la nature est indifférente. La traduction de la Bible indiquant aux hommes qu'ils « *commanderont* » ou « *soumettent* » les poissons, les oiseaux et tout ce qui vit sur terre (Genèse, 1, 26) n'est pas la seule possible. La racine du verbe traduit par commander peut signifier commander ou descendre⁵⁰⁹. Selon un commentateur, ce mot a une signification de commandement et de déchéance⁵¹⁰. Si l'homme n'a pas de mérite, il descend plus bas que la nature⁵¹¹. L'on peut actualiser ce commentaire en considérant que l'homme ne doit pas être au-dessus du reste de la nature, mais qu'il doit au contraire se mettre à sa hauteur pour pouvoir la diriger. Il ne faudrait pas seulement lire « *ils commanderont* » mais « *ils commanderont tout en descendant* » vers la nature (qui peut être également et en même temps descendre en soi à la découverte de ses forces et pulsions internes symbolisées par les poissons, oiseaux et animaux que chacun doit maîtriser⁵¹²) sans pour autant déchoir. Les liens de droit permettent de s'unir en se séparant au sein de la nature. Il est frappant de constater que des hommes qui ne parviennent pas à vivre en lien avec d'autres hommes, les psychotiques, ne subissent par les maladies courantes⁵¹³. En somme,

⁵⁰⁶ La santé entre dans le champ du droit de l'environnement, A Van Lang, n°2.

⁵⁰⁷ J.C. Rufin, *Le parfum d'Adam*, 2007, Flammarion.

⁵⁰⁸ F. Ost, *La nature hors la loi*, La découverte, 2003, spéc. l'introduction sur le lien et la limite.

⁵⁰⁹ Racine Yrd, in E. Klein, *a comprehensive etymological dictionary of the Hebrew language*, Carta, Jerusalem, 1987. Cette racine se retrouve dans toutes les langues sémitiques.

⁵¹⁰ V. commentaire de Rachi in Berechit avec le commentaire du Tora Temima et de Rachi, éd. Gallia, 1998, p.23.

⁵¹¹ V aussi en ce sens C. Challier, *L'alliance avec la nature*, 1989, Cerf, p. 123 « *l'absence de discernement, singulièrement ici entre l'humain et le bestial, le refus de veiller sur les séparations entre les espèces, provoquent une désorientation telle que l'homme descend plus bas que l'animal* ».

⁵¹² Nous sommes redevable à Jerome Fara pour cette remarque.

⁵¹³ Selon Alain Manier « *les maladies bénignes de la vie quotidienne d'origine microbienne ou virale, comme rhumes, gripes, gastro-entérite, angines, infections, intoxications alimentaires, etc. , qui sont autant d'affections banales de la relation à l'autre (ici l'environnement) lui sont totalement étrangères* », op. cit., p.116.

dans l'espace symbolique, les éléments naturels sont situés entre les hommes (les hommes les nomment et en font un élément de leur relation), ils sont en quelque sorte environnés par l'homme. Dans l'espace physique, il s'opère peut-être un renversement car la nature environne l'homme⁵¹⁴, dit-on. En réalité les deux mondes physique et symbolique sont inséparables et agissent en permanence l'un sur l'autre. C'est pourquoi l'espace abstrait des hommes devient un espace concret ou une organisation de l'espace, si bien que même dans l'espace physique, la nature apparaît être dans les liens de droit et non pas autour. Cette approche s'oppose peut-être à l'anthropocentrisme d'une définition de l'environnement partant de l'individu sans pour autant faire déchoir l'homme au rang d'un élément de la nature sans singularité. Catherine Challier indique en un sens plus spirituel, mais voisin, que la nature fait partie de l'alliance entre les hommes et dieu⁵¹⁵ : *« il ne s'agit pas pour autant de plaider la cause de quelque chimérique « retour à la nature » ni de dénoncer la rationalité scientifique et technique mais, plus simplement, de montrer qu'un autre plan d'approche de la nature est possible et légitime, et que ce plan ... noue l'intériorité humaine et l'extériorité du cosmos et de la nature en une alliance dont aucun concept n'épuise le sens car elle renvoie à l'infini⁵¹⁶ N'est-ce pas enfin ce souvenir que les animaux sont compris dans l'alliance divine⁵¹⁷? »*.

Lorsque l'on lance un caillou de manière oblique vers la mer, le caillou touche l'eau de manière tangentielle et rebondit. Pendant quelques secondes, il remonte et semble lutter contre l'attraction terrestre, puis redescend avant de rebondir de nouveau. Il se produit un heurt entre deux éléments, l'eau et la pierre, entrecoupé d'un quart de seconde de traversée de l'air. Dans le lien de droit, il y a également des éléments d'accrochage - une contrainte, une nécessité d'agir dans un certain délai - et des éléments de distance - la reconnaissance de l'autre et la différence complémentaire entre les sujets du lien. Comme le ricochet, le lien de droit comporte une certaine durée de vie, il prend fin par une séparation, qui peut être un décès, un divorce, une résiliation ou un licenciement etc. Le lien de droit est un lien qui a une trajectoire dans le temps et dans l'espace. Il porte sur un objet lorsqu'il est patrimonial mais n'implique pas nécessairement de choses. Dans tous les cas, il existe une distance entre les partenaires. Ces partenaires ne sont pas interchangeables, ils sont considérés dans leur singularité, sauf dans l'hypothèse de liens de droit standardisés tels que certains liens de consommation. A chaque fois, il délimite un espace qui n'est pas seulement abstrait. C'est aussi un espace concret et singulier, il est fait d'air, il porte le souffle de la parole, il existe entre des murs, des arbres, un ciel. La pollution, des bruits excessifs ou, à l'inverse, un harcèlement pour imposer le silence cause un préjudice aux liens de droit. La nature et la ville ne constituent pas simplement l'environnement de la société, c'est le lieu du lien. La maladie des liens de droit c'est aussi la maladie de l'espace concret que constituent ces liens.

Du réseau ou du milieu pouvant impliquer des centaines de milliers de personnes, on passe à un ensemble de liens de droit c'est-à-dire à une société organisée autour d'un Etat composée de plusieurs dizaines de millions de personnes.

5.- L'ensemble étatique des liens de droit.

⁵¹⁴ Sur la notion d'environnement, v. notamment A Van Lang et R Romi, Montchrestien, 2007, n°1.

⁵¹⁵ L'alliance avec la nature précit.

⁵¹⁶ Op.cit. p.13.

⁵¹⁷ Op. cit., p.118.

114.- La société n'est pas nécessairement nationale. Elle dépasse de plus en plus les frontières des Etats. L'on peut, par exemple, parler de société européenne. Nous nous en tiendrons dans ce paragraphe à la conception commune de la société comme ensemble des liens de droit d'un pays. Cette société nationale implique une tierce personne qui est l'Etat. La société se crée par un enchaînement de liens de droit qui sont autant horizontaux (lien contractuels et conjugaux) que verticaux (lien de nationalité et de filiation). L'expression de lien politique est parfois utilisée. Mais elle n'a pas de contenu précis ; c'est une nébuleuse de liens de droit comprenant aussi bien le lien de nationalité que le lien entre électeur et élu ou le lien entre les différents pouvoirs.

Si la science politique est la science des rapports de force dans des ensembles de liens de droit qui peuvent être aussi bien des Etats, que des collectivités territoriales ou des entreprises voire des familles, le lien politique lui n'a pas d'autonomie vis-à-vis des autres liens. Le politique concerne les rapports de force dans des ensembles de liens de droit conduisant notamment à déterminer les règles de droit applicables. Il ne s'agit donc pas d'étudier le lien politique, mais plutôt le lien public.

Les liens publics apparaissent peu approfondis en tant que relations juridiques. Le lien principal est le lien de nationalité, il unit chaque personne à l'Etat. Les liens publics comportent des éléments culturels dans la mesure où le pouvoir et le savoir sont étroitement mêlés. Celui qui a le savoir détient également un pouvoir. Il s'agit de liens verticaux par opposition aux liens entre égaux qui existent en droit des affaires. Des forces physiques et culturelles sont à l'œuvre dans le fonctionnement de l'Etat et des autres pouvoirs publics. On sait que dans le travail conceptuel des juristes européens, la notion d'Etat a été élaborée à partir de la notion de Dieu. Ces pouvoirs étatiques transitent ainsi par les liens publics et notamment par le lien de nationalité.

La nationalité est une appartenance juridique à la population d'un Etat⁵¹⁸ définie comme un lien juridique entre un individu et un Etat⁵¹⁹. Il existe en réalité deux liens. Un lien vertical relie l'individu à l'Etat, c'est un lien personnel proche du lien qui existait entre un vassal et un suzerain. C'est donc une situation de subordination : un national est un sujet de l'Etat. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser le 19 février 1975⁵²⁰ que la nationalité était un lien d'allégeance à une personne morale de droit public. Il existe cependant peu d'occurrences de la notion de lien de nationalité dans la jurisprudence (5 pour la Cour de cassation). Il existe aussi un lien horizontal, c'est le lien à la nation, en tant qu'ensemble de nationaux. Ce second lien ne paraît pas très exploité.

Il existe plusieurs conceptions de la nationalité selon que l'on privilégie le droit du sang (*jus sanguinis*), c'est-à-dire le fait d'être né de parents français (on met en relation le lien de filiation avec le lien de nationalité), ou que l'on insiste sur le fait d'être né sur le territoire français (on parle de droit du sol ou de *jus solis*), ou encore sur la volonté d'être français. Les modifications fréquentes des règles du droit des étrangers et de la nationalité expriment la pression qui s'exerce sur le lien national. Une ouverture trop grande et trop rapide lui fait perdre sa consistance, mais la fermeture conduit à la sclérose. Les personnes morales ont la nationalité française si elles ont leur siège social en France. Le critère est parfois difficile à

⁵¹⁸ P. Lagarde, La nationalité française, 3^{ème} éd. Dalloz, 1997, la nationalité est "un lien juridique entre un Etat et un individu", p.7..n°1

⁵¹⁹ P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 7^{ème} éd., 2001, Montchrestien, n°838 : "la définition de la nationalité ainsi proposée met l'accent sur ce que l'on appelle la dimension verticale de la nationalité, c'est-à-dire le lien entre l'Etat et chaque national. Il ne faut cependant pas méconnaître la dimension horizontale, c'est-à-dire le lien qui unit entre eux les nationaux d'un même Etat, dont ils forment la population".

⁵²⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 fév. 1975, Bull. n°72 p.65.

manier lorsqu'il s'agit de déterminer le juge internationalement compétent car il se heurte à l'existence de multinationales qui sont organisées en groupe de sociétés. Certains y voient une forme de reféodalisation.

115.- Il ne semble pas que l'idée de lien de droit public ait été très explorée. La notion de lien de droit est sans doute avant tout une notion de droit privé. L'expression pouvant regrouper toutes les hypothèses de lien public est celle de « lien statutaire ».

Il existe un tel lien entre agents publics et les collectivités. Ainsi, la théorie du contrat a été abandonnée dans les relations entre l'Etat et les fonctionnaires pour retenir celle de situation statutaire⁵²¹. Selon Olivier Dord « *deux conceptions de la nature du lien existant entre l'Etat et ses agents ont longtemps coexisté. La nature contractuelle de ces rapports est soutenue par d'éminents publicistes [Laferrière]. D'autres défendent le statut légal et réglementaire du fonctionnaire [Hauriou]* ». La titularisation exprime, selon ce même auteur, « *le lien, en principe indéfectible, qui existe entre le fonctionnaire et la collectivité publique qui l'emploie* »⁵²². Davantage que d'une situation qui est un concept vague, il s'agit d'un lien de droit.

116.- L'antique notion de statut mériterait d'être réinvestie : il s'agit d'un complexe de droits et de devoirs où l'accent est placé plutôt sur les devoirs. Elle rendait compte de la relation entre une personne et sa corporation ou sa cité. Le statut est proche étymologiquement de l'Etat et sert également à faire « tenir debout » et donc à structurer des relations, voire à les créer. Le terme de statut a cependant été progressivement oublié pour faire place au droit subjectif, aux droits de l'homme et aux contrats, en somme à toutes les situations où le droit et la liberté l'emportent sur les sujétions. Il avait, cependant, le mérite de traduire le rattachement de chaque homme à des groupes ? C'est peut-être la limite actuelle des droits de l'homme que de ne s'intéresser souvent qu'à un homme isolé de ses groupes de rattachement. Vouloir rééquilibrer les droits de l'homme en invoquant les devoirs de l'homme échoue, notamment en raison de son caractère moraliste. Il reste, par ailleurs, de nombreux statuts en droit et le terme est loin d'avoir disparu. On peut penser au statut de fonctionnaires ou au statut des baux d'habitation. Dans le premier cas, il existe un lien entre un fonctionnaire et une personne morale de droit public ; dans le second, il existe un contrat encadré par une législation impérative. Il paraît possible de réactiver la notion de statut⁵²³ qui portait sans doute trop sur les devoirs et l'attachement au groupe en lui préférant le terme de lien statutaire⁵²⁴, afin d'insister sur les relations entre un individu autonome et un groupe. Or les liens statutaires se transforment. L'Etat confie, de plus en plus, à des autorités de régulation des tâches d'administration et de justice de secteurs économiques qui sont souvent organisés techniquement sous forme de réseau (télécommunication, énergie etc.).

117.- Il convient d'ajouter les liens statutaires qui existent entre administrés et administrations, notamment en matière de santé⁵²⁵ et d'éducation. Pour illustrer la question du lien statutaire d'enseignement, on peut citer un dialogue de maître à élève qui n'est pas sans faire penser à une ritournelle de questions et donc à la chanson du ricochet. Ainsi dans une

⁵²¹ O. Dord, Droit de la fonction publique, PUF, Thémis, 2007, n°24.

