Cours de sociologie juridique : prise de notes
avec l'autorisation de Monsieur J. Carbonnier, 1959-1960

Fascicule 1

Introduction ***P 1***

Bibliographie P 3

Sociologie juridique P 3

Sociologie générale P 3

Le problème des lois scientifiques en sociologie juridique ***P 7***

Première objection possible : l'irréversibilité ou l'unité du phénomène juridique P 8

Autre objection : l'indétermination du phénomène P 10

Examen de quelques lois proposées en sociologie juridique ***P 13***

Les lois d'évolution P 13

Les lois de structure P 25

Les autres procédés d'explication en sociologie juridique ***P 30***

Fonction pratique de la sociologie juridique ***P 35***

La législation sociologique P 37

[Nouveau fascicule]

Les vacances du droit P 43

Les méthodes de la sociologie juridique (suite) ***P 44***

L'expérimentation opératoire P 44

Expérimentation sur le grand public P 46

L'expérimentation législative P 48

La technique juridique (suite) ***P 57***

Le passage du fait au droit s'impose rationnellement pour certaines catégories de règles P 58

Les règles d'aménagement technique P 58

Le passage du fait au droit ne peut normalement être immédiat P 61

L'interprétation sociologique ***P 66***

Choix sociologique d'une interprétation P 67

Notions définies P 74

L'administration sociologique ***P 78***

L'administration sociologique au sens étroit P 78

Extensions de la notion d'administration sociologique P 82

[Nouveau fascicule] P 84

Source BIU Cujas

Cours de sociologie juridique : prise de notes avec l'autorisation de Monsieur J. Carbonnier, 1959-1960

Ière Partie : La théorie sociologique du droit ***P 98***
Titre I –Le droit P 102
Chapitre I – Les phénomènes juridiques primaires P 105
Le problème général des phénomènes juridiques primaires P 107
La règle de droit P 130

Fascicule 15 (sic) P 139
L'origine de la coutume P 164
La coutume des peuples P 165
La loi P 172

Fascicule 6
Etude du problème sociologique du pouvoir réglementaire P 184
Origine de la loi P 196
Les caractères sociologiques de la règle de droit P 208
La juridicité P 210

Fascicule 7 P 233

Fascicule 8
L'effectivité ***P 253***

Fascicule 9
Le jugement ***P 280***
Le mécanisme général du jugement P 285
La contestation P 289

Fascicule 10
La décision ***P 304***
Les différents types de jugements P 317

Fascicule 11
Chapitre II – Les comportements juridiques de l'homme ***P 361***
Le droit subjectif P 364
Le sentiment du droit objectif P 379
Etudes différentielles P 386

Fascicule 12
Chapitre III - Le pluralisme juridique ***P 408***
Les pluralismes juridiques d'ordre externe P 410
Les pluralismes juridiques d'ordre interne P 432

Fascicule 13 P 455
Titre II – Le non-droit ***P 495***
Inventaire des phénomènes de non-droit P 497
Non-droit collectif P 497

Source BIU Cujas

Cours de sociologie juridique : prise de notes
avec l'autorisation de Monsieur J. Carbonnier, 1959-1960

Fascicule 14 P 503

Le non-droit phénomène individuel P 504

Hypothèse d'interprétation P 522

Vérification des hypothèses P 524

Partie spéciale : étude sociologique de la vente **P 534**

Généralités ***P 534***

I- Notion sociologique d'obligation P 534

L'analyse de l'obligation P 537

Source de l'obligation P 542

II – La notion sociologique de contrat P 550

Explications génétiques P 551

Une hypothèse de l'alliance P 554

[III - Le don] P 597

Les faits P 597

L'observation indirecte P 611

L'origine du commerce P 616

Le marché, phénomène social P 618

Le marché, phénomène juridique P 623

Chapitre II - Importance sociologique de la vente ***P 629***

Chapitre III – Substance sociologique de la vente ***P 636***

L'investiture de l'acheteur P 638

Investiture sociale P 640

L'empreinte du vendeur P 645

Source BIU Cujas

1960

A . C . E . D .

C O U R S D E

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers.

- INTRODUCTION -

La sociologie juridique peut faire l'objet d'une option dans les différentes épreuves de doctorat du nouveau régime. Il est d'autre part possible de soutenir une thèse de doctorat qui porte sur un sujet de sociologie juridique.

Je voudrais vous donner un aperçu des sujets possibles de thèses de sociologie. L'énumération des titres donnera une première indication.

Une thèse qui est purement de sociologie juridique sur l'autorité maritale est en préparation :

"Le rôle respectif du mari et de la femme dans le ménage, envisagé du point de vue sociologique".

Un même problème de droit peut être étudié sous l'angle dogmatique ou sociologique.

Si l'on voulait étudier l'autorité maritale sous l'angle dogmatique, comment s'y prendrait-on ? Vous savez qu'il y a dans le code civil un texte déclarant que le mari est le chef de la famille. L'auteur qui voudrait faire un travail dogmatique sur cette notion de chef de famille se livrerait à une exègèse de ces termes à la lumière des commentaires de la doctrine, à la lumière de la jurisprudence, à la lumière peut-être de certains contacts de philosophie supérieure au droit, permettant de porter sur l'institution des jugements de valeur. Le résultat de ce travail serait une thèse de droit dogmatique sur cette notion du mari, chef de la famille.

Comment l'auteur qui veut traiter sociologiquement ce problème de l'autorité maritale, fera-t-il son thème de recherches ? Pour bien faire, dans l'esprit d'une certaine sociologie moderne, il se livrerait à une "enquête sur le terrain", c'est-à-dire, qu'après avoir élaboré un questionnaire s'adressant soit à des hommes mariés soit à des femmes mariées sur leur comportement à l'égard de leur conjoint, sur leur attitude dans tel ou tel cas de la vie conjugale, il présenterait ce questionnaire à un certain nombre de personnes considérées comme représentants d'un échantillon de la population nationale.

C'est le procédé, dans le détail duquel nous entrerons bien entendu, de l'enquête qui demande une préparation minutieuse.

Voilà ce qu'il aurait dû faire, si notre recherche scientifique appliquée au droit lui en avait donné les moyens. En fait, il a été obligé de procéder d'une façon beaucoup plus empirique, en utilisant des recherches partielles qui avaient été faites. Par exemple, il s'est servi d'une enquête menée par des sociologues de sociologie générale, sur le ménage et le comportement des époux dans son sein, enquête qui n'a porté que sur un assez petit nombre de familles ouvrières de la banlieue parisienne.

Mais pour saisir ce sujet de l'autorité maritale, il y a encore d'autres procédés possibles : la littérature contemporaine fait apparaître des cas typiques de relations conjugales. On peut voir comment des auteurs contemporains expressifs de la société de notre temps, voient des relations entre mari et femme à l'intérieur du ménage, les idées qu'ils se font de l'autorité du mari ou de l'égalité entre époux.

Un autre procédé possible est celui des dessins d'enfants. Comment les enfants se représentent-ils respectivement le père et la mère ? Et, par là même inconsciemment traduisent-ils dans leurs dessins l'importance qu'ils donnent au père et à la mère dans le ménage.

Le procédé a été utilisé en sociologie ethnographique. Il y a des pays, Madagascar par exemple, où l'étude des dessins d'enfants semble très révélatrice. L'enfant hypertrophie sa mère dans des dessins et figure son père comme un petit garçon au bout de la table. C'est là le reflet inconscient d'un état de matriarcat.

Une autre thèse qui celle-ci n'est pas purement de sociologie juridique, mais qui comprend une introduction de sociologie juridique est en cours.

Il s'agit d'une thèse sur l'évolution contemporaine du concubinage. Ce problème relève à la fois du droit dogmatique (par exemple étude de la jurisprudence sur les dommages-intérêts accordés à la concubine en cas d'accident mortel) et de la sociologie juridique (quelles sont les causes du concubinage).

Voilà deux exemples. L'un d'une thèse purement sociologique, l'autre d'une thèse mixte à la fois de droit dogmatique et de sociologie juridique.

BIBLIOGRAPHIE

Maintenant, quelques indications d'ordre bibliographique.

Il ne s'agit point d'autre chose que d'une bibliographie non générale. Il est évident que sur des points particulier, un certain nombre d'ouvrages et de documentations peuvent être nécessaires pour approfondir le sujet.

I - Sociologie juridique

Je vous citerai d'abord, parce que c'est celui dont le titre est le plus proche de notre discipline, le petit ouvrage de M. Gurvitch qui enseigne la sociologie à la Sorbonne : "Eléments de Sociologie juridique". Malgré le titre, il ne s'agit pas d'un manuel élémentaire de sociologie juridique, mais en réalité d'une étude sur les doctrines de sciences politiques, sur des grands auteurs qui intéressent la science politique, comme Montesquieu ou Maurice Hauriou.

A citer également, l'ouvrage de M. Henri Lévy-Bruhl : "Aspects sociologiques du droit" (1955). C'est un recueil d'articles intéressants, qui porte vraiment sur la sociologie juridique dans une optique historique.

Je vous signalerai également des ouvrages collectifs, des recueils des travaux de deux colloques "Les rapports du droit et de la sociologie" ont fait l'objet de deux colloques, dont les travaux ont été publiés. Il y en a un de Strasbourg en 1956, publié sous le titre : "Méthodes sociologiques du droit". Puis un nouveau colloque à Toulouse en 1958, dont les travaux viennent d'être publiés sous le titre : "Droit, Economie et sociologie".

Je vous signalerai également les ouvrages d'un professeur qui a enseigné à la Faculté de Paris, René Maunier : "Introduction à la Sociologie et Sociologie coloniale". Ce qui a intéressé Maunier ce sont surtout les phénomènes d'ordre sociologique, provoqués par la rencontre des civilisations dans les territoires d'outre-mer.

II - Sociologie générale

Il faut en outre tenir compte des ouvrages de sociologie générale. La sociologie, dans son ensemble, dont la sociologie juridique n'est qu'une partie, est enseignée depuis de longues années dans les facultés de lettres. Dans les ouvrages de sociologie générale, on

trouve des éléments qui intéressent la sociologie juridique, mais on ne les rencontre que dispersés ou formant un chapitre à part ou une partie relativement réduite de l'ouvrage. Néanmoins, il n'est pas mauvais d'avoir une idée de la sociologie générale. Voici quelques titres d'oeuvres de sociologie générale :

- Le manuel de Cuvillier "Manuel de sociologie" qui comporte des chapitres qui peuvent intéresser la sociologie juridique. Il y a beaucoup de documentation dans cet ouvrage d'esprit durkheinmien (Durkheim a eu une très grosse influence sur la sociologie française).

- Un ouvrage intitulé : "Traité de sociologie" est en cours de publication sous la direction de Monsieur Gurvitch. Ouvrage collectif dont les parties sont faites distinctivement, suivant les spécialités, par divers collaborateurs. Seul, le premier volume est paru. Une partie consacrée à la sociologie juridique figurera sans doute dans le second volume.

A citer encore : l'ouvrage de M. Boutroul, "Traité de sociologie" et celui de M. Duprel, "Sociologie générale".

Bien entendu, la lecture ou la relecture de certains classiques de la sociologie vous sera utile. Je vous rappelle Durkheim : "Les règles de la méthode scientifique sociologique", Lucien Lévy-Bruhl : "La morale et la science des moeurs".

Je ne vous ai cité jusqu'ici que des ouvrages français. Je peux ajouter à cette liste deux ouvrages étrangers américains, qui ont sur les autres l'avantage relatif d'avoir donné lieu à des traductions en Français.

La sociologie générale américaine a une très grande importance à l'heure actuelle, ne serait-ce que parce que les Américains disposent de moyens d'enquête très puissants.

- Robert King Merton : "Eléments de méthode sociologique", traduis en français en 1958

- et Krech & Crutschfeld : "Théories et problèmes de psychologie sociale", traduction française de 1952.

A ces ouvrages, il faut joindre des périodiques. Il y a des revues de sociologie générale et, bien souvent d'ailleurs, c'est dans les revues que vous trouverez la documentation essentielle sur une question, beaucoup plus que dans des ouvrages de fond.

Quelques titres français :

- "L'année sociologique", fondée par Durkheim.
- "Les annales sociologiques"
- "Les cahiers internationaux de sociologie", qui sont dirigés par M. Gurvitch.

D'autres revues, sans être spécifiquement sociologiques peuvent être consultées :

Ainsi l'enquête sur les ménages et le comportement des ménages paru dans la revue "Population".

Enfin, un ouvrage qui n'a pas été traduit en français :

- Eugène Ehrlich (sociologue autrichien) : "Fondement de la sociologie du droit " - 1913.

Je ne vous ai dit ici d'une manière théorique ce que c'est que la sociologie juridique. Je vous ai donné des indications concrètes soit de bibliographie, soit de sujets de thèse, qui pouvaient vous donner une première idée approximative de ce qu'est la sociologie juridique théorique. Je ne voudrais pas donner une définition trop dogmatique de la sociologie juridique parce que l'expérience a montré que dans beaucoup de sciences neuves et même en sociologie juridique, on perd énormément de temps sur les problèmes de frontières.

Il est très difficile de faire de la sociologie juridique sans faire de l'histoire. Pour les besoins de l'enseignement, on a prévu un enseignement de la sociologie dans le doctorat d'histoire et un autre dans le diplôme de droit privé. Mais nous ne pouvons pas séparer la sociologie de l'histoire du droit. Il y a dans l'histoire du droit, des aspects sociologiques et quand vous voulez étudier une institution sociologiquement, il convient de la prendre dans toute son ampleur historique. La sociologie juridique doit embrasser le phénomène juridique dans toute la série sociologique, aussi bien par le passé que dans le présent, aussi bien en France qu'à l'étranger.

Mais est-il possible de définir la sociologie juridique positivement ? Sans trop s'hypnotiser sur les définitions, on peut proposer cette formule ; c'est une branche de la sociologie qui étudie les phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques. Le sociologue envisage les institutions juridiques comme des <u>phénomènes</u>. Il y a des phénomènes juridiques primaires. (La règle de droit, le jugement). Il y a des phénomènes juridiques secondaires, comme par exemple le contrat, la responsabilité, le mariage. Nous les étudions comme des objets, comme des phénomènes, comme des choses, objectivement, du dehors. C'est là le contraste avec le droit dogmatique qui étudie ces institutions de l'intérieur. Le juriste dogmatique considère le droit de son pays comme un droit obligatoire, même pour lui, et il contribue à le former, car la formation du droit est, par certains côtés, le fait de la doctrine. Il est donc à l'intérieur et il contribue à former ce droit. En tant que sociologues, nous devons nous placer en dehors et nous ne prétendons pas former le système juridique. C'est cette différence de point de vue qui paraît le plus systématiquement significative et il faut peut-être s'en tenir là au moins provisoirement.

I - LE PROBLEME DES LOIS SCIENTIFIQUES EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Je ne m'occuperai ici que des difficultés qui sont propres à la sociologie juridique, sans revenir sur les objections de principe que l'on a pu élever en sociologie générale contre la possibilité des lois scientifiques.

Je passe tout de suite sur une difficulté qui n'est guère de l'ambiguité de la notion de loi qui désigne tantôt les lois scientifiques, tantôt les lois humaines.

Une bonne terminologie permet d'éviter cette difficulté verbale. Il suffit de préciser que nous voudrions faire des lois scientifiques et établir des lois scientifiques sur des lois juridiques, ou même pourrait-on dire pour couper court à l'équivoque sur les règles de droit. Il s'agirait de faire des lois scientifiques relativement aux règles du droit. Encore est-il à noter que le facile glissement d'un sens à un autre est fréquemment une source d'obscurité. Cette obscurité plane, de façon élégante d'ailleurs sur "l'esprit des lois". Vous connaissez la célèbre formule initiale : "Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses". Dans cette formule condensée, il y a en réalité une équivoque, un glissement de la loi scientifique à la loi humaine, à la règle de droit écrite. Il s'agit à la fois des lois, des règles de droit qu'il faut étudier et des lois scientifiques régissant l'apparition, la transformation, le développement, la disparition de ces règles de droit.

Est-il possible en sociologie juridique d'élaborer des lois scientifiques ?

Sur cette route, nous allons rencontrer des obstacles qu'il convient de mesurer de près.

1° - Première objection possible : l'irréversibilité ou l'unité du phénomène juridique.

L'objection serait que le phénomène juridique ne se répète pas ; or, pour établir des lois causales, il faut supposer la possibilité d'une répétition indéfinie des phénomènes. Nous ne trouverons pas ces objections en sociologie juridique.

Mais, cernons le problème de plus près. Si par le phénomène juridique, on entend une institution juridique considérée dans la série sociologique, c'est-à-dire dans l'évolution historique d'une part, et d'autre part, dans les différents systèmes juridiques en vigueur sur la planète à un moment donné, si par phénomène juridique, on entend une institution juridique, il paraît assez exact de dire que le phénomène juridique est au fond, toujours unique.

Notre divorce français du XX° siècle n'est pas bien évidemment identique au divorce romain de Bas-Empire. Il n'est pas, bien évidemment, le même que le divorce allemand dans la loi allemande d'aujourd'hui. Prenez un concept de droit public, comme le concept de légalité. Qu'entendons-nous par légalité ? C'est une conformité à la loi écrite, mais aussi aux principes généraux du droit. C'est ainsi que notre Conseil d'Etat entend le principe de légalité : soumission, non seulement à des lois, à des textes, mais à des principes généraux non écrits.

Transportons-nous, pour juger du principe, au moment de la Révolution française : la légalité n'était pas du tout la même chose, c'était uniquement la soumission à la loi écrite, nullement aux principes généraux non écrits. L'institution a donc changé de contenu. En réalité, nous sommes donc en présence de deux institutions différentes.

Ce qui a favorisé l'idée qu'il y aurait des répétitions de phénomènes juridiques, et partant qu'il serait possible de dégager les lois causales régissant l'apparition, le développement, la disparition des institutions, c'est un accident historique du monde occidental, c'est que l'évoluti du droit a paru se répéter d'une façon surprenante à

deux époques de l'histoire : l'évolution du droit romain d'avant les doubles tables jusqu'à l'Empire chrétien, évolution qui s'étale sur une période fort étendue d'une part, et d'autre part, l'évolution de l'ancien droit français de la période franque à la fin du Moyen-Âge paraissent se faire écho. On y retrouve les mêmes schémas d'évolution, par exemple le passage du formalisme au consensualisme en matière de contrat. Beaucoup de lois de notre sociologie juridique d'attente ont été construites précisément à l'aide de ces deux échantillons. On a vu deux fois les mêmes phénomènes se répéter on en a déduit une véritable loi des phénomènes juridiques. Ce n'est pas évidemment très scientifique ; le nombre est trop faible pour être retenu et, plus encore, nous ne sommes pas certains que les phénomènes, malgré une certaine parenté extérieure, soient rigoureusement identiques, ce qui serait nécessaire pour en obtenir une véritable loi causale.

Il y a donc une difficulté qui tient à la trop grande richesse de toutes les institutions juridiques. Une institution juridique, c'est un ensemble très complexe, si bien qu'il est difficile de ramener deux institutions à l'identité. Mais j'ai raisonné jusqu'ici en supposant que le phénomène juridique est une institution juridique.

Il est une autre manière d'entendre le phénomène juridique : comme une manifestation particulière individuelle de l'institution, comme l'application de cette institution à un ou plusieurs individus. Est-ce que, si l'on envisage ainsi les phénomènes juridiques, on peut élever la même objection que tout à l'heure, quand on raisonnait sur des institutions juridiques ? Il semble qu'ici la difficulté soit moindre que l'on puisse ramener plus facilement à l'unité les phénomènes juridiques et que, par conséquent, on puisse à leur égard affirmer la possibilité des lois causales. Il est plus facile de dépouiller ces phénomènes juridiques pour les ramener à l'unité et nous en avons un plus grand nombre, de sorte que l'établissement d'une loi causale devient plus légitime. On n'opère pas sur deux ou trois échantillons, mais sur un très grand nombre, si bien que l'on sera sur un terrain qui n'est pas sans rapport avec celui que l'on trouve dans les sciences physiques et chimiques.

Prenez une institution comme le mariage. Le mariage du droit français n'est pas celui du droit allemand du XX° siècle, ni celui du droit romain. Mais à l'intérieur du système juridique français d'aujourd'hui, il y a une infinité de mariages qui se célèbrent tous les ans et tous ces mariages peuvent à un certain point de vue être ramenés à l'unité. Sans doute, ce sont des cas très dissemblables. Il n'y a pas un mariage ressemblant à un autre dans la réalité psychologique et sociale, mais par un processus que je vous décrivais tout à l'heure, si l'on veut recenser ces phénomènes juridiques, la sociologie les dépouillera de ce revêtement social et psychologique pour n'en retenir que certains éléments et, de la sorte, elle ramènera tous les mariages à l'unité et établira des statistiques. On a pu dégager à propos des mariages ainsi considérés, sinon peut-être des lois scientifiques, du moins des corrélations. C'est ainsi que jusque vers 1870 en France, on constate que la fréquence des mariages est liée aux variations du prix du blé (Il n'est pas difficile d'en apercevoir l'explication). Au XX° siècle encore, pour certaines régions bretonnes (Côtes-du-Nord), on constate que les mauvaises récoltes de pommes de terre entraînent une diminution du nombre des mariages.

Remarquons d'ailleurs que si tous ces mariages peuvent être ramenés à l'unité par statistique, c'est parce qu'il y a une notion de droit dogmatique qui leur est commune : tous répondent également aux conditions légalement requises pour la validité du mariage, tous sont des mariages au sens de la loi.

2° - <u>Autre objection</u> : <u>l'indétermination du phénomène</u>.

Le phénomène juridique serait aux antipodes du déterminisme psycho-chimique, car le droit est volontaire, la volonté est par excellence le moteur du droit. Or, la volonté introduit un élément de plus d'indétermination dans les phénomènes. Nous avons affaire à des phénomènes volontaires, en conséquence indéterminés et, en raison de cela, ils défient l'établissement de lois scientifiques, celles-ci reposant sur le postulat du déterminisme et des phénomènes.

Peut-être conviendrait-il ici encore de distinguer, suivant

les phénomènes. Je vous parlerai de phénomènes juridiques primaires : les règles de droit et les jugements ; il y a une indétermination de cette sorte de phénomènes juridiques. Les règles de droit et les jugements sont pour une part, je ne dis pas entièrement, des phénomènes indéterminés.

L'indétermination des règles de droit et des jugements porte d'ailleurs un nom technique : c'est l'arbitraire. Nous employons ce terme non pas avec un sens péjoratif, comme parfois dans le langage des sciences politiques, mais avec un sens technique, l'arbitraire étant la manifestation de la volonté dans les mécanismes formateurs de la règle de droit ou du jugement. Sans doute, la règle de droit est déterminée pour une part, comme l'avait vu Montesquieu, par des facteurs sociaux, économiques, géographiques, culturels, etc... donc par des facteurs objectivement observables. Mais l'arbitraire a aussi sa place.

L'arbitraire est dans la nature du droit. Le droit est le royaume de la volonté ; la loi est volonté pour une très large part. C'est une manifestation de volonté de certains organes et sociologiquement, on ne peut pas éliminer la part de la volonté indéterminée dans l'apparition de ces phénomènes que sont les lois.

Le rôle des grands législateurs est incontestable. Je ne parle pas des grands législateurs mythiques, encore que leur existence même soit révélatrice de la pensée de l'humanité sur l'origine des lois. Mais c'est un fait que la volonté d'un homme a pu influer sur l'élaboration de la règle de droit. Il est bien certain que si Napoléon n'avait pas été le mari trompé d'une femme stérile, le code Napoléon n'aurait pas eu exactement le même contenu de droit familial. Il est du reste un phénomène de sociologie juridique qui est tout à fait caractéristique de ce caractère arbitraire qu'a parfois la règle de droit. C'est le phénomène des réceptions. Vous savez ce qu'en droit comparé on entend par réception : l'exemple typique est la réception du droit romain en Allemagne au

XV° siècle. Il y a dans un phénomène tel que celui-ci quelque chose d'inattendu, d'absurde, d'arbitraire : une série de volontés humaines y sont intervenues, qui se sont enchaînées au hasard et ont abouti à un résultat aussi peu naturel que possible : la transplantation dans un grand pays d'une législation qui n'avait pas été faite pour lui.

On dit dans la sociologie juridique courante : "il faut qu'un droit soit adapté à la société, qu'il doit gouverner". Mais il y a quelquefois des droits qui sont faits pour violenter la société à laquelle ils vont être appliqués. Ainsi en Turquie, en 1926, Kémal Atatürk a voulu violenter son peuple, l'occidentaliser et il a pris le code civil suisse pour le transplanter de force en Turquie. Vous avez là un phénomène dû à la volonté d'un homme et non à une série de causes déterminables. C'est un phénomène de réception arbitraire. Que les conséquences, en certains cas, ne soient pas toujours heureuses, que le succès n'en soit pas toujours assuré, est un autre problème. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'arbitraire, la volonté d'un homme peut être à la base de phénomènes juridiques.

Je ferai la même réflexion pour ces autres pièces constitutives de l'ordre juridique que sont les jugements. Parmi les jugements il en est qui sont des déductions de règles de droit, qui sont logiques, mais il en est aussi qui sont arbitraires. Il y a dans les jugements assez souvent un acte de grâce de la part du juge, un acte irrationnel par nature, qui échappe à toute détermination causale, à toute prévisibilité scientifique. Ces jugements de grâce n'en sont pas moins des éléments de formation du droit, bien qu'ils échappent à toute explication causale. C'est là très certainement, un élément qui vient s'opposer à l'établissement de lois scientifiques en sociologie juridique.

Dans les phénomènes juridiques que nous avons qualifiés de secondaires, la volonté intervient également. Des phénomènes comme le contrat, comme la responsabilité, supposent des volontés et on peut être tenté de prédire que nous allons, par les phénomènes juridiques secondaires, retrouver l'objection tirée de l'indétermination de l'arbitraire.

Toutefois les phénomènes juridiques secondaires ne sont pas peut-être aussi rebelles à l'établissement de lois scientifiques, que les phénomènes primaires.

Sans doute, chacun est libre de passer ou de ne pas passer un contrat. Chaque automobiliste est libre de commettre ou de ne pas commettre une infraction au code de la route. Néanmoins, on a pu établir des statistiques qui montrent que des régularités qui permettent de déduire des corrélations, d'induire peut-être des lois scientifiques.

II - EXAMEN DE QUELQUES LOIS PROPOSEES EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Dès qu'il y a eu une sociologie générale, elle a voulu établir des lois. Auguste Comte qui a fondé la sociologie générale a presque aussitôt posé une loi, la célèbre loi des trois états. On n'a guère attendu plus longtemps en sociologie juridique. Des lois y ont déjà été proposées soit par des sociologues, soit par des juristes.

Deux grandes catégories peuvent être distinguées.

Parmi ces lois, les unes paraissent être des lois d'évolution, les autres de structure.

A - Les lois d'évolution :

L'aspect le plus simple des lois d'évolution nous est donné par ce que M. BOUTHOUL appelle ensociologie générale des lois de succession unilatérale : à ce phénomène donné doit succéder un autre, également déterminé suivant un rapport de cause à effet, de principe à conséquence. Il y a un passage nécessaire d'un phénomène juridique à un autre phénomène juridique.

Voici un exemple de loi de succession unilatérale intéressant la sociologie juridique : c'est la loi de Summer MAINE, juriste anglais qui a vécu de 1828 à 1888. On a tiré de son oeuvre une loi

que l'on a baptisé de son nom et qui se formule ainsi : "Le statut précède le contrat". Ce qui a besoin peut-être d'une traduction : le droit imposé, le droit contraignant, le droit impératif a existé avant le droit volontaire, le droit contractuel. Dans l'évolution de l'humanité le commencement a été le droit impératif : dans la société primitive l'autonomie de la volonté n'existe pas, les volontés individuelles sont noyées dans la masse, dans la collectivité. Ce n'est que peu à peu que la volonté individuelle se dégagera et que le contrat apparaîtra : le droit imposé précède le droit volontaire.

Je pense que dans cette loi il y a une projection de l'époque de Maine, du XIX° siècle, époque de libéralisme politique et économique qui considérait l'autonomie de la volonté, la liberté, comme l'idéal, comme le dernier terme du progrès.

Mais qu'est-il arrivé à cette loi scientifique au XX° siècle ? On a vu le droit volontaire, l'autonomie de la volonté, battus en brèche par une nouvelle poussée de droit contraignant. Il est bien connu que l'ordre public économique a pris dans nos systèmes européens, plus spécialement en France, une place croissante, a refoulé le droit volontaire, la liberté contractuelle. Si bien qu'en 1960, on devrait dire : "Le droit volontaire précède le statut, précède le droit imposé, le droit imposé succède au droit volontaire". Il ne semble donc pas que les évènements aient confirmé cette loi de Maine.

Voici un autre exemple qui intéresse la sociologie criminelle. Il s'agit de la loi de Niceforo, criminologue italien de la fin du siècle dernier. Elle se formule ainsi : "Les sociétés, dans leur développement, ont une tendance constante à passer de la criminalité du sang à la criminalité astucieuse, des formes violentes aux formes intellectuelles de la criminalité".

Ici encore, il semble que l'auteur ait raisonné avec les évènements de son temps. Il n'est pas sûr, en particulier, que le développement de l'alcoolisme dans beaucoup de pays évolués, n'ait pas amené une recrudescence de la criminalité du sang.

On peut encore citer d'autres lois proposées en sociologie générale et qui concernent la sociologie juridique. C'est ainsi que

l'on parle volontiers, dans la sociologie durkheimienne, du passage de la parenté idéale et mystique à la parenté par consanguinité réelle. Dans beaucoup de sociétés primitives, la parenté mystique, artificielle joue un rôle capital. L'enfant est relié, par un lien idéal de parenté, à des adultes qui ne sont pas du tout ses parents par le sang.

Ce ne serait qu'à une phase ultérieure du développement des sociétés qu'apparaîtrait peu à peu le lien de parenté réelle, d'abord maternelle, puis paternelle. Il y aurait là une loi d'évolution de la famille.

Semblablement, on a parlé d'une loi de précession de la famille matrilinéaire. Dans la famille matrilinéaire, l'enfant est relié exclusivement à sa mère et son plus proche parent mâle est son oncle utérin. Mais on voit une évolution se dessiner peu à peu et la famille matrilinéaire faire place à la famille paternelle, telle que nous l'observons dans l'ancien droit romain. Il y aurait là une véritable loi : la famille matrilinéaire aurait toujours précédé la famille paternelle.

Ce sont des exemples de lois d'évolution qui intéressent au premier chef le droit civil, le droit de la famille. Ces lois, bien qu'elles aient été élaborées sur un nombre assez considérable de cas, ne sont pas restées dans contestations. Je me bornerai à une remarque que nous pouvons faire sur la première d'entre elles, à l'aide des renseignements dont nous disposons dans notre droit moderne. Il est bien certain que le passage de la parenté idéale ou mystique à la parenté réelle n'a pas été sans retours. Le XX° siècle connaît une euphorie de l'adoption. Ces lois d'évolution linéaire paraissent bien sujettes à caution.

C'est peut-être à cause de cela que certains se sont réfugiés dans le cycle. L'idée du cycle, de l'éternel retour est familière à l'humanité ("le serpent qui se mord la queue"). Et Vico, philosophe de l'histoire, avait mis en forme la théorie du retour, des cycles historiques.

En droit public, Maurice Hauriou décrivait le cycle suivant : la démocratie se dégraderait peu à peu en bureaucratie et appellerait de nouveau par une sorte d'éclatement, la barbarie et la tyrannie d'où émergerait ensuite péniblement de nouveau, la démocratie. En droit civil, M. Léauté a consacré sa thèse de doctorat aux éclipses des institutions. On pourrait ainsi noter, au fil de l'histoire, les hauts et les bas d'institutions telles que la puissance paternelle ou l'autorité maritale de l'ancien droit romain à la législation contemporaine. Encore faudrait-il être sûr que c'est bien toujours des mêmes institutions qu'il s'agit, d'une époque à une autre.

C'est parmi ces lois d'évolution que M. Bouthoul place les lois prophétiques. Le terme est assez évocateur : ces lois scientifiques ou prétendues telles, nous permettraient de deviner l'avenir. Elles présenteraient encore cette caractéristique de comprendre les phénomènes juridiques dans leur ensemble (Les prophètes ne s'occupent pas des détails mais des grands évènements ; ils prennent l'ensemble de l'évolution de la société ou du système juridique). Il y a des lois prophétiques qui intéressent la sociologie juridique. Ainsi pour le droit pénal, cette loi prophétique d'Ihéring de l'abolition constante des peines. Comme à d'autres prophètes, il est arrivé à Ihéring d'être démenti. Il semble que le XX° siècle n'ait pas été aussi abolitioniste que l'avait été le XIX° siècle en matière pénale. Il y a eu un certain retour du droit pénal. Les peines ont peut-être continué à s'adoucir, mais les incriminations se sont notablement multipliées et par conséquent, la vision prophétique d'Ihéring ne paraît pas corroborée par les évènements.

D'autres lois prophétiques concernent le droit civil.

L'une concerne la technique, l'autre le fond du droit civil. Sur le plan technique, on a voulu assez souvent résumer l'évolution du droit civil depuis Napoléon jusqu'à nos jours et son évolution à venir par une loi de complexification du droit. Assez souvent, vous trouverez chez les auteurs cette idée que la tendance technique du droit civil d'aujourd'hui est une tendance à la complexité croissante. Le droit, est-il courant d'entendre dire, se complique de jour en jour. Cela serait en correspondance avec le développement.

J'ai commencé à examiner un certain nombre de types de lois scientifiques ou prétendues telles en sociologie juridique ; notamment, j'ai rappelé que d'après M. BOUTOUL, il existait des lois prophétiques qui auraient pour double caractère de présenter une certaine généralité, d'une part, et, d'autre part, d'être sous-tendues par une idéologie.

Je vous disais qu'en droit civil, on avait toujours envisagé deux grandes lois prophétiques qui expliqueraient l'évolution de tout notre droit civil : une loi d'évolution de la technique du droit privé, que j'ai appelé la loi de complexification croissante du droit privé, et une loi de socialisation croissante du droit privé, à l'examen de laquelle j'arrive maintenant.

Cette Loi de socialisation croissante expliquerait l'évolution de fond de tout le droit privé français à l'époque moderne.

A partir de la fin du 19ème siècle, on assiste à un recul progressif des idées individualistes et libérales qui avaient caractérisé le code civil de 1804. Le droit privé passe à une sorte de socialisme. On assiste à une intervention croissante de l'Etat dans les rapports de droit privé, et aussi à un essor des groupements, des communautés, des personnes morales. Ce passage de plus en plus marqué du droit individualiste au droit interventionniste serait commandé par une loi prophétique, la loi de socialisation croissante.

Il y a là un évolutionisme élémentaire, qui tient souvent lieu chez nous de sociologie juridique. En droit privé, nous avons tous fait plus ou moins de cette sociologie juridique qui consiste à décrire les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, transformation dans le sens socialiste.

Tel est justement le titre d'un ouvrage de Léon DUGUIT : "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon". C'est un recueil de conférences que Léon DUGUIT publia en 1912, et qui fut le point de départ de toute une littérature évolutionniste intéressant le droit privé. A la vérité, il avait eu un prédécesseur, en la personne d'un socialiste peu marxiste, Maxime LEROY, qui, en 1904, à l'occasion du centenaire du Code Napoléon, avait publié une petite brochure inti-

tulée "Le Code Civil et le Droit Nouveau", où il décrivait, d'ailleurs avec plus de nuances, bien qu'il ne fût pas un spécialiste du droit, les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon.

Le genre littéraire ainsi fondé, devait jusqu'à nos jours se développer dans deux directions différentes : dans la direction optimiste d'abord comme chez Léon DUGUIT, d'ailleurs, qui décrivait les transformations du droit privé pour y applaudir, car il se réjouissait de cette socialisation. Le même esprit optimiste se retrouvera chez quelques juristes et civilistes qui décriront à leur tour les transformations du droit privé.

Un ouvrage célèbre à cet égard est celui de Gaston MORIN : "La révolte des faits contre le Code".

Mais il y eut aussi la direction pessimiste : ceux qui reprirent l'examen de la loi de socialisation croissante pour en déplorer l'existence et la fatalité. De ce côté-là, c'est l'oeuvre du Doyen RIPERT, qu'il convient de citer et son ouvrage final : "Le déclin du droit" (1949).

Entre ces deux extrêmes, il y a place pour une tierce position, préconisée par certains civilistes, et faite de bienveillance vigilante devant l'évolution. Vous pouvez en ce sens lire l'ouvrage du Doyen Savatier : "Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui".

La conviction répandue que le droit privé, depuis bientôt soixante-dix ans, subirait une évolution fatale dans le sens de la socialisation, n'a pas été sans conséquences pratiques. Elle a aidé, dans la législation, à faire passer beaucoup de réformes. Puisque c'est la direction fatale que subit le droit privé, il n'y a pas lieu de s'y opposer. Il faudrait plutôt y aider, en conformité d'une conception de l'adaptation sur laquelle nous aurons à revenir. Ainsi, beaucoup de socialisations ont été aidées par cette conviction qu'il y avait là un processus inéluctable.

A l'inverse, il est vrai, d'autres ont soutenu que cette loi de socialisation croissante était un alibi pour certains, puisque, tout devant se faire fatalement peu à peu, on pouvait se dispenser d'opérer

une révolution d'ensemble.

Que penser de cette loi de socialisation croissante ?

Il est bien certain que depuis 1880, beaucoup de réformes d'inspiration socialiste ou socialisante se sont introduites dans le droit privé. Le Welfare-State, l'Etat-providence, est une réalité indéniable, et sa présence a infléchi, à n'en pas douter, notre droit privé depuis plusieurs décades.

Où l'esprit critique, cependant, doit être en éveil, c'est quand on érige la succession des évènements en une nécessité, quand on représente ces phénomènes concrets de socialisation comme l'effet d'une loi prophétique qui gouvernerait de façon irrésistible l'évolution du droit civil, comme un processus inéluctable de notre siècle, processus qui serait imposé sinon par un plan de la divinité, du moins par cette forme laïcisée que l'on appelle le sens de l'histoire.

L'esprit critique à cet endroit doit se tenir en éveil. La méthode employée pour établir cette loi scientifique n'a, en réalité, rien de scientifique, rien de sociologique, et critiquer la loi de socialisation du droit civil, ce sera faire sur un échantillon probant la critique de la demi-sociologie dont nous nous contentons souvent.

Une première critique est que l'établissement de cette loi prétendue sociologique repose sur des observations qui sont des observations de droit dogmatique. Il y a en réalité, à la base de la loi de socialisation une conception formaliste du droit, non réaliste, non sociologique du droit. Les auteurs qui ont posé cette loi, l'ont fait - du moins pour la plupart - sans aucun souci de l'effectivité des règles de droit (nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur cette notion, capitale en sociologie juridique, de l'effectivité ou de l'ineffectivité des règles de droit).

Les auteurs qui veulent décrire l'évolution du droit privé alignent en réalité des règles de droit, et même des textes de loi. C'est à partir de textes qu'ils aperçoivent un processus fatal de

socialisation croissante du droit civil, sans se préoccuper de l'effectivité ou de l'ineffectivité de ces textes, de ces règles de droit formel, sans se soucier de savoir si ces textes ont été ou non réellement appliqués. Cette méthode qui consiste à collectionner les textes est très perceptible dans l'ouvrage précité de Léon DUGUIT, et ici, je marquerai la différence avec Maxime LEROY, qui, lui, au contraire, se préoccupe de l'effectivité. Or, beaucoup de ces textes nouveaux, promulgués de 1880 à nos jours, beaucoup de ces lois, où se manifeste la socialisation du droit civil, ont comporté une marge sensible d'ineffectivité. Ineffectivité due à des causes très diverses : résistance des intéressés, indifférence ou hostilité du milieu ambiant qui était moins disposé aux réformes socialistes que le législateur lui-même, bref, il y a eu une dose importante d'ineffectivité. Je vous citerai pour exemple le statut du fermage. C'est uh fait que cette réforme d'inspiration socialiste est loin d'avoir été appliquée à cent pour cent (ainsi, la règle du tiercement en matière de métayage, qui a ramené la part du propriétaire de la moitié au tiers des produits, n'a pas été appliquée partout). Pourquoi ? Parce que, soit timidité, soit volonté réfléchie, beaucoup de métayers n'en ont pas réclamé l'application, si bien qu'aujourd'hui encore, il est des régions de France où l'on continue à partager les produits par moitié.

Et d'autre part, il faut remarquer que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation a utilisé toutes les obscurités du texte dans un sens conservateur et nettement anti-socialiste ; cette jurisprudence a été délibérément restrictive et a réduit à l'impuissance une grande partie de la réforme socialisante.

Ce n'est pas que les textes soient par eux-mêmes sans signification sociologique, indépendamment de leur application. Même non appliqué, un texte peut avoir un effet préventif, comminatoire, et sans donner lieu à une application visible, peut agir de façon invisible, en faisant pression sur les intéressés. D'autre part, au minimum, on peut bien dire qu'un texte traduit toujours une évolution dans les idées. Il reste cependant que dans la vie réelle, le tissu des relations entre les individus ne se socialise pas lorsque les textes demeurent ineffectifs.

Un autre signe de ce formalisme, que je reproche à la loi de socialisation croissante, telle qu'elle a été formulée, c'est qu'elle manque de perspective historique. On ne s'est pas demandé, considérant non plus le droit nouveau, mais le droit ancien, non plus le point d'arrivée, mais le point de départ (c'était aussi important dès lors qu'il s'agissait de retracer une évolution) si les règles du droit ancien d'inspiration libérale et individualiste avaient été elles-mêmes effectives. On retrace l'évolution à partir de l'article 544 du Code Civil : "la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue", mais ce n'est qu'un texte. Est-ce que cela, dans la pratique, dans la réalité quotidienne, signifiait, en 1804 ou en 1880, que le propriétaire pouvait tout faire ? Il n'en est rien. Ici encore, quand on décrit la situation, on ne tient pas assez compte de la réalité sociologique, on s'en tient à la surface des textes. Il existait déjà, au début du 19ème siècle, toute une règlementation de police administrative, qui restreignait dans le détail les droits de beaucoup de propriétaires fonciers, soit urbains, soit ruraux. Seulement, comme cette règlementation de police se trouvait en dehors du Code Civil, elle n'était pas étudiée dans les Facultés de Droit, elle n'était pas prise en considération dans les traités de droit civil. Alors on n'en a pas tenu compte, quand on a décrit comme un âge d'or des propriétaires le droit privé du XIX° siècle. Et au contraire, quand de nouveaux règlements sont venus, au XX° siècle, se substituer aux anciens, les aggravant parfois, mais dans d'autres cas se bornant à les reproduire, à les rajeunir, comme l'attention des juristes était moins accaparée par le seul Code, plus disponible à toutes lois, elle s'est fixée sur cette règlementation de police comme sur une curiosité juridique.

On pourrait citer, dans le même sens, le bruit fait par la première jurisprudence sur l'abus du droit de propriété, l'arrêt DOERR (la fausse cheminée) ou l'arrêt CLEMENT-BAYARD (la palissade surmontée de piques de fer). On a vu là le début de la socialisation du droit privé, mais historiquement, il n'en était rien.

C'était la suite à une ancienne jurisprudence du Parlement de Paris concernant les constructions de pure chicane. Le Parlement s'appuyait sur un article de la Coutume de Paris ainsi conçu : "quiconque a le sol peut édifier par dessus et par dessous, et y faire puits et autres licites".

Autre épreuve de l loi de socialisation, on a considéré comme l'illustration de la socialisation du droit de propriété la législation sur la mise en culture des terres abandonnées. Il s'agit d'imposer aux propriétaires ruraux l'exploitation d'une telle qu'ils laissent à l'abandon et, s'ils ne veulent pas exploiter eux-mêmes, de pourvoir à cette exploitation en faisant appel à d'autres. Cela parait une traduction de l'idée de propriété à condition de s'en servir à des fins sociales. Il n'est pas là avec des prérogatives égoïstes. Il est là pour être utile à la Société et si, en laissant ses terrains en friche, il ne remplit pas cette fonction sociale, il doit en être déchu au profit d'individus plus actifs.

Lorsque cette obligation fut législativement introduite en France, au cours de la première guerre mondiale, par la loi du 4 Mai 1918, Duguit vit une consécration de sa théorie de la propriété-fonction sociale et une étape importante dans l'évolution socialiste du droit privé. Beaucoup d'auteurs lui ont emboité le pas. Ils ont vu dans cette mesure législative un exemple très net de socialisation du droit privé. Or, il faudrait aller au-delà de ces textes et l'on constaterait alors que cette législation a rencontré une large zone d'ineffectivité. Non seulement, les applications en ont été extrêmement rares, mais on ne peut même pas lui attribuer le

droit du I9ème. Siècle, mais si nous essayons de remonter jusqu'à l'ancien droit, que trouvons-nous ? Un auteur aussi classique, aussi peu révolutionnaire que Domat écrit : "ceux qui exercent l'agriculture pour leur usage ne laissent pas d'être obligés envers le public, à la cultiver. Ainsi la police (entendez l'Etat dans son pouvoir de police) pourrait obliger les propriétaires des héritages de la campagne à les cultiver et, à défaut, y pourvoir par d'autres." Par conséquenc, Domat, pose comme quelque chose qui va de soi, le principe de la mise en culture des terres abandonnées, et il cite à l'appui, le code de Justinien (Livre XI, titre 59), qui est tout entier consacré à la question.

On relèverait chez d'autres auteurs de l'ancien droit, des témoignages de cette idée philosophique, que les droits de la collectivité reparaissent sur la terre en friche. Tenus en respect par la culture du propriétaire individuel, ils font irruption à nouveau quand la terre est à l'abandon. Cependant, si le principe parait constamment affirmé au niveau des idées pures, dans la pratique il semble qu'il n'ait jamais été observé. De sorte que le phénomène sociologique n'est pas celui que l'on croit : Il existe une idée législative constante des droits de la collectivité sur la terre à l'abandon et une impuissance également constante à rendre cette idée effective.

Une seconde critique s'adresserait à la loi de socialisation croissante telle qu'elle est formulée. C'est que l'établissement de cette loi suppose une notion de socialisation qui n'est pas définie. Outre que la notion même de la socialisation convient très mal à tout secteur fort important du droit civil, le droit des personnes et de la famille, on peut se demander, même en dehors de là, de quoi il s'agit au juste.

Il y a une définition technique du socialisme : c'est l'aloli-tion de la propriété individuelle des instruments de production. Il y a des idées plus vagues, et c'est prendre à celles-là que font allu-sion les auteurs, la prééminence de l'intérêt général, la protection des faibles, un certain irrespect des droits acquis (idée négative, mais peut-être la plus saisissante). Tout cela peut traduire plus ou moins confusément l'idée de socialisation. Nous sommes quand même dans l'incertitude; et si nous essayons d'aller plus loin à la lumière de l'histoire, nous sommes amenés à nous demander si dans ce courant de socialisation du droit civil que l'on décrit, il n'y a pas en réali-té des nappes d'origine différentes, des nappes dont les eaux se sont parfois mêlées, mais dont l'observation sociologique doit arriver à séparer les origines différentes. Il y a d'abord des mesures d'inspi-ration moderne, dont on n'aurait pas eu l'idée avant la seconde moitié du I9ème. Siècle, des mesures qui sont liées à l'apparition de la grande industrie, à la concentration urbaine, ces causes couramment admises du socialisme. Ainsi, la législation des accidents du travail, celle de la sécurité sociale.

Mais d'autres mesures sont d'une autre espèce, nées des guer-res de I9I4 et de I939. Ces phénomènes capitaux de l'histoire de France et même d'Europe au 20ème. Siècle.

Ces mesures, nées de la guerre moderne, auraient pu, en réalité, naitre de guerres plus anciennes. Elles étaient liées à la guerre et non au socialisme. La guerre, en effet, engendre un moindre respect des droits acquis.

Le sociologue anglais Spencer qui, dans ses "Principes de so-

ciologie", étudie les sociétés militaires, dit que "L'orgueil que donnent les dépouilles d'un vaincu, inspire du mépris pour les droits de propriété en général". Le droit de butin, le droit de prise qui existe dans les coutumes de la guerre, engendre par influence un moindre respect de la propriété, telle que le conçoit le droit civil. Il existe ainsi, il a toujours existé, un phénomène que l'on pourrait appeler en donnant au terme une acception tout à fait particulière, un communisme militaire, guerrier, qui est un phénomène de guerre. Ce communisme militaire est d'abord un communisme de pénurie et de rationnement (car la guerre, dans toutes les villes assiégées, entraine la mise en commun) mais c'est aussi un communisme de gaspillage et d'inflation (car les valeurs du temps de paix n'ont plus, en temps de guerre, la même stabilité). Toute guerre engendre de ce socialisme instructif. Ainsi, notre législation des loyers des immeubles à usage d'habitation est une législation de pénurie et de rationnement, et notre droit monétaire nominaliste un droit d'inflation. Ce sont des phénomènes qui doivent être rattachés aux grandes guerres mondiales, plutôt qu'à un véritable socialisme.

Vous soyez, en tous cas, qu'on ne peut pas se contenter de cet évolutionnisme superficiel et descriptif que traduit la loi de socialisation croissante du droit civil. Il faut essayer de replacer les phénomènes dans l'ensemble de l'histoire et de la réalité sociologique.

B - <u>Les lois de structure</u> -

Ce sont des lois moins ambitieuses que les précédentes, car elles ne prétendent pas pronostiquer l'avenir.

De même qu'en biologie on conçoit des corrélations organiques

entre divers éléments d'un même type, de telle sorte qu'un élément étant donné l'induction de l'autre est légitime, de même dans le droit on pourrait d'un élément conclure l'existence d'un autre, car les deux seraient dans un état de corrélation nécessaire. Le postulat de l'établissement de ces lois de structure est qu'il y aurait des corps juridiques à l'intérieur desquels des corrélations pourraient être découvertes. De ce fait, cette notion de corps juridique n'est pas étrangère aux habitudes mentales des juristes! Il leur est tout à fait usuel de se représenter l'ensemble du droit d'un pays comme un corps, voire comme un corps vivant. Ihering a mis en relief cette idée que les institutions juridiques forment des corps entre les parties desquelles il existe des harmonies nécessaires.

On peut placer plus ou moins haut la notion de corps juridiques, donc l'existence de certaines corrélations entre les parties; on peut ainsi placer plus ou moins haut les lois de structure. On peut les placer au niveau d'une institution concrète du droit civil et se demander si, à l'intérieur de cette institution, il n'existe pas une corrélation nécessaire, une loi de corrélation entre deux éléments constituants.

C'est là que se rencontre, je la citerai comme exemple, une des lois de structure historiquement les plus célèbres en droit civil, la loi de correspondance des formes. On parle surtout à propos du formalisme romain. Elle est formulée, d'ailleurs, par les textes romains eux-mêmes."Tout lien juridique doit être dénoué par des formes inverses decelles qui ont servi à l'établir", (par des formes inverses, donc symétriques). Dans l'ancien droit romain, on trouve plusieurs applica-

tions de cette loi de structure : le contrat qui s'est formé "re" se dissoudra par la restitution, (il a fallu la transmission de la chose pour former le contrat; il faudra la restitution pour le dissoudre). Les contrats qui se sont formés par la stipulation se dissoudront par l'acceptation qui est aussi un échange de paroles.

Des romanistes ont soutenu que la loi de correspondance des formes était en réalité une règle post-classique que, par conséquent, les textes qui la mettent en oeuvre, ont été interpolés. Cependant, on peut relever que le texte fondamental se trouve dans ce titre bien connu du digeste qui est intitulé "De diverses règles de droit ancien" (dig. 50.I7); donc, les compilateurs avaient la conviction qu'il y avait là des règles fort anciennes.

Mais cette correspondance des formes peut-elle être érigée en une loi sociologique de structure? Pour être une loi scientifique, il lui manque d'abord le caractère de généralité. Nous avons trouvé des exemples favorables, mais nous pourrions en trouver d'autres où la symétrie n'existe plus. En droit français, on peut révoquer un testament notarié, sans qu'il y ait correspondance des formes, en utilisant un testament olographe.

La loi, il est vrai, pourrait ne concerner que l'esprit juridique primitif. Mais il faudrait alors démontrer l'existence, chez les primitifs, d'une structure mentale telle que la dissolution d'un lien juridique n'ait pu être pensée que sous une forme inverse de celle qui avait été employée à la formation. On pourrait dire qu'il y a dans l'esprit primitif une nécessité de la symétrie. Il existe souvent des symétries dans les rites. Par exemple, les rites de la naissance et de la mort se

correspondent dans les coutumes de beaucoup de peuples. Quand un enfant nait en Chine, on le pose sur la terre pour le mettre en contact avec elle, comme on y pose le mort pour la même raison. Ce besoin de symétrie n'a-t-il pas été suggéré à l'homme dès le commencement, par sa propre symétrie : celle du corps ? Toutefois, l'homme primitif est souvent asymétrique dans sa structure, dans son art. En outre, l'expression même de besoin, que l'on emploie, suggère un lien assez lâche. Un besoin peut n'être qu'incomplètement satisfait, de sorte qu'il n'y a pas de nécessité. L'esprit, la mentalité éprouveront une certaine gêne si les formes ne se correspondent pas. Mais ils ne pourront passer outre. Il n'y a pas là, par conséquent, les bases d'une véritable loi scientifique et causale : il n'y a pas plus nécessité que généralité.

Au lieu de nous placer, pour établir des corrélations, au niveau des institutions juridiques concrètes, nous pouvons essayer de nous placer à un niveau supérieur, celui de l'ensemble des institutions d'un pays. Au niveau de ce que l'on appelle, en droit comparé, les systèmes juridiques.

Il y a des solutions juridiques qui, en quelque manière, vont ensemble, comme si une unité de pensée avait présidée à leur élaboration. De sorte qu'une solution étant donnée dans un système juridique, on peut en déduire la présence de l'autre solution.

Ainsi, il est permis d'imaginer qu'il existe une loi de corrélation entre l'autonomie de la volonté et le transfert de la propriété par le seul effet du consentement. Les deux solutions sont réunies dans notre Code civil : Art. 1134 et 1138. Et réciproquement, le droit romain qui ignorait l'autonomie de la volonté, ignorait aussi le transfert de la propriété solo consensu.

Est-ce assez pour admettre l'existence d'une loi de structure? Mais la <u>généralité</u> manque : d'autres systèmes juridiques, si l'on pousse les investigations, vont dissocier les deux éléments. Ainsi, en droit allemand, on donnera l'autonomie de la volonté, mais non le transfert de la propriété par le seul effet du consensus. Et la <u>nécessité</u> manque également : il n'y a pas de lien sociologiquement indissoluble entre les deux solutions, parce que l'une (l'autonomie de la volonté) concerne les rapports entre les parties, entre deux individus, l'autre (le transfert de la propriété <u>solo consensu</u>) les rapports des parties avec les tiers, donc la société globale.

En droit comparé, pour constituer ce que l'on pourrait appeler une typologie (une science des types de systèmes juridiques), on a parfois porté très loin l'idée de corrélation. Ainsi, on pourra dire qu'il existe une corrélation nécessaire entre le divorce pour cause d'aliénation mentale et la haute tutelle d'Etat (le système où le rôle joué en France par le Conseil de famille est rempli par un organe étatique, comme le juge des tutelles). De fait, la corrélation se rencontrera en droit allemand, suisse, mexicain. Mais dela ne fait pas une loi de structure. Dans d'autres droits, la corrélation sera rompue (ex. Code civil italien de 1942, où l'on trouve le juge des tutelles, mais point de divorce). Et il n'y a point de nécessité sociologique qui unisse indissolublement les deux éléments : ils procèdent tous deux, sans doute, de l'idée générale d'un relâchement des liens familiaux, mais ce relâchement n'a pas le même sens en ce qui concerne la famille étendue (mise à l'épreuve par l'institution du conseil de famille) et la famille conjugale (mise en cause par le divorce).

III.- LES AUTRES PROCEDES d'explication en sociologie juridique -

Ce sont des procédés d'explication qui ne comportent pas l'établissement de lois scientifiques.

Il y a d'autres procédés d'explication en sociologie juridique : il y a des formes d'explication moins rigoureuses que celles qui résultent de l'établissement des lois scientifiques, moins satisfaisantes donc pour l'esprit scientifique, mais dont il faut savoir se contenter, au moins provisoirement.

Il y a d'abord, parmi ces procédés d'explication qui ne se traduisent pas en lois causales, il y les corrélations fonctionnelles, comme on a dit, les corrélations simples, les corrélations qui ne sont pas causales.

"Il arrive, je cite ici M. GURVICH, que l'on décèle des correspondances entre deux ensembles de faits sociaux qui ne peuvent être rangés dans des situations d'éléments antécédents l'un à l'autre, qui ne se trouvent pas entre eux en rapport de causalité réciproque et dont la constance par conséquent ne peut pas être prouvée, mais qui demandent tout de même à être intégrés dans le même cadre du phénomène social total. Il faut intégrer ces deux phénomènes. On ne peut pas dire que l'un précède l'autre ou que l'un est la cause de l'autre, mais nous avons la conviction qu'ils vont ensemble". C'est une corrélation fonctionnelle, sans causalité.

En linguistique, on se contente souvent ainsi de corrélations où l'on ne prétend pas voir des causalités.

Car toutes les corrélations ne sont pas des causalités. Si l'on

examine, dans l'ouvrage de DESFORGES sur "le divorce en France", la carte de la fréquence des divorces par arrondissement (en I942), et si on lui superpose la carte du nombre des automobiles immatriculées à la même époque, on constate des corrélations frappantes. Mais où est la cause et où est l'effet? La vérité, c'est qu'ici nous sommes en présence d'une corrélation fonctionnelle sans causalité. Un phénomène n'est pas la cause de l'autre, néanmoins, leur mise en perspective sociologique, pour parler comme M. GURVICH, s'impose. Il ne serait pas scientifique de dire qu'il n'y a pas de rapprochement à faire entre les deux phénomènes. Nous sommes en présence d'une corrélation statistique, sans rapport de nécessité, car il n'y a pas de causalité directe entre les deux phénomènes.

C'est un autre procédé, valable pour la sociologie juridique, que celui qui consiste à faire apparaitre dans ces phénomènes des "régularités tendancielles". Le procédé avait été préconisé par Gaston RICHARD qui enseignait à la Faculté des Lettres de Bordeaux et qui voulait réagir contre l'idée durkheimienne que la sociologie pourrait se prêter à l'établissement de lois causales rigoureuses. Pour lui, la sociologie ne pouvait prétendre qu'à dégager des tendances.

Les régularités tendancielles, dit un peu différemment M. GURVICH, sous des acheminements drd rndrmblrd fznd frd fitrvyiond plud ou moins précises, qui restent incertaines quant à leur aboutissement final.

On peut faire des applications de cette idée à la sociologie juridique. Prenons un principe comme celui de la clandestinité des hypothèques, largement répandu en Europe jusqu'à la fin du XVIII[e] siè-

cle. A cette époque, le régime hypothécaire s'est mis en marche (on peut conjecturer que ce fut sous la pression de la bourgeoisie financière, prêteuse sur hypothèque, dont la force sociale va alors croissant). Partout il s'est éloigné du système primitif de la clandestinité, mais pour aboutir ici à un système de simple publicité (avec pour sanction la seule inopposabilité à l'égard des tiers), là à un système plus rigoureux de livres fonciers, ailleurs encore au système de l'art Torrens. La régularité tendancienne, c'est l'abandon de la clandestinité, l'aboutissement final étant incertain.

Autre exemple : on est parti, en matière de régimes matrimoniaux, un peu partout en Europe, d'un principe de prépondérance du mari. Ce principe un peu partout a été abandonné. Il y a bien eu une régularité tendancielle pour l'abandon du principe, mais l'aboutissement a été différent suivant les pays. Dans certains, on a abouti à la séparation de biens; dans d'autres, à la participation aux acquêts; ici, sans doute, on va aboutir à la communauté réduite aux acquêts, avec administration en main commune. Donc une tendance régulière à l'abandon de la prépondérance maritale dans l'administration des biens, mais pas une loi inéluctable.

Un autre procédé d'explication, c'est l'intégration directe des phénomènes observés dans un ensemble, dont on présuppose qu'ils sont des manifestations, bien qu'on ne puisse retracer la causalité. On n'établit aucune corrélation nécessaire. On se borne à dire qu'il y a un phénomène A et un phénomène B qui paraissent faire partie d'un tout, aller ensemble, qui paraissent (ou nous traduisons en termes de sociologie juridique) faire partie d'un même système juridique. En droit comparé, c'est

ainsi que l'on constitue des "systèmes juridiques", en intégrant certaines solutions dans un ensemble. On dira par exemple que les communautés conjugales, à actif étendu (communautés universelles) ressortissent au système nordique tandis que les communautés réduites aux acquêts ressortissent au système méditerranéen. Il y a sans doute des causes historiques à ce rapprochement, mais elles sont trop complexes pour être saisies.

Par le même procédé d'explication, on dira que la règle de droit qui rattache de plano l'enfant naturel à sa mère est une règle de droit germanique. On ne prétend pas que le droit germanique - ni même tel principe de droit germanique - soit la cause de cette règle en matière de filiation. On se borne à intégrer la règle dans l'ensemble du droit germanique. On invoquera des causes historiques complexes; la vérité est que l'on renonce à établir une causalité.

Dans d'autres cas, la sociologie juridique dispose bien d'une causalité, mais cette causalité est telle qu'on est sûr, d'avance, qu'elle ne pourra servir à l'établissement d'aucune loi. C'est une causalité singulière qui, par définition, ne peut pas se répéter.

C'est très souvent que l'on rencontre des causalités singulières à l'origine des phénomènes juridiques. Il y a une notion de l'occasio legis. Il n'est pas rare qu'une mesure législative soit provoquée, causée par un évènement singulier, ainsi qu'une aggravation de pénalité soit déterminée par un crime retentissant. Le Senatus consulte Macédonien en droit romain, la "loi du jardinier" dans la législation de Vichy, sont des exemples de causalités singulières. Le rapport de causalité est certain, mais n'étant pas appelé à se reproduire, il ne peut servir à l'établissement d'une loi scientifique.

On est très près de l'explication historique. Celle-ci a une grande valeur en sociologie juridique. Les sociologues de sociologie générale, d'ailleurs, reconnaissent eux-mêmes que l'histoire explique mieux que la sociologie, car la causalité est plus serrée en histoire, plus "continuiste" (c'est une expression encore de M. GURVITCH) tandis que la sociologie est discontinue. Or, la sociologie juridique doit, encore plus que la sociologie générale, recourir à l'explication historique, parce que le temps est une dimension nécessaire et non pas simplement facultative du droit. La durée a, chez nous, quand il s'agit des phénomènes juridiques, une valeur propre, qui ne se retrouverait pas pour d'autres phénomènes sociaux. Le droit se situe toujours par rapportà un passé. Le plus souvent, le droit est un continu de traditions, un continu de coutumes, par conséquent, par nature même et d'une façon évidente, il se rattache au passé, il ne vaut que par son passé, le temps est sa dimension. Mais même quand le droit est révolutionnaire, ce n'est que parce qu'il y a eu un droit antérieur, il ne peut en être séparé. Ici encore, le temps est sa dimension nécessaire. C'est ce qui donne à l'explication historique une valeur de premier plan en sociologie juridique, plus encore qu'en sociologie générale.

