

L'EVOLUTIONNISME ET LE RELATIVISME DU DROIT¹

Dr. Azar Keivan Azari

Que la loi ne soit ni transcendante ni immuable, qu' elle ne puisse tout prévoir pour tout résoudre cela est devenu aujourd'hui d' une telle évidence qu' aucun juriste-à moins d'être obnubilé par un légalisme outrancier-ne peut raisonnablement le nier. Et d'ailleurs comment peut-il en être autrement puisque la science juridique est une science sociale sinon la science sociale par excellence. Or le prore de toute science n'est-il pas de se transformer, de se perfectionner pour attendre à une vérité, qui, elle non plus, en raison de sa nature socio-économique ne saurait être immuable ni définitive? Et la société au sein de laquelle les relations interindividuelles germent, se développent et s'éteignent, n'est-elle pas, elle aussi sujette à des mutations continuelles? Il y a longtemps que savants, sociologues et juristes se sont appliqués à décrire et à expliquer l'évolutionnisme du droit. Aristote le disait déjà: «La raison veut que les lois ne soient pas immuables 2). La morale, les moeurs les traditions les valeurs matérielles et spirituelles, le juste et l'injuste, la vérité des hommes changent au fur et à mesure qu'on avance dans l'infini du temps et que les conditions sociales et économiques se modifient» On ne voit, disait Pascal, presque rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renverse toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité. Plaisante justice, qu'une rivière ou une montagne borne. Vérité en deça des Pyrénées, erreur au delà. (3) Telle institution respectée et légalement protégée dans telle société à telle époque devient blamable, voire interdite par les lois du même pays à une autre époque. Qui peut alors raisonnablement soutenir que le droit miroir des moeurs mais aussi reflet des conditions socio-économiques d'un pays puisse

1) Voir l'article du professeur Hassan Afchar dans la revue de la faculté de Droit et des Sciences politiques N: 9 P: 30 à 39 et la préface du professeur Nasser Katousian dans «Les transformations du droit privé», études offertes au professeur Hassan Emami.

2) Politique. II-5-11-SS.

3) Pascal. Pensées.

rester immuable? Et pourtant on l'a soutenu.

Une doctrine d'une extrême rigidité de pensée, appelée l'École de l'exégèse fit régner, pendant plus d'un demi-siècle, sur toute une partie de l'Europe, juridiquement soumise à l'autorité des codes napoléoniens, la fiction de l'omnipotence et l'immuabilité du droit; l'équation Droit égal loi étant bien entendu, de rigueur. Imbus des illusions révolutionnaires du XVIII^e siècle, trop confiants dans la nature et la raison, les exégètes croyaient fermement à la perfection et à l'éternité des dispositions légales.⁴

Cet état d'esprit était d'ailleurs général: «Le XVIII^e siècle écrit Ch. Adam, ne voulait pas borner sa vue au présent et ne subvenir qu'à des besoins d'un jour; rien ne lui était plus étranger que cette conception des sociétés humaines, qui sont dans un perpétuel changement, comme il devait bientôt en faire l'expérience à ses dépens; mais en attendant il rêve la fixité; la perfectibilité même ne lui suffit pas, il veut la perfection»⁵ Et la perfection est pour les exégètes le code Napoléon. Certes ce n'est pas un jurisconsulte de la dimension de Portalis, formé en plus à la pensée du philosophe allemand Herder (philosophe du devenir) qui croit à l'immuabilité et à la fixité du droit. Le Discours préliminaire est un constant démenti de cette conception rigide et utopique. Comme Herder, Portalis pense en effet que tous les événements se situent dans le temps et que le temps, philosophiquement, métaphysiquement est un devenir. Le droit donc, comme toutes choses, est emporté dans le devenir universel: «...d'ailleurs, écrit-il, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs? les codes des peuples se font avec le temps...»⁶.

Mais la vision évolutionniste de Portalis n'était pas celle des exégètes qui, eux, croyaient à la fixité et à la perfection des lois. En le code civil écrit Gaston Morin, le monde juridique du dix-neuvième siècle avait cru trouver «de livrer sacré, révélant, pour les hommes de toutes les époques et de tous les pays, le juste définitif.»⁷

Cette doctrine, fondée sur des données socio-juridiques erronées, ne pouvait assurément que faire long feu, le droit, de par son essence et son caractère social, étant un phénomène essentiellement mobile et changeant.

4) Voir. Bonnacase «L'École de l'exégèse».

5) Ch. Adam. La philosophie en France. P. 55.

6) Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, T. I. P.P 467-469-476.