⁵²² Op. cit., n°28.

⁵²³ V. la théorie des statuts, H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, T1, LGDJ, 1993, notamment n°221 s.

⁵²⁴ F. Dreyfuss-Netter emploie l'expression de relation statutaire pour fonder le régime de la responsabilité médicale issu de la loi du 4 mars 2002, Responsabilité civile et assurances, oct. 2002, n°17, spéc. p.6.

⁵²⁵ V F Dreiffus-Netter précit.

nouvelle de Fabrice Defferrard, une élève vient poser une question au professeur de droit à l'intercours : « - tout à l'heure vous avez dit que le divorce est l'avenir du mariage. Je n'ai pas compris ce que vous avez voulu dire.

Il l'observerait et, pendant une seconde, il hésiterait à lui donner une réponse.

- *oui j'ai dit que « le divorce était l'avenir du mariage » ; c'est une formule amusante qui se retient bien, je suis d'accord, mais cela dit, elle est quand même un peu excessive, vous ne trouvez pas ?*

Elle se mettrait vaguement à rougir, surprise que cette question lui soit posée.

- *si un peu...*

- *j'ai dit aussi que d'un point de vue juridique, le divorce, parce qu'il propose une procédure de séparation judiciaire organisée, pouvait se présenter comme le seul intérêt du mariage. J'ai dit cela en manière de boutade... mais cela ne signifie pas, à proprement parler, que le divorce est l'avenir du mariage.*

- *oui bien sûr...*

- *ce que j'ai voulu dire, c'est que lorsqu'on se marie, on accepte, éventuellement, de se soumettre à l'une ou l'autre des procédures de divorce que prévoit le code civil ; c'est l'avantage ?...*

- *Il y a un avantage ?*

- *oui par rapport au concubinage par exemple, où il n'y a aucun régime juridique et aucune protection légale organisée. Comme je vous l'ai dit, la procédure de divorce a pour but de protéger celui qui subit la séparation.*

Et en la regardant, il saurait qu'elle avait compris, mais aussi, il aurait l'impression qu'il ne parviendrait jamais à la convaincre ni à s'affranchir de ce lien obscur et artificiel que le savoir institue entre les personnes »⁵²⁶.

Il est curieux que le romancier mêle les deux liens, lien de maître à élève et lien conjugal, dans le même récit, mais peut être le récit sert-il aussi à mettre des liens ensemble. L'auteur affirme que le lien de maître à élève est obscur et artificiel par opposition au mariage qui suppose de ne pas rester à la surface des corps. Il touche ainsi à cette part d'inconnaissable et de vide qui gît, semble-t-il, dans tout lien de droit et particulièrement dans les liens impliquant un savoir⁵²⁷.

118.- Tous les liens de droit impliquent l'Etat, soit comme tiers (en relation avec la monnaie, la langue ou les règles), soit comme partie (notamment dans le lien de nationalité et de nombreux liens statutaires). L'Etat est un lieu qui comporte un vide car tous les hommes sont égaux (article 1^{er} de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et aucun ne peut jouer le rôle d'un tiers absolu. Le président de la République peut seulement habiter une partie de ce vide pendant son ou ses mandats (il habite au sens propre un lieu au nom sacré « palais de l'Elysée » qui est plutôt discret dans la ville). Ce vide est un lieu où tourbillonnent les flux d'énergie circulant dans tous les liens de droit. On peut représenter l'Etat comme un arbre creux (un totem ?) autour duquel tous les liens de droit s'agglutinent en formant des constellations et des réseaux : des constellations de liens politiques, des réseaux d'associations, de personnes physiques et d'organismes formant la société civile, des constellations économiques parfois liées à des constellations familiales (par exemple, les grands familles fondatrices de grands groupes de distribution). Il existe différentes « classes » sociales au sens de constellations de liens de droit plus ou moins fermées. L'Etat donne son

⁵²⁶ Un cours in Un voyage à Marienbad, éd. de l'officine, 2003 p.135.

⁵²⁷ Pour Jacques Lacan « la position de psychanalyste est suspendue à un rapport béant, à la méprise du sujet supposé savoir » in J. Siboni, Les mathèmes de Lacan (une anthologie), Lysimaque, 1996, p.99 tiré de la méprise du sujet supposé savoir, Scilicet, 1, 1968, 31-41.

identité à l'individu en lui indiquant son nom (dans l'acte d'état civil), sa situation de famille et sa nationalité. Être français signifie être membre de cet univers de liens de droit structurés d'une manière particulière en impliquant les principes d'égalité (personne n'est par nature supérieur à l'autre), de liberté (chacun possède les principales libertés et est donc autonome dans ses liens de droit) et la tradition qui implique une certaine hiérarchie discrète. La culture française est constituée d'une histoire, que l'on peut comprendre comme une histoire de la transformation des liens de droit. Nous songeons en particulier à la transformation du lien contractuel de travail, à celle du lien aux gouvernants et à celle du lien colonial en un lien civique d'égalité (une transformation qui est toujours en cours⁵²⁸). D'ailleurs la notion de lien social, typiquement française, fait, comme nous l'avons vu, parti de cette histoire. D'une certaine façon, il n'existe qu'un immense lien de droit aux multiples ramifications. Ce n'est pas un contrat social dans la mesure où il n'y a pas de consentement des citoyens, c'est un lien juridique. Emmanuel Todd a expliqué de manière lumineuse comment des régions situées aux extrémités de la France (Alsace, Bretagne, Corse etc.) où les structures familiales étaient autoritaires se sont associées avec les régions plus centrales où les structures familiales étaient égalitaires pour former la structure de liens de droit française⁵²⁹. L'exacerbation de la valeur égalitaire en France serait en réalité le résultat d'une tension entre l'égalité et l'autorité. L'on voit de nouveau comment les compositions inférieures de liens de droit influent sur le niveau supérieur.

Les vides de chaque lien de droit s'additionnent pour former un vide social où se trouve le tiers stabilisateur. Un vide aux proportions gigantesque, où toutes les énergies transitent, est ainsi fabriqué. L'existence d'un vide social qui est ici déduite de l'existence d'un vide dans chaque lien paraît rejoindre la pensée de plusieurs politologues. Ainsi, selon Claude Lefort, le lieu du pouvoir politique en démocratie est un lieu vide : « *ce qui émerge, c'est la notion nouvelle du lieu du pouvoir comme lieu vide... Voilà qui mérite attention : la notion d'un lieu que j'appelle vide, parce que nul individu, nul groupe ne peut lui être consubstantiel ; la notion d'un lieu infigurable, ni au-dehors, ni au-dedans* »⁵³⁰. L'égalité entre les citoyens a vidé ce lieu d'un roi d'essence divine. En démocratie, ce lieu où transitent tous les pouvoirs est un lieu vide à peine personnifié pendant quelques années par un homme comme les autres. La clef de la démocratie est l'existence d'un lieu vide et d'une incertitude. Le lien de droit est l'unité de base d'une société qui comporte un vide et une indétermination puisqu'il n'y a pas un être exceptionnel au dessus des autres comme peut l'être un roi. Le principe d'égalité implique que le lieu du pouvoir soit vide⁵³¹. La démocratie impliquant l'égalité et les droits de l'homme suscite une inconsistance, un vide. Jacques Rancière traduit une idée voisine en notant que la démocratie est sans fondement : « *la politique, c'est le fondement du pouvoir de gouverner dans son absence de fondement* »⁵³². L'auteur observe, dès lors, une haine de cette

⁵²⁸ V. B. Stora et T. Leclere, précit.

⁵²⁹ La nouvelle France, Points, Seuil, 1988 et Le destin des immigrés, Points, Seuil, 1997.

⁵³⁰ Le temps présent, précit. p.465

⁵³¹ V. aussi M. Gauchet traite lui d'invisibilité du pouvoir : « *l'entrée dans la modernité politique, en effet, c'est l'appropriation monopolistique par l'Etat de l'institution du lien de société et l'irrésistible dessaisie des anciens îlots de socialité de leur dimension publique... dans cette transformation, le pouvoir perd apparemment son rôle symbolique, comme si ses fonctions signifiantes et ses prérogatives réelles allaient en raison inverse les unes des autres. Son élément primordial était l'ostentation symbolique tandis que son emprise réelle était limitée ; quand en revanche son monopole de l'être ensemble le rend matériellement omniprésent, sa force d'image et sa capacité d'expression rituelle ne cessent de se restreindre. Ce n'est pas le moins du monde que sa fonction symbolique tende à disparaître : elle se fait seulement invisible* » in Le désenchantement du monde, Gallimard, 1985, p.285 s.

⁵³² La haine de la démocratie, La Fabrique, 2005, p. 56.

démocratie qui nivelle par le bas. Il propose de prendre acte de cette égalité et de ce vide du pouvoir en tirant au sort les élus.

119.- Cependant, ce vide n'est pas nécessairement négatif. Le psychanalyste, Jean-Paul Hiltenbrand note que le bonheur agité par les hommes politiques est un lieu vide mais, affirme-t-il, « *ce trait de vide est important à souligner car, loin de constituer une faiblesse, il est tout au contraire le ciment le plus assuré de notre institution de la démocratie, de toutes les institutions sociales en général et de notre lien social en particulier* »⁵³³. Puisque le lien social est, selon nous, un lien ou l'ensemble des liens de droit, il existe bien un vide constitutif de ces liens.

La faille existant dans chaque lien de droit prend dans le groupe en son entier des allures d'abysse. La mise en scène et les symboles du pouvoir sont nécessaires, car l'Etat, tiers lointain, construit tous les autres liens en renvoyant une identité à chacun. Prendre conscience de ce vide et de la construction des montages politiques empêche d'être tenté de combler ce vide par le fanatisme, voire par un flux d'images. L'image peut être vue comme ce qui est manquant, la présence d'une absence, ainsi l'image comble une absence, un vide. L'indétermination du lien de droit conduit de nombreuses personnes à un certain isolement, mais garantit aussi leur autonomie et leur liberté dans les relations.

On essaie pourtant de combler ce vide, cette faille, sans faire référence au lien de droit par la consommation excessive de biens, d'informations et d'images, par la violence, voire par le populisme pénal⁵³⁴. Une solution théorique paraît être de construire un réseau de liens de droit solide et équilibré, autour d'un vide constitutif accepté. Les liens ont eu des fondements - religion et mythe - mais sont aujourd'hui dans l'incertitude. Plutôt que de vouloir à toute force reproduire des certitudes, il paraît possible de tenter de regarder en face l'incertitude. Aujourd'hui, selon certains psychanalystes, les nouvelles pathologies impliquent souvent une certaine perversité consistant à transformer l'autre en objet pour tenter de sortir de l'inconsistance⁵³⁵. Jean-Pierre Lebrun traite ainsi de l'inconsistance dans le régime démocratique comme source de la perversité⁵³⁶. Toutes les stratégies sont tentées pour se donner un peu de fermeté et donc de confiance.

Une spécificité du droit moderne est de comporter un droit sans fondement, un droit qui ne comble pas le vide entre les personnes mais, au contraire peut-être, tend à créer ce vide afin que chacun soit égal à un autre, autonome, libre et en même temps unique. Certes, il reste en surface car il ne s'occupe pas des fondements et paraît dès lors superficiel. Pourtant, lorsqu'un couple homosexuel demande à bénéficier du mariage ou de l'adoption, il n'est pas que superficiel. Il ne s'agit pas de placer une simple enveloppe juridique sur des liens de fait, mais de « reconnaître » des liens dans un sens fort, donc de les créer. Sur quoi fonder une solution plutôt qu'une autre, pourquoi créer ou ne pas créer un nouveau lien de filiation, un nouveau lien conjugal ? Pour ceux qui réclament la création d'un nouveau lien de droit, il ne s'agit pas de la simple reconnaissance d'un lien de fait préexistant, mais de la création du lien aux yeux de la société, voire d'eux-mêmes. On voit, là, que le droit est sans fondement mais non sans profondeur.

⁵³³ Insatisfaction dans le lien social, Eres, 2005, p.67.

⁵³⁴ D. Salas, précit.

⁵³⁵ J.P. Lebrun, La perversion ordinaire, précit.

⁵³⁶ La perversion ordinaire, précit.

120.- Ce vide de l'ensemble des liens de droit peut être créateur ou destructeur. Il peut être destructeur si l'on cherche à le combler. Imre Kertesz, prix Nobel de littérature, ayant connu le totalitarisme communiste décrit le totalitarisme contemporain qu'il voit se développer depuis la chute du Mur. Parce qu'il n'a pas déclaré la somme exacte qu'il transporte pour se rendre à Vienne, il doit descendre du train et subir la bêtise bureaucratique des douaniers hongrois : « *oui la coupe est pleine je ne supporterai plus de nouvelles blessures. Les dictatures changeantes et néanmoins monotones des six dernières décennies ainsi que cette dictature résiduelle qui n'a pas encore de nom ont broyé mon immunité nourrie de patience, d'une patience injustifiée... apparemment je voyage en train mais ce train ne transporte plus qu'un cadavre. Je suis mort* »⁵³⁷. Il s'agit d'un nouveau train de la mort. Aujourd'hui, en France, la question de la crise du lien social renvoie aussi à l'impersonnalité de la loi et à cette bureaucratie publique ou privée dans laquelle chacun se dit irresponsable. Cette irresponsabilité s'élargit en effet à certaines sociétés commerciales. Comme le dit Kertesz : « *je paie, je paie je paie* ». Ainsi, le lien de droit est un lien symbolique, mais qui peut être vide de sens et vide de vie. Le vide n'est plus dès lors habité et encadré. C'est le cas de certains liens de consommation éphémères (le parrainage d'opération culturelle ou sportive permet de donner un peu de sens à ces relations). L'homme sans lien n'est rien, et est tout sauf libre. Il devient un exclu, un prisonnier. La crise dite du lien social révèle précisément ce sentiment de déréliction. Le légalisme et plus généralement le droit contemporain contribuent à l'impersonnalité du monde. Réfléchir sur le lien de droit, le seul lien possible car il n'y a pas de lien seulement biologique qui ne passe par des mots, c'est réfléchir à l'articulation entre les personnes singulières et les groupes.