Ainsi, nous venons d'examiner une série de procédés d'explications par lesquels la sociologie juridique sans nous découvrir peut-être l'envers du décor, sans nous découvrir ce qu'il y a par delà les apparences, par delà les phénomènes, peut cependant nous permettre de mieux comprendre le droit. Mais est-ce que, nous permettant de mieux comprendre le droit, elle va nous donner une prise sur lui?, une prise sur le droit en vue de l'action? Ce serait une seconde fonction de la sociologie juridique, la fonction pratique à laquelle je vais maintenant consacrer une deuxième partie de cette introduction.

FONCTION PRATIQUE de la SOCIOLOGIE JURIDIQUE -

Est-ce que du monde de la connaissance la sociologie juridique peut passer au monde de l'action? Peut-elle avoir une fonction pratique.

La sociologie juridique peut servir aussi bien à l'élaboration de la loi qu'à celle de la jurisprudence, qu'à celle, dirait-on en droit privé, de la pratique extra judiciaire, de l'"administration du droit privé", dirai-je d'une formule qu'il faudra préciser.

D'abord, est-ce que la sociologie juridique peut servir à légigérer? C'est la première question. C'est là que pourrait se trouver l'utilité la plus importante. Peut-elle servir à créer une norme, peut-elle apporter aux hommes des règles de droit? Ce serait une fonction normative, plus précisément législative. C'est le problème de la législation sociologique.

En second lieu, est-ce que la sociologie juridique peut servir à interpréter les règles de droit quand elles sont obscures ou présentent des lacunes? Peut-elle avoir une fonction herméneutique, une fonction d'interprétation? C'est le problème de l'interprétation sociologique.

De ces deux problèmes, nous retrouverions l'équivalent pour le droit comparé. Edouard LAMBERT, quand il s'est préoccupé de déterminer les fonctions du droit comparé, a songé à une fonction législative, mais aussi à une fonction d'interprétation du droit positif national.

Le problème parait se poser de la même manière pour la sociologie juridique, mais il reste pour elle une troisième question : est-ce

que la sociologie juridique pourrait guider les administrateurs dans leurs rapports avec les daministrés? Les administrateurs des administrations publiques mais aussi ceux des administrations privées, des entreprises privées qui sont sociologiquement si proches des administrations publiques. C'est concrètement le problème des "public relations", avec les ouvriers ou avec la clientèle, dans une entreprise.

Plus largement, il y a dans le droit privé, toute une série d'activités qui ne sont, au fond, ni législatives, ni judiciaires, qui sont des activités d'application des lois et des jugements. Il y a toute "une administration" du droit privé, toute une administration à laquelle ressortissent des activités aussi diverses, par exemple, que celles-ci : la tactique que doit suivre un huissier quand il a à procéder à une saisie-exécution (car, à l'intérieur des critères légaux, il y a place pour une stratégie et les principes de cette stratégie, peut-être est-ce par des données sociologiques, de psychologie sociale, que l'on arrivera à les établir); ou encore, quand il s'agit de choisir l'enfant à adopter, les catégories d'enfants qu'il convient d'adopter, et comment les harmoniser avec les catégories d'adoptants (il y a là toute une technique qui peut avoir besoin de données sociologiques et psychologiques, à l'intérieur des critères légaux).

C'est tout cela l'administration du droit privé. La sociologie américaine est friande de cet aspect de la sociologie. Nous pouvons parler à cet égard d'administration sociologique, le terme n'est employé que faute de mieux, dans un sens volontairement un peu vague.

Législation sociologique. Interprétation sociologique. Administration sociologique, tels seront les trois problèmes que nous allons traiter.

LA LEGISLATION SOCIOLOGIQUE -

C'est l'aspect le plus important de la fonction pratique que l'on peut attribuer à la sociologie juridique. Non seulement en lui-même, mais par les controverses auxquelles il a donné lieu, controverses qui mettent en cause la notion même du droit, et font s'affronter juristes dogmatiques et sociologues. Toutefois, ce n'est pas toujours avec la même rigueur que l'on a revendiqué un rôle pour la sociologie juridique dans l'élaboration de la règle de droit, dans la législation. A cet égard, des précisions préalables sont nécessaires afin de saisir la difficulté en son point maximum, en ce qu'elle a de plus irréductible. En effet, il est des aspects de la législation sociologique qui n'offrent guère de difficultés, des aspects anodins, pacifiques, où l'on ne réclame pas pour la sociologie juridique beaucoup plus qu'un rôle d'auxiliaire technique du législateur, beaucoup plus qu'une fonction documentaire, auprès de celui-ci, fonction documentaire plutôt que proprement normative. Cela s'est toujours fait sans qu'on y prit garde et avant même qu'il y eût une sociologie juridique constituée en science. Bien souvent les législateurs se sont enquis d'une donnée sociale avant de procéder à une réforme. Ils le faisaient simplement par des procédés empiriques et non par ces procédés perfectionnés que la sociologie a élaborés à notre époque. Ainsi, quand le législateur anglais a voulu (aux environs des années 1952) réformer le régime de la succession ab intestat en Angleterre, il s'est livré à une étude préalable très détaillée de tous les testaments qui, depuis un certain nombre d'années, avaient été déposés, car en Angleterre les testaments sont déposés dans

un établissement qui est l'équivalent de nos archives nationales. Le gouvernement fit procéder au dépouillement de ces testaments et par là, il dégagea la version présumée du "testateur type" et très légitimement, si l'on admet que la succession ab intestat est fondée sur l'affection présumée du défunt, il calqua sur cette donnée résultant de l'enquête, sa nouvelle hiérarchie de successibles. Ici nous saisissons la socio-logie juridique en action, comme conseiller du législateur, dans une fonction qui est simplement documentaire et qui ne soulève guère d'objections, parce que le législateur conserve son pouvoir souverain de décision. Le renseignement sociologique n'est pour lui qu'un élément d'appréciation parmi d'autres, et il se réserve toujours de statuer contrairement à la donnée que ce renseignement lui fournira. La difficulté véritable de la législation sociologique ne commence que lorsque les sociologues prétendent imposer au législateur de faire passer en loi les données de fait fournies par la sociologie.

Il y aurait, assure-t-on dans cette thèse, un devoir pour le législateur, devoir qui peut n'être pas constitutionnellement sanctionné, mais qui un jour, devra l'être, devoir de faire passer en loi les constatations sociologiques, un devoir de transformer le fait en règle de droit.

Ainsi, la sociologie juridique dans cette thèse, n'aurait pas vocation simplement à conseiller le législateur, elle prétendrait le diriger et même, à la limite un jour, le remplacer. Plus besoin de parlement, il sera plus scientifique de s'adresser à un institut de sociologie juridique.

Cela a été soutenu dans l'école Durkheimienne, mais comme un

idéal, et du moins chez les grands durkheimiens, avec beaucoup de prudence, nullement pour l'immédiat. Il faut ici surtout se reporter, mais en se disant que l'ouvrage concerne la morale et non par le droit, à ce que Lucien LEVY-BRUHL disait de la science des moeurs. A partir des constatations faites par la science des moeurs, branche de la sociologie, on édifiera une morale normative. Les constatations de fait ont vocation à se transformer en normes. Bien entendu, LEVY-BRUHL le disait avec beaucoup de prudence, disant qu'il faudrait du temps pour que la science des moeurs arrive à des résultats scientifiquement probants, ce qui n'empêche qu'en théorie, il posait bien le principe de la validité d'un passage du fait au droit.

M. Henri LEVY-BRUHL a fait lui-même la transposition de la morale au droit. Il pense que ce qu'il appelle la "juristique" - qui est pour lui la science positive du droit, science complexe réunissant, dans l'unité de la méthode comparative, histoire du droit, droit comparé et sociologie juridique - pourrait un jour transformer en normes juridiques les constatations de faits qu'elle aurait préalablement réunies. Cette conception repose sur une analogie avec les autres sciences, notamment physico chimiques. Comme dans toute science expérimentale, il faudrait, dans la science positive du droit, distinguer deux moments : le moment où l'on découvre des lois causales et où on les formule; puis un deuxième temps, où viendront les applications de ces lois scientifiques à la matière juridique (une sorte d'art rationnel, disait Lucien LEVY-BRUHL, qui s'édifiera sur la science).

On ne saurait modifier la nature qu'à partir d'une connaissance scientifique des lois causales qui la gouvernent.

Je vous parlais d'une marche prudente d'un temps qui, pour ces sociologues, devrait s'écouler avant que l'on puisse passer de l'établissement des lois à leur application. N'y-a-t-il pas là une sorte d'objection préalable et ne peut-on pas dire : "Mais en attendant, qu'est-ce qu'il faut faire?" L'objection valait pour la morale. Sous l'empire de quelle morale (sous quel droit) vivrons-nous dans la période intérimaire? A cela, les durkheimiens ont une réponse qui vaut aussi bien que pour la morale, pour le droit, une réponse qui a été tirée de l'analogie de la médecine : "En attendant que les lois causales qui gouvernent le corps humain aient été toutes élucidées, la médecine travaille par des procédés qui sont en grande partie, empiriques, mais elle arrive à travailler et à guérir même parfois ses malades; eh! bien de même, le droit, dans l'intervalle, continuera à vivre par ses moyens empiriques".

On ne peut pas arrêter la marche du droit, on fera de l'empirisme, de moins en moins d'empirisme au fur et à mesure que seront dégagées de plus en plus les lois causales qui gouvernent les phénomènes juridiques.

Vous voyez ici, par conséquent, une revendication beaucoup plus grave de la sociologie juridique. Il ne s'agit plus de conseiller le législateur : celui-ci conservant son pouvoir. On prétend lui dicter en quelque manière les règles de droit qu'il doit élaborer. C'est là, remarquons-le, une conséquence assez naturelle d'une conception sociologique du droit. Dans une conception sociologique du droit, on dit : le droit n'est pas dans les textes, le droit est dans les données sociales, le droit est dans la société. Mais si le droit est dans la so-

ciété à l'état virtuel, il est logique de l'en extraire, il est logique de faire passer dans les règles de droit, ce qui est en suspension dans le milieu social. Le législateur a le devoir d'expliciter ce droit qui est dans la société.

Prenons un exemple un peu criant pour faire sentir, dans son maximum de revendications de la législation sociologique : S'il constate que toutes les femmens désobéissent à leurs maris, le législateur a le rigoureux devoir d'effacer la mention du "mari, chef de la famille" dans le code civil. Je cite cet exemple parce qu'il a eu une action pratique sur la Commission de Revision du code civil. Celle-ci a eu, sans s'en faire une conception scientifique, une vision de la sociologie.juridique. Le droit est dans les faits - quel a été son postulat? Il nous faut, par conséquent, rechercher si la notion du chef de la famille est donnée dans les faits. Et s'il nous apparait, ce qui est apparu à la majorité des rédacteurs, que le chef de famille n'était plus dans le milieu social, la logique voulait que le législateur traduisit cela en règle de droit, en supprimant la mention du "mari chef de famille".

La difficulté est ici portée à un point où les fondements mêmes du droit paraissent en cause. Le problème de la législation sociologique donne lieu à une discussion qui est proprement philisophique, encore que les juristes y aient participé autant que les philosophes du droit. On a d'ailleurs, utilisé dans cette discussion beaucoup d'arguments qui avaient servi dans la controverse parallèle relative à la morale sociologique.

Mais, pour élucider les rapports entre la sociologie et le

droit, la technique juridique peut nous fournir des ressources particulières qui n'ont point leur équivalent dans les rapports de la morale et du droit; et chez nous, la discussion, lors même que nous devrions constater qu'elle aboutit à une impasse sur le terrain philosophique, peut espérer trouver certaines issues sur le terrain de la simple technique. C'est pourquoi, nous nous placerons successivement sur ces deux terrains.

LES VACANCES DU DROIT

Nous voici, en ce début d'année, en période de vacances du droit. La même la vie juridique, se relâchent quelque peu. Vous avez entendu parler de la "grève des conflits", expression qui a ses racines historiques dans l'épisode des lois originaires de la République naissante, expression qui indique bien que l'on est dans une période de relâchement de la vie de la cité, de la vie politique. Les évènements paraissent s'arrêter, l'histoire même paraît sommeiller pendant une dizaine de jours. C'est là un phénomène de vacances du droit, un phénomène d'arrêt de la vie sociale, tout à fait remarquable pour la sociologie juridique.

Nous pouvons faire réflexion également, à cette occasion, sur la force obligatoire de la coutume extra-juridique. Nous sentons bien une force extérieure à nous, mais une force qui nous contraint à faire des voeux n'est point une règle de droit : c'est une règle de moeurs, une règle non juridique ; elle n'en est pas moins très contraignante pour nous.

Et puis, en cette période de l'année, nous sentons aussi la toute-puissance et l'envahissement du don.

On s'imagine que l'économie moderne est une économie d'échange, mais c'est aussi largement une économie de don.

La Sociologie oppose volontiers l'univers de l'échange, qui serait le propre des civilisations modernes, et l'univers du don, qui serait le propre des civilisations archaïques.

Vous connaissez peut-être une formule de Marcel MAUS : "Le don est la forme primitive de l'échange. " Nous sentons la vérité de cet aphorisme en début d'année.

Le philosophe Herbert SPENCER, de la seconde moitié du XIXème siècle - que vous avez peut-être fréquenté dans vos études de philosophie - disait : "que le don était la caractéristique des sociétés militaires". Il opposait en effet, les sociétés militaires aux sociétés industrielles, dont le prototype, pour lui, était réalisé en Angleterre et aussi aux Etats-Unis : c'était la forme la plus achevée, la plus civilisée, des sociétés. Tandis que la société militaire, fortement représentée sur le Continent et en France, était pour lui quelque chose d'infiniment plus archaïque (je n'ose pas dire plus arriéré). "La société militaire, disait SPENCER, se caractérise par la

tyrannie qui exerce le don, le régime des présents, à telle enseigne, ajoutait-il, qu'il y a beaucoup de Français qui, à la veille de la Nöel, émigrent en Angleterre, tant ils sont exaspérés par l'obligation de donner des étrennes. "Je pense qu'à l'heure actuelle, ils ne pourraient plus essayer d'émigrer : ils ne savent plus où aller, car le régime du don s'est universalisé, ou, si vous préférez, il me semble que toute la planète est passée du régime de la société industrielle à celui de la société militaire.

On est en présence alors, si nous poursuivons cette hypothèse, d'un phénomène tout à fait remarquable. Le droit aurait fait marche arrière depuis les deux dernières guerre mondiales.

Vous voyez comment, de fil en aiguille, on peut ainsi faire cheminer la réflexion sociologique à propos des menus incidents de ces derniers jours.

La parenthèse étant fermée, nous allons reprendre l'étude que nous avions interrompue à la veille de la Nöel, consacrée aux méthodes de la sociologie juridique dans leurs règles les plus générales.

LES METHODES DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE (suite)

2) L'expérimentation opératoire :

b) les techniques sociométriques.

Le terme "sociométrique" doit être rapporté à une doctrine de sociologie générale, dite doctrine de la sociométrie, qui a pour chef d'école un sociologue américain contemporain, MORENO, dont l'ouvrage essentiel est intitulé, dans la traduction française récente, de 1954 : "Fondements de la sociométrie". MORENO est un Américain d'origine roumaine, de formation médicale, de tendances parfois poétiques. L'expression de "sociométrie" ne doit pas nous induire en erreur. On s'attendrait, sur le vu de ce vocable, à une transposition des mathématiques à la sociologie, à l'instar de ce que représente l'économétrie pour l'économie politique. Il y a bien, dans la sociométrie, un certain aspect mathématique, mais ce n'est peut-être pas les plus caractéristique de l'oeuvre de MORENO. Il y a un aspect physique-mathématique sur lequel je passe rapidement. Je signale que MORENO a tout de même

.../...

répandu, dégagé, une loi causale, scientifique, de sociologie, qu'il a appelé la "loi de gravitation sociale", dont je vais vous donner l'énoncé.

Un groupe social habitant la localité X et un groupe social habitant la localité Y tendent à se rapprocher l'un de l'autre, en raison de la somme d'attractions que chaque groupe émet vers l'autre et qu'il reçoit de l'autre, et, en raison inverse, de la somme des répulsions qu'il éprouve de l'autre, et que l'autre éprouve à l'agard de lui.

Telle est la loi de gravitation sociale. Vous pouvez la trouver évidente ou obscure ; l'une et l'autre thèse sont soutenables. Nous verrons que l'on a pu essayer de tirer des conséquences pratiques de cette loi de gravitation sociale, que quelques-unes même, ne seraient pas inimaginables en ce qui concerne le droit (j'aurai l'occasion de vous parler de la planification des collectivités), mais, encore une fois, ce n'est pas ce qui nous paraît le plus important dans l'oeuvre de MORENO. Le plus intéressant pour nous, c'est plutôt un autre aspect, non plus mathématique mais psychologique et même, psychanalystique de l'oeuvre, qui nous retiendra ici, au point de vue de la méthode des techniques expérimentales.

MORENO, en effet, a subi l'influence de FREUD ; mais, et c'est son originalité, il a cherché à remplacer le divan psychanalytique par des méthodes plus actives : le psychodrame et le sociodrame, qui seraient des méthodes d'expérimentation applicables à la sociologie, ou, plus précisément, à la psychologie sociale.

Dans ces méthodes, l'idée générale est que l'enquêteur s'intègre au groupe étudié ; dans la technique des petits groupe, le principe est que l'observateur soit extérieur au groupe ; dans les techniques sociométriques, l'expérimentateur s'intègre au groupe, participe à l'action. Il est à la foi observateur et acteur, dans une expérience collective. Il y a une différence, au reste, entre la technique du psychodrame et la technique du sociodrame.

Dans le psychodrame, on demande à un individu (ou à plusieurs individus) de jouer sa situation, de reconstituer les inter-relations qui le lient à son entourage. On le met sur la scène, et, avec l'assistance d'auxiliaires, on lui demande de jouer son rôle, de jouer les inter-relations qui l'unissent à son entourage.

.../...

Dans le sociodrame, le public joue un rôle (un public qui est lui-même concerné par un problème). Des acteurs jouent devant ce public intéressé, ce public malade à qui il s'agit de faire prendre conscience d'une difficulté, d'une façon aussi impersonnelle que possible, dans des rôles sociaux. Le but est que le public se retrouve dans les rôles ainsi joués devant lui. On demande à des acteurs de venir jouer une scène qui se passe entre mari et femme, et, dans la salle, il u a des maris et des femmes qui sont concernés, qui vont se retrouver à tràvers les images des acteurs. Ou bien - car c'est dans les relations du travail, les relations industrielles, que la technique a été employée de la façon la plus pratique -, les acteurs jouent des relations patron-employés, et il y a, dans la salle, des salariés qui doivent se retrouver à travers ce sociodrame que l'on joue. Ces techniques utilisent quelque chose qu'ARISTOTE appelait la "purgation théâtrale". Seulement, dans la technique d'ARISTOTE, il s'agissait de "purger" les spectateurs ; il peut s'agir ici, de "purger" les acteurs.

Ces techniques ne sont pas sans application possible à la psychologie juridique. C'est ainsi que la technique du psychodrame a été utilisée pour des adolescents anormaux dans des établissements d'éducation surveillée.

On a fait jouer à des adolescents internés des psychodrames dans lesquels ils jouaient leurs relations familiales, qui permettaient de leur faire prendre conscience de certains problèmes familiaux. On a appliqué cette technique, également, à des adultes normaux (relations de travail par exemple). Il y a, je m'empresse de le dire, beaucoup de controverses sur la valeur scientifique et sur l'efficacité pratique de ces techniques. On a dit (ce que l'on dit d'ailleurs de beaucoup de techniques expérimentales appliquées en sociologie), qu'elles supposent chez les acteurs, chez les participants, une bonne dose de naïveté.

Je ne me prononce pas sur ce problème de psychologie générale. Je me borne à indiquer des applications de ces techniques plus poussées encore, en sociologie juridique : on pourrait envisager ainsi une application à procédure civile.

3) Expérimentation sur le grand public :

C'est la voie la plus simple. Il y a des limites pratiques à l'em-

.../...

ploi de l'expérimentation sur le grand public.

Exemple crucial : provoquer un accident d'automobile expérimentalement, pour mesurer les réactions différentielles qui se produiront chez les témoins de l'accident. Cela pourrait être scientifiquement intéressant, mais pas très souhaitable.

Cependant, il y a des emplois possibles du procédé. Je donnerai un exemple effectif. L'expérience dont il s'agit a eu lieu aux Etats-Unis. Il s'agit de mesurer la vitesse de propagation et le coefficient de déformation d'une rumeur. Vous lancez une rumeur dans l'agglomération. Bien entendu, l'expérience pour être menée scientifiquement, doit l'être sur des milieux différents, une série de milieux différents par les dimensions, les densités sociologiques. Il y a là évidemment, une question d'échantillonnage des milieux. Vous semez donc une rumeur dans le public et vous essayez de la recueillir à son point d'arrivée, en mesurant le temps qu'elle a mis pour parcourir une certaine distance sociale. Egalement, vous mesurez les déformations qu'elle a subie dans ce cheminement.

Ce genre de recherche, qui a été conduit en sociologie générale, intéresse la sociologie juridique.

Voici une autre expérience, celle-ci non réalisée encore, mais possible et intéressante pour la sociologie juridique : mesurer la vitesse des communications inter-individuelles. L'intérêt pratique, pour la sociologie juridique, est le suivant : il s'agit de savoir si nos délais de prescription et de procédure sont trop brefs ou trop longs.

On dit toujours - ce serait l'hypothèse de travail pour mener cette sorte d'expérience - que ces délais de prescription sont devenus trop longs, car les communications inter-individuelles sont à notre époque beaucoup plus rapides qu'à l'époque de la codification napoléonienne où ces délais ont été, pour la plupart, institués. Mais c'est une connaissance intuitive, empirique, que nous avons de cela. Pour nous en rendre compte, il faudrait mesurer la vitesse des communications inter-individuelles. Il faudrait adresser un certain nombre de lettres à des maisons de commerce, à des hommes de loi, et mesurer le temps nécessaire pour avoir une réponse.

.../...

Ce ne serait, du reste, notez-le bien, qu'une partie de la recherche, car, pour opérer la réforme législative dont il s'agit, il faudrait essayer de retrouver quelle était la vitesse de ces communications au début du XIXème siècle, ce qui serait une expérience restrospective.

Vous voyez ainsi, en tous cas, la place possible d'une expérience menée sur le grand public, sur la société globale, en sociologie juridique.

B) L'expérimentation législative :

On peut faire des lois à titre expérimental. A certains égards, c'est là une forme assez traditionnelle d'expérimentation. C'est une forme inconsciente ; il y a toujours eu des lois à titre expérimental, néanmoins, l'emploi du procédé rencontre une résistance dans la notion même de loi, du moins dans la notion dogmatique de la loi ; car, la loi, dans sa définition classique, est une règle générale et permanente. La loi suppose l'universalité et la perpétuité, alors que l'expérience suppose, au contraire, une différenciation dans les milieux sur lesquels on opérera (une variété de champs opératoires, pour faire des comparaisons).

D'autre part, l'expérience suppose, dans le temps, des variations. Tout le contraire, donc, de l'universalité, de la perpétuité, qui sont la définition classique de la loi.

Pour en arriver à la législation expérimentale, il faut admettre des lois qui se différencient dans l'espace, qui varient dans le temps, des lois qui puissent se modifier, de manière à faire varier les conditions de l'expérience. Il faut aussi que le législateur ait une intention scientifique, car il est certain que la diversité de la loi, en soi, peut-être le résultat d'un hasard et ne pas provenir d'une intention expérimentale. Ainsi, nous avons en France, pour la publicité foncière, une régime différent en Alsace et en Lorraine : ce n'est pas de la législation expérimentale, c'est le produit d'une circonstance historique. Pour parler de législation expérimentale il faut que le législateur ait la volonté de faire varier la loi dans le temps, ou de la différencier dans l'espace et que cette volonté s'exerce avec une vue scientifique.

Cela étant, on conçoit la législation expérimentale tantôt dans

.../...

dans l'espace tantôt dans le temps, sous la forme d'une différenciation de la règle de droit, dans l'espace, ou d'une variation de droit, dans le temps.

Différenciation de la loi dans l'espace :

Il s'agit d'utiliser, dans la législation, ce qu'en sociologie on appelle "la technique des cas aberrants", ou encore de l'expérimentation indirecte par les cas aberrants. Ceux-ci, en effet, permettent de dégager des causalités. Vous pouvez imaginer cet emploi des cas aberrants en législation.

Si vous avez, à l'intérieur d'un système juridique donné, une localité aberrante du système juridique général, il y aura peut-être là un phénomène révélateur de causalité. En comparant ce qui se produit dans la localité aberrante à ce qui se produit dans le système juridique général, vous arriverez peut-être à dégager une causalité du phénomène juridique.

Les sociologues américains remarquent que la constitution fédérale permet d'une façon tout à fait remarquable cette sorte d'expérimentation. La multiplicité des systèmes juridiques de droit civil aux Etats-Unis, permet d'utiliser à plein cette technique des cas aberrants. Certains Etats adoptent d'autres n'adoptent pas, telle mesure législative nouvelle, d'autre part, ils ne l'adoptent pas tous en même temps. Les sociologues américains ont une technique éprouvée pour comparer une réforme législative à travers la diversité des applications législatives d'Etat à Etat. Il y a une année zéro, à partir de laquelle elle prend son départ, puis elle est adoptée au bout d'un certain nombre d'années. Et vous pourrez faire apparaître des systèmes juridiques différents, remonter aux causalités des phénomènes juridiques.

A la vérité, je ferai la réflexion de tout à l'heure : nous ne sommes pas en présence d'une véritable expérimentation ; c'est plutôt de l'observation comparative priviligiée, car on a en quelque sorte des milieux juridiques assez comparables, homogènes, avec les possibilités d'appliquer la même mesure législative dans les différents milieux juridiques. C'est de l'observation comparative menée dans une hypothèse priviligiée, mais ce n'est pas de la véritable expérimentation, car il y manque l'intention expérimentale.

Il faudrait peut-être remonter à notre ancien droit pour trouver des exemples d'expérience législative conduite dans l'espace. Notre ancien

.../...

droit était moins retenu que le droit moderne par le souci de l'unité législative. Il ne répugnait pas aux privilèges locaux. Certaines réformes législatives furent ainsi, dans l'ancien droit, notamment en matière administrative ou fiscale, soumises à un banc d'essai. On essayait, par exemple, de supprimer un impôt ou le réformer dans une intendance, avant d'en généraliser l'application à tout le royaume ; il y avait une intention expérimentale sans que l'esprit scientifique fût aussi développé qu'aujourd'hui. On était pourtant en présence d'une intention expérimentale.

De même, on créait un port-franc à une ville, et on se réservait de l'étendre si l'expérience réussissait sur le petit secteur où elle avait lieu. Il y avait, là encore, intention expérimentale.

De nos jours, une localité peut répugner à servir de cobaye. Nous pouvons imaginer des variations dans le temps. On lancera l'expérience dans le milieu juridique général, en lui donnant d'avance un caractère temporaire, en se réservant de la rapporter si elle ne réussit pas, si les résultats ne sont pas concluants.

C'est surtout dans le domaine réglementaire que l'on imagine cette sorte d'expérimentation. Vous en avez des exemples assez familiers, mais qui passent inaperçus, car ce sont de petites règles de droit. Par exemple : sens unique, ou stationnement interdit dans telle rue. Les autorités de police prennent un règlement à titre expérimental ; elles ne cachent pas qu'il s'agit d'une expérience à une échelle très modeste.

Vous avez des expériences plus caractéristiques, en tous cas dans un secteur de droit plus relevé : la libération des loyers par catégories. Ne nous dissimulons pas qu'à cette expérimentation législative il y a des objections, non seulement d'ordre déontologique mais d'ordre scientifique ; dans la mesure où, pour que l'on puisse parler d'expérimentation, il faut l'intention de faire cette expérience, et dans la mesure où cette intention ne se dissimule pas au citoyen, les conditions mêmes de l'expérience risquent d'être faussées. La conscience que la règle de droit a un caractère expérimental risque d'affaiblir l'obéissance que les sujets y apporteront ; sachant que cette règle de droit est limitée dans l'espace et dans le temps, les sujets de la règle de droit auront tendance à ne pas la prendre au sérieux, si bien que les conditions mêmes de l'expérience se trouvent faussées. On n'obéira pas à cette loi expérimentale exactement dans les conditions psychologiques que s'agissant d'une loi ordinaire.

.../...

A ces règles philosophiques, on pourrait joindre des règles plus pratiques. Après ces règles philosophiques que j'avais groupées, je vous le rappelle, autour de deux idées : l'exigence d'objectivité et le primat de l'observation, primat d'ailleurs entendu avec beaucoup de réserves, puisque nous avons constaté le rôle d'expérimentation en sociologie juridique, nous arrivons maintenant aux règles pratiques.

Règles pratiques :

Le chercheur, en sociologie juridique, a besoin de règles pratiques Il peut être désemparé au départ. Par quoi faut-il commencer ? Il faut lui donner des directions de recherche.

Les directions de recherche .... On ne saurait partir au hasard, chercher n'importe quoi. Sauf peut-être quand il s'agit de former un chercheur : l'apprentissage demande un certain gaspillage de matière première ; mais il ne faut pas abuser de ce procédé ; il vaut mieux donner au chercheur une direction qui ait une dertaine efficacité et une certaine valeur. Il faut lui indiquer un objet de recherche, lui donner une hypothèse de travail qui guidera cette recherche.

L'objet de recherche, en sociologie juridique, peut-être plus ou moins étendu. Vous pouvez donner à un chercheur, ou à une équipe, comme objet de recherche, une institution juridique (une institution juridique à étudier sous tous ses aspects : par exemple, le mariage, ou le concubinage). Vous la proposez, comme objet de recherche, au chercheur ou à votre équipe de chercheurs. Ou bien, vous pouvez proposer comme objet de recherche une question particulière à l'intérieur d'une institution juridique : par exemple, au lieu de donner à étudier toute l'institution du divorce, vous ne donnerez à étudier à votre équipe que la question suivante : Quel est l'effet de l'institution du divorce sur la natalité ? (question évidemment particulière) Règle pratique et empirique : il vaut mieux restreindre qu'étendre l'objet. Une tentation de la sociologie juridique est de proposer des objets trop ambitieux, trop vastes.

Il y a deux ans (je crois) on a réuni une commission inter-facultés pour dégager des objets de recherche que pourrait proposer la sociologie juridique naissante. Je ne pense pas que la commission ait échappé à la tentation dont je viens de faire état. Elle avait retenu, comme premier objet de

.../...

recherche, l'application des règles de droit. Cet objet de recherche est fort vaste. Il aurait mieux valu essayer de dissocier ce problème, d'analyser davantage. Les règles de droit sont quelque chose d'immense. Il y a les règles coutumières, les règles légales. Va-t-on réunir, dans cette enquête, les deux sortes de règles ? Même si l'on se restreint aux règles légales, à la loi qui prédomine, le phénomène a-t-il la même signification selon qu'il s'agît de droit impératif ou de loi supplétive de volonté ? Peut-être aurait-il fallu, ici encore, se concentrer davantage, se restreindre aux lois impératives. Et au fond, que veut dire application de la règle de droit ? Il eût peut-être mieux valu prendre le phénomène par son côté le plus singulier : la non application, plus facile à saisir, ou l'innaplication des règles de droit impératives. Il aurait peut-être fallu, encore ici, différencier.

Ce n'est qu'un exemple de méthode, il apparaît certainq que l'objet de recherche retenu était beaucoup trop vaste ; il aurait mieux valu le particulariser.

Autre règle pratique, règle rationnelle celle-ci, quand on détermine un objet de recherche : il est bon de définir l'objet. J'entends : définir ce que l'on entend par l'objet, ce que l'on comprend sous la notion retenue comme thème de recherche (même si la définition soit être arbitraire).

La commission dont je viens de parler avait retenu, comme objet de recherche à proposer aux Facultés de droit, le ménage de fait, mais sans définir ce que c'était que le ménage de fait. Ou même de façon plus large encore, l'union libre. Il y a plusieurs définitions possibles de ce concept. Il fallait, au départ, en donner une définition, même si elle devait être arbitraire. Car le coucept d'union libre est susceptible de significations diverses. Toute relation sexuelle d'une certaine stabilité paraît devoir être comprise sous ce concept "union libre". Il faudrait essayer de préciser. Par exemple, dire ce que l'on entend par la situation d'un homme et d'une femme non conjointe par le mariage, faisant ménage commun et vivant comme mari et femme. C'est une définition arbitraire, car elle rejette certaine situation que la jurisprudence de la Cour de cassation retient comme concubinage notoire, sous l'article 340. Vous savez que pour son application la Cour de cassation n'exige pas que les concubins aient vécu maritalement ; il suffit qu'il y ait eut des relations d'une certaine stabilité. Mais il vaut mieux retenir une définition étroite, de préférence à une définition large, et c'est pourquoi

.../...

je pense qu'on aurait pu retenir les situations où l'homme et la femme font ménage commun et non pas toutes les situations où il y a des relations sexuelles hors mariage. En tout cas, que l'on adoptât une conception large ou une conception étroite, il fallait préciser ; et je pense qu'il n'est pas d'une bonne politique scientifique de proposer l'union libre comme thème de recherche sans préciser par une définition scientifique ce que l'on entend par union libre.

Il y a donc un travail préliminaire important à faire, quand on entreprend une recherche. Il n'est pas indispensable qu'elle soit guidée par une hypothèse de travail ; néanmoins, vous savez quelle est l'utilité de l'hypothèse dans les sciences en général. Henri POINCARE a bien mis en relief le rôle créateur de l'hypothèse dans les sciences mathématiques ou physico-chimiques. En sociologie, c'est la même chose et, souvent, la recherche gagnera à être conduite par une hypothèse. Ce qui explique qu'il y ait, au fond deux niveaux de recherche en sociologie juridique, comme en sociologie générale. D'abord, une recherche fondamentale, qui est un peu une recherche dans l'abstrait. Un chercheur, par la réflexion sur quelques observations recueillies préalablement et par l'imagination qui travaille sur ces observations, élabore une hypothèse : c'est ce que l'on appelle la recherche fondamentale. Il tend à élaborer une hypothèse de travail. Puis, le chercheur qui a fait cette recherche fondamentale fait connaître son hypothèse, et, sur cette hypothèse, des chercheurs à un niveau plus modeste, vont faire une recherche sur le terrain, vont s'efforcer de vérifier l'hypothèse, de "tester" cette hypothèse de façon méthodique. La direction de leurs recherches se trouve dès lors commandée par l'hypothèse qu'a dégagée le premier chercheur dans sa recherche fondamentale.

Vous voyez que normalement, en sociologie, il y a deux niveaux susceptibles de recherches : la recherche fondamentale et la recherche opératoire qui; bien souvent, est menée par une équipe à partir de l'hypothèse qui a été dégagée , par l'observation d'un fait aberrant, qui semble contraire au sens commun, à l'opinion générale. C'est là une démarche commune à toutes les sciences et qui trouve son emploi en sociologie générale ou juridique.

Je vous donnerai quelques exemples de ces procédés de travail, avec, au premier stade, l'élaboration d'une hypothèse, et, au second stade, une démarche d'observateurs, de chercheurs chargés de vérifier l'hypothèse.

.../...

C'est ainsi qu'aux Etats-Unis un groupe de chercheurs, par voie d'enquête, a testé une théorie d'après laquelle, dans le choix d'une compagne, l'homme cherche la complémentarité, non pas la similitude. Tel est l'hypothèse de WINCH. Partant de cette hypothèse, des chercheurs se sont efforcés de vérifier si l'hypothèse était bonne, de la tester. Ils l'ont testée, mais - je vous en donne le résultat - ils ne l'ont ni confirmée ni infirmée. Voici une autre hypothèse : c'est que la rupture d'une relation de "court ship" (traduisons par fréquentation) est aussi traumatique qu'un divorce, pour la partie qui s'en soucie le plus. Les Américains sont très anxieux des traumatismes que les phénomènes sociaux et juridiques peuvent provoquer dans l'individu. Mais la rupture d'une relation de fréquentation prématrimoniale peut-être aussi traumatique. Un chercheur, dans une recherche fondamentale, avait émis l'hypothèse que, pour la partie qui se soucie le plus de la fréquentation, la rupture peut-être aussi traumatique qu'un divorce.

Notez que ces recherches intéressent la sociologie juridique. En sociologie juridique, cependant, nous devons remarquer que l'hypothèse sera souvent donnée au chercheur d'une manière particulière. Il y a là quelque chose de spécial : c'est que, bien souvent, l'hypothèse nous sera donnée par un problème législatif. Souvent, c'est un problème d'actualité législative.

Ainsi, nous serons conduits à rechercher si un individu ayant à la fois un cousin germain et un conjoint dans son entourage, mais point d'enfants, préfère laisser sa fortune au cousin ou au conjoint. Nous y seront conduits par un problème législatif. Mais peu-être pourrons-nous vérifier si la loi du 26 mars 1957 répondait bien aux données psychologiques de l'opinion publique. C'est la législation qui nous suggérera l'hyposthèse de travail. C'est là quelque chose de propre à la sociologie juridique.

Dans quel sens allons-nous faire la recherche ? Je vous ai parlé de l'objet de la recherche, de l'hypothèse de travail qui doit la conduire, mais on peut la mener dans différents sens. L'expression est très familière au sociologue. Souvent, il l'entend dans un sens très concret. C'est bien le "terrain" au sens matériel du terme, et beaucoup de sociologue opposent la recherche sur le terrain à la recherche de cabinet. La recherche du documentaliste n'est pas une recherche sur le terrain, qui est celle de l'enquêteur, qui va par exemple, mener une enquête dans un milieu ouvrier, ou la recherche de l'ethnocrate qui va, dans une tribu d'Afrique, étudier tel ou tel phénomène de socio-

.../...

logie. La recherche livresque n'est pas la recherche "sur le terrain" (c'est là un sens un peu particulier du terme terrain).

Si nous faisons une étude de jurisprudence, au fond notre champ de recherches sera la bibliothèque. Je voudrais simplement ici, vous dire qu'il u a de multiples champs de recherche concevables en sociologie juridique et générale. Vous pouvez mener la recherche dans les droits modernes ou dans les droits anciens, et dans les droits modernes vous pouvez mener la recherche dans le droit nationnal ou dans lé droit étranger. Il y a toute la "série sociologique", comme on dit. Vous pouvez ranger tous les systèmes juridiques bout à bout : vous avez là, une série sociologique extrêmement vaste, avec le droit nationnal et les droits étrangers.

A l'oeil du sociologue, tous ces systèmes juridiques sont égaux Ce sont des champs de recherches. Le premier est plus commodes que les autres, mais au fond, pour étudier le phénomène juridique, toute la série de sociologie peut être envisagée.

Vous ne pouvez exclure, jon plus, les droits archaïques. A beaucoup d'agards, l'histoire du droit sert de rallonge au droit moderne, soit nationnal, soit étranger. Le terme"droit archaïque" doit être d'ailleurs entendu dans un sens très vaste. Le passé, au sens sociologique, n'est pas le passé au sens historique ; comme on l'a dit, les droits des sociétés primitives actuellement représentées sur la planète constituent du passé vivant, et l'étude de ces droits primitifs, dans la mesure où elle peut-être menée, complète la série sociologique. Il y a même, dans les sociétés modernes, des parties de droit archaïque qui concourent en quelque sorte enclavées, insérées. Il y a, nous y reviendrons, ce que l'on appelle le "droit folklorique". Il y a des ilots de droit archaïque qui survients sous la forme de ce que l'on appelle le "floklore juridique". Mieux encore : il est possible que dans des groupes d'enfants survivent des phénomènes qui relèvents de certaines institutions juridiques du passé et qui nous représentent l'image de ce qu'à été la jeunesse. C'est au moins une hypothèse de travail, que le développement de l'individu reproduirait le développement du groupe que dans une société d'enfants vous pourriez noter l'apparition de certains phénomène juridiques. De ce point de vue, les groupes d'enfants feraient survivre le passé juridique dans notre société moderne.

.../...

On peut parler d'un droit des catastrophes. Quand l'une d'elles survient, peut-être se produit-il un retour vers le passé. On a étudié, en Amérique, le comportement des naufragés et l'on a pu observer des phénomènes qui se sont produits notamment dans le naufrage de l'Andréa Doria : des phénomènes de dévotion des naufragés, qui sacrifiaient certains objets à des divinités auxquelles ils ne croyaient pas auparavant (phénomènes de dévotion que les spécialistes des sociétés primitives ont pu déceler dans ces sociétés, phénomènes de résurgence sociologique).

Donc l'étude du droit archaïque ne consiste pas seulement à se pencher sur l'histoire du droit ; il s'agit de déceler également des phénomènes de droit archaïque à l'intérieur des sociétés modernes.

Le choix des champs qui s'ouvrent à la sociologie juridique dépendra de l'objet de la recherche, mais règle empirique, il est bon de multiplier les champs, afin de contrôler les résultats obtenus dans l'un et dans l'autre. Il est bon de ne pas se limiter à étudier un phénomène de sociologie à l'intérieur de la société française de 1960.

Voilà un certain nombre de règles pratiques, très sommaires, que je voulais vous donner, avant que nous n'abordions les techniques particulières, auxquelles, en sociologie juridique, nous devons avoir recours. Mais avant d'en venir là et pour achever cette étude, aujourd'hui, je voudrais vous donner, dans un autre ordre d'idées, quelques conseils plus directs, plus immédiats, sur la manière dont vous devez travailler la sociologie juridique.

QUELQUES CONSEILS :

Vous devez partir de cette idée que vous devez travailler la sociologie juridique comme une partie dans un ensemble. Vous préparez, je ne le méconnais pas, un diplôme de doctorat où la sociologie a sa place, mais une place relativement modeste, et il ne faut pas qu'elle vous détourne du reste. Il faut, dans la mesure du possible, en dehors de votre tâche scolaire, que vous travaillez la sociologie juridique en parcourant votre programme de droit privé ou de droit criminel. Quand vous étudiez une partie du droit civil, par exemple, faites, sur chacune des parties, que ce soit : le mariage, le divorce, le contrat, la vente, deux part d'étude : une part pour le droit dogmatique, qui est essentiel, et une part pour la sociologie. Etudiez dogma-

.../...

tiquement d'abord ; si vous êtes amenés à faire une réflexion avec une observation qui vous paraît intéressante pour la sociologie, mettez-la de côté notez-la, mais à part ; en d autres termes, ne mélangez pas. Ne faites pas de droit dogmatique en sociologie juridique/ A l'examen, et plus encore, ne faites pas de sociologie juridique en droit dogmatique.

Exemple : Le retrait successoral. Il y a beaucoup d'arrêts modernes le concernant, une série de questions de droit dogmatique sur le retrait successoral. Il faut savoir cela admirablement pour avoir le bohheur d'arriver à l'interrogation de sociologie juridique. Mais si vous étudiez jurisprudenciellement la question, vous serez amenés à faire cette observation que beaucoup des arrêts rendus par la Cour de cassation sur cette matière sont rendus sur pourvoi (comme des arrêts de la Cour d'Appel d'Alger) Poursuivant vos observations, vous remarquerez que les parties sont musulmanes ; vous constaterez ainsi que notre jurisprudence sur le retrait successoral, - cette jurisprudence dont les résultats sont mis en théorie dogmatique par les civilistes modernes, - a été élaborée pour des musulmans et à partir de conflits musulmans.

LA TECHNIQUE JURIDIQUE (suite)

Sur le terrain de la technique juridique, j'ai formulé précédemment trois propositions :

1) - le passage du fait au droit n'est pas, selon le droit lui-même, "à priori" impossible ;

2) - le passage du fait au droit s'impose rationnellement pour certaines catégories de règles ;

3) - le passage du fait au droit ne peut cependant, normalement, être immédiat.

.../...

Nous en sommes à l'examen de la seconde proposition.

2) LE PASSAGE DU FAIT AU DROIT S'IMPOSE RATIONNELLEMENT POUR CERTAINES CATEGORIES DE REGLES :

Pour certaines catégories de règles de droit, le passage du fait au droit suppose moins de difficultés que pour d'autres.

Il s'agit d'abord des règles supplétives de volonté, puis des règles constitutives de présomption au fond, enfin, des règles d'aménagement technique. C'est à cette troisième catégorie que j'arrive.

C) les règles d'aménagement technique.

Pour les règles d'aménagement technique, la possibilité d'une sociologie normative est plus admissible, plus rationnelle que pour d'autres catégorie de règles de droit.

Il convient, en effet, de distinguer les règles de droit qui sont des principes, et les règles de droit qui aménagent techniquement des principes. (j'emploie des termes volontairement simples et faciles). Il y a des règles qui posent des principes d'institutions juridiques, il en est d'autres qui ne font qu'aménager les les institutions.

Or, si pour la première catégorie de règles, le passage du fait au droit soulèves des difficultés dont nous avons vu la profondeur, ces difficultés sont moindres en ce qui concerne les règles d'aménagement technique.

Dans une institution juridique, il se trouve souvent, autour d'un noyau fondamental, un habillage technique, et, pour cet "entourage", l'utilisation des données sociologiques est parfaitement admise et ne soulève pas les difficultés de principe fondamentales que l'on rencontre pour la première catégorie de règles de droit.

Je prendrai un exemple d'ordre législatif. Supposons que le législateur veuille interdire le divorce aux époux, dans la période qu'il suppose être à de plus grande fragilité du mariage ". Il y a, dans la vie

.../...

d'une union conjugale, une période de plus grande fragilité, où les risques de dissociation sont plus considérables. Vous savez que le gouvernement de Vichy, en 1941, en réformant le divorce, avait modifié l'article 243 du Code Civil , de manière à prohiber le divorce dans les trois premières années qui suivent le mariage. Il partait de la supposition, peut-être confuse, que les débuts de l'union conjugale sont une période où les risques de dissociation sont plus considérables. Avec le temps, il se produit un rodage, une consolidation : les risques de divorce deviennent moindres. D'où l'idée législative d'interdire le divorce dans les premières années du mariage, si l'on veut adopter une politique de restriction.

Il y a, dans un tel projet de réforme législative, deux faces. D'abord, une proposition de principe : faut-il interdire le divorce dans la période matrimoniale où l'union des époux et la plus fragile ? C'est un problème de principe, problème fondamental dont on peut discuter la politique législative. On peut admettre qu'on ne pourra le résoudre avec de pures données sociologiques, et que le passage du fait au droit est, ici, impossible.

Mais supposez que vous ayez résolu le problème de principe, que vous ayez décidé, par des considérations de politique législative générale qu'il convient de prohiber le divorce dans la période matrimoniale où il apparaît que l'union est la plus fragile ; il se pose à ce moment un problème technique : quelle est la période matrimoniale où l'union des époux est la plus fragile ?

C'est un problème d'aménagement technique, auquel la sociologie juridique peut légitimement répondre.

Ici, il n'y a pas d'objection fondamentale à admettre que la sociologie juridique puisse apporter une solution législative. C'est semble-t-il par l'observation des faits que l'on pourra résoudre un problème de fait et savoir qu'elle est la période de l'union matrimoniale où les risques de désunion sont les plus considérables.

Si l'on consulte les statistiques du divorce, on constate que la durée moyenne des unions dissoutes par le divorce est de onze à douze ans.

.../...

Il y a une autre manière d'aborder le problème. C'est de rechercher la période où le divorce est le plus fréquent. Si vous procédez par cette voie, vous constatez que c'est la série des unions de sept ans, environ, qui sont le plus fréquemment exposées au risque de divorce. Vous pouvez déduire de cela que la plus grande fragilité des unions conjugales se situe soit dans la période de sept ans, soit dans celle de onze ou douze ans, à compter de la célébration du mariage.

On peut discuter sur le choix de l'une ou l'autre méthodes, mais cela prouve que le délai de trois années n'est pas très probant.

Il aurait fallu, si l'on avait voulu vraiment établir un moyen efficace de lutte contre le divorce, l'interdire pendant une plus longue durée.

Vous voyez, par cet exemple, la possibilité d'une réponse sociologique à un problème législatif, la possibilité de transformer les données de fait en règles de droit. Il s'agit là de simples règles d'aménagement technique ; ce n'est pas un problème de principe que l'on entend résoudre ainsi.

Autre exemple ... La plupart des législations reconnaissent la situation d'incapacité dans laquelle sont placés les individus en raison de leur jeune âge, mais à quel âge faire cesser la minorité ? Sur le problème de fond, est-il bon que les enfants et les adolescents soient placés dans l'état d'incapacité ? A cette question il est possible que la sociologie ne puisse donner réponse ; c'est un problème pour lequel le passage du fait au droit soulèvera toujours des difficultés. Mais à la question : à quel âge les données de la sociologie peuvent-être valables ? on peut sans doute, par des enquêtes de fait ou d'opinion, arriver à répondre à ce problème d'aménagement technique de la minorité. Dans beaucoup de pays, le point de passage de la minorité à la majorité se situe à 20 ou 21 ans. Des enquêtes menées dans divers pays, attestent qu'il y a une certaine disposition de l'opinion publique à reconnaître une sphère d'autonomie à des individus que le droit en vigueur considère actuellement comme mineurs, en fixant, comme âge-limite, 18 ans. Il y a un fort mouvement pour abaisser l'âge de la majorité de 21 ans à 18 ans. C'est une donnée de fait qui peut aboutir à se transformer en règle de droit. Ici, le passage du fait au droit est beaucoup plus concevable.

Un autre exemple encore .... Suivant notre Code de procédure civile, article 1.037, les significations d'exploits ne peuvent avoir lieu à

.../...

n'importe quelle heure de la journée. L'art. 1.037 dispose qu'aucun acte d'exécution ne pourra être fait du 1er octobre au 31 mars avant six heures du matin, ou après six heures du soir ; du 1er avril au 30 septembre, avant quatre heures du matin ou après neuf heures du soir. Il est visible que ces heures correspondaient à un état des moeurs très répandu en France au moment où le Code de procédure fut voté et répondait à un mode de vie essentiellement rural, où la journée commence avec le lever du soleil et finit à son coucher. Mais il est certain que ces heures ne correspondent plus à nos modes de vie urbains.

Sur le principe qu'il n'y a pas lieu de procéder à des actes de signification trop tôt le matin ou trop tard le soir, la transmutation du fait au droit pourra soulever des difficultés, mais s'il ne s'agit que de fixer les heures précises avant lesquelles ou après lesquelles il ne pourra y avoir lieu de procéder à des exécutions, il est normal de consulter la sociologie juridique ; les données de fait, l'état des moeurs, tel qu'il nous sera décrit par des enquêtes, pourra être valablement se transmuter en droit. Ici, il s'agit de l'aménagement technique d'un principe. Sur le principe, la transmutation du fait en droit eut été discutable ; sur l'aménagement technique, on peut admettre cette transformation.

Voilà une catégorie de règles de droit qu'il faut certainement mettre à part ; on ne peut traiter de la même manière - car il s'agit de prendre parti sur la législation sociologique - les règles fondamentales, d'une part, et, d'autre part, les règles d'aménagement technique.

3° LE P ASSAGE DU FAIT AU DROIT NE PEUT NORMALEMENT ETRE IMMEDIAT :

Le passage du fait au droit suppose le plus souvent des mesures d'applications une mise en oeuvre proprement juridique. Quoi que l'on pense du problème de la législation sociologique, il faut bien se dire que le passage du fait au droit ne pourra être immédiat. L'équation "fait = droit", qui serait le postulat de la législation sociologique, où elle est théoriquement admissible n'est pas, pratiquement, opérante ; car, il n'y a pas règle de droit dans aménagement technique préalable où se réintroduit l'appréciation législative. C'est là, notons-le bien, quelque chose de propre au domaine juridique. Dans le domaine de la morale, on pourrait plus facilement mettre en pratique. Légiférer, pour la conscience morale, se passe

.../...

de technique. La statistique n'est nullement une nécessité de la morale. Au contraire, la législation juridique est une technique qui a ses exigences propres. Les difficultés du passage du fait au droit seront bien souvent des difficultés techniques, de forme, et l'on pourrait même dire de formulation.

En Effet, dans les sociétés modernes, de civilisation écrite tout au moins, la source du droit par excellence et surtout du droit nouveau, c'est la loi écrite. Or, la loi écrite suppose une formulation de la règle. Si la jurisprudence est une source du droit, si elle a besoin d'une formulation, même la coutume des sociétés évoluées au sens de notre ancien droit supposait une formulation.

De sorte que les faits sociologiquement constatés, ne peuvent pratiquement se transformer en règles de droit si ce n'est après avoir été mis en formule écrite. Si bien qu'un intermédiaire (un législateur, un juge) est toujours indispensable, techniquement, pour assurer, quand il s'agit du droit, le passage du fait à la norme, pour élaborer le fait, le repétrir, le filtrer, le raisonner.

La sociologie peut nous fournir des données brutes, mais la règle de droit supposera des données élaborées.

En sociologie, plus qu'en d'autres sciences, il faut se défier du premier mouvement, d'une traduction mécanique, en règle, de la constatation de fait.

Les problèmes de législation juridique sont toujours complexes. Les faits que la sociologie peut nous faire constater sont souvent ambivalents quand on veut les traduire en règles. Si bien que le raisonnement législatif reste toujours nécessaire, et, dans le raisonnement législatif, une appréciation s'introduire toujours. Il n'y aura pas un passage mécanique du fait en droit.

Exemple : l'institution de l'adoption, ou de la législation adoptive. C'est un problème classique de psychologie juridique que de savoir s'il convient de révéler à l'enfant adopté l'origine de sa naissance. Ce

.../...

problème a été étudié avec prédilection par les psycho-sociologues (voir le numéro spécial de la revue "Sauvegarde de l'enfant" - 1951, n° 5, on y trouve un article de M. LAUNAY et de Mme CALLOS, page 379, sur le point précis : convient-il de révéler à l'enfant sa légitimité, son origine ?). La réponse est généralement affirmative, chez les spécialistes de l'enfance. On pourrait discuter si, dans cette position, le goût de notre époque pour la franchise et le rôle libératoire de l'aveu n'ont pas conduit les socialistes contemporains à répondre affirmativement.

Prenons comme acquise cette réponse de la psycho-sociologie : il convient, c'est la donnée de fait, pour éviter à l'enfant certain traumatisme, de lui révéler le secret de son origine. Notre droit semblealler à contre-courant de cette donnée psycho-sociologique. Si l'on voulait transmuter en règle de droit cette donnée de fait, il faudrait, contrairement à notre législation contemporaine, s'efforcer de ne pas cacher, dans l'état-civil, l'origine de l'enfant adopté. Or, je le répète, tout le mouvement de notre législation d'état-civil va dans le sens contraire : l'ordonnance du 23 août 1958, qui a modifié l'article 57 du Code civil, fait une obligation de faire figurer, dans l'acte de naissance des enfants légitimés, les parents adoptifs, de camoufler l'origine de l'enfant adopté.

Cette législation est mauvaise sociologiquement comme contraire aux données de la sociologie. Il convient de la réformer, pour l'accorder au fait. Il convient de décider que l'acte de naissance de l'enfant adoptif désormais dira la vérité. Ce serait en réalité, une transmutation mécanique, pour l'immédiat, d'une donnée de la psychosociologie juridique. Ce serait négliger d'autres données de fait, secondes, en apparence, mais doivent être mises à leur place, qui commandent la mise en oeuvre de la première constatation. Si l'on examine les choses plus posément, on constate en effet, que d'autres considérations interviennent. Sanas doute, il faut révéler à l'enfant adoptif son origine, mais il faut bien que les adoptants restent maîtres de cette révélation, maîtres de la graduer, de la nuancer. Il faut bien, d'autre part, que l'enfant adoptif ne soit pas livré à l'indiscrétion des tiers qui ont accés aux actes de naissance (qui peuvent s'en faire délivrer). Il y a là des données secondes, qu'il convient de faire intervenir pour corriger la première. Tout un raisonnement législatif doit en conséquence s'interposer entre la constatation de fait et la traduction en règle de droit. Il est fort possible que, finalement, la donnée première de socio-

.../...

logie à laquelle on s'était arrêté à savoir : le devoir des parents adoptifs de révéler ses origines à l'enfant, soit condamée à ne pas passer en règl règle de droit, qu'il vaille mieux pour elle rester dans le domaine des pures relations de fait.

Je prendrai un autre exemple, pour illustrer cette nécessité inéluctable du raisonnement législatif entre la constatation de fait et la traduction en règle de droit.

Une question, étudiée par les sociologues, intéressant le droit de la famille, est de savoir quelle est l'influence du rang de l'enfant dans la famille, s'il est aîné, puiné, dernier-né, sur le niveau de son éducation.

Des études fragmentaires faites en divers pays, on peut tirer des constatations intéressantes et assez nettes. Dans les familles prolétariennes, ouvrières, l'aîné est souvent défavorisé, on le met rapidement en apprentissage, la famille étant pressée par le besoin. Au contraire, pour les enfants puînés, la famille a une certaine aisance, une partie des enfants est déjà élevée ; souvent l'éducation des derniers-nés est plus poussée que celle de l'aîné. A l'inverse, dans les familles bourgeoises, on constate qu'au point de vue scolaire notamment, l'ainé et le dernier né, sont le plus souvent favorisé. Pour le premier, les parents sont néophytes, pour le dernier, ils ont plus de temps pour l'aider à faire ses devoirs, par contre, ils s'occupent moins des enfants intermédiaires. Telle est la constatation sociologique. Conclusion législative : il y aurait lieu, quelques-uns l'on dit, d'admettre un droit d'aînesse dans les familles bourgeoises, puisque l'aîné, a priori, est scolairement favorisé, il a une meilleure éducation, donc il sera plus apte à administrer la formule paternelle. Une certaine référence à l'aîné serait en harmonie avec la constatation de fait dégagée par la sociologie juridique. Seulement, à ce raisonnement législatif, on pourrait en opposer un autre ; c'est qu'il y a lieu de donner des compensations aux défavorisés. Si le père de famille avait eu conscience de cette infériorité dans laquelle se sont trouvés les puînés dans les familles

.../...

bourgeoises, il est probable qu'il leur aurait consenti un avantage testamentaire. Il n'a pas eu conscience de cela, donc il n'a pas pensé à la compensation, mais le législateur peut le faire pour lui.

Il ne serait donc pas irrationnel d'admettre un avantage au profit des enfants de la catégorie intermédiaire, au détriment de l'aîné ou du dernier. Raisonnement législatif valable, comme le premier, mais il faut choisir entre les raisonnements législatifs. C'est à quoi je voulais en venir.

La constatation sociologique ne supprime pas la nécessité du raisonnement législatif. Il ne faut pas s'imaginer que la transmutation des faits en règles de droit puisse se faire immédiatement, automatiquement. Il y a là quelques choses de propre à la règle juridique, car la règle juridique a besoin de formulation, de précision. La règle morale pourrait sans doute s'en passer. La règle morale est souvent moins qu'une règle : c'est un élan, une solution donnée à un conflit de devoirs, cela peut se faire intuitivement. On ne peut imaginer, pour la règle de droit, une irruption des faits dans le domaine du devoir.

La constatation que nous venons de faire, sur la nécessité d'un intermédiaire entre les données de la sociologie et la formulation de la règle de droit, nous conduit à une conception à la réflexion moins rigoureuse de l'opposition entre la fonction documentaire et la fonction proprement normative de la sociologie juridique. En réalité, la fonction législative risque de ne pouvoir jamais être une fonction documentaire. La sociologie juridique fournira des données au législateur, mais ne pourra jamais prétendre à une transformation mécanique, en règles de droit.

.../...

II - L'INTERPRETATION SOCIOLOGIQUE

Il y aurait des méthodes d'interprétation historiques ; ne devrait-il y avoir des méthodes d'interprétation sociologique ? On n'a jamais fait semble-t-il, une étude systématique du problème. On trouve simplement, à ce sujet quelques notations ça et là, et, surtout, à l'étranger.

Quand on demande de grouper ces notations relatives à l'interprétation sociologique, on s'aperçoit que ce n'est pas de la même chose dont tous les auteurs ont voulu parler, qu'il y a plusieurs sens possibles de cette notion de l'interprétation sociologique.

Tout le monde est d'accord pour dire que l'interprétation sociologique s'opposerait à l'interprétation par des méthodes traditionnels, dogmatiques, analytiques, formalistes, mais c'est un point négatif étant donné que l'on ne s'entend pas visiblement sur le contenu de l'interprétation sociologique.

On s'aperçoit cependant deux grandes directions où l'on pourrait présenter une conception de l'interprétation sociologique.

Dans une première concention : interprétation sociologique signifie qu'entre deux interprétations déjà élaborées par des procédés traditionnels est à peu près également possibles, - état d'incertitude qui n'est pas rare en droit,- on devrait faire appel à une considération sociologique Entre les interprétations dogmatiques en présence, la sociologie permettrait de trancher par un "a priori" sociologique abstrait. Ce n'est sans doute pas une interprétation mais un choix sociologique d'une interprétation.

Puis il y a une autre conception qui répond mieux à l'idée d'interprétation sociologique. Cela voudrait dire que l'on donnera à une notion connue dans le droit positif, qu'il s'agit d'éclairer, un sens sociologique et non pas dogmatique. L'explication d'un texte requerra des recherches de sociologie concrète. C'est l'élaboration sociologique d'une interprétation.

.../...

A) - Choix sociologique d'une interprétation :

Entre deux interprétations élaborées par les méthodes traditionalistes, qui, peut-être, sont en balance, un "a priori" sociologique devrait intervenir et permettre de trancher. L'idée générale à considérer serait la préséance du fait.

Il y a un mot que les sociologues américains emploient assez volontiers pour exprimer, dans les diversedomaines de la sociologie, la préséance du fait : le "fluctualisme". L'interprétation qu'il conviendrait de faire prévaloir serait l'interprétation en accord avec les faits. L'interprétation sociologique serait une interprétation réaliste. Ce réalisme étant un des traits de la sociologie juridique, par opposition au formalisme du droit dogmatique.

Cette méthode d'interprétation par le fait, est beaucoup plus ancienne qu'on ne le croirait. Elle a été un peu perdue de vue au XXème siècle sous l'influence du Registre de légalisme qui a fait suite au code Napoléon. Nos vieux jurisconsultes pratiquaient l'interprétation de la loi équivoque par l'usage. Quand une interprétation avait toujours été suivie, en fait, il y avait là, aux yeux de nos vieux jurisconsultes, un élément pour maintenir cette interprétation. Il suffisait de constater qu'elle avait toujours l'interprétation en usage. On la préférée parce qu'elle avait le mérite d'exister. L'usage connait une valeur particulière à l'interprétation ; c'était bien la préséance du fait, l'interprétation par les faits, l'interprétation sociologique. Parfois, nos jurisconsultes traduisaient cela en termes suggestifs Ils disaient que certaines parties étaient "en possession"de cette interprétation ; qu'elle avaient pour elles le fait que cette interprétation avait toujours étéisuivie, de sorte qu'on pouvait les considérer comme "en possession" (et vous savez quelle est la valeur de la possession)

Comment nos vieux jurisconsultes justifiaient-ils ce système d'interprétation ? On leur rattachait une maxime (au Livre 1 des Maximes - titre 3 § 7) : "Le meilleur interprète des lois, c'est la coutume". Ainsi, le fait, l'usage, la possession, servaient à l'interprétation de la règle de droit, de l'acte juridique. Sur ce point, nous pouvons constater que, dans certains sec-

.../...

teurs limités du droit, quelque chose subsiste de cette manière de raisonner et d'interpréter.