Si nous laissons en effet de côté les sociétés dites primitives qui, de nos jours encore, se trouvent çà et là sur notre globe et qui par conséquent, en toute logique par le fait même de leur existence méritent largement, à titre d'étude ethnologique ou de curiosité historique, d'être analysées, pour le reste, c'est-à-dire les sociétés modernes, il n'est qu'à ouvrir les yeux pour voir les perpétuels changements qui se produisent dans tous les domaines où, à un titre quelconque, le destin de l'homme est en jeu. Si d'ailleurs dans les sociétés primitives les transformations ne sont pas toujours visibles à l'oeil nu ce n'est pas qu'elles ne se produisent pas, c'est parce qu'en raison du caractère primitif de ces sociétés qui fait que le rythme du temps y paraît plus lent et les distances «spaciales» plus grandes les transformations n'y sont guère perceptibles. Une autre raison de cette «fixité» relative est que, pour qu'il y ait changement de règles il faut qu'il y ait, concomitamment, changement de conditions et, partant, promotion des besoins sociaux; or dans ce genre de société, faute de contacts extérieurs, la vie se déroule en vase clos; les changements sont donc forcément, peu fréquents. Ce problème de transformation des règles juridiques se pose d'ailleurs, sous l'aspect du passage d'une structure archaïque à un niveau de civilisation moderne, aux pays d'Asie et d'Afrique récemment indépendants et qui, embrassés, ont dû se résoudre à conserver-malgré leur inadaptation aux nécessités de la vie juridique moderne-à côté d'une législation moderne, d'anciennes coutumes auxquelles la patine des siècles a conféré une vénérabilité presque religieuse.

Par contre, et bien entendu pour des raisons diamétralement opposées, les sociétés modernes font constamment sentir à l'homme les mutations et l'évolution qui se produisent dans leur sein. Cette évolution se produit d'ailleurs sur deux plans distincts. de l'intérieur, c'est - à - dire foncièrement; de l'extérieur c'est - à - dire formellement; la première impliquant normalement la seconde. Sur le plan foncier l'évolution est latente mais profonde; sur le plan formel elle est ostensible mais superficielle. Expliquons - nous. Pour nous, dans toute société et dans le même temps, il existe deux Droits surposés. Le premier est de nature infrastructurelle (c'est celui qui agit de l'intérieur) et commande normalement⁸ le deuxième qui est super-structurel.

8) Nous disons «normalement» car dans le cas contraire c'est-à-dire lorsqu'il se produit un décalage ou un déséquilibre entre l'évolution du premier qui commande et celle du deuxième qui suit ou exécute; l'ordre socio-juridique devient précaire et exige une coordination et une harmonisation rapide.

Nous les appelons respectivement Droit-finalité et Droit moyen. Le premier constitue la finalité de la société qu'il régit. Il est, pour employer la terminologie marxiste, l'absence de «contradictions» ou comme dit Léon Duguit: «Cette solidarité qui unit les membres de la société» et à la réalisation et au développement de laquelle tout droit objectif pour être légitime devra tendre».

Ce Droit - finalité est, pour nous, cette harmonie dans les rapports sociaux dont naît la paix sociale. Infrastructurel, il détermine la direction et commande le Droit - moyen qui n'est autre que ce qu'on appelle traditionnellement le droit objectif.

Ainsi parle - t on par exemple du Droit national - socialiste, du Droit socialiste, du Droit bourgeois ou capitaliste. Dans le Droit national - socialiste, le Droit - finalité se confond presque avec la réalisation de ce que les nationaux - socialistes appellent le volk et qui est une communauté intermédiaire entre la nation et la race. Ce volk a bien entendu un contenu philosopho - économique qui se manifeste dans des règles juridiques positives et dans des directives économiques. Tout devra être mis au service du volk qui est la finalité même de la société; l'église, l'art, la science et même l'Etat qui, comme écrit le théoricien national socialiste Rosenberg dans «le mythe du xxème siècle» «n'est plus une idôle devant qui tous doivent se courber dans la poussière, ni un but... mais un moyen comme les autres au service du volk.» Ainsi encore dans les pays socialistes tout le droit objectif est axé sur la réalisation du Droit - finalité qui est la fin de l'aliénation de l'homme et de toutes les contradictions sociales: c'est-à-dire le règne de cette harmonie dans les rapports sociaux dont nous avons parlé plus haut. Enfin on parle du droit bourgeois et individualiste et on nous cite en exemple le Droit dont le code civil de 1804 est l'expression pratique. C'est encore un Droit - finalité. Il prend sa source dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui dispose: 1) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. 2) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. 3) L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Comme on voit ce Droit - finalité est essentiellement individualiste; et cet individualisme c'est «la personne juridique et le droit subjectif placés à la base du Droit, en même temps l'entreprise