121.- En définitive, la science politique serait la science des rapports de force dans les liens de droit et les règles de droit seraient le résultat de ces rapports de force. La psycho-sociologue, Jacqueline Barus-Michel définit le politique comme « *une aptitude humaine à construire des rapports sociaux, inventer les formes du lien, leur donner des principes, en réguler le fonctionnement et les adapter aux nécessités de l'environnement et du bien être des individus concernés* »⁵³⁸. Le politique opère une canalisation des forces dans des liens de droit. L'auteur traite cependant le lien social comme existant préalablement à sa forme juridique sous la contrainte du chef, alors qu'il n'y a pas de tels faits. Ce sont les paroles qui créent les liens humains dits sociaux comme nous l'avons vu. L'Etat peut commettre des erreurs en créant des liens de droit déséquilibrés. Ainsi, le développement de la biométrie pour des raisons de sécurité porte atteinte au lien de parole, puisque l'on est reconnu, non plus par des mots, mais par sa peau ou son œil. Il y a une atteinte aux liens de droit et donc une politique dangereuse. Cependant, il existe des contre pouvoirs tels que la CNIL pour construire correctement les liens de droit. A vrai dire, le décret du 30 avril 2008 (n°2008-426) qui crée le passeport électronique n'a pas tenu compte de l'avis réservé de la CNIL en ce domaine.

122.- Les forces et les pouvoirs naissent-ils du vide ou ont-ils besoin du vide pour se régénérer ? La question de l'origine ne peut que rester sans réponse, mais le constat de la régénération des énergies est suffisant pour s'assurer que le vide est nécessaire. Le politique est le lieu des rapports de force canalisés par des symboles et des liens politiques. Dominique Bertrand l'exprime avec force : « *quiconque aura assumé quelques heures la position de leader dans un groupe reconnaîtra là le baromètre intime du pouvoir, le milieu du jardin qui génère la circulation des flux entre tous les arbres mais aussi sa croissance exceptionnelle et*

⁵³⁷ Le procès-verbal, in *Le drapeau anglais*, Actes Sud, 2005, p 218.

⁵³⁸ Op. cit., p. 98.

son excès»⁵³⁹. Les flux d'énergie passent par le centre vide du pouvoir. L'Etat ne maintient pas le lien social, mais empêche l'explosion de l'architecture des liens de droit.

Le changement d'échelle qui se produit entre l'Etat et l'Europe est le passage de quelques dizaines de millions de personnes à plusieurs centaines.

6. L'espace européen.

123.- Il n'existe pas réellement de nationalité européenne. Néanmoins l'on est citoyen de l'Union Européenne si l'on est le national d'un Etat membre. C'est un lien dérivé, un lien qui permet de se déplacer aisément dans l'Union Européenne. On peut voir l'échec du referendum sur la constitution européenne (ou sur le traité de Lisbonne) en France, en Hollande ou en Irlande comme une conséquence de la difficulté de créer de véritables liens juridiques au plan européen. L'approche exclusivement économique montre dans ce domaine ses limites et ses dangers. Une nouvelle échelle d'organisation se construit progressivement. Il convient de construire patiemment ces liens de droit notamment en bâtissant un espace judiciaire européen. Si une société est un ensemble de liens de droit, il faut pour créer l'Europe bâtir progressivement cette architecture à laquelle tous les habitants de l'Union européenne seraient liés. Durkheim⁵⁴⁰ écrivait, en ce sens, sans néanmoins faire référence au droit : *« les différentes nations d'Europe sont aussi beaucoup moins indépendantes les unes des autres ; c'est que, par certains côtés, elles font toutes partie d'une même société, encore incohérente, il est vrai, mais qui prend de plus en plus conscience de soi »*. Cet ensemble pourra peut-être se cristalliser pour former un nouvel individu à l'échelle européenne, indépendant et souverain. Le sentiment de vide et d'épuisement exposés par le philosophe Jean-François Mattéi, à propos de l'Europe, traduit peut-être le fait que le vide européen n'est pas construit, mais subi⁵⁴¹. Le philosophe regrette en particulier l'oubli de toute transcendance dans la construction de l'Europe et aurait souhaité que l'origine chrétienne soit mentionnée dans la constitution⁵⁴². Il faudrait pouvoir passer d'une transcendance de type religieux à un travail juridique sur le vide au plan européen. Ce vide européen doit être constitutionnel et suppose un équilibre des pouvoirs. Il doit également exister au sein des relations entre les européens, ce qui supposerait pour chaque européen de comprendre plusieurs langues. Il conviendrait également d'organiser le règlement des litiges transfrontières tout en prenant en considération l'accueil des étrangers.

La constellation des liens de droit européens pose de ce point de vue une redoutable difficulté par son immensité et sa variété. Il existe sans doute une certaine inconsistance de l'Union européenne. Jean-Claude Guillebaud s'en inquiète : *« la déliaison touche aussi la nation. L'Etat-nation du moins sur le vieux continent cède aujourd'hui la place à un projet européen qui, dans un premier temps, accélère la déliaison démocratique... dans la meilleurs des hypothèses ... un lien primordial sera métamorphosé : celui qui unissait le citoyen à la nation »*⁵⁴³. Un espace européen de justice permettant la reconstruction ou la création de liens de droit singularisés peut être l'occasion d'échapper à la technocratie, si les spécificités des liens de droit et la culture procédurale de chaque Etat sont prises en considération. L'idéologie de la confiance mutuelle tend cependant à harmoniser les procédures des pays européens.

⁵³⁹ Op. cit., p.114.

⁵⁴⁰ De la division du travail social, précit., p 90.

⁵⁴¹ Précit.

⁵⁴² Op. cit., spéc. p. 237 s.

⁵⁴³ Op. cit., p. 131.

Ainsi le règlement européen sur les petits litiges du 11 juillet 2007 (CE n°861/2007) met en place une procédure qui peut être entièrement informatisée. On peut y voir une résurgence de la procédure romano-canonique qui était purement écrite et secrète. Les parties peuvent ne jamais se rencontrer dans une telle procédure. Pourtant, pas plus que dans les liens de droit interne, la confiance ne se décrète. Les liens de droit entre Européens de pays différents seront solides si les conditions de construction équilibrée de ces liens sont garanties. Se construit progressivement un espace judiciaire européen qui permet d'agir plus facilement en justice dans les litiges transfrontières. La notion d'espace judiciaire, qui se distingue du territoire, peut justement être définie comme un ensemble de liens de droit dans lequel les règles de procédure sont articulées et intégrées⁵⁴⁴. Des règles sont édictées aussi bien au plan pénal que civil en matière de compétence, de transmission des actes, de recherche des preuves, de circulation des jugements et d'exécution des obligations. C'est ainsi notamment que se construit un tiers de référence complémentaire des Etats.

Il conviendrait de prendre en considération les niveaux inférieurs de composition des liens de droit pour construire le niveau européen des liens de droit. L'approche économique, critère quasi unique de constitution des liens de droit européens, paraît bien insuffisante de ce point de vue. Il faudrait pouvoir combiner une connaissance des structures familiales (E Todd souligne les grandes différences qui existent de ce point de vue entre les pays européens⁵⁴⁵), locales (la France a préféré de nombreuses petites communes par exemple contrairement à d'autres pays), régionales (impliquant le fédéralisme ou non) et étatiques (la construction des Etats anglais et français par opposition à l'empire romano-germanique et à la papauté par exemple) pour commencer à comprendre les tensions qui sont à l'œuvre en Europe et qui peuvent conduire à élaborer une structure de lien de droit profonde et non pas seulement superficielle (c'est-à-dire purement économique⁵⁴⁶). Il se peut que ce travail se fasse souterrainement sans que personne ne la pense dans son ensemble. Une forme d'intégration de tous les liens de droit européens se dessine ainsi progressivement.

La construction d'une configuration mondiale des liens de droit ne fait, en revanche, que commencer.

7. La mondialisation des liens de droit.

124.- La question de la mondialisation juridique a déjà donné lieu à de nombreuses recherches⁵⁴⁷. Il s'agit seulement, dans ce dernier développement, de tenter d'apporter une contribution sous l'angle du lien de droit. La construction juridique du monde se fait progressivement et n'en est pas au stade de l'intégration comme l'Union européenne. Elle en est à un stade où l'on peut constater l'existence de milliards de liens de droit transnationaux (des contrats, des conventions internationales, des organisations internationales) et le développement d'une justice internationale⁵⁴⁸ (en matière criminelle avec la Cour pénale internationale et en matière économique avec l'organe de règlement des différends de l'OMC et l'arbitrage commercial international). Des discussions ont lieu à propos d'une

⁵⁴⁴ V. notre ouvrage précit. Droit processuel, dernier chapitre.

⁵⁴⁵ E. Todd, *l'invention de l'Europe*, Points, 1996.

⁵⁴⁶ Cela dit, si la valeur économique tient au fait qu'elle concerne un bien désiré parce qu'il manque, il y a une relation étroite entre le plan économique et la construction des liens de droit fondée sur un désir, un manque et un vide, ce point mériterait d'être approfondie.

⁵⁴⁷ Par exemple, M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

⁵⁴⁸ J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, La république des idées, Seuil, 2005.

« gouvernance » internationale⁵⁴⁹. Certains y voient en ensemble de réseaux enchevêtrés qui sont déjà opérationnels⁵⁵⁰. L'artiste américain Mark Lombardi a ainsi tenté de représenter tous les liens politico-financiers impliqués par la faillite d'une banque internationale⁵⁵¹. Il existe également plusieurs diasporas (chinoise, indienne, arméniennes, turque, rom etc.) qui sont organisées entre de nombreux pays (par des liens familiaux, associatifs, financiers sous forme de transferts de fond). Plus généralement on assiste à une mondialisation des flux migratoires (il y aurait 200 millions de personnes déplacées dans le monde), mais aussi à des désenchevêtrements de nations éparpillées qui se réunissent (exemple d'allemands « ethniques » éparpillés dans les pays de l'Est revenus en Allemagne, les Aussiedler)⁵⁵². Il est à noter qu'il y aurait plus de deux millions de binationaux franco maghrébins circulant régulièrement au-dessus de la Méditerranée. L'espace euro Méditerranée existe dans les liens de droit privés à défaut d'exister sur un plan plus politique.

Il existe un lien juridique universel qui se construit et qui n'est pas fondé sur le domicile, la citoyenneté ou la nationalité, mais sur l'humanité. Kant considérait qu'il existait une « *communauté de commerce* » c'est-à-dire à un « *perpétuel rapport de chacun à tous les autres consistant à se prêter à un échange* » régit par un droit cosmopolitique. Il a ainsi imaginé un « *lien juridique* »⁵⁵³ entre les hommes et les Etats pour assurer une paix perpétuelle. De même, Jürgen Habermas envisage une alliance juridique⁵⁵⁴ pouvant conduire à un Etat universel. Il s'agit d'approfondir et d'affiner le droit comme science des rapports humains.

Le lien juridique d'humanité apparaît progressivement en même temps que le droit se mondialise, en particulier à travers les droits de l'homme et les crimes contre l'humanité. La répression de ces crimes paraît fondée sur l'idée qu'il existe un lien minimal tenant à l'appartenance à une même espèce. Il existe cependant un dangereux paradoxe à considérer comme inhumain les actes qui portent atteinte à l'espèce et qui sont malheureusement trop humains. Le risque est, selon Nathalie Zaltman, que les sociétés se débarrassent de leur monstre à bon compte : « *d'un côté, on ne peut que se réjouir d'une conception de l'humanité, si élevée qu'elle condamne ce qui porte atteinte au lien commun entre les humains. D'un autre côté, il reste que ce qui lui porte atteinte appartient bel et bien à cette même humanité. Dans la formulation juridique « crime contre l'humanité », une idéalité dénégative, une sacralisation particulièrement inappropriée triomphe d'une prise en compte réaliste minimale de la dimension meurtrière du genre humain* »⁵⁵⁵. Il existe des droits de l'homme universels et des tribunaux communs comme la Cour pénale internationale qui a une activité au moins symbolique⁵⁵⁶. Cela ne paraît pas suffisant si le désir d'unification mondiale conduit à exclure ses monstres en voilant pudiquement la potentialité meurtrière de l'espèce. Cette part d'ombre ou de vide semble nécessaire à la construction des liens de droit et donc à une organisation de

⁵⁴⁹ Par exemple, M. Delmas-Marty, ouvrage précit. ; A.J. Arnaud, ouvrage précit.

⁵⁵⁰ A.M. Slaughter, *a new world order*, Princeton University Press, 2004 qui distingue les réseaux d'information, d'application et d'harmonisation. Nous remercions D. Chekroun pour nous avoir fait connaître cet ouvrage. Il existe cependant, nous semble-t-il, dans l'ouvrage de Slaughter une conception vague des relations entre les acteurs de la mondialisation, les termes de link, tie, network sont employés les uns pour les autres (par exemple p.10) sans que ces notions ne soient juridiquement approfondies.

⁵⁵¹ Le Courrier International du 24/12/2003 n°686-687.

⁵⁵² Conférence donnée par Catherine de Wenden, Paris, Fondation J. Jaurès, 9 avril 2008.

⁵⁵³ Cité par Catherine Challier, de l'intranquillité de l'âme, précit. p.14.