C'est un problème pratique assez fréquent de savoir comment interpréter le titre constitutif d'une servitude ; c'est un acte juridique primaire.

Il serait rationnel, conforme au maxime générales d'interprétation des contrats, de rechercher quelle est la volonté réelle du constituant de la servitude (c'est la règle de l'art. 1.156 du Code Civil : "la volonté réelle, profonde des contractants, pour l'interprétation de cet acte"), mais tout le monde admet, même aujourd'hui, que dans le doute un élément capital pour l'interprétation de l'acte constitutif, d'une servitude, souvent très reculée dans le passé, est la manière dont cette servitude a été constamment exercée depuis l'acte constitutif, comment le propriétaire du fonds domina les autres succession des générations. C'est l'élément déterminant. On peut dire, sans doute qu'il est vraisemblable que la manière dont les parties se sont comportées correspond à la volonté réelle. Si personne n'est intervenu pour contrarier le premier mode, c'est qu'il était valable.

Mais il y a, derrière ce mode d'interprétation, une autre considération : c'est que le fait a, par lui-même, une valeur qu'il y a lieu de ne pas troubler ; il y a donc préséance du fait. Tel serait une première conception de l'interprétation sociologique.

Quand on essaie de creuser cette conception, on s'aperçoit qu'elle ne va pas sans difficulté,, en la poussant jusqu'à l'extrême de sa logique, on arriverait à des conclusions absurdes soit : qu'il n'y a jamais lieu de faire un procès sans interprétation d'un acte juridique, car "a priori" le défendeur est en possession d'une certaine interprétation, et l'on réplique que cette interprétation n'est pas suffisamment paisible ; ce ne sont pas tous les faits qui peuvent être retenus comme base.

Cependant, si nous raisonnons sur des exemples précis, nous voyons que beaucoup de difficultés subsistent et je prendrai une hypothèse célèbre du droit civil : l'interprétation de l'article 1.130 du Code relatif

.../...

à la prohibition des pactes sur la succession future, à laquelle a donné lieu la clause d'attribution du fonds de commerce.

On s'est demandé, dans l'entre-deux guerres, si cette clause commerciale ne tombait pas sous le coup de la prohibition. L'arrêt CREMIEUX, du 11 janvier 1933, a considéré la clause comme illicite en vertu de l'art. 1.133. Or, les notaires avaient depuis une cinquantaine d'années inséré cette clause dans de nombreux contrats de mariage, avec la conviction que sa validité ne pouvait faire de doute. Cette clause se trouvait en conséquence, dans un très grand nombre de contrats de mariage. Etait-ce un fait suffisant pour critiquer, dans la méthode sociologique, l'interprétation du juge ? On a fait valoir que cette clause se trouvait dans un très grand nombre de contrats de mariage, qu'il y avait là un fait dont les juges ne pouvainet pas ne pas tenir compte. Il faut noter que dans le système d'interprétation qui a cours en Grande-Bretagne, les juges tiennent compte très largement des formulaires des hommes de loi. Quand il y a doute sur l'interprétation ils ont une tendance à faire valoir l'interprétation conforme au formulaire et à l'usage. C'est bien l'idée de tenir compte des données de fait. Mais, sociologiquement, on pouvait discuter sur le fait, et dire que des clauses insérées dans des contrats de mariage sont des faits encore latents ; ce qui serait probant, ce serait de constater que beaucoup de successions ont déjà été liquidées en tenant compte de la clause comme si elle était valable, sans que l'application de cette clause rencontre une contestation, de la part des cohéritiers lésés, mais c'étaient simplement des virtualités de fait que l'on constatait)

L'application de fait se dégageait peu à peu, au fur et à mesure que, le temps passant, on arrivait à des liquidations de communauté.

Donc, vous le voyez, on pouvait discuter sur la notion de fait, et partant, sur la notion d'interprétation sociologique.

C'est un premier sens que l'on pourrait donner à l'interprétation sociologique. Il y en a un autre possible : c'est qu'il conviendrait de sauvegarder au maximum, dans l'interprétation des lois, et des actes, juridiques, les situations de fait.

.../...

La préséance du fait traduirait une préférence donnée aux situations de fait, sur les situations de droit. Parce que les situations de fait sont en quelque manière plus vivantes que les situations de droit. Ce serait conforme à une idée que nous retrouverons quand il s'agira de la théorie sociologique de la règle de droit : l'idée d'effectivité. Ce qui compte dans la règle de droit, disent les sociologues c'est qu'elle soit effective. Une règle de droit qui n'est pas effective, est comme inexistante.

Il nous faut rechercher les situations effectives par opposition aux situations purement formalistes, vidées de tout contenu vivant.

Dans un conflit entre une situation de droit, d'où la vie s'est retirée, et une situation de fait, une situation vivante la préférence de la sociologie juridique va à la situation de fait. Les tribunaux ont souvent été sensibles, sans toujours en avoir conscience, à cette manière sociologique d'interpreter. C'est ainsi que vous pouvez expliquer ces espèces où des tribunaux ont accordé des dommages-intérêts à la concubine, dans des hypothèses i où il y avait une veuve, mais la veuve était séparée de fait. Cette préséance du fait se rencontre aussi quand il s'agit d'attribuer le capital-décès en matière de sécurité sociale.

Rechercher une interprétation qui fasse triompher la situation de fait au détriment d'une situation purement théorique, est-ce possible ? admissible ? Il ne semble par que la Cour de cassation suive cette voie ("Espèces" - Chambre des requêtes - 22 octobre 1945 - Sirey 1947 - lère partie, page 53). Un ménage avait été disloqué par une séparation de fait qui durait depuis quarante ans. Le problème était de savoir si la communauté avait continué dans l'intervalle, et avait continué de grossir au profit du conjoint qui avait déserté le donicile conjugale L'autre conjoint étant décédé, le déserteur se présentait et réclamait le partage de la communauté, y compris les acquêts. En faveur de cette interprétation du conjoint déserteur, on pouvait invoquer l'article 1.441 du Code : "la séparation de fait ne figure pas parmi les causes de dissolution de la communauté", mais la situation de fait était contraire. L'interprétation sociologique aurait conduit à dire : l'état de fait doit l'emporter sur un état purement formel. Cependant, la Cour de cassation a décidé que la communauté avait continué. La Cour de cassation est

.../...

gardienne du droit , et, ici, la méthode sociologique d'interprétation ferait prévaloir le fait sur la réalité.

Si bien que le bilan - si nous jetons un regard en arrière sur cette première direction vers laquelle pourrait s'engager l'interprétation sociologique, est négatif. Il semble que cela ne dépassera jamais les juridictions de fonds, du fait, et même les accidents de jurisprudence, que la Cour de cassation se refusera toujours à entrer dans cette voie qui consisterait, je le rappelle, à demander au fait une solution de principe entre deux interprétations qui seraient dégagées tant bien que mal.

Y a-t-il place pour une seconde conception, qui consisterait à élaborer sociologiquement une interprétation toute nouvelle ?

Ici, je voudrais opérer par des exemples que nous pouvons trouver soit dans les "Clausulae generalis" de notre droit français, soit dans certaines potions plus progressistes.

Dans la technique du droit comparé, notamment par des "Clausulae generalis", il y a des maximes générales et des dispositions plus concrètes.

Le cas typique dont je partirai est la nôtion de bonnes moeurs. Vous trouvez dans le Code civil, à l'art. 6 : "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs". D'ailleurs, on a interprété toujours ce texte non pas littéralement, pour les lois qui intéressent les bonnes moeurs, mais par une correction admise de tous : "Il est interdit de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et aux bonnes moeurs". C'est capital, au point de vue sociologique. La même formule se retrouve à propos de la clause illicite, car elle est contraire aux bonne moeurs, et, d'autre part, à la notion de bonnes moeurs, qui est une notion de droit pénal. Il y a eu "délit d'outrages aux bonnes moeurs", réprimé par le décret-loi du 29 juillet 1939 (Code de la famille).

Cette notion paraît contenir une délégation faite par la loi à

.../..

la sociologie juridique ; il semble qu'un élément sociologique mobile soit introduit dans la règle de droit et que l'interprétation de cette notion sociologique puisse assez naturellement être une interprétation sociologique.

Il est vrai que la formule légale "bonnes moeurs" lance l'esprit dans une direction un peu différente, et c'est là une première difficulté.

N'est-ce pas la réintroduction d'un jugement de valeur porté sur les moeurs, d'un jugement de moraliste ? Ce ne sont pas les moeurs qui sont prises en considération ; ce sont seulement les bonnes moeurs. Par là, un élément d'appréciation n'est-il pas réintroduit ? Le fait ne doit-il pas être filtré par le droit ? Est-ce que l'éphitète bonnes moeurs ne va pas empêcher l'interprétation sociologique ? Il ne faut pas s'arrêter à cette première objection.

Je ne pense pas que ce soit un jugement de valeur qu'il faille sous-entendre. Les bonnes moeurs, historiquement, sont les moeurs des honnêtes gens sans doute, mais dans un sens social plutôt que moral. Il s'agit des bourgeois en quelque sorte, étant entendu que la bourgeoisie va très loin. Les bonnes moeurs, ce sont les moeurs de la majeure partie de la population.

La porte semble donc ouverte à l'interprétation sociologique. Le juge, saisi d'un procés où l'application de la notion légale de bonnes moeurs est en cause, doit s'enquérir, semble-t-il, par un regard sociologique, au besoin par une expertise sociologique de l'état des moeurs ainsi entendu.

Le procédé de l'enquête sociologique semble trouver sa place normale pour l'interprétation de cette formule de la loi. Toutefois, il y a, à l'emploi de cette expertise sociologique, des difficultés techniques certaines, sur lesquelles il convient de prendre parti. Nous verrons qu'il y a deux sortes d'enquêtes concevables : les enquêtes de fait et les enquêtes d'opinion.

Dans la première sorte d'enquête, on recherche comment les choses se passent ; dans la seconde sorte d'enquête, on recherche ce que les gens pensent des faits.

.../...

S'agit-il d'un renvoi des moeurs effectivement pratiquees, ou d'un renvoi à l'opinion ? Ce point est difficile à trancher. S'agit-il des comportements, ou des sentiments ?

La première solution est certainement le plus conforme à la lettre du texte. Les moeurs sont les moeurs effectivement pratiquées ; ce sont les comportements et non les opinions. Mais les enquêtes d'opinion sont plus faciles que les enquêtes de conduite, surtout dans le domaine où la pratique française, très remarquable, différente de la pratiquede beaucoup de pays étrangers, réserve le concept de bonnes moeurs aux moeurs en matière sexuelle. Dans ce domaine il est certain que les enquêtes de conduite sont beaucoup plus malaisées à mener, en raison de l'intimité de la vie privée.

En fait, si nous nous demandons comment les juges français ont usé de cette "clausulae generalis" des bonnes moeurs, nous verrons qu'ils se sont montrés aussi peu sociologiques que possible dans leur interprétation. Non seulement ils conçoivent l'art. 6, notamment, comme un renvoi à l'opinion sur les moeurs et non comme un renvoi aux moeurs elles-mêmes - qui est certainement la solution la moins sociologique des deux - mais ce n'est même pas aux conceptions morales de la masse qu'ils se réfèrent pour déterminer ce qui est bonnes moeurs : il est notoire que c'est à leurs propres conceptions.

En réalité, la notion de bonnes moeurs, dans la jurisprudence française, a été entendu, non pas comme une délégation du législateur aux données sociologiques de fait, mais comme une délégation du législateur à l'appréciation morale du juge. Il est au reste très rare que la jurisprudence française se soit interrogée sur le problème théorique, se soit demandé comment il fallait entendre la notion de bonnes moeurs.

Je citerai, comme rare échantillon de cette interprétation intérieure de la jurisprudence, un jugement du tribunal correctionnel d'Orange, pour l'application de la notion pénale d'outrage aux bonnes moeurs. (Tribunal correctionnel d'Orange - 19 avril 1.950 - à la Gazette du Palais 1950, 2ème semestre, page 35) Ce jugement pose le problème de savoir ce qu'il faut entendre par bonnes moeurs. Le juge doit avoir égard aux conceptions morales

.../...

de la masse, mais il a le droit et le devoir de freiner l'évolution, ajoute le tribunal, il ne doit pas aller aussi vite que la masse de la population.

Vous voyez que dans cette hypothèse, où l'interprétation, l'élaboration sociologique d'une clause générale aurait été assez naturelle, les juges français ne se sont guère montrés sociologiques, favorables à cette manières d'interpréter la loi.

D'autres clauses générales se rencontrent d'ailleurs, plus voilées dans notre droit, où la référence aux données sociologiques existe également. Je citerai la notion de faute dans l'article 1.382. Pour une large part, cette notion se réfère à ce que fait la moyenne des hommes, mais les définitions doctrinales de la faute, quelle qu'elle soit, se réfèrent toujours peu ou prou, à une donnée sociologique ; ici encore, en fait, un glissement s'est opéré vers l'appréciation intuitive par le juge de ce qui doit se faire.

Il est notoire que dans la pratique française le juge ne procède pas par expertise sociologique, par voie d'enquête, pour déterminer ce qui se fait dans la masse de la population ; non, il porte un jugement de valeur, son propre jugement, une appréciation morale - la sienne propre - sur la conduite du prétendu responsable. Ici encore, la délégation à la sociologie a été refusée par le juge français.

C'est un peu à la même constatation que nous allons aboutir en raisonnant non plus sur des causes générales, mais sur des notions plus précises, plus définies.

B) Notions définies :

Je prendrai comme premier thème l'article 340 - 3° du Code civil : "Les cas d'ouverture de recel, de la paternité naturelle parmi lesquels le concubinage notoire.

.../...

On peut concevoir le concubinage comme un état de fait (le fait de vivre maritalement), visant un état social ; c'est une conception sociologique. On peut concevoir le concubinage dans un sens étymologique : le lit commun. Sans doute, on demandera, pour qu'il y ait concubinage, que les relations sexuelles soient permanentes, mais les dehors sociaux seront différents. On peut dire que cette interprétation de la notion légale est plus dogmatique que sociologique.

Le problème est posé à la jurisprudence française. Et, vous le savez, la Cour de cassation s'est prononcée d'une manière constante, depuis un arrêt de la Chambre civile, du 7 février 1922 (Sirey - 222 - lère partie), pour la seconde interprétation : il suffit de relations sexuelles ; le concubinage ne résulte pas nécessairement d'un état social, d'un ménage de fait. L'interprétation dogmatique a prévalu sur l'interprétation sociologique.

Deuxième thème : l'art. 812 du Code rural, qui a codifié le statut du fermage, interdisant le métayage, la stipulation de redevances en sus du fermage, tel qu'il est visé par certains critères.

Que faut-il entendre par "redevances" ? On peut concevoir que, sont redevances, seulement, les prestations qui ont, si nous songeons à l'histoire, une odeur féodale, qui implique dans l'opinion un symbole de soumission, d'infériorité du preneur à bail par rapport au propriétaire : les corvées de lessive que doit la femme du fermier, les charrois même, en souvenir des corvées féodales, que devait le fermier en certain cas. C'est une conception sociologique.

Il y a aussi une conception dogmatique de la redevance, qui est peut-être une conception mathématique. Tout ce qui dépasse le prix du fermage tel qu'il est visé par les critères du statut constitue une redevance interdite.

D'où un critère économique : sont des redevances interdites les prestations qui sont stipulées dans l'intérêt de la personne du bailleur, non pas dans l'intérêt du fonds, soit : transposition du critère légal en matière de servitude. Il faut que la servitude soit conçue dans l'intérêt du fonds et non dans l'intérêt de la personne ; symétriquement, on dira : il faut que la redevance

.../...

pour ne pas tombers sous le coup de la loi, soit conçue dans l'intérêt du fonds et non dans l'intérêt du bailleur. Ce dernier critère est celui de la jurisprudence. (Arrêt de la Section sociale du 3 juillet 1959, à la Gazette du Palais, 1959, 2ème semestre, page 113, à propos d'une situation de charroi).

L'interprétation dogmatique n'est pas l'interprétation sociologique. Le fermier avait senti cette situation de charroi avec le souvenir des corvées féodales ; il avait vu quelque chose qui, sociologiquement, tombait sous le coup de la loi. On pouvait arriver à dire : ce n'est pas une redevance interdite, car ce charroi est conçu dans l'intérêt du fonds. Ici encore, vous le voyez, prédominance de l'interprétation dogmatique sur l'interprétation sociologique : refus de s'engager dans une interprétation sociologique.

Ce n'est pas constant. Je citerai, comme exemple de jurisprudence que l'on peut appliquer - jurisprudence sociologique - la jurisprudence abondante sur l'application de la responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants minoritaires. Vous connaissez l'art. 1.384 du Code civil : "Le père est responsable, à moins qu'il prouve qu'il n'a pu empêcher le fait ayant donné lieu à responsabilité". Comment la Cour de cassation interprète - t - elle cette formule ? En prouvant qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable.

L'interprétation dogmatique aurait consisté à interpréter la formule légale par référence à la force majeure : il n'a pu empêcher le fait dommageable. Y-a-t-il ou n'y a-t-il pas force majeure pour le père ? Vous le savez : ce n'est pas la solution qui prévaut dans la jurisprudence, même de la Cour de cassation. Elle recherche si le fait s'est produit ou non dans la sphère que le milieu social reconnaît à un adolescent de l'âge de l'enfant en tort. Il y a une jurisprudence que vous connaissez pour les accidents causés par les adolescents circulant en byclette ou en scooter ; elle se réfère à l'état des moeurs. La plupart des pères de famille se conduisent-ils en l'occurence comme s'est conduit le père prétendu responsable ? Si le père a laissé faire à l'adolescent ce qu'en général on laisse faire aux enfants dans un milieu social considéré, il n'a pu empêcher le dommage.

Cette formule, prise à la lettre, aurait pu être interprétée

.../...

comme simple référence à la notion dogmatique de force majeure. La Cour de cassation l'a interprétée sociologiquement. Ici, elle ne s'est pas refusée à l'interprétation sociologique. Mais si l'on fait un bilan, on ne peut parler de l'attitude uniforme de la jurisprudence. Il semble qu'en gros l'interprétation dogmatique l'emporte, que l'interprétation sociologique soit, toujours, une exeeption.

Pour conclure sur l'interprétation sociologique, je voudrais faire allusion à une notion que l'on rencontre dans les ouvrages de sociologie juridique étrangère : la notion de jurisprudence sociologique. Car on pourrait de prime abord, se dire que la jurisprudence sociologique est la même chose que ce que nous venons d'appler l'interprétation sociologique. Il faut éviter une confusion. En réalité, la confusion vient de la notion, de l'expression de jurisprudence.

"Jurisprudence sociologique" est la traduction inexacte d'une expression anglo-américaine :"sociological jurisprudence". Mais dans la terminologie anglo-américaine, ce mot n'est pas la jurisprudence ; c'est ce que nous appelons la théorie générale du droit, une sorte de philosophie du droit De sorte que jurisprudence sociologique, dans le langage des sociologues et juristes anglo-américains, cela veut dire, en réalité, théorie générale du droit, ou philosophie sociologique du droit.

Il y a là, vous le voyez, deux notions différentes. Toutefois, il y a une certaine conjonction entre les deux, en ce sens, que certains des protagonistes de la jurisprudence sociologique, au sens anglo-américain de l'expression, *ont* été des juges, plus précisément des juges de la Cour suprême des Etats-Unis, qui ont entendu introduire des considérations sociologiques dans leurs décisions. Si bien que leur théorie sociologique de la jurisprudence n'a pas été sans s'accompagner d'une certaine interprétation sociologique. Il s'agit notamment de deux juges fédéraux célèbres aux Etats-Unis, et même en Europe : HOLMES et CARDOZO, qui ont introduit une certaine influence sociologique, même socialisante, car leur interprétation sociologique était surtout une tendance à l'interprétation des lois, selon les exigences du bien-être social, qui s'harmonisait avec les tendances du Président ROOSEVELT.

.../...

Dans cette notion anglo-américaine de jurisprudence sociologique, on retrouve quelque chose de l'interprétation sociologique, mais entendue dans un sens qui n'est pas le sens purement scientifique dont je faisait état, qui est un sens un peu politique et qui se traduirait par socialisme jurisprudentiel, un socialisme au sens du New-Deal.

Le défaut de systèmatisation, l'obligation de systématiser nous-mêmes, nous allons les retrouver à propos de la troisième et dernière fonction de la sociologie.

III - L'ADMINISTRATION SOCIOLOGIQUE.

Ici encore, notion difficile, fuyant. On peut avoir des conceptions très différentes de l'administration sociologique. Le sens d'où il convient de partir est un sens de droit public, de droit administratif ; il s'agit de l'application de la sociologie à l'administration publique. Mais ce sens premier doit être dépassé. Il y a d'autres conceptions, plus larges, de l'administration sociologique, des extensions possibles de cette notion, extensions qu'il est d'ailleurs malaisé de ramener à l'unité.

Je reproduis une formule que je vous avais donnée en introduisant l'ensemble des fonctions pratiques de la sociologie juridique. Il y a dans le droit, une série d'activités et d'applications, de mises en oeuvre ; ce sont el elles qui peuvent constituer le domaine de l'administration du droit qui peut être conçue comme administration sociologique.

Partons du sens le plus étroit, le plus sûr le plus solide :

A) L'administration sociologique au sens étroit :

Nous prendrons d'abord le sens étroit à son maximum d'étroitesse : l'application de la méthode sociologique au droit administratif, plus précisément à la science administrative.

.../...

L'utilisation de la sociologie est bien connue aux Etats-Unis, où les services des psycho-sociologues sont couramment employés par l'administration, le gouvernement. C'est ainsi qu'une enquête célèbre, aux Etats-Unis, considérée comme un modèle de méthode d'enquête, à laquelle on s'est livré pendant la seconde Guerre mondiale, sur le soldat américain et sap psychologie, a permis au gouvernement de tirer des conclusions pratiques .

Vous savez que ces méthodes ont pénétré en Europe, en Europe, en France : il y a des services psychologiques de l'armée. Est-ce de la sociologie juridique ? Il semble qu'on puisse répondre par l'affirmative. C'est une sociologie en effet appliquée, non plus sans doute à la législation, mais à l'administration. Or, il y a deux degrés du droit, peut-on dire : la législation et l'administration. L'administration participe au droit, au même titre que la législation. Le législateur pose un principe, une règle, puis des actes de l'administration viennent appliquer le principe par une série de mesures de plus en plus individualisées.

Si l'administration est l'intervention de l'Etat dans le domaine où la loi a décidé en prinzipe qu'il devait intervenir, on conçoit que l'intervention de l'Etat soit la matière d'une étude sociologique. Cette étude intéresse le droit ; c'est une étude de sociologie juridique ; elle conduit à une fonction pratique de la sociologie juridique.

Je prends comme exemple l'introduction du nouveau franc. Il y a eu une règle posée par le législateur, l'ordonnance du 27 décembre 1958 disposant qu'une unité monétaire à 100 Francs aurait cours à partir du 1er janvier 1960. Mais le cours de la monnaie est un phénomène largement sociologique Il dépend d'une réception de la monnaie dans le public. Il était donc normal de mettre en oeuvre la sociologié juridique sur ce problème du nouveau franc, et, de fait, nous constatons que le législateur devait se préoccuper de cette affaire.

.../...

C'est ainsi que dès le printemps de 1959 le gouvernement français a recouru aux services de l'Institut français d'opinion publique, pour mener une enquête d'opinion sur l'introduction du nouveau franc, qui révéla les plus grandes incertitudes dans le grand public, qui paraissait défavorable à l'introduction de la nouvelle monnaie. Le gouvernement,(l'administration) tint compte de cette donnée sociologique, et à partir de la moitié de l'année 1959 intervinrent une série de mesures d'application, circulaires, avis, informations, afin d'introduire davantage cette nouvelle monnaie. Un procédé, assez rare dans la pratique de l'administration financière,a même été tenté : l'organisation d'un essai d'introduction de la nouvelle monnaie dans un village d'enfants, à Rueil, quelques jours avant l'introduction solennelle dans le monde adulte. Il s'agissait d'une mesure de publicité. Il y a eu en tous cas : une série de recherches et procédures sociologiques à propos de l'introduction de la nouvelle monnaie.

Nous sommes bien ici dans le domaine de l'administration sociologique au sens prenier du terme. Ce n'est pas, à proprement parler, de la sociologie appliquée au droit administratif ; c'est de la science administrative. On fait aujourd'hui la distinction entre les deux notions. La science administrative est au droit administratif ce qu'est la science politique au droit constitutionnel. C'est une partie du droit administratif, donc c'est à notre insu de la sociologie juridique.

Exemple : il est certain que le concept de sous-administration est un concept de science administrative, de sociologie administrative, car il s'agit de déterminer quelle devrait être la répartition des circonscriptions administratives dans un pays donné. Quand il s'agit de refaire la carte administrative de la France, ce n'est pas à proprement parler un problème de droit : c'est un problème de science, de sociologie administrative au sens prenier du terme, un problème qui n'est pas justiciable de raisonnement juridique mais de recherches socialegiques.

Ainsi, plusieurs procédés s'offrent, en sociologie, pour déter miner les circonscriptions territoriales : rechercher quels sont les pôles

.../...

d'attraction d'après le nombre de billets de chemin de fer délivrés vers certaines villes, en quoi cela peut-il nous intéresser ? Il s'agit bien de sociologieappliquée au droit privé. Cette forme d'administration sociologique, de science administrative, peut-être utilisée en droit privé, et cela s'explique, au moins par deux raisons.

La première, c'est que certaines des institutions de droit privé comportent des mécanismes de droit public. Quand il s'agit, par exemple, d'établir la carte judiciaire de la France, c'est un problème de procédure civile, qui concerne en conséquence le droit civil mais aussi la science administrative, l'administration sociologique au sens premier que j'ai donné à l'expression. C'est une première raison pour utiliser, en droit privé, la science administrative, la sociologie administrative telle que je viens de la décrire.

Mais il en est une seconde : c'est qu'il y a des administrations privées qui, sociologiquement, ne sont pas d'une nature différente des administrations publiques. Juridiquement, vous êtes fondés à dire : une régie financière n'est pas la même chose qu'une banque nationalisée, et une banque nationalisée n'est pas la même chose qu'une banque privée. Dogmatiquement, vous êtes fondés à faire la différence, mais, sociologiquement, tout se passe à l'intérieur.

Si vous cherchez à analyser les relations entre la direction et les employés, tout se passe d'une manière identique. Spciologiquement, à l'intérieur des administrations privées, on retrouve les mêmes problèmes, la même nature de relations qu'à l'intérieur des administrations publiques. En conséquence, les données sociologiques dégagées à propos de l'administration publique sont parfaitement transposables aux administrations privées.

Prenez un thème comme celui-ci : quelles peuvent être les relations entre supérieurs et inférieurs à l'intérieur de l'administration, et, d'une façon plus précise - petit problème de la vie quotidienne de l'administration - le supérieur soit-il couvrir une faute de l'inférieur, ou au contraire la découvrir ? C'est un problème qui se pose dans les administrations

.../...

publiques, problème que vous résoudrez dans ces administrations, dogmatiquement, en faisant appel à la notion de recours hiérarchique ; mais sociologiquement, il est le même dans les administrations publiques et dans les administrations privées. Les données sociologiques valables dans les administrations publiques peuvent être transposées aux administrations privées, ou réciproquement.

Voilà encore, une raison pour laquelle il y a une certaine communion entre la sociologie administrative et le droit public. Mais l'on ne saurait s'en tenir à cette conception étroite de l'administration sociologique. Il y a des extensions possibles de ces extensions je voudrais vous parler maintenant.

B) Extensions de la notion d'administration sociologiques :

Les Américains, pour désigner cet aspect de la sociologie appliquée, parlent parfois de "pratique sociale" qui n'est pas, je le reconnais une expression très claire ; il faut reconnaître qu'il est difficile d'être clair en la matière. Toutefois, il y a dans le droit, et nommément dans le droit privé, toute une série d'activités qui ne sont ni législatives, ni judiciaires, mais qui sont des activités d'application des institutions juridiques, de préparation à l'application des institutions d'organisation, d'urbanisation etc. Cela peut constituer l'administration du droit privé, qui peut-être conçue sociologiquement. L'application de méthodes sociologiques à la mise en oeuvre des institutions du droit privé, voilà ce que j'entends par l'extension de l'administration sociologique.

Je procéderai, pour concrétiser cette formule, par voie d'échantillonnage, en usant d'exemples très hétérogènes, pour vous montrer la diversité des applications possibles et, l'immensité du champ d'action ainsi ouvert à la sociologie juridique, car cette sociologie juridique, concerne des activités sans lesquelles le droit resterait lettre morte.

Je partirai d'une notion que la presse nous a rendu familière : la notion des "publics relations".

.../...

I - "Public Relations" :

... C'est l'expression anglo-américaine, dont la traduction la plus plausible est : relations avec le public. Pratiquement, vous le savez, c'est le service psychologique des grandes entreprises (entreprises privées, mais aussi administrations publiques);

Ces services psychologiques des entreprises ont pris une grande importance aux Etats-Unis. Il s'agit d'aplanir, d'harmoniser, les relations inter-individuelles surtout, par une meilleure connaissance réciproque des individus. Le postulat typiquement américain est un postulat optimiste : les conflits entre les hommes viennent de facteur psychologiques qu'il serait facile de dissiper par une meilleure psychologie. Ils viennent de l'ignorance, de la méfiance, des préjugés, beaucoup plus que de l'infrastructure économique. Un souffle de psychologue, et tous les conflits disparaîtront ! (Il y a, à cette pratique, des déviations assez perceptibles. Cette pratique peut devenir une tactique de dominations, un procédé de "bluff", de propagande) Remarquez aussi qu'il y a longtemps que l'on connaît cela. Ce qui est nouveau c'est d'en avoir fait une science, une branche de la psycho-sociologie.

Ces services de psychologie fonctionnent à l'occasion (et il nous apparaît que le droit privé est directement concerné) des relations contractuelles, des relations juridiques inter-individuelles. Les formes les plus connues des Public relations, concernent en effet, les relations entre employeurs et salariés dans l'entreprise. IL s'agit d'aplanir les relations, de dissiper les conflits qui peuvent surgir entre le personnel et la direction, Mais aussi : les relations inter-individuelles entre l'entreprise et,sés usagers, l'entreprise et la clientèle, et, égalemnt, les relations pouvant intervenir entre la direction de l'entreprise et les actionnaires. Il y a là toute une série de relations inter-individuelles qui, dans la pratique américaine, sont justiciables des services psychologiques.

Je prends un exemple moins connu : les relations entre créanciers et débiteurs, relations inter-individuelles pour lesquelles les services psychologiques d'une entreprise peuvent intervenir.

.../...

On a créé dans ce domaine nouveaux des procédés destinés à aplanir les voies. Par exemple pour le paiement : il semble qu'il n'y ait plus grande faculté d'invention juridique en matière de paiement ; cependant, les services psychologiques des entreprises se sont mis au travail sur ce mécanisme, et sont arrivés à des résultats.

Dans les grandes entreprises qui ont àffaire à une multiplicité de débiteurs sur lesquels il faut opérer des multiplicités de recouvrements (songez à Electricité de France, ou Gaz de France), la technique des paiements a été étudiée par des services psychologiques qui se sont efforcés de rendre le problème aussi facile que possible.

Des éléments sociaux interviennent, par exemple, dans le choix du moment du paiement. Tous les moments de la journée ou du mois ne sont pas également bon pour présenter la quittance. Et les services psychologiques des entreprises ont mis au point cette invention assez remarquable, qui est le paiement par compte en banque, le débiteur paie presque sans s'en rendre compte ; c'est ainsi que le procédé, commode objectivement, psychologiquement utile pour le créancier, a été mis au point et s'est développé.

Voilà un mécanisme juridique qui paraît relever du droit dogmatique et qui a pu donner lieu à des études socio-psychologiques. C'est de la sociologie juridique, mais envisagée sous la forme que j'appelle : "l'administration sociologique". C'est la mise en oeuvre d'une institution, d'un mécanisme juridique.

.../...

J'achève, Mesdemoiselles, Messieurs, les développements relatifs à ce que j'ai appelé l'administration sociologique. Je me suis demandé si la notion si en vogue aujourd'hui de la psycho sociologie des public relations pouvait trouver quelque application aux relations juridiques inter individuelles.

Je voudrais maintenant en arriver - toujours en pensant à cette notion des public relations - à ce que pourrait être le service psychologique en quelque sorte, le service psychologique du droit objectif.

Il est notoire, en effet, que la loi elle-même, la loi moderne, aurait bien besoin, aujourd'hui, d'organiser ses public relations.C'est un fait que la technique de publication de la loi est extrêmement défectueuse chez nous et que l'organisation à base de sociologie pourrait trouver largement à s'appliquer. Notez que cela a été périodiquement la préoccupation du législateur et déjà, par exemple, vous le savez, la Révolution s'était efforcée d'organiser, sans connaître encore les bases scociologiques de cette science, une propagande émotive de la législation nouvelle

C'est là un problème qui pourrait être repris aujourd'hui sur une base largement sociologique.

Dans un ordre d'idée assez voisin, je voudrais attirer votre attention sur ce que pourrait être le service psychologique des publi. relations de notre formalisme juridique.

Vous savez qu'il est classique en quelque sorte, de signaler la renaissance du formalisme, à notre époque; mais ce qu'il faut souligner ici c'est que le formalisme renaissant porte dans la pratique moderne avec lui-même son antidote, savoir l'organisation d'intermédiaires destinés à le rendre plus accessible, destinés à aplanir les relations entre les formes juridiques et le public.

Il y a là un aspect assez peu observé mais réel du service psychologique des public relations du droit. Notez qu'ici encore, il y a des aspects traditionnels de ces intermédiaires destinés à aplanir les voies du formalisme. Vous parlerai-je de l'institution très traditionnelle chez nous des courtiers interprètes conducteurs de navires ? Cette institution répond à une donnée psychologique. On s'est aperçu depuis longtemps que l'accomplissement des formalités administratives qui sont imposées par un état, au capitaine du navire qui entre dans le port sont particulièrement difficiles pour des capitaines de navires étrangers. C'est pourquoi, de longue date, s'est instituée une corporation d'intermédiaires destinés en quelque manière, à faciliter les voies, psychologiquement, aux capitaines étrangers. Ce sont les interprètes et les courtiers interprètes conducteurs de navires qui forment une sorte de service psychologique du formalisme administratif.

Au fur et à mesure que la vie juridique pratique s'est compliquée à l'époque moderne, des professionnels se sont créés pour accomplir les formalités requises par la loi à la place des profanes qui se sentaient de plus en plus perdus dans cet accroissement, cette multiplication des formalités.

De ce point de vue là, il faut signaler le rôle que jouent aujourd'hui les assistantes sociales par exemple, et dans un autre ordre d'idées mais tout aussi efficacement les secrétaires de syndicats. C'est toujours la même idée d'avoir des intermédiaires entre le formalisme juridique, d'une part, et d'autre, la masse du public non technicien.

Vous signalerai-je encore, le rôle que jouent les cliniques d'accouchements d'une part, les concessionnaires des pompes funèbres d'autre part, pour accomplir toutes les formalités d'état civil. Ces formalités sont compliquées, de nature à rebuter le profane. Mais dans la pratique moderne, il faut ajouter que ces formalités sont accomplies par des spécialistes et de la sorte le formalisme a organisé son propre remède, il a organisé ses public relations.

Il est certain que l'accroissement du rôle du notariat répond à la même préoccupation. Cet accroissement est notable dans le système des publicités foncières réorganisé en 1955. Pratiquement, on a pu le remarquer, la rédaction d'une vente immobilière est devenue un monopole. Je dis " pratiquement un monopole ". Les déclarations et les formalités étaient devenues quelque chose de trop compliqué pour la masse du public, si bien que l'acte sous seing privé devenait quelque chose de plus en plus difficile pour les profanes, et l'accroissement du rôle accordé au notariat permet tout naturellement de remédier à la situation. L'Etat lui-même, d'ailleurs, qui crée le formalisme préfère avoir, pour son accomplissement, affaire à des professionnels plutôt qu'à des profanes.

Cela lui garantit que les formalités seront mieux faites. Seulement, il est juste d'ajouter que par là, le processus de technicisation du droit, processus sur lequel nous aurons bien des occasions de revenir, processus caractéristique de l'époque moderne, ne fait que s'accentuer. Le droit, par l'intervention de ces intermédiaires, est devenu quelque chose de plus en plus étranger à la masse. Le formalisme y contribue et le remède au formalisme que constitue l'interposition de ces intermédiaires, que constitue l'organisation de ce que j'ai appelé les public relations du droit, tout en ayant un but différent et même contraire, savoir aplanir les voies, contribue à éloigner le droit du justiciable, le droit de masse du public, contribue également, au point de vue économique, à faire naître une classe tertiaire comme diraient les économistes, d'intermédiaires nouveaux, une nouvelle catégorie d'intermédiaires qui vivent du droit.

Je voudrais signaler maintenant une seconde manifestation possible de ce que j'ai appelé l'administration sociologique : enquêtes et consultations socio-psychologiques. Il y a une tendance dans le droit moderne à mettre partout de la psychosociologie plus encore que de la sociologie proprement dite. Ce n'est pas étonnant si l'on songe du reste que le droit se révèle le plus ordinairement sous une forme contentieuse, c'est-à-dire sous la forme du conflit, sous la forme d'une manifestation d'un phénomène d'insociabilité, dont le but appartient, par définition, à la psychologie sociale.

De la sorte, des techniques d'enquêtes et de consultations psycho-sociologiques se sont introduites dans la législation.

Ce n'est pas du reste en France que ce mouvement d'introduction a été le plus poussé. Des techniques d'enquêtes avec un caractère obligatoire pour les sujets enquêtés; des techniques de consultation qui ont un caractère au contraire facultatif.

Les techniques d'enquêtes on les trouve notamment dans le droit civil ou pénal de l'enfance. Les techniques de consultations, on les trouvera par exemple, ou on peut songer à les introduire, dans le droit du mariage. Je prélèverai quelques échantillons législatifs dans ces deux secteurs du droit, et d'abord, dans le droit pénal de l'enfance.

Nous avons d'ores et déjà, dans le droit positif français des réalisations de l'idée que nous avons des techniques d'enquêtes. Je vous signale à cet égard, l'enquête sociale en procédure de divorce. Cette enquête sociale a été introduite par une modification du texte de l'article 238 du Code civil et introduite par l'ordonnance du 12 avril 1945. Cette enquête qui a lieu dans la procédure de divorce, porte sur la situation - ce sont les termes de la loi - matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants. Elles conditionnent les mesures à prendre éventuellement quant à la garde, non seulement la garde provisoire au cours de la procédure, mais la garde définitive des enfants des parents divorcés.

Ici, par conséquent, apparaît très nettement dans le texte, la fonction pratique de l'enquête. L'enquête détermine la décision sur la garde.

Nous trouvons encore une technique d'enquête dans l'article 376 du Code civil tel qu'il vient d'être rédigé par l'ordonnance du 23 décembre 1958. Il s'agit là d'une série de dispositions qui vont remplacer notre vieille institution de correction paternelle. Il s'agit aujourd'hui, de mesures d'assistance éducative que peut prendre le juge. Mais comment peut-il les prendre ? Il s'éclairera par une enquête. La formule de la loi est ici beaucoup plus détaillée que dans le cas de la garde des enfants de parents divorcés. Il peut s'agir, nous dit l'article, 376, d'une enquête sociale ou bien d'examens médico-psychiâtriques et psychologiques, d'une observation du comportement, et même, s'il y a lieu, d'un examen d'observations professionnelles.

Il y a donc là, vous le voyez, encore une fonction pratique qui est ouverte à la psycho sociologie juridique. L'enquête psycho sociologique commande la décision juridique, elle vient coopérer à cette décision.

Les objection que l'on peut faire parfois à cette enquête au non de la liberté individuelle, sont moins fortes quand il s'agit d'enquêtes sur des mineurs dont la liberté individuelle paraît, à tort ou a raison, peut être à tort, plus qu'à raison, moins respectable que celle des adultes, que lorsqu'il s'agit du droit du mariage par exemple, ce qui

vous explique qu'en France, en ce qui concerne le droit du mariage, les techniques d'enquêtes ou plus précisément ici, de consultations facultatives sans doute, n'ont pas reçu de consécration législative. Néanmoins, il y a là un problème législatif qur lequel il convient de s'arrêter quelques instants.

Dans la pratique étrangère, en effet, il existe des techniques de consultation soit prénuptiale, soit postnuptiale, de consultation psychologique. Il faut partir de l'idée que les tensions se manifestant à l'intérieur des ménages, et qui, sur le plan juridique, peuvent aboutir à un divorce, une séparation de corps, voire une séparation de fait, sont des phénomènes psychologiques dont l'étude relève de la psycho-sociologie juridique.

On peut penser que des consultations données aux candidats au mariage, avant celui-ci seraient de nature à modifier uen union, et par conséquent à prévenir ces tensions. On peut penser que, le mariage célébré, des consultations données aux époux, leur permettraient parfois de prendre conscience de l'origine des tensions qui les divisent, permettraient peut-être de remédier à des tensions , de prévenir un divorce, une séparation de corps, une séparation de fait.

A l'étranger notamment, dans les pays germaniques, et dans les pays anglo-saxons, spécialement aux Etats-Unis, il existe des bureaux de consultations conjugales aussi bien préconjugales que post conjugales, où l'on reçoit ainsi les intéressés, et où on leur donne, après des examens dans la technique desquels je n'entrerai pas ici - des avis propres, c'est

du moins le postulat, à empêcher les tendances que le droit peut redouter.

Jusqu'ici, à l'étranger, autant que l'on peut savoir, il semble que le système soit resté purement privé. Il s'agit de bureaux privés, je dirai presque, je dirai même de bureaux commerciaux, établis sur des bases commerciales. Il ne semble pas que nulle part cette sorte d'organisation ait été prise à charge par le droit; mais le problème peut se poser. Il a été débattu au colloque de l'Association des Sciences Juridiques dans sa session de chicago en 1957. Le but de ce colloque était d'étudier les moyens de promouvoir la stabilité des mariages. Parmi ces moyens , on a examiné - le climat américain est par conséquent bien placé pour connaitre cette pratique - le système des consultations prématrimoniales et postmatrimoniales. Les conclusions du colloque ont cependant été assez mesurées. Il a préconisé l'ouverture d'office de consultations prénuptiales mais en spécifiant que cette technique ne pourrait porter ses fruits que si elle restait facultative. Il refusait par conséquent la tentation de faire de ce qu'on pourrait appeler le certificat psychologique prénuptial, un parallèle du certificat médical prénuptial, une condition sine qua non de la célébration du mariage. Pas d'examen psychologique obligatoire des candidats au mariage.

En ce qui concerne d'autre part, les consultations postnuptiales du mariage, elles seraient destinées à prévenir des troubles dans l'harmonie conjugale ou même à guérir ces troubles.

Le colloque a été unanime à considérer que les données expérimentales des statistiques étaient insuffisantes pour permettre sur l'efficacité des procédés, une servitude scientifique. Son délégué demandait notamment d'envisager la question en s'appuyant sur des articles de doctrine étrangère américaine. On s'était posé la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de faire de ces consultations post-nuptiales préliminaires, obligatoires de toute action en divorce. On aurait, en quelque manière, greffé la consultation psycho sociologique sur la procédure de conciliation, je prends le cas français, qui doit ouvrir l'action en divorce. A ce stade de la procédure, on aurait obligatoirement introduit une consultation pro-nuptiale. Le colloque, dans l'incertitude scientifique qui lui a paru régner, n'a pas voulu entrer dans cette voie. Il a réservé le problème et a préconisé l'ouverture d'une enquête vaste et minutieuse pour essayer d'arriver à plus de certitude . Quant à l'efficacité du procédé, il est bien certain en effet, que l'expérience cruciale nous manque de savoir si ces consultations psychologiques post-nuptiales ont jamais pu résoudre des tensions entre époux. L'expérience cruciale et scientifique du terme est bien difficile à organiser. Remarquez qu'autrefois, d'ailleurs, ces consultations entre époux, anté ou post nuptiales, avaient lieu d'une façon empirique. C'étaient les parents, les amis qui s'enquéraient des humeurs des candidats au mariage et des humeurs des époux, qui s'efforçaient d'harmoniser et d'aplanir, tout cela se faisant empiriquement et sans bureaux scientifiques, organisés.

C'est le relâchement des liens affectifs qui a conduit, dans des pays comme les pays germaniques, dans des pays comme l'Amérique, à l'institution de ces bureaux commercialisés. Il faut bien dire, mais c'est peut-être hélas une réaction un peu nationale, que le fonctionnement de ces systèmes de bureaux de consultations matrimoniales suppose chez les intéressés assez peu de quant à soi, et en même temps, une grande foi dans la science.

Il faut que ces deux conditions soient réunies pour que l'on puisse prédire au système un minimum d'efficacité.

Je voudrais enfin, troisième échantillon de cette administration sociologique, vous parler maintenant de ce que l'on a appelé :

III - La planification des collectivités.

Où pourrait être utilisée la psycho sociologie ? Ici il faut nous reporter à la sociométrie de Moréno dont j'ai déjà eu l'occasion de vous parler, à cette loi de gravitation sociale dont j'ai eu l'occasion de vous lire l'énoncé. Ol s'agit, dans le voeu de ceux qui ont préconisé la planification des collectivités, de constituer des collectivités dont le droit a à s'oocuper, d'une manière plus harmonique qu'on n'y arrive par des procédés empiriques en tenant compte des attractions et des répulsions que peuvent éprouver les uns envers les autres les individus; les sociolomètres se disent en mesure de réaliser - j'emploie leur expression - un peu pompeuse - la planification architecturale des groupes.

Ils ont obtenu une certaine audience en un plan qui ne nous interesse pas directement parce qu'il est de droit public, du gouvernement américain. C'est ainsi que pendant la seconde guerre mondiale il y a eu des enquêtes sociométriques menées, comme toujours dans les enquêtes, avec un grand luxe de moyens, en vue de la planification des groupes militaires, plus concrètement la planification des escadrilles d'aviateurs. On s'est préoccupé,par une étude minutieuse et scientifique des attractions et des répulsions éprouvées par les futurs membres de l'escadrille, de constituer un groupe plus cohérent plus homogène psychologiquement que l'on y serait arrivé par les procédés de hasard dont l'administration militaire se servait jusqu'alors.

Mais ces procédés des planifications des groupes sont responsables dans certaines hypothèses du droit civil. Il serait très utile par exemple, qu'au moment de constituer une société ou une association - jusqu'ici nous le faisons au gré de nos attractions, empiriquement éprouvées, individuellement éprouvées, des sociomètres puissent nous dire objectivement, scientifiquement, si nous avons raison de nous associer, de nous mettre en société, en association, avec tel ou tel autre individu. On pourrait imaginer encore dans nos procédés de remembrement, portant sur les postulats d'économie rurale, une redistribution humaine, une redistribution fondée sur les données psychologiques. On pourrait redistribuer aussi les communautés de voisinage, on pourrait redistribuer les locataires des H.L.M. en tenant compte des attractions et des répulsions psychologiques.

qu'il peuvent éprouver les uns pour les autres, toutes choses qui, autrefois, se faisaient empiriquement, que les propriétaires, d'immeubles collectifs avaient opérées empiriquement, mais qui, aujourd'hui, par suite d'une spécialisation de la division du travail très poussée nécessitent en fait l'intervention de spécialistes.

Je voudrais maintenant montrer au passage que ces techniques sociométriques de planification des collectivités reposent sur des postulats psychologiques au fond assez rudimentaires, savoir que l'attraction et la répulsion, que l'amitié et l'innimitié, sont des sentiments simples et fixes alors qu'une analyse psychologique de moralistes et non pas de sociomètres, tendrait à montrer que ces sentiments sont en réalité fort complexes, variables, cycliques, si bien que l'on ne peut rien fonder de très sûr - et le juridique a besoin d'être sûr et stable - sur ces données - là.

C'est un fait qu'il y a des ennemis dont on a besoin. Il y a certainement à la campagne des paysans qui vivent sur le pied de guerre avec leurs voisins, mais qui seraient marris qu'on les transporte à l'autre bout de ce village, loin de ces voisins. Ils ont besoin de ces voisins ennemis et au fond, il y a une sorte d'harmonie sous les apparences d'inimitié - qui s'établit. Celle-ci relève d'une psychologie qui irait très en profondeur et qui, par conséquent, déjoue un peu les études scientifiques.

Je voulais simplement ici faire une réserve au passage, comme sur d'autres points, de la psycho-sociologie américaine, et on a souvent l'impression que cette psychologie reste assez naïve, superficielle.

Cette introduction était, je vous le rappelle, consacrée à la fonction à la fois scientifique et pratique de la sociologie juridique. Nous en avons terminé. Nous allons maintenant aborder ce qui va être la première partie du cours que j'ai intitulée, je vous le rappelle : la théorie sociologique du droit.

La seconde partie, comme je vou l'ai annoncé, sera consacrée cette année-ci à la vente, à une étude sociologique du contrat de vente.

-:-:-:-:-:-:-:-

Ière P A R T I E

LA THEORIE SOCIOLOGIQUE DU DROIT

Dans cette théorie sociologique du droit, tout de suite, je vais procéder à une subdivision, une coupure un peu brutale, paradoxale même de prime abord, qu'il faut expliquer. Je vais opposer le droit et ce que j'appelle, faute de mieux - mais le terme dit bien ce qu'il veut dire - le non droit.

Il y a des phénomènes juridiques de droit, et il y a des phénomènes juridiques de non droit.

La conception courante chez les juristes, et nécessaire d'ailleurs dès lors que nous faisons du droit dogmatique, encore qu'elle ne soit pas toujours consciente, c'est c'est ce qu'on pourrait appeler le postulat pan juridique : tout est droit, tout est apte à devenir du droit.

Le postulat sur lequel repose le droit positif et l'étude dogmatique du droit positif, est celui d'un continu juridique dans le temps et dans l'espace, la supposition que toute chose, tout geste de l'homme, porte avec lui du droit. Donc, ce qui n'est pas droit, ce qui échappe au droit, ce qui reste en dehors du droit, bref, le non droit, est anormal, si tant est même que ce soit concevable. Tel est le postulat juridique qui est plausible et nécessaire, je le répète, dans une conception dogmatique du droit, s'il s'agit d'étudier le droit positif.

La sociologie juridique peut et doit se permettre plus de liberté à l'égard du droit. Elle peut avoir une hypothèse au sens scientifique du terme, savoir que le droit peut être moins important qu'on ne l'affirme, que l'homme peut vivre sans droit, qu'il y a des creux, des vides de droit, qu'il y a des zones de non droit, qu'il y a des situations de fait. Pour tout dire, donnons tout de suite un exemple concret. Il y a des faits, des situations de fait, cela est bien connu, et même devant les études de droit dogmatique, on est obligé de leur faire une place. Mais il y a bien autre chose.

Bref, on peut, en sociologie juridique, opposer une hypothèse de l'existence de zones de non droit, au postulat pan juridique qui est la base des études de droit positif, de droit dogmatique.

Ces phénomènes de non droit n'en sont pas moins des phénomènes juridiques, par contraste des phénomènes juridiques négatifs et par réaction des phénomènes juridiques négatifs qui sont d'une extrême importance pour une exacte appréciation de ce qu'est le droit, de ce que sont les phénomènes juridiques positifs.

De là la subdivision que nous allons opérer dans cette première partie, les deux titres que nous y distinguerons ;

- d'une part, le droit.
- d'autre part, le non droit.

Je m'empresse de vous dire que tout de même les développements sur le non droit seront beaucoup plus brefs que ceux consacrés au droit.

-:-:-:-:-:-:-:-

TITRE PREMIER - Le droit.

C'est dans ce titre que nous allons plus proprement faire la théorie sociologique du droit. C'est la partie générale du cours, l'expression se justifiant en ce sens que nous étudierons là non pas des institutions concrètes du droit civil ou pénal, mais des institutions, des mécanismes généraux qui forment comme le cadre où se meuvent les institutions concrètes du droit civil ou pénal.

Cette partie est même si générale qu'elle repose largement à la fois sur le droit privé et sur le droit public. On peut même dire qu'elle relève plus du droit public que du droit privé, parce que nous allons y rencontrer des notions comme la notion de loi, comme la notion de jugement, de juridiction, qui sont intrinsèquement des notions de droit public.

Seulement, ces institutions, ces mécanismes, on a l'habitude, vous le savez, de les enseigner, de les étudier en tête du cours de droit civil, comme un préliminaire indispensable, comme une introduction nécessaire au cours de droit civil ou droit pénal. Dans les codes civils du type germanique, ces institutions figureront dans ce que l'on appelle la partie générale du code.

Voilà ce que nous allons étudier ici sous le vocable de la théorie sociologique du droit. Seulement, au départ, nous avons un choix méthodologique à faire. Il y a plus précisément deux modes, deux constructions possibles du sujet. Nous pouvons commencer par prendre la théorie générale du droit telle qu'elle est exposée

Dogmatiquement dans les introductions, dans les études du droit civil. Nous suivrions pas à pas les différentes notions que l'on étudie dans les introductions au cours de droit civil, bien entendu en nous efforçant de considérer ces notions sous un angle de vision sociologique. Ainsi, nous ferions la théorie sociologique de la loi, du règlement administratif, de la non rétro activité des lois juridiques, du droit subjectif, juridique, l'acte juridique en un mot. Telle serait la démarche, tel serait le mode de présentation. On irait du droit dogmatique à la sociologie juridique.

Mais on peut aussi adopter la démarche inverse, aller de la sociologie au droit, étudier les phénomènes de sociologie juridique en tant que phénomènes sociologiques, les phénomènes sociologiques juridiques qui présentent un certain degré de généralité, quitte à rechercher pour chacun d'eux comment ils peuvent recouper telle ou telle notion générale du droit dogmatique, quitte à rechercher pour chacun d'eux comment le droit est habillé en institutions ou en mécanisme juridique.

Sans cette deuxième démarche, les points d'application de notre recherche ne seront plus des catégories du droit dogmatique, mais des catégories plus proprement sociologiques ou psychologiques.

Il est évident que la seconde démarche répond mieux à l'esprit d'une étude sociologique juridique. La différence n'est d'ailleurs, il ne faut pas se l'exagérer, qu'une différence de présentation. Nous aurons au départ, des intitulés sociologiques au lieu d'avoir des catégories, des intitulés droit dogmatique; mais nous retrouverons les notions du droit dogmatique.

Donc, c'est pour la seconde méthode, le second mode de présentation, que j'opterai au départ.

Une autre question se pose : quels sont les phénomènes

de sociologie juridique, disons assez généraux, pour devoir être retenus dans cette théorie générale, sociologique du droit ?

On peut, à la vérité, allonger plus ou moins la liste, de même, du reste, les introductions au cours de droit civil sont, suivant les loisirs, plus ou moins étoffées.

Nous pourrions donc, étendre plus ou moins cette première partie. Il y a tout de même un minimum le plus indispensable, c'est sans doute l'étude de ce que j'appelle les phénomènes juridiques primaires, les pièces constitutives de l'ordre juridique. Il s'agit de la règle de droit, mais aussi du jugement.

Voilà ce que j'entends essentiellement par phénomènes juridiques primaires. C'est bien le minimum que, dans cette théorie sociologique du droit, nous attachions à l'étude la règle de droit, à l'étude sociologique de la règle de droit et du jugement. Ce sont des phénomènes juridiques primaires, objectifs. On conçoit des phénomènes juridiques élémentaires, mais corrélatifs à ce que l'on appelle en droit dogmatique, les droits subjectifs des phénomènes juridiques qui se situent dans les réactions individuelles à la règle de droit, ou au jugement, les attitudes, les comportements généraux de l'homme devant le droit. C'est ce que j'appellerai catégories sociologiques des comportements juridiques de l'homme.

Mais nous sommes partis d'une supposition provosoire qui est celle du droit dogmatique, savoir qu'il n'existe qu'un droit, un milieu juridique unique, à un moment donné de la durée, en un point de l'espace. Il n'y a qu'un milieu juridique, il n'y a qu'un système de droit, les systèmes juridiques sont localisés sur un territoire défini temporairement entre l'entrée en vigueur et l'abrogation de la règle de droit.

Or, l'expérience ne laisse-t-elle pas deviner comme possibles certaines pluralités de commandement ? une certaine pluralité par conséquent, de milieux juridiques, une diversité de couches du droit. Les différentes couches du droit, cela pourrait être un troisième objet d'étude dans cette théorie sociologique du droit. J'ajoute que l'étude de ce pluralisme juridique serait une bonne transition vers l'étude brève de ce que j'ai appelé le non droit.

Voilà donc, au moins à titre provisoire, me réservant de couper ou d'allonger suivant le temps qui paraît être disponible, trois objets d'études possibles, savoir :

- les phénomènes juridiques primaires - règle de droit et jugement
- les comportements juridiques de l'homme
- les différentes couches de droit

Trois chapîtres à l'intérieur de ce titre consacré au droit.

CHAPITRE 1 - Les phénomènes juridiques primaires -

L'idée la plus élémentaire qu'on en puisse donner est l'idée de phénomènes dotés d'une grande universalité d'application, acceptés dans toutes les sociétés, et qui représentent le minimum pour qu'un groupe d'hommes constituent, je ne dis pas une société, mais une société juridique, un état de droit, dirais-je presque si le mot "état" n'était pas ici assez erroné.

Dans une analyse théorique, cette idée que je viens d'exposer est loin d'être facile à définir. Je l'ai décrite, mais je ne l'ai pas réellement définie.

Il ne s'agit pas, en effet, simplement des phénomènes je le répète, qui font une société, qui lient les hommes entre eux, qui les ordonnent, qui leur impriment une sorte de rythme, d'harmonie, qui en font plus qu'un troupeau. Une société, cela n'est pas, en sociologie, exactement la même chose qu'en droit. Le droit, c'est théoriquement, quelque chose de plus que la société. Seulement, rien n'est plus malaisé à saisir que les caractères spécifiques du juridique par rapport au social. Il y a des phénomènes de sociologie générale et des phénomènes de sociologie proprement juridique.

Dans les phénomènes de sociologie générale, il peut y avoir, c'est du moins le postulat des sociétés sans droit, une cohésion sociale, mais il n'y a pas nécessairement de droit. Le droit est quelque chose de différent, assez difficile à saisir, à définir, à présenter, mais c'est quelque chose qui se surajoute à la société.

Donc, du point de vue théorique d'analyse, une grande difficulté. Au point de vue pratique, peu de difficultés parce que nous pouvons mettre des mots concrets, plus concrets sur le concept de phénomènes juridiques primaires. Ces mots, nous les connaissons déjà : la règle de droit, le jugement, deux mots, deux expressions qui sont bien familières aux juristes.

La règle de droit et le jugement, sont peut être les seuls phénomènes juridiques primaires, en tout cas, ce sont certainement les phénomènes primaires principaux, dans nos sociétés modernes, et même peut-on dire à l'époque historique.

Nous pourrions donc nous borner à étudier successivement au point de vue sociologique, la règle de droit et le jugement.

En d'autres termes, ce serait purement et simplement les théories du droit dogmatique vues sous un angle, disons sociologique.

Tout de même, nous ne pouvons pas, scientifiquement, nous refuser à approfondir la notion de phénomène juridiques primaires ; il y a peut être quelque chose au-delà de la règle de droit et de jugement, quelque chose d'un peu différent.

Il importe donc, pour les sociologues, de consacrer quelque attention à l'idée générale de phénomènes juridiques primaires d'autant, qu'il faut bien le dire, nous avons trop tendance, en droit dogmatique, à racornir le sujet, à ramener notre théorie des sources à l'étude de la loi. Ce n'est tout de même qu'une petite partie. Donc élargir le sujet d'une démarche qui est sociologique. Nous ne refusons pas cette démarche d'élargissement et par conséquent avant les deux sections qui seront consacrées à l'étude sociologique de la règle de droit et du jugement, je voudrais ouvrir une section première, d'ailleurs plus brève, qui serait consacrée au problème général des phénomènes juridiques primaires.

SECTION 1 - le problème général des phénomènes juridiques primaires.

Il y en a deux et c'est précisément parce qu'il y en a deux que l'on éprouve une certaine gène, et qu'un problème sociologique se présente à l'esprit. Quel est le plus primaire des deux?

Puisque primaire évoque l'idée de primitif quel est celui des deux phénomènes qui est antérieur à l'autre ? Quel est le rapport de chronologie entre le règle de droit et le jugement, le rapport de chronologie et le rapport de dérivation ?

La sociologie générale ou juridique a une prédilection. Il faut bien le dire, la curiosité humaine va dans le même sens pour les problèmes génétiques. Comment les choses ont-elles commencé ? Comment avons-nous commencé ? Cette question nous tourmente. Est-ce que c'est la règle de droit qui a commencé et qui a donné naissance à jugement ? ou est-ce qu'au contraire, il y a eu d'abord des jugements qui se sont peu à peu consolidés en règle de droit ?

Par moments, quand on examine le problème, on ne peut pas s'empêcher de penser à la fameuse question qui n'a jamais été résolue, si la poule a existé avant l'oeuf, ou l'oeuf avant la poule ?

A la vérité, nous manquons d'éléments, pour savoir comment les choses se sont déroulées à l'origine des sociétés, dans une humanité très primitive. Le problème de génétique a d'ailleurs été facilement mélangé dans un problème de valeur. L'antériorité de l'une ou de l'autre catégorie impliquerait facilement pour beaucoup une préséance sociologique du phénomène. Le glissement est du reste facilité par l'anbiguité même du terme "primaire" car primaire cela peut vouloir dire " antérieur, primitif ; mais cela peut vouloir dire aussi : essentiel.

Est-ce que de la règle de droit et du jugement, c'est l'un ou c'est l'autre phénomène ? Quel est le phénomène juridique essentiel qui a crée, qui crée véritablement le droit, l'autre n'ayant pas de valeur créatrice autonome, n'étant qu'un dérivé, qu'un succédané, un reflet ?

Eh bien, il y a cependant deux séquences concevables. La règle de droit d'abord, puis le jugement ; ou bien le jugement d'abord puis la règle de droit.

Seulement, on échappe toujours au dilemme.

Enfin, on envisage une autre conception possible qui consiste à faire intervenir un troisième phénomène dont on n'aurait pas parlé jusqu'ici, un tiers phénomène dans les deux autres procédés et qui, par la suite, aurait été refoulé, en quelque sorte ; nous n'y pensons plus aujourd'hui, mais il aurait existé autrefois et c'est lui qui aurait été en quelque sorte le phénomène souche d'où la règle de droit et le jugement seraient ensuite dérivés.

Nous examinerons donc successivement trois paragraphes assez brefs :

- la théorie du primat de la règle de droit
- la théorie du primat du jugement
- enfin la théorie qui fait intervenir un tiers phénomène.