individuelle placée à la base de l'ordre social.»¹⁰ L'ordre social, cette harmonie dont nous avons parlé est, dans ce système, fonction de la réalisation totale des droits de l'individu; «Ce qui est au fond, ce qui est le substratum du droit, écrit le doyen Duguit, c'est le pouvoir propre, l'autonomie de la personne humaine; c'est le droit subjectif, le pouvoir métaphysique de la volonté individuelle. Le droit objectif ou règle de droit repose sur le droit subjectif de l'individu...»¹¹. Voilà qui est tout à fait clair. Le Droit -finalité est, dans ce système, la réalisation de l'individualisme. Tout le droit objectif, Droit-moyen, doit tendre à la réalisation de cette finalité. Mais quels sont ces droits naturels et imprescriptibles à la réalisation desquels le droit objectif doit concourir? Ces droits sont (Art 2 de la Déclaration des droits de l'homme): L'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété. Les premiers sont étudiés dans les manuels du droit constitutionnel, le dernier fait l'objet de l'art 544 du code civil français qui dispose: «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue.»¹² C'est l'individualisme dans son absolutisme total. «Le sadisme du fétichiste, écrit fort justement un haut magistrat, rejoint les redondances du cuistre. Elle doit être vraiment exceptionnelle cette jouissance qui trouve un superlatif même à l'absolu.»¹³ «Le droit de propriété est donc le droit de jouir de ses biens à son gré, sans tenir compte d'autrui, indépendamment de la société, «C'est le droit de l'égoïsme» écrit de son côté Karl Marx pour qui le droit de propriété est l'application pratique de droit de liberté dans le système capitaliste¹⁴.

Voilà en quoi le Droit du code de 1804, qui est à d'autres titres «bourgeois», est individualiste. En citant ces droits naturels et imprescriptibles, nous avons fait une incursion du côté du droit objectif qui comprend, bien sûr, d'autres droits subjectifs. L'ensemble de ces droits que nous avons appelé le - Droit - moyen, se manifeste de l'extérieur. La direction à suivre une fois déterminée par le Droit-finalité, le Droit - moyen se mettra en marche - du moins tel doit être le mécanisme pour atteindre l'objectif. On nous dira que, somme toute, le Droit - finalité ne diffère en rien du Droit - moyen, du droit

10) Maurice Hauriou. Précis du droit constitutionnel. Préface. P. 7.

11) Léon Duguit. Traité de droit Constitutionnel. T. 1. Paragraphe 18.

12) L'art 30 du code civil iranien n'est pas moins affirmatif de l'individualisme: «Tout Propriétaire a sur son bien le droit de faire tout acte de disposition et de jouissance sauf dans les cas exceptés par la loi.»

13) Casamyor. «Les juges». Ed. du Seuil 1957. P. 138.

14) Karl Mark Morceaux choisis. 14^{ème} éd. Collémond P. 215-216

positif. La différence vient du fait que le concept du Droit - finalité, destiné à créer l'harmonie dans les rapports sociaux, donc, à supprimer les «contradictions» ne peut nullement souffrir la discordance et l'hétérogénéité; et alors qu' on peut, en quelque sorte, mettre de tout dans le contenu du droit objectif, seul un ensemble de droits harmonieux et concordants peut efficacement servir de fondement, d'appui, de «moyens» au Droit - finalité. C'est d'ailleurs pourquoi les socialistes peuvent affirmer que le régime capitaliste et partant, le Droit capitaliste, en raison même de ses «contradictions» est voué à disparaître. Un exemple de cette discordance sur le plan juridique nous est fourni en droit français - et précisément en matière du droit de propriété - par la contradiction qui existe entre le caractère absolu du droit de propriété affirmé par l'art 544 du code civil d'une part, et la théorie jurisprudentielle de l'abus de droit créée par l'arrêt Clément Bayard d'autre part. Condamnable ou idéal-c'est selon-le Droit-finalité d'un pays socialiste ne tolérera jamais une telle discordance.

Pour en revenir au caractère évolutionniste du Droit, si nous prenons l'exemple du droit français issu du code civil de 1804, pour suivre son évolution,¹⁵ nous pouvons constater sans peine que cette évolution s'est produite sur les deux plans dont nous avons parlé plus haut, c'est-à-dire aussi bien à l'égard du Droit-finalité qu' à propos du Droit-moyen. Pour le premier l'évolution, lente mais profonde, s'est produite dans la conception même du droit. De l'individualisme exacerbé qu'il était en 1804, le droit français est devenu «socialisant» et «socialisé». De cette «métamorphose» à laquelle le doyen Savatier a consacré son ouvrage s'est découlé toute une série de conséquences qui - à leur tour et en toute logique - ont conditionné l'évolution du Droit - moyen. Ainsi on a vu d'innombrables atténuations et limitations venir atteindre le droit de propriété dans sa majesté; on a vu la théorie de l'autonomie de la volonté battue en brèche, des lois d'ordre public (nouvelle version) de plus en plus nombreuses intervenir pour limiter l'initiative privée etc. Voilà comment s'est opérée et s'opère l'évolution du Droit sur les deux plans. Qu' il s'agisse du Droit finalité ou du Droit - moyen le droit se situant dans le temps est nécessairement et forcément changeant. Face contentieuse du

15) Voir en particulier l'ouvrage du doyen Duguît «Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon», celui du doyen Savatier déjà cité, celui du doyen G. Ripert «Le régime démocratique et le droit civil moderne», ainsi que l'article du professeur H. Afchart intitulé «Evolution des ... du droit civil français» *idid* P. 25 à 27.