⁵⁵⁴ La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne, Paris, Cerf, 1996, p.13 cité par C Challier in de l'intranquillité de l'âme, précit, p. 14 et 17.

⁵⁵⁵ Le mal : un tabou culturel, inédit (à notre connaissance), présenté au cours du séminaire psy-droit.

⁵⁵⁶ V. M. Hardt et A. Negri, *Empire*, 10/18, 2000, spéc. p.65.

la mondialisation. Il conviendrait également de prendre en considération tous les niveaux de structuration des liens de droit (familiales⁵⁵⁷, locales, étatiques et continentales).

125.- Il n'existe plus de lien économique qui n'implique un élément d'extranéité (par la matière première, la production, le transport ou la distribution). Ces liens économiques constituent juridiquement des marchés⁵⁵⁸. La notion de marché est juridique dans la mesure où elle est définie notamment par le Conseil de la concurrence ou la Commission européenne pour déterminer s'il existe des atteintes à la concurrence. Le droit ne régule pas des marchés qui lui pré existerait, mais crée le marché. L'économie numérique ne s'est développée qu'avec des lois et des procès. On peut analyser un marché comme un ensemble de liens de droit (en particulier des liens contractuels) permettant l'échange de biens et de service (certains échanges peuvent être gratuit, une partie se rétribuant par la publicité). Le terme grec Oikos qui a donné le mot économie veut dire maison au sens de la famille. Or, dans les langues indoeuropéennes plus anciennes comme le sanskrit, le terme ayant donné oikos voulait dire le clan, la société comme l'explique Benveniste. N'ont pas d'abord émergé le couple et les enfants puis le village. La famille élargie a d'abord existé, puis se sont formées des divisions de ce clan en petites familles. Cela explique le déplacement de sens du terme oikos. L'économie, à l'origine, est la manière dont se fait la répartition dans le village. C'est un terme largement juridique qui est à l'origine de la notion de droit de pâture, par exemple. Tous ces sens sont sans doute sédimentés. Benveniste écrit d'ailleurs « *quand on croit que les notions économiques sont nées des besoins d'ordre matériel qu'il s'agissait de satisfaire et que les termes qui rendent ces notions ne peuvent avoir qu'un sens matériel on se trompe gravement. Tout ce qui se rapporte à des notions économiques est lié à des représentations beaucoup plus vastes qui mettent en jeu l'ensemble des relations humaines ou des relations avec des divinités* »⁵⁵⁹. Bernard Maris conclut de la même manière « *le marché contrairement à ce qui dit Hayek ne produit pas le droit chargé de le réguler ; il est plutôt l'enfant du droit, de l'histoire sociale et de la politique* »⁵⁶⁰. La main invisible du marché est une fiction. C'est pourquoi, il faut sans doute éviter de parler de sphère économique dans la mesure où les liens économiques ne sont pas isolés ; ils sont en relations avec les liens familiaux et les liens publics⁵⁶¹. Les liens économiques relèvent d'une division sociale croissante. Des liens non familiaux se sont développés et ont généré des échanges.

126.- L'analyse économique du droit conduit à effectuer un calcul économique pour déterminer la meilleure solution juridique dans une situation donnée en termes de loi, de règlement, de jugement ou de contrat. Chaque partie a, selon cette approche (il existe, en réalité, plusieurs courants dans l'analyse économique du droit⁵⁶²), des intérêts à défendre rationnellement. Ainsi, un économiste suggère de faire disparaître l'aide juridictionnelle au profit d'une assurance obligatoire. Le système coûterait moins cher et serait plus efficace. Cette approche est à l'opposé d'une lecture du droit en termes de lien. Elle ne prend en compte que des intérêts égoïstes alors qu'il existe également des hypothèses banales d'actions désintéressées ou simplement d'empathie⁵⁶³. Il est possible de proposer, au contraire, une approche purement juridique de la question de l'aide juridictionnelle. Il ne faudrait plus raisonner en termes de charité et d'assistance, ce qui en est le fondement traditionnel. Les

⁵⁵⁷ E. Todd et Y. Courbage, le rendez vous des civilisations, précit.

⁵⁵⁸ V. sur la notion de marché construit par le droit : A.J. Arnaud, critique de la raison juridique, t2 précit. p.124 s citant M. Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, LGDJ, 2002

⁵⁵⁹ Le vocabulaire des institutions indo-européennes, éd. Minuit, 1969, T1, p.202.

⁵⁶⁰ Antimanuel d'économie, Bréal, t1, 2006, p.144.

⁵⁶¹ V. La critique de la sphère économique par N. Elias, op. cit., p.170 s.

⁵⁶² T. Kirat, Economie du droit, Repères, la Découverte, 1999.

⁵⁶³ V. M. Terestckenko, op. cit., p.191 s.

avocats devraient contribuer à cette aide en étant moins payés que sur le marché, en contrepartie de leur monopole. Les avocats qui ne pratiquent pas l'aide juridictionnelle devraient y contribuer financièrement. L'Etat qui a l'obligation de rendre les tribunaux accessibles par tout citoyen doit continuer d'y contribuer. Quant aux justiciables, pour éviter d'être assistés et leur permettre de rester autonomes, ils devraient laisser une part de ce qu'ils obtiennent au terme de leur procès à leur avocat. Ainsi, l'aide juridictionnelle pourrait donner lieu à une configuration équilibrée de liens de droit et ne se fonderait pas exclusivement sur les intérêts économiques. Une critique générale que l'on peut faire à l'analyse économique du droit est de ne pas raisonner en termes de liens humains. A l'inverse, une analyse juridique de l'économie, c'est-à-dire en termes de liens de droit consacrés aux échanges, serait peut-être envisageable. La prise en compte de la singularité des parties, c'est-à-dire de leur différence dans les liens de droit, entrerait en résonance avec la notion d'économie des singularités développée par Lucien Karpik qui implique des interventions notamment législatives pour déterminer la qualité des produits⁵⁶⁴.

127.- Un débat concerne l'existence de la *lex mercatoria*, le droit international des marchands, et partant de la société mercatique. Il existerait un corps social international indépendant des Etats qui se caractériserait par le respect mutuel, la solidarité et le caractère amical des relations d'affaires internationales. Il est dit qu'une telle société existe, qu'elle implique un ordre juridique, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit qui forment la *lex mercatoria*⁵⁶⁵. Cependant, on n'observe pas l'existence d'une société des marchands. Il existe plutôt divers secteurs dans lesquels des multinationales sont en concurrence (ex secteur du pétrole etc.). Par ailleurs, il n'existe pas d'organisation mondiale des marchands, si bien qu'il est assez critiqué de considérer qu'il existe une société mercatique et donc un ordre juridique. Autrement dit, il n'existe pas de société mercatique car il n'y a pas d'ensemble organisé de liens de droit. Les liens d'amitié d'affaire et de solidarité ne peuvent fonder une société, ils peuvent n'être que des rapports de force et de violence, ce qui ne peut faire société. Pierre Legendre considère en ce sens que les relations entre les multinationales et les Etats en développement prennent la forme d'une reféodalisation⁵⁶⁶. Il faut noter cependant que les sociétés féodales se fondaient sur une structure de liens de droit intangibles fondés notamment sur le serment et que la structure mondiale de liens qui est en formation est fondée principalement sur des contrats⁵⁶⁷.

La mondialisation qui est une situation d'interdépendance entre tous les êtres humains peut en effet conduire à l'affaiblissement des Etats, à un renforcement des organismes multinationaux (ONG et sociétés commerciales), à une privatisation de l'éducation, de la santé, de la justice et de la police⁵⁶⁸ et à un repli identitaire de certains groupes conduisant à la recréation du lien tribal.

Il faut parvenir à élaborer une structure équilibrée des liens de droit dans un monde interdépendant qui permettent à tous les liens d'unir des personnes autonomes et libres. Cela suppose la mise en place de tiers stabilisateurs, mais aussi l'acceptation d'un vide instituant. Pour ne pas être une totalité qui risquerait d'étouffer ses membres, l'ensemble des liens de droit doit impliquer un vide ou un lieu infini. Concevoir le marché comme un jeu d'échanges

⁵⁶⁴ A vrai dire les appellations d'origine contrôlée et autre label limitent seulement des déconvenues les plus importantes pour les consommateurs, V. L'économie des singularités, Gallimard, 2007, p.167.

⁵⁶⁵ V. A.J. Arnaud, op. cit. notamment p. 147 et 233.

⁵⁶⁶ Notamment in *Dominium mundi*, l'empire du management, Mille et une nuits, 2007 ; v. aussi M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, précit., n°38, p.81 qui met en relation reféodalisation et contractualisation.

⁵⁶⁷ Je suis redevable à François Gaudu pour cette remarque.

⁵⁶⁸ V. aussi J. Attali, *Une brève Histoire de l'avenir*, Fayard, 2006.

implique en quelque sorte un vide. Cependant, chaque culture, souvent par l'intermédiaire d'une religion dominante, a déjà pris en compte et canalisé ce vide ou cet infini. Le jeu de l'échange n'a-t-il pas à voir avec la main invisible dont on a souligné le caractère théologique⁵⁶⁹ ? Des conflits de cultures paraissent, sur ce point, inévitable, à moins de parvenir à créer un droit sans fondement. Est-ce possible, sachant que l'on cherche sans doute toujours à donner du sens à l'infini ? Faut-il créer un droit mondial au fondement disponible ? Il s'agit de la technique occidentale qui a consisté à séparer la théologie du droit, mais qui n'opère pas une séparation totale, l'Etat ayant pris la place de Dieu. Il serait préférable d'avoir un droit mondial au fondement disponible, mais prenant appui sur la lecture et l'interprétation de la littérature au sens large des grands textes religieux, des romans, des essais etc.

Chaque configuration de liens de droit (familiale, locale, étatique, européenne etc.) s'est construite lentement et progressivement. Avant de parler de gouvernement ou d'Etat mondial, il importe de construire des liens de droit équilibrés du point de vue des parties et des parties qui leur sont liés (des liens équilibrés non seulement entre marchands, mais aussi entre les distributeurs, les producteurs et les salariés) sous le contrôle d'un juge ou d'un arbitre en prenant en compte l'espace physique de ce lien (ce que l'on nomme l'environnement, mais qui se trouve au sein des liens de droit) et les différentes structures de lien de droit existantes. Les principes de la procédure civile transnationale⁵⁷⁰ constituent une tentative qui n'est pas exempte d'ambiguïté pour réaliser une convergence entre les procédures civiles nationales. Ils sont ambigus dans la mesure où, notamment, ils ont été pensés à partir du droit américain et permet aux « lawyers » américains de renforcer leur position sur le marché du droit.

Les droits des pays de tradition romano-germaniques privilégiant les codes, le législateur et la démarche déductive (on part d'une règle générale pour aboutir à un jugement particulier) convergent en partie vers les droits des pays de common law privilégiant les jugements, la figure du juge et la démarche inductive (partant des faits pour construire une règle). Les pays dit de civil law donnent de plus en plus d'importance au juge tandis que les pays de common law s'appuient largement sur des lois. La lutte est cependant âpre et il existe une véritable concurrence qui s'exprime en particulier dans les pays en voie de développement qui renouvellent leur droit. La langue anglaise est certes la *lingua franca* mais le droit qui paraît l'emporter est le droit des pays de civil law (la Chine, le Japon, le Brésil ou la Russie sont classées parmi les pays de civil law ; l'Union européenne a écarté l'application des mécanismes typiques de la common law comme le forum non conveniens⁵⁷¹ ou l'antisuit injunction⁵⁷²). Il existe cependant un rapport dialogique d'opposition et de complémentarité entre les deux systèmes. Une approche théorique et abstraite est difficilement compatible avec une approche empirique et concrète mais les deux ont leur raison d'être et sont en dialogue notamment devant la Cour européenne des droits de l'homme (qui par exemple apprécie la partialité d'un juge au regard du critère anglais de l'apparence tout en approfondissant les différentes procédures en cause, dans une approche plus continentale). Une hypothèse de recherche serait que les liens de droit sont différents selon qu'ils naissent dans les pays de common law ou *de civil law*. On peut noter que le tiers stabilisateur est plutôt le juge dans les pays de *common law* et l'Etat-administrateur dans les pays de droit civil. Le document

⁵⁶⁹ J. Sapir, Les trous noirs de la science économique, Albin Michel, 2000, p.22.

⁵⁷⁰ ALI/UNIDROIT, Principles of transnational civil procedure, Cambridge University Press, 2006.

⁵⁷¹ Doctrine selon laquelle un tribunal compétent peut refuser de connaître d'une affaire s'il estime qu'un tribunal d'un autre pays serait plus commode, cette doctrine apporte de la souplesse aux règles de compétence mais aussi une certaine imprévisibilité.

⁵⁷² Consistant à interdire à une partie attrait devant un tribunal d'un pays de Common Law d'agir en justice devant un tribunal d'un autre pays.

contractuel prévoit les moindres détails dans les pays de *common law* alors qu'il comprend des dispositions plus générales dans les pays de droit civil. La difficulté de combiner les deux systèmes de droit tient peut-être aussi aux différences concernant les liens de droit.

Quoiqu'il en soit, l'organisation des liens de droit au niveau mondial passe par la fonction judiciaire en tant que « miroir » des parties. La justice pénale internationale et des processus de réconciliation tendent ainsi à recréer des liens de droit dans les pays où des crimes contre l'humanité ont eu lieu (comme l'Afrique du Sud ou le Rwanda). Nathalie Zaltman écrit à propos de cet ensemble de liens humains et du crime: « *sans doute depuis toujours, individu par individu et d'organisation sociale en organisation sociale, l'homme doit-il décider. Jeter et laisser jeter l'autre dans l'abandon, le traiter comme homo sacer [homme tuable], et de ce fait n'être lui-même qu'une vie tuable. OU bien se reconnaître comme éléments d'un ensemble, lié à cet ensemble, voué par ce lien à savoir qu'il n'est pas contingent pour l'autre, ni l'autre pour lui* »⁵⁷³.