Paragraphe 1 - Théorie du primat de la règle de droit.

Dans cette théorie, on pose comme une vérité historique, l'antériorité de la règle de droit par rapport au jugement. C'est comme une vérité rationnelle par delà la première, la préséance de la règle de droit sur le jugement dans la formation du droit. Je dois dire que c'est la théorie dominante, spécialement en France et dans les pays continentaux.

Je ferai plus de réserves pour les pays anglo-américains.

C'est la théorie dominante d'abord chez les juristes. Nous avons - et du point de vue pratique ce n'est pas inconcevable - une tendance à ramener tout le droit à des règles en laissant au second plan les jugements.

Comment cette tendance s'est-elle développée chez nous ? Les raisons en sont claires.

Au XIXº siècle, le légalisme de la Révolution a influencé les juristes. La révolution avait posé, vous le savez, comme un principe : la supériorité de la loi sur le juge. C'était là une réaction contre l'équité des parlements qui a fait des ravages, une garantie donnée aux citoyens, garantie contre l'arbitraire, contre les privilèges. Cette position de principe se refléta dans les méthodes d'interprétation qui eurent cours en droit civil à cette époque. Pour l'école de l'exégèse, le droit sera tout. Le juge ne pourra être que l'interprète mécanique, docile de la loi. Le jugement n'a pas de valeur propre devant la création du droit. Il se borne à déclarer la règle de droit pré existante.

Plus tard, ce fut l'immense apport du doyen Geny avec l'ouvrage : "Méthode -Interprétation et Sources" qui a paru à la fin de 1899. Il y eut une réaction très importante. L'importance fut reconnue à d'autres sources du droit, à la coutume, à la jurisprudence. Mais notez-le bien, on ne s'éloigna pas pour autant du primat de la règle de droit. La coutume est une règle de droit. La jurisprudence fut conçue elle aussi comme un système de règle de droit. Le juge devient législateur, mais en somme il emprunte les mêmes techniques que la loi, il établit des règles. Le droit est par conséquent même dans cette conception rénovée, toujours un complexe de règles.

Les dernières influences du légalisme révolutionnaire se retrouveront chez les auteurs comme Duguy. La règle de droit qui pourtant, se pique de tenir compte de toutes les réalités histologiques est pour Duguy véritablement le centre de l'univers juridique Le droit ne peut être qu'un ensemble de règles. Le jugement par l'analyse classique, logique, juridictionnelle, est ramené à la règle de droit, le syllogisme judiciaire ne fait que traduire la règle de droit.

Donc l'unité de droit est constituée autour de la notion de règle. Ce qu'il y a de propre, de spécifique dans le jugement, n'apparaît pas dans cette conception. Et notez, que même dans le monde des pays socialistes, dont la technique juridique d'ailleurs n'est pas tellement différente de la notre, règne le culte de la règle de droit. On y oppose la légalité socialiste à la légalité capitaliste mais on pense que la légalité est supérieure au judiciaire. La légalité socialiste est peut être plus ou moins rigide que la légalité capitaliste, mais comme elle, elle s'établit dans une supériorité judiciaire. Et du reste, les juristes soviétiques donnent des raisons politiques de cette préférence qu'ils accordent à la loi. Ils font remarquer que les révolutions se sont faites à coup de lois, beaucoup plus qu'à coup de jugements. La Révolution française comme la Révolution soviétique ont opéré par des lois, des lois rapides, des lois changeantes, des lois brutales ; mais précisément parce que la loi a le mérite d'être rapide alors que le jugement ne l'est pas. Donc la loi est un meilleur instrument révolutionnaire que le jugement. C'est pourquoi la loi, la règle de droit, doit être supérieure au jugement. Le jugement n'a d'autre rôle que de déclarer la règle de droit.

Vous voyez par conséquent, qu'à part les oppositions des conceptions politiques aux antipodes de nos conceptions de fond, quand au droit, on retrouve la même préséance accordée à la règle de droit sur le jugement.

C'est donc bien une théorie classique, dominante, que fait figure cette théorie du primat de la règle de droit.

Mais dominante chez les juristes, ce qui n'est pas inexplicable étant donné le besoin pratique de l'avis des juristes,

la théorie de la primauté de la règle de droit domine aussi chez les sociologues, du moins chez les sociologues français.

Ils ont accueilli cette préséance de la règle de droit qu'ils trouvaient chez les juristes, et ils l'ont projetée dans l'histoire, ils l'ont traduite historiquement dans une antériorité génétique. Dans la vision Durkheimienne du droit il semble que le jugement ait une place seconde, n'ait pas de valeur propre, ne fasse que déclarer le droit. Et il essaie de traduire juridiquement ce qu'est le droit.

Comment expliquer cette supériorité accordée même par les sociologues à la règle de droit sur le jugement ?

Il y a là plusieurs motifs. D'abord, les sociologues ont subi sur ce point l'influence des idées juridiques ambiantes. Voulant connaître le droit, ils sont allés le chercher chez les juristes et chez les juristes ils ont trouvé la règle de droit au premier plan. Pour un penseur comme Durkheim la relation peut être établie historiquement. Durdheim a été en rapport suivi avec Léon Duguy. Il lui a emprunté cette idée de la supériorité de la règle sur le jugement. Mais en outre, il faut convenir que la règle doit être quelque chose de plus saisissable, de plus facilement saisissable pour les observations sociologiques que le jugement.

De plus, objectivement, le jugement se dissout en une série de définitions. Il est moins facile à saisir pour les observations sociologiques. Disons plus : la règle de droit paraît un phénomène plus proprement sociologique parce que collectif. La règle de droit c'est la coutume dont la nature collective est évidente

La loi est l'expression de la volonté nationale, du moins, dans la théorie, tandis que le jugement est un phénomène individuel. Donc, il y a à priori, dans la règle de droit, quelque chose qui pouvait paraître plus spécifiquement sociologique que dans le jugement. J'ajoute que chez Durkheim, règne une sorte de philosophie rigide du droit. Le droit, c'est une règle qui porte avec elle sa sanction. Il y a un rapport de causalité mécanique entre la règle et la sanction. I y a dans la philosophie de Durkheim un fond de pédagogie un peu triste qui le porte à accepter plus facilement comme le centre du droit, la règle que le jugement. Car le jugement est quelque chose, en somme je m'excuse du terme, de plus primesautier que la règle de droit. Le jugement peut être à l'occasion, une inapplication de la règle de droit ce qui, dans la philosophie Durkhémienne est peut être quelque chose d'anormal, sinon de scandaleux. Si bien qu'assez naturellement, la sociologie Durkhémienne s'est attachée à la règle de droit plutôt qu'au jugement.

Voulà les raisons, les motifs, qui ont fait prédominer chez les juristes et chez les sociologues, surtout en France, la théorie qui accorde la supériorité créatrice à la règle de droit.

Paragraphe 11 - Théorie du primat du jugement.

Cette théorie est beaucoup moins clairement affirmée que la précédente dans la doctrine soit juridique, soit sociologique. Il faut souvent forcer la pensée des auteurs pour faire apparaître cette théorie avec quelque netteté.

L'idée générale est très simple : le jugement serait historiquement antérieur à la règle, et rationnellement, par suite, aurait une certaine préséance sur la règle comme force créatrice du droit. Le jugement, pour parler termes plus personnels, serait un personnage plus ancien, et plus important que le législateur.

Cette théorie se trouve chez des juristes historiens. Ainsi chez Planiol, chez Kaser spécialiste allemand de l'ancien droit romain.

Planiol analysait la coutume comme une oeuvre progressive des juges. Cela revenait à considérer la règle de droit, j'entends la règle de droit coutumier, comme une cristallisation du jugement, ce qui impliquait antériorité et préséance du jugement. Notez toutefois, que dans cette conception, la supériorité qui découle pour le jugement de son antériorité, par rapport à la règle, est en somme assez précaire. Car le jugement n'arrive à constituer le droit qu'à condition de se transformer préalablement en règle. Un bel avenir en d'autres termes est prédit au jugement, à condition qu'il devienne juris prudence, coutume, par conséquent règle de droit. Il est promis à un bel avenir à condition de ne plus être lui-même. Ce n'est qu'à ce prix qu'on lui accorde une supériorité sur la règle de droit. C'est une supériorité au fond purement chronologique. Les auteurs dont il s'agit, notamment Planiol, ne conçoivent pas que le jugement puisse constituer du droit s'il reste à l'état de décision particulière. Ce qui lui faut pour constituer du droit, c'est devenir règle générale. Or, pour reconnaître une franche supériorité au jugement, il faudrait prendre le jugement dans sa pureté de jugement, c'est à dire à l'état persistant de décision individuelle, de décision particulière. C'est ce que ne fait pas ce premier aspect de la théorie.

Chez les juristes une école, au contraire, a accordé davantage au jugement, c'est l'école dite du droit libre. C'est la traduction d'une expression allemande.

C'est surtout sur le terrain national que cette école s'est placée pour accorder une supériorité au jugement, jugement en tant que décision individuelle, jugement règle de droit.

Cette école est apparue en Allemagne au début du siècle. Elle a eu pour protagoniste un auteur qui lança un manifeste en 1906. Il fit école et vous pouvez vous faire une idée des premiers pas, tout au moins, de l'école du droit libre, dans l'ouvrage du Doyen Geny "Méthode d'interprétation et source" mais seconde édition puisque la première est de 1899. Dans la seconde édition, Connaissance du mouvement doctrinal allemand, il en fait la description.

Mais l'école du droit libre a eu aussi des correspondants, si je puis dire, aux Etats-Unis, dans les pays anglo-saxons, mais spécialement aux Etats-Unis. Et ici, il faut citer le nom de Doyen philosophe qui a préconisé cette libre découverte du droit, qui avait été mise en honneur en Allemagne.

En France, l'école du droit libre a eu moins d'audience. Cette conception a été moins bien accueillie. Néanmoins, on peut dire que Goefich se rattachait dans la mesure en tant que juriste, assez volontiers à cette tendance du droit libre.

La ligne générale de cette école c'est que le juge doit décider par intuition du juste et de l'utile, donc sous l'influence de facteurs particuliers et nullement par application de règles de droit préexistantes.

Cette école préconise par conséquent une grande liberté d'appréciation chez le juge, elle admet même pratiquement que le juge pourrait interpréter contralegem et faire prévaloir une interprétation contre la loi. C'est ce que l'on a appelé la libre découverte du droit.

Ici on a bien affaire à un jugement à l'état pur qui n'est pas une simple application de la règle de droit, déduction syllogistique à partir de la règle de droit comme dans l'analyse classique de l'acte juridictionnel. Et contrairement aussi à la conception de Planiol, le jugement ici ne prétend pas davantage s'ériger en règle de droit, contraignante pour l'avenir. Le jugement est une décision en quelque manière instantanée qui surgit à l'occasion du cas particulier, du cas individuel, et qui disparaît aussitôt après ayant rempli son rôle.

Nous sommes bien en présence donc d'une décision individuelle particulière, aux antipodes de la notion de règle. Toutefois, je le répète, cette école a eu une portée limitée au point de vue sociologique, elle ne s'est préoccupée que d'histoire et n'a pas projeté dans la genèse des phénomènes juridiques cette conception sur la préséance du jugement par rapport à la règle de droit. Elle avait des fins pratiques. Elle s'adressait à des praticiens du droit, elle s'adressait au jugement, et en conséquence, elle était obligée de composer avec les nécessités pratiques, ce qui explique que chez beaucoup de représentants du droit libre, se trouve préconisée, une méthode que l'on pourrait juger sociologiquement hypocrite.

Le juge, disent les représentants de l'école commencera par décider intuitivement du juste et de l'utile ; mais ensuite, il devra s'efforcer de rattacher sa décision intuitivement dégagée à la norme, de la couvrir de la norme. C'est prudent en effet, je dirai c'est prudent quand on veut éviter la cassation. C'est ainsi d'ailleurs que la plupart des jugements dans les sociétés modernes procèdent. Ils commencent par chercher la solution, équitable, puis, quand ils ont fixé leur position, ils s'efforcent de remonter à une règle de droit et ils ne manquent pas d'en trouver. C'est une méthode pratique, seulement, il est évident que du point de vue sociologique, cela n'a pas grande valeur.

Vous voyez qu'il faut faire quelques efforts pour trouver ce qui peut constituer une théorie du primat du jugement.

Visiblement, cette théorie n'est pas la théorie prédominante. C'est une théorie qui reste un peu latente chez des auteurs soit historiens, soit purement juristes.

Et j'en arrive alors à une troisième position possible

Paragraphe 111 - Intervention d'un autre phénomène juridique primaire.

A priori, il semble qu'il n'y ait pas de place vacante pour un autre phénomène que la règle de droit ou le jugement. En effet, il semble qu'il n'y ait pas rationnellement de milieu entre le général et le particulier. Or, le général, c'est la règle et le particulier, pourrait-on dire, c'est le jugement. Donc ou l'on a affaire à un jugement ou l'on a affaire à une règle de droit ; mais le droit ne peut se présenter que sous l'une

ou l'autre forme : la forme générale ou la forme particulière. Seulement, le jugement ne se définit pas uniquement par l'idée d'un cas particulier. A la vérité, non seulement techniquement mais sociologiquement, la notion de jugement est plus complexe que cela ; elle implique une autre donnée, elle implique physiquement la notion de contentieux, de contestation, de litige, de procès. Cela est évident pour le jugement en matière civile ; mais cela vaut également pour le jugement pénal.

Donc il y a une place qui devient théoriquement concevable pour des décisions, employons ce mot un peu vague, qui seront prises dans des cas particuliers s'il est projeté jugement, mais sans qu'il y ait eu, au préalable, contestation de procès. C'est ce qui les en sépare. Ces décisions individuelles ne seront ni des règles, ni des jugements, et pourraient peut-être constituer le phénomène juridique primaire véritable.

Diverses observations ont été faites, dans ce sens. Ces observations diverses, faites sur des échantillons sociologiquement différents, peuvent, dans une certaine mesure, se recouper.

J'exposerai d'abord, quelques unes de ces observations puis je me demanderai si l'on peut en faire la synthèse.

A) - Exposé des observations.

Une première observation est d'ordre historique. Je veux citer ici la théorie de Gioffredi, un romaniste italien contemporain.

Sa théorie concerne l'ancien droit romain. Il l'a développée dans une oeuvre qui a paru à Rome en 1955 procédant de l'ancienne forme juridique romaine. Je schématise, je déforme peut-être un peu, c'est nécessaire parfois. Gioffredi soutient qu'à l'origine du droit romain, il n'y a pas eu de règle de droit. Et à l'origine du droit romain, il n'y a pas eu davantage de jugement, en tout cas pas de jugement au sens juridictionnel suivant la terminologie classique, mais même pas peut être de jugement, en général, précédé d'un procès. Donc, ni règle de droit, ni jugement. Bien entendu, je n'entre pas dans les détails, dans l'appareil de l'argument dont s'accompagne cette affirmation. Notamment, je vous signalerai que Gioffredi analyse l'expression de justice qui est employée pour l'époque dont il s'agit et que nous traduisons par une idée de juridiction. Dire le droit, dire la règle, c'est la traduction la plus courante, la plus classique. Les règles de droit préexistent et le juge ne fait que déclarer la règle de droit préexistante. Gioffredi montre que dire juste ce n'est pas, en réalité, déclarer, énoncer, quelque chose qui pré existerait. Non. En réalité, dicere a un sens constitutif, créateur. Dans la terminologie juridique, moderne, c'est constituer du droit, c'est créer du droit. Ce n'est pas dire un droit préexistant ; c'est créer un droit nouveau. Et le personnage qui dit ce droit nouveau, le judex, ce n'est pas, à cette époque ancienne du droit romain, un juge ; c'est un personnage politique, c'est un chef comme dirait Max Weber. Il intervient pour constituer du droit dans

un cas particulier, non pas pour déclarer quel est le droit en vertu des règle préexistantes dans ce cas particulier, mais pour créer du droit dans ce cas particulier. La formule qui figure dans certaines des douze tables ne veut pas dire que le droit préexistant est ainsi. Cela veut dire qu'il y a une idée de création, cela veut dire que le droit soit ainsi, que le juste soit ainsi.

Il y a donc création du droit par un chef, la traduction la plus adéquate de cette activité du personnage c'est en réalité, faire justice. Il fait justice, il ne dit pas le droit, il ne rend peut être même pas la justice. L'expression française serait plutôt faire justice. Il fait justice dans un cas particulier, c'est un acte d'autorité, un commandement de chef qui serait du droit sur le moment, pour établir la paix dans un cas donné. Ce n'est pas l'application des règles préexistantes, ce n'est pas un jugement à la suite du procès qui peut intervenir sur un acte d'exécution privé, de justice privée. Bref, nous sommes en présence d'un acte d'autorité de chef, d'une décision dans un cas individuel, mais d'une décision qui n'est pas un jugement.

Voilà peut être, alors, le phénomène juridique primaire; une décision de chef, non pas encore une décision de juge, mais une décision de chef qui est détaché de toutes règles de droit préexistantes.

La seconde observation sera ethnographique. Ici il faut nous reporter à des sociétés très primitives.

Il y a plusieurs niveaux dans l'ethnographie et il y a un niveau très primitif, d'ailleurs en voie de disparition pourrait-on dire, il s'agit des tribus australiennes, et peut être plus primitifs encore, certains clans, certains peuples de Mélanésie, comme les autochtones de l'île de Trobriand, dont on a étudié la langue, le climat, le niveau de vie.

Ce sont des tribus primitives qui se situent au stade de la cueillette, de la pêche et de la chasse, avant l'agriculture.

Or, que constatait-on, lors de l'examen de ces sociétés ? On n'y trouvait point de juges, point d'activité de juges, point d'activité qui se différencie, en tout cas de l'activité de chef. Notez que la confusion des pouvoirs de chef et des pouvoirs de juge, on la retrouvera dans la série sociologique même pour des sociétés plus développées que celle-ci. C'est le même personnage qui est chef, gouverne la tribu et qui rend la justice. Mais ici, il y a quelque chose de plus : le personnage n'est que chef, il ne rend pas la justice, il n'a pas la notion, le phénomène juridique de la contestation du procès. Par conséquent, point de phénomène juridique du jugement. Le chef donne des ordres, d'ailleurs rares, car la vie sociale est réduite à la plus simple expression. Il y a tout de même certaines actions collectives en vue desquelles le chef donnera des commandements.

Donc point de juge. Mais n'y a-t-il pas alors, des règles de droit ?

Qui,en cas de réponse affirmative conduirait à la règle de droit et entraînerait génétiquement au jugement ? Y a-t-il certaines règles de droit ? Lesquelles ? Par hypothèse ce sont évidemment les coutumes.

Malinowsky l'avait pensé. Il avait relevé des phénomènes rudimentaires de droit chez ces autochtones de Trobriand, des phénomènes de potlatch - c'est une expression que nous aurons à retrouver. C'est un phénomène que l'on retrouve chez beaucoup de ces primitifs et qui consiste en dons, en présents, accompagnés d'un cérémonial assez extérieur, assez spectaculaire pourrait-on dire, mais un don qui est accompagné, nourri, par l'espoir d'un retour, ce qui a suggéré à Marcel ~~Mose~~ Mauss (2) la fameuse formule : le don est la forme primitive de l'échange.

Dans ces sociétés, Malinowsky a fait état des phénomènes de potlatch, et il lui avait semblé que si ces phénomènes existaient avec un cérémonial, avec un espoir de retour, cela impliquait la préexistence de règles de droit. Ce cérémonial n'était-il pas fixé par une coutume, non par une règle de droit préexistante, l'espoir de retour n'était-il pas nourri par la préexistence d'une règle qui obligeait le gratifié à faire un don à peu près équivalent en échange de celui qu'il avait reçu. Donc, disait Malinowsky, il y a une règle de droit, une coutume latente au moins dans ces sociétés. La réciprocité est le fondement de ces règles de droit rudimentaire.

Et pourtant, des auteurs qui ont travaillé après lui, qui ont essayé d'approfondir davantage les phénomènes juridiques

constatés dans ces sociétés rudimentaires, ont finalement nié la conclusion de Malinowsky. Point de coutumes ont-ils dit. Il n'y a là que des habitudes. C'est paraît-il le terme employé par les indigènes de Trobriand pour désigner ces actes. C'est le terme habituel, et ce n'est pas un terme qui évoque notre idée de coutume obligatoire. Une simple habitude, mais habitude qui n'est ni constante, ni encore moins obligatoire. La caractéristique des habitudes, que l'on constate là-bas, est, au dire des ethnographes, d'être toujours susceptible d'abandon dans des cas particuliers. Ce ne sont pas des règles très rigides. Ce sont des habitudes qui peuvent être abandonnées dans des cas particuliers.

Sans doute, répondra-t-on, la règle de droit peut aussi être violée ; mais la violation d'une règle de droit c'est quelque chose d'anormal, et il y a précisément, dans les sociétés historiques des tribunaux pour ramener à l'exécution de la règle de droit qui a été violée, tandis que là-bas, pas de tribunal. Par conséquent, l'habitude n'est pas appliquée dans un cas particulier, il n'y a pas de retour à l'ordre. L'habitude qui a été abandonnée ne s'accompagne pas d'un mécanisme en quelque sorte répressif déclanché par les violations d'une règle. Rien de comparable. Ainsi serait la conclusion de cette étude ethnologique, la notion même de la règle avec tout ce qu'elle implique. La régularité, la rigidité de cette notion sont étrangères à la mentalité juridique si l'on peut dire de ces peuplad-

Alors, que reste-t-il là-bas, pour constituer le droit ? Il y a tout de même du droit, semble-t-il ? Oui. Tout ce qui subsiste, c'est un sentiment instantané, momentané, en présence de tel ou tel fait, que c'est bien ou que c'est mal. Nous traduirions en termes modernes, que c'est juste ou que c'est injuste. Et encore, est-ce un sentiment assez vague.

Nous sommes en présence, par conséquent, ici, de sociétés extrêmement primitives, au seuil du droit pourrait-on dire à un point où le juridique se dégage mal du social général. Il y a une société, une cohésion sociale entre les individus, il y a certains actes, certains comportements collectifs mais on reste véritablement au seuil du droit.

Enfin, je ferai une troisième observation, d'un autre ordre, une observation sur ce petit groupe pourrait-on dire, une observation sur le groupe familial. En prenant famille dans son acception moderne, la famille du type conjugal, le groupe restreint des parents père et mère, et des enfants mineurs. C'est un groupement particulier, né dans les sociétés globales, mais nous en tenons compte de plus en plus. Même à l'intérieur d'un groupement particulier, il y a des phénomènes que l'on peut qualifier, semble-t-il, c'est un problème délicat, de juridiques, le postulat étant que le droit n'est pas le monopole des sociétés globales, que même à l'intérieur des groupements particuliers comme une société, une association, un syndicat, il peut y avoir des phénomènes méritant l'appellation de phénomènes juridiques.

Pour prendre un exemple très concret, parlant, qui évoque vos souvenirs de droit civil du travail, les statuts, le réglement d'une association, d'un syndicat, est-ce que ce n'est pas un phénomène juridique comparable à la naissance d'une règle de droit à l'intérieur de la société globale. On peut admettre, sous bénéfice d'un inventaire, provisoirement une identité de nature des phénomènes juridiques à l'intérieur de la société globale et des sociétés particulières.

Ici, à l'intérieur de la famille conjugale, quels sont les phénomènes juridiques qui nous pouvons voir apparaître ? Peut-il y avoir des règles de droit ? Ce n'est pas vraisemblable. Bien entendu, d'abord, il est bien certain qu'un père de famille qui coucherait par écrit le règlement de sa maison, nous paraîtrait quelque chose d'anormal. Mais peut-on même parler de coutume à l'intérieur du groupe familial ? et peut-on parler davantage du jugement ? est-ce qu'il y a véritablement un tribunal domestique à l'intérieur du groupe familial ? Il n'y a ni règle de droit, ni jugement, et cependant, il y a des phénomènes juridiques rudimentaires. Les parents donneront des ordres aux enfants mineurs, apprécieront la conduite de tel ou tel enfant dans un cas particulier. Ils apprécieront souverainement, intuitivement, en vertu, non pas de règles préexistantes qui seraient reconnues par tous les membres de la maison, mais d'une manière purement intuitive qui n'a point d'attache avec des règles antérieures.

C'est une réaction spontanée du droit, et cependant, on peut dire que c'est déjà du droit, ce sont des lueurs de droit, des phénomènes extrêmement rudimentaires, mais ce sont déjà des phénomènes juridiques. Et ces phénomènes juridiques, ce sont des décisions individuelles sans référence à une règle de droit préexistante.

B - Synthèse des observations.

Nous relevons une certaine convergence de ces témoignages hétérogènes en ce sens qu'ils nous montrent avant la règle de droit, avant le jugement, une manifestation plus rudimentaire du droit, un phénomène juridique qui pourrait être le véritable phénomène juridique primaire. Un acte d'autorité, un acte de chef qui est une appréciation portée sur telle ou telle conduite humaine concrète, ce n'est pas l'application d'une règle permanente, et générale. C'est une décision individuelle se référant à une règle. Ce n'est pas davantage un jugement malgré plus de ressemblance à l'extérieur, parce qu'il n'y a pas de contestation préalable, il n'y a pas litige. Or, ce serait là le problème du jugement même en matière pénale.

Nous sommes en présence d'un droit qui est, si j'ose dire, secrété par les évènements, exprimé instantanément par un chef, non formulé dans des règles antérieurs, mais malgré tout, en suspension pourrait-on dire, dans la conscience collective dés avant l'évenement. Et cela, on est amené à se le dire, par parenthèses, par une réflexion qui n'est peut être pas très consistante, pourrait conduire à une certaine conclusion pour la philosophie du droit.

La notion d'un droit naturel, inné, pourrait trouver là, je ne dis pas une vérification de sa forme philosophique qu'a pris la théorie du droit naturel, mais on pourrait trouver là l'idée d'un droit naturel inné sous cette forme sociologique. Ce ne serait pas du tout, encore une fois, la théorie du droit naturel idéale inscrite de toute éternité dans le coeur de l'homme, mais tout de même, nous aurions nos phénomènes sociologiques de droit inné, le droit en suspension dans la conscience collective avant l'acte du chef qui l'exprime souverainement.

L'hypothèse me paraît d'ailleurs, avoir rencontré certaines limites. Cette hypothèse selon laquelle d'un point de vue génétique les sociétés très primitives ne connaîtraient pas la règle de droit, semble se heurter à la constatation d'un phénomène bien connu de ces sociétés, savoir le phénomène du tabou.

Vous en avez entendu parler. Vous savez quelle est l'idée générale de ce mécanisme relevant par beaucoup de côtés de la sociologie juridique, ce mécanisme des sociétés primitives, mécanisme de prohibition, d'interdit. Le mot lui-même nous vient de la langue polynésienne. Il a été rapporté par le capitaine Cook. Il a fait fortune et est passé dans notre langage. Le tabou c'est l'interdit. Or, est-ce que l'interdit, ce n'est pas la règle négative ? le "ne pas" ? de sorte que sous cette forme, dont on ne conteste pas qu'elle est très ancienne, très archaïque, très primitive, la règle de droit aurait existé de tous temps.

Le tabou intéresse la sociologie juridique parce qu'on le voit fonctionner dans des secteurs relations sociales qui, selon nos conceptions, ressortissent au droit, et même, peut-on préciser, au droit civil.

Il y a dans les sociétés primitives, beaucoup de tabous en matière de mariage. Il semble même que dans les sociétés primitives, il y a un tabou à peu près universel. C'est le tabou, l'inceste, au sens large du terme, qui peut aller jusqu'à la prohibition, l'inceste étant non pas simplement le mariage entre parents, mais même le mariage à l'intérieur des clans. Or, la prohibition de cet inceste est un tabou presque universel.

Est-ce que ce n'est pas une des formes les plus anciennes de la règle de droit, la prohibition de l'inceste ? Est-ce que les coutumes matrimoniales n'ont pas existé même dans ces sociétés primitives où l'on nous dit que la règle de droit n'existe pas ?

Ce serait là une limite à apporter à l'hypothèse que je viens de présenter. Toutefois, à cette limite elle-même, il faut peut être faire des restrictions. Il ne faut pas accepter cette idée du tabou sans certaines nuances du point de vue de la sociologie juridique.

D'abord, on peut se demander si les tabous relèvent bien du moins, toujours, du droit. Il semble que souvent, le tabou n'ait d'autre sanction que la colère divine, colère divine qui se traduira par la mort ou par la maladie venant frapper l'inracteur, et par son vieillissement prématuré. Mais c'est l'audelà qui est chargé de la répression du tabou ; on n'y rencontre point de sanctions sociales. Donc, pourrait-on dire, le phénomène n'est pas proprement un phénomène sociologique, juridique, mais plutôt de sociologie religieuse. C'est une première restriction.

D'autre part, seconde restriction nuance : la règle de droit, si nous admettons qu'il y a sous le tabou une règle de droit prohibitif, négatif, prend ici un aspect très spécial. Elle n'est pas une abstraction, à la différence de ce que nous concevons en général sur le terme de règle de droit, elle n'est pas une prescription intellectuelle. La règle de droit de la prohibition, de l'interdit, s'incorpore à une chose ou à une personne, le parent, la femme parente. Dans le tabou de l'inceste, il y a en quelque sorte une matérialisation de la règle dans une chose et le tabou s'est donné une répulsion toute physique provoquée par la chose interdite.

Il y a là un mécanisme qui est foncièrement différent du mécanisme d'obéissance à la règle de droit, par cette sorte de matérialisation d'aspect physique.

Dans une certaine étymologie au moins du mot tabou, on dit que le terme voudrait dire : marque imprimée sur une chose. C'est assez significatif. Il y aurait bien cette incorporation de l'interdit à la chose ou à la personne. Si bien que l'on conçoit la possibilité du tabou dans des sociétés très primitives où la mentalité juridique reste très rudimentaire.

Le tabou n'implique pas un raisonnement juridique aussi complexe que l'obéissance à une règle de droit, à une règle de droit ordinaire. C'est là une seconde réserve qu'il faut faire peut être sur cette notion du tabou en tant que l'on s'en servirait, que l'on chercherait à s'en servir, pour limiter l'hypothèse, simple hypothèse qui vient d'être précédemment présentée.

Tels sont les problèmes généraux qu'évoque la notion de phénomènes juridiques. Ayant donné cette explication d'ordre général, commune en quelque sorte à la règle de droit et au jugement, nous pouvons passer à une étude particulière de chacun de ces phénomènes juridiques.

SECTION 11 - La règle de droit.

Je reproduirai ici, au départ, une définition courante C'est une règle de conduite humaine à laquelle la société peut contraindre l'homme par une pression extérieure plus ou moins intense. Cette notion de la pression extérieure, critère de la règle de droit, par opposition aux autres règles de conduite, pourra du reste, donner lieu à des difficultés qui, nous le verrons, auront besoin d'être précisées.

La règle de droit, dit-on en droit dogmatique, est un commandement général et permanent, ce qui lui confère un caractère impersonnel quant à ses destinataires, un caractère d'abstraction.

La règle de droit est abstraite du reste. C'est sans doute parce qu'elle est abstraite qu'elle est moins naturelle dans une société archaïque parce que les possibilités d'abstraction y sont plus limitées. Le tabou, au contraire, échappe à cette difficulté parce qu'il se concrétise, se matérialise, dans une chose ou dans une personne.

Nous n'aurons pas, bien entendu, à faire ici l'analyse juridique de la règle de droit, nous nous préoccuperons uniquement de son étude sociologique.

C'est sous l'angle sociologique, que nous étudierons successivement : - d'une part, les différentes manifestations de ces phénomènes.

- d'autre part, les caractères sociologiques que l'on peut leur attribuer.

Deux paragraphes à l'intérieur de cette section :

Paragraphe 1 - Les différentes manifestations de la règle de droit.

Il en est deux grands types : la loi et la coutume. Dans la théorie juridique moderne, dogmatique, la coutume n'a qu'un rôle, vous savez, qu'assez secondaire. On prétend facilement dans les sociologies juridiques que la situation puisse être inverse, que la sociologie puisse accorder beaucoup plus d'importance à la coutume qu'à la loi. Il y a en tout cas, place pour une théorie juridique aussi bien que la loi que de la coutume. L'idée générale que l'on se fait de ces deux manifestations de la règle de droit suffit à les opposer.

La loi c'est, je vous rappelle des notions familières, une règle de droit qui se constitue d'un seul coup par une promulgation des gouvernants, je parle en termes dogmatiques. C'est une règle, pourrait-on dire, qui est élaborée par un organe étatique différencié. Il y a un phénomène de division du travail. En un sens, à l'origine de la loi, un organe s'est spécialisé pour la production de la règle de droit, ce que nous appelons le législateur.

A l'opposé, la coutume est une règle de droit qui se constitue peu à peu, par une pratique répétée des gouvernés eux-mêmes., mais une pratique accompagnée de la conviction qu'elle est obligatoire. Il y a dans la coutume, comme un élément psychologique vital de l'opinion nécessitatrice, dit la théorie romanocanonique.

Nous devons examiner le phénomène de plus près, sous un angle sociologique. Nous allons tout à tour considérer sous cet angle, la coutume, puis la loi.

A - la coutume.

Une précision liminaire. Nous supposerons en principe une coutume juridique, et une coutume juridique se manifestant à l'intérieur des sociétés globales. C'est dire que nous laisserons provisoirement de côté les coutumes non juridiques. Il y a des règles de moeurs, des règles de convenances, des règles qui, extérieurement, ressemblent beaucoup à des coutumes et l'éducation emploie d'ailleurs parfois ces termes pour les qualifier, mais ils ne sont pas de caractère juridique.

La distinction entre les deux catégories étant d'ailleurs extrêmement délicate, nous séparerons la coutume juridique des coutumes non juridiques. Provisoirement, nous ne parlerons que des coutumes juridiques, et même des coutumes qui se manifestent uniquement à l'intérieur de la société globale en terme moderne, à l'intérieur de l'Etat, en laissant de côté les coutumes qui peuvent se créer à l'intérieur des sociétés particulières.

Je vous le disais tout à l'heure, il peut y avoir Des phénomènes juridiques à l'intérieur d'une société particulière, à l'intérieur d'une association, il peut y avoir des usages qui se créent et qui seront sanctionnés par une pression extérieure, par l'exclusion d'associés qui ne se conforment pas à la règle intérieure et cela même dans une bande de voleurs, dans un gang. Il peut y avoir la loi du milieu qui est une coutume qui sera sanctionnée par des pressions extérieures. Ce sont des phénomènes que l'on peut, à priori, qualifier de juridiques, des coutumes, mais qui se situent à l'intérieur de sociétés particulières, d'où une difficulté supplémentaire que nous éliminerons, provisoirement. En principe donc, sauf à le dire, nous ne nous occupons que des coutumes juridiques à l'intérieur de la société globale.

Mais aussi limitée, il est visible que l'appellation de coutume recouvre des phénomènes très dissemblables, et que, peut être, il n'est pas de bonne sociologie de réunir dans la même catégorie, Il est visible que la coutume d'un peuple primitif, archaïque, par exemple les coutumes de L'Afrique Noire, n'est pas la même, au sens sociologique, quel usage dans la France métropolitaine. Toutefois, il y a des problèmes généraux qui sont communs aux différentes catégories de coutumes que l'on pourraît peut être distinguer et c'est de ces problèmes généraux que nous nous occuperons ici.

J'en vois deux : le premier problème est celui du mécanisme obligatoire de la coutume. Comment s'enchaîne la force obligatoire de la pratique ?

Un second problème qu'il ne faut pas confondre avec le premier est celui de l'origine. D'où vient la coutume ? C'est un problème qui est discuté. Vient-elle de la masse, ou vient-elle des techniciens ? A-t-elle une origine populaire, ou technique ? C'est un autre problème, le problème d'origine. Nous les examinerons successivement.

1 - Mécanisme obligatoire de la coutume. Comme s'enchaîne la force obligatoire de la coutume ?

Dans ces pratiques répétées, il y a beaucoup d'explications? Je laisse de côté, les explications purement juridiques, de pur droit dogmatique. Il y en a une, par exemple, disant que la coutume tire son autorité, sa force obligatoire, du renvoi qu'y fait dans certains cas le code cyvil. Il y a des articles du code civil qui font dépendre des usages locaux la force obligatoire de la coutume. Ainsi, du point de vue purement dogmatique, nous comprenons très bien que ces renvois de la loi prètent, délèguent la force obligatoire à la coutume.

Il y a une explication plus générale du droit dogmatique que l'on trouvait chez nos vieux jurisconsultes, savoir, l'approbation tacite de l'Etat. Le souverain voit la coutume se développer sous ses yeux, il n'intervient pas pour l'interdire, il pourrait la faire disparaître peu à peu, abolir la coutume.

Donc, qui ne dit mot consent. Il l'approuve et finalement c'est la volonté tacite du législateur et du souverain, d'où la coutume tire sa force obligatoire. Ou encore, dernière explication qui se rapproche davantage de l'explication sociologique, qui est l'explication de pas mal d'historiens, notamment de Planiol, c'est l'autorité du juge qui applique la force obligatoire de la coutume. Planiol, en somme, ramenait la coutume à la juris prudence. La coutume par conséquent, n'aurait pas de force propre, elle n'aurait de force obligatoire que par le canal du juge, par le canal du jugement.

Nous nous en tiendrons donc aux explications proprement sociologiques du mécanisme obligatoire de la coutume. La difficulté d'expliquer ce mécanisme obligatoire est d'ailleurs considérable. Nous sommes, par définition, en présence d'une règle, d'une répétition de faits. Chaque acte, chaque fait, chaque action humaine isolément considérés, ne seraient pas obligatoires, ne seraient qu'un pur fait.

Comment, du fait, va-t-on passer au droit ? c'est là le problème fondamental que nous avons déjà rencontré. Ou encore comment cela a-t-il commencé ? une fois n'est pas coutume. Vous connaissez cet adage qui a une valeur de maxime juridique dans notre ancien droit. Mais deux fois n'est pas coutume davantage, ni cent fois, s'il ne s'agit que de répétitions forfuites. Il faut quelque chose de plus pour que la coutume se dégage comme une règle obligatoire, il faut le sentiment de l'obligatoire.

Comment est né ce sentiment d'obligatoire, comment cette opinion nécessitative vient-elle se greffer sur ces pratiques qui, envisagées en elles-mêmes, matériellement, ne seraient que des faits ?

Plusieurs hypothèses se rencontrent, pas toujours explicites, et il faut forcer la pensée des auteurs pour arriver à mettre en théorie plusieurs hypothèses qui ont été présentées, plusieurs mécanismes psychologiques qui ont été invoqués pour expliquer l'apparition de la force obligatoire de la coutume, l'habitude, l'imitation, le mythe, la convention.

Nous allons prendre ces différentes hypothèses possibles. Première explication : habitude.

On a parfois expliqué la force obligatoire de la coutume par le mécanisme psychologique de l'habitude. Notez le rapprochement entre habitude et coutume. C'est un rapprochement qui vient facilement à l'esprit. Nos jurisconsultes de l'ancien droit le faisaient volontiers. Ils disaient que l'habitude est une coutume privée, et la coutume, une habitude publique.

Une habitude publique n'est d'ailleurs pas sans soulever des difficultés. Si l'habitude est un mécanisme psychologique, une habitude collective va supposer une psychologie collective, va supposer une conscience collective. Est-ce qu'il existe une conscience collective ? un être psychique distinct des êtres psychiques composants ?

On peut essayer d'écarter l'objection en répondant que ce seront des habitudes individuelles qui constitueront l'habitude collective, qu'il suffit de constater le macanisme de l'habitude au niveau des individus composant les collectivités.

Mais cette explication n'est pas très pertinente. Les actes dont il s'agit souvent sont des actes épisodiques si on les considère au niveau de l'individu. Ainsi, un individu n'a pas le temps de s'habituer à faire un régime matrimonial, il ne fait qu'un contrat de mariage dans sa vie et cela lui suffit. Tandis que le contrat de mariage tacite, le régime matrimonial, naîtra d'une habitude collective. Donc, c'est bien au niveau de la collectivité, et non au niveau des individus, qu'il faut saisir l'habitude, si la coutume peut s'analyser ainsi.

Mais peut-on analyser la coutume en habitude? Est-ce parce qu'elle est habitude que la coutume est obligatoire ?

Il y a dans le mécanisme psychologique de l'habitude une force en effet. L'habitude crée un automatisme psychologique et même presque physique qui est senti par les individus, qui peut être senti par la collectivité, comme s'imposant, comme une force comme qulque chose de contraignant.

Voilà quelle serait peut-être l'explication de l'automatisme que nous voyons dans l'habitude, qui se trouverait dans la coutume. La répétition des faits, à l'intérieur de la société, créerait un automatisme et cet automatisme nous rappelle bien la force obligatoire de la coutume C'est une manière d'expliquer la force obligatoire de la coutume par l'habitude.

Mais en restant sur le terrain de l'habitude, il y aurait une autre manière d'expliquer l'habitude. C'est sans doute un automatisme qui est senti comme contraignant mais psychologiquement, c'est peu-être aussi un plaisir. L'habitude, la répétition peut être un plaisir. Quand Horace a écrit Bis repetita placent... ne croyez pas qu'il s'est borné à une remarque insipide. Non. Il y a là une réflexion, une observation de sociologie assez profonde. Les sociologues et même les psychosociologues ont noté qu'il y a chez l'enfant, chez l'homme, un plaisir de la répétition. Il est facile d'observer quel est le plaisir des très jeunes enfants, à répéter chaque soir, avant de se coucher, les mêmes gestes. Le bébé éprouve un plaisir dans la répétition. Loin que la répétition le fatigue, la répétition l'amuse, la répétition développe en lui un certain plaisir. Il y a de même un plaisir de la répétition que l'on constate dans la musique, sur lequel est largement fondée la musique. Le refrain, la ritournelle, à l'échelon plus noble le leit motiv sont bien fondés sur cette idée de la répétition qui crée un plaisir. L'homme, dans ce monde incertain est fluctuant, aime à se raccrocher à quelque chose qu'il a déjà vu. Il peut y avoir ainsi un plaisir, une sécurité de la répétition, de la coutume. C'est une autre manière d'expliquer par l'habitude, le mécanisme obligatoire de la coutume. Ainsi, notons le recours à l'habitude pour expliquer la force obligatoire de la coutume, et tantôt on pense à l'automatisme et l'on arriverait à conclure à une coutume imposée, sentie du dehors, contraignante, tantôt, au contraire, on pensera à la

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

SIXIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de
Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

QUINZIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

COURS DE MONSIEUR CARBONNIER (15 h 30)

- 140 - DOCTORAT

-:-:-

Lundi, 25 janvier 1960

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

-:-:-:-

Je m'interrogerai sur le mécanisme par lequel la coutume devient obligatoire. J'ai examiné à ce propos une première hypothèse : Est-ce que la coutume n'emprunterait pas sa force obligatoire au mécanisme psychologique de l'habitude ?

J'arrive à une seconde hypothèse : on peut se demander si la force obligatoire de la coutume ne lui vient pas d'un mécanisme psychologique d'imitation. Vous savez quel rôle a joué ce phénomène de l'imitation dans la psychologie sociale de Gabriel de Tarde. Pour Gabriel de Tarde, les deux phénomènes psychiques fondamentaux qui commandent toute la vie sociale sont d'une part l'invention laquelle crée des types d'idées et d'actions nouveaux, d'autre part l'imitation qui diffuse ces types. Seulement, l'invention est très rare tandis que l'imitation est partout agissante. La coutume serait un phénomène d'imitation. Le recours à l'imitation ne fait, semble-t-il, que reporter un peu plus loin le besoin d'explication. On est alors amené à s'interroger : Pourquoi X imite-t-il Y ? Il faut expliquer par conséquent le mécanisme même de l'imitation. Il y a plusieurs explications qui, du reste, ne s'excluent pas et qui peuvent valoir pour tel ou tel aspect du phénomène ; on peut expliquer l'imitation par la loi du moindre effort

qui est une loi fondamentale de la conduite humaine.

C'est pour cette raison qu'il y a toujours eu des plagiaires. On peut l'expliquer d'une manière plus profonde, par la peur humaine de l'innovation ou, comme disent certains psychologues, par le besoin qu'éprouve l'homme de maitriser le devenir. Entendez que devant le devenir, devant le changement qu'est la loi du monde, l'homme éprouve une angoisse, et dans cette angoisse il cherche instinctivement à se raccrocher à ce qui existe déjà ; ce serait une explication du mécanisme de l'imitation. Seulement, c'est toujours raisonner sur ce que j'appellerai l'imitation à égalité. L'imitant et l'imité sont sur un pied d'égalité. Or, si l'imitation opérée pouvait ainsi opérer à égalité, il se produirait une multitude de coutumes qui auraient à peine le temps de s'ébaucher. Il y aurait un pullullement de règles de droit qui se neutraliseraient. Il faut déterminer une sorte de pente où l'imitation va s"exercer.

Tarde avait bien vu l'objection et il précisait, ce qui paraît évident, que l'imitation va de bas en haut. C'est l'inférieur qui imite le supérieur. L'idée, cependant chez Tarde restait vague. La sociologie moderne a essayé de préciser le mécanisme de l'imitation dans ses rapports avec la coutume. N'importe quelle imitation ne peut pas fonder le caractère obligatoire de la coutume, seuls certains phénomènes d'imitation peuvent jouer. Bouthoul de ce point de vue, distingue l'imitation dans l'espace et l'imitation dans le temps. L'imitation dans l'espace, dit-il, se compose des phénomènes de mode, l'imitation dans le temps, des phénomènes de coutume.

Ainsi, l'auteur introduit dans la conception que nous examinons un élément temporel. En personnalisant cet élément temporel, on le transforme en un élément familial et l'on expliquera l'imitation coutumière en la rattachant à des phénomènes internes de la famille. Sous cet angle, on peut dire que l'imitation est le revers d'une action pédagogique qui s'opère à l'intérieur de la famille. Ce sont les enfants qui imitent les parents. Ce phénomène d'imitation qui va constituer la coutume, serait spécialement important pour la formation des coutumes familiales. Les coutumes familiales pourraient plus facilement que d'autres acquérir leur mécanisme obligatoire et ceci par la force de l'imitation à l'intérieur de la famille. Les enfants se souviendraient de la manière dont les parents avaient constitué leur famille, vivaient leur vie familiale, et, naturellement ces enfants transporteraient cette vie familiale de leurs parents à leur propre vie familiale quand ils constitueraient leur foyer.

Chez les freudiens, cet aspect de l'imitation prendra des formes plus précises et l'on parlera du moins à certaines phases du développement de l'enfant, de l'exemplarité du père pour l'enfant. Il peut y avoir des moments d'éloignement mais il y a aussi des moments où l'exemple du père est obsédant pour l'enfant. Par delà, on fera apparaître la crainte et le respect des ancêtres. L'imitation, ce sera l'imitation coutumière ; ce sera l'imitation, non pas des parents immédiats, mais des ancêtres plus lointains, et beaucoup d'éthnologues définiront la coutume comme l'imitation des ancêtres.

La coutume des peuples primitifs, c'est la voix des ancêtres qui leur parle. Une notion plus générale peut rendre compte de ces différentes interprétations. On parlera de l'exemplarité. Le mécanisme par lequel la coutume devient obligatoire, c'est le mécanisme psychologique de l'exemplarité, et notez que cette notion de l'exemplarité assouplit ce qu'il pourrait y avoir de mécanique dans l'idée première de l'imitation. Il ne s'agit plus d'une sorte de contrainte qui serait sentie du dehors comme quelque chose de mécanique ; non, dans l'exemplarité, il peut y avoir, sans doute des aspects de crainte et de pression psychologique, mais il y a aussi des aspects positifs d'amour et d'élan vers le personnage imité. A ce stade, l'explication du mécanisme obligatoire de la coutume par l'imitation rejoint l'explication par le mythe qu'est l'exemplarité des héros et des saints, explication par le mythe à laquelle j'arrive maintenant.

C'est en effet une troisième explication que l'on peut proposer du mécanisme obligatoire de la coutume. Le mythe est une notion importante en sociologie générale. Que faut-il entendre par là ? Il s'agit concrètement d'un récit attribuant une cause surnaturelle à un phénomène naturel, cosmique également à une institution sociale ou, et c'est cet aspect qui nous intéresse, à une coutume. Dans l'hypothèse que j'examine ici, la coutume reposerait sur un mythe, sur un récit fabuleux, et c'est ce mythe qui lui conférerait l'autorité. La conviction du caractère obligatoire de la coutume viendrait de ce qu'elle a été instituée par un personnage exemplaire, par un héros ou par un Dieu. Certains sociologues contemporains donnent une preuve indirecte, assez frappante. Que la coutume puise sa force obligatoire dans le mythe.

Il faut remarquer qu'en Afrique Noire, à l'heure actuelle, les coutumes se transforment. Pourquoi ? Mais précisément, observent

les scciologues, parce que le mythe qui servait de support à telle

à telle ou telle coutume, ne rencontre plus aujourd'hui créance. Sous l'influence de l'Islam d'abord, puis sous l'influence des européens, les mythes animistes qui étaient le support obligatoire des vieilles coutumes indigènes de l'Afrique Noire, se sont effondrés, et, du même coup, les coutumes se dégradent. L'hypothèse a notamment été développée d'une manière très intéressante par mon collègue de la Faculté de droit de Dakar : Monsieur ALLIOT, dans un article intitulé COUTUMES ET MYTHES qui se trouve à l'année sociologique 1953 - 1954 page 369 et suivantes. Je voudrais commencer par exposer l'hypothèse en prélevant dans la série sociologique quelques échantillons de mythes qui auraient été à la base de coutumes ayant une portée juridique.

Je prendrai d'abord un exemple qui est donné par Monsieur ALLIOT lui-même et qui est tiré d'une coutume, d'ailleurs assez générale dans l'Afrique Noire, la coutume dite "de l'oncle utérin" Dans beaucoup de coutumes familiales et successorales de l'Afrique Noire et d'autres sociétés, le plus proche parent mâle de l'individu, c'est son oncle maternel, c'est le frère de sa mère. Il y a là visiblement une manifestation de cette famille matrilinéaire qui suivant une conjecture de beaucoup de sociologues, représenterait une phase par laquelle l'humanité serait presque nécessairement passée. Mais pourquoi cette coutume de l'oncle maternel d'où lui vient sa force obligatoire ? Il faut dire, et c'est le postulat de l'explication, que l'oncle maternel est à la fois le plus proche parent de l'enfant, de l'individu, et en même temps celui sur qui s'exerce son agressivité. Dans une famille patriarcale, dans une famille conjugale,

le plus proche parent mâle de l'enfant est le père, et l'on pose en thèse que c'est sur le père que s'exerce l'agressivité de l'enfant. Mais, dans les sociétés où c'est l'oncle maternel qui est le plus proche parent mâle de l'enfant, on voit s'opérer un déplacement dans l'objet, dans la cible, et c'est l'oncle maternel, assure-t-on, qui est l'objet de l'agressivité de l'enfant en même temps que, juridiquement, son plus proche parent. Pourquoi ? Chez les Dogons, en Afrique Occidentale, on raconte le mythe suivant : l'oeuf du monde comprenait deux couples de jumeaux. L'un devait être le gardien de l'ordre et l'autre devait être le principe du désordre. Les deux jumeaux du premier couple réalisèrent le mariage mythiquement idéal en s'unissant entre eux. Le jumeau épousa sa jumelle. Mais dans le second couple, je jumeau mâle sortit de l'oeuf avant terme, abandonnant sa jumelle qu'il aurait dû épouser introduisant ainsi le désordre dans le monde. Sans ce principe de désordre, le frère épouserait sa soeur formant ainsi un couple parfait qui se suffirait à lui-même, qui serait homogène ; tandis que l'exogamie va introduire un évènement hétérogène, par conséquent un conflit. L'individu éprouve une agressivité contre celui qui a introduit le désordre dans le monde, contre le frère de sa mère qui aurait dû épouser la mère, normalement, idéalement et qui ne l'a pas épousée. Il est donc tout à fait naturel que l'agressivité de l'individu se tourne contre l'oncle utérin et corrélativement que l'oncle utérin soit juridiquement regardé comme le plus proche parent de l'individu. Ainsi se fonde cette parenté, cette famille matrilinéaire, cette famille où l'oncle utérin est le plus proche parent de l'individu.

N'objectez pas immédiatement que c'est trop compliqué pour être vrai, pour être naturel à des sociétés primitives. Les éthnographes vous répondraient que l'objection n'est pas pertinente. Il y a des infinités d'exemples de la complication psychologique qui peut habiter les esprits que nous appelons à tort : primitifs. La complication du récit, le raisonnement assez contourné qu'il semble postuler n'est pas une objection contre la véracité de l'explication. L'esprit primitif peut être compliqué. Je me bornerai pour l'instant à décrire les hypothèses, à présenter des échantillons et je voudrais maintenant me demander si l'on trouve dans nos civilisations de type occidental, européen, des exemples semblables de mythes ayant fondé des coutumes.

Il semble que chez nous, j'entends dans nos civilisations occidentales où j'englobe l'antiquité gréco-latine, le mythe soit plus souvent à l'origine d'une fondation de vie, d'un culte, d'un pélerinage, qu'à la racine d'une coutume juridique précise. Cependant, en cherchant bien, je peux vous trouver des coutumes qui, historiquement ont été rattachées, fondées dira-t-on dans cette hypothèse, sur des mythes. Ainsi, dans l'antiquité héllénique, nous trouvons le mythe de l'enfance d'Oedipe. Oedipe, suivant la signification même de son nom : pied enflé, pied bot, est né difforme et il est né difforme parce qu'il est né d'une union que les Dieux avaient maudite ou interdite. Apollon avait interdit à Laïos et à Jocaste ses pères et sa mère de faire source, ou bien, suivant une variante, Apollon avait maudit leur postérité. Donc, parce que ses parents avaient enfreint l'interdit, Oedipe est né difforme ; la légende dit qu'il fut exposé à sa naissance.

Ce mythe d'Oedipe dans l'antiquité héllénique et même dans l'antiquité latine a donné force obligatoire à une coutume qui semble avoir été assez répandue, par laquelle la collectivité, abandonnait, exposait les enfants nés infirmes. Et, remarquez que Laïos signifie étymologiquement l'état ; Laïos, le père qui va exposer son enfant représente la société. C'est là une coutume dont il y a une manifestation très connue dans une des pseudo lois de Lyourgue, cette coutume en vertu de laquelle les enfants difformes étaient abandonnés - non pas par des considérations d'eugénique (parce que la société, parce que l'Etat voulait avoir de beaux hommes), considération surajoutée après coup par des auteurs de l'antiquité, mais probablement, à l'origine, parce que l'on considérait qu'il y avait dans cette naissance d'un enfant difforme la manifestation de la colère d'un Dieu et qu'il importait de détourner la colère du Dieu en faisant disparaître cet enfant sur lequel sa colère s'était matérialisée. La même coutume est d'ailleurs attestée dans le très ancien droit romain semble-t-il, à celà près que c'est plutôt un conseil de voisin qu'un représentant de la cité qui prend la décision d'exposer l'enfant difforme. Ainsi, vous auriez là un exemple de coutume prenant appui sur un rêve fabuleux, sur un mythe.

On a procédé de même à partir du mythe de Cérès cherchant par toute la terre sa fille Proserpine. On a fait découler de ce mythe l'institution juridique de la propriété foncière, de la division et de la mensuration du sol ; parcourant la terre, elle l'é mesurée et ce serait de là que serait venue la propriété privée,

Les droits germaniques ont pu également donner lieu à cé mécanisme d'apparition des coutumes. C'est ainsi qu'en droit, dans les coutumes germaniques, on relève que la peine infligée aux calomniateurs, c'est d'avoir les lèvres cousues. "Poenum...." comme disent les criminalistes allemands, reflet de l'acte que l'on veut punir. On punit le calomniateur par ses lèvres qui ont péché. Or, cette coutume a pris appui dans le vieux droit germanique sur un récit d'origine germano-scandinave où l'on voit que ce châtiment fut infligé à Loki, personnage assez turbulent, un peu comparable, si on veut l'anoblir, à notre Prométhée de l'antiquité hellénique.

Loki parle beaucoup et un jour le châtiment lui arrive sous la forme des lèvres cousues. C'est sur ce mythe de Loki que la coutume germanique prenait son point d'appui.

A partir du moment où les peuples d'occident furent christianisés, ils cherchèrent à appuyer leurs coutumes sur des récits bibliques. C'est ainsi que l'infériorité du bâtard fut reliée au récit de la Genèse, chapitre 21, où l'on voit Ismaël et sa mère Agar ; Ismaël le bâtard est chassé par Abraham lors de la naissance du fils légitime d'Isaac, de la dérive l'explication qui fut donnée de la préférence de l'enfant légitime sur le bâtard. C'est l'election d'Isaac par rapport à Ismaël.

De même, et d'une façon plus célèbre, la communauté de biens entre époux a été constamment fondée au moyen âge sur le récit de la genèse. "Duo erent in carne una" : Eve procède de la même chair qu'Adam, et le mariage les mettra deux dans une même chair. La communauté de biens traduit, sur le plan matrimonial, cette unité charnelle du mari et de la femme.

On voit souvent dans les textes du moyen âge invoquée la parole "Duo erent in carne una", dans des actes où il est fait allusion à la communauté de biens entre époux.

Enfin, mon dernier échantillon, je le prendrai dans une mythologie un peu plus mystérieure, un peu moins localisée : la mythologie des contes de fées.

Vous savez que les contes de fées, tels que nous les connaissons en France dans la version que nous en a donné Perrault, représentent un trésor de légendes communes à beaucoup de peuples et qui remontent à une époque très ancienne dans l'histoire des peuples indo-européens. Or, certains de ces mythes paraissent recouvrir des pratiques de portée juridique. C'est ainsi que le mythe de Cendrillon a été mis en rapport avec la protection juridique de l'enfant du premier lit. Le mythe du Petit Poucet a été relié à la préférence, reconnue dans beaucoup de coutumes paysannes, au dernier né des garçons, dans l'ordre successoral. C'est souvent le dernier des garçons, celui qui est resté avec le père vieillissant, et qui a aidé à exploiter la ferme, qui est préféré pour continuer l'exploitation. C'est le mythe du petit Poucet, le dernier né, le plus malin à certains égards et le préféré de ses parents. Voilà un certain nombre d'exemples, de témoignages qui pourraient illustrer l'hypothèse que nous examinons ici, cette hypothèse d'après laquelle la coutume tire sa force obligatoire d'un mythe.

Je voudrais maintenant vous présenter les difficultés de l'hypothèse. Ces difficultés, sont les difficultés déjà signalées de tout passage du narratif à l'impératif. J'ai déjà eu l'occasion de vous en dire quelques mots à propos de la distinction entre le

fait et le droit quand nous avons étudié la fonction normative de la sociologie juridique. Nous retrouvons ici cette difficulté d'un passage du récit à la règle. C'est que le récit, la fable, peut avoir une ambivalence qui rend le passage malaisé.

Je raisonnerai sur une fable de Lafontaine pour laquelle, Jean Jacques Rousseau lui-même a souligné l'ambivalence : Le corbeau et le renard. C'est un mythe si vous voulez. On peut en tirer une règle, mais quelle règle ? La règle qu'il ne faut pas écouter les flatteurs, ou la règle qu'il faut flatter pour obtenir des fromages ?

Nous savons que c'est la première règle qui est la bonne, mais nous le savons pourquoi ? A cause d'une moralité antérieure à la fable que nous possédons, sans cela le récit en lui-même ne serait pas susceptible de conduire à des conclusions d'ordre législatif parce qu'il serait susceptible par lui-même de deux raisonnements législatifs différents. C'est là la difficulté de l'hypothèse que nous considérons ici : l'incertitude du raisonnement législatif qui nécessairement doit s'interposer entre le mythe et la coutume. Ainsi, il y a un mythe qui est, pourrait-on dire, universel, obsédant, (observé chez un auteur comme Victor Hugo), c'est le mythe des frères ennemis. Vous le trouvez concrétisé dans l'antiquité romaine sous les traits de la légende de Rémus et de Romulus et dans l'antiquité hébraique sous les récits d'Abel et de Caïn. Mais quel est l'aboutissement législatif d'un pareil mythe ? Le raisonnement peut être celui-ci : Il faut prévenir la jalousie entre frères.

Par conséquent, c'est une vieille recette pédagogique que connaissent les parents à toutes les époques à savoir qu'il ne faut pas donner à l'un des enfants un sentiment de frustration, comme nous dirions aujourd'hui, un sentiment de jalousie à l'égard de l'autre. Il faut éviter les occasions d'inégalité.

Mais vous pouvez raisonner d'une manière toute différente et dire que la jalousie entre frères, la rivalité entre frères, est liée à la nature terrestre de l'homme, qu'elle est indéracinable, qu'elle s'emparera de toute les inégalités même les plus insignifiantes pour conclure en une haine à l'égard de l'enfant avantagé. Si bien que le mythe des frères ennemis en prenant différentes formes a donné des conclusions qui sont différentes suivant les époques. Le mythe de Rémus et de Romulus n'a pas empêché le droit romain d'admettre l'égalité successorale entre frères. Le mythe d'Abel et de Caïn n'a pas empêché le droit mosaïque d'admettre le droit d'ainesse. Le mythe en droit moderne n'a pas joué de rôle dans la formation de la coutume successorale où l'on aurait pu rationnellement attendre qu'il en eût un. Ce n'est donc pas le mythe qui confère force obligatoire à la pratique.

En effet, on pourrait expliquer les choses autrement. Les rapports du mythe et de la coutume pourraient s'expliquer d'une manière inverse de celle que l'on vient d'examiner. Nous dirions que la coutume vient prendre appui sur le mythe sans doute, mais qu'elle préexiste au mythe. La séquence des phénomènes pourrait être la suivante : la coutume existe, elle s'est créée par un procédé que nous ignorons, qui n'est pas, en tout cas, le mythe.

La coutume existe à l'origine ; tous, dans la société se plient à elle sans s'interroger sur son origine. Elle a une efficacité immédiate que personne ne met en question. Seulement, dans une seconde phase, sans tomber à proprement parler en désuétude, la coutume perd psychologiquement de sa force. L'esprit crituque s'éveille à l'égard des règles de droit et quelques uns dans la société en viennent à se demander : qui a institué après tout cette coutume ? et pouquoi il l'a instituée ?

Alors, les défenseurs de la coutume , les conservateurs de la société jettent un nom, un nom illustre, un nom respectable et respecté et une histoire va se former autour de ce nom. Cette histoire va ensuite vivre d'une vie propre et va renforcer la coutume. Mais, la coutume a préexisté au mythe, le mythe est en quelque manière surajouté à la coutume.

Ainsi, nous reprenons ce que je disais tout à l'heure du mythe d'Adam et Eve placé à la base de la communauté conjugale. Il est bien certain, historiquement, que la communauté conjugale a existe à l'époque ante-chrétienne dans les coutumes germaniques antérieures à la conversion des tribus germaines au christianisme. La coutume de communauté conjugale est une coutume qui est née avant le mythe d'Adam et Eve en ce qui concerne les sociétés germaniques dont il s'agit. Ce n'est qu'après coup que l'on a invoqué - quand on a connu l'ancien testament,-dans la société germanique ce mythe, pour justifier la coutume de communauté. Le mythe nous apparaît ici très nettement dans l'histoire comme un phénomène de la coutume et non comme sa cause.