Droit, la justice n'est évidemment pas exempte de ce processus évolutionniste, et ce n'est pas là une des moindres contradictions du principe de l'autorité de la chose jugée¹⁶, c'est-à-dire la fixité des sentences, avec la marche du temps. «A l'allure de la vie moderne, écrit Casamayor, l'encre de l'arrêt n'a pas encore séché qu'il est en défaut. La confiance, cette nécessaire adhésion du public à sa justice, doit se porter non vers l'immobilité des temples mais vers la mobilité des cultes.»¹⁷

Mais une fois posé et admis, le principe de la mobilité du droit, mobilité qui, comme écrit le doyen Carbonnier «n'implique nécessairement ni une direction déterminée du mouvement, ni un mouvement constant... et encore moins une vitesse déterminée du mouvement»¹⁸ se pose la question de son fondement. Quel est le fondement de cette mobilité? Le doyen Carbonnier classe en trois catégories les auteurs qui se sont penchés sur la question. Certains, écrit-il,¹⁹ lui donnent un fondement qui peut être qualifié «d'organiciste»; dans cette hypothèse la société est comparée à un organisme vivant, à un corps doté de vie. Or le propre de tout organisme vivant est la transformation. De même que l'homme traverse, l'enfance, l'adolescence, la jeunesse, puis le vieillissement; de même il y aurait une croissance et une décadence de cet organisme vivant qu'est l'organisme social. Dans cette catégorie M. Carbonnier range, Aristote, certains durkheimiens et M. Alfred Sauvy: «La nature sociale»²⁰

Du caractère essentiellement provisoire et transformiste des règles de droit d'autres auteurs donnent une autre explication. C'est ainsi que M. Henri Lévy-Bruhl écrit: «Qu'est-ce qu'un groupement humain, sinon une réunion plus ou moins naturelle, volontaire ou fortuite, d'individus de sexe et d'âge différents, groupe qui ne reste jamais semblable à lui-même car les éléments dont il se compose se modifient à tout instant par l'effet du temps. «Or si les éléments composants de la société changent et s'il est vrai que le droit est l'expres-

16) Art 1350 du C. civ. français, art 198 alinéa 4 du code de procédure civile iranien.

17) Casamayor. Les juges. Ed. du Seuil. 1957. P. 128.

18) J. Carbonnier. Sociologie juridique. «Le procès et le jugement» 1961-1962. P. 71.

19) J. Carbonnier. *idid.* P. 67. Voir également du même auteur Flexible droit. P. 112 à 215 et Sociologie juridique. P. 161 à 175.

20) La lecture de l'ouvrage de M. Sauvy «La nature Sociale» divisé en d'innombrables petits sujets. ne nous a pas permis, à vrai dire, de saisir la déduction qu'en a faite M. Carbonnier.

sion de la volonté d'un groupe «Comment pourrait-il être immuable alors que le groupe se modifie constamment?»²¹ Il y a enfin ceux qui expliquent les transformatinos du droit d'une manière philosophique: tous les événements se situent dans le temps et le temps est un devenir. Le droit se situe dans le devenir universel; il est logique, rationnel donc qu'il participe à ce devenir.

Voilà commnet peut-on expliquer le caractère essentiellement évolutionniste et transformiste du Droit. Il existe à l'heure actuelle une abondante littérature transformiste dont le trait saillant est qu'elle est, avant tout, descriptive. L'abondance des études sur ce sujet montre bien combien aujourd'hui nous somme loin de cet esprit légaliste que les philosophes du XVIII ème siècle avaient inculqué aux futurs juristes et qui domina tout le XIX siècle. Ce positivisme juridique, représenté par l'Ecole de l'exégèse, ne commença d'ailleurs à marquer le pas et à décliner que lorsqu'avec le développement des sciences expérimentales «l'allure intellectuelle du siècle» changea et qu' «à la conception de l'absolu et de l'immobilité, se substitua la conception du relatif et de l'évolution»²² précipitant ainsi la fin d'une conception chimérique du Droit qui n'avait plus sa place dans un monde tourbillon aux prises avec des mutations vertigineuses et des accélérations saccadées ou l'immobilisme et l'inertie équivalent à la décadence et à la dislocation.

21) Henri Lévy-Bruhl, «Sociologie du droit». P. 31-32.

22) Gustave Moynier, «Le résultat des faits contre le codes». Introduction. P. 1.