CONCLUSION.

128.- Le lien social (ainsi que le lien politique) n'a pas d'existence propre en dehors d'un désir d'unification. Il s'agit en réalité de liens de droit. La recherche d'un lien social autonome est une fable du ricochet, c'est-à-dire un enchaînement de pensées qui ne mènent nulle part. Le lien social est introuvable. La crise du lien social ou du lien politique n'existe pas davantage, il s'agit d'un malaise dans les liens et les groupes de liens de droit. Un vide émerge au fur et à mesure que le principe d'égalité trouve à s'appliquer et que se construisent de nouveaux ensembles de liens de droit au niveau européen et mondial. Il émerge à chaque niveau de configuration : dans les liens primaires (incertitudes des liens conjugaux et des liens de filiation en raisons de techniques nouvelles de procréation), dans les groupes de liens (familles recomposées ; crise de la justice), dans les cercles et les réseaux (le repli sur les liens communautaires ou les identités régionales), au sein de l'Etat (la crise du « lien politique »), en Europe (ensemble de liens non totalement intégré) et dans le monde (ensemble de liens de droit non intégrés et ambiguïté de la notion de crime contre l'humanité). La construction de nouveaux niveaux de liens (européen et mondial) modifie les niveaux inférieurs comme un jeu de ricochet. L'Etat n'est plus une totalité, il transfère une part de ses attributs. Les liens régionaux ou communautaires se renforcent par des décentralisations⁵⁷⁴ ou des replis identitaires. Ceci dit nous sommes peut-être davantage dans une société multi originelle⁵⁷⁵ que multi culturelle. Une question typique que les enfants se posent entre eux est « t'es de quelle origine toi ? ». Une même culture scolaire et médiatique acquise au sein de liens statutaires ou commerciaux leur est, en revanche, très largement commune, ce qui rend insupportables et injustes les discriminations.

Au lieu d'accepter le vide dans les liens de droit, de l'encadrer et de le construire à chaque niveau de configuration, la tentation est grande de le combler par un trop plein de lois ou par des moyens non juridiques (par des objets issus des technologies récentes). Or, si le vide n'est

⁵⁷³ Op. cit., p.24.

⁵⁷⁴ Des regroupements par « pays » pouvant se situer à cheval entre plusieurs Etats ont également lieu V. A.J. Arnaud, op. cit., p.220.

⁵⁷⁵ On sait d'ailleurs que l'origine est toujours plus ou moins inconnaisable, ce qui participe du vide des liens de droit, un vide qui peut être positif car générateur de nouvelles possibilités.

pas compris comme structurant les liens de droit, il devient un sentiment d'inconsistance et d'épuisement. Ce vide structurant permet notamment de passer de l'espace symbolique des paroles échangées pour créer un lien de droit à l'espace physique des choses et des corps et inversement. La nature n'est pas un environnement au sens de ce qui entourerait la société humaine, elle est contenue dans l'aspect physique des liens de droit. La distance symbolique entre deux personnes se matérialise par une distance physique entre les corps comprenant un lieu, une maison, un territoire, des continents. Les deux espaces sont étrangers l'un à l'autre car il existe un vide entre eux qui tient notamment à la séparation entre les mots, la pensée et les choses. En revanche, les espaces symboliques et réels peuvent avoir des effets l'un sur l'autre.

Le terme de lien social qui fait partie de la langue française et de la culture française doit être défini de manière plus précise que le sentiment diffus de la cohésion sociale⁵⁷⁶. Il s'agit d'un ensemble structuré et dynamique de liens de droit. Certes, savoir que le soleil ne se trouve pas à deux kilomètres de soi mais à une très grande distance, ne supprime pas la sensation de sa proximité. De même, on croit reconnaître un sentiment de cohésion sociale diffus qui correspondrait à une réalité proche et palpable, alors que la société est une construction complexe et précise de liens de droit établis un à un et générant des vides et des distances. Dire que le lien social est en réalité un ensemble de liens de droit ne supprime pas l'illusion de croire que l'on peut toucher du doigt la cohésion sociale. Cela évite de tirer de fausses conséquences telles que la réforme des juges de proximité, l'attribution à la justice de la charge de retisser le lien social ou l'engouement largement illusoire en faveur de la médiation. L'amitié qui repose, comme les liens de droit, sur des échanges de paroles reste inclassable dans ce cadre mais elle offre du jeu à une structure qui serait sinon trop rigide.

Si la société et les relations entre les hommes ne sont atteignables que par des mots, on pourrait penser qu'elles ne sont aussi modifiables que par des mots. Ainsi, c'est une évolution théologique et juridique qui a donné son élan à la couleur bleue. Le dieu des chrétiens est devenu, en effet, le dieu de la lumière bleue au XII^e siècle. La vierge s'est mise à porter un manteau bleu dans les représentations. Parallèlement, les individus se sont hiérarchisés par des blasons et sont apparus les noms de famille (le bleu exprime ainsi des liens familiaux). Le roi de France, Saint Louis, s'est habillé de bleu (une statue imposante se trouve dans les couloirs de la Cour de cassation). La couleur bleue a enfin été massivement employée dans les cathédrales. Le bleu était alors à la mode mais il restait cher. Les teinturiers ont cherché de nouveaux procédés et les ont trouvés. La technique et le marché du bleu ont donc suivi le changement conceptuel. La couleur bleue a continué de jouer un rôle politique et est aujourd'hui présente sur le drapeau français et européen⁵⁷⁷. Cela ne signifie pas que tout changement technique ou économique dépend d'un changement conceptuel ; l'inverse existe sans doute puisque les découvertes techniques conduisent à des changements juridiques. Cela ne veut pas dire cependant que le droit doive s'aligner ou s'adapter aux faits, cela signifie qu'il faut rééquilibrer des liens de droit modifiés par des nouvelles techniques. Par exemple : l'Internet modifie les liens procéduraux au fur et à mesure que le procès devient télématique ; il augmente notablement la masse d'informations et modifie l'espace-temps entre les parties (par le raccourcissement du temps, des distances, mais aussi éloignement des parties en cas de vidéo conférence). La mise en place des nouvelles technologies dans les procédures doit donc

⁵⁷⁶ V. B. Roehner, Cohésion sociale, O Jacob, 2004 l'auteur note que la « *cohésion sociale est une notion vaste et floue* » (p.9), c'est « *une qualité dynamique qui peut à tout moment être renforcée ou affaiblie* » (p.15) en particulier par l'Etat et les associations (ce qui renvoie à des liens de droit).

⁵⁷⁷ M. Pastoureau et D. Simonnet, Le petit livre des couleurs, Panama essai, 2007, p. 18 s.

être encadrée pour maintenir l'équilibre entre les parties et le juge. Les conflits sont également nécessaires à l'évolution d'une société ou d'un groupe de sociétés.

Les démographes montrent, par ailleurs, que c'est l'augmentation du taux d'alphabétisation des femmes après celle des hommes qui transforment les liens familiaux voire les relations du travail avant de transformer les sociétés. Avec deux enfants, les femmes peuvent travailler et une forme d'égalité (le rapport à l'égalité varie d'un pays à l'autre, d'une forme abstraite comme en France à une forme plus concrètes comme aux Etats-Unis) peut s'instaurer, notamment en droit des successions, dans les rapports entre hommes et femmes etc. Des lois notamment concernant l'égalité homme/femme sont en réalité nécessaires pour transformer les mentalités et non pas l'inverse. Une société se transforme et parfois se révolutionne⁵⁷⁸ par une modification de la structure des liens de droit. C'est aussi la présence d'une part inconnue dans chaque lien, d'une part de vide, qui peut conduire à un déséquilibre, à un conflit et à un changement. Or ce vide est sans doute la marque du fossé existant entre le monde des pensées et le monde des choses. Une modification dans l'un des mondes transitant par une zone vide doit avoir un effet sur l'autre monde.

129.- N'est-ce pas tout ramener au droit ? Ne risque-t-on pas d'être taxé de panjuridisme ? Il s'agit plutôt de donner sa juste place au droit et de lutter contre son omniprésence législative. Il s'agit également d'étudier les liens de droit au même titre que les normes et les droits subjectifs⁵⁷⁹. Il se peut que nous assistions à la fin du droit comme technique de mise à distance dans la mesure où des techniques peuvent dorénavant y pourvoir. Ainsi la règle de la priorité à droite qui est purement symbolique, a été le plus souvent remplacée par un stop ou un feu qui mêle le symbolique (des couleurs notamment) et la technique. Puis, on est passé au rond point qui régule les flux de circulation ainsi qu'à la chicane et au « gendarme couché » qui imposent techniquement de ralentir. La part symbolique a fortement diminué⁵⁸⁰ au profit du dispositif technique. Les régulateurs de vitesse et demain les techniques de conduites assistées par ordinateur maintiendront les distances entre véhicule pour éviter les accidents. Le code de la route sera alors devenu secondaire. La technique peut peut-être réussir à maintenir les distances entre les hommes. Il n'y aura plus, dès lors, besoin que d'un langage permettant l'apprentissage des techniques⁵⁸¹. Le vide est néanmoins inhérent au lien de droit et ne peut être évacué par des techniques sous peine de tomber dans l'inconsistance des relations⁵⁸². Certes, le droit est souvent conçu lui-même comme un simple outil, une technique de régulation des rapports. Cependant, s'il crée les rapports humains, il n'est pas qu'une technique, il est plus fondamental. Les modifications du droit ne doivent pas constituer une simple adaptation aux faits qui sont toujours plus ou moins inconnaisables, ils doivent opérer une transformation des liens de parole entre les hommes.

130.- Nous aurions pu choisir un autre mot que ricochet pour servir de fil directeur à cette étude. Une de nos collègues a proposé, par provocation, le mot concombre. Un personnage

⁵⁷⁸ V Rosenstock-Huessy, out of revolution, précit.

⁵⁷⁹ Ce qui peut conduire à introduire dans le programme du cours d'introduction au droit de première année de droit une présentation des liens de droit (ce que nous avons pratiqué à l'université de Paris 1). On peut rêver, par ailleurs, à un code des liens de droit (au plan national voire européen ou mondial) qui renouvellerait les Codes civils et qui serait le reflet de la structure de nos différentes sociétés.

⁵⁸⁰ Jean-Pierre Lebrun, un monde sans limite, précit.

⁵⁸¹ V B. Gross, précit. ; J.P. Lebrun, précit. et M. Vacquin, Main basse sur les vivants, Fayard, 1999.

⁵⁸² V. La critique du management par P. Legendre (Dominium mundi, l'empire du management, Mille et une nuits, 2007) ; nous pensons cependant que le management comme art de gouverner a sa place aux côtés du droit si celui-ci n'est pas conçu comme une simple technique mais comme une architecture dynamique de liens de droit.

d'un roman d'Haruki Murakami donne, à ce propos, un conseil pour garder son calme en toute circonstance : penser à deux concombres dans un réfrigérateur en plein été. Une méditation sur les liens de droit devient possible si on les imagine ainsi reposés. Puisqu'ils sont deux, il faut sans doute penser à leur relation plutôt qu'à chaque concombre pris isolément. C'est ce que nous avons tenté de faire avec les liens de droit à partir du mot ricochet.

Il apparaît qu'une faille grandissante est à l'œuvre dans les liens de droit, en application des principes démocratiques de liberté et d'égalité et en raison de la lente construction de nouvelles configurations de liens de droit au plan européen et mondial. La prise en compte du vide en droit n'est pourtant pas nécessairement mortifère. Reconnaître et encadrer ce vide peut le rendre supportable. La sortie du sacré conduit peut-être vers une forme de sainteté laïque au sens de séparation/autonomie de chacun⁵⁸³. Le saint est en effet étymologiquement ce qui est séparé. L'art du droit peut être vu, dans ces conditions, comme l'art d'équilibrer et de canaliser les forces dans une société⁵⁸⁴ nationale, européenne ou mondiale qui n'est rien d'autre qu'un ensemble complexe et organisé de liens de droit en constante transformation et comportant en son sein l'espace de la nature, ainsi qu'une part de vide.

15 septembre 2008.

⁵⁸³ E. Lévinas Du sacré au saint, éd. Minuit, 1977.

⁵⁸⁴ *Ibi societas, ubi jus*, pas de droit sans société et pas de société sans droit peuvent vouloir dire que la société n'est rien d'autre qu'un ensemble de liens de droit. Sur ces expressions V. R. Encinas de Munagorri et G. Lhuillier, Introduction au droit, Champs Université Flammarion, 2002, p.9 s.

Remerciements.

L'auteur remercie son éditeur Emmanuelle Lionnet qui a accueilli cet essai ainsi que les personnes qui l'ont guidé tout au long de cette recherche et particulièrement Fabrice Defferrard, le directeur de la collection, qui par sa passion et ses multiples relectures, a permis de rendre public ce travail. Il remercie également Eliane Chiron, Jérôme Fara, Françoise Inizan-Jeuland et Catherine Labrousse-Riou (ainsi que le groupe psy-droit) sans que cela n'engage en rien leur responsabilité. Cet essai est dédié à Pierre-Yves Inizan.

INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS CITES.