Je prendrai un autre exemple. Il n'est pas douteux que dans la propagation de l'idée d'égalité devant la justice, certaines légendes de l'histoire de France ont eu un rôle actif. La légende de Charlemagne distribuant la justice aux écoliers ou la légende de Saint Louis en face de ses patrons ont contribué à fortifier dans la conscience française l'idée de l'égalité de tous devant la justice, indépendamment de la fortune.

Il est évident pourtant que le sentiment de l'égalité devant la justice est un sentiment qui est antérieur et à Saint Louis et à Charlemagne, qui est né indépendamment de ces récits, seulement il s'est fortifié après coup par ces récits, et c'est toujours le même processus, d'abord la coutume puis, pour fortifier la coutume, le mythe ; mais ce n'est pas le mythe qui crée la coutume, c'est la coutume qui après coup vient prendre un appui sur le mythe.

J'en arrive, ayant ainsi restreint la portée de cette hypothèse, à une quatrième hypothèse d'après laquelle la coutume tire sa force obligatoire du mécanisme psychologique de la convention. Entendons-nous bien, il ne s'agit pas d'une convention au sens technique que les juristes doivent donner à ce terme, il s'agit d'une convention plus sociologique que juridique où il y a bien un accord de volonté, un consensus, un arrangement entre deux ou plusieurs individus, mais un arrangement entre deux ou plusieurs individus, mais un arrangement qui n'a pas nécessairement une portée juridique ; nous pourrions aussi bien dire : convenance.

D'après l'hypothèse que nous considérons ici, le mécanisme obligatoire d'où dérive la coutume, serait ce même mécanisme obligatoire qui nous détermine à exécuter un arrangement, un arrangement non juridique, un arrangement d'honneur on dit dans une certaine terminologie, un "gentleman agreement", qui nous détermine à l'exécuter bien qu'en droit, il n'y a rien qui nous y contraigne. Ou encore, le mécanisme obligatoire nous détermine à observer la règle d'un jeu. Quel est donc ce mécanisme obligatoire ?

Si un individu répète l'attitude qui a été pratiquée par un autre individu, ce qui est l'enchainement de la coutume, il a la conviction que(d'autre répèteront à son égard cette même attitude ou bien qu'ils la répèteront)envers d'autres personnes et que de cette réciprocité virtuelle naitra une sécurité générale.

Un psychologue américain, Mead, a fondé la vie sociale sur la capacité qu'a l'homme de se mettre,à la place d'autrui, C'est ce que l'on appelle dans la terminologie de Mead : "l'autre généralisé". Mead explique que la possibilité que chacun a de se mettre à la place de l'autre, permet de distinguer l'homme du chien. (Le chien peut rapporter une balle à l'homme, mais il ne joue pas pour autant avec l'homme ; tandis que le joueur de foot ball joue bien avec les autres parce qu'il peut se mettre à la place des autres par la pensée.) Le chien lui, ne peut pas s'y mettre. Le fondement de la vie sociale c'est cette possibilité, cette faculté de se mettre par la pensée à la place de l'autre. Dans l'apparition de la coutume, il y aurait tout de même la possibilité de se mettre à la place des autres. D'une manière plus concrète, plus simple, on peut dire que la coutume est obligatoire parce que'elle est commode et qu'on l'exécute parce qu'elle est commode.

Sans doute, elle peut être gênante, désagréable, dans un cas donné; seulement, ses avantages permanents font passer l'individu sur les inconvénients du moment et font qu'il y obéit d'assez bon gré. La coutume peut représenter un accommodement, une transaction. Ainsi, supposons qu'il existe une coutume qui consiste, dans les cafés, à donner 10 % environ du prix de la consommation au garçon. C'est une coutume qui, à certains égards, est désagréable puisqu'elle oblige le client à donner plus que le prix qu'il doit légalement. Mais, en même temps, c'est une coutume accommodante parce qu'elle le dispense de donner 20 %. S'il n'y avait pas cette coutume, on ne saurait pas où cela s'arrêterait. Le client serait amené à donner davantage en l'absence d'autres règles.

La coutume représente un point transactionnel. De même dans les rapports entre employeurs et salariés, il existe une coutume, un usage professionnel, variable suivant les professions : l'usage du délai-congé. Lorsque l'employeur fait cesser le contrat de travail, il doit prévenir son salarié un certain temps à l'avance : c'est le délai congé. Si le délai-congé n'existait pas avec une certaine précision fixant le délai à donner suivant la profession, l'employeur serait peut être gêné avec un employé qu'il connaîtrait ; il serait peut être amené à donner un congé plus étendu. En somme, l'usage représentera une sorte de forfait, une sorte de transaction.

Ici, nous rejoignons une notion à laquelle la sociologie américaine, toujours précise, fixait à la flexibilité, à la mollesse, à l'optimisme, à l'accommodement, une notion à laquelle la sociologie américaine attribue une grande importance celle du "law of compromise".

Le droit disent les sociologues américains, c'est souvent une transaction. Il y a sans doute contrainte sur un point, mais cette contrainte est compensée ailleurs par des avantages si bien que l'ensemble n'est plus senti comme contraignant.

Les américains donnent cet exemple qui n'est pas de droit qui est de moeurs dans les familles. On permet aux enfants une certaine dose de bruit à condition qu'ils observent une certaine dose de silence. C'est un droit de transaction et tout le monde est content. Ainsi, il y a sans doute une part de contrainte mais qui est compensée par une part de liberté. Sur un plan plus juridique nous pouvons voir comment l'accommodement peut fonder la coutume, la journée de travail d'une domestique, du moins avant les conventions collectives, a toujours été plus longue que celle d'une ouvrière d'usine. Mais, en contre-partie, il était d'usage de ne demander aux servantes, l'après-midi, que des travaux légers. La longueur de la journée de travail était compensée par la légèreté du travail dans une partie du temps. C'est là une sorte d'accommodement implicite, entre les parties. Cette coutume avait dû se fonder, devenir obligatoire, être sentie obligatoire par ce processus d'accommodement, de convention, par cette balance entre les avantages et les inconvénients.

Voilà la dernière hypothèse, mais me direz-vous, quelle est la bonne ?

Il est possible qu'il n'y ait pas d'explication générale et qu'il faille distinguer selon divers types de coutumes.

Le mythe peut avoir une valeur, ne serait-ce qu'une valeur à postériori, comme nous l'avons vu, une valeur de renforcement pour les coutumes des sociétés primitives. Les mécanismes d'habitude et d'imitation expliqueront plus volontiers les coutumes statiques des sociétés rurales. Le mécanisme de la convention, de la convenance, de la commodité concerne surtout les usages si nous donnons à ce terme son sens particulier, les usages conventionnels que l'on rencontre plus dynamiques, plus changeants dans les sociétés urbaines.

Il est possible que chacune des explications proposées ait plus de valeur pour une catégorie de coutumes. Je vous l'ai dit d'emblée, la notion générale de coutume est trop générale pour être exacte sociologiquement et sans doute, l'avenir obligera la sociologie juridique à différencier divers types de coutumes à l'intérieur de la catégorie générale. L'observation décisive manque d'ailleurs, et elle risque de manquer toujours, qui pourrait nous faire saisir d'une façon cruciale le mécanisme obligatoire de la coutume. En effet, il faudrait pouvoir saisir dans son détail la genèse d'une coutume. Or, c'est très difficile parce que d'abord beaucoup de coutumes sont anciennes, et l'histoire ne nous livre à leur sujet, sur leur genèse que des renseignements extrémement généraux, elle ne nous décrit pas l'enchainement fait par fait, pratique par pratique, au terme duquel la coutume serait devenue la règle de droit obligatoire. D'autre part, la genèse d'une coutume demande du temps.

Combien de temps faut-il pour que l'on soit en présence d'une coutume constituée ? C'était un problème de notre vieux droit coutumier, mais très certainement cela se chiffre par des dizaines d'années. C'est décourageant pour les observateurs. On pourrait peut-être, pour essayer de saisir, appréhender la genèse d'une coutume ; travailler sur certains usages conventionnels de formation récente ou même, pourrait-on dire, en voie de constitution sous nos yeux. Il y a, à cette égard, un phénomène auquel on pourrait songer.

Vous savez que pour la répartition de la charge des réparations entre le bailleur et le preneur à loyer, le code civil renvoie aux usages locaux. Ce sont les usages qui ont déterminé la répartition des réparations, entre réparations locatives incombant au locataire et réparations d'entretien incombant au preneur. Par plusieurs indices, on a l'impression, qui a été du reste exprimée par divers juristes, que l'usage est en train de changer quant à la répartition, quant à la notion de réparations locatives.
La diminution des ressources des bailleurs, par suite de l'application de la législation spéciale des loyers a eu pour conséquence que beaucoup de bailleurs n'ont plus fait les réparations qui, légalement, d'après les usages locaux auxquels ils étaient soumis, s'imposaient à eux et à ce moment là, on a vu les locataires, spontanément accomplir ces réparations. Est-ce que cette pratique en se généralisant n'est pas devenue un usage corrigeant l'usage précédemment en vigueur sur la notion de réparations locatives ? Est-ce que nous ne sommes pas en présence d'usage en train de se former ?

Il y aurait là matière à enquête. Ce serait une enquête dont la technique serait à préciser, il faudrait sans doute inter-

roger des notaires, des agents immobiliers, procéder à des enquêtes directes auprès de bailleurs et de locataires, sur un échantillonnage convenablement choisi. On pourrait voir si une coutume est en train de se former et essayer de décomposer ce mécanisme de formation de la coutume. Ce serait cependant, je le dis tout de suite, assez compliqué.

Il y a un autre procédé pour essayer de saisir d'une façon plus générale, le mécanisme d'apparition de la coutume. Ce procédé consisterait dans l'observation, de sociétés enfantines. Cette observation a déjà été faite dans une autre perspective.

L'observation, en effet, et c'est pourquoi les sociologues américains aiment opérer sur des groupes d'enfants, peut être ici multipliée. D'autre part, la formation de la règle de conduite demande beaucoup moins de temps dans une société enfantine que dans une société adulte parce que le rythme de vie de l'enfant est plus rapide que le rythme de vie de l'adulte.

Il faut essayer de saisir comment nait le sentiment de la force obligatoire d'une règle que nous pourrons qualifier de coutumière bien qu'elle ne soit pas proprement juridique, à l'intérieur d'une société enfantine. De là, nous pourrons peut être déduire des conclusions valables pour la société adulte.

Le postulat de la déduction, c'est la loi de Haeckel qui voterait pour la biologie et qui se forme ainsi : l'endogénie résume la philogénie, c'est à dire le développement de l'être résume le développement de l'espèce. On a transporté cela en sociologie et c'est devenu la loi socio-génétique de Moréno laquelle se formule ainsi : l'organisation spontanée des groupes d'enfants

se développe en passant successivement par des stades d'intégration analogues à ceux des sociétés ancestrales au cours de leur évolution historique. Vous voyez l'intention ; de même que le développement part de l'embryon et reproduit, selon Haeckel, l'évolution de l'être vivant, de même, l'évolution d'un groupe d'enfants reproduirait en microcosme l'évolution des sociétés adultes à travers l'histoire. C'est le postulat, pour que l'on puisse transporter à la société les observations que l'on aura faites sur des groupes d'enfants.

Nous avons l'avantage d'avoir ici des observations déjà faites. Piajet, spécialiste de la sociologie enfantine, s'est livré à des recherches sur la genèse de certaines règles de jeux dans les sociétés enfantines. Nous pouvons admettre qu'une règle de jeu dans la société enfantine à la même substance sociologique qu'une coutume dans la société adulte. Il y aurait peut être des réserves à faire, mais encore une fois j'élimine les difficultés.

Je ne me suis pas posé de problème au sujet de la loi socio-génétique, je ne m'en pose pas davantage ici sur le point de savoir si, substantiellement, une règle de jeu est la même chose pour une société enfantine qu'une coutume dans une société adulte.

Je veux simplement vous livrer les résultats des observations de Piaget, qui sont subjectifs même si ils ne sont pas vrais.

Piaget a opéré sur les règles du jeu de billes. C'est un jeu qui est fort ancien parait-il, qui remonte dans la nuit des temps et dont les règles présentent une certaine constance, je ne dis pas une immuabilité, à travers le temps.

Piaget a cherché quelle était la mentalité des enfants suivant leur âge à l'égard des règles de jeux dont il s'agit, comment ils sentaient le mécanisme obligatoire de ces règles.

Le problème touche directement à celui que nous examinons ici. Comment ces règles ont-elles commencé, comment les enfants s'imaginent-ils que les règles de jeux ont commencé. Ont-ils le sentiment qu'elles ont toujours été les mêmes et que l'on puisse en changer ?

Piaget remarque lui-même que ce ne sont pas ces questions métaphysiques qui troublent spontanément les enfants. Il faut les leur poser et les leur poser en termes concrets. Il y a évidemment toute une technique dans ces enquêtes sur des coutumes enfantines que les spécialistes de la psychologie enfantine connaissent bien et dont il faut leur laisser le maniement. Or, Piaget a été amené par son enquête à distinguer trois stades dans le développement des enfants.

Un premier stade se situe de 5 à 7 ans, un second stade de 7 à 10 ans et un troisième stade après 10 ans.

Dans ce premier stade, qui je le répète, se situe entre cinq et sept ans, les réponses obtenues montrent que l'enfant rattache la règle à quelque chose qui lui lui est supérieur, et corrélativement, considère la règle comme sacrée et immuable. Plus concrètement, il pense que la règle a été inventée, imaginée, créée par des grandes personnes ou même par des "grands", des plus grands que lui.

Je vous citerai quelques uns des réponses qu'a obtenu Piaget "c'est mon frère qui m'a montré", "c'est mon papa qui a montré à

mon frère", "mon papa fait comme ça, on ne lui a pas dit c'est des gens qui ont trouvé ça, des grands messieurs". Je m'explique tout de suite. Les enfants que Piaget interroge sont des enfants du canton de Neüchatel ; Piaget est suisse et il a fait ses recherches en Suisse française. Quand on demande aux enfants comment les"grands messieurs" ont su, ils répondent : "Ils ont inventé". Je dois dire que je me suis livré moi-même à certaines observations qui ont recoupé celles de Piaget. J'ai obtenu les réponses suivantes : - Tout le monde. -Qui, tout le monde ? - Les autres mais pas moi ; ou bien, - ça a été inventé par un grand de telle classe.

Ainsi, l'idée générale qui explique la mentalité de l'enfant à cette période de sa vie, c'est qu'il attribue la règle à de plus grands que lui, à des êtres qui lui sont supérieurs, il la considère, si nous traduisons en termes adultes, comme le droit divin, et le corollaire, c'est que les règles sont sacrées et immuables. Ainsi, au premier stade de cette vie collective, il résulte un respect mystique pour la règle et il résulte également que les règles sont éternelles, qu'elles ont été données d'en haut ; transposée à la société adulte, la règle vient de Dieu. Ce serait l'origine mythique de la coutume.

Au second stade qui se situe entre huit et dix ans, -j'ai toujours un doute sur les âges dans les observations de Piaget parce qu'il a opéré sur des Suisses et qu'il y a des rythmes de développement qui ne sont pas analogues d'un pays à un autre.

Vers dix ans donc, dans le rythme suisse, on assiste à un raisonnement que je qualifierai de quasi-fortérien.

Il y a, une sorte de sociologie fortérienne, qui est fort négligée aujourd'hui. Je dis "fort négligée" parce qu'on ne la considère plus comme scientifique. Forter subodorait dans toutes les pratiques, dans toutes les coutumes, des combinaisons forgées par des imposteurs, spécialement par des prêtres ou par des aristocrates désireux d'asseoir leur autorité par des procédés un peu bizarres. Il ne se disait pas, ce qui est le réflexe proprement sociologique d'aujourd'hui, que ces pratiques qui lui paraissaient singulières avaient une origine naturelle. Il fallait remonter à une imposture, à une manoeuvre. A ce second stade de la vie de l'enfant on assiste à une apparition de mentalité sociologiquement fortérienne et l'enfant répond : "Il y en a qui inventent des règles pour gagner beaucoup plus de billes", "mais ça ne prend pas toujours", ajoute quelqu'un.

A ce stade d'ailleurs, l'esprit critique de l'enfant admettra que son père et son grand père ont pu jouer aux billes autrement que lui, que la règle a pu changer. La règle a quelque chose d'arbitraire ; c'est une création de quelques uns qui sont plus forts psychologiquement que les autres, plus rusés que les autres et par conséquent, la règle est mobile.

Ainsi, à ce second stade, variabilité possible de la règle et en même temps idée que la règle a pu être créée par ses égaux.

Troisième stade : après dix ans. On entre dans l'ère démocratique. La règle apparait à l'enfant comme le résultat d'une libre décision. Elle est digne de respect dans la mesure où elle est mutuellement consentie. Elle est fondée sur une idée de coopération.

On a une règle de jeu parce que c'est la seule manière raisonnable de jouer. Il faut une règle pour pourvoir jouer, tout le monde consent à la règle afin qu'il puisse y avoir un jeu.

Ainsi, vous le voyez, l'explication, quant à l'origine de la règle parait osciller entre deux pôles : le pôle de la contrainte, la règle est imposée, et le pôle de la convention, la règle est consentie librement par chaque individu. C'est une contrainte que chacun s'impose à lui-même. Il y a donc passage d'un stade autoritaire à un stade démocratique et si vous transposez à la société adulte, vous pourrez admettre qu'il y a une loi de développement qui veut que la société passe d'une ère, d'une époque, d'une phase où la règle est sentie comme contraignante et extérieure, à une phase où la règle est sentie comme venant des individus intéressés eux-mêmes et qui est plutôt conventionnelle que contraignante.

Je ne veux pas d'autre conclusion que ces observations de Piaget, vous laissant le choix de méditer sur elles, de réfléchir, si cette observation peut réellement être transposée à la société adulte. Il y avait là un rapprochement intéressant qu'il convenait de faire.

Vous vous souvenez que j'avais retenu deux problèmes relatifs à la coutume : le problème du mécanisme obligatoire que nous venons d'examiner et le problème un peu différent, malgré les apparences extérieures, de l'origine de la coutume.

11 - L'ORIGINE DE LA COUTUME

C'est un problème beaucoup plus classique que le précédent. On se demande si la coutume vient du peuple, de la masse ou si la coutume vient des juristes, des techniciens.

On dit volontiers : la coutume, c'est la mémoire collective. Mais la mémoire collective de qui ? De l'ensemble de la société ? de la société globale ? du peuple, vulgairement parlant ? ou bien du petit groupe des techniciens, des praticiens du droit, des légistes, des juristes ?

Il y a là un problème qui a des correspondances dans d'autres problèmes. On s'est demandé si c'était un individu qui avait écrit l'Illiade et l'Odyssée, ou si c'était un peuple. On s'est demandé si les chansons de gestes étaient l'oeuvre d'un trouvère ou une oeuvre collective. On s'est demandé si telle ou telle guerre avait été gagnée par un général ou par ses fantassins. Est-ce que la coutume a été faite par des techniciens ? ou bien par des peuples ? les deux thèses ont été présentées.

Première thèse : LA COUTUME DES PEUPLES

Cette thèse a été développée en particulier par le romaniste que vous connaissez, notamment à propos de ses théories de la possession : Charles de Savigny. Charles de Savigny, chef de l'école historique allemande, considère la coutume comme une émanation de l'âme du peuple tout entier : l'âme, l'esprit du peuple, de la nation en tant qu'un tout formant la société globale.

Ihering, quoique opposé dans sa conception générale du droit à Charles de Savygny, n'est pas au fond d'une opinion différente sur le point de la coutume car il définit la coutume comme une production,(l'expression est assez significative), inconsciente et somnambulique du droit. Il voulait dire que la coutume est instinctive, intuitive et non pas volontaire, consciente. Elle est l'instinct de la masse, l'instinct du peuple, l'esprit d'un peuple.

Ici Ihering ne se sépare pas tellement de Savigny. La coutume est anonyme, dira-t-on, comme le sont les chants populaires, comme le sont les proverbes ; tout cela, ce sont des productions de la masse, des productions du peuple.

Je vous citerai encore une formule d'un juriste belge qui a une certaine réputation de philosophe du droit au début de ce siècle, il s'agit d'Edmond Picard qui nous a laissé l'ouvrage appelé : "Les constantes du droit". Il dit que par la coutume, le peuple fait le droit. En anti-thèse à cette théorie, on soutient parfois, souvent même, que la coutume est technicienne. C'est même, je pense, l'opinion la plus répandue aujourd'hui et d'abord chez les historiens du droit. Nos historiens du droit, spécialement ceux qui ont étudié l'histoire du Droit Français, par opposition aux romanistes, nos doyens du droit considèrent volontiers que la coutume est une création des praticiens, des légistes, des juristes mais non pas une création du peuple tout entier.

Planiol, historien lui-même, avait présenté cette thèse avec une certaine force, et des arguments qui peuvent sembler significatifs. Il identifiait nos coutumes françaises avec des jurisprudences. Il était parti d'une constatation en effet assez frappante, à savoir que sur la carte des coutumes de l'ancien droit, il y a une coincidence entre les ressorts coutumiers et les ressorts judiciaires. Il en a déduit qu'en réalité, les coutumes avaient été produites par les jurisprudences. La cellule coutumière, c'est la cellule judiciaire. Les coutumes sont constituées par cette dernière car les coutumes ont été à l'origine des jurisprudences.. Donc, ne pas chercher à l'origine de la coutume une création du peuple tout entier, c'est une création des juges.

Chez les non civilistes, la même idée prédomine aujourd'hui. Les civilistes observent que la coutume proprement dite ne joue plus qu'un rôle secondaire en Droit Français moderne.

De véritables coutumes, nous n'en trouvons que sous la forme de renvoi, de délégation de la loi elle-même. Le code civil, notamment dans certains cas, renverra aux usages locaux. Ce ne sont pas les formes vivantes de la coutume. La forme vivante de la coutume, remarquent les civilistes, c'est la jurisprudence, c'est la pratique extra-judiciaire, notamment la pratique notariale. Or, il est évident que la jurisprudence, que la pratique extra-judiciaire ne sont pas des créations du peuple tout entier, ce sont des créations d'un petit nombre de techniciens du droit. Donc, la véritable coutume, c'est une coutume qui procède du monde des techniciens, ce n'est nullement une coutume créée par l'ensemble du peuple, par la société globale.

Telles sont les deux thèses en présence : coutumes d'origine populaire, coutumes d'origines technicienne. Que pouvons nous constater dans l'histoire si nous y regardons de plus près ? Je pense qu'il faut distinguer entre la formation de la coutume et sa formulation. La formulation, la rédaction de la coutume n'intervient qu'après coup, longtemps après coup bien souvent. La formulation est normalement l'oeuvre de techniciens, mais c'est une déclaration de pratiques préexistantes.

On peut se demander si les historiens du droit ne se sont pas trop arrêtés à cette phase de la coutume : la formulation, sans remonter toujours à la phase antérieure qui est la phase de la formation.

Il ne faut pas présenter cette remarque comme une critique ; nos historiens du Droit ont été tout naturellement amenés à considérer la phase de la formulation parce qu'ils ont travaillé sur les coutumes de notre ancien Droit à une époque considérée déjà assez proche. Ils ont tout spécialement travaillé sur ce grand phénomène très important pour l'histoire du Droit Français, qu'a été la rédaction des coutumes au 16ème siècle ou même, en remontant un peu plus, les compilations de coutumes au 13ème, 14ème et 15ème siècles. Mais ce sont là des phénomènes seconds, si l'on considère l'évolution de la coutume dans toute son ampleur.

Avant la rédaction des coutumes, avant même les compilation privées qui ont précédé les rédactions des coutumes, les coutumes ont existé. Ainsi, on retient parfois, à l'appui de la thèse, suivant laquelle la coutume serait d'origine technicienne, des faits comme celui-ci, que dans le prologue de la loi salique quatre sages sont nommés qui auraient joué un rôle capital ; mais un rôle capital dans quoi ? Dans la rédaction de la loi salique. Mais il est certain que la rédaction de la loi salique a opéré sur des coutumes germaniques antérieures. C'est une phase déjà relativement moderne que celle de la rédaction des coutumes, et l'intervention de quatre sages qui pourraient être et qui ne sont peut-être pas des techniciens du droit, des juristes, des légistes, des juges, qui sont peut être tout simplement des anciens de la tribu, donc des éléments populaires ; Ninsistons pas là-dessus. En tout cas, la rédaction de la loi salique par les quatre sages ne représente qu'une phase déjà récente dans l'évolution des coutumes germaniques, qui se sont formées bien antérieurement.

A fortiori, quand on retient le rôle déterminant qu'ont joué les commissaires au royaume dans la rédaction des coutumes au 16ème siècle, il me semble qu'il n'y a pas là un argument probant contre le caractère populaire des coutumes.

Dans la rédaction du siezième siècle, il est bien certain que les techniciens ont un rôle déterminant, mais cette rédaction c'est une phase récente dans la vie des coutumes françaises. Les coutumes françaises sont bien antérieures au seizième siècle, et si l'on remonte à l'époque plus occulte du haut moyen âge où les coutumes françaises se sont formées, souvent d'une façon spontanée, il est probable qu'à cette phase-là, l'élément technicien n'est pas intervenu. Que trouve-t-on ? On trouve des coutumes de la terre, des coutumes de manoir comme disent les Anglais. Ce sont des groupes de paysans qui se forment autour de la terre et qui sont usagers de la terre. Ils ont des pratiques constantes, uniformes, des pratiques qui sont des convenances ; c'est spontanément, obscurément que dans cette période du moyen âge se forment les pratiques de la terre ou encore les pratiques de la forêt. Il n'y a pas d'intervention des techniciens pour la formation des coutumes. Les techniciens, les praticiens du Droit ne sont intervenus que plus tard, avant les rédactions mêmes du seizième, dans les compilations privées du treizième au quinzième siècle, mais l'élaboration des coutumes est antérieure et elle paraît bien avoir été spontanée, avoir été populaire.

Nous rencontrerons un autre témoignage de cette évolution dans la procédure de preuve des coutumes dans l'ancien droit.

A l'origine, on observe l'existence d'une procédure spécifique de preuve des coutumes. Quand la coutume est contestée, on procède devant les tribunaux à une enquête par turbe, "per turba", le mot est d'ailleurs significatif, "par foule" ; on appelle un nombre très élevé de témoins qui viennent dire quelle est la coutume. Mais, initialement, ces témoins ne sont pas des techniciens, c'est un jury populaire qui rend un verdic sur l'existence de la coutume. Seulement, dans le cours des siècles, on assiste à un processus de dégradation de ces caractères populaires de la turbe. Sous l'influence du droit savant, du droit romain, à partir de la renaissance du croit canonique, on constate qu'au jury populaire va se substituer de plus en plus une sorte d'expertise technicienne. Les parties prennent l'habitude de choisir les témoins qui vont constituer la turbe. Ils seront tout naturellement amenés à choisir, comme témoin des professionnels du droit dont on peut penser qu'ils connaissent mieux la coutume.

On voit donc, au quatorzième siècle, se substituer les professionnels aux juristes populaires. Ce sont des avocats, ce sont des procureurs que l'on appelle dans les turbes.

Vous voyez sous l'angle de la preuve la même évolution, un passage de l'élément populaire à l'élément technicien. Mais, cette évolution populaire ne signifie rien contre l'origine même de la coutume. On peut admettre qu'à l'origine, la coutume a bien été populaire. Est-ce que le raisonnement vaudrait aussi pour les coutumes de formation récente ?

Pour les coutumes actuelles, nous constations une dualité de sources. Nous avons dans notre droit des coutumes d'origine poupulaire et des coutumes d'origine savante. Si, en effet, vous prenez la notion de coutume, (et sociologiquement, il n'y a pas de raison de ne pas la prendre ainsi dans son sens large accepté par beaucoup de civilistes, sens où l'on fait rentrer dans la notion de coutume la jurisprudence et la pratique extra-judiciaire spécialement la pratique notariale), il est bien évident que tout un pan et même le pan le plus important du droit coutumier actuel est un droit coutumier d'origine technicienne. La jurisprudence, la pratique notariale, ce sont les techniciens, les praticiens du droit qui la forgent. Il est certain que quand la jurisprudence consacre la maxime : "nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui", ou bien, plus significative encore d'un aspect technicien, la maxime : "quieta per alia perpetua.....", ce n'est pas le peuple qui a dit cela, ce sont des techniciens. Il y a cependant des coutumes d'origine pppulaire. Les usages professionnels, malgré les apparences, ressortissent à l'origine populaire de la coutume ; ce qui fait illusion, ce qui nous trompe, c'est qu'ils créent un trouble, c'est qu'il ne s'agit pas de l'ensemble de la société mais simplement de l'ensemble d'une profession. Le terme "populaire" étant pris dans un sens spécial, par opposition à "technicien", nous pouvons dire que, dans ce sens là, les usages professionnels, et il s'en crée de nos jours, ne sont pas d'origine technicienne, ils sont d'origine populaire.

Donc, sur ce problème de l'origine de la coutume, vous pouvez voir qu'il n'y a pas de réponse uniforme, ni à travers le temps, ni, pour notre époque, dans l'espace, il y a une origine populaire qui, historiquement paraît être l'origine par excellence de la coutume, mais une évolution certaine fait la technicisation de la coutume, évolution qui se manifeste de nos jours par une part considérable de coutumes, de coutumes techniciennes, de coutumes forgées par des juristes.

Voilà un certain nombre de réflexions d'ordre sociologique que m'a suggéré la notion de coutume. Nous allons maintenant consacrer des développements à la notion de loi. C'est le B de cette section intitulée : règles de droit.

B - La loi

La loi doit être entendue ici dans un sens large qui déborde l'acception technique de notre hiérarchie constitutionnelle française. On oppose la loi aux règlements administratifs encore que nous aurons à faire état de cette opposition entre la loi et le règlement.

La loi, au sens large du terme, désigne toute règle de droit formulée par un organe étatique spécialisé à cette fin. Il y a un processus de division du travail à l'origine de la notion de loi. On dit encore, en sociologie, que la loi, c'est la règle de droit consciente, volontaire, par opposition à la règle instinctive de la coutume.

Il est probable que sociologiquement, il y a un peu un contre-sens à avoir une notion unique de la loi. Un jour viendra sans doute où la sociologie fera des distinctions sociologiquement nécessaires à l'intérieur de cette catégorie générale. Mais suivant quel critère ? le fera-t-elle ? Cela n'apparait pas encore nettement, et provisoirement, nous pouvons opérer sur cette catégorie unique de la loi tout en nous disant bien qu'elle n'est pas homogène. Il est bien certain que réunir dans la même catégorie les Douze Tables et tel décret récent sur la construction des H.L.M., ce n'est pas très satisfaisant pour la sociologie. Réunir dans la même catégorie le principe de l'article 1134 du code civil : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" et d'autre part un arrêté municipal limitant la vitesse des poids lourds dans telle commune, ce n'est pas, davantage satisfaisant. On voit encore mal quelles seraient les classifications à faire à l'intérieur de la catégorie ; donc, opérons sur la notion générale ; il y a des problèmes généraux que l'on peut essayer de faire apparaître sous cette catégorie provisoirement homogène.

Dans la description sociologique classique, on considère la loi comme un phénomène juridique postérieur à la coutume. C'est même une hypothèse que la coutume aurait été modifiée, que la loi aurait été un mécanisme créé, inventé par l'homme pour modifier la coutume. Il y avait un fonds coutumier qu'il fallait, sous l'empire de besoins nouveaux, ébranler. Pour ébranler ce fonds coutumier l'homme a imaginé la loi qui a été un instrument de progrès un instrument d'évolution.

Les "leges regis", les lois de l'époque royale, dans le très ancien droit romain, ont eu probablement ce rôle. Il est même vraisemblable que ce n'était pas des lois abstraites, générales, que c'était des lois individuelles, des lois particulières, pour déroger, en faveur de tel ou tel individu, à une coutume générale préexistante ; de même que le testament "calamis comissis" était à la même époque une dérogation votée, une sorte de loi pour déroger à l'ordre successoral coutumier. Dans un cas particulier. Les "leges regis" auraient été dans cette hypothèse, particulières, individuelles. Ce n'est là qu'une hypothèse. Je dirai que l'hypothèse inverse existe chez les romanistes, d'après laquelle la Rome antique n'aurait pas connu notre question de coutumes. Les mauresques feraient quelque chose de très différent des coutumes juridiques. Il n'y aurait eu dans le très ancien droit romain que des lois.

La première hypothèse de la préexistence de la coutume est plus répandue chez les sociologues. On propose des exemples du même phénomène de dérogation aux coutumes par la loi, de création de la loi pour déroger aux coutumes dans l'antiquité. C'est ainsi que suivant une hypothèse historique les lois de Solon auraient été des dérogations ; tel aurait été le rôle de ce personnage moitié mythique, moitié historique ; il aurait été un réformateur des coutumes préexistantes et notamment ses lois en matière successorales auraient eu pour but d'écarter le fonds coutumier préexistant.

Ici, nous retrouvons un exemple plus légendaire, mais peut-être plus frappant. Le débat que vous connaissez entre Antigone et Créon, ce débat, qui, dans l'interprétation la plus répandue oppose le droit naturel représenté par Antigone au droit positif représenté

par Créon aurait été, dans la réalité historique tout autre chose. Il aurait été le conflit entre le droit coutumier, les vieilles lois qui ne sont écrites nulle part ainsi que le dit l'Antigone de Sophocle, et le droit légal, les édits d'un prince ami du progrès (du moins en matière de pompes funèbres) qui veut déroger, écarter, ce fonds coutumier.

Point, par conséquent, de conflit entre droit naturel et droit positif, conflit, nous disent les tenants de cette hypothèse, qui est tout à fait étranger à la mentalité de cette époque hellenique, mais un conflit entre la coutume et la loi dérogatoire à la coutume. Remarquez, suivant toujours l'hypothèse de notre ancien droit français que les établissements du Roi, au moyen âge ont eu la même sanction. Les établissements du Roi étaient utilisés à l'occasion, pour confirmer, mais surtout, modifier parfois abat-, abroger le droit coutumier. Ainsi, vous voyez ce rôle sociologique de la loi dans l'évolution historique. La loi est un élément mobile, qui vient déroger à la coutume.

On peut se poser, à propos de la loi ainsi entendue, les mêmes problèmes qu'a propos de la coutume. Un problème de mécanisme obligatoire. Comment la loi est-elle sentie par ses sujets ? Est-elle contraignante ? C'est un problème d'origine. J'ajouterai une troisième question qui est suggérée par les formes modernes de la loi au sens large du terme, par l'existence des règlements. Il y a un problème sociologique du pouvoir règlementaire, problème qui, évidemment, n'a pas d'équivalent en matière coutumière. J'intercalerai même l'examen de ce problème entre le mécanisme obligatoire et l'origine de la loi. Cela fera un numéro à l'intérieur de ce plan.

1 - Mécanisme obligatoire de la loi

Par quel processus psychologique la loi devient-elle obligatoire ?

Si l'on s'en tenait aux vues du droit dogmatique, il n'y aurait pas de difficultés ; en tout cas pas les mêmes difficultés qu'en ce qui concerne la coutume.

La loi, en effet, dans cette perspective qui est celle du droit dogmatique, nous apparaît comme une volonté instantanément émise par un organe spécialisé et une volonté qui est assortie de la force (par définition même, la loi, dans nos techniques modernes est assortie de la formule exécutoire) ; donc, semble-t-il d'un point de vue de droit dogmatique, il n'y a pas de difficultés pour savoir comment lui vient la force obligatoire. C'est un commandement qui emporte obéissance, dogmatiquement. Et pourquoi ? Si nous essayons de pénétrer plus avant, de faire apparaître le mécanisme psychologique qui détermine l'obéissance du sujet à la loi nous verrons que c'est à cause de la contrainte, parce que la contrainte sociale dont est assortie la loi est crainte par le sujet. C'est un mécanisme psychologique de crainte qui est à la base de la force obligatoire de la loi. Le législateur étant un organe de l'Etat il a l'exercice et le monopole de la violence. Voilà l'explication psychologique de la force obligatoire.

Toutefois, la sociologie ne peut pas s'arrêter à une vue aussi simple. La crainte n'est certainement pas le seul ressort de l'obéissance à la loi. La sociologie durkheimienne a peut être mis trop l'accent, j'ai déjà eu l'occasion de le dire, sur cet aspect, rigidement contraignant de la loi. Il y a dans l'obéissance spontanée et le mécanisme d'obéissance à la loi

peut être, a-t-on dit en sociologie, déterminé par des mythes.

Nous retrouvons ici par conséquent cet appel au mythe que nous avons rencontré en ce qui concerne la coutume. Et même ici, l'appel au mythe est moins conjectural qu'en matière de coutume parce que dans la coutume, il s'agissait de mythes, si je puis dire, spéciaux, de mythes concrets, variables avec chaque coutume concrète. Ici, il s'agit de mythes généraux qui valent pour toutes les lois à l'intérieur d'un même système juridique. On trouve ici le mythe du droit divin, le mythe de la volonté nationale, le mythe de la volonté ancestrale, trois grandes catégories de mythes qui peuvent fonder le mécanisme psychologique par lequel la loi devient obligatoire.

Tout d'abord, le mythe de la révélation. Je m'explique. Mythe ne signifie pas en sociologie : mensonge ; il s'agit d'une croyance qui n'est pas susceptible de démonstration rationelle : d'un acte de foi.

Normalement, le mythe de la révélation est le support de croyances religieuses, mais, dans les sociétés où le droit ne se différencie pas de la religion, (et il en est ainsi dans beaucoup de sociétés à certains stades de leur développement). Dans ces sociétés, le mythe de la révélation peut servir de support à la force obligatoire de la loi. Le phénomène de la loi se retrouve ainsi à plusieurs époques. Il faut noter que dans ce mécanisme obligatoire, le législateur humain ne disparait pas, il subsiste nécessairement comme un intermédiaire. L'homme législateur n'a pas un rôle de création de la loi, il n'y qu'un rôle de déclaration d'une loi qui a été créée par la divinité, et la conviction qu'aura

le sujet d'obéir à la volonté de la divinité soutiendra l'obéissance à la loi.

La révélation judaïque est un exemple très frappant de ce mécanisme obligatoire de la loi. Il y a dans l'ancien testament une loi qui a été donnée directement à Dieu, c'est le décalogue, le récit de l'Exode aux chapitres 19 et 20, récit très matérialiste avec une mise en scène : coups de tonnerres, éclairs, nuées, trompettes etc..., tout à fait subjective ; mais au delà du décalogue, il y a bien d'autres règles de droit dans l'ancien testament. Indirectement, toute la loi au sens judaïque du terme constitue un ensemble de règles de droit inspirées : la thora. Chez les talmudistes du reste, la thora, la loi est représentée comme ayant existé dés le principe, dés l'origine du monde, la thora a coexisté avec Dieu, elle est une hypostase de la divinité. La révélation a été le support de la force obligatoire d'un système de droit, : le droit mosaïque, droit religieux mais qui couvre des secteurs de droit civil.

Parallèlement, la révélation coranique nous donne l'exemple d'un système juridique fondé sur le mythe de la volonté divine, sur le mythe de la révélation.

Le Coran qui est une loi, et dans la théologie musulmane, quelque chose d'incréé, a été simplement révélé au prophète, mais ce n'est pas le prophète qui a créé les règles de droit contenues dans le Coran. Il s'est borné à les déclarer ; elles existaient avant lui de toute éternité et c'est la volonté divine qui est le support de la force obligatoire de ces lois. L'explication est différente, elle représente un degré vers la laïcisation.

Dans le mythe de la volonté des ancêtres, il y a quelque chose de religieux au sens large du terme, de mystique dans cette explication du mécanisme obligatoire de la loi, mais nous ne sommes plus sur le terrain proprement théologique. Dans cette conception, c'est la volonté des morts qui fonde la force obligatoire de la loi. La loi, dira-t-on, est une sorte de testament. Nous avons précisément dans la bible, un exemple assez remarquable de cette conception de la loi fondée, dans son mécanisme obligatoire, sur la volonté des morts ; c'est dans Jérémie au chapitre 35 ce que le prophète nous dit de la fidélité de la tribu des Récabites qui l'oppose à l'infidélité de Judas.

Cette tribu des Récabites était vraisemblablement, sociologiquement, une tribu nomade, avec des lois particulières qui semblaient singulières aux hébreux et notamment il y avait prohibition absolue de l'usage du vin, une prohibition absolue de la propriété foncière.

Quel était le fondement que les Récabites attribuaient à la force obligatoire de cette loi ? C'est un ordre que nous avons reçu de Jonadab, fils de Récab, l'ancêtre de la tribu de notre père. C'est un ordre que nous avons reçu d'un mort. Voilà l'explication de ce mécanisme obligatoire. Ce n'est pas la loi de Dieu, c'est la loi d'un ancêtre, c'est la crainte du père, la crainte des ancêtres, la crainte des morts. On rejoint la notion de coutume, mais ici, la coutume s'est formulée dans une sorte d'acte juridique, dans une sorte de testament. La base, le support de la force obligatoire de la loi est le même que le support de la force obligatoire du testament, : la volonté

effrayante et par là respectable des morts.

Notez qu'à l'époque historique, vous trouverez des applications certaines de ce mythe de la volonté des ancêtres à la base de la force obligatoire des lois.

Dans la technique constitutionnelle, si l'on peut dire, de la monarchie absolue sous l'ancien régime, la force obligatoire de telle ou telle loi était souvent rattachée à la volonté du monarque défunt qui avait promulgué, édicté cette loi. Le souverain régnant se réfère constamment à son encêtre, qui a édicté telle ou telle loi, à son inoubliable ancêtre, et l'on insiste sur ce caractère inoubliable de l'ancêtre parce qu'on éprouve la tentation de l'oublier, de faire du neuf.

C'est la volonté de l'ancêtre mort qui fonde la caractère obligatoire de l'édit ou de l'ordonnance. Et, sous le régime républicain, le respect des grands ancêtres, des grands révolutionnair de 1789 fondera le respect que le régime éprouvera pour telle ou telle loi fondamentale.

La déclaration des droits de l'homme en 1789, aujourd'hui encore est dans le préambule de notre constitution actuelle et de la précédente. Cette déclaration de 1789 est entourée d'un respect mythique. La volonté des grands ancêtres, c'est la volonté de ces grands morts qui fonde le caractère obligatoire de ces lois. Le respect de la volonté ancestrale coexiste sous le régime républicain avec un autre mythe, le mythe de la volonté nationale, de la volonté générale.

Volonté générale, cela ne veut pas dire d'ailleurs que tout le monde accepte de la reconnaître, cela ne veut pas dire volonté unanime.

Il suffit d'une volonté majoritaire, mais il faut pour la force du mythe que la majorité soit la plus large possible. C'est le mythe qui fonde la force obligatoire de la loi, en régime démocratique.

Dans les démocraties modernes, peut être même dans les démocraties antiques, la loi, cela est écrit dans la déclaration des droits de l'homme de 1789, est l'expression de la volonté générale. Ce n'est qu'un mythe, qu'une croyance qui n'est pas susceptible de démonstration rationnelle.

Nous savons que la volonté générale est déformée, nécessairement déformée par la représentation dans le canal de laquelle on est obligé de couler le régime représentatif, déformant ainsi la volonté nationale, tout le monde le reconnaîtra.

Il y a là une impossibilité de fait, mais également, il y aurait une impossibilité logique ; la notion de volonté générale est quelque chose de logiquement impossible et les mathématiciens en font parfois la démonstration. Il y a donc un mythe, c'est une croyance, une croyance qui nous dépasse que ce mythe de la volonté nationale. Peut-on du reste préciser davantage le mythe ? On peut le préciser dans deux directions, suivant que l'on met l'accent sur volonté ou sur généralité.

Parfois, on le met sur l'aspect volontaire et alors, le mythe de la volonté générale rejoint le mythe du contrat social qui serait, par hypothèse, à l'origine de toute société. La loi, alors expression de la volonté générale, cela voudra dire : la loi est un accord de volontés entre tous ou presque tous les citoyens.

C'est une convention entre tous les citoyens et nous retrouverons ici, appliquée à la loi, quelque chose de l'idée de convention que nous avons vu à propos de la coutume.

Mais, d'autres mettent l'accent sur la généralité de cette volonté et ils disent : la loi est obligatoire parce qu'elle émane de la généralité. Elle est obligatoire pour l'individu parce qu'elle émane de la collectivité, parce qu'elle a une origine extérieure et supérieure à l'individu. Général, cela signifie social, cela signifie collectif. Et, à ce stade, le mythe de la volonté nationale parait rejoindre certains aspects de la sociologie, notamment de la sociologie durkheimienne. La société postule donc, dans cette sociologie, à une existence distincte des individus. Il y a une conscience collective qui est différente des consciences individuelles et qui, par conséquent, peut être le siège d'évolutions collectives qui ne se confondront pas avec l'évolution individuelle.

Cette volonté collective sera naturellement sentie par l'individu comme étant supérieure parce que contraignante. Elle est en dehors de l'individu, au dessus de l'individu et c'est pourquoi la loi peut avoir une force obligatoire pour l'individu.

Remarquez que ces différentes explications peuvent se superposer. Dans les exemples historiques, à différentes époques, vous trouverez plusieurs explications concourant au même but qu'est la force obligatoire de la loi.

Les hébreux faisaient reposer la force obligatoire de la thora sur la révélation divine et,à partir d'une certaine époque on voit apparaître l'idée d'un pacte social qui fonde la force obligatoire de la loi.

Au livre de Néhémie, au chapitre 10, il nous est dit que le peuple d'Israël, la communauté d'Israël fut appelée à adopter solennellement la loi, à confirmer par sa volonté la loi. Ainsi, la volonté nationale se surajoute ici à la volonté divine, les deux mythes concourent.

Je le répète, l'explication de Néhémie est sans doute, historiquement, postérieure, sans doute et seulement au cinquième siècle avant Jésus Christ, cette idée d'un pacte social est apparue dans la doctrine hébraïque. De même, dans l'empire romain, on voit concourir, se juxtaposer l'idée que le monarque, le César, incarne le peuple, que par conséquent le législateur, c'est le peuple qui légifère à travers lui, et l'idée en même temps, à partir d'une certaine époque, qu'il est le droit divin et que c'est Dieu qui s'exprime à travers lui.

Plus près de nous, au 17ème ou au 18ème siècle, le parlement anglais se considère comme représentant de la volonté nationale, mais également il se considère, quand il légifère comme dépositaire de la volonté divine.

Il y avait une conséquence pratique, technique à ce mythe de la volonté divine déposée dans le parlement anglais, c'est qu'il était interdit de recourir aux travaux préparatoires pour interpréter la loi, parce que c'eût été lever le voile derrière lequel la divinité avait opéré.

Vous voyez : justaposition possible de différents mythes pour asseoir la force obligatoire de la loi.

Après ces développements sur la force obligatoire de la loi j'aurai à vous parler du problème sociologique du pouvoir réglementaire, ce sera l'objet d'un grand 2 que j'entamerai dans mon cours de lundi prochain.

-:-:-:-:-:-:-:-

II - ETUDE DU PROBLEME SOCIOLOGIQUE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Le développement du pouvoir réglementaire est un phénomène universel du 19 ème siècle. Vous le constateriez en Angleterre aussi bien qu'en France.. En France, il parait avoir atteint un point culminant dans la constitution de 1958. Vous savez que cette constitution reconnait au pouvoir réglementaire la compétence de principe pour édicter les règles de droit, même dans beaucoup de secteurs du droit civil. En outre, cette constitution superpose à cette compétence de principe la possibilité toujours présente d'un recours aux ordonnances qui relèvent du pouvoir réglementaire,

Du point de vue sociologiques, nous devons d'abord nous demander s'il existe une différence d'origine entre la loi stricto sensu et le règlement. De prime abord, on est tenté d'en poser une en disant que la loi représente la règle de droit d'origine populaire, le postulat étant que le parlement est une émanation du peuple et représente par conséquent la règle de droit d'origine non technicienne. J'ai pris le terme populaire comme équivalent de non technique; tandis que le règlement représente la règle de droit d'origine bureaucratique, d'ori-

gine technicienne l'administration qui élabore cette règle de droit devant être considérée comme un organe technique, spécialisé. Mais, à cette opposition que l'on serait enclin à établir, une double atténuation doit être apportée.

D'abord, c'est un fait que le règlement dans la pratique française est parfois précédé d'une consultation désintéressée. Il est parfois prévu que des commissions, des conseils, éventuellement même des organisations professionnelles devront être consultés avant l'élaboration d'un règlement portant sur tel ou tel point. Ces interéressés ne représentent pas la masse populaire exactement; tout de même, de leur intervention; il résulte que le règlement dans les hypothèses dont il s'agit n'est pas exclusivement l'oeuvre de l'administration. D'autre part et surtout, depuis une cinquantaine d'années, il faut bien constater que la part du parlement, donc la part de la masse non technicienne, dans l'initiative législative, a en fait bien diminué. Il faut bien constater que déjà, dans les derniers temps de la troisième république, la plupart des textes qui devenaient lois étaient des textes d'origine gouvernementale, c'est-à-dire, d'un point de vue sociologique, d'origine bureaucratique. Le plus grand nombre des textes déposés devant le parlement provenait de l'administration, provenait des bureaux et il faut ajouter que les textes qui avaient le plus de chances d'arriver au bout de la procédure parlementaire, d'aboutir à un promulgation, étaient précisément les textes d'origine bureaucratique. Les textes d'initiative parlementaire, les textes déposés par tel ou tel député avaient moins de chances d'aboutir à une loi, la statistique le démontrait.

La pratique des bureaux s'était beaucoup développée à cause de la considération suivante : les bureaux voulaient mettre leurs textes à l'abri du recours pour excès de pouvoir. Il n'y a rien qui, au fond ne soit plus désagréable aux bureaux que de voir un décret pris par eux, élaboré par eux, soumis au Conseil d'Etat, et finalement annulé. Le meilleur moyen de les mettre à l'abri pour excès de pouvoir, c'était de les couler dans le moule de la loi, la loi n'étant pas soumise au contrôle que le Conseil d'Etat exerce sur les décrets. Beaucoup de textes qui eux auraient pu faire l'objet de décrets, étaient présentés par l'administration au Parlement et transformés en lois, mis ainsi à l'abri du recours pour excès de pouvoir, ce qui contribuait à gonfler le nombre des lois d'origine bureaucratique.

Ainsi, il y avait dès avant la constitution de 1958 une prépondérance voilée, de l'administration, et, à côté de son pouvoir réglementaire ouvert, il y avait cette sorte de pouvoir occulte qui s'exerçait sous les espèces de textes d'apparence législative; si bien que cette prépondérance a pu, en quelque sorte, ^être consolidée par la constitution de 1958. Non seulement cette constitution a étendu, comme nous venons de le dire, le pouvoir réglementaire, mais elle a consolidé une fois pour toutes la prépondérance de l'initiative gouvernementale dans l'élaboration des lois. Il y a, dans la Constitution de 1958 des dispositions sur l'initiative gouvernementale en matière d'élaboration de la loi. Vous pouvez constater que l'initiative gouvernementale l'emporte sur l'initiative parlementaire, sur l'initiative personnelle des députés.

De sorte qu'à l'heure actuelle, la ligne de partage entre le droit bureaucratique et le droit populaire ne coincide nullement avec la distinction de la loi et du règlement ; elle passe beaucoup plus loin à l'intérieur du domaine formel de la loi, il y a une part de règles de droit qui sont d'origine bureaucratique.

Qu'est-ce que sociologiquement ce serait alors, puisque la différence d'origine ne peut pas nous retenir ? Ce serait une différence dans le mécanisme obligatoire que nous devons constater entre la loi et le règlement. A la base de l'obéissance forcée au règlement, il ne semble pas que l'on puisse apercevoir la même force qu'à la base de la loi. Le mythe de la volonté nationale ne parait pas se retrouver à la base du règlement comme il se retrouve à la base de la loi votée par le parlement, expression, dit-on, de la volonté nationale sous le règlement, il faudrait admettre un jeu de délégation et de subdélégation beaucoup trop artificiel pour ne pas ruiner le mythe. Un mythe, s'il y en a un, doit être quelque chose de simple, d'élémentaire, de naturel qui puisse être senti, appréhendé par la conscience populaire. Il n'y a pas de mythe à la base de l'obéissance que les sujets portent au règlement. Il y a un raisonnement, un raisonnement qui repose d'abord sur une présomption d'utilité sociale. Le citoyen pense que le règlement émane de gens techniquement compétents, que par conséquent il répond à une utilité sociale lors même que lui, citoyen, ne l'entrevoit pas, et ce raisonnement plus ou moins net ou plus ou moins implicite conduira le citoyen à obéir aux règlements ; et puis, à défaut de règlement, il y a l'obéissance passive; l'obéissance militaire pourrait-on dire.

. L'obéissance que le citoyen porte aux règlements sanctionne donc la violation du règlement; cette obéissance passive, qui ne raissone pas, qui ne veut pas savoir les choses, qui ne veut pas raisonner et qui au fond est si proche, quand on regarde les choses en face, de la désobéissance.

L'administration, il est vrai, s'efforce de faire comprendre, par la presse, par la radio, l'utilité sociales de ces mesures décrétables. C'est un aspect des public relations du droit. Je ne reviens pas sur cette technique. Il est du reste rare que l'administration se préoccupe de démontrer l'utilité sociale des mesures qu'elle prend, et surtout, lors même qu'elle a pris ce soin, elle ne se préoccupe pas de renouveler l'information, or, la règle de droit même réglementaire est appelée à une certaine permanence et il y a ainsi une masse de mesures d'origine ancienne dont l'utilité originelle est profondément ignorée par les intéressés.

Un cas dans le pouvoir réglementaire lato sensu doit être toutefois mis à part. Dogmatiquement, on sépare les ordonnances des décrets. Vous savez qu'il y a des intérêts pratiques en droit dogmatique à ne pas confondre les ordonnances dans notre système constitutionnel avec les décrets. Sociologiquement, la différence répond aussi à quelque chos. A la base de l'obéissance qui est portée aujourd'hui aux ordonnances, mais à d'autres époques, sous la troisième ou sous la quatrième république, il y avait une sorte de mythe. Le cas, à certains égards, était intermédiaire entre celui de la loi, expression de la volonté nationale, et celui du décret qui, vous le disais-je, n'a le support d'aucun mythe.

A la base du système des décrets lois ou des ordonnances, il y a la confiance globale qui est faite à un homme ou à une équipe pour rétablir la situation, pour faire toutes les lois qu'il jugera nécessaires. C'est une sorte de dictature aux lois qui est établie dans les lois de pleins pouvoirs. Une dictature aux lois, une dictature aux règles de droit. D'où la possibilité d'un mythe servant de support à l'obéissance qui se rapportait aux ordonnances et aux décrets. En fait, il est bien connu que ce sont les bureaux qui, toujours, ont bénéficié de cet élan vers un homme ou vers une équipe, les bureaux qui, dans la pratique ont profité de l'occasion pour vider dans les trains de décrets-lois ou d'ordonnances une multitude de textes dont le Parlement n'avait pas voulu. Il n'empêche que sociologiquement comme dogmatiquement, le cas des décrets-lois et des ordonnances, en ce qui concerne le mécanisme de leur force obligatoire, doit être distingué du cas des décrets, des règlements ordinaires.

Dans la pratique moderne, les trois sortes de mécanisme obligatoire que le viens de rechercher à la base du règlement, à savoir dans une certaine mesure le mythe de la volonté nationale, l'élan de confiance vers un homme ou même la simple obéissance fondée sur l'utilité sociale ou sur rien du tout, ces trois sortes de mécanisme obligatoire tendent vers l'unité sociologique parce que la distinction même des lois, des décrets-lois, des décrets simples ou des arrêtés, échappe largement à la masse non technicienne. Ce serait une enquête d'opinion publique à mener, sur un échantillonnage national convenablement choisi, demander au grand public si la différence que nous, juristes, mettons entre

les lois, les décrets lois et les décrets simples, différence qui d'un point de vue de droit dogmatique est capitale mais qui à un point de vue sociologique ne l'est pas, si cette différence est comprise par lui. Il est probable que l'on constaterait que cette différence n'est pas saisie par le grand public. On ne s'en préoccupe que le jour où le contentieux surgit et où il peut y avoir une utilité pratique à soulever l'illégalité de telle ou telle mesure. A ce moment là, il est important de savoir si cette mesure est une loi ou si c'est un décret. Jusque là, on peut bien dire que tous les textes flottent dans une sorte d'océan uniforme en ce qui concerne l'opinion de la masse. Le mécanisme obligatoire tend à s'uniformiser sur la ligne la plus grise, la moins exaltante quelque part entre la conscience de l'utilité sociale, (on veut bien admettre que cette règle de droit parmi une infinité d'autres est utile : si on l'a élaborée, c'est qu'elle sert à quelque chose), et d'autre part l'obéissance inconsciente ou indifférente.

Persiste-t-il, malgré ces constatations assez négatives, un problème sociologique du pouvoir réglementaire ? Nous venons d'observer qu'au fond, sociologiquement, tout est à peu près semblable. Est-ce que tout de même, il y a pour la sociologie juridique un problème de pouvoir réglementaire ? Le pouvoir réglementaire pose à la sociologie juridique un problème qui est un problème de quantité. La loi stricto sensu est en fait une source moins abondante beaucoup moins abondante que le règlement. Or la quantité de lois, la quantité de règles de droit dans un milieu juridique donné à une extrême importance sociologique. c'est un fait qu'il y a moins de lois

stricto sensu que de décrets ou de décrets lois.

Pourquoi ? Parce que la procédure parlementaire agit comme un filtre. On reprochait au parlement de ne pas aboutir assez vite, on lui reprochait que trop de projets de lois restaient en souffrance. A la vérité, c'était plutôt une mauvaise querelle de l'administration. Le Parlement faisait plutôt trop de lois, j'entends d'un point de vue sociologique, d'un point de vue global. Je ne dis pas que certains textes qui auraient mérité de devenir lois n'avaient pas été indûment retardés par le Parlement, mais dans l'ensemble, globalement, il est certain que le Parlement à l'époque où le pouvoir réglementaire avait, constitutionnellement moins d'extension qu'aujourd'hui, le Parlement faisait déjà trop de lois. Or le pouvoir réglementaire est en mesure de produire beaucoup plus de règles de droit qu'un Parlement. Sans doute, il y a une certaine procédure d'élaboration des règlements dans nos sociétés évoluées, dans nos sociétés industrielles. Il y a, comme je vous le disais tout à l'heure, des commissions à consulter. S'il y a plusieurs ministères intéressés légalement à l'élaboration d'un règlement; il faudra une navette envers les ministères et tout cela sera, ralentira cette élaboration. Mais il n'empêche que la procédure d'élaboration des règlements; la procédure administrative est organiquement beaucoup plus rapide que la procédure d'élaboration de la loi. D'autre part, et c'est ce qui facilite la quantité des lois, il n'y a pas de contradiction, pas de débats pour l'élaboration d'un règlement. Enfin et surtout, la psychologie administrative, la psychologie de l'administrateur appelé à se prononcer sur l'opportunité d'un règlement est différence de la psychologie d'un Parlement.

L'administrateur est un spécialiste d'un certain secteur de l'administration. Il voit l'intérêt spécial du texte nouveau, du texte qu'il s'agit de prendre. Il voit le point auquel se rattache le texte, il voit le besoin auquel ce texte répond et ce et ce besoin est parfois à considérer; le secteur spécial dont il s'agit est parfois très vif, très réel. Mais l'administrateur ne replace pas, ce n'est pas son rôle, la spécial dans le général. Or chaque règlement est plausible en lui-même, peut-être même souhaitable en lui-même, mais ce qui n'est pas plausible, ce qui n'est pas souhaitable, c'est l'accumulation des règlements. Le processus psychologique est ici exactement le même que celui que l'on constate dans l'élaboration des programmes scolaires ou universitaires. Chaque spécialité voit l'utilité de la connaissance de sa spécialité et cette spécialité en elle même mérite certainement d'être connue, c'est l'ensemble. Un spécialiste ne peut pas voir l'ensemble. Le règlement, c'est une légiqlation spécialisée, une législation de spécialiste et c'est pourquoi le pouvoir règlementaire aboutit à la multiplication des règles de droit. Il y a là un problème capital aux yeux de la sociologie juridique; la multiplication des règles de droit dans les sociétés industrielles aboutit à rompre le contact entre la règle de droit et la masse. L'abondance des règles de droit en empêche la connaissance, même superficielle, à plus forte raison cette réception, cette compréhension qui serait nécessaire à la règle de droit. On répond habituellement que ce processus qui éloigne la règle de droit de la masse est inévitable, qu'il y a là une évolution propre à notre époque et qui est irréversible.

La loi, dit-on souvent, et cette opposition est frappante, la loi a changé de signification depuis le siècle dernier. Ce n'est plus une maxime de conduite universelle et éternelle, non , la loi dans les techniques modernes est devenue un commandement particulier et temporel, un commandement spécial et changeant, la loi n'est plus une maxime de vie, c'est un moyen d'action pour l'administration. Dans l'Etat interventionniste, l'Etat a besoin de ce moyen d'action qu'est la loi. Il ne peut pas se contenter d'opérer par des commandements individuels, il lui faut opérer par des commandements globaux donc la loi change de signification, ce n'est qu'un commandement, il ne faut plus y voir une maxime de vie.

Les commandements peuvent être multiples. On les oublie une fois que l'objet pour lequel ils ont été lancés a disparu. Il ne faut pas par conséquent traiter la règle de droit d'aujourd'hui comme la règle de droit du siècle dernier. On reliera cette évolution de la loi au sens large du terme, ce développement du pouvoir réglementaire, on le reliera au processus de complexification du droit qui serait une caractéristique de nos sociétés modernes. On peut à cela répliquer qu'il y a un préjugé anti-scientifique à prendre ainsi le problème uniquement par un bout; à son départ, il faut savoir le besoin qu'a la société, de règles de droit. C'est un aspect du problème mais il y a un autre aspect, il y a un autre bout de la question, c'est la capacité psychique qu'a la masse de recevoir, au sens plein du terme, c'est-à-dire non seulement de connaitre, mais de comprendre, la règle de droit.

Il peut y avoir dans un individu donné, dans une société donnée, un point de saturation juridique, un maximum de règles de droit compatible avec le psychisme des individus ou de la société. Pour établir qu'il en est ainsi ou s'il en est ainsi, il faudrait sans doute se livrer à une recherche qui serait une recherche urgente de la sociologie juridique, une étude menée sur un schéma ayant fait lui-même l'objet d'études préalables, assez minutieuses. On voit assez bien les méthodes qui devraient être employées dans cet ordre de recherches; il faudrait des enquêtes, des études psychologiques individuelles. Je voudrais ici me borner à vous citer quelques chiffres qui peuvent faire apparaitre l'urgence du problème sans prétendre le résoudre. Quelques chiffres d'abord sur le rythme de la production législative. Le rythme est important. La vitesse de la production, de l'élaboration des règles de droit est importante en elle-même, indépendamment du nombre, parce que la connaissance de la règle de droit par la masse, sa compréhension, sa réception dans la masse, est fonction non seulement du nombre de lois en chiffres absolus mais également de la vitesse d'apparition des nouvelles règles de droit. C'est ainsi que du 20 décembre 1958 au 10 janvier 1959, il y a eu 160 ordonnances. Chacune de ces ordonnances contenait plusieurs règles de droit, et chaque citoyen est sensé avoir pu apprendre en si peu de temps toutes ces règles de droit. De 1930 à 1960, même en tenant compte des doubles emplois, des abrogations et des désuétudes, il semble y avoir eu environ 30.000 lois et décrets,

Chacune de ces lois, chacun de ces décrets pouvaient

contenir d'ailleurs plusieurs règles de droit distinctes. Si vous faites la somme de nos cinq codes traditionnels en y ajoutant le code du travail et le code général des impôts, il y a là sept mille cinq cents articles, c'est-à-dire sept mille cinq cents règles de droit fondamentales que nous devrions connaître. En regard, comment pourrait-on évaluer la capacité mentale des individus ?

On peut imaginer une foule de procédés possibles. Je ne me suis pas avisé de les mettre au point. Je me bornerai à vous dire que la langue française ne compte pas beaucoup plus de 4.500 verbes. On peut penser que le verbe représente dans la langue un élément fondamental; il y en aurait 4.500 environ dans la langue française. Mais pour apprécier la capacité psychique de la masse, il faudrait faire intervenir la notion de langue de base, de langue basique. C'est un fait que la plupart des individus se contentent d'un vocabulaire beaucoup moins étendu que les lettrés et que le chiffre de 4.500 verbes représente un large maximum. Il y aurait là un procédé pour arriver à identifier la capacité de réception des règles de droit qui existe dans les individus et dans la société. Je terminerai mon étude de la loi par un numéro 3 consacré à son origine.

III - ORIGINE DE LA LOI

Si l'on s'en tient à une vue de droit dogmatique, nous ne rencontrons pas ici la même difficulté que pour la coutume. Par définition en effet, la loi émane d'un organe différencié, le législateur, qui dogmatiquement est aisément reconnaissable.

Seulement, il nous faut distinguer le législateur juridique et le législateur sociologique.

Le législateur juridique c'est le législateur en la forme. Il peut être individuel ou collectif; ce peut être un homme en qui réside le pouvoir législatif, constitutionnellement: monarque, Président de la République, Président du Conseil, ministre, maire; ce peut être un groupe comme le Parlement et alors, il se posera un problème qui sera un problème de conscience collective. Il y aura des phénomènes de conscience collective qui se produiront à l'intérieur du Parlement. Ces problèmes de conscience collective, de psychologie collective relèvent d'une étude de psychologie sociale et la loi n'en tient pas moins dans ce cas, une netteté de contours. Le législateur, dans ce cas, n'en a pas moins une netteté de contours qui ne laisse place à aucune difficulté. Le droit constitutionnel, le droit administratif détermineront des compétences, des sphères imparties à ce législateur juridique. Ce qui nous intéresse en sociologie juridique, c'est le législateur sociologique. De la façade dogmatique, de la forme juridique, il faut déplacer le problème vers la réalité sous-jacente.

La recherche dont il s'agit est plus ancienne que l'on imagine couramment mais elle peut-être plus ou moins poussée parce que sous une loi. On peut faire apparaitre plusieurs couches de réalité, plusieurs couches plus ou moins profondes de réalité individuelle ou collective. C'est déjà, notez le, un premier pas vers le réel que de faire apparaitre le législateur véritable derrière le législateur honoris causa.

Dans l'histoire, dès le 19 ème siècle, on a constaté

que les ordonnances de Louis XIV étaient de Colbert et que celle de Louis XV étaient de d'Aguesseau; c'était un premier pas vers le réel encore qu'il y ait là pour la sociologie une recherche assez délicate où le pour et le contre se mêlent. Qu'y fait le législateur véritable ? Est-ce que c'est d'avoir pensé les articles de la loi ou bien est-ce que c'est d'avoir voulu que la loi dans son ensemble fut faite ? C'est tout le problème du code Napoléon. Est-ce que son auteur, est Bonaparte, ou bien est-ce que ce sont les juristes, l'équipe de juristes que Bonaparte avait ?

Cette sorte de recherche qui est plus historique que proprement sociologique n'est pas moins applicable là où le pouvoir législatif appartient à une collectivité, appartient au peuple dans son ensemble ou au parlement.

Il peut se faire que bien que la loi ait été votée par un parlement ou par le peuple tout entier même, la volonté d'un homme ait été définitive dans l'élaboration décisive de cette loi. L'histoire le reconnait. L'histoire du droit romain nomme certaines lois d'après le magistrat qui a pris les initiatives. peu importe le peuple qui l'a votée, le magistrat qui a pris l'initiative a paru être l'auteur causal devant l'histoire; a paru être, plus que le peuple, l'auteur causal de la loi.

Même dans notre régime parlementaire, il y a des lois qui sont sorties de l'anonymat, qui sont des lois nommées. La loi Valette pour la publicité du contrat de mariage; ou la loi Rabier sur la nullité des clauses de non resposabilité dans le transport de marchandises. D'une manière spontanée qui n'a rien

d'officiel, qui est d'autant plus remarquable sociologiquement, ces lois ont été nommées du nom du parlementaire qui paru être l'auteur causal. Mais, c'est encore une recherche assez superficielle. Un degré de plus dans la difficulté et ce sera la recherche du législateur caché. Autour du législateur apparent, il peut y avoir un groupe, une équipe d'experts, qui en réalité, ont élaboré la loi. Il y a souvent des influences secrètes autour du législateur. Cela n'avait pas échappé à notre ancien droit, et il en tirait même des conclusions d'ordre technique, une certaine application de la théorie des vices du consentement dans les actes juridiques , une certaine application de cette théorie à cet acte juridique particulier qu'est la loi. C'est ainsi que selon le droit canonique, les bulles pontificales pouvaient être attaquées comme obreptices et subreptices, c'est-à-dire comme ayant été surprises par un exposé imcomplet ou votées pour les bénéficiaires des bulles. C'était un vice du consentement qui entachait cet acte juridique d'une nature particulière, cet acte juridique de droit public. Ey notre droit monarchique admettait qu'opposition put être faite aux lettres patentes. Les lettres patentes étaient de véritables lois générales. Cette opposition aux lettres patentes était réservée au roi lui-même. Il pouvait faire opposition aux lettres patentes qu'il avait lui-même promulguées, sur le fondement de cette idée qu'il avait pu être mal informé par son entourage. Alors, on a parlé du roi mal informé au roi mieux informé. L'idée est intéressante sociologiquement; c'était reconnaitre que derrière le législateur apparent, le roi , signataire des lettres patentes, il y avait un législateur caché qui était de son entou-

rage et qui avait pu lui dicter de mauvaises lois. Du même coup, ces mauvaises lois pouvaient être entachées de vice du consentement, comparable à l'annulation en droit civil.

Où la recherche du législateur réel devient-elle plus proprement sociologique? C'est quand elle s'attaque aux forces sociales, impersonnelles, qui peuvent être à l'origine d'une loi, d'une loi lato sensu, aussi bien règlement que loi parlementaire. Cette recherche des forces sociales anonymes qui se sont exercées sur l'élaboration de la loi, est évidemment quelque chose de très différent de ce qu'est l'étude dogmatique des travaux préparatoires. En droit dogmatique, on recherche à travers les travaux prépararoires l'intention du législateur. En sociologie juridique, il faut rechercher, à travers des travaux préparatoires singulièrement étendus, quelles ont été les forces créatrices de là règle de droit.

Les forces créatrices du droit, vous reconnaissez là le titre d'un ouvrage que le Doyen Ripert fit paraitre en 1953 et dans lequel il a essayé d'étudier cette question que l'on peut dire sociologique, il a essayé d'étudier, de déceler l'action de certaines forces sociales sur la législation. Il cite notamment l'action des associations de propriétaires foncier des associations de porteurs de valeurs mobilières, l'action des syndicats ouvriers etc.... toutes forces sociales anonymes qui se sont excercées lors de l'élaboration de telle ou telle règle de droit. L'Analyse sociologique de ce phénomène a étéperfectionnée par la science politique américaine. Vous connaissez ces expresions qui sont entrées dans notre langage :

les lobbies, les Pressure groups, les groupes de pression.

Le lobby représente l'organisation du groupe de pression. Le groupe de pression, c'est la force sociologique qui est sous-jacente au lobby. Cette analyse vient des Etats Unis où le phénomène est beaucoup plus marqué que chez nous et surtout se cache moins que chez nous: Il y a même des états dans l'Union américaine où l'existence des lobbies est constitutionnellement reconnue. Elle n'est pas considérée du tout comme sans valeur. La sociologie américaine considère que la loi est souvent une transaction, une loi de compromis, " law of compromise ". Il est tout à fait naturel par conséquent qu'à l'origine de la loi on trouve des groupes de pression qui se sont exercés, qui sont arrivés à une transaction, la transaction s'étant coulée dans le moule de la loi. Donc, le phénomène, là-bas, ne se cache pas autant qu'en France, je vous dis même que pour certains détails il y a eu une réglementation officielle en une sorte de statut.

Les lobbies, qui sont des équipes d'hommes où il y a des démarcheurs, où il y a des courtiers en législation qui viennent faire le siège des députés, le siège des commissions parlementaires, les lobbies préparent des projets de loi, ils en saisissent les parlementaires, ils suivent la marche de la loi à travers la procédure parlementaire; quand le projet de loi risque de s'enliser ils le font en sortir, ils l'accélèrent, et d'autre part, ils suivant l'application de cette loi par les administrations. A ce stade, l'analyse que la science politique américaine applique à l'origine des lois, parait rejoindre l'analyse marxiste.

Pour le marxisme, le droit a une infrastructure économique. Les lois sont le reflet des intérêts économiques de la classe dominante. Par conséquent, pour la plupart des lois du 19ème siècle ou du 20 ème siècle, dans un pays où la classe capitaliste est la classe dominante, les lois sont le reflet de la classe capitaliste.

Il faut noter au passage que cette importance attachée par la théorie marxiste aux intérêts économiques qui auraient été la source de telle ou telle loi, cette importance est admise même par des juristes non marxistes. Et, il faut citer à cet endroit une théorie allemande qui a été soutenue à la fin du 19ème siècle, au début de ce siècle et largement représentée en Allemagne, c'est la théorie dite de la jurisprudence des intérêts, " interessenjurisprudenz ", par opposition à la jurisprudence des conseils " begriffsjurisprudenz ".

Dans la jurisprudence des conseils, on interprète la loi dogmatiquement, techniquement. Dans la jurisprudence des intérêts (car c'est ainsi que s'explique cette expression : une jurisprudence des intérêts), on recherche quel est l'intérêt qui a été prédominant dans l'élaboration d'une loi, ce qui postule qu'à la base d'une loi, à l'origine d'une loi, il y a eu un conflit d'intérêts, mais un de ces intérêts est devenu prépondérant et en quelque sorte s'est incarné, s'est matérialisé dans la loi. Pour interpreter convenablement la loi, il est necessaire de rechercher quel est cet intérêt et il faudra que le juge interprète le texte conformément à l'intérêt qui l'avait dicté à l'origine. Voilà ce qu'est la jurisprudence, c'est schématiquement le système d'interprétation des lois

par les intérêts, la jurisprudence des intérêts qui, doctrinalement se ressentait dans la conception d'Ihering. Ihering avait montré historiquement quel rôle les intérêts ont joué dans la formation du droit. C'est cette notion, cette importance attachée à la notion d'indérêt qui a déterminé en Allemagne l'apparition de cette théorie d'interprétation que l'on appelle jurisprudence des intérêts.

Il y a, vous le voyez, une certaine convergence entre cette conception à portée technique, relative à l'interprétation des lois, cette conception de la jurisprudence des intérêts d'une part et, d'autre part, la théorie marxiste.

Il semble d'autre part qu'il y ait quelques rapports entre à la fois la théorie marxiste et la jurisprudence des intérêts d'une part et, d'autre part, les positions de la science politique américaine sur les groupes de pression. Toutefois, il y a une différence entre les positions de la sociologie américaine et les positions du marxisme ou même de la jurisprudence des intérêts.

Dans la conception marxiste, le postulat est qu'il y a eu un intérêt prépondérant dans le conflit qui a dicté la loi. Peut-être même qu'il n'y a pas eu conflit et que l'intérêt de la classe dominante, de la classe capitaliste a dicté purement et simplement un texte sans aucune contradiction; tandis que le postulat de la sociologie américaine, c'est qu'il y a eu un conflit d'intérêts, il n'y a eu ni vainqueur, ni vaincu, vous retrouvez d'ailleurs ici l'optimisme fondamental de la sociologie américaine : tout s'arrange, il y a des transactions partout; tout est souple, tout est mou, rien

n'est rigide et rien n'est sanglant. Il n'y a ni vainqueur, ni vaincu, il y a eu une transaction entre les deux forces sociologiques en présence, entre les deux groupes de pression qui traduisaient des forces sociologiques sur le terrain parlementaire et tout cela a abouti à une loi de compromis. Nous retrouvons ici cette conception que nous avions aperçue à propos de la coutume, le droit de compromis " law of compromise", mais aussi plus spécialement ici, loi de transaction et même pourrait-on dire plus énergiquement : loi-transaction. De cette conception de la science politique américaine, découle une certaine notion de la nature juridique de la loi. La loi va emprunter quelque chose de la nature juridique, de la transaction en droit privé, cet acte juridique déjà si remarquable en droit privé qu'est la transaction.

La conception nous parait insolite et même quelque peu aberrante. Mais pourquoi ? Parce que nous avons été formés en régime de l'égalité stricte. Si nous voulons regarder plus loin que cette période de l'égalité étroite, de souveraineté partout reconnue que fût la période de 1804 à disons 1914, nous voyons que la loi de transaction a existé. Il y a eu ainsi des lois de transaction à Rome, des lois-transaction entre la plèbe et le sénat. Certaines lois nous apparaissent bien dans l'histoire romaine comme des compromis terminant un conflit entre la plèbe et le sénat. Nos édits de pacification au seizième siècle à l'issue de telle ou telle guerre de religion, étaient des lois et en même temps des transactions. La notion de la loi-transaction, de la loi de compromis a donc une consistance sociologique et historique certaine.

Pourquoi fait-on des transactions ? Les américains s'en expliquent. La loi de transaction est techniquement nécessaire dans beaucoup de cas pour assurer une majorité. La loi ne passerait pas si elle n'était pas transactionnelle. Il faut une coalition de partis pour la faire passer, une coalition d'intérêts, et par conséquent, il ne faut pas que la loi tranche d'une manièrebrutale d'une façon ou d'une autre; elle doit être un compromis. En outre, ajoutent les sociologues américains, il est bon que la loi soit transactionnelle parce que cela assurera mieux son exécution; les parties intéressées ayant l'impression d'avoir eu au moins partiellement satisfaction exécuteront, obéiront à la loi de meilleur gré que si la loi avait tranché brutalement. On facilite le consensus des citoyens à l'application de la loi en en faisant une loi de transaction. C'est une vue optimiste du mécanisme d'application des lois. l'application d'une loi de transaction me parait poser des problèmes plus complexes que ne veut bien le reconnaitre la sociologie américaine. De même qu'un contrat peut passer dans son exécution par plusieurs phases, de même la loi de transaction. Dans la vie d'un contrat, il y a la phase de la bonne volonté où les contractants exécutent de bon coeur parce qu'ils sont encore dans l'élan qui les a amené à signer le contrat, puis il y a le stade de la défiance et enfin le stade de la chicane où chacun cherche à se retrancher derrière le contrat, à se retrancher derrière la transaction, à s'en faire une arme contre l'autre partie. Et il est a craindre que les lois-transaction ne passent par le même processus, à moins que les citoyens américains soient d'une substance psychologique différente de la nôtre.

Est-il possible en France, et spécialement en droit civil français de déceler des phénomènes de cet ordre à l'origine des lois ?

On a surtcut signalé les groupes de pression et les lobbies à l'origine de lois fiscales ou de lois d'intervention économique. Pour des lois par conséquent où les implications des grands intérêts économiques sont beaucoup plus évidentes que pour les lois de droit civil, on parle, je ne sais si c'est vrai, du lobby bettravier, du lobby d'alcool cu du lobby des transports routiers ; ces groupes de pression arriveraient, réussiraient à faire voter des lois qui seraient favorables à leurs intérêts. Il y a cependant des lois civiles qui touchent à des intérêts économiques et il ne serait pas surprenant de trouver pour ces lois de droit civil des manifestations de l'idée de la loi de compromis, de transaction.

Je pense à une loi comme celle du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. On sait qu'il a été dit que cette loi fut une loi transactionnelle, entre les intérêts ouvriers et les intérêts patronaux. Les intérêts ouvriers ont obtenu quelque chose, la responsabilité de plein droit des patrons en cas d'accident ; c'était pour les ouvriers un progrès immense, sans qu'il y ait besoin de démontrer la faute du patron. Mais, les intérêts patronaux ont obtenu quelque chose d'assez important dont on voit l'importance dans la pratique, savoir un système de réparation forfaitaire. La réparation à lieu de plein droit, la victime de l'accident du travail obtient de plein droit réparation en démontrant un simple rapport de causalité ou d'occasion entre le travail et l'accident, mais

réparation n'est pas entière, la réparation est un forfait, l'ouvrier obtient moins qu'il n'aurait obtenu du droit commun en démontrant la faute. Par conséquent, il a gagné sur un terrain, mais il a été obligé en contre partie d'abandonner quelque chose sur un autre terrain, c'est bien une loi de transaction.

Le statut du fermage : dans l'ordonnance de 1945, il y a un ensemble de règles de droit d'origine bureaucratique, mais les groupes de pression s'exercent aussi sur les bureaux; dans l'ordonnance de 1945 comme dans la loi de 1946 et dans les lois subséquentes, le statut du fermage représente bien le jeu de certains groupes de pression. Les propriétaires fonciers étaient organisés, mais les fermiers, les métayers étaient également organisés. Les fermiers d'ailleurs avaient des intérêts différents; c'est un fait que les fermiers du nord de la France ou de l'Ile de France, de la Bauce, n'avaient pas exactement les mêmes intérêts, ils n'avaient pas les mêmes organisations représentatives que les fermiers du reste du pays. Ces groupes de pression se sont exercés et ces pressions se sont traduites dans telle ou telle position de la loi. La succession des textes traduit d'ailleurs une alternance dans la prédominance de tel ou tel intérêt. Finalement, on peut dire qu'il y a une loi de transaction, de compromis, encore que peut-être à l'origine, le compromis ait penché surtout du côté des preneurs de bails ou du côté des fermiers et des métayers.

La loi du premier septembre 1948 sur le baux locatifs, la charte des loyers, représente également une transaction entre les propriétaires et les locataires.

Aux locataires on a donné le maintien dans les lieux, mais aux proriétaires, on avait donné un relèvement des loyers. A l'origien, c'était ainsi, mais là, nous constatons le phénomène dont je parlais tout à l'heure. A l'origine, il avait été dit, à la suite d'une transaction, que les loyers pourraient toujours être maintenus à un taux suffisant pour permettre la mise en état de l'immeuble, le postulat, ce serait que le coût des loyers serait relevé en fonction du coût de la vie. Cet aspect a été perdu de vue dans les années suivantes, les pressions des locataires s'exercèrent dans le sens de cristallisation du taux des loyers, si bien que l'aspect de compromis qui existait à l'origine fut perdu de vue dans les années suivantes. Là encore, nous sommes en présence d'une loi de compromis à l'origine, ce qui vous montre que cette notion sociologique de la loi compromis dégagée par la sociologie américaine, est d'une application possible en droit civil. Il y a là qulque chose de fécond encore qu'il faille faire certaines réserves, qu'il faille maintenir cette psychologie de compromis dans certaines limites.

Voilà ce que je voulais vous dire sur la loi, j'ai de la sorte terminé cette étude particulière de la loi qui fait suite à une étude particulière de la coutume. Je vais pouvoir réintroduire la notion synthétique de la règle de droit en étudiant ses caractères sociologiques.

Paragraphe 2 : LES CARACTERES SOCIOLOGIQUES DE LA REGLE DE DROIT -

Caractériser sociologiquement la règle de droit, cela signifie d'abord séparer la règle de droit des autres règles

sociales dont la sociologie générale peut avoir à s'occuper. Il s'agit de la règle de droit, de la règle juridique. La juridicité, je m'excuse de ce terme, la juridicité parait être la caractère spécifique de la règle de droit en face de toutes les autres règles de conduite sociale qui peuvent concerner l'homme.

N'y a-t-il pas une tautologie à parler de la juridicité de la règle de droit ? Il est pourtant nécessaire d'en parler. La juridicité ne soulève pas de difficultés pour le droit dogmatique. Il existe des critères formels qui permettent au droit dogmatique de dresser un catalogue des coutumes et des lois su'il reconnait comme règles de droit.

La question est différente pour la sociologie juridique. Il lui faut essayer de déterminer le seuil à partir duquel on entre dans le domaine propre du droit. C'est cette distinction à la difficulté de laquelle je faisais allusion dans un cours précédent. Cette distinction du juridique et du social général; rien n'est plus malaisé que de délimiter ce qui est proprement juridique et ce qui relève du social général, ce qui est règle de conduite sociale sans être règle de conduite juridique. Mais caractériser sociologiquement la règle de droit, cela peut encore signifier autre chose. Cela peut signifier qu'il faut distinguer la règle de droit sociologiquement vivante de la règle de droit qui n'a qu'une existence dogmatique, qu'il faut distinguer la règle de droit simplement formulée par la société, par les organes spécialisés de la société, et la règle de droit reçue dans la pratique sociale. C'est le caractère d'effectivité de la règle de

de droit. Il n'y aurait, dit-on, de règles de droit au sens sociologique que la règle de droit effectivement appliquée, que la règle de droit effective. Ainsi, nous rencontrons deux caractères sociologiques de la règle de droit et qui prêtent à discussion : la juridicité et l'effectivité. Nous examinerons successivement ces deux caractères de la règle de droit.

A - La juridicité -

Entre tous les phénomènes sociologiques, le droit a une nature particulière. C'est ce qu'exprime cette notion de juridicité qui nous place au coeur d'une distinction fondamentale, car ce que l'on sait de cette juridicité va nous permettre de séparer la sociologie juridique de la sociologie générale, en opposant les règles de droit aux règles de conduite humaine qui ne sont pas des règles de droit.

On a proposé divers critères pour distinguer la règle de droit des autres règles de conduite sociale. Il nous faudra examiner ces critères, mais auparavant, je voudrais faire apparaitre les difficultés générales du problème.

I - DIFFICULTES GENERALES DU PROBLEME

Quelles sont donc ces autres règles de conduite avec lesquelles la règle de droit pourrait être confondue et ne doit pas être confondue ?

Tout de suite, des catégories concrètes viennent à l'esprit. Ce peut-être la règle de morale ou la règle de moeurs, avec du reste l'ambiguité qui s'attache à ces ex-

pressions; car règles de morale, règles de moeurs, les uns entendront par là des règles d'éthique transcendantale; les autres des règles de convenance ou de bienséance assez terre à terre. Ce sont encore les règles de courtoisie, de politesse, d'étiquette, ce sont encore les rites religieux, les prescriptions liturgiques. Dans la sociologie américaine, nous rencontrons une distinction qui parait répondre à notre préoccupation du moment. Les sociologues américains distinguent en quelque manière trois étages de règles, : folkways, mores et law.

Les folkways, ce sont des manières de vivre populaires, des manières de vivre de la masse, des manières de vivre nationales, collectives et non simplement individuelles; ce ne sont pas des règles de droit, ce sont cependant des règles de conduite.

J'emprumterai des exemples, pour illustrer cette notion, à la sociologie américaine. Prendre un repas complet vers midi, c'est un folkway de certains peuples. Quand on voit, vers midi les foules se précipiter vers les restaurants, nul doute q'uil y a là une règle de conduite qui pousse cette foule vers le repas. Folkway, ce n'est pas une règle de droit. Le fait de manger les plats salés avant les plats sucrés, c'est un impératif que nous sentons comme assez contraignant, ce n'est pas cependant une règle de droit. En Orient, porter une coiffure sans bords, dans les nations musulmanes qui ont conservé l'islam assez vivant, porter une coiffure sans bords, c'est une règle, ce n'est pas une règle de droit; folkway, diront les sociologues américains.

Mores : règles de moeurs, pourrons nous traduire. C'est quelque chose qui est au dessus de la manière de vivre, mais qui n'est pas encore la règle de droit. Je vous citerai un exemple qui revient fréquemment chez les sociologues américains : l'obligation pour le séducteur d'épouser la fille séduite. Dans le droit français, réparer le dommage causé par la séduction dolosive, c'est une obligation juridique, il y a là une règle de droit. Mais, réparer au sens populaire du terme, réparer dans l'absolu, réparer en épousant la fille séduite, ce n'est pas dans le Droit français, une obligation juridique, ce n'est pas non plus simplement une manière de vivre, c'est une règle de moeurs. Enfin, la règle de droit; pour nous cela se passe d'explication, il y a au moins cinq ans que vous étudiez cela.

Dans les sociétés évoluées, dans nos sociétés, nous faisons la différence sans effort entre ces règles de conduites qui ne sont pas des règles de droit et les règles de droit proprement dites. Nous faisons la différence parce qu'il existe dans nos sociétés des organes différenciés qui ont le monopole de formuler et de sanctionner les règles de droit. Alors, nous les reconnaissons du premier coup d'oeil. Nous les reconnaissons par des critères formels, par des critères de droit dogmatique. C'est en réalité le droit dogmatique qui nous aide à séparer la règle de droit des autres règles de conduite qui ne sont pas des règles de droit. Mais sociologiquement, si nous sommes réduits au seul critère sociologique, la difficulté est extrême; quelques exemples peuvent montrer tout de suite combien la frontière est mouvante parmi les règles de

conduite entre le juridique et le social général.

Voici le commandement qui est contenu dans le sermon sur la montagne ; tu aimeras ton prochain comme toi-même. Ce commandement parait relever de l'éthique pure. Il est assez courant de trouver cette formule chez les juristes, que l'on ne peut pas fonder un droit sur le sermon, sur cette loi d'amour; mais cette loi d'amour est tout de même une loi et c'est un fait que le commandement dont il s'agit, qui était déjà contenu dans l'ancien testament dans le Lévitique, chapitre 19, verset 18, avait été senti dans la société hébraïque comme ayant une portée juridique. Les talmudistes tiraient de la loi d'amour des corollaires qui étaient des corollaires juridiques. Par exemple, je citerai très concrètement certaines prescriptions sur les égards dûs aux condamnés à mort, ou encore, une règle d'après laquelle le patron devait laisser des loisirs aux salariés. Les talmudistes rattachaient cette règle d'humanité, dirions-nous, dans notre langage moderne, au verset 18 du chapitre 19 du Lévitique, c'est-à-dire qu'ils rattachaient cette règle à ce commerdement qui nous parait dans notre perspective de juristes du 20ème siècle être un commandement de pure morale.

Le prends une règle d'une tout autre sorte. C'est au maitre de maison et non pas à la maitresse de maison de découper la volaille. C'est une règle. C'est une règle d'étiquette, de convenance en France; mais dans l'antiquité, il nous apparait à travers les textes que c'était une véritable règle de droit, une prescription de droit religieux et civil. Le père de famille affirmait par ce geste et son autorité de chef et son autorité de sacrificateur. Dans les parts qu'il découpait,

il y en avait une qui était consacrée aux Dieux, et il fallait, pour pouvoir consacrer cette part, que lui-même procédat à l'opération; il y avait donc bien là une règle qui avait une portée juridique.

Aujourd'hui, ce n'est plus une règle juridique mais une règle d'étiquette, c'est du social général, ce n'est pas du social juridique.

Nous collons nos timbres poste en haut et à droite de l'enveloppe. C'est une règle que nous ne regardons pas du tout comme juridique, mais elle pourrait très facilement devenir juridique. L'administration des postes a déjà édicté une règle sur le format minimum des enveloppes, elle pourrait tout aussi bien nous obliger à coller nos timbres en haut et à droite, et, à ce moment cette règle qui n'est ni une règle juridique ni une règle morale, mais simplement une règle de convenance, cette règle deviendrait juridique. Donc, la frontière me parait pouvoir être déplacée, la distinction me parait fuyante, la difficulté sociologique est certaine.

Certaines éliminations ne pourraient-elle pas déblayer les abords du problème ?

Il est une élimination certaine et définitive à laquelle on peut procéder. Il faut poser que l'impératif en toute hypothèse doit avoir un carcatère social. Le problème que nous examinons ici ne se pose que pour des impératifs qui sont d'origine collective. Il faut que le commandement soit senti par l'individu comme ayant une origine extérieure. Il ne faut pas que le commandement vienne de l'individu lui-même. Il n'y a pas de règle sociales de droit personnelles, il n'y a pas de règles

d'étiquette personnelles, non plus. Sans doute, il peut se rencontrer ici des phénomènes psychologiques qui ont été relevés et étudiés, des phénomènes qui peuvent avoir un intérêt pour une étude de la formation de l'impératif, pour la psychologie de l'impératif, mais ces phénomènes ne sont pas des phénomènes de formation d'une règle, qu'il s'agisse de règles de droit ou d'autres règles sociales.

Ainsi, on voit apparaitre à travers des textes littéraires des originaux qui prennent l'habitude de ne pas marcher sur le bord des trottoirs ou de ne pas marcher sur les parties des marches qui sont usées.

On peut, dans les textes littéraires relever plusieurs exemples d'originaux de ce type là. Ces individus ont mauvaise conscience s'ils enfreignent cette règle qu'il se sont eux-mêmes créée. Ce phénomène là, quand-même, ne relève pas de notre étude. La règle, ici, c'est une règle que l'individu s'est posé lui-même, qui n'a pas, qui ne semble pas avoir d'origine collective, au lieu que le fait, d'ailleurs beaucoup plus courant, de l'individu qui ne veut pas passer sous une échelle, ce fait là relève bien de notre problème. Il est certain qu'il y a là une règle d'origine collective qui se fait sentir sur l'individu, le débris d'un interdit fort ancien que nous avons peine à retrouver rationnellement, une superstition au sens éthymologique du terme, mais c'est un phénomène collecti; ce peut être un phénomène qui ressortit à notre étude. Mais si la règle est d'origine strictement individuelle, si c'est de moi qu'elle vient, même si ce moi semblait se dédoubler, le phénomène ne nous intéresse plus. Donc, il y a là une première élimination.

Une seconde élimination que nous pouvons faire est

simplement provisoire. Nous n'envisagerons en principe ici, comme à propos de la coutume en particulier, que les règles qui se manifestent à l'intérieur de la société globale, la société tout court.

Nous réservons plus tard la recherche de la juridicité, de ce que pourrait être la juridicité au sein d'une société particulière. J'ai déjà fait allusion à cette possibilité. Les statuts d'une société anonyme ou d'une association, n'est-ce pas une règle de droit à l'intérieur d'une société ?

La loi, la coutume d'un gang de voleurs, est-ce que ce n'est pas une règle de droit ? Est-ce que ce n'est pas un phénomène juridique? Il est des sociologues pour le croire. La particularité ici, c'est que cette règle se manifeste à l'intérieur, non pas de la société globale, mais d'un groupe particulier. C'est une difficulté propre. Nous la négligeons provisoirement. Nous laissons provisoirement de côté ces règles qui pourraient être des règles de droit apparaissant uniquement à l'intérieur des sociétés particulières. Il pourrait être tentant de nier, à priori, leur juridicité en posant comme absolu, comme un a priori, que la juridicité coincide avec la société globale, qu'il n'y a de juridicité qu'à l'intérieur de la société globale, et certains diront en termes plus modernes qu'il n'y a de juridicité qu'à travers l'Etat. Mais, nous n'avons pas le droit d'opérer ainsi, nous éliminons simplement pour déblayer le terrain cette difficulté à titre provisoire, nous la retrouverons quand nous étudierons les sociétés particulières.

Enfin, il est une élimination à laquelle il faut se refuser. On pourrait être tenté de ne pas considérer ici la loi,

de s'entenir à la coutume en faisant la remarque que la difficulté de distinction, la difficulté de différenciation entre la règle de droit et la règle de conduite non juridique, n'existe à proprement parler qu'avec la coutume, parce que quand il s'agit de la loi, la confusion n'est pas possible à cause de la compétence constitutionnelle de l'organe qui edicte la loi, à cause d'une série de critères formels qui permettent de mettre la loi à part, qui ne permettent pas de la confondre avec les autres règles sociales.

La loi se caractérise pourrait-on dire, par l'estampille de certains organes étatiques et par conséquent, on ne pourra jamais la confondre avec des règles sociales non juridiques. En outre, serait-on tenté d'ajouter que la loi est écrite tandis que toutes ces règles pseudo-juridiques, toutes ces règles sociales non juridiques avec lesquelles on redoute la confusion,sont des règles non écrites. Il n'y a pas de confusion possible et par conséquent, serons-nous tentés de conclure nous n'avons besoin de nous préoccuper de la distinction qu'entre la coutume d'une part, et d'autre part la règle de droit. D'un autre côté, ces règles sociales qui ne sont pas juridiques, ces coutumes sociales non juridiques que sont les coutumes morales, que sont les coutumes de convenance, de bienséance, d'étiquette, les folkways, les mores, ce sont des coutumes, ce ne seront jamais des règles de droit ecrites; donc , nous pouvons négliger la loi.

Cette façon de procéder ne serait pas sans danger parce que les caractères ainsi attribués à la loi ne sont pas valables pour toutes les époques. Nous raisonnons avec la notion

de la loi que nous pouvons avoir dans nos sociétés modernes, dans nos sociétés évoluées, dans nos sociétés à régime constitutionnel bien défini, mais la loi à travers l'histoire s'est révélée sous des formes plus frustres, plus floues qui se prêtent à une confusion avec certaines règles sociales non juridiques.

Dans des sociétés moins évoluées que la nôtre, dans des régimes constitutionnels moins définis, moins rigides que les nôtres, la concurrence des autorités a pu être quelque chose de naturel et par conséquent, la solution de cette concurrence a pu être vraie.

Songez à une situation telle que celle qui se présentait à la fin de l'empire romain quand étaient en concurrence les prescriptions des empereurs romains et les prescriptions du christiannisme naissant. De part et d'autre il y avait des lois, mais est-ce que toutes ces lois étaient également juridiques ? Le problème de distinction que nous étudions ici se posait déjà à cette époque.

D'autre part, il ne faut pas s'imaginer que les règles non juridiques soient toujours des règles coutumières, des règles non écrites. On peut concevoir des règles sociales non juridiques qui soient ecrites, qui soient même codifiées. Je pense à ce que serait le code de déontologie médicale s'il n'avait pas reçu en France une particularité de technique législative mais parfaitement contingente qui pourrait ne pas s'être produite, s'il n'avait pas reçu l'estampille d'un décret étatique . Nous serons en présence de lois écrites qui ne seraient pas probablement des lois juridiques. Par conséquent, le problème de distinction que nous étudions ici pourrait se poser. Il a existé, il existe encore peut-être, bien que la dernière

édition est 1892, un code de l'honneur qui était un manuel, un recueil de règles d'ailleurs précises à l'usage des duellistes. C'était une codification de lois qui n'étaient pas des lois juridiques. Donc, le défaut d'oralité peut se rencontrer même pour des prescriptions non juridiques. Nous pouvons trouver de ces règles sociales non juridiques qui soient extérieurement tout à fait comparable à des lois. Il ne faut donc pas que nous éliminions la loi de notre recherche d'un critère.

Ces préalables étant marqués, il reste, et j'insiste sur ce fait, une recherche d'une extrême difficulté, et la difficulté parait même si profonde que beaucoup de sociologues pensent que le différenciation est impossible. Cette conception universelle, ce refus de distinguer les règles proprement juridiques des autres règles de conduite, cette conception est latente chez beaucoup de sociologues durkheimiens. Pour eux, il y a unité de nature, unité substantielle, profonde entre tous les impératifs sociologiques. Tout au plus, pourrait-on déceler entre ces impératifs, des différences de dégrés correspondant à des différences dans l'intensité de la pression sociale qui leur sert de sanction. Mais, la différence de dégré n'aboutit pas à un critère tranchant, c'est une série de nuances qui vont séparer les règles sociales non juridiques des règles proprement juridiques. Il n'y aura pas de critère, il n'y aura pas de différenciation hermétique; ou bien encore, on pensera à des différences dans l'origine historique, à des différences chronologiques. C'est une hypothèse assez courante chez les sociologues que les règles de moeurs lato, sensu, sont des débris, des survivances de règles juridiques disparues. Nous

aurons à examiner cette notion du folklore juridique. Est-ce qué ce n'est pas là un système de règles, d'anciennes règles de droit qui se sont dégradées progressivement, qui ont perdu leur juridicité et qui se sont transformées en impératifs sociologiques non juridiques. Dans cette notion du folklore juridique, nous voyons se manifester l'hypothèse que les règles sociales non juridiques seraient des dégradations, seraient des débris, des survivances des règles juridiques. Prenez, pour donner tout de suite un exemple de règle folklorique, de droit folklorique, prenez cette règle, (car cela semble bien avoir été une règle, à un certain niveau de la masse) qui interdit de dépendre les pendus. Cet règle qui a été immortalisée en chanson, c'est une constante du folklore juridique. Une interprétation assez répandue de la règle veut que ce soit une survivance d'une véritable règle de droit. Il y a eu en effet sous l'ancien régime, à différentes reprises des ordonnances du pouvoir royal interdisant de dépendre les pendus.

Pourquoi? Parce qu'à cette époque, la plupart des pendus que l'on pouvait rencontrer en se promenant étaient certainement des supliciés qui avaient été pendus en bonne et dûe forme par suite de l'exécution d'un arrêt de justice; alors, il ne fallait pas que les promeneurs, que les tiers interfèrent avec la justice et, par un mouvement de charité mal comprise, en quelque sorte, envisagent de dépendre les pendus.

Ces ordonnances ont perdu leur force juridique; nous ne pendons plus personne et d'autre part, nous ne le ferions plus ous une forme aussi sommaire. Ces ordonnances se sont dégradées mais il es est resté une règle de folklore juridique,

une survivance, un débris; la règle de moeurs, la règle de folklore, c'est un débris de règle de droit qui a pardu de sa force, qui a perdu de son énergie, qui a perdu de sa sanction. Voilà la dégradation qui serait le processus normal en la matière. Ou bien inversement, la règle morale serait l'annonce, l'hôte, si je puis dire de la lex perempta; ainsi, dans l'antiquité, on constate que l'enseignement moral des stoïciens sur la conduite que le maître doit tenir envers ses esclaves préfigure les réformes que les empereurs de l'empire romano-byzantin, que les empereurs chrétiens devaient apporter dans le régime juridique de l'esclavage. La règle morale a devancé, préfiguré la règle de droit.

Ici, la règle morale nous apparait comme ayant encore moins de force que la règle juridique, mais elle est appelée à prendre cette force et à ce moment là à se transformer en règle juridique. C'est toujours la même hypothèse de la règle juridique à la règle non huridique. Il y a une différence de degré, d'intensité dans la pression sociale, mais il n'y a pas de différence de substance, pas de différence de nature.

A l'arrière-fond de cette conception largement répandue dans la sociologie durkheimienne vous retrouveriez l'idée à laquelle j'ai déjà fait allusion, que la règle sociale parfaite, que la règle sociale par excellence, c'est la règle juridique; donc les autres, toutes les autres ne peuvent être que des dégradations ou bien l'inverse, des préfigurations en pointillés.

L'idée est, chez Durkheim avec des conséquences méthodologiques; la règle de droit est la plus précise, la plus ob-

jective des règles sociales. C'est la raison pour laquelle il vaut mieux étudier la société à travers les règles de droit parce que c'est quelque chose de plus précis, de plus objectif, de plus matériel. C'est toujours l'hypothèse, le fil conducteur, c'est toujours ce qui mène; de la règle de droit aux autres règles non juridiques, la différence n'est que de degrés. Il en est peut-être ainsi, mais ce monisme ne peut pas être un a priori; nous ne pouvons pas le poser au départ, il pourra tout au plus être une conclusion.

Au départ, il est plus scientifique d'essayer de distinguer, d'essayer d'analyser, d'essayer de créeer des catégories. Cette démarche a une valeur méthodologique. Il faut faciliter par là la oompréhension de la réalité sociale. Nous devons a priori mieux comprendre la réalité sociale si nous essayons de l'analyser que si nous renonçons d'avance à l'analyser. Donc, sans sous-estimer les difficultés de l'entreprise, nous allons partir à la recherche d'un critère de distinction.

II - EXAMEN DES CRITERES PROPOSES.

Ces critères peuvent être en premier lieu d'ordre interne. D'ordre interne, c'est-à-dire tirés du contenu de la règle, du contenu respectif des règles en présence : règles de droit, règles sociales non juridiques, de l'objet de ces règles.

A l'opposé, ces critères peuvent être d'ordre externe, tirés des phénomènes qui se produisent à l'extérieur de la règle, en cas d'accomplissement ou d'inaccomplissement de celles-ci.

Les différentes sortes de règles juridiques ou non

juridiques pourraient avoir indifféremment le même contenu, le même objet, ce sont les sanctions, ce sont les suites de l'accomplissement ou de l'inaccomplissement de la règle qui feraient la seule différence entre le juridique et le non juridique. D'Ordre interne ou d'ordre externe, ces critères sont des critères que se veulent objectifs, mais on peut songer aussi à un critère subjectif tiré du mode d'appréhension psychologique de la règle. Comment la règle est reçue, comment les différentes sortes de règles sont reçues dans la conscience de l'individu ? C'est peut-être là que résiderait la différence entre le juridique et le non juridique. Il nous faudra examiner tour à tour ces différentes sortes de critères.

a) - Les critères d'ordre interne

Les critères d'ordre interne sont les plus simples. On les propose soit dans la doctrine sociologique, soit dans la doctrine juridique, mais assez souvent d'une façon fragmentaire, partielle, qui n'ont pas valeur pour mettre une différence entre la règle de droit et toutes les autres règles non juridiques, mais seulement entre la règle de droit et un nombre type de règles non juridiques. C'est à la première application de cette sorte de critères que je songe en parlant ainsi.

Première application tout à fait classique chez les juristes à propos de la distinction de la morale et du droit.

Sans doute; la distinction de la morale et du droit. n'est pas toujours faite chez les juristes par l'objet, par le contenu des différentes règles, des différentes sortes de règles. Les juristes parlent aussi d'une différence quant à la sanction.

Sanction externe quand il s'agit de la règle de droit, sanction interne quand il s'agit de la réprobation de la conscience, quand il s'agit de la morale; mais il est classique de faire aussi une différence quant à l'objet. C'est une sorte de pont aux ânes de la théorie générale du droit que les deux cercles concentriques de Bentham. Bentham représentait les rapports de la morale et du droit par l'image de deux cercles concentriques, le plus étendu des deux cercles étant le cercle de la morale, la morale étant le cercle le plus large parce qu'elle englobait les devoirs envers la divinité, les devoirs envers soi-même et pas seulement entre individus, les devoirs de justice et encore les devoirs de charité. Il y a ainsi dans la liste des devoirs toute une série qui doit être mise en dehors du dommaine du droit, d'où une série qui ne relève que de la morale : devoirs envers la divinité, devoirs envers soi-même, devoirs de charité envers le prochain; les devoirs de justice représentant au contraire une zone de coincidence entre la morale et le droit.

Ainsi, l'examen de l'objet de la règle qui prescrit tel ou tel devoir, l'examen de l'objet de la règle, du contenu de la règle, un critère interne par conséquent,pourrait servir à établir la différence entre la morale et le droit, entre les règles juridiques et un certain type de règles non juridiques. Cette différence, cette distinction classique a été, vous le savez, contestée à notre époque, c'est l'esprit général de l'ouvrage célèbre du Doyen Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, et a montré sur certains points précis qu'il y avait interpénétration de la morale et du droit. Il a montré que

certaines règles de charité avaient pu être érigées en règles de droit. La règle qui prescrit des aliments, l'obligation alimentaire entre proches parents, c'est une règle de charité, de piété si l'on veut, et c'est devenu une règle de droit. Donc, l'objet, l'examen interne du contenu de la règle a une solution. De même pourrait-on ajouter de nos jours d'une façon encore plus frappante, la règle qui prescrit de porter secours à son prochain a été érigée en règle de droit pénal. Il y a un devoir d'assistance à la personne en danger qui est un devoir de charité envers le prochain et qui est aujourd'hui un devoir juridique. J'ajouterai la théorie de l'obligation naturelle qui atteste une certaine juridicité des devoirs de conscience partant de certaines règles norales. En outre, ce que l'on peut dire sur cette distinction, c'est qu'elle laisse sans réponse la question de la délimitation qui nous occupe du côté de toutes les règles sociales qui n'ont pas le caractère de règles juridiques. Ce n'est donc pas un critère entièrement satisfaisant, ce n'est donc pas un critère complet.

La sociologie américaine a proposé un critère également partiel, dans cette trilogie dont je vous parlais tout à l'heure, des folkways, des mores et de la loi, et du droit. Mais, ici encore, on constate que le critère est incomplet, que le critère n'arrive pas à résoudre d'une manière satisfaisante l'ensemble de la question qui nous préoccupe ici. Quel est ce critère ? Ce critère trace une limite entre les folkways et d'autre part les mores et la loi considérée comme un tout. Pour les américains,ce qui caractérise en effet les folkways, les manières de vivre, c'est que leur violation ne

met pas en danger les intérêts d'autrui. Ce qui a frappé les sociologues américains et ce qui est en effet frappant, c'est le caractère anodin de ces prescriptions, de ces impératifs dont je vous parlais tout à l'heure sous le vocable de folkways. Leur violation ne met pas en péril les intérêts d'autrui disent-ils. Voilà la caractéristique. Il n'y a aucune périculosité dans le fait d'intervenir l'ordre des plats sucrés et l'ordre des plats salés. Donc, nous sommes en présence d'une manière de vivre, nous ne sommes pas en présence d'une règle de droit ni de règle de moeurs. Est-ce bien sûr ? A ce critère proposé par la sociologie américaine, on peut d'abord reprocher l'incertitude des concepts qu'il met en oeuvre. Que veut dire la notion de danger ? S'agit-il de danger actuel ou éventuel ? Que signifie intérêt ? Est-ce que l'intérêt moral est compris là dessous au même titre que l'intérêt matériel ? Et enfin, qu'entend - t - on par autrui ? Est-ce que la collectivité, dans son ensemble est étendue par là au même titre qu'un individu ? Ou, en d'autres termes, est-ce que par une règle dont la violation ne met pas en danger les intérêts d'autrui, il faut entendre une règle dont la violation ne met pas en danger l'intérêt social ?

Il est certain, que suivant que l'on adoptera telle ou telle interprétation des différents éléments constitutifs de la définition, on aboutira à des conséquences très différentes. Et d'ailleurs, est-il bien sûr, si nous considérons l'aspect sociologique, que des manières de vivre ne puissent jamais mettre en péril les intérêts d'autrui, ne puissent jamais être considérées par la société comme mettant en péril les intérêts d'autrui ? La mobilité des frontières, mobilité

déjà signalée, se manifeste ici et telle ou telle règle que l'on nous décrit comme trop anonyme pour devenir règle de droit parait bien, à travers la série sociologique, avoir pu être transformée en règle de droit. Ainsi, les prescriptions vestimentaires; il parait bien que porter un chapeau ras bords ou sans bords ne met pas en péril les intérêts d'autrui. Cependant, Kemal, dans ses réformes de 1926 a considéré que le fait de porter un chapeau sans bords mettait en péril l'intérêt social de la Turquie nouvelle qu'il voulait forger, et il a fait un impératif juridique de l'interdiction de porter des chapeaux sans bords.

Il est bien connu, pour prendre un exemple historique plus ancien, que Pierre le Grand aussi avait fait des réformes vestimentaires auxquelles il avait conféré une portée juridique parce qu'il lui avait semblé qu'un intérêt social était impliqué dans ces réformes. Il ne faut donc pas se fier à ce critère satisfaisant en apparence ne serait-ce que pour définir la notion de manière de vivre; en réalité, ce critère lui-même est assez fuyant, et surtout, il ne nous permet pas de régler la question en ce qui concerne la différence entre les moeurs et la règle de droit, car pour la sociologie américaine, la périculosité commence avec les mores. Déjà dans les mores, assurent les sociologues d'outre-atlantique, il y a mise en péril d'un intérêt d'autrui. Cela permettra de séparer les mores des folkways, mais non pas les mores de la loi. Ainsi, la règle de moeurs qui veut que le séducteur épouse le fille séduite parait aux sociologues américains être une règle dont la violation mettrait en péril les

intérêts d'autrui. Là, il parait du reste qu'un certain flou plane sur la pensée de ces sociologues car on voit mal ce qu'ils entendent ici par " l'intérêt d'autrui ", si c'est l'intérêt de la fille séduite ou si c'est l'intérêt de la société, ce qui pourrait être discuté. En tous cas, cette péri-culosité qui est typique des mores n'est pas spécifique parce que ce même caractère se retrouvera pour la règle de droit. Il ne pourra alors y avoir de la règle de moeurs à la règle de droit qu'une différence tout au plus dans l'intensité du péril couru par la société, une différence de degré, cela ne fait pas un critère et par conséquent il nous apparait en conclusion que le critère proposé par la sociologie américaine lui non plus n'est pas scientifiquement satisfaisant. Qu'il s'agisse du critère classique du droit dogmatique entre la distinction de la morale et du droit, qu'il s'agisse du critère de la sociologie américaine pour mettre les folkways à part des règles de moeurs et des règles de droit, il nous semble que les critères proposés jusqu'ici se heurtent en outre fondamentalement à un certain démenti de l'histoire ou, si vous voulez, de la série sociologique.

Ce qui parait clair dans nos sociétés modernes le sera beaucoup moins si l'on prétend utiliser les critères proposés en remontant dans la série sociologique à des sociétés plus archaïques. Il est banal d'observer que dans les droits primitifs, la distinction de la morale, des moeurs, du droit stricto sensu, cette différence qui nous parait assez nette, n'est pas du tout faite.

Il y a, on l' a constaté à plusieurs reprises au

cours de l'histoire un certain processus de laïcisation du droit; ainsi, dans le droit romain, le refoulement du fas par le jus. Mais ce phénomène même de refoulement du fas par le jus atteste qu'il y a eu une époque où le droit englobait à la fois la religion et le droit stricto sensu. Il y avait un droit religieux, mais ce droit religieux ce n'était pas exclusivement des règles juridiques au sens moderne du terme, c'étaient aussi des prescriptions rituelle morales, des impératifs liturgiques. La distinction d'aujourd'hui n'était pas faite, très probablement, par l'ancien droit romain. Elle ne l'était pas faite davantage par les droits orientaux. Les droits orientaux sont une catégorie du droit ccmparé et, précisément, la caractéristique de cette catégorie où le droit hindou, le droit chinois pré-révolutionnaire, la caractéristique des droits orientaux c'est qu'ils ne font pas la distinction que nous faisons dans les droits dits occidentaux, entre la règle proprement juridique et les règles de moeurs, les règles de religion, les règles rituelles les règles liturgiques.

Il est facile de voir que dans la Thora, dans l'Ancien Testament, il y a des prescriptions qui ne sont pas, eu égard à leur contenu, des prescriptions juridiques pour nous, modernes, mais qui ont été considérées à l'époque comme des prescriptions proprement juridiques. Il y a des prescriptions alimentaires, cérémonielles, liturgiques. Ce sont des règles de droit dans l'esprit du droit hébraïque. Ce ne sont pas des règles de droit dans notre esprit du XXème siècle. La même observation doit être faite pour le droit musulman classique; il est bien certain qu'on y trouve des commandements d'ordre

alimentaire, des commandements relatifs aux pélérinages, des prescriptions morales, tout cela est confondu et les juristes musulmans classiques ne faisaient pas de distinction, pour eux tout cela c'était du droit.

Dans le droit chinois pré-révolutionnaire, il y a la même synthèse, le droit, c'est une certaine convenance à l'ordre naturel des choses, une certaine harmonie de la vie de l'âme à l'ordre naturel des choses, mais cette harmonie englobe bien autre chose que ce que nous concevons aujourd"hui comme du droit.

Il y a par exemple dans ces législations, dans certains textes chinois des prescriptions sur le deuil que doivent observer les enfants. Ces prescriptions ne nous paraitraient pas des prescriptions juridiques; on dirait que ce sont des règles de convenance, des règles d'étiquette, mais nul doute que dans l'esprit de ces codifications, ce sont des règles de droit, elles sont sanctionnées, du reste. La violation de ces règles relatives au deuil sont sanctionnés par des pénalités corporelles. Cela atteste bien une juridicité de ces impératifs, mais ce n'est pas par le contenu, par l'objet de la règle que nous pourrons dire qu'elle est juridique, c'est par sa sanction, c'est par un critère externe, d'où il semble que lorsque l'on veut embrasser, non pas seulement les droits mosernes, mais, ce qui parait scientifique, tout ce qui est droit, toute la série sociologique, on se heurte à une difficulté considérable avec les critères d'ordre interne dont nous venons de faire état, avec ces critères tirés de l'objet de la règle, du contenu de la règle.

La doctrine juridique a parfois essayé d'éviter cette difficulté en proposant des critères internes mais d'une autre espèce, des critères qui avaient l'avantage d'avoir une valeur générale; de pouvoir servir à différencier la règle de droit à l'égard de toutes les autres règles de conduite; qui auraient évité l'objection dont je parlais tout à l'heure, ce caractère fragmentaire, partiel qu'avaient les critères précédemment proposés, et en outre, critères qui avaient l'avantage de s'attacher moins à la nature contraire des conduites prescrites par la règle qu'aux caractères généraux n très généraux de ces conduites. Je m'explique. Il y a un critère que l'on trouve notamment chez les juristes de droit internationnal public. Quand ils veulent essayer de définir le seuil à partir du quel le droit apparait, ce qui est important en droit international public (où, vous le savez, la règle est souvent sans sanction et où les critères externes tirés de la sanction paraissent aboutir à une impasse, ce qui explique que l'on se rabatte sur des critères internes coûte que coûte, qu'on cherche à faire apparaitre des critères internes).

En droit international public et dans certaines théories générales du droit, on dit que ce qui caractérise la règle de droit en contraste avec d'autres règles de conduites sociales qui ne sont pas juridiques, c'est que la règle de droit a un double caractère de neutralité et d'universalité. Cela a besoin de quelques explications.

Neutralité, cela veut dire que la règle de droit aurait en propre une aptitude à consacrer toutes sortes d'impératifs tandis que les autres règles sociales non juridiques auraient toujours un objet spécial. La règle de droit aurait,

je traduis peut-être librement, une plasticité que n'ont pas les autres règles sociales, une aptitude à recouvrir toutes sortes de conduites; tandis que les autres règles concerneraient, s'appliqueraient, recouvriraient des conduites plus spécialisées, et son caractère qui n'est pas d'ailleurs sans faire écho un peu au premier, l'universalité, c'est-à-dire que la règle de droit aurait en propre de concerner, d'intéresser, fut-ce indirectement, tous les membres de la société alors que les autres règles sociales ne s'adresseraient qu'à des secteurs particuliers de la société.

Je ne suis pas convaincu par cette définition qui parait pour une large part être une définition assez nominale. Cela revient un peu à dire que toute règle de conduite sociale peut devenir une règle de droit et de cela je retiendrai volontiers que le droit peut prêter son moule à n'importe quelle prescription que toute prescription a, a priori, vocation à devenir règle de droit.

La plasticité du droit : cela signifie que la règle de droit peut recouvrir n'importe quelle sorte de conduite, toute règle de conduite peut devenir une règle de droit; à condition, c'est le second caractère : universalité, à condition que cette prescription puisse interesser tous les membres de la société, ce qui, du reste parait contestable parce que c'est préjuger le problème du droit des sociétés particulières, c'est préjuger qu'il n'y a pas de droit à l'intérieur d'une société particulière. Il semble que c'est cela que veut dire ce caractère d'universalité, si bien que ce critère assez abstrait ne me parait pas non plus très déterminant, très

décisif.

Il nous faudra voir dans les prochains cours si les autres critères peuvent davantage nous apporter satisfaction. Je vous ai dit que le problème était très difficile, je ne vous ai même pas dit que le problème avait une solution.

-:-:-:-:-:-:-

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

SEPTIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

Différents critères ont été proposés pour faire apparaître la juridicité et la notion de juridicité. Nous avons vu d'abord les critères que l'on peut qualifier de critères d'ordre interne, tirés notamment de l'objet des différentes règles de conduite sociale. Ces critères ne sont pas les seuls et j'arrive maintenant sous un (b) à un critère suggestif tiré du mode d'appréhension psychologique de la règle. Dans certaines théories modernes de sociologie générale, on distingue plusieurs niveaux de conduite sociale, suivant la manière dont ces conduites sont saisies, appréhendées psychologiquement par le sujet.

Est-ce que cette distinction entre les différents niveaux de conduite sociale ne pourrait pas être transposée en une distinction entre les différentes règles de conduite sociale ?

Mais quels sont ces niveaux de conduite sociale que distingue la sociologie générale contemporaine ?

Le niveau le plus extérieur est constitué par le conflit social que les sociologues modernes disent être des conduites intelligées, des conduites confiantes, des conduites raisonnées, pleinement confiantes.

Voici ce que j'entendrai par ces conduites :
Aussi bien, parfois, pour désigner ces conduites, on parlera de normes dans le langage de la sociologie générale. A un niveau inférieur, la sociologie contemporaine placera les conduites sociales subconscientes et pour désigner ces conduites, on parlera

à l'occasion de formes par opposition aux normes de tout à l'heure.

Enfin, un troisième niveau plus intérieur. La sociologie générale fera apparaître les conduites sociales inconscientes. Dans le langage où je me réfère, on les désignera sous le nom, de modèles.

Ces conduites inconscientes peuvent être des conduites sociales dans l'esprit de la sociologie à laquelle je fais allusion. Dans l'antropologie sculpturale de Monsieur Levi-Strauss, l'inconscient est en effet décrit comme un terme médiateur entre le moi et autrui, par conséquent comme étant plus social. L'inconscient vient de la société et les conduites inconscientes sont des conduites sociales.

A ces trois niveaux de conduite, on pourraît être tenté de faire correspondre trois niveaux de règles de conduite.. La conscience serait le domaine des règles juridiques de propre jugement juridique ; la règle de droit serait une règle raisonnée, intelligée. La subconscience serait le domaine de la règle de moeurs.

Et enfin, au niveau de l'inconscience, il y aurait lieu de placer certaines règles de conduite sociale qui sont absolument incorporées à notre nature, qui sont devenues comme des mécanismes de notre individu. Ainsi, je vous citerai comme très typique; la règle de conduite sociale qui accorde dans la vie humaine une supériorité à la main droite sur la main gauche. Il y a bien là, semble-t-il, une règle sociale, mais une règle sociale absolument incorporée à notre nature, devenue inconsciente.

Nous ne serions pas d'ailleurs avec cet exemple tellement loin du droit, car dans beaucoup de langues le terme qui désigne le droit n'est pas comme dans notre mot droit, dérivé du latin "directum", un terme évoquant la ligne droite ; c'est bien un terme évoquant la main droite. Tel serait un critère possible, critère suggestif, critère psychologique.

A ce critère, on peut cependant faire des objections. Il manque de la rigidité, du tranchant, que l'on drcit requérir dans un critère et tout ce qui est psychologique, subjectif est difficile à faire venir du dehors. Et puis, ce critère est un critère en degrés, qui utilise des dégradés, si je puis dire. Le risque alors, c'est que l'on passe, sans y prendre garde, du juridique au non juridique. Pour certaines règles de conduite sociale, nous serons fort embarrassés, nous aurons la plus grande hésitation sur la catégorie dans laquelle il convient de placer cette règle. Je vous citerai, à titre d'exemple, la prohibition de l'inceste au sens critère, la prohibition de l'union sexuelle entres proches parents. Il y a là une prohibition, une règle, qui peut, dans certains cas, prendre l'aspect d'une règle absolument incorporée à notre nature, inconsciente, instinctive. Mais, elle peut aussi se hausser au niveau des règles conscientes, des règles raisonnées. La même prohibition de l'inceste dans les droits modernes fera l'objet d'explications rationnelles par les considérations d'eugénie ou de morale, si bien que la même règle peut passer d'une catégorie à l'autre de l'inconscient.

Au demeurant, il flotte une incertitude sur ce que l'on entend au juste par conscient, inconscient, subconscient.

Est-ce que l'application de la règle, est-ce de l'explication de la règle.

L'application de la règle devenue mécanique, première interprétation ou bien l'explication qui ne se fait plus lorsque la règle est devenue inconsciente. Mais, quelque interprétation que l'on donne, on se trouvera devant des difficultés effrayantes.

Prenons une règle, comme cette règle du code de la route qui, dans beaucoup de pays et notamment en France, prescrit aux conducteurs de véhicules de tenir leur droite. Cette règle peut, chez un conducteur habitué et expérimenté, s'incorporer à sa nature. C'est donc quelque chose de mécanisé, d'inconscient. On peut dire que cette règle a pénétré tous les individus. Dans le paysoù l'on est obligé par les prescriptions d'un code de la route de tenir sa droite, les piétons prendront leur droite plutôt que la gauche dans la rue. En Angleterre, où la règle est inverse, le mécanisme, le réflexe, l'instinct sera inverse, Nous sommes donc en présence d'une règle incorporée à la nature hamaine, inconsciente, une règle mécanique. Mais également, vous pouvez dire que cette règle du code de la route, est inconsciente dans son explication. Un historien du droit pourra bien arriver à prouver aux décrets sur la police de la circulation, qui ont été promulgés au siècle dernier, je ne sais pas si un historien arrivera à faire remonter cette règle jusqu'au droit romain ou mesopotanien, mais il arrivera un moment où on butera sur le noir et l'explication deviendra une explication inconsciente et nous sommes en présence d'une règle de droit.

Celle-ci donne la conclusion que l'opposition assez frappante à certains égards entre les conduites conscientes qui seraient celles où les conduites pleinements inconscientes qui seraient ces conduites incorporées à la nature humaine. Cette distinction ne paraît pas adéquate à la réalité.

Est-ce à dire qu'il n'y ait rien à retenir de cette exorsion dans le psychologique ? On ne peut en retenir, sinon un critère, du moins une idée générale. Il reste vrai qu'en général la règle de droit est moins mécanique, moins automatique que les autres règles sociales au sens où l'on parle en psychologie d'automatisme psychologique.