Agamben 61
Alechinsky 53
Arendt 2, 4
Arnaud 10, 27, 127
Augé 4, 53, 70

Balmary 52, 64, 80, 102
Balzac 6, 111
Bauman 41, 53
Barus-Michel 11, 60, 121
Beaumartin 27
Benveniste 125
Berman 29
Bernardi 4, 37, 38
Bertrand 52, 87, 122
Blanchot 20, 123
Bodin 4, 38, 59, 96
Bourdieu 34, 95
Bouvier 1, 23, 24

Cadiet 120
Camus 123
Carbonnier 2, 4, 5, 7, 33, 34, 61, 87, 102, 110
Cassirer 53, 54, 69
Castoriadis 34
Chalier 26, 62
Chateaubriand 98
Cheng 62, 74, 85
Cyrulnik 74

Debray 53
Del Vecchio 38
Derrida 20
Desplechins 66, 67
Dufour 22
Durkheim 22, 32, 33, 111, 123

Edelman 4, 124
Einstein 58
Eliade 58
Elias 2, 34, 94, 96, 111
Encinas de Munagorri 1, 130
Enriquez 11

Fabre-Magnan 1, 21, 85, 100, 104, 127
Finkelkraut 85
Fischer 28, 92
Foucault 83
Freymann 86, 89

Giddens 17, 22, 33
Goffman 27
Green 15, 52
Grinbert 59
Gross 43, 60
Grotius 38
Guillebaud 47, 84, 123

Heidegger 77
Hiltenbrandt 61, 119
Hume 27

Illich 17, 53

Jabès 120
Jourdain 14

Kafka 80
Kant 26, 124
Kantorowicz 4, 29
Karpik 73, 112, 126
Kaufman 97
Kelsen 111
Kertesz 120
Kristeva 23

La Boétie 20
Lacan 13, 61, 118
Laterasse 27
Latour 22, 35, 113
Lebrun 4, 25, 61, 83, 89
Lefort 89, 118
Legendre 38, 51, 52, 60, 62, 71, 97, 127, 129
Le Tourneau 13
Lévinas 107, 130

Maffesoli 47
Martucelli 43
Mattei 103, 123
Mauss 24
Métairie 45
Murakami 24, 123

Novarina 60, 66

Ost 6, 25, 111

Patris 90
Paul 39
Paugam 25, 95
Perec 73
Peyrat 91
Pinçon 22, 111

Rabelais 16
Rancière 118
Ricoeur 4, 70, 102
Roubier 2
Rouland 24, 59
Rousseau 25, 35, 37

Saussure 60
Schnapper 116
Sen 88
Sennet 66, 102
Serres 5, 10, 13, 39, 54, 61, 80, 113
Serverin 34, 35, 45
Sibony 40, 52, 97
Simmel 94
Spinoza 11, 38, 60, 63, 85.
Stiegler 53, 71, 96
Sue 44
Supiot 1, 4, 112

Tarde 29, 33
Terestchenko 20, 29, 62, 126
Tocqueville 118
Todd 104, 118, 123
Tönnies 34, 95

Van de Kerchove 111
Villey 39, 73, 88

Winicott 13
Wunenberger 69

Zaltman 64, 124, 127

INDEX GENERAL DES NOTIONS.

Abonnement 46, 48
Abstraction 61
Abus 52, 87
Accélération 79
Acceptation 4, 7, 52
Accident 14
Accrochage 19, 55, 52, 69, 113
Acte authentique 71
Acte juridique 5, 10, 11, 28, 70, 82
Acte sous seing privé 71
Action en justice 30, 58, 64, 8, 79, 80, 105
Action sociale 43
Adhésion 109
Administration 12
Adolescence 18
Adoption 66, 68, 70, 87, 99
Adultère 102
Affectivité 2, 28, 33, 39, 60, 92, 102
Affiliation 109
Agression sexuelle 87
Aide 19, 92, 102
Aide juridictionnelle 126
Aîné 4, 35
Allégeance 114
Allemagne 39
Alliance 52, 67
Altérité 66
Altruisme
Amitié 4, 17, 18, 19, **20**, 21, **24**, 26, 61, 66, 71, 90, 95, **102**, 112, 127
Amour 36, 39, 60
Analyse économique du droit 126
Angleterre 22, 25, 39
Animal 50, 52, 113
Anonymat 68
Anomie 26
Anthropologie 2, 24, 52, 67
Anthropocentrisme 113,
Antiquité 5, 33
Appartenance 110, 114
Appel en garantie 105
Arbitrage 105
Arbre 118, 122
Armée 26
Architecture 7, 53, 93
Art 48, 49, 53, 73, 103, 107

Articulation 10, 14
 Assignation 66
 Association 3, 4, 11, 18, 19, 26, 28, 42, 44, 48, 108, 110, 111, 112, 118
 Assurance 26, 126
 Attachement 4, 68, 76, 80
 Audience 58
 Automaticité 15, 40, 51, 70
 Autonomie 1, 4, 7, 17, 18, 19, 21 ; 23, 44, 52, 64, 66, 68, 71, 87, 96, 114, 115, 118, 119, 126, 130
 Autoproduction 36
 Autorité 71, 82
 Autorité de la chose jugée 78
 Autorité de régulation 115
 Avocat 5

Balance 69
 Bande 24, 26
 Banlieue 110, 116
 Béance 61, 117
 Bénévole 18, 19, 46
 Benjamin 4
 Bioéthique 45
 Bleu 128
 Bonne foi 90, 91, 92
 Bonne mœurs 70
 Bureaucratie 71, 113, 120, 123

Campagne 1
 Canalisation 62
 Cannibalisme 4, 87
 Carrefour 66
 Causalité 13
 Cause 7, 15, 72, **74**, 78
 Celte 54
 Cercle 7, 10, 59, 69, 80, 96, **107**, 108
 Certitude 4, 61, 78
 Cession 78, 100
 Chanson 9, 16, 53, 59, 69
 Chômage 43, 50
 Chose 67, 73
 Ciel 61
 Ciment 42, 119
 Cinéma 6
 Citoyen 21, 27, 110, 123, 127
 Classe sociale 111, 118
 Climat 52
 Code civil 2, 6, 9, 10, 13, 70
 Coercition 52
 Cohésion sociale 1, 29, 30, 44, 128
 Collègue 20, 27

Combinaison de liens 96, 97
 Comblement 7, 54, 60, 61, 62, 73, 83, 91, 123
 Communauté 47
 Commune 12, 26, 96, **110**
 Communication 39, 60
 Compétence 106
 Compression 73
 Concubinage 2, 14, 80, 81, **98**, 108, 117
 Concurrence déloyale 87
 Condensation 73
 Confiance 5, 7, 19, 21, 46, 48, 73, 89, **90**, 119
 Confiance mutuelle 123
 Configuration de liens 80, 96, 104, 128
 Conflit 27, 45, 61, 68, 94, 111
 Confusion 50, 87
 Connexion 41
 Consentement 21, 38, 70, 118
 Consommateur 9, 26, 41, 61, 73, 88, 113, 119, 120
 Constellation 118
 Constitution 9, 123
 Contradiction 88
 Contrainte 6, 22, 55
 Contrat 3, 4, 10, 34, 37, 104, 115
 Contrat cadre 34
 Contrat de couple 15
 Contrat d'intégration 44
 Contrat de travail 14, 23, 24, 26, 41, 46, 80
 Contrat de vente 73
 Contrat instantané 58
 Contrat relationnel 21, 34
 Contrat social 27, 29, **36**, 37, 41, 46, 118
 Contrôle social 26
 Convivialité 3, 39, 45
 Coopération 34, 92
 Copropriété 26, 95
 Corporation 33, 115
 Corps 27, 28, 54, 61, **67**, 73
 Corruption 87, 112
 Créance 4
 Crime contre l'humanité 58, 79, 124
 Crise du langage 43
 Crise du lien de droit 46
 Crise du lien social 7, 19, 40, **41**, 42, 43, 46, 128
 Cristallisation 58, 73, 123
 Croyance 23, 90
 Couple 4, 15, 70 v. aussi lien de couple
 Coutume 22, 24, 27, 35
 Culture 27, 39, 48, 53, 60, 64, 70, 104, 114, 118, 123

 Délitement du lien social 1, 50

Délocalisation 40, 50

Décès 14, 58, 79, 80

Déficiences mentale 18

Délai raisonnable 45

Délai préfix 79

Dé liaison 15, 41, 52, 80, 118, 123

Demande 70, 73

Démocratie 4, 89, 118

Démographie

Désaffiliation 40, 41, 43

Désengorgement 45

Désir 19, 25, 41, 62, **63**, 73, 85, 123

Désir d'unification 3, 7

Désistement 70, 105

Désymbolisation 18, 71

Devoir 19, 33, 85, 115

Dialectique 3, 9, 94

Dialogue 19, 43, 48, 60, 105

Dieu 4, 23, 25, 29, 33, 39, 60, 61, 114, 118

Différence 4, 19, 37, 52, 61, 62, 64, 71, 88, 113

Différenciation 52

Dignité 68, 106

Discontinuité 17, 53, 61, 93

Discrimination 23, 80, 88

Distance 4, 13, 19, 22, 31, 45, 47, 50, 52, 53, 69, 71, 76, 77, 82, 113

Distance adéquate 13, 76

Division du travail 34, 48

Divorce 10, 28, 50, 73, 79, 80, 117

Domicile 66, 106, 109, 110

Domage 10, 11, 13, 27, 54 dommage par ricochet v. préjudice

Domage de masse 84

Domages et intérêts 13, 14, 73

Domination 4, 22, 83, 88, 113

Don 24, 35, 102

Droit 4, 5, 8, 22, 33, 34, 39, 48

Droit au logement 73

Droit canon 33

Droit civique 46

Droit de l'homme 46, 73, **85**, 115, 127

Droit et littérature 6

Droit musulman 57

Droit processuel 80

Droit romain 29, 38, 39, 73, 82, 105, 127

Droits sociaux 4

Droit subjectif 5, 10, 62, 63, 115, 127

Délinquance 43

Durée 2, 19, 23, 28, 55, 77, 92

Eau 64

Echange 7, 34, 43, 58
Echeveau 5, 93, 104
Echo 59
Ecole 4, 26, 27, 28, 31, 41, 43, 48
Ecologie 31
Ecocentrisme 113,
Economie 31, 35, 125, 126,128
Ecoute 19, 43, 94
Ecrit 70, 77
Education 117
Effet accordéon 17, 22
Effet relatif 87
Efficacité 126
Egalitarisme 89
Egalité 4, 10, 27, 44, 66, 73, **88**, 109, 118, 127
Egalité des armes 88
Eglise 28
Egoïsme 62
Election 10, 26, 114
Electricité 22
Embryon 68
Empêchement à mariage 87
Employeur 88
Enchaînement 70, 114
Energie 15, 22, 28, 48, 53, 61, **63**, 67, 70, 73, 74, 104, 118, 128
Enfant 1, 4, 9, 45, 57, 80, 107
Engagement 2, 10
Ennui 57
Ensemble 1, 12
Entente 87
Entreprise 4, 27, 28, 73
Environnement 113, 127, 128
Equilibre 5, 7, 64, 128
Esclavage 52
Espace 52, 53, **54**, 61, 69, 93, 107
Espace abstrait ou symbolique 54, 57, 60, 61, 128
Espace judiciaire européen 123
Espace physique 54, 56, 128
Espace temps 7, 55
Essai 1, 6
Esthétique 4
Etat 7, 24, 29, 38, 71, 82, 85, 88, 96, 114, 115, 118
Etat civil 69, 70, 118
Etats-Unis 39
Eternité 58
Etranger 20, 26, 44, 73, 76, 81, 108, 123
Etrangeté 4, 61, 62
Euro 71
Europe 71, 96, 123
Euthanasie 70

Excès de pouvoir 87
Exécution 79, 80, 81
Exclusion 1, 4, 50, 61, 120
Expertise 77, 81

Face 27
Faille 1, 4, 7, 13, 16, 25, 36, 60, 90
Fait 5, 10, 11, 82
Fait adventice 62
Faits sociaux 34
Famille 24, 27, 28, 31, 41, 43, 46, 93, 104, 108
Femme 57, 61, 88
Fenêtre 52
Fiançailles 80, 81
Fiction juridique 110
Filleul 14
Fiscalité 71, 79
Flexibilité 45
Fluide 25, 41, 53
Flux 6
Force 4, 23, 64, 114
Force magnétique 113
Fondement 1, 4, 51, 74, 118, 119, 127
Forme, Formel, formalisation 19,26, 28, 33, 65, 69, 102
Fracture sociale 44, 50
Frère (fraternité) 14, 26, 88, 108
Frontière 26, 52, 114
Fusion 4, 46, 47, 50, 52, 53, 59, 60, 71, 73, 113

Garantie 71
Gardien 15
Gène 68
Géographie 54, 61, 87
Geste 23, 69, 70
Ghetto 26
Grand parent 1, 14, 71
Greffier 81
Groupe 4, 7, 26, 37, 38, 115
Groupe de liens 21, 96
Groupe de contrats 104
Groupe de pair 27
Guerre 38, 40

Habilité 5
Haine 60, 118
Handicap 18, 89
Harcèlement 23, 80
Hasard 5, 6, 53, 87, 118
Héritage 68, 87, 108
Hiérarchie 4, 22, 54, 61, 62, 70, 71, 89, 111, 118

Hiérarchie des normes 9
Homoparentalité 99
Homosexualité 68
Hongrie 120
Hôpital 28, 41
Horizontal 26, 27, 38, 88, 89, 111, 114
Huissier 81