Le propre de la règle du droit est d'avoir à sa base un raisonnement législatif, pour employer une expression dont je me suis déjà servi. Vous savez combien, après avoir posé la règle, rechercher cette règle est une démarche habituelle et juridique. On sait combien la règle de droit est conçue naturellement comme une conduite à raisonner, un raisonnement législatif que chacun, à chaque instant peut refaire pour son propre compte, que chacun à chaque instant peut, le cas échéant contredire, car les ressources du raisonnement humain sont infinies. Si bien que la règle de droit est moins contraignante que les autres règles de conduite sociale. Il y a là peut être quelque chose de paradoxal, mais il n'est pas impossible que ce qu'il y a de spécifique dans la règle de droit, soit cette sorte de flexibilité, cette possibilité de renversement par un raisonnement contraire.

c) Les critères d'~~Dresden~~ d'ordre externe

Ces critères sont tirés de phénomènes se produisant à l'extérieur de la règle en cas d'accomplissement ou non de celle-ci. Quels sont-ils ? Le plus souvent, on cherche le critère de leur distinction dans les sanctions respectives des différentes règles. Mais on peut essayer aussi de le trouver dans une autre idée, non plus dans la sanction, mais dans les suites, si l'on peut dire, de la règle de droit, de la règle sociale et l'on dira dans cette idée que c'est la possibilité ou l'impossibilité d'un jugement qui caractérise la règle de droit, par opposition aux autres règles.

Reprenons ces deux sortes de critères : le critère de la sanction, le critère du jugement.

1° - Le critère de la sanction

L'idée que c'est la sanction, l'énergie de la sanction, se trouve même chez des juristes dogmatiques avec des formules un peu rapides, mais tout de même assez frappantes.

Je vous citerai à cet égard le passage célèbre qui ouvre le cours de droit civil d'Aubry & Rau, dans un paragraphe 1er de cet ouvrage célèbre.

"Le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite, à l'observation desquelles il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique". La coercision extérieure serait donc le signe de la règle de droit. Aubry & Rau n'ont pensé ici qu'à l'opposition du droit et de la morale, mais leur formule est, on peut le dire, une formule classique. Le droit, presque toujours, c'est la possibilité d'une coercision extérieure ou physique. La règle qui n'est sanctionnée que par une contrainte intérieure n'est pas une règle juridique : c'est une règle morale

pure.

Des formules telles que celle-ci laissent une question cependant à résoudre. Que faut-il entendre par sanction extérieure ou, à l'opposé, par sanction intérieure ? On remarquera l'équivalence qu'établit la formule des deux auteurs entre extérieur physique, c'est à dire matériel. Il semble qu'Aubry et Rau opposent la sanction extérieure à la coercision morale. Il s'agirait donc d'une coercision parfois de sanction corporelle ou pécuniaire uniquement. S'il en est ainsi, c'est trop étroit. Il y a des règles juridiques qui peuvent n'être sanctionnées que par des peines dites humiliantes ou purement morales. La catégorie existe dans le droit pénal : l'affichage de la condamnation. Est-ce que ces sanctions morales ne sont pas extérieures au sens d'Aubry et Rau ? On traduirait mieux sa pensée en disant que la règle morale n'a de sanction que purement intérieure à l'individu qui a commis la violation. Ce serait alors une formule d'Aubry et Rau, en écho de la formule de Kant, pour qui la morale est autonome, tandis que le droit est hétéronome. La règle morale n'aurait pour sanction que la voix de la conscience, le remords. Il ne faut pas dire que tout ébranlement psychologique constitue une sanction morale. Non. Il est certain que la honte n'est pas une sanction purement intérieure, car les hommes, la société y sont présents.

On peut donc préciser la pensée d'Aubry et Rau. L'opposition n'est pas très nette ; ce n'est pas une coupure très franche. Il est bien certain qu'une sanction intérieure peut accompagner de surcroît, à côté de la sanction extérieure, la violation d'une règle de droit.

Aubry et Rau ne l'auraient pas contesté, car ils disent qu'il y a des règles de droit qui sont en méme temps des règles morales.

Mais en outre et surtout, une certaine sanction extérieure, quoique non juridique, peut accompagner la violation d'une règle morale, s'ajouter au remords, s'ajouter à la sanction purement intérieure, à la voix de la conscience. La réprobation de l'opinion publique est une sanction extérieure et qui accompagne normalement la violation d'une règle morale. Si bien qu'il y a là un critère qui laisse l'esprit insatisfait. Il faut necessairement essayer de préciser cette pensée restée trop vague chez les juristes dogmatiques. Ce qu'ils disent, peut, à la rigueur , convenir à la disctinction de la règle de droit et de la règle morale pure, mais Aubry et Rau laissent de côté, parce qu'au fond ils n'avaient pas très bien conscience du problème, ils laissent de côté les règles de moeurs qui ne sont pas cependant des règles de droit. Les sociologues ont; depuis Aubry et Rau, attiré l'attention sur ces règles de moeurs. C'est pour ces règles de moeurs que la difficulté est extrême de préciser la notion de sanction qui puisse faire de départ même et la règle de droit. Les sociologues diront que la règle sociale a pour sanction la contrainte sociale. Ils admettront que toutes les règles de conduite sociale ont pour sanction une contrainte sociale. La règle de contrainte sociale c'est la règle à l'observation de laquelle la société contraint l'individu. La contrainte sociale sociale caractérise donc toute la règle de conduite sociale, aussi bien ce que nous avons appelé les manières de vivre, les règles de moeurs et les règles juridiques, si bien que le problème est finalement d'un point de vue sociologique simplement reporté. Il faut rechercher s'il existe une contrainte sociale qui soit spécifiquement juridique. La ligne séparative de la juridicité passe quelque part à l'intérieur de la notion de contrainte sociale, encore faut-il dire où. Et là, nous allons constater une difficulté extrême. A la vérité, le partage, la distinction est

facile dans certaines conditions privilégiées, qui sont les conditions où nous vivons, des sociétés occidentales du XX°siècle. Seulement cette distinction se brouille, dès que l'on essaie de transposer le schéma dégagé pour l'hypothèse privilégiée à d'autres hypothèses. Raisonnons sur l'hypothèse, qui est d'ailleurs la nôtre. je prends le cas des sociétés modernes, du droit interne de ces sociétés modernes et peut-être encore une autre précision, je prends le cas privilégié des règles de droit impératif. Dans cette hypothèse-là, ce qui facilite la distinction c'est que nous avons affaire à l'Etat, un Etat constitué et qui a le monopole de la tenance, de sorte que la contrainte sociale juridique paraît s'identifier sans gran'peine avec l'exercice de la violence éctectique. L'état ramène la règle de droit à l'application par un système de sanction et ici on pense tout de suite au droit pénal, qui est l'exemple le plus commun. L'état ramène la règle de droit par des peines qui sont des souffrances précises dans leur nature, dans leur dogme; il raménera aussi par des droits à application, par l'action préventive de la force publique, par des moyens de police, par des voies d'exécution (en droit privé : les saisies par exemple), d'une manière générale moins familière aux sociologues car ces mesures que l'on appelle des sanctions en droit civil telles que les nullités, d'actes juridiques, constituent des sanctions qui sont appliquées par les organes étatiques.

J'ai donc dans cette hypothèse une assez grande facilité pour distinguer la règle de droit juridique au moyen de la sanction, pour faire apparaître ce qui constitue la contrainte sociale spécifiquement juridique.

En effet, en face de ces sanctions juridiques, quelle est la situation pour les autres règles de conduite sociale ? J'entends dans nos sociétés. Prenons l'hypothèse des manières de vivre, par exemple.

Leur violation détermine certainement une réaction sociale qui est une sanction extérieure, ce qui explique d'ailleurs que ces manières de vivre soient très généralement respectées. Elle semble légère ; en fait, elle n'est pas bravée si facilement. La violation d'une manière de vivre provoquera un étonnement réprobatif autour du violateur. Des sourires, des rires, la peur du qu'en dira-t-on suffiront à empêcher la violation d'une manière de vivre. En fait, il y a plus de voleurs qu'il n'y a de gens, qui, au restaurant, commandent des plats sucrés avant des plats salés.

Souvent, la pression est plus nettement physique. Les originaux, les non conformistes, ceux qui veulent s'écarter des manières de vivre de leur milieu social éprouvent des difficultés matérielles à vivre à leur guise quand ils n'ont pas l'indépendance économique et financière. Chacun est libre de fixer à sa guise l'heure de ses repas. Mais, les horaires du travail, les horaires scolaires, ramènent à l'application de cette manière de vivre qui veut qu'en France on fasse un grand repas à midi.

La remarque à faire est à peu près la même en ce qui concerne ce que j'ai appelé la règle de moeurs, au sens américain du terme. Je prendrai pour exemple cette fois de la règle de moeurs, celle qui, dans les sociétés occidentales, réprouve l'union sexuelle en dehors du mariage, l'union libre.

Il y a dans nos sociétés une pression sociale qui s'exerce en faveur du mariage. La violation de cette règle détermine une sanction, une réprobation de l'opinion publique, qui se manifeste par des phénomènes concrets positifs et surtout négatifs.

La concubine ne sera pas reconnue par la famille, par la société, comme le serait une épouse légitime. Elle ne trouvera pas toujours à se loger. Souvent ici encore, pour ceux qui n'ont pas l'indépendance économique et financière, la pression pourra se faire encore plus physique. La salariée pourra être congédiée pour inconduite et là encore, il y aura une pression sociale très matérielle. Il y a donc des différences dans la nature de la sanction extérieure qui s'appliquent aux règles juridiques et d'autre part les règles de conduite sociale qui ne sont pas juridiques. Ces différences ne sont pas très nettes, car cette réprobation sociale que nous avons vue être la sanction par excellence des règles de conduite pourrait être organisée en pénalités. Il y a là des peines morales dans la théorie du droit pénal.

Au fond, la nature de ces peines morales n'est pas différente de la substance que nous trouvons derrière la réprobation de l'opinion publique. Tout au plus pourrait-on dire qu'il y a une différence d'intensité de la réprobation qui intervient ; mais ce qui fait peut être la différence par delà la substance même de la sanction, c'est l'origine, c'est le but aussi de la sanction et peut-être allons-nous serrer de plus près la distinction.

La contrainte juridique est exercée par l'Etat, c'est à dire par un organe différencié aux fins de la société, tandis que la contrainte sociale non juridique est exercée diffusément par la société. C'est la société en tant que grand corps non organisé.

D'autre part, la contrainte juridique tend à ramener la règle à exécution ; elle est faite pour ramener la règle à exécution ; elle est faite consciemment pour cela.

Sa fonction est l'exécution de la règle. Elle a une fonct on, tandis que la contrainte sociale non juridique s'exerce sans but conscient. Elle est provoquée par la violation de la règle. Elle peut, sans doute, avoir pour résultat de ramener la règle à exécution, de faire cesser la violation de la règle ? Mais ce résultat n'a pas été voulu ; il est instinctif. Elle n'est pas consciente.

Une différence ici paraît s'ajouter à la différence d'origine. La sanction, la contrainte sociale juridique est une contrainte volontaire, consciente ; tandis que la contrainte sociale non juridique n'est pas organisée en vue d'une fin. La contrainte sociale juridique est une contrainte sociale spécialisée et fonctionnelle. Elle a une fonction, tandis que la contrainte sociale non juridique est une contrainte diffuse et gratuite, si l'on veut instinctive.

Dans cette hypothèse de notre société moderne et en raisonnant sur les lois impératives de droit interne, nous pouvons arriver à une certaine précision de la juridicité de la contrainte sociale et à une certaine précision de ce qu'est la règle proprement juridique.

Si nous abandonnons ce schéma exceptionnel, nous allons retrouver des difficultés considérables. Un critère doit être adéquat à toutes les situations. Si nous essayons d'embrasser toute la série sociologique, nous nous apercevrons que le critère proposé n'est pas valable pour toutes les situations. Le critère de la contrainte va se heurter à des difficultés, dés que l'on s'éloignera des conditions privilégiées.

D'abord dans les sociétés primitives, l'observation fait apparaître des difficultés graves. Je prends ce terme de sociétés primitives dans un sens un peu vague. Il faudrait peut être les différencier une par une. Il existe des sociétés ou n'existe pas d'organes différenciés. Dans ces sociétés, l'Etat va se confondre avec la société. On dira que la tribu, le clan est gouverné par tous les hommes du clan. La conséquence est qu'il n'y a pas de différence d'origine entre les contraintes. Elles paraissent toutes émaner de la masse.

Ainsi le critère étatique de la contrainte se trouve en défaut.

D'autre part, il n'y a pas dans ces société de règles de conduite qui soient vraiment conscientes. Tout est droit. Il n'y a pas de lois ; il y a des coutumes ; mais le droit coutumier a pu être défini comme un droit instinctif.

Dans le droit primitif, la coutume ne réfléchit pas. C'est une réaction spontanée de la masse à certains actes.

L'idée par exemple, en droit pénal, d'empêcher par la peine la réitération du crime, peut ne pas se rencontrer dans ces sociétés-là. Il y a une réaction spontanée en présence de certains faits, si bien que le critère tiré du caractère fonctionnel ou instinctif de la sanction, risque de se trouver également en défaut dans ces sociétés. Ajoutez que dans ces sociétés, pour accroître la confusion, les sanctions proprement physiques sont rares, même pour sanctionner des règles que nous qualifierions de règles juridiques. Beaucoup de ces sociétés ignorent les peines corporelles.

La pénalité liait essentiellement la mise en oeuvre de la réprobation collective, en accord avec l'énorme importance du prestige de l'ostentation dans la psychologie primitive, ce qui a fait observer que les lois primitives sont moins rigoureuses, plus indulgentes que les lois évoluées. Il est constaté que souvent, au moins en ce qui concerne les faits qui se produisent à l'intérieur du clan, par opposition de clan à clan, règle un sentiment que nous qualifierions de sentiment d'indulgence.

Marcel Mosse citait l'hypothèse des Esquimaux. Dans les sociétés esquimaux, l'homicide, quand il s'en commet un, ce qui est rare, est réputé accidentel. On préfère y voir un accident plutôt qu'un fait volontaire, par indulgence, par éloignement de toute violence. La seule sanction des infractions dans ces sociétés esquimaux du début du siècle était le duel au chant, où les deux adversaires combattaient lyriquement, en se couvrant d'injures réciproques. Le vainqueur était le plus fertile en invectives.

Nous trouverions des traces dans ces sociétés primitives de la haute Antiquité. Une tendance à utiliser comme unique sanction, sous des formes diverses, la réprobation de l'opinion publique, et précisément cette sanction uniforme n'est pas pour faciliter la constitution d'un critère.

Dans ces sociétés primitives, il ne paraît donc pas y avoir de distinction possible entre la règle de droit et la règle de moeurs. Tout y est règle de moeurs. Voilà une première difficulté.

Si nous envisageons d'autre part les sociétés modernes, nous pouvons faire surgir des difficultés d'une autre sorte, difficultés tenant à la diversité des règles de droit.

On a raisonné tout à l'heure sur la catégorie qui se prêtait le mieux au critère des règles de droit impératif et surtout les règles de droit pénal. La règle de droit pénal nous met en présence d'une relation descendante de l'Etat au sujet. Alors, on voit nettement cette notion de sanction de pénalité venir jouer comme critère de la règle de droit, parce que l'on pense à la règle de droit pénal et uniquement à elle. Mais il existe d'autres règles de droit, qui ne sont pas susceptibles d'y être ramenées.

Nous connaissons, dans nos sociétés modernes, les règles du droit administratif, du droit constitutionnel. Où est la didactique ? Il n'y a pas de voie d'exécution contre l'Etat. En droit constitutionnel, il n'y a pas toujours de sanction. La réprobation de l'opinion publique, la responsabilité politique des gouvernants, seulement si la sanction est purement morale, il est possible de distinguer les règles de droit dont il s'agit, des règles de moeurs. Et pourtant nous savons que ce sont des règles de droit, mais ce n'est pas la sanction au fond qui nous permet de faire la différence

Et puis nous butons sur le grave problème du droit international public. Ce sont des coutumes, ce sont des traités. Sont-ce bien des règles juridiques ? La question est classique. On a nié que le droit international public fut un véritable droit. Il n'existe pas d'autorité pourvue de moyens propres à assurer le respect de ces règles.

En dehors de la justice privée sous la forme de représailles de guerre, il n'y a que des contraintes diffuses, la réprobation de l'opinion internationale.

Mais alors ces règles du droit international public, sont-ce vraiment des règles de droit ? N'est-on pas ici en présence de règles de moeurs ? Et pourtant, nous disons, c'est du droit. Même dans les rapports entre particuliers, il y a des difficultés. Le critère tiré de la sanction de la règle ne tient compte que d'une partie de la réalité. Lorsque la règle de droit n'est pas une règle contraignante, il ne sert à rien de se fonder sur le critère de la contrainte pour définir les différentes sortes de règles de conduite sociale. Or, nous savons qu'il existe des règles de droit qui ne sont pas contraignantes. Il y a des lois supplétives de volonté. Ces lois ne sont pas susceptibles d'être ramenées à exécution au moyen de la contrainte étatique. Alors leur critère ne peut être cherché dans une notion de contrainte.

Ces difficultés peuvent nous rejeter vers un autre critère d'ordre externe.

2° - <u>Le critère du jugement</u>

Il faut partir de l'idée que le phénomène juridique essentiel ce ne serait pas la règle de droit, ce serait le jugement. Il est plus classique de considérer la règle de droit comme le centre de la notion de droit, mais on peut peut être renverser les rapports de forces en quelque sorte et mettre le centre de gravité plutôt du côté jugement que de la règle. Cela étant posé, on dira qu'une conduite entre dans le domaine du droit quand elle peut être soumise à un jugement, La juridicité alors ce sera la judiciarité d'un jugement provoqué par la règle morale. Je ne dis pas, remarquez la règle de droit. C'est la règle sociale, dont la violation peut donner lieu à une action en justice. La notion d'action en justice est une notion précise, relativement moderne.

C'est une tentation pour nos systèmes juridiques issus du droit romain pour les actions qui ont paru donner naissance au droit subjectif, c'est une tentation de mettre au 1er plan l'action en justice, mais il y a beaucoup de droits et, sans parler de systèmes juridiques de sociétés primitives, on pourrait citer les systèmes juridiques évolués orientaux comme le droit musulman, hindou, chinois, très révolutionnaires, qui ne connaissent pas notre notion précise de l'action en justice, comme en quelque sorte, un mécanisme destiné à mettre le jugement en mouvement et à obtenir un jugement. Dans ces droits, on connaît une notion de la plainte en justice, une plainte devant le juge qui met en mouvement l'activité du juge, le jugement pouvant être provoqué par une plainte aussi bien que par une action au sens technique du terme.

Dans cette perspective, le seuil de la juridicité, c'est la possibilité pour la règle de conduite sociale de donner lieu à cette activité spécifique qu'est le "juger", l'action de juger. C'est l'intervention d'un tiers sur une querelle, sur une contestation une contradiction entre deux personnes, deux individus, au sujet du droit. Mais ce qui est caractéristique, c'est l'intervention d'un tiers qui est en dehors de deux querellants, qui va juger au sens intellectuel psychologique du terme, qui va penser, peser la balance, qui va douter, osciller et qui pourra pencher dans l'un ou dans l'autre des deux sens, si bien que ce qui caractérise le juger, c'est le doute.

Ce qui caractérise la règle de droit peut-être, c'est la possibilité du doute, de n'être pas finalement appliquée, l'absence de rigidité parmi toutes les règles de conduite sociale. Nous retrouverions cette idée que la règle de droit peut être la moins automatique (celle-ci peut ne pas être appliquée), qui a moins d'automatisme que les autres règles de conduite.

Une objection apparente que l'on peut faire à ce critère est tirée de l'existence de la justice privée : l'aide que l'on se donne à soi-même. C'est un phénomène assez constant des droits primitifs de la justice privée. Les vieux droits germaniques ont connu des procédures analogues. Dans ces hypothèses, il semble que la règle de droit existe indépendamment de tout jugement. Mais ce qui nous trompe en pareil cas et ce qui fait que l'objection est purement apparente, c'est la séquence habituelle des évènements, phénomènes juridiques dans le droit moderne.

Chez nous, il y a d'abord l'action, la plainte, puis le jugement, puis l'exécution. On conçoit l'ordre suivant : d'abord l'exécution, puis une plainte, mais de la part de la partie, et enfin le jugement. Ces procédures restent des procédures juridiques avec le critère dont je fais état, parce qu'elles peuvent donner lieu, après tout, à un jugement. La justice privée n'est pas le seul exemple de cet ordre chronologique et vous rencontrer la même postériorité du jugement dans des techniques plus évoluées, notamment dans notre droit public administratif, ou privilège du préalable, exécution d'office.

Est-ce que le critère de la judiciarité peut s'adapter aux hypothèses, résister aux critères, dis-je, de la sanction ? Il peut convenir à la règle de droit facultative, à la loi supplétive de volonté. Cette loi n'est pas, par définition, susceptible d'être ramenée à exécution par la contrainte, mais elle peut donner lieu à des jugements. Les règles du droit constitutionnel peuvent entrer également scus ce critère. Un point de vue historique, la responsabilité ministérielle, a son origine historiquement. Une procédure judiciaire dans les débuts du système parlementaire en Angleterre, la responsabilité politique des ministres était mise en cause. C'est donc la possibilité d'un jugement qui intervenait pour caractériser la règle du droit constitutionnel. L'idée de la censure s'exerçant contre un ministère évoque l'idée d'un jugement qui est porté par le Parlement sur la conduite de ses ministres, sur la conformité de leur conduite à la constitution.

Le droit international public : il n'y a pas de jugement dans celui-ci ni de sanction, à moins que ce ne soit le jugement de l'opinion publique. Mais ce jugement de l'opinion publique, c'est quelque chose de diffus, non organisé. Toutefois, il y a quelque chose qui peut institutionaliser cette idée de jugement c'est la notion de neutralité. On peut dire tant qu'il y a des mains, il y a la possibilité d'un jugement dans le droit international public.

Voilà un certain nombre de critères.

Aucun, au fond, ne vous apparaîtra sans doute comme pleinement satisfaisant. Mais, la vérité, c'est que la notion juridique apparaît comme une notion assez difficile. Peut être est-ce que l'idée de jugement demanderait à être creusée davantage et pourrait servir de critère, à moins que l'on renonce à ce critère.

-:-:-:-:-:-:-:-

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

HUITIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

Dans mes précédentes leçons, je vous ai dit ce qu'il convient de penser, ce que je pense, de la juridicité en tant que premier caractère sociologique de la règle de droit. J'arrive, sous la lettre B à un second caractère possible de la règle de droit envisagée sociologiquement : l'effectivité.

B - L'effectivité

L'idée la plus générale de ce terme est qu'il n'est aux yeux du sociologue de véritables règles de droit que celles qui s'appliquent en fait, que celles qui ne demeurent pas à l'état de simples préceptes écrits ou oraux; que seule la règle de conduite sociale qui se traduit en règle de conduite effective a une ecistence sociologique. Quand on examine les choses de plus près, on constate que la notion n'est pas si simple et l'on est tenté d'y introduire des distinctions. Toutes les règles inappliquées, observera-t-on, ne sont pas inefficaces. L'application ne doit pas être confondue avec l'efficacité. On imagine une efficacité, par conséquent pourquoi pas une effectivité sans application, à proprement parler, de la règle. Mais précisément, le concept d'effectivité, plus large que le concept d'efficacité,plus large que le concept d'application peut nous dispenser, provisoirement, d'entrer dans ces contoverses, dans ce subtilités.

C'est pourquoi nous nous en tiendrons à cette idée générale qui va préciser peu à peu l'effectivité; c'est d'ailleurs plutôt du côté de l'ineffectivité que du côté de l'effectivité q'uil convient de se placer dans l'investigation, car, l'ineffectivité représentant, à priori, l'exception, quelque chose d'exceptionnel, d'anormal; je dis : à priori, on peut en principe s'attendre à ce qu'elle soit plus visible, plus facilement saisissable que l'effectivité. C'est donc surtout sur l'ineffectivité que nous serons amenés à raisonner parce que c'est par cet aspect plus extérieur, plus saillant, que l'on peut espérer approfondir les notions dont il s'agit ici.

Juristes dogmatiques et sociologues de sociologie générale ont, à égal titre, l'ineffectivité en abomination; les juristes dogmatiques parce qu'ils y voient un manquement à la règle, laquelle leur parait sacro-sainte, et les sociologues parce qu'ils attribuent une valeur au fait pour lui-même, si bien que la règle ineffective leur parait une forme vide, le contraire d'un fait, le contraire de la réalité.

La vérité, c'est qu'il existe des phénomènes d'ineffectivité de la règle de droit qui sont des phénomènes juridiques. Il n'y a pas, il n'est pas scientifique de se demander si ces phénomènes d'ineffectivité sont ou non légitimes; ils sont, et il est plus urgent scientifiquement de les observer que de les stigmatiser. Nous commencerons par cette observation des phénomènes d'ineffectivité, ce n'est qu'ensuite que nous essaierons de nous interroger sur la valeur sociologique du caractère d'effectivité de la règle de droit.

I - LES PHENOMENES D'INEFFECTIVITE

Un classement est nécessaire entre les phénomènes d'ineffectivité car ils ont, de prima facie, fort divers. On peut d'abord envisager l'ineffectivité totale; c'est au moins un schéma théorique d'où il est commode, d'où il est même rationnel, de partir. Ineffectivité totale, la plus facile, au fond, à saisir. On peut également envisager des phénomènes d'ineffectivité partielle, ineffectivité partielle au niveau de la société, c'st ce que j'appellerai l'ineffectivité statistique, et ineffectivité partielle au niveau de l'individu, c'est ce que je nommerai l'ineffectivité individuelle. D'où, trois catégories de phénomènes d'ineffectivité : totale, statistique, individuelle.

Première catégorie : l'ineffectivité totale -

Cette sorte d'ineffectivité à priori, remarquons le, ne concerne que la loi. On imagine pas, on ne conçoit pas une coutume frappée d'ineffectivité totale. C'est le néant de la coutume puisque par définition la coutume est frappée d'ineffectivité totale, c'est reconnaître qu'il n'y a rien. C'est pour la loi en réalité que se pose le problème de l'ineffectivité totale.

Une première variété d'ineffectivité totale est cataloguée en droit dogmatique. C'est la désuétude. La désuétude qui est, pourrait-on traduire, l'abrogation de la loi par perte d'effectivité. Vous savez que la jurisprudence française refuse d'admettre l'abrogation des lois par désuetude, ce qui l'a faite critiquer par les sociologues, ce qui l'a faite considérer comme anti-réaliste, comme anti-sociologique. Encore convient-

il de ne pas confondre avec la véritable désuétude, la simple tolérance administrative,la tolérance administrative devant l'inapplication d'une loi par les particuliers. La plupart des arrêts en effet que l'on cite comme ayant, en France, déclaré la désuetude inopérante se rapportent plus exactement à des hypothèses de tolérance administrative prolongée. Pendant longtemps, l'administration chargée de faire appliquer la loi,- c'est sa mission constitutionnelle -, s'est abstenue de la faire exécuter. Elle a toléré la situation d'ineffectivité de la règle de droit. Je vous citerai comme exemple l'arrêt de la Chambre Criminelle du 19 février 1887 au Sirey 1887, première partie page 280. On cite cet arrêt comme un exemple du refus de la désuétude par la jurisprudence française. En réalité, dans cet arrêt, il s'agit non pas de désuétude au sens propre du terme, mais de tolérance administrative. La désuétude, ce serait en réalité, l'abandon de la règle par la masse. Ici, c'est plutôt l'abandon de la règle par les autorités qui serainet chargées d'en assurer l'application, et un abandon qui n'est pas dans son élément psychologique un abandon définitif, qui est une simple tolérance, une tolérance provisoire. C'était également le cas dans des arrêts plus célèbres que celui que je vous ai déjà cité, les arrêts de la Cour de Cassation en matière de marchandage à la fin su siècle dernier. Il faut savoir, que des décrets du gouvernement provisoire de 1848 avaient réprimé la marchandage, c'est-à-dire l'intervention d'un tiers entre l'ouvrier et l'entrepreneur. Le marchandage, c'est l'intervention d'un sous-entrepreneur qui fera travailler les ouvriers pour son compte; il sera responsable de son équipe d'ouvriers et il apporte en bloc cette main d'oeuvre

à l'entrepreneur. L'inconvénient de cette pratique du marchandage, c'est de faire baisser les salaires, l'intermédiaire, le marchandeur, prélevant évidemment sa commision d'intermédiaire et ceci, sur les salaires des ouvriers. L'intervention d'une tierce personne tendait à abaisser les salaires; c'est pourquoi, en 1848 on avait interdit le marchandage ce qui, du reste, avait donné lieu à des difficultés d'interprétation; le délit de marchandage réprimé par ces textes, ne consistait dans l'interprétation qui prévalut, que dans l'exploitation des ouvriers par un intermédiaire, par un sous-entrepreneur. Ce n'était pas n'importe quelle intervention du marchandeur, c'était une intervention du marchandeur se traduisant par une exploitation de l'ouvrier.

Je n'entre pas dans ces détails, le problème qui nous occupe est un problème de désuétude. A la fin du siècle dernier, sous l'action des syndicats ouvriers, les Parquets essayèrent de remettre en vigueur ces décrets de 1848 qui, dans l'intervalle n'avaient jamais été appliqués. Alors à ce moment là, les marchandeurs poursuivis en vertu du texte, objectèrent qu'il y avait eu abrogation par désuétude puisque pendant un demi siècle il n'y avait pas eu de poursuites pour délit de marchandage. La Cour de Cassation décida que la désuétude ne pouvait pas abroger la loi (arrêt de la Chambre Criminelle du 4 février 1899 au Sirey 1899 première partie page 249 , au Dalloz 1898 première partie page 369). D'ailleurs, d'autres arrêts, dans le même sens sur cette même question du délit de marchandage, furent rendus. Mais dans cette hypothèse comme dans la plupart des hypothèses où l'on parle de désuétude, en réalité il s'agit non pas de désuétude mais d'une simple tolérance administrative. C'était la pression des

mouvements ouvriers qui avait amené le gouvernement provisoire de 1848 à interdire le marchandage. Peu après, l'orientation politiqueavait changé et le Second Empire étant arrivé, les Parquets avaient mis le décret en sommeil. Cela dura jusqu'au moment où vers la fin du 19ème siècle les revendications ouvrieres retrouvèrent quelque audience, c'est-à-dire que les forces sociales, les forces sociologiques qui avaient été à l'origine du décret de 1848 de l'interdiction de marchandage, n'avaient pas cessé d'être en action durant ces cinquante années. Durant ces cinquante années, les ouvriers avaient réclamé parfois ouvertement, le plus souvent sans grande extériorité, la remise en vigueur de ces décrets réprimant le marchandage. Seulement, ces manifestations ouvrières avaient été refoulées par des décisions des Parquets, par des décisions artificielles d'une autorité administrative.Cette inapplication était donc sans valeur sociologique, ce n'était qu'une tolérance de l'administration. Vous voyez qu'il ne faut pas confondre la tolérance administrative avec la désuétude au sens sociologique du terme, qui supposerait un abandon de la règle de droit par la masse intéressée, alors que la tolérance administrative suppose simplement une décision contingente et non définitive, une décision artificielle d'une autorité chargée de l'application de la loi.

Un degré de plus dans l'ineffectivité parait se rencontrer lorsque des décrets sont entrés en viguer et constamment depuis lors, la loi est restée inappliquée, la loi n'a jamais été appliquée ; alors que dans l'hypothèse de la désuétude, il y a eu une période d'application suivie d'une cessation, d'une nouvelle période où l'application a cessé.

On peut nommer cette seconde situation l'impuissance des lois. C'est une formule qui a eu une consécration grâce à un petit livre d'un avocat Jean Cruet " la vie du droit et l'impuissance de lois ". Ce petit livre est des 1908; il eut un certain retentissement à l'époque, il était écrit avec une certaine verve et on peut dire que déjà il témoignait d'un certain esprit sociologique osé, d'une sociologie juridique assez superficielle et qui n'est même pas toujours très bien informée; mais le livre se lit aisément et il frappa à une époque où; en droit civil spécialement, le droit dogmatique régnait.

Nous pouvons retenir cette formule de l'impuissance des lois, encore que nous devons le reconnaître, elle ne soit pas sans inconvénients parce qu'elle laisse suposer que cette situation d'ineffectivité de la loi a quelque chose d'anormal et de pathologique alors que, nous allons nous en rendre compte, parfois. Cette inapplication de la loi dès le principe est un phénomène tout à fait normal. Ici encore, il faut essayer d'analyser davantage. Il y a des distinctions à faire, des nuances à observer.

Il importe d'abord d'introduire dans la discussion la dimension du temps. A partir de quel temps écoulé depuis l'entrée en vigueur de la règle de droit celle-ci peut être regardée comme ineffective? La règle de droit a été promulguée, est entrée en vigueur au sens dogmatique du terme - remarquez la contradiction de cette vigueur juridique qui n'est accompagnée d' aucune vigueur sociologique puisque la loi n'est pas appliquée -, mais pendant combien de temps faudra-t-il que cette situation négative dure pour que l'on puisse soutenir que la règle de droit est restée ineffective ? Car, le rythme du temps n'est pas le même pour les homes qui sont mortels et pour la

règle de droit, pour les lois qui ont dans leur vocation l'éternité. La loi peut attendre, elle peut attendre, à priori, pendant des siècles. Il ne faut pas se hâter, semble-t-il,de déclarer qu'une loi nouvelle est ineffective. Attendons quelques siècles encore et nous verrons si cela est bien vrai. En fait, il faut tenir compte de l'objet concret de chaque loi. Il y a des lois qui sont élaborées pour produire un effet immédiat, et il en est d'autres qui ont un objet à longue portée, donc, par conséquent l'effectivité ou l'ineffectivité ne peut se mesurer que sur une période de temps assez longue et peut-être sur une période séculaire. Néanmoins, d'une manière générale et en songeant surtout au droit civil, ce qu'il faut dire, c'est qu'il ne faut pas être trop pressé pour déclarer une loi ineffective. Cela dépend encore une fois de l'objet concret de la loi, mais à priori et surtout en droit civil, il faut se mettre en garde contre trop de hâte à juger de l'ineffectivité d'une loi.

Je vous citerai pour l'exemple l'article 1895 du code civil qui déclare que dans le prêt, l'obligation de l'emprunteur n'est jamais que de la somme numérique énoncée au contrat, et qui ajoute que quelque diminution qu'ait subi la monnaie entre le moment de la naissance de l'obligation, de la formation du contrat de prêt et l'époque du remboursement, cette diminution des espèces est au risque du créancier. C'est le texte de l'article 1895 qui consacre ce que l'on appelle dans notre droit : le nominalisme monétaire. or, on peut bien dire qu'en 1900 si l'on s'était posé des problèmes sociologiques d'effectivité et d'ineffectivité, la réponse générale des civilistes aurait été que cet article 1895 du codes civil était un texte ineffectif car de 1804 à 1900 on n'avait jamais eu en jurisprudence un arrêt faisant application de l'article 1895. Mais pourquoi ?

Tout simplement parce que c'était une période de stabilité monétaire. Il n'y avait eu aucune dépréciation de la monnaie pendant cette période et par conséquent, ce texte écrit pour régler les conséquences d'une dépréciation de la monnaie n'avait pas trouver à s'appliquer. Il a fallu attendre la guerre de 1914 pour trouver un aliment à ce texte et à ce moment on a été bien content de la trouver pour donner une base légale au principe du nominalisme monétaire. L'ineffectivité de 1804 à 1914 n'était donc pas significative. En réalité, ce n'était un texte ineffectif, il lui avait seulement manqué l'occasion de s'appliquer parce que l'occasion de s'appliquer peut ne venir, à un texte relatif à une dépréciation de la monnaie, que par périodes séculaires. On peut imaginer de longues périodes de stabilité de la monnaie. Il y a donc là une première observation à faire, il faut avoir égard au temps, au rythme du temps.

Il faut en outre distinguer selon la nature des lois. Ici encore on peut reprocher à la première sociologie juridique d'avoir trop imaginé les lois sous les seules espèces de lois impératives, de lois contraignates et, dirai-je même plus précisément, de lois pénales. Toujours, nous retrouvons cette tendance de la sociologie à n'envisager les lois qu'en termes dramatiques, si j'ose dire, de commandement et d'obéissance, sous la forme dramatique de la loi pénale. Or, nous le savons, il y a bien d'autres sortes de lois que la loi pénale, que les lois impératives ou dispositives. Il y a des lois facultatives, il y a beaucoup de lois facultatives et pour celles-ci, le concept d'ineffectivité ne se présente pas de la même manière, sous la même forme que pour les lois impératives.

Beaucoup de lois ne font que des propositions aux citoyens. Telles sont la plupart des lois en matière contractuelle. Nous le savons, les lois supplétives de volonté ne sont que des catalogues, que des formulaires proposés aux contractants. Elles présentent aux intéressés les types de contrats, mais personne n'est obligé de contracter même à l'intérieur d'un type déterminé de contrat; elles présentent des variétés de clauses, mais personne n'est obligé de choisir dans cette variété de clauses. Les contractants restent toujours libres de constituer, de former leur contrat à leur volonté. Quoique d'une façon plus voilée, le droit administratif recourt à une technique analogue quand il monte des institutions ou des mécanismes juridiques et les met à la disposition du public sans les rendre obligatoires. Ainsi, il existe des régimes facultatifs de sécurité sociale. Il y a des options ouvertes aux contribuables entre deux modalités d'imposition. Il y a des combinaisons étatiques de crédit ou d'épargne qui sont ouvertes au public mais qui ne sont pas obligatoires pour lui. Or, bien souvent quand on parle de l'impuissance des lois, c'est dans ce stock de lois, de propositions que l'on va chercher le plus volontiers les exemples. Je vous citerai en droit civil les articles 361 et suivants anciens du Code Civil de 1804 sur la tutelle officieuse. Il y avait dans le Code de 1804 une institution de la tutelle officieuse qui était une adoption des mineurs exceptionnellement permise. Vous savez qu'en général de Code de 1804 n'avait pas admis l'adoption des mineurs, mais il l'admettait sous une forme particulière, très étroite d'ailleurs, dans la tutelle officieuse. Pourquoi tutelle officieuse ? On supposait des conditions particulières où l'adoptant avait rendu des services particuliers

à l'adopté, s'était intéressé d'une manière toute particulière à l'adopté. Il y avait des liens très particuliers préalables à l'adoption en adoptant et adopté. Dans cette hypothèse, l'adoption des mineurs était permise. C'est un fait que la tutelle officieuse n'avait jamais été utilisée depuis 1804 jusqu'en 1923 où elle fut abrogée. C'était un phénomène d'ineffectivité pour une loi facultative, c'était une proposition qui était faite aux individus avec des conditions particulières, ces conditions pouvaient ne s'être jamais trouvé réunies. Cela n'était pas quelque chose de dramatique que cette inapplication d'une loi qui n'était qu'une proposition faite aux individus. Je vous citerai également la loi du 26 avril 1917 qui a institué la Société anonyme à Participation Ouvrière. A la vérité, il n'y a pas eu ineffectivité totale mais on cite souvent cette loi comme un exemple d'ineffectivité totale. Il y a au quelques cas, insignifiants pour un pays des dimensions de la France. Là encore, il est évident que l'on ne peut pas tirer des conclusions précises de cette constatation, car cette loi de 1917, c'est une loi de proposition. Elle offre un modèle aux intéressés mais les intéressés ne se sont pas découverts, ils pourraient se découvrir un jour; il n'y a pas un inconvénient majeur à laisser cette proposition dans l'ensemble de notre législation. Dans ces divers cas, les catégories sociales que le législateur voulait attirer n'ont mis aucun empressement à répondre. Les possibilités légales sont restées inapliquées. Il peut y avoir, je le concède, des erreurs législatives à l'origine de cette situation. Peut-être, la technique de ces lois a été mauvaise, trop compliquée, trop bureaucratique, soit, mais il faut bien voir cependant, et c'est ce que je veux

souligner, que l'inapplication n'a pas icile sens d'un échec justifiant condamnation, justifiant abrogation immédiate, car l'inapplication peut tenir, et tient même généralement à ce que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas encore trouvé réalisé dans les faits. La loi inappliquée n'en demeure pas mois disponible, n'en demeure pas moins à la disposition des intéressés. C'est cette disponibilité qui est essentielle pour des lois comme celles-ci qui sont des lois facultatives. Pour cette espèce de loi, ce qui importe, ce n'est pas l'application, c'est l'applicabilité. L'applicabilité des lois facultatives est à elle seule une effectivité. Les lois facultatives , c'est une mise à la disposition du public. Il suffit, pour que la loi soit effective qu'elle soit à la disposition du public, que le public en use; en fait, c'est là une autre question, ce n'est pas la question essentielle.

Il y a, il est vrai, bien d'autres catégories de lois : les lois impératives, prohibitives, positives. Toutes ces lois auxquelles on pense le plus immédiatement et auxquelles les sociologues ont pensé le plus immédiatement , parce qu'elles ne laissent, par définition, aucune place à la volonté des individus, peuvent, elles aussi, rester inappliquées et l'ineffectivité parait avoir, pour elles, une signification sociologique plus profonde. Pourtant, ici encore, il nous faut examiner de plus près la notion d'effectivité car à l'analyse, elle révèle souvent une complexité inattendue. Je vous demanderai de réfléchir à l'économie de la loi pénale

En réalité, dans la loi pénale, deux règles se mêlent : la prohibition et la sanction. La prohibition qui n'est pas toujours explicite et la sanction qui l'est. Ainsi, un texte du code pénal dira que l'assassinat est puni de mort. Dans ce texte, il y a deux règles qui se mêlent. Une règle implicite : l'assassinat est interdit, et une règle explicite : l'assassinat est puni de mort. Il y a la règle de prohibition et la règle de sanction.

Or, la loi pénale sera certainement jugée ineffective si, une infraction ayant été commise, une punition ne s'ensuit pas. Un assassinat est constaté et l'assassin n'est pas condamné à mort. On pourra dire " la règle de droit pénal est ineffective ". Mais, on inclinera sans doute à la juger effective dès lors qu'une punition après commission dans l'infraction, aura été prononcée. Un assassinat a été commis, l'assassin est puni de mort. On dira, on sera porté à dire que dans ce cas la loi pénale est effective puisque l'assassin a été effectivement puni de la peine prévue par la loi. Pourtant, en pareil cas, la loi pénale n'est pas complètement effective. Ce qui est effectif, c'est la règle de sanction, mais la règle de prohibition ne l'a pas été. La règle de sanction est effective : l'assassin a été puni de mort, mais la règle de prohibition ne l'a pas été car un assassinat a été commis. Ce qui est effectif, c'est le commandement adressé aux agents de la répression : le commandement de sanction, mais le commandement adressé aux individus : la prohibition pénale, n'a pas été effectif. A l'inverse, est-ce que l'on ne déclarera pas trop vite ineffective la loi pénale qui n'a jamais été le support d'une condamnation ? Voici une loi pénale qui n'a jamais été appliquée

depuis le Code Pénal. Est-ce que nous allons dire qu'elle est ineffective ? Mais, d'ordinaire, s'il n'y a pas de poursuites c'est parce qu'il n'y a pas eu d'infraction. On sait que c'est le cas le plus normal qui explique l'absence de poursuites, et, s'il n'y a pas eu d'infractions c'est parce que la loi pénale a rempli son but de prohibition, la loi pénale a suffi par son mécanisme psychologique à détourner les individus de la commission de l'infraction. Donc malgré l'absence d'application effective de la loi pénale, la loi pénale a bien rempli son but de prohibition, elle n'a pas été entièrement ineffective. On ne peut pas parler d'une impuissance de la loi pénale en pareil cas. La loi pénale a bien atteint son but, elle a bien rempli son rôle.

Ces remarques tendent seulement à vous montrer combien il serait imprudent de conclure à l'effectivité ou à l'ineffectivité d'une disposition légale déterminée sans un examen détaillé de l'hypothèse. En réalité, ce n'est pas le simple défaut d'application pratique d'une loi, d'un texte, qui autorise à parler de l'ineffectivité de ce texte. Il y a des ineffectivités dans certains cas mais dans d'autres, il y a une effectivité voilée, invisible, mais une effectivité très réelle.

J'ai raisonné sur l'hypothèse de l'ineffectivité totale qui est, je le répète, assez schématique, assez théorique. Je vais maintenant envisager une deuxième catégorie d'ineffectivité qui est plus pratique, plus souvent réalisée dans les faits : l'ineffectivité statistique.

Deuxième catégorie : l'ineffectivité statistique -

L'ineffectivité réellement totale est un effet assez

rares. Je dois dire que l'effectivité totale est rare aussi. Il y a toutefois certaines dispositions, certaines lois dont on peut admettre qu'elles sont effectives à 100 %. En droit Civil, on cite toujours la loi Vallette, la loi de 1850 sur la publicité du contrat de mariage. Vous savez que cette publicité est réalisée d'une manière très ingénieuse par une mention en marge de l'acte de mariage. On fait valoir que depuis 1850 aucun arrêt ne s'est manifesté sur l'application de cette loi. Le système, dit-on traditionnellement et cela paraît assez juste sociologiquement, fonctionne parfaitement. Il y a pour cette règle légale qu'est la publicité du contrat de mariage une effectivité à 100 %. On peut dire encore que l'obligation de déclarer les naissances à l'Etat Civil, dans la France métropolitaine, fonctionne avec un taux d'effectivité qui doit avoisiner 100 %. La règle est vraiment entrée dans les moeurs, son mécanisme même est entré dans les moeurs si bien que l'on se trouve en présence d'une effectivité totale ou quasi totale.

Mais, le plus souvent, l'application d'une loi se situe quelque part entre les deux extrêmes de l'ineffectivité totale et de l'effectivité totale. Pour toute règle de droit, il existe un certain pourcentage d'ineffectivité. Il est classique de le reconnaître pour la loi pénale et je vous rappelle à cet endroit la distinction bien connue entre trois sortes de criminalités au point de vue statistique : la criminalité réelle, qui est donné par le nombre des crimes réellement commis qu'ils soient

connus ou inconnus ; la criminalité apparente qui est donnée par le nombre des crimes connus des organes chargés de la répression, des organes de police ; et enfin, la criminalité "légale", dit-on, qui est donnée par le nombre des crimes effectivement sanctionnés, c'est à dire des condamnations prononcées par des tribunaux répressifs. Sans entrer dans les détails, et sans citer des chiffres précis, en France, à notre époque, on admet que la criminalité apparente, le nombre des crimes connus est de quatre fois la criminalité légale. Il y a quatre fois plus de crimes connus que de crimes effectivement sanctionnés ou, en d'autres termes, la loi pénale envisagée comme loi de sanction, je ne dis pas comme loi de prohibition, a un taux d'ineffectivité de 75 % qui est compatible du reste, nous le constatons tous les jours, avec l'ordre social, la vie en société ; le taux est de 75 %, donc, la société ne meurt pas.

La constatation que beaucoup de lois demeurent inef fectives vaut pour toutes les époques. Si vous parcourez le Corpus Jure Civilis et spécialement le code de Justinien, vous êtes frappés par une formule qui revient fréquemment : saepe rescriptum est, il y a eu souvent des precrits, saepe constitua sunt, il y a eu souvent des constitutions pour édicter la règle que l'Empereur, dans la constitution dont il s'agit, est en train de réitérer.

Ainsi, dans me système législatif romano-byzantin, on constate la nécessité de revenir souvent sur la même règle, cette règle n'ayant pas été appliquée. Il y a un aveu presque constant d'une certaine ineffectivité de la loi. Dans notre ancien droit il en était de même et l'on voit souvent les ordonnances des Rois se répétéer parce que l'ordonnance première n'avait pas été complètement appliquée ou même avait eu un taux d'effectivité très bas. Mais, même dans nos sociétés industrielles, bureaucratiquess, centralisées où l'autorité parait avoir fait de très grands progrès, avoir des moyens d'action qu'elle n'avait pas sous l'Ancien Régime, on constate qu'il y a encore de larges taux d'ineffectivité. De ce point de vue là entreprendre sur telle ou telle loi. On essaierait de dresser des tableaux, des cartes d'ineffectivité de la loi. On constaterait certainement, on peut s'en rendre compte d'ores et déjà, par sondages, de très grandes variations dans le taux d'effectivité d'une loi sur l'ensemble du territoire. C'est un fait général que l'on peut avancer, que l'effectivité des lois baisse au fur et à mesure que l'on descend dans le Midi du territoire ; le Midi de la France a un taux d'effectivité certainement inférieur au taux parisien, de même au taux du Nord de la Loire. C'est la recherche des causes qui devrait être aussi menée.

La recherche des causes d'ineffectivité des lois pourrait nous rapporter des renseignements d'un grand intérêt sociologique. On dit que l'ineffectivité peut tenir soit au sujet lui-même (la cause peut être dans l'individu) soit à l'autorité. L'ineffectivité qui tient au sujet, qui tient aux individus, est elle-même d'une nature psycho-sociologique très diverse. Ce peut être un phénomène de désobéissance aux règles de droit, aux lois impératives, mais ce peut être aussi, plus faible, plus médiocre, et bien plus fréquent, en raison même de sa médiocrité, un phénomène de répugnance, de timidité à user de certaines lois, notamment, facultatives.

Je vous donnerai un exemple tout à fait banal : il y a toute une série de règlementations qui permettent aux fonctionnaires de demander des congés à leur administration pour pouvoir mieux préparer des concours. Mais c'est un fait qu'il y a assez peu de fonctionnaires qui demandent ces congés parce qu'il y a une difficulté psychologique à le demander. La loi a ouvert une faculté mais elle n'a pas supprimé les impondérables et autres actes de nature psychologique qui s'opposent à l'utilisation de cette faculté. Réclamer des congés pour préparer, cela n'est pas toujours bien vu par les supérieurs hiérarchiques surtout quand eux-mêmes n'ont pas préparé de concours ; en cas d'échec, la carrière du postulant risque d'être retardée, entravée de sorte que "coecum periculo" et beaucoup hésitent devant le risque.

Donc, nous voyons ici une série de causes pyschologiques qui rendent la loi ineffective.

Mais, c'est aussi du côté de l'autorité elle-même que se situe parfois l'ineffectivité et même, ce qui est remarquable, c'est qu'il y a des mécanismes d'ineffectivité qui sont juridiquement organisés. Il y a des lois, lato sensu, qui organisent une ineffectivité statistique de certaines lois, qui prévoient l'ineffectivité statistique de l'organisation, de l'exécution des lois tendant à l'ineffectivité partielle de ces lois. Je fais allusion au principe que vous connaissez bien, principe essentiel de la procédure pénale française, le principe dit d'opportunité des poursuites. Vous savez que le Parquet n'est pas obligé, lorsque les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis, de poursuivre.

Il a un certain pouvoir d'appréciation et il est bien connu qu'il use de ce pouvoir. Il ne poursuit pas toutes les fois que les éléments de l'infraction sont réunis. Il y a une dose d'ineffectivité de la loi pénale de sanction qui résulte d'un principe juridique de notre procédure pénale ; c'est la loi elle-même, une loi générale de notre procédure pénale qui organise, qui prévoit la possibilité de l'ineffectivité des lois pénales concrètes. Je vous citerai également la technique du contrôle par sondage qui existe en matière fiscale, qui a une forme très visible, très tangible dans le contrôle douanier. Le contrôle douanier a lieu par sondage, assez souvent, mais dans cette technique de sondage, il y a une acceptation de l'ineffectivité statistique de la loi douanière.

En instituant un contrôle par sondage, le législateur accepte que la loi ne soit pas appliquée, puisse n'être pas appliquée dans les intervalles du contrôle ; il y a des creux où la loi peut ne pas être appliquée ; sans doute, il y a un postulat psychologique, c'est que les contrôles auront une action psychologique même en dehors des points d'applications précis, même dans les intervalles. Mais, cette possibilité d'une actio, psychologique n'est pas suffisante pour qu'on puisse affirmer qu'il n'y aura pas de violation de la loi dans les intervalles. Donc, c'est la loi qui accepte, en instituant un contrôle par sondage, que la oi ne soit pas appliquée partout, qu'il y ait des ineffectivités statistiques partielles. Notre pratique des rondes de police du contrôle routier repose sur le même postulat ;

C'est toujours un contrôle par sondage. L'idée est que dans les intervalles il y aura une action psychologique, mais on renonce à avoir une effectivité certaine dans les intervalles. Il y a là, de par la loi elle-même, une acceptation de l'ineffectivité statistique.

Troisième catégorie - l'infeffectivité individuelle

L'effectivité peut être considérée par rapport non plus à la société globale, mais à l'individu, à chaque individu qui a l'obligation de conformer sa conduite à la règle de droit. Est-ce que l'individu se soumettra à la règle de droit ?

L'ineffectivité statistique dont je viens de parler est faite d'une multitude d'effectivités et d'ineffectivités individuelles. Seulement, peut-il y avoir jamais ineffectivité partielle au niveau de l'individu ? Cela, à priori peut paraître absurde. Il semble que de la part de l'individu, la réponse à la règle telle qu'elle a été édictée, il l'accomplit à 100 pour 100 au niveau de l'individu, ou bien il s'écarte de la règle, fût-ce d'un iota, et la règle est violée. Il y a ineffectivité de la règle à 100 pour 100 au niveau de l'individu. Il ne semble pas possible qu'un individu puisse être meurtrier à 75 %. C'est abstraitement vrai, cependant. Si vous consultez les droits prohibitifs, vous constatez des demi-mesures dans l'accomplissement individuel de la règle, parce que l'accomplissement de la règle, c'est quelque chose d'humain et qui dit humain dit médiocre au sens propre du terme, c'est à dire moyen, qui se situe entre les extrêmes.

C'est un mécanisme juridique élémentaire que vous connaissez bien que l'appréciation de la gravité des fautes.

Vous retrouvez ce mécanisme d'appréciation de la gravité des fautes à travers des techniques telles que les circonstances atténuantes en droit pénal, la distinction de la culpa lata et de la culpa levis en droit privé. Or, si vous réfléchissez à la faute définie par les juristes dogmatiques comme le manquement à un devoir légal ou à un devoir coutumier ou à un devoir moral, donc comme le manquement à la règle, il vous apparaîtra que si le manquement à la règle est susceptible d'appréciation c'est que l'ineffectivité de la règle est suscepgible de degrés. Reconnaître qu'il y a des circonstances atténuantes à un crime, c'est reconnaître que l'inapplication de la règle n'a pas été totale, qu'il y a un certain taux d'effectivité dans les circonstances du cas.

De semblable manière, la règle qui impose à un débiteur de payer ses dettes, n'est pas toujours d'une application indivisible, il y a des faillis, des débiteurs qui donnent seulement des dividendes ; par conséquent, ils exécutent pour partie seulement les règles de droit qui les oblige à payer. Fiscalement, quand les déclarations à l'enregistrement sont faites, on distingue deux sortes d'infractions, il y a les insuffisances d'évaluation et il y a les omissions. Les omissions, c'est l'ineffectivité totale de la loi fiscale de l'enregistrement alors que les insuffisances ne sont qu'une ineffectivité partielle. Les insuffisances sont plus nombreuses que les omissions, c'est un fait. Ici, il faudrait vous reparler d'une enquête américaine sur le comportement des automobilistes en face d'un feu rouge non surveillé.

Cette enquête a démontré qu'il y avait trois catégories d'automobilistes devant un feu rouge non surveillé : ceux qui passent sans s'arrêter du tout, ceux qui s'arrêtent et puis ceux qui passent en ralentissant plus ou moins, en prenant plus ou moins de précautions. Cela revient à dire qu'il y a les infracteurs qui violent la loi : 100 pour 100, ceux qui la respectent à 100 pour 100 et enfin ceux qui la respectent à 75, 50; 35 %. Il y a toute une zone intermédiaire, une zone d'ineffectivité partielle au niveau de l'individu. Vous voyez donc que les phénomènes d'ineffectivité sont très divers, que cela doit, nous pouvons le présumer, n'être pas sans conséquences quand nous allons avoir à prendre parti sur la valeur sociologique du caractère d'effectivité.

11 - VALEUR SOCIOLOGIQUE DU CARACTERE D'EFFECTIVITE

L'effectivité est-elle, comme on le dit assez couramment, en sociologie générale, un caractère nécessaire de la règle de droit envisagée, je le répète, sociologiquement ?

Je pense que l'on peut répondre par la négative à cette question l'effectivité n'est pas un caractère sociologique nécessaire de la règle de droit. L'assertion courante en sociologie générale parait scientifiquement sujette à contestation. Elle prend un caractère habituel et du reste généralement désirable pour l'essence même de la règle de droit.

Sociologiquement, la règle de droit existe comme phénomène dés sa formulation. Elle existe en tant que précepte, en tant que nudum praeceptum, indépendamment de toute application effective. Sans doute, l'application effective de la règle de droit est aussi un phénomène juridique très important ; au reste, son application

aussi, le cas échéant est un phénomène juridique qui est très important. Mais les deux phénomènes, formulation d'une part et d'autre part application ou inapplication, sont distincts et le second ne doit pas être traité comme un attribut du premier. Assurément, la règle de droit en tant que nudum praeceptum peut, même inappliquée, produire des effets sociologiques. On pourrait dire qu'elle a, en ce sens, une certaine effectivité, qu'elle a toujours une certaine effectivité, mais ce serait jouer sur les mots, ce serait entendre par effectivité, ce qui est en réalité efficacité.

Toute règle de droit a certains effets sociologiques, mais toute règle de droit n'est pas pour autant effective ; elle est une règle de droit qui constitue un phénomène sociologique. La règle de droit inappliquée peut être efficace, elle peut avoir une action de psychologie sociale par elle-même, cela est certain en tant que précepte. Toute la technique du droit comminatoire repose sur ce mécanisme. Vous savez ce que signifie en droit dogmatique le droit comminatoire, notamment les astreintes comminatoires.

Les astreintes sont comminatoires parce que cette condamnation est prononcée contre un débiteur récalcitrant à tant par jour de retard ; car, après coup, le débiteur peut demander aux juges de réduire la condamnation prononcée contre lui. Et cependant, l'astreinte, bien que le débiteur sache qu'il pourra s'adresser aux juges pour en faire réduire le montant, a une vertu d'intimidation parce qu'il n'est pas certain que le montant de la condamnation sera finalement réduit et c'est cette incertitude qui lui confère une vertu comminatoire.

Dans la même ligne de pensée, on peut dire que tout le droit pénal est largement comminatoire parce qu'il n'est jamais sûr que la loi pénale soit effectivement appliquée et surtout, il n'est jamais sûr qu'elle soit appliquée à son maximum, au maximum de la pénalité prévue ; Il y a une incertitude : elle peut être toujours appliquée ; c'est cette incertitude qui confère à cette loi une vertu comminatoire, de sorte que le nadum praeceptum a bien des effets de psychologie sociale, a bien une efficacité en dehors de son application effective. Si vous confondez effectivité et efficacité, il vaut mieux dire que la loi pénale est toujours efficace, elle a toujours une action de psychologie sociale même quand elle n'est pas effective, même en dehors de son application.

Je pense donc qu'il ne faut pas faire de l'effectivité le caractère nécessaire de la règle de droit au point de vue sociologique, ce ne serait pas scientifiquement fondé. J'ajoute que ce pourraît être législativement dangereux parce que cette exigence de l'effectivité comme caractère de toute règle de droit tendrait à aligner inconsidérément, imprudemment, le droit sur le fait. Il y a là un type de raisonnement législatif qui n'est pas rare, qui a les apparences de la sociologie mais qui, en réalité, est forcément sociologique. Quand on constate qu'une règle de droit n'a pas été appliquée en fait pendant un certain temps, il est fréquent d'entendre dire que cette loi est inapplicable et qu'il vaut mieux, par conséquent, la remplacer par une autre qui sera moins exigeante et qui elle, pourra être appliquée, qu'il ne faut pas trop demander aux hommes et que l'on constate

qu'une règle de droit n'a pas été effectivement appliquée, c'est sans doute parce qu'elle dépasse les possibilités humaines : il vaut mieux changer la loi. L'ineffectivité démontrerait nécessairement un besoin de réforme législative, ou, mieux une nécessité de la réforme législative. Il y a ainsi un effectivisme qui se pique d'être un réalisme législatif et cet effectivisme a couvert, on peut bien le dire, toutes les capitulations devant les abus. Chaque fois que la loi est violée, que les abus se créent en marge d'une loi, on dit : vous voyez bien que la loi est inapplicable, par conséquent, renoncez à cette exigence de la loi, faites une loi moins exigeante, ramenez le droit à la mesure du fait constaté. C'est là un raisonnement sociologique, mais faussement sociologique parce que l'existence de la règle de droit, même si cette règle de droit était violée, pouvait avoir une action psychologique, une valeur d'intimidation, pouvait empêcher des abus plus grands. La règle, une fois abrogée, la digue contre les abus étant placée un peu plus bas sous prétexte que plus haut elle ne pouvait pas tenir, on peut craindre un redoublement des abus à l'échelon inférieur. C'est ce qui s'est passé dans notre système de procédure pénale. Dans la loi de 1897 on avait voulu donner de larges garanties aux inculpés dans l'instruction préparatoire. Cette loi de 1897 a été mal observée, c'est un fait, dés le début de notre siècle, et l'inobservation s'est aggravée après la première guerre mondiale. A ce moment on a dit : vous voyez bien, cette loi de 1897 avait voulu trop donner à la liberté individuelle, mais c'était trop ambitieux, il vaut mieux faire une loi moins exigeante qui donne moins à la liberté individuelle, une loi qui régularise les pratiques illégales qui

se sont instituées, je pense notamment aux interrogatoires de police. C'est ainsi que l'on a opéré avec le Code de Procédure Pénale de 1958. On a aligné le droit sur le fait. La police a fait introduire certaines pratiques qui étaient illégales dans le système primitif de notre instruction préparatoire et, comme en fait ces pratiques s'étaient développées, on a dit, il vaut mieux aligner la loi sur les pratiques puisque la loi n'a pas réussi à faire disparaître les pratiques illégales ; admettons ces pratiques. C'est assez mal vu psychologiquement parce que tant que la loi existait interdisant les pratiques en question, pour user de ces pratiques, il fallait être discret. Du jour où les pratiques sont légalisées, c'est un nouveau champ d'action qui s'ouvre à de nouvelles pratiques, et on peut craindre que ce qui est en train de se passer arrive à cela.

Voilà les quelques réflexions que je voulais faire sur cette notion de l'effectivité qui appelle beaucoup de nuances et de correctifs par rapport à la notion un peu sommaire que l'on en a jusqu'ici en sociologie générale.

=:=:=:=:=:=:=

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

NEUVIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

Après vous avoir parlé de la règle de droit, je consacrerai une section troisième au jugement.

Section 111 - LE JUGEMENT

Le jugement, c'est l'opération psychologique par laquelle un personnage, qui a été mis par la société à part des autres, pour un cas particulier. Nous n'avons plus à faire ici à une règle susceptible d'être appliquée à un nombre indéfini de cas, nous avons une solution qui vaut pour un cas unique. Le jugement est une pièce constitutive de l'ordre juridique au même titre que la règle de droit. Le plus souvent, on ne veut reconnaître le jugement comme une pièce de l'ordre juridique qu'autant qu'il s'est répété, qu'autant qu'il s'est constitué en jurisprudence, précisément parce qu'à ce moment là, il apparait comme une règle, comme une coutume qui s'est dégagée par la répétition. Mais, je pense qu'il y a là une vue inexacte de ce qu'est le droit, et que le jugement lors même qu'il reste isolé, lors même qu'il n'est pas appelé à se répéter, à se transformer en une coutume, en une règle, le jugement participe à la formation du droit, le jugement est droit.