Identité 26, 28, 62, 66, 68, 96, 97, 110, 118
Idolâtrie 69
Illusion 1, 25, 39, 69, 128
Image 1, 4, 33, 36, 47, 53, 59, 61, 69, 71
Impartialité 71, 86
Impasse 16, 17, 69
Impersonnel 28, 71, 120
Implication 13
Impossible 61, 66, 71, 74
Imprescriptibilité 58, 79
Inaccompli 61
Incertitude 2, 61, 71, 73, 77, 89, 97, 119
Inceste 52, 53, 61, 87, 88, 99
Incivilité 43, 91
Incompatibilité 86
Inconsistance 61, 89, 118, 119, 123
Incorporation 4
Indépendance 4, 66, 86, 87
Indétermination 4
Individualisme 43, 47, 85
Individuation 48, 61, 71
Indivisibilité 15
Infini 4, 16, 17, 51, 59, 60, 61, 73, 76, 85, 112
Inflation des lois 5, 39, 83
Informel 12, 22, 26, 38, 44
Infra juridique 27
Infraction 52
Insaisissabilité 4, 62
Insémination artificielle 68
Instant 58
Institution 26, 27, 28, 36, 60, 102
Institutionnalisation 22, 34
Intégration 18, 21, 26, 44, 96, 123
Interaction 26, 27, 30
Intercommunalité 112
Interdit 13, 54, 61, 85, 87, 107
Intérêt 57
Intériorisation 28
Intériorité 62, 66, 97
Internet 18, 21, 96, 112, 128
Interprétation 51, 53, 60, 73
Intimité 43, 46, 73, 102

Intuition 3
 Invisible 39, 62
 Irrationnel 6
 Irrecevabilité 66
 Irremplaçable 4, 68

Jeu 52, 74, 83, 107
 Jouissance 13
 Judiciarisation 45
 Jugement 8, 10, 80
 Juge 23, 63, 71, 81, 93
 Juge de proximité 1, 45, 128
 Juge naturel 106
 Juridiction 3
 Juridisme 34, 35, 111
 Jus 88
 Jusnaturalisme 38
 Justice 1, 37, 39, 42, 45, 124
 Justice privée 24

Labyrinthe 16, 69, 76
 Laïcité 25, 39, 57, 117
 Langage 6, 22, 23, 31, 36, 39, 43, 52, 54, 59, 60, 61, 70, 71, 80, 118
 Législateur 4
 Légitimité 41
 Lex mercatoria 127
 Liaison 98
 Liaison d'instance 70
 Liberté 6, 36, 37, 44, 66, 90, 96, 115, 118, 119, 120, 123, 127
 Libre concurrence 36, 87, 125
 Licenciement (par ricochet) 14, 15, 28, 44
 Lien affectif 24, 28, 104, 113
 Lien amoureux 4
 Lien associatif 44
 Lien civique 26
 Lien colonial 116
 Lien conjugal 4, 12, 15, 70, 71, 79, 81, 88, 89, 92, 98, 104, 105
 Lien contractuel 11, 15, 26, 27, 60, 70, 71, 76, 79, 82, 87, 97, 98, 109
 Lien d'affection (avec animal) 50
 Lien d'alliance 77, 93, 108, 109
 Lien d'amitié v. amitié
 Lien de citoyenneté 24, 26, 95
 Lien de compétence 105
 Lien de couple 80, 93, 94, 97, 98
 Lien de droit (trop d'occurrences) définition provisoire 7
 Lien de fait 2, 7, 14, 16, 34, 65, 98
 Lien de famille 87, 98, 108
 Lien de filiation 4, 9, 11, 12, 14, 28, 38, 52, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 93, 95, 87, 99, 101, 108, 114
 Lien de l'homme 85

Lien d'enseignement 52
 Lien d'entreprise 88
 Lien de nationalité 10, 11, 12, 13, 24, 26, 64, 70, 82, 95, 106, 110, 114
 Lien de parenté 11, 58, 77, 79, 88, 92, 108
 Lien de subordination 14
 Lien d'instance 10, 12, 38, 66, 70, 71, 76, 79, 81, 88, 92, 105
 Lien d'obligation v. obligation
 Lien du travail 44, 80, 95
 Lien économique 24, 44, 52, 66, 95, 104, 109, 125
 Lien égalitaire 89
 Lien féodal 89, 112, 127
 Lien fusionnel v. fusion
 Lien générique 124
 Lien humain 4, 124
 Lien innommé 76
 Lien juridique 4, 38
 Liens familiaux 4, 27, 41, 44, 46, 57, 70, 76, 87, 92, 95, 102, 104, 108
 Lien matrimonial 10, 76, 98
 Lien national 13
 Lien nommé 76
 Lien politique 10, 24, 38, 44, 87, 95, 104, 114
 Lien primaire 96
 Lien procédural 10
 Lien public 114
 Lien social 1, 2, 4, 6, 7, 17, 21, 26, 27, 29, 33, 36, 37, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 98, 102, 105, 116, 119, 121, 127, 128, 130
 Lien statutaire 12, 27, 38, 41, 42, 48, 52, 115
 Lien tribal 127
 Lieu 50, 54
 Limite 6, 82, 83, 84, 85, 92, 112
 Litige 10, 45, 59, 62, 71, 76, 79, 93, 94, 105, 123
 Littérature 2, 6, 51
 Loi 5, 10, 28, 83
 Loyauté 91
 Lumière 54, 77, 128

Magie 39
 Mairie 70
 Maison 73
 Mal 7, 15, 39, 40, 52, 61
 Maladie 50
 Malaise (dans la justice) 45
 Management 86, 129
 Mandat 24, 115
 Marché 125
 Mariage 2, 4, 27, 31, 52, 60, 67, 69, 70, 74, 80, 81, 117
 Masse 30, 94
 Média 1
 Médiation 3, 45, 71, 128
 Médisance 43, 61

Mémoire 77, 104
 Méprise (du droit) 39, 102
 Mer 17
 Métaphore 37, 38, 41
 Méthode 5, 7, 8, 15, 17
 Meurtre 53, 64, 87, 108
 Milieu 27, 96, 111, 112, 113
 Mimétisme 71
 Miroir 28, 64, 71
 Mise en scène 71
 Monde 4
 Mondialisation 124, 125, 126, 127
 Monnaie 71, 118
 Morale 27, 113
 Mouvement 75, 93
 Moyen Age 4, 29, 33
 Musique 58, 59, 62
 Mystère 4, 82
 Mythe 23, 25, 26, 33, 36, 62, 119

Nation 96
 Nationalité 52, 66, 70, 81, 114, 118, 123
 Naturalisation 70, 81
 Nature 50, 51, 113
 Néant 61
 Nécessité 17
 Négation, négatif 15, 16, 50, 61, 69, 76, 78, 99, 119
 Négociation 81, 82, 89
 Néotène 22
 Nœud 52, 66, 69, 76
 Nom 11, 28, 66, 118, 128
 Nomade 110
 Non droit 5, 61, 102, 110
 Norme 5, 28, 85, 97, 111
 Notaire 71, 81
 Notion juridique 15
 Nuit 61

Obéissance 9
 Objet 7, 8, 13, 25, 27, 67, 72, 73, 101, 105
 Obligation 4, 12, 13, 38, 52, 80, 88, 97, 101
 Obligation alimentaire 14, 79, 80
 Obligation délictuelle 10
 Obligation légale 9
 Oblique 9
 Obscurité 61, 73, 117
 Officier d'état civil 71, 80, 81
 Oiseau 16, 69, 120
 Ombre 77, 89
 On attache les bœufs avec des cordes et les hommes avec des paroles 51, 52

Onde 15, 59
Opération juridique à trois personnes 104
Ordre juridique 24, 38, 127
Organisation 36
Origine 10, 28, 36, 38, 39, 59, 62, 74, 122

PACS 2, 71, 79, 80, 98, 108
Panjuridisme 5, 129
Parent 4, 9, 82
Paris 54, 61
Parole 2, 15, 28, 69
Parrain 4, 18, 19, 20, 21
Partage 73
Participation 26, 41, 43, 44, 96, 123
Partie 26, (active réactive) 66
Passage 59, 61, 63, 102
Paumée 34, 69
Pauvreté 4, 39
Pays en voie de développement 4
Péjoratif 16, 39, 40, 76, 108, 115
Pensée 61
Père 28, 70, 71
Pérennité 4, 20, 23, 24, 33, 53
Performatif 51
Personne 4, 5, 8, 11, 13, 60, 61, 66, 68, 82, 110, 113
Personne morale 11, 14, 82, 109, 114, 123
Perversion 13, 119
Peuple 38, 94
Philosophie 23, 26, 38, 39, 51, 55, 63
Photographie 28
Pierre 34, 64, 69, 72, 113
Place 4
Pluralisme juridique 35
Pluridisciplinarité 4, 7, 51
Poésie 4, 50, 60
Point 6, 61, 62
Police 6, 22, 42, 44, 107
Politesse 26, 27
Politique 35, 39, 60
Pollution 113
Possession 9, 13, 73
Possibilité 4, 62
Poste 1, 116
Pouvoir 62, 71, 83, 87, 107, 113, 122
Précarité 2
Précédent 10
Préjudice 14
Préjudice par ricochet 14, 15
Prénom 67, 81
Prescription 79

Présent 47, 58, 77
 Prêt 57
 Preuve 69, 70
 Principe de non confusion ou de non substitution 86
 Prison 46, 80, 91
 Procédure civile 45, 127
 Procès 10, 22, 27, 58, 62, 74, 80, 105, 110, 125
 Processus 79, 80, 97
 Proche 14, 27
 Promesse 80, 81
 Propriété 13, 26, 39, 73, 113
 Provisoire 52
 Proximité 4, 26, 44, 45, 66
 Prudence 5
 Publicité 50, 125
 Psychologie 27, 85
 Psychanalyse 119
 Psychiatrie 46, 97, 110
 Pudeur 73
 Puissance 33, 63, 73, 95
 Pulsion 13, 41, 87

Question 16, 17, 69, 74

Raison (rationnel) 5, 37
 Rapport de droit 13
 Rapport de fait 26, 33
 Rapport de force 23, 24, 114, 122, 127
 Rapport social 2, 23, 30
 Réalité 4, 30, 33, 34, 69, 77
 Rebond 9, 15, 17, 53, 59, 113
 Reconnaissance 2, 7, 28, 61, 70, 80, 95, 110, 113, 119
 Reconstruction 28, 46, 63, 73, 74, 77, 84, 91
 Reféodalisation 127
 Référence 45, 64, 71
 Réfléchissement 71
 Régénération 122
 Règle 5, 8, 9, 12, 19, 22, 29, 33, 71, 82, 118
 Règlement intérieur 88
 Règle sociale 22
 Regroupement de communes 112
 Regroupement familial 76, 108
 Régulation 22, 26, 41, 121, 125, 129
 Réinsertion 46
 Relation 3, 4, (affective) 66
 Relation affective 14
 Relation sociale 27, 31, 33, 102
 Relations post contractuelles 76
 Reliance 47, 84
 Religion 29, 33, 35, 41, 43, 55, 60, 61, 95, 119

Renaissance 36
Rencontre 19, 60, 80, 81
Renforcer (le lien social) 3, 4, 45
Repère 41, 45, 53
Répétition 16, 17, 40
Représenter 34, 36, 69, 83, 125
Répudiation 79
Réseau 7, 18, 26, 36, 41, 53, 59, 93, 96, 111, 112, 115, 118
Réseaux sociaux 31, 43, 112
Résolution 79, 80
Résonance 59
Respect 68
Respiration 102
Responsabilité 27, 84, 89, 113
Retisser (le lien social) 1, 4
Révélateur 34
Réversibilité 62
Révolution 36
Ricochet 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 22, 33, 38, 40, 51, 54, 61, 66, 69, 72, 74, 75, 76, 80, 86, 90, 93, 96, 107, 113, 115, 117, 128, 130
Ricochet de texte 14, 115
Rien 40, 50, 61, 73
Rite 23, 26, 27, 39, 58, 62, 70
Ritournelle 16, 59, 117
Roi 4, 89, 118, 128
Romain, Rome 37, 54
Roman 6, 17
Rupture 28, 50, 84
Rythme 59

Sacré 37, 58, 71, 87
Saisine 70
Sanction 2, 29, 84
Santé 113, 117
Saut 17
Savoir 114, 117
Sciences humaines 17, 22, 26
Sciences Physiques 55, 62, 64
Sciences sociales 22
SDF 1, 110
Secret 4, 73, 77, 107
Secteur 7
Seigneur 4
Sens 36, 69, 74
Séparation 28, 52, 59, 60, 64, 68, 69, 94, 113
Séparation des pouvoirs 87
Serment 37, 40, 86
Service 13

Service public 116
Sevrage 52, 68
Sexe 66
Signature 69
Signe 69
Signifiant/ signifié 25, 39, 60
Silence 23, 62, 69, 113
Singularité 40, 48, 64, 96, 97, 113, 121, 126
Situation 2
Social bond 25
Socialisation 26, (seconde socialisation) 80
Socialité 26, 43, 44, 64
Société 1, 4, 5, 6, 7, 8, 12, 22, 23, 25, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 43, 46, 60, 81, 98, 113, 114, 123
Société civile 112, 118, 127
Société commerciale 24, 109, 112, 120
Société mercatique 127
Sociologie 1, 2, 17, 26, 30, 33, 34
Sociologie du droit 27, 33
Solidarisme 92
Solidarité 3, 26, 30, 33, 104, 127
Solitude (isolement) 3, 47, 87, 115, 119
Souveraineté 37, 38
Spectacle 107
Sphère (publique, privée) 7, 73, 93, 102
Spirale 80
Statut 115
Stipulation pour autrui 78
Structure 5, 22, 27, 28, 33, 34, 36, 38, 51
Subordination 114
Substance 34, 67
Substitution v. principe de non confusion
Subvention 42, 48
Sujet 27, 66
Superficiel 26
Surendettement 50
Suspension 79
Symbole 2, 4, 23, 27, 28, 33, 34, 36, 40, 41, 47, 54, 60, 83, 102
Symbolon 34
Syndicat 26, 109, 111

Tableau 53
Tabou 61
Technique (nouvelles technologies) 18, 22, 47, 53, 61, 77, 79, 129
Télévision 1, 46
Témoin 4, 77, 81
Temps 40, 45, 53, 55, 59, 61, 70, 77, 79, 81
Temps arithmétique 56, 79
Temps ressenti 57, 79
Territoire 2, 53, 123

Théâtre 48
Théologie 23, 38, 39, 51, 57, 127
Théorie des liens de droit 4
Tiers 2, 4, 7, 19, 24, 26, 27, 31, 61, 64, 77, 98, 118
Tiers de référence 88, 96
Tiers stabilisateur 19, 64, 71, 77, 107, 118
Tissage 40, 42, 94
Tokyo 61
Totalitarisme 36, 120
Totalité 107, 128
Trace 77
Traduction 71, 81
Train 26
Transformation 80, 97, 129
Transgression 49, 83, 104
Transsexuel 28
Travail 31
Travail au noir 24
Tribu 26, 47
Trou 59, 60
Tuteur 14
Typologie 7

Unicité 119
Union européenne 7, 26, 54, 123

Vacuum 61, 87, 113
Valeur 36, 41
Vengeance 24
Vérité 61, 76, 77, 78
Vertical 26, 27, 54, 114
Victime 14
Vide 4, 7, 50, 59, 60, 68, 71, 83, 96, 97, 98, 102, 104, 107, 118, 128, 130
Vie 7, 17, 63
Village planétaire 127
Ville 1, 13, 48, 113
Viol 14, 87
Violence 18, 24, 43, 60, 71, 73, 80, 119
Visage 28, 68
Visible 39, 61
Vitesse 56
Voisin Voisinage 3, 4, 26, 49, 73, 95
Vol 22
Volonté 15, 38
Vote 10, 26, 110

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

NB lorsque le lieu d'édition n'est pas indiqué, il s'agit de Paris.

- G. Agamben, Moyens sans fin, Rivages poche, Payot, 2002 ; L'amitié, Rivages poche, Payot, 2007.
- H. Arendt, La condition de l'homme moderne, (1958), Calmann-Lévy, 1983, Agora
- A.J. Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^{ème} éd. 1993
- I. Astier, Les nouvelles règles du social, PUF, Le lien social, 2007.
- M. Augé, Pour quoi vivons nous ? Fayard, 2003
- M. Balmary, le sacrifice interdit, le Livre de poche, 1986 ; Le moine et la psychanalyste, Biblio essais, Le livre de poche, 2007.
- B. Barret-Kriegel, Les chemins de l'Etat, Calmann-Lévy, 1986.
- J. Barus-Michel, le politique entre les pulsions et la loi, Eres, 2007
- Z. Bauman, L'amour liquide, de la fragilité des liens entre les hommes, Le Rouergue, Chambon, 2004.
- A. Beaumartin et C. Laterrasse, l'enfant parmi les autres, se construire dans le lien social, Milan, 2004.
- V. Benamou (dir.), « la confiance en droit privé des contrats », Dalloz, 2008
- E. Benveniste, le vocabulaire des institutions indo-européennes, éd. Minuit, 1969, T1.
- P. Berger et T. Luckmann, La construction sociale de la réalité, A Colin, 2005.
- H.J. Berman, Droit et révolution, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002 ;
- B. Bernardi Le principe d'obligation, Vrin/EHESS, 2007.
- D. Bertrand, La prière du serpent : la voix de la Bible, Signatura, 2007
- M. Blanchot, L'amitié, Gallimard, 1971.
- J. Bodin, Les six livres de la république, (1576) rééd Fayard, 1986, 6T.
- L. Boltanski et E. Chiapello, Le nouvel esprit du capitalisme, Essais, Gallimard, 2002.
- P. Bourdieu, le Bal des célibataires, Points essais, Seuil, 2002,
- P. Bouretz, Egalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social, Droits, 1988, p.71.
- M. Bouvier, Le lien social, Folio essais, 2005.
- B. Brusset, La psychanalyse du lien, Le fil rouge, PUF, 2005.
- L. Cadiet, Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil in Mélanges Couvrat, PUF, 2001.
- J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001 ; Sociologie juridique, PUF, Quadrige, 1994
- E. Cassirer, Essai sur l'homme, éd. de minuit, 1975,
- C. Challier, l'alliance avec la nature, Cerf, 1989 ; La fraternité, un espoir en clair-obscur, Buchet-Chastel, 2003 ; De l'intranquillité de l'âme, Rivage Proche, 2005.
- F. Cheng, Vide et plein, Essais, Seuil, 1991 ; Cinq méditations sur la beauté, Albin Michel, 2006.
- J. Chevallier, L'Etat post-moderne, 2^{ème} éd. 2004, Droit et société, LGDJ.
- R. Debray, Vie et mort de l'image, Folio essais, Gallimard, 1992
- A. Degenne et M. Forsé, Les réseaux sociaux, A Colin, 2^{ème} éd., 2004.
- M. Delmas-Marty, Le relatif et l'universel, Seuil, 2004
- G. Del Vecchio, Philosophie du droit, rééd. Dalloz, 2004.
- J. Derrida, Politiques de l'amitié, Galilée, 1994.

F. De Singly, Les uns avec les autres, quand l'individualisme crée du lien, Armand Colin, 2003.

G. Desmarais et G. Ritchot, la géographie structurale, L'Harmattan, 2000.

E. Durkheim, De la division du travail social, PUF Quadrige, 1998.

B. Edelman, quand les juristes inventent le réel, Le bel aujourd'hui, Hermann, 2007.

M. Eliade, Le sacré et le profane, Folio essais, Gallimard (1957), 1965, N Elias, Qu'est-ce que la sociologie ? (1970), Agora, éd. de l'Aube, 2004.

R. Encinas de Munagorri, Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social, D. 2004, Chroniques p. 711 ;

N. Engel, le mépris du droit, Hachette, 2000 ;

E. Enriquez, de la horde à l'Etat, essai de psychanalyse du lien social, Gallimard, 1983.

M Fabre-Magnan, Droit des obligations, PUF, Thémis, 2004 ; Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique), D. 2005, chron. p.2973.

A. Finkelkraut, la tribunalisation du monde, in les Cahiers de la justice, Dalloz, 2006, p.9.

N. Fischer, La trace de l'autre, O Jacob, 2005.

J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, 1. L'acte juridique, A Colin, 11ème éd. 2004.

M. Gauchet, Le désenchantement du monde, Gallimard, 1985.

A. Giddens, la constitution de la société, PUF, Quadrige, 2005.

E. Goffman, la mise en scène de la vie quotidienne, tome 2 : Les relations en public, Paris, Minit, 1973, trad. d'A. Kihm.

A. Green, La déliaison, Les belles Lettres, 1992.

B. Gross, L'aventure du langage, Albin Michel, 2003.

P. Grinbert, Psychanalyse de la chanson, Pluriel, Hachette,

J.C. Guillebaud, le goût de l'avenir, Seuil, 2003.

M. Heidegger, La question de la technique, in Essais et conférences, Tel Gallimard, 1958.

J.C. Hiltenbrandt, Insatisfaction dans le lien social, Erès, 2005

E. Jeuland, l'énigme du lien de droit, RTDciv. 2003, p. 455 ; Droit processuel, LGDJ, 2007

P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 7ème éd. 2007.

L. Karpik, l'économie des singularités, Gallimard 2007

J.C. Kaufmann, L'invention de soi, une théorie de l'identité, Armand Colin, 2004.

Y.M. Laithier, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, D. 2006, Chroniques p. 1003

B. Latour, La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat, La découverte, 2002 ; Changer de société, refaire de la sociologie, La découverte, 2006.

J.P. Lebrun, La perversion ordinaire, Denoël, 2007 ; Un monde sans limite, Eres, 2004 avec E Volckrick (dir.), Avons-nous encore besoin d'un tiers ? Erès, 2005.

C. Lefort, Démocratie et avènement d'un « lieu vide », (1982) in Le temps présent, 2007, Belin, p.461 s.

P. Legendre, l'amour du censeur, Seuil, 1974 et De la société comme texte, Fayard, 2001 ; Les enfants du texte, Fayard, 1992 ; Revisiter les fondations du droit civil, RTD civ. 1989, Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident, conférence au Japon, Mille et une nuit, 2004 ; Dominium mundi, l'empire du management, Mille et une nuits, 2007.

A. Leroi-Gourhan, Le geste et la parole, Albin Michel, 1964.

P. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2006/2007.

E. Lévinas Du sacré au saint, éd. Minit, 1977 ; Totalité et infinie, essai sur l'extériorité, Biblio essais (1971).

M. Maffesolli, La part du diable, Flammarion, 2002.

J.F. Mattei, *Le regard vide, essai sur l'épuisement de la culture européenne*, Flammarion, 2007,

D. Mazeaud, *Mais qui a peur du solidarisme contractuel ?* D. 2005, *Jurisprudence* p. 1828.

G. Métairie, *La justice de proximité une approche historique*, 2004, *Léviathan*, PUF.

V. Novarina, *Devant la parole*, POL, 1999.

F. Ost, *La nature hors la loi*, *La découverte*, 2003 ; avec M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, *Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles*, 2002 ; *Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique*, O. Jacob, 2004.

M. Patris et J.R. Freymann, *Les cliniques du lien*, Eres, 2007.

S. Paugam, *Les formes élémentaires de la pauvreté*, PUF, 2005.

M. Pinçon et M. Pinçon-Charlot, *Les ghettos du gotta*, Seuil, 2007.

J. Rancière, *La haine de la démocratie*, La Fabrique, 2005.

A. Renaut, *Egalité et discriminations*, Seuil, 2007.

N. Rouland, *Aux confins du droit*, O Jacob, 1991.

P. Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004.

R. Romi, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 2007.

D. Salas, *la volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005

D. Schappner, *La communauté des citoyens*, Gallimard, 1994.

R. Sennet, *Respect, de la dignité de l'homme dans un monde d'inégalité*, Hachette, Pluriel, 2003

M. Serres, *Le contrat naturel*, éd. (F Bourin, 1990), Flammarion, 1992.

E. Serverin, *Sociologie du droit*, Repères, *La découverte*, 2000.

D. Sibony, *Le peuple « psy »*, *Ponts Essais*, rééd. 2007 ; *Psychanalyse et judaïsme*, Champs Flammarion, 2001.

G. Simmel, *Le conflit*, *Circé Poche*, 2003 ;

A. M. Slaughter, *a new world order*, Princeton University Press, 2004

B. Spinoza, *Traité politique*, *Le livre de poche*, 2002.

B. Stiegler, *De la misère symbolique*, II, *Galilée*, 2005 ; avec M Crépon, *De la démocratie participative*, *Fondements et limites*, *Mille et une nuit*, 2007.

R. Sue, *Renouer le lien social : liberté, égalité, association*, O Jacob, 2001 et *la société contre elle-même*, Fayard, 2005.

A. Supiot, *Tisser le lien social*, éd. *La maison des sciences de l'homme*, 2004 ; *la contractualisation de la société*, in *Université de tous les savoirs, la société et les relations sociales*, Vol. 12, O Jacob, 2002, p.57 ; *l'homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.

Seuil, 2005,

J. Tanizaki, *Eloge de l'ombre*, rééd. 2001, POF

G. Tarde, *Les lois de l'imitation* (1890), rééd. *Les empêcheurs de penser en rond*, 2001.

M. Terestchenko, *un si fragile vernis d'humanité*, *La découverte*, Mauss, 2005.

F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2005

M. Vacquin, *Main basse sur les vivants*, Fayard, 1999.

A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 2007

M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *Léviathan*, PUF, 2003.

G. Wacjman, *Fenêtre, chronique du regard et de l'intime*, Verdier, 2004

D. W. Winicott, *Jeu et réalité* (1971), Gallimard (1975) *Folio essais*.

J.J. Wunenberger, *La vie des images*, PUG, 2002,

N. Zaltman, *La résistance de l'humain*, PUF, 1999, p.9.

B. Zévi, *Apprendre à voir l'architecture*, éd. Minuit, 1959.

TABLE DES MATIERES.

Introduction.

Chapitre 1. Un ricochet sur l'océan du droit.

1. Lien de droit et règles de droit.
2. Lien de droit et jugement.
3. Liens de droit et personnes.
4. Liens de droit et relations d'objet.

Chapitre 2. Une approche juridique du lien social.

1. L'étude d'un cas et la question des liens d'amitié.
2. L'effet accordéon.
3. La notion de lien social.
4. L'origine juridique du lien social.

Chapitre 3. La crise du lien social et le droit.

1. La recherche de la crise du lien social.
2. Les remèdes juridiques à la crise du lien social.
3. Crise du lien social et crise de la justice.
4. Les solutions non juridiques à la crise du lien social.

Chapitre 4. Un approfondissement de la notion de lien de droit.

1. Le double espace du lien de droit.
2. Le double temps du lien de droit.
3. Un vide faisant communiquer les mondes.
4. Le jeu de miroir.

Chapitre 5. La création du lien de droit.

1. Deux personnes.
2. Une parole créatrice du lien.
3. Le tiers stabilisateur.
4. L'objet et la cause dans les liens de droit.

Chapitre 6. Le déroulement du lien de droit.

1. L'existence du lien de droit.
2. La spirale du lien de droit.

3. La délimitation des liens de droit par les règles de droit.
4. Les principes encadrant le vide du lien de droit.
5. La confiance comme effet.

Chapitre 7. L'architecture dynamique des liens de droit.

1. Les liens primaires.
2. Le groupe de liens.
3. Le cercle de liens de droit.
4. Le réseau ou le milieu de liens.
5. L'ensemble étatique des liens de droit.
6. L'espace européen.
7. La mondialisation des liens de droit.

CONCLUSION.