C'est un phénomène juridique au même titre que la règle de droit, indépendamment de la règle de droit. Sociologiquement, même, il est possible que le jugement ait précédé la règle dans la formation du droit. Le jugement a été étudié par les juristes dogmatiques, ils lui ont consacré des analyses très fines, mais qui, à la vérité ne concernent pas tous les types de jugements mais concernent seulement une catégorie sociologique de jugements, que j'appellerai les jugements logiques. Le droit dogmatique ne veut connaître que les jugements logiques si bien que l'analyse du jugement, donné par le droit dogmatique est plutôt une analyse de l'acte juridictionnel que du jugement lato sensu, au sens large et au sens sociologique du terme. Le jugement a toutefois été étudié aussi sous un point de vue plus large en dehors du droit dogmatique par des cisciplines collatérales au droit, par la psychologie juridique plutôt que par la sociologie juridique. Mais, je m'en suis déjà expliqué. Je n'exclus pas la psychologie juridique du domaine large de la sociologie juridique. La direction à laquelle je fais allusion a été montrée au début du siècle par l'autrichien Gross ; c'était l'époque où la psychotechnie faisait son apparition, la psychotechnie qui avait eu notamment en France pour promoteur le psychologie Alfred Binet ; la psychologie expérimentale, en d'autres termes, est une transposition de cette psychotechnie que nous livrent les ouvrages de Gross et de ses disciples, notamment du Suisse Clabared.

Cette étude psychologique du phénomène judiciaire inaugurée en Autriche par Gross a été vulgarisée en France par un magistrat mort récemment Gorphe, Je vous cite, les principaux ouvrages de ce magistrat : Critique du témoignage, paru en 1927

et les décisions de justice, paru en 1950.

Dans cette direction générale de psychologie judiciaire, quelles sont les recherches concrètes qui ont été réalisées ? La critique du témoignage ? l'appréciation des preuves ? la formation du jugement ? autant de questions psychologiques, autant de questions de psychologie juridique qui ont été étudiées dans la ligne inaugurée par Gorphe.

Je pourrais montrer que ces recherches n'ont pas été exemptes, malgré leur apparence, de psychologie scientifique, de préjugés dogmatiques. Dans ces recherches, on part du postulat qu'il y a une manière de bien juger, de juger correctement et il faudra traduire par juger correctement, c'est juger rationnellement. On part du postulat que le jugement correct, c'est le jugement rationnel, que pour répondre à sa définition, un jugement doit être un mécanisme rationnel. Ce que, dans cette méthode on appelle : mal juger, c'est juger irrationnellement, c'est juger affectivement, sentimentalement, mais cela procède d'un point de vue dogmatique, d'un point de vue sociologique ; juger affectivement, sentimentalement, irrationnellement et même parfois, je le dirais : absurdement, c'est encore juger. Le point de vue sociologique est plus large ici que le point de vue dogmatique. La science de psychologie judiciaire dont je viens de faire état se ressent donc d'un postulat de droit dogmatique qui est trop étroit, qui limite ses recherches, qui lui donne un peu des oeillères.

Cette remarque nous dicte d'ailleurs notre méthode dans cette section. Je ne traiterai pas sous le couvert de la psychologie sociale, de toute la psychologie du jugement ainsi que je

viens de vous le dire, cela a été fait largement par les études dont il s'agit. Je ne reprendrai pas ces études, elles sont en gros valables, elles sont valables au moins en partant du postulat que le jugement par excellence est le jugement logique. Je retiendrai seulement de ces études ce qui intéresse directement la sociologie, et surtout ce qui appelle les critiques d'ordre sociologique en raison de l'étroitesse que je viens de signaler, de l'étroitesse du point de départ.

Sous le bénéfice de cette observation, je vais m'efforcer de considérer de plus près ce qu'est le jugement. Je voudrais faire apparaître tout à tour l'unité et la diversité de cette notion du jugement. Il y a d'abord un mécanisme général du jugement, quelles que soient les variétés de jugement que l'on peut rencontrer. Sociologiquement il y a une notion commune qu'il faut commencer par dégager. Les phénomènes sont en apparence hétérogènes, mais de prime abord, on pourrait se dire que le phénomène que l'on constate quand on voit dans une représentation égyptienne une divinité procédant à la pesée des âmes, que ce phénomène qui est un jugement lato sensu, n'est pas de la même substance sociologique qu'une réunion de la première section Civile de la Cour de Cassation délibérant en Chambre du Conseil. Cependant, il y a une unité dans le phénomène, et c'est cette identité de substance sociologique que je voudrais faire apparaître dans un paragraphe premier. Seulement, ce mécanisme général, il nous faudra le diversifier. Il y a des types sociologiques de jugements qui doivent être distingués et ce sera l'objet d'un paragraphe second.

Paragraphe 1 - Le mécanisme général du jugement -

Le jugement est en psychologie, je le répète, une opération intellectuelle, mais le jugement juridique, celui du juge, a une nature bien particulière. Je pense qu'il n'est pas mauvais de partir de l'image traditionnelle de la balance qui est l'emblème de la justice. La balance qui oscille, par définition avant de se fixer. Juger, en effet, c'est osciller, c'est douter, puis décider. Le jugement, c'est un doute qui décide. Le jugement s'oppose par là à l'acte, à une autre sorte d'opération juridique, l'acte de l'administrateur. L'administrateur décide lui aussi, mais il décide sans avoir douté, sans avoir eu à douter par vocation. L'opposition parait frappante. Cependant une difficulté surgit de l'expérience qui, à travers la série sociologique, ne nous montre pas toujours dans le juge un personnage nettement différencié de l'administrateur.

Dans les sociétés dites primitives, c'est le chef qui est juge en même temps que c'est lui qui administre, qui gouverne. Les juges d'Israël sont des chefs en même temps que des juges au sens moderne du terme. De même, dans les sociétés d'Afrique Noire, il était notoire que le chef était en même temps juge, que le juge était en même temps chef et le régime colonial en avait retenu quelque chose ; l'administrateur européen jugeait en même temps qu'il commandait. De ce point de vue là on a pu se demander s'il n'y avait pas un contre sens sociologique dans les constitutions que se sont données les républiques nouvelles de l'Afrique Noire et qui tendent à séparer à la française, à la Montesquieu, les fonctions de juge et les fonctions d'administrateur. Est-ce que ce n'est pas du point de vue sociologique un contre sens, est-ce que ce n'est pas aller contre les forces sociologiques ?

Il faut noter d'ailleurs que la séparation entre l'administrateur et le juge est remise en question à l'époque moderne, d'une autre manière. Ce n'est plus parce que le juge est en même temps administrateur, c'est parce que l'administrateur tend, pour administrer, à se faire juge. La séparation dogmatique entre l'acte d'administrer et l'acte de juger, assez souvent, dans la pratique moderne, s'estompe. Il faut considérer ce qui caractérise aujourd'hui le droit moderne pratique, c'est moins l'action en justice que la démarche administrative. Ce qui est caractéristique de notre droit, si nous voulons juger pour l'ensemble du droit et non seulement pour le droit civil c'est beaucoup moins le prétoire que le guichet ; l'homme a beaucoup plus à faire au guichet de l'administrateur qu'au prétoire du juge. Le bureaucrate, l'administrateur décide, seulement il finit par se décider après avoir examiné, il finit par décider cognita causa, comme on disait en droit romain. Sociologiquement, on revient au jugement, on est très près du jugement. L'administrateur a douté avant de décider et ce doute méthodique de l'administrateur avant qu'il prenne sa décision tend à revêtir des formes que l'on prête à la procédure judiciaire, des formes de la justice. Il y a, vous le savez bien, en droit administratif, des recours gracieux qui finissent par s'organiser ; il y a des pays même, il en est ainsi dans les pays de l'Europe Orientale à cause d'une influence un peu particulière du droit autrichien, où il y a des codes de procédure gracieuse, des recours gracieux. Les recours administratifs gracieux donnent lieu à une procédure comme les recours contentieux ce qui montre bien que le doute de l'administrateur tend à

s'organiser comme le doute du juge, ce qui estompe la différence entre le juge et l'administrateur. En France, même à notre époque, on peut relever que les cognitiones extraordinariae tendent à se multiplier dans l'administration. Ce sont des procédures intermédiaires entre l'administration et la justice, de même que la cognitio extraordinem du droit romain avait commencé par être une simple procédure administrative, et peu à peu est devenue une véritable procédure judiciaire. Veut-on expulser un locataire ? Vous le savez, aujourd'hui, il ne suffit pas d'avoir une décision de justice, il faut avoir une autorisation de l'autorité administrative, une autorisation des préfectures ; mais, pour obtenir cette autorisation, il faut constituer un dossier et ce dossier sera examiné par un bureau ; il y a des critères qui sont fixés pour accorder ou pour refuser l'autorisation d'expulser, si bien que l'on se trouve en présence d'une véritable cognitio extraordinem. Il y a, d'autre part, des hypothèses où le parquet, où le ministère public est saisi. On lui demande un acte qui de sa nature juridique intrinsèque, en droit dogmatique, n'est pas un acte juridictionnel mais un acte administratif. Mais les parquets, à la longue, finissent par se constituer des critères pour prendre la décision ; on constitue un dossier au parquet et finalement cela fait une sorte de cognitio extraordinem où le juge est le procureur de la République.

Veut-on appliquer la contrainte par corps ? Les trésoriers payeurs généraux envoient des relevés au parquet des débiteurs du trésor qui ne se sont pas acquittés de leur dette, mais les parquets vont examiner tous ces cas avec certains critères. Ils accorderont ou refuseront la contrainte par corps. C'est une véritable cognitio extraordinem qui s'est créée auprès des parquets, et

parfois même la loi a institutionnalisé cette cognitio extraordinem. C'est ainsi qu'à côté de la procédure judiciaire de rectification des actes de l'Etat civil, nous avons aujourd'hui, depuis une ordonnance du 23 août 1958 qui a modifié l'article 99 du code civil, une procédure extraordinaire, une procédure administrative aurpès des parquets, administrative au sens intrinsèque du terme bien que l'autorité saisie soit judiciaire. Il y a une procédure de rectification administrative. Quand il s'agit d'erreurs purement matérielles commises dans la rédaction, il n'y a pas besoin d'une procédure judiciaire, il y a une procédure administrative mais elle finit par donner lieu à l'établissement de critère par les parquets et c'est une véritable cognitio extraordinem ; le parquet va examiner la question, il va douter avant de décider. Vous voyez ici, par conséquent, une tendance du jugement à se réintroduire dans l'activité administrative au sens large du terme. Ainsi la distinction entre la décision du juge et la décision de l'administrateur nous paraît, sociologiquement, fuyante. Dans les deux cas, la décision est précé d'un doute, d'une recherche, d'une investigation. Peut-être alors, convient-il de placer la distinction sociologique dans un autre élément et l'on est fort tenté de placer cette distinction dans la présence ou dans l'absence du contradictoire. Vous savez l'importance que la procédure donne à la contradiction dans la notion d'acte juridictionnel. La conséquence évidemment, si l'on donne de l'importance au contradictoire, c'est que l'on va rejeter dans le domaine de l'acte administratif, un certain nombre de décisions judiciaires, rendues par des juges mais rendues sans contradiction et vous savez qu'il y a là une controverse en ce qui concerne les ordonnances sur requêtes.

Mais, d'un point de vue sociologique, qui doit être le nôtre, il semble bien que la contradiction soit un élément essentiel pour que l'on ait affaire à un véritable jugement.

Il n'est pas suffisant de dire du jugement que c'est un doute qui décide. Pour le caractériser sociologiquement, il faut préciser : c'est un doute qui décide dans un conflit humain. C'est la contestation, c'est le procès qui, sociologiquement colore le jugement et le sépare de l'acte de l'administrateur ; si bien que les deux phases que l'analyse procédurale discerne de la contestation et de la décision, me paraissent avoir une égale importance sociologique. Qui veut analyser le jugement doit analyser tout à tour la contestation et la décision ; analyser le jugement au point de vue sociologique, cela s'entend.

A - LA CONTESTATION

La contestation, le litige, mis en forme, c'est l'instance, c'est le procès. Nous avons, avec le procès, affaire à un phénomène social qui n'a pas été assez étudié par les sociologues. Ils ont beaucou étudié, nous le savons, la règle de droit, ils n'ont pas assez étudié le procès, il faut l'étudier dans sa nature et dans ses causes.

1 - Nature de la contestation -

La contestation est un phénomène social puisqu'il lie un homme à son semblable. Le lien juridique d'instance comme disent les procéduriers, c'est un rapport social. Mais, ce rapport social est d'une nature toute particulière. Il existe dans la sociologie américaine une classification des inter-actions humaines. La sociologie américaine parle volonteirs d'inter-action.

Il existe une classification des inter-actions humaines, classification tripartite en repports de conflits, rapports de compétition ou de concurrence, rapports de coopération. Le procès parait essentiellement un rapport de conflit entre deux individus, parfois entre deux groupes d'individus. Ce n'est pas le seul rapport de conflit que l'on puisse découvrir dans la vie sociale. La lutte des classes, le conflit des générations, ce sont des rapports de conflit ; plus concrètement, la grève est un rapport de conflit. Mais, le procès aussi est un rapport de conflit et ce qui lui est singulier c'est que le conflit ici est organisé, monté par le droit lui-même. Le conflit parait être nécessaire au droit, le conflit parait faire partie de son essence. Le sociologue belge Dupréel, dans sa sociologie générale, a étudié les conflits par une méthode plutôt déductive qu'expérimentale. Peut-être y a t-il tout de même, quelque chose à retenir de ce qu'il nous en dit. Il remarque que dans le classement des conflits selon leur intensité, le procès représente un degré déjà aigu par rapport à une forme plus atténuée, moins virulente, qui est la brouille. Premier degré, la brouille ; et, au dessus, plus aigu, plus virulent, le procès. Mais le procès lui-même représente une forme atténuée par rapport à la rixe. On peut imaginer du reste, un passage successif de ces trois formes de conflits, de la brouille au procès et du procès à la rixe. Mais ce qui nous intéresse ici, c'est de rechercher si l'on peut vérifier, à l'occasion du procès, quelques uns des théorèmes, c'est ainsi qu'il les nomme, que Dupréel a élaborés en ce qui concerne les conflits en général.

Un de ces théorèmes s'énonce ainsi : "tout antagonisme tend à s'étendre aux tiers, ceux-ci le développant en prenant parti". Il semble que le procès permette une certaine vérification de ce théorème. La psychologie des témoins, dans un procès, que ce soit un procès civil ou un procès pénal, atteste cette tendance des tiers à prendre partie, à ne pas rester objectifs et neutres dans le procès. Du reste, dans la procédure pénale cette tendance est soulignée,il y a des témoins à charge et il y a des témoins à décnarge. Vous savez historiquement, quel rôle ont joué, dans les premiers pas de la procédure, les cojurantes qui venaient prendre parti pour l'accusé.

Dans les procès célèbres, aujourd'hui encore, on remarque combien l'opinion peut se diviser pour ou contre une partie. C'est bien, semble-t-il, la vérification de ce théorème de psychologie sociale que tout antagonisme tend à s'étendre aux tiers, les tiers tendant à développer, à exacerber l'antagonisme en prenant parti à leur tour.

Il y a chez Dupréel un autre théorème : "Lorsque deux adversaires, dans un conflit en général ont un associé commun, deux éventualités sont probables : ou bien ce tiers va prendre parti pour l'un des deux adversaires, ou bien s'il reste neutre entre les deux adversaires, les deux adversaires vont plus ou moins devenir son adversaire à lui". Il y a une sorte de philosophie de la neutralité. En restant neutre, on mécontente sûrement les deux parties.

On songe au juge. Le juge, à priori est l'ami des deux parties, l'associé des deux parties.

Il est reconnu par les deux parties, il est d'abord lié aux deux parties par des rapports positifs. Il y a dans l'action en justice, un rapport positif entre les plaideurs et le juge et, à l'origine du procès, le juge est lié également aux deux parties, mais, s'il contacte l'un des deux plaideurs, à ce moment là il va instituer un rapport négatif entre ce plaideur et lui, et s'il ne contacte personne, il va instituer un rapport négatif entre les deux plaideurs et lui. Le théorème de Dupréel tend à montrer la difficulté de conserver une position neutre, une position de juge, d'arbitre parfait entre deux parties.

Dans le rapport de conflit on est conduit à rapprocher le conflit, la contestation, tantôt du jeu, tantôt de la guerre. Ces deux notions d'ailleurs ne sont pas sans analogies entre elles. La petite guerre est un jeu ; le tournoi est à la fois un jeu et une petite guerre ; les jeux, d'autre part, ont un arbitre comme les procès.

Le premier rapprochement se fait plutôt avec la guerre, la guerre privée. Le procès, serait sociologiquement, une forme atténuée de la guerre privée. Le procès suppose en effet des sentiments d'antipathie, des sentiments de haine ; le procès est un phénomène d'insociabilité tandis que, à priori, le jeu est un phénomène de sociobilité. C'est plutôt un rapport de compétition que de véritable conflit, qui se noue dans le jeu. Donc, le rapprochement se fait plutôt avec la guerre et il est classique. Domat dans son "traité des Lois" dit qu'il y a trois grands malheurs pour l'humanité : les crimes, les guerres et les procès.

Il y a d'ailleurs dans la guerre telle qu'elle a été primitivement conçue, une sorte de jugement de Dieu ; et, dans le procès tel qu il a été longtemps conçu, un appel de jugement de Dieu. Une institution fait d'ailleurs le pont entre la guerre et le procès, c'est le duel judiciaire. C'est à la fois une guerre privée et une procédure judiciaire. Vous savez quel a été son rôle au moyen âge. C'est un phénomène qui est extraordinaire à certains égards. On fait remarquer à l'appui, du rapprochement entre le procès et la guerre, que le procès est en train de subir une évolution analogue à celle des guerres. Le procès moderne est comme la guerre moderne, c'est de plus en plus un procès entre des gens qui ne se connaissent pas. La guerre moderne, on l'a dit bien souvent, c'est une guerre passe-boutons ; on ne se connait plus entre guerriers. Sans doute y-a-t-il toujours des procès de famille qui restent les plus passionnés de la même façon que les guerres civiles sont les plus passionnées ; mais, un très grand nombre de procès, à l'heure actuelle sont menés dans le silence des cabinets, dans le silence des contentieux, par des personnages indifférents, des chefs de contentieux ou des employés de contentieux de grandes sociétés d'assurance, de banques, qui n'ont pas une animosité particulière contre l'autre dont ils ignorent la personnalité, ou par des administrations publiques, par la Sécurité Sociale notamment qui ignore la personnalité de ceux à qui elle fait un procès. Les procès de ce type qui sont de plus en plus fréquents, qui constituent certainement le plus grand nombre des procès à l'heure actuelle, nous présentent un aspect du problème général de la bureaucratie dans ses rapports avec le public.

Ce n'est pas d'ailleurs dans ces conditions-là, un procès à armes égales ; la remarque a une signification sociologique.

D'un côté il y a le particulier pour qui le procès représente et de l'argent personnel et du temps perdu et parfois la vie qui se consume ; et de l'autre côté, au contraire, le procès est sans risque, le procès est mené par un personnage qui n'y a aucun intérêt personnel, qui a tout son temps à consacrer à l'affaire et qui a tout l'argent de l'administration dont il est l'employé. Une des faiblesses sociologiques les plus apparentes de notre procédure civile est qu'elle ne tient pas compte de la puissance respective des plaideurs. Il n'en est tenu compte que par accident. Il est certain qu'il y a dans une loi comme la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance des dispositions de procédure qui sont systématiquement défavorables aux compagnies d'assurance, qui tendent à rétablir un peu l'équilibre, dans l'inégalité entre l'assureur et l'assuré ; mais, rien n'est prévu pour la Sécurité Sociale par exemple ; or, c'est un fait que la Sécurité Sociale est une plaideuse enragée qui utilise toutes les voies de recours. La lutte n'est pas à armes égales. Ici, la fonction sociologique de la procédure serait de rétablir cet équilibre, cette égalité qui est rompue. Voilà un certain nombre de rapprochements que l'on peut faire entre le procès et la guerre.

Nous avons écarté d'abord le rapprochement avec le jeu. Tout de même, il faut y revenir. On ne peut pas éliminer complètement de la notion du procès, l'aspect du jeu. Un combat, d'ailleu peut s'entendre de diverses manières.

Cela peut s'entendre d'un combat matériel, cela peut s'entendre d'un combat corporel, mais cela peut aussi s'entendre d'un combat intellectuel, dialectique, d'un entre-choc du pour et du contre. A partir du moment où l'homme a conquis l'usage de la pensée discursive, il a éprouvé une sorte d'ivresse, de joie à s'en servir et le procès est une manière excitante pour l'homme de se servir de la pensée discursive. La contradiction excite l'homme à argumenter. Il y a dans le procès, vous pouvez ici vous reporter au modèle romain, un jeu de répliques, diptyque, triptyque qui est passionnant pour l'homme, c'est un véritable jeu , un jeu intellectuel. L'homme peut rechercher instinctivement la contradiction, aimer le débat pour lui-même et l'ethnologie ici nous fournit des documents, des informations.

Je vous parlais, il y a quelques temps, de ces tournois rimés des Esquimaux par lesquels ils vident leurs querelles à coups de poèmes, à coups de débats rimés. C'est une démarche intellectuelle extrèmement répandue dans l'humanité, le débat en forme de procès, la pensée, qui, instinctivement se fait contradictoire. Il y a un genre littéraire du moyen âge dont vous avez certainement entendu parler, c'est le genre poétique de la tenson. La tension, c'est un débat contradictoire, c'est une contestation.

Mais, au moyen âge, au XVIème siècle encore, c'est aussi un genre littéraire tout à fait usuel que de mettre toutes les questions en forme de procès. Il y a ainsi, (c'est l'oeuvre de Bartole, qui, à ses moments perdus était poète). Un procès de la Sainte Vierge et du diable.

C'est une oeuvre théologique-théologico-poétique-mais en forme de procès. C'était un genre tout à fait usuel. Il y a le procès du paysan contre la mort, le procès de Jésus contre Satan ; Satan porte plainte devant Dieu contre Jésus parce que Jésus risque de vider les enfers, par conséquent de lui enlever son gagne pain. Il y a un débat, un procès interminable, ennuyeux, il faut bien le dire, parce que nous n'avons plus l'esprit tourné dans cette direction. Ce qu'il faut en retenir, c'est cette pensée essentiellement tournée vers le procès, instinctivement tournée vers le contradictoire. Songez également à ce phénomène des cours d'amour dans la poésie courtoise. On discutait à perte de vue sur des raffinements en matière amoureuse, mais on en discutait comment ? En forme de procès, avec des juges, avec une cour d'amour qui jugeait effectivement. Le procès est un jeu. Il y avait plus exactement un jeu en forme de procès parce que le procès dans sa nature est très près du jeu. Voilà quelques idées, quelques pôles entre lesquels oscille la notion, la nature sociologique du procès, la guerre, le jeu.

Un autre ordre de recherches sociologiques consiste à se demander quelles sont les causes de ce phénomène social si particulier qu'est le procès.

11 - <u>Causes de la contestation</u> -

Nous pouvons espérer saisir la causalité du procès à travers les variations du phénomène. Si nous pouvons découvrir les variations du phénomène procès, par les statistiques judiciaires, nous pourrons peut-être nous faire une idée, remonter à la causalité ; les variations traduisent la causalité. Mais, il n'y a pas simplement à s'interroger sur la quantité, mais

à l'intensité des procès ; les deux éléments entrent en ligne de compte.

Le nombre des procès

Il dépend lui-même de facteurs très divers. Il y a en premier lieu des facteurs juridiques. Il existe dans un système juridique des noeuds de procès, des noeuds de contestations. Certaines lois nouvelles notamment peuvent être des nceuds de contestations. Je n'insiste pas sur cette sorte de cause qui est évidemment celle qui nous est la plus familière. Mais, il y a aussi des causes économiques qui agissent sur le nombre des procès, le nombre de la population adulte ; il va de soi que c'est la population adulte qui compte ici. Le développement de la vie économique joue un rôle semble-t-il. Le commerce de gros plutôt que l'industrie parait avoir un rôle causal dans le nombre des procès , mais nous aurons à revenir sur ce point. A un certain niveau du développement économique, il semble que le contentieux se résorbe. Dans la très grande industrie, dans la très haute finance, il n'y a plus de procès, on recourt à l'arbitrage ou même on préfère ne rien dire plutôt que de livrer ses secrets. Il y a aussi des causes, il peut y avoir aussi des causes sociales dans le nombre des procès. Il est entendu que l'on a conformément aux analyses marxistes, essayé de retrouver les antagonismes de classe à la base de la litigiosité comme on dit en Italie.

Mais surtout, il faut avoir égard à des facteurs psychologiques. Si nous examinons le procès à travers la série sociologique, nous constatons comme un phénomène assez constant dans les sociétés primitives, les procès d'ostentation.

Ici, je suis revenu à ce que je disais tout à l'heure des procès qui se rapprochent des jeux, jeux couteux, mais jeux auxquels il est bon de se livrer pour conserver son prestige. Des voyageurs, des ethnologues ont relevé que les indiens du Mexique et du Pérou sont toujours en train de préparer une fête ou de conduire un procès, les deux choses vont de pair, sont mises sur le même pied, les deux choses sont destinées à attester le prestige de l'individu ou du clan. Il est bien connu du reste, dans l'histoire de France que les Seigneurs se ruinèrent en procès quand il leur fut interdit de se ruiner en guerres. Seulement, le nombre des procès n'est pas tout et l'intensité des procès, le degré de virulence psychologique avec lequel un procès est conduit est également quelque chose de très significatif au point de vue sociologique.

L'intensité des procès -

Comment saisir le degré de la litigiosité, de la chicane pourrait-on dire ? C'est un problème de psychologie différentielle qui est plus difficile à résoudre que le précédent. Le nombre pouvait nous apparaître dans les statistiques, mais l'intensité, la virulence, comment la saisir ?

Il serait possible de la saisir indirectement, et c'est ainsi que nous devrons souvent agir en sociologie, par l'utilisation indirecte de certaines statistiques. Ainsi, il faudrait pouvoir mesurer, rapporter le procès à l'intérêt en litige. La virulence du procès se traduit dans l'insignifiance de l'objet en litige par rapport à la longueur du procès. Vous pouvez mettre en rapport ces deux éléments objectifs, d'une part la longueur du procès qui implique l'utilisation des voies de recours, une certaine intensité psychologique, et d'autre part l'intérêt en litige.

Si on plaide longtemps pour un faible intérêt, cela démontre une grande virulence psychologique. L'exercice des voies de recours en lui-même peut traduire cette intensité de l'esprit processif : Vous savez que, les tribunaux dans notre droit français se reconnaissent le pouvoir de condamner à la demande d'une des parties l'autre partie qui a succombé, à des dommages intérêt pour abus du droit d'agir en justice ou pour abus du droit de résister à une action en justice. Ces dommages intérêts procéduraux sanctionnent une processivité anormale. Si nous pouvions disposer de statistiques, nous aurions un certain test de la litigiosité. Enfin, on admet que certaines actions, ont une valeur privilégiée à ce point de vue, une valeur créatrice. Que les actions possessoires peuvent révéler une intensité processive anormale et que par conséquent, une statistique des actions possessoire peut être révélatrice de la litigiosité différentielle. Enfin, on dehors de cette utilisation indirecte des statistiques, il reste la possibilité, la description littéraire ou l'enqête auprès des hommes de lois.

Existe-t-il une loi d'évolution de l'esprit processif, existe-t-il une loi d'évolution de la processivité ? Il existe des hypothèses sur cette évolution.

Le grand commercialiste italien Ascarelli, dont vous avez certainement entendu parler en droit commercial, s'était livré dans cette perspective à une étude différentielle de la statistique judiciaire italienne. Il avait relevé une plus grande processivité dans le midi de l'Italie que dans le nord. D'autre part, l'histoire fait ressortir une baisse de la processivité, plus exactement de la processivité entre 1900 et 1950.

Ascarelli semblait conclure que la litigiosité était en raison inverse de l'industrialisé que le nord, mais de 1900 à 1952, l'Italie s'est industrialisée donc, la litigiosité apparente ayant diminué dans l'intervalle, on peut penser que la litigiosité est en raison inverse du développement économique, dans dans les sociétés industrielles, l'esprit processif tend à diminuer. La raison qu'il semble en donner est une raison objective ; Dans les sociétés industrielles, nous avons affaire à une économie de masse où les relations sociales tendent à s'uniformiser, à se constituer sur un certain nombre de types uniformes.

Juridiquement, cela se traduira par la notion de contrat type. Tous les contrats seront sur le même type, donc tous les procès seront sur le même type. Il y aura une uniformisation des procès. Mais, quand sur un type il aura été jugé d'une certaine manière, on peut penser que l'on cessera de plaider. Le droit aura été fixé ; par conséquent, l'économie de masse par l'uniformisation des relations sociales, spécialement des relations contractuelles tend à diminuer le nombre des procès. Ajoutez à cela que, ainsi que je le disais, à un certain niveau dans la psychologie de l'homme d'affaires, le goût de plaider disparaît. Le petit détaillant ne peut pas plaider sans doute, du moins en France, parce que les contrats auxquels il se livre n'aurait pas un objet pécuniaire qui représente un enjeu raisonnable pour un procès. Les commerçants en gros peuvent avoir le goût de plaider, l'enjeu en vaut la peine, mais à un échelon supérieur, dans la très haute finance, dans la très grande industrie, on ne plaidera pas parce qu'on préfère conserver les affaires secrètes.

Donc, les affaires financières très importantes ne donneront pas lieu à des procès ; à un certain degré de développement industriel, la litigiosité va disparaître.

C'est un fait, je ferai cette remarque à l'appui de ce que je viens de dire sur cette résorption du litige au contentieux, qu'au niveau le plus élevé vous trouverez très peu d'arrêts sur le commerce du pétrole dans la jurisprudence française. Autrefois, vous n'auriez pas trouvé d'arrêts sur le commerce des grands. Il était bien connu que les spécialistes recourraient parfois à l'arbitrage, parfois même renonçaient à toute contestation, mais surtout, ils ne voulaient pas plaider. Je reviens encore sur le commerce du pétrole, vous ne trouverez pas ou presque pas d'arrêts s'y rapportant. C'est le secret qui règne, et le secret conduit à éliminer le contentieux. Voilà, par conséquent une hypothèse formulée d'une manière plus ou moins ferme par Ascarelli, qui parait intéressante. Il faudrait s'efforcer de la reprendre et de la vérifier pour la France. On serait tenté de dire nous avons, nous aussi, un midi économiquement sous développé, il devrait y avoir plus de procès dans ce midi sous développé, que dans le reste du pays qui est industrialisé. Les cours d'appel du midi ont beaucoup de procès, c'est un fait, mais les cours d'appel du reste de la France ne paraissent pas avoir une proportion anormalement moindre, en égard à la population. Il faut dire qu'en France, il y a un phénomène qui fausse un peu l'étude, c'est Paris. Le phénomène parisien est certainement plus accentué que le phénomène romain et n'a pas d'équivalent en Italie.

Par conséquent, je suis encore assez réservé sur la possibilité de vérifier l'hypothèse d'Ascarelli en France. Nous serions tentés de lui donner créance pour notre pays, aussi il est bien connu que les méridionaux aiment l'éloquence, c'est par conséquent, une prédisposition à plaider, c'est un fait qu'il y a beaucoup de Faculté de Droit dans le midi proportionnellement à la population, il ya une tradition juridique sérieuse. Néanmoins, il ne me semble pas que le nombre de procès soit anormal eut égard à la population. Je dois dire que dans le folklore français, il est également notoire que les normands seraient de très grands plaideurs. Il y a beaucoup de procès, de prima facie, dans les deux Cours d'Appel de Caen et de Rouen mais il ne me semble pas que les chiffres soient anormaux.

Un autre aspect de la question, mérite examen. Il s'agit d'un aspect historique. Vous savez que par impression littéraire, à travers des sources que nous connaissons bien, sources qui sont classiques en France, on pense que le XVIIème siècle a été particulièrement processif. Il semble que les procès aient joué dans la vie de nos aieux du XVIIème siècle, un rôle bien plus considérable qu'ils ne jouent dans notre vie. On a l'impression d'un déclin de la processivité du XVIIème siècle à nos jours.

Si vous parlez à des hommes de loi un peu chevronnés, ils vous diront que la processivité a beaucoup diminué en France depuis la première guerre mondiale, que le nombre des actions possessoires qui faisaient rage dans les campagnes avant 1914, traduisant un esprit de contentieux exacerbé, est en voie de diminution. Alors, on s'interroge.

Pourquoi tant de procès au 17ème siècle et pourquoi beaucoup moins maintenant ? Quelles sont les causes de ce changement ? On a cherché des explications chez les historiens ; il y a des explications purement juridiques. Celle-ci notamment : que c'était un moyen d'obtenir l'hypothèque judiciaire, que c'était en outre un moyen de faire courir les intérêts moratoires à une époque où l'intérêt conventionnel parait interdit. Cela me parait des causes mineures, secondes.

Il me semble que la cause profonde la processivité anormale de cette époque qui se traduit par des procès longs et âpres, que l'on n'aurait plus la patience de soutenir, les armes nous tomberaient des mains par lassitude - dans les auteurs du 17ème siècle, on parle de procès qui durent trente ans et ce sont les mêmes personnes qui plaident avec âpreté, avec rage-, la cause profonde paraît être une agressivité qui ne trouve plus à s'employer après la cassation des guerres interdites et des duels.

On peut mettre en rapport le développement des procès avec la fermeture de cet exutoire.

On plaide moins depuis 1914 semble-t-il. Bien sûr, il y a à cela des causes objectives. Les frais de justice ont crû, proportionnellement, beaucoup plus que l'intérêt en jeu. D'autre part, la dissimulation fiscale est plus importante aujourd'hui qu'avant 1914. Or souvent, on renonce à plaider pour dissimuler des secrets au fisc. Ce sont là encore, des causes objectives qui sont secondes et je pense que la cause profonde est également ici, psychologique. On peut admettre que l'agressivité naturelle de l'homme a trouvé dans les guerres mondiales un exutoire qui lui a suffi.

Il y a eu les deux grandes guerres et cela a suffi sans doute pour épancher notre trop plain d'agressivité. Quelques uns ajoutent que le développement des sports de compétition détourne l'agressivité vers des formes atténuées. Certains pensent que le foot-ball est en relation avec une action possessoire. Il y a là une recherche d'ailleurs difficile à faire parce que nous n'avons pas de statistiques des actions possessoires. Toutes ces observations tendraient à faire apparaître le procès comme un phénomène social de substitution à la guerre. C'est assez grave pour notre science.

= : = : = : = : = : = : = : =

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

DIXIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

Ce chapitre premier de ce titre est consacré aux phénomènes de droit.

.... Le mécanisme général du jugement

J'ai déjà considéré la fin de la contestation. Je vais maintenant, dans un grand B, vous parler de la décision.

Il existe, sur la nature de la décision du jugement proprement dit, une analyse dogmatique que vous connaissez bien, et où transparaît, du reste, le préjugé que nous avons déjà maintes fois rencontré, le préjugé de la préséance de la règle de droit dans la vie juridique.

Pour cette analyse dogmatique, la décision du juge est essentiellement l'application de la règle de droit, l'exécution de la règle de droit dans un cas concret. Les dogmatiques sont logiques avec eux-mêmes en posant ici, comme pour la règle de droit, une exigeante effectivité. L'effectivité serait aussi un caractère juridique du jugement, des jugements sans application effective. Dans beaucoup de droits primitifs, on constate que la sentence une fois rendue par le juge, aucune autorité publique ne veille à son exécution, et même son exécution paraît psychologiquement indifférente.

C'est ce qui se passe, notez-le bien, à notre époque encore, dans le système des jurys d'honneur, ou dans une procédure comme la procédure de la médiation en matière de conflit du travail. Il exige plutôt plus, ici, une sanction diffuse de la sentence, de la décision : savoir la sanction de l'opinion publique, mais il n'y a aucun mécanisme régulier destiné à ramener à exécution cette sentence.

L'analyse dogmatique, dont je viens de faire état, ne saurait satisfaire le sociologue. Une analyse sociologique de la décision cherchera à mettre en relief, au contraire, ce que le jugement peut avoir d'original par rapport à la règle, cherchera à détacher le jugement, la décision, de la règle ; alors que l'analyse dogmatique, nous l'avons vu, tend à ramener le jugement à la règle en le définissant comme une application de la règle dans le cas contraire.

Dans l'analyse sociologique, on considèrera plutôt le jugement comme étant essentiellement un rétablissement de la paix, de la paix qui avait été troublée par la contestation. Le jugement, c'est essentiellement une pacification. Cette analyse légitime l'existence d'autres formes de jugements que le jugement logique, pure et simple application de la règle de droit que nous retrouverons. D'autre part, cette analyse explique qu'un jugement illégal, voire un jugement injuste, un jugement est une paix ; c'est la légitimation sociologique de ce mécanisme de prime abord si formel, que l'on appelle l'autorité de la chose jugée.

C'est surtout à la causalité du jugement que nous nous attacherons ici. Nous voyons un personnage ou un groupe remplir une certaine fonction, la fonction de juge, de juré.

Nous voyons un personnage, un groupe. C'est le juge juridique, le juge formel, le juge apparent. Le problème est de savoir si, derrière ce juge juridique, il n'existe pas un juge sociologique distinct qui serait le juge réel. C'est un problème comparable à celui que nous avons rencontré en ce qui concerne le législateur. Pour le législateur aussi, nous nous sommes posé le problème, la question de savoir s'il n'y avait pas un législateur sociologique distinct du législateur juridique. Pareillement, ici, nous distinguerons un juge juridique et un juge sociologique.

Parlons d'abord du juge juridique. S'il s'agit d'un juge unique, d'un personnage isolé, la formation de son jugement paraît être un phénomène pur et simple psychologie individuelle. Ce phénomène a, du reste, été étudié dans cette discipline de psychologie judiciaire à laquelle j'ai déjà eu l'occasion de faire allusion.

Comment le juge juge-t-il ? Il y a divers mouvements de sa pensée qui sont ici concevables, Prenons l'exemple du droit pénal. Il est un premier mouvement possible du juge pénal ; chacun, en jugeant autrui, peut-on dire, se juge lui-même, en prêtant à l'accusé, en toute bonne foi, une attitude et des mobiles qui, en d'autres circonstances, auraient été les siens.

C'est le processus intellectuel qui formait la thème d'un film que vous avez peut-être vu : "JUSTICE EST FAITE".

Il y avait là une transposition de cette analyse à un jugement pénal, à un verdict d'assises (où dans le jugement psychologique qu'ils portent chacun des juges et des jurés ne se met pas à la place de l'accusé, mais met l'accusé à sa place.

Il y a le processus inverse : le juge essaiera de se mettre à la place de l'accusé, essaiera de comprendre son attitude et ses mobiles. C'est la transposition de cette théorie à laquelle j'ai déjà prêté attention, cette théorie du psychologue(américain MIC MIG MIEG): l'autre généralisé, se mettre à la place de l'autre.

Il est évident qu'il n'est pas facile à un juge de se mettre dans la peau d'un criminel, de s'inoculer en quelque sorte les mobiles et la psychologie d'un criminel ; en tout cas, dans les deux cas, il est visible, et c'est sur quoi j'insisterai que le jugement n'est pas quelque chose de purement mécanique ; la subjectivité du juge s'interpose toujours dans le jugement.

Il arrive que le juge ne soit pas isolé ; qu'il se réunisse avec d'autres pour former un collège ; la décision d'un tribunal collégial est un phénomène de psychologie collective qui demande aussi une étude ; comment se forment les opinions à l'intérieur d'un collège de juges,

qu'il s'agisse de juges professionnels ou de juges populaires, comme dans le jury d'assises ?

Ce qui rend difficile l'observation de ce phénomène de psychologie collective, c'est, dans notre technique procédurale française tout au moins, le secret des délibérés. Là où se secret n'existe pas, où les juges dissidents peuvent faire connaître leurs opinions, comme dans les pays anglo-saxons, l'étude est plus facile, et, de fait, il existe aux Etats-Unis des études qui ont été faites sur ce mécanisme du jugement collectif.... font apparaître l'influenc des personnalités fortes à l'intérieur d'un collège de juges.

Il y a des présidents qui entraînent leur tribunal, des meneurs dans un jury populaire. Mais tout cela, c'est encore le juge juridique. Je voudrais parler davantage du juge sociologique.

La question est d'abord la suivante : est-ce que l'individu juge ou le collège juge n'exprime pas la Société toute entière ? Est-ce qu'il n'est pas le reflet de toute la Société ?

Remarquez que le principe même du jury serait d'être un mécanisme de sondage d'opinions ; ce serait l'explication sociologique de cette procédure, qui s'est constituée en dehors de la sociologie. Ce serait un mécanisme de sondage empirique d'opinion. Mais pour qu'un jury puisse remplir ce rôle, il faudrait qu'il réalise dans sa composition un échantillonnage social complet.

Or, il y a d'autant moins de chances d'y arriver que le jury est constitué d'un plus petit nombre de personnes.

Dans les jurys, et pour dissiper... dont la dimension démographique n'était pas énorme, comportait souvent un millier de jurés, comme à Athènes, il est évident que l'éventualité d'un échantillonnage était plus plausible. Mais il est évident que l'idée d'un sondage d'opinion paraît hors de saison dans un jury de cour d'assises.

Sans même parler des procédés par lesquels l'échantillonnage se trouve, en droit ou en fait, délibérément surfait.

Une autre observation à faire sur cette question, à savoir : si le juge n'exprime pas la Société, c'est que, tout de même, la publicité des débats peut sociologiquement paraître destinée à assurer une pression de la Société sur le juge, et, par conséquent, à établir un contact entre le juge et la Société. La publicité des débats, les périodes révolutionnaires de l'histoire, y ont beaucoup tenu pour rendre le jugement beaucoup plus populaire, pour en faire un reflet direct de la Société. Et vous savez que, dans les procédures soviétiques, la publicité des débats joue un rôle considérable, a une valeur propre aux yeux des jurys de ces pays, précisément parce qu'elle tend à assurer le contact avec la Société et le Tribunal. Remarquez que, dans l'histoire, vous trouveriez d'autres exemples de ce contact recherché entre la Société, dans son ensemble, et les juges ;

je vous citerai comme un exemple tout à fait singulier certaines contributions impériales insérées dans la compilation judiciaire, et qui organisaient une censure du juge par le public.

On se rend mal compte du but et du fonctionnement public de l'institution, mais c'est un fait que, dans une institution (de Justinien, livre ler, constitution 40, livre troisième, nous lisons qu'une censure du juge par le public devra être organisée ; le public est invité à applaudir les bons juges et à conspuer les mauvais juges, et les préfets du prétoire rendront compte à l'empereur; Par conséquent cette sorte d'organisation de la censure des juges par le public présent à l'audience est considérée comme une véritable institution juridique, par la constitution dont il s'agit.

La tendance du droit dogmatique est évidemment toute contraire, quand le droit dogmatique tend à séparer le juge technicien et la Société, à mettre le juge technicien à l'abri des pressions de la Société, l'idéal étant l'objectivité ; l'inconvénient, ici, comme du reste en matière de législation, c'est le risque d'un divorce entre les jugements, les décisions, d'une part, et, d'autre part, la masse populaire qui ne comprendra plus l'esprit des décisions alors que, tout demême, le droit, qu'il s'agisse des jugements comme des règles de droit, le droit est fait pour la masse.

Nous posions le problème du contact entre le juge et la Société globale. On peut demander, plus spécialement plus étroitement, si le juge n'exprime pas sa classe sociale. Est-ce que le juge n'est pas, dans ses décisions, le reflet de la classe à laquelle il appartient ? Vous savez que c'est la thèse marxiste. Cette thèse paraît avoir une valeur indiscutable au moins pour une certaine partie, un certain secteur de l'organisation judiciaire moderne ; nous avons des juridictions paritaires, qui, par définition dogmatique, réunissent deux classes sociales, deux éléments de classes sociales.

Il n'est pas inattendu que, dans ces juridictions, chacun des deux éléments se sente solidaire de la classe dont il a été tiré. Ainsi, chez nous, les conseils de prud' hommes où les commissions paritaires des des baux ruraux. Sans doute, il n'a pas été dans les intentions du législateur qui a institué le système d'institutionaliser la lutte des classes ; il s'est agi de faire apparaître des sortes d'experts techniques, des représentants soit des ouvriers, soit des patrons ; soit des propriétaires ruraux, soit des fermiers, ou métayers, qui sont là à titre d'experts juges et non pas pour exprimer une opinion de classe, pour dire comment les choses se passent dans la pratique, dans l'intention des promoteurs de cette législation.

En fait, il est notoire que ces juges ont souvent transporté dans la juridiction leur position de classe,

et la preuve en est qu'il est extrêmement fréquent qu'on ait besoin, dans les Conseils de Prud'hommes, de faire appel au Juge Paix, qui a voix prépondérante en cas de partage. Il y a souvent partage dans les Conseils de Prud'hommes, parce que chacun des deux éléments, soit patrons, soit ouvriers, votent, décident pour la partie qui représente sa classe.

Tout de même, et le fait est important sociologiquement, il n'en est pas toujours ainsi. La pratique montre que, dans les Conseils de Prud'hommes, il arrive parfois (dans un assez grand nombre de cas, à se constituer une majorité, sans qu'il soit nécessaire de faire appel aux juges techniques.

D'autres éléments contrarient la solidarité de classe à laquelle on pourrait penser de prime abord. Des éléments psychologiques, des éléments de moindre effort. C'est un fait que le rapporteur... dans la procédure prud-homale, il est prévu que le conseiller fait un rapport dol que le rapporteur est souvent suivi. Il parle, il a déjà une opinion ; il est plus facile de se rallier à une opinion qui existe déjà que d'essayer de s'en former une propre.

Et c'est ainsi qu'il est suivi même par les conseillers prud'hommes qui n'appartiennent pas à sa classe. Il n'empêche que nous avons là, avec ces juges issus de toute classes sociales, et délibérément tirés d'une classe sociale, un cas où, assez vraisemblablement, le juge représente sa classe sociale.

Quand il s'agit de juges techniciens, de juges professionnels, à priori, il est beaucou plus difficile de vérifier cette influence de la classe sociale sur la décision. Il est remarquable, du reste, qu'on n'ait fait, en France du moins, aucun effort pour essayer d'analyser la jurisprudence contemporaine à la lumière de l'hypothèse marxiste ; on ne semble pas avoir cherché systématiquement à vérifier si la jurisprudence du Conseil d'Etat ou de la Cours de Cassation s'expliquait par des considérations de classe.

Cela est à souligner, parce qu'aux Etats-Unis, au contraire, il y a eu des études plus cyniques au fond sur les groupes de pression auprès de la Cour suprême ; en France, nous n'avons rien de comparable pour la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat ; peut être parce que ces deux juridictions y sont absolument imperméables.

Par impression, on a parfois vu dire que les juges techniciens français étaient plus favorables à la propriété rurale qu'à la propriété urbaine dans les rapports entre bailleurs et preneurs. Et on insinuait, dans cette hypothèse, que les magistrats sont assez souvent bailleurs à ferme à la campagne locataires à la ville.

On a dit aussi que les hauts magistrats des années 30 étaient plutôt piétons qu'automobilistes ; et l'on a expliqué la jurisprudence par l'article 1384 1, à la lumière de cette hypothèse. Cela pourrait apparaître, en effet, dans les motifs de certains arrêts de la Cour suprême.

Mais ces hypothèses, nullement vérifiées, émises, mais sans vérification, supposent un préjugé quant au comportement individuel des magistrats, et même quant au comportement individuel des hommes en général ; savoir que les hommes sont guidés par leurs intérêts et plus spécifiquement par leurs intérêts de classe. Or, les choses ne sont pas si simples ; il arrive que l'homme, que le magistrat, soit, comme dit Pascal, injuste à contre-pied ; je veux dire, et ici je cite La Bruyère, qu'il se trouve des juges qu'une trop grande affectation de passer incorruptibles expose à être injustes. Ils voudront tellement paraître justes qu'ils voteront systématiquement contre leur classe, afin de n'être pas soupçonnés.

D'une façon plus concrète, il arrive que la solidarité du juge avec le plaideur qui appartient à sa propre classe soit neutralisée par un intérêt contraire ; il s'agit des tribunaux de commerce, et la chose a souvent été relevée ; le juge consulaire peut voir dans un plaideur un concurrent, et, bien qu'il soit de la même profession que ce plaideur, il se décidera contre lui, parce qu'il sera animé à son égard d'une certaine animosité concurrentielle.

A la vérité, tout est si compliqué dans la motivation et dans les intérêts humains que souvent, il est moins fatigant pour un juge soucieux de sa tranquillité, ce qui est le postulat général, de chercher simplement à être juste que de chercher à être utile à lui-même.

Au reste, et c'est encore ce qui rend la recherche plus difficile, plus incertaine, il existe souvent des mobiles mineurs à la base des décisions judiciaires ; je vous citerai comme exemple la jurisprudence du Tribunal des Conflits ; ces attributions destinées à règler les conflits de compétence entre l'ordre des Tribunaux administratifs et l'ordre des tribunaux judiciaires.

Il serait assez naturel de s'imaginer que, dans cette juridiction, qui est une juridiction mixte, soient représentés à la fois les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs.

Les représentants des tribunaux judiciaires ~~vaudront~~ toujours pour les tribunaux judiciaires. L'expérience montre l'inverse. Chacune des deux juridictions a cherché à désembouteiller ses propres tribunaux ; ceci est surtout sensible du côté des représentants du Conseil d'Etat. Il vit dans la hantise de ses dossiers, qu'il n'arrive plus à évacuer ; aussi, systématiquement, devant le tribunal des conflits, les conseillers d'état ont toujours voté pour la compétence judiciaire, afin de débarrasser le plus possible le rôle du Conseil d'Etat.

Ici, par conséquent, une considération tout à fait seconde a entraîné une conséquence, une décision dans un sens inattendu.

Voilà les quelques réflexions que je voulais vous proposer sur le mécanisme général du jugement.

Il n'y a pas une sorte de jugement. Il y a différents types de jugements et c'est de cette diversité que je voudrais maintenant vous entretenir en un paragraphe 2 :

Les différents types de jugement.

Le schéma général recouvre des phénomènes concrets très différents. Les jurys dogmatiques raisonnent comme s'il n'y avait de jugement que ceux de la Cour de Cassation. Notre théorie classique de l'acte juridictionnel a été bâtie tout entière sur le modèle des arrêts de la Cour de Cassation.

Il s'agit d'un jugement ligique. A l'inverse, chez les sociologues, les historiens, les ethnographes, on s'attache à souligner l'existence d'une autre sorte de jugement direct type au jugement logique :

Le jugement par divination, le jugement magique ; mais, à leur tour, les burguéniens ont été trop exclusifs ils raisonnent comme si le jugement magique était le seul mode de jugement dans l'esprit archaïque, et, d'autre part, ils n'imaginent pas que le jugement magique puisse faire place à autre chose qu'au jugement logique ; il n'y a pas d'autre issue.

En réalité, il existe une troisième forme concevable de jugement, et qui n'a pas dû être ignorée dans les Sociétés archaïques, et qui joue un rôle considérable dans les Sociétés modernes. C'est ce que j'appellerai le jugement carismatique, le jugement de grâce.

A côté du jugement logique, ou bien compénétrant et coupant le jugement logique, il y a place pour le jugement carismatique, car il ne faut pas s'imaginer qu'il existe des cloisons étanches entre ces trois catégories, dont je viens de faire état.

Ainsi, quand une procédure de partage judiciaire vient aboutir à un tirage au sort des lots. Vous l'avez étudié avec le droit successoral. Il faut remarquer que c'est un jugement magique quivient se greffer sur une série de jugements logiques.

Le tirage au sort des lots, mais c'est un jugement magique, par divination. La cour d'assises, après avoir reconnu l'accusé coupable, lui accorde le bénéfice des circonstances atténuantes. Elles superpose un jugement carismatique, à un jugement de grâce, à un jugement logique.

Ces trois types de jugement peuvent se mêler. Nous les étudierons néanmoins séparément ; nous ne les prendrons pas dans l'ordre chronologique, suivant lequel ils seraient apparus au cours de l'évolution de l'humanité ; nous les prendrons plutôt dans l'ordre suivant lequel on en a fait la théorie ; c'est à dire que nous commencerons par le jugement logique pour passer au jugement magique, puis au jugement carismatique.

- a) le jugement logique :

Nous pouvons être plus brefs à son sujet, parce qu'il est le plus connu ; c'est lui que l'on étudie dans les cours de droit dogmatique ; c'est la forme de jugement

sur laquelle les juristes ont raisonné avec prédilection, et même les sociologues ont emprunté ici aux juristes dogmatiques la conviction que, dans dans les sociétés modernes le jugement n'était que l'application d'une règle de droit, la déduction logique d'une règle de droit, ce qui contribuait à maintenir la préséance de la règle de droit sur le jugement.

Ce que l'on appelle plus spécialement juridiction, dans nos théories dogmatiques, c'est la fonction étatique qui consiste à découvrir quel est, parmi les règles de droit, le stock des règles de droit existantes, la règle dont les dispositions abstraites peuvent recouvrir les circonstances concrètes du cas. C'est ainsi la fonction qui consiste à déclarer la règle de droit applicable dans un cas et à faire application de cette règle.

Voilà ce que c'est proprement que la juridiction dire droit dans le cas concret, c'est à dire suivant l'interprétation dogmatique, c'est à dire, énoncer, déclarer la règle de droit dans le cas concret. Sous sa forme la plus poussée, le jugement logique peut être mis en syllogismes ; c'est le syllogisme judiciaire dont la majeure est constituée par la règle de droit, la mineure par les faits de l'espèce, la conclusion étant constituée par la décision, laquelle est logiquement syllogistiquement inévitable à partir des prémisses ; ainsi, la majeure pourra être dans un cas donné, l'article 302 du Code Pénal : tout individu coupable d'assinat est puni de mort.

Or mineur X est coupable d'assassinat. Ce sont les faits de la cause. Donc, X est puni de mort.

Dans le système primitif du jury d'assises, tel qu'il avait été constitué rigoureusement par le code pénal de 1810 et par le code d'instruction criminelle, le syllogisme judiciaire s'affirmait d'une manière évidente ; la règle de droit était donnée par le code ; la réponse du jury, le verdict sur les faits et la cause, c'était la mineure, et l'arrêt de la cour d'assises, constituée par les trois magistrats professionnels par opposition au jury, la cour qui, à cette époque, délibérait seule, sans le concours de jury, l'arrêt de la cour représentant la conclusion, laquelle était syllogistiquement inévitable à partir des prémisses.

L'acte juridictionnel, dans cet esprit, c'est là qu'il tend, vous le voyez, à accomplir la règle de droit dans un cas particulier. La règle de droit légal, ou même éventuellement coutumière ; il peut y avoir sans doute matière à interpréter la règle si celle-ci est obscure ; mais l'inteprétation ne fait que redécouvrir la règle dans ce qu'elle avait de latent ; la règle était obscurcie ; il faut, en quelque sorte, nettoyer ce qui obscurcissait la règle ; mais là-dedans, on retrouve la règle.

Il y a, dans cette conception logique du jugement, quelque chose de mécanique, et l'on comprend que les procès de la cybernétique aient fait envisager la possibilité prochaine de machines à juger ; en Amérique, on s'est attelé

sérieusement au problème, et, en France même, il y a quelques chercheurs qui s'y sont aussi attelés ; les esprits les plus pondérés pensent tout au moins qu'il sera possible d'obtenir, par des machines, une certaine délimitation de la question à régler ; sans doute y aura-t-il encore un cham dans lequel un homme sera encore nécessaire, mais la cybernétique pourrait arriver à délimiter le temps de la navigation au début ; le postulat de mécanisation du jugement, c'est que l'on ait affaire, et uniquement affaire, à des jugements logiques. Cette conception du jugement logique, qui n'est que la déduction mécanique de la règle de droit, paraît avoir été, on nous le dit couramment, la conception du législateur révolutionnaire en France, par défiance des juges, par mauvais souvenir des parlements de l'ancien régime, qui, vous le savez, s'étaient livrés à des empiétements politiques, avaient essayé d'usurper le gouvernement.

Le législateur révolutionnaire a voulu réduire le juge à l'état de mécanique déclaratoire du droit.

On le dit doujours, ce n'est pas entièrement exact ; il faut prendre garde que le législateur révolutionnaire distinguait la fonction proprement juridictionnelle des magistrats et une certaine fonction d'arbitrage ; la Révolution faisait une grande place, dans sa conception de l'application du droit, à l'arbitrage et à la conciliation.

Elle a institué le juge de paix, qui était destiné à être non pas le mécanisme déclarateur du droit, mais un juge d'équité. Elle a implanté le jury, qui est un mécanisme à certains égards carismatiques, par le système de l'intime conviction ; il y avait, dans la Révolution, tout un aspect auquel on ne s'est pas suffisamment attaché, qui était contraire à l'idée de jugement mécanique et logique ; ce qui a fait illusion, c'est le XIXème siècle. Il a repris les conceptions légalistes de la Révolution, en les exagérant, en portant cet esprit mécanisme à son plus haut point.

Le XIX° siècle a eu, à la différence de la Révolution, la défiance de l'arbitrage et de la conciliation ; il n'a eu de cesse qu'il ne les ait étouffés ; et, d'autre part, la méthode exégétique d'interprétation qui a régné pendant tout le XIX° siècle faisait du juge un esclave de la loi, ce qui contribuait à accroître l'aspect mécanique syllogistique du jugement.

Dans cette première conception du jugement, que j'appelle le jugement logique, il faut voir quelle est la physionomie du juge ; pour chaque type de jugement, on peut faire apparaître un certain type de juge. Là où le jugement est conçu comme un mécanisme logique, comme l'application mécanique d'une règle de droit préexistante, le juge a pour fonction essentielle la mémoire ; c'est ce qui explique que, dans les sociétés primitives, ce sont les anciens qui jugent,

les vieillards, car ce sont eux qui ont la mémoire des coutumes anciennes ; plus tard, il s'opère une spécialisation le juge est le membre du groupe qui se souvient le plus clairemant de la pratique suivie, de la décision prise précédemment, et alors, le juge par excellence est celui qui a l'esprit de détail ; celui qui a une mémoire de détail, un certain goût de la tenue des registres ; on arrive à une conception qui est celle du juge secrétaire, du scribe de village, qui joue un rôle de juge, parce qu'il tient des registres, et, par conséquent, tenant les registres, il peut se souvenir de ce qui a été fait précédemment ; et cela remonte à la surface dans nos sociétés modernes. Là où les tribunaux, par définition, n'ont pas de mémoire, comment cela peut-il se faire, me direz-vous ?

Cela se ferait assez naturellement, lorsqu'on a affaire à des juges non techniciens, qui se renouvellent, et, à cause du renouvellement, n'ont pas de mémoire collective. Qui va assurer la mémoire ? l'expérience montre que c'est le secrétaire, le greffier. Dans les tribunaux de commerce et dans les Conseils de Prud-hommes, le secrétaire ou greffier à un rôle immense, non pas seulement pour tenir les registres, mais pour juger.

Bien souvent, les Conseils de Prud'hommes se retournent vers le secrétaire du Conseil et lui demandent son avis ; de même, il est bien connu que beaucoup de jugements de tribunaux de commerce, surtout dans les petites villes, sont faits par les greffiers.

Ils ont la mémoire de la pratique antérieure.

Les juges consulaires n'ont aucune mémoire de ce qui a été fait précédemment. Comme une conséquence de la fonction ainsi comprise aboutit à l'esprit conservateur, une certaine position, à priori, d'adhérence aux précédents, de répugnance à l'égard des expériences. Il faut supposer, pour que l'on fasse du nouveau, une défaillance de mémoire ou un grand trouble dans la constitution du tribunal.

Une institution comme celle du fichier central de la cour de cassation, qui tend à lui donner une mémoire implacable, parce que bien supérieure à la mémoire des hommes, tend à entraîner une certaine rigidité de la jurisprudence, une certaine tendance à reproduire le précédent. C'est la conception première du jugement logique. Remarquez que cette conception s'est atténuée à la longue.

Je vous parlais du XIXº siècle. Le XIXº siècle finissant à vu diminuer l'influence de l'école de l'exégèse, et des idées nouvelles se faire jour dans la doctrine juridique et dans la jurisprudence. La conception actuelle du jugement élargit le rôle du juge. Il n'est plus un simple déclarateur de la règle préexistante; on admet qu'il puisse avoir un rôle créateur. S'il ne trouve pas, dans l'ordonnance juridique préexistant, une règle de droit adéquate au cas dont il s'agit, on admet qu'il puisse s'en forger à l'aide de sa raison.

Il agira, dit-on volontiers, comme s'il avait à faire acte de législateur, pour le cas dont il s'agit, et il forgera une règle de droit nouvelle ; c'est ce que l'on appelle la libre recherche scientifique. Le juge élabore une règle nouvelle en vue du cas particulier, pour lequel il n'a pas trouvé de règle de droit.

Il y a là un certain assouplissement du jugement logique. Notez cependant que l'on reste toujours dans le royaume des règles. Le juge, on admet qu'il crée une nouvelle règle de droit, mais ce sera toujours une règle de droit. Il juge avec l'idée d'élaborer une règle ayant valeur universelle et éternelle. Il se fait législateur. Ce n'est pas encore ce que j'appelle le jugement carismatique. On est toujours dans le domaine du jugement logique.

Le jugement, dans cette thèse, n'apparaît, au fond, que comme le reflet d'une règle ; qu'il y ait jugement, selon une règle de droit préexistante, ou qu'il y ait création d'une règle de droit nouvelle en vue de permettre un jugement, il y a toujours une règle de droit derrière le jugement. L'ordre juridique n'est fait, dans cette conception, que de règles de droit. Le jugement n'a pas de valeur propre. Le jugement n'est pas, par lui-même, une pièce constitutive de l'ordonnancement juridique ; il n'intervient que comme reflet, déclaration d'une règle de droit soit préexistante, soit crées pour les besoins de la cause par le juge.

C'est tout autre chose que nous allons trouver, après que le jugement logique nous ait emmenés avec lui aux antipodes de la raison.

- le jugement magique.

Dans cette sorte de jugement, l'on fait appel à des forces surnaturelles, supraterrestres, au jugement de Dieu, pour résoudre le cas particulier, C'est un système qui se retrouve dans un très grand nombre de sociétés archaïques, en des points très différents de la série sociologique. Il y a peut être un raisonnement inconscient à la base du système, d'une part, la difficulté pour l'homme de discerner où est le droit, où est la vérité ; d'autre part, l'idée qu'il est, au contraire, facile à Dieu, omniprésent, omniscient, de connaître la vérité. Ces deux propositions sont théologiquement irréfutables. Et on en déduit qu'il sera, au fond, plus simple d'interroger Dieu que de chercher soi-même la vérité.

Sur ce point, la théologie, du reste, pourrait trouver à redire. Après tout, la divinité peut avoir dans sa vocation de ne pas répondre aux interrogations des hommes.

Dans cette conception, la physionomie du juge va changer. Le juge, ce n'est plus un homme mis à part pour sa mémoire, c'est un homme choisi pour son aptitude à établir le contact avec l'au-delà, avec le surnaturel. C'est un magicien ou un prêtre. Je ne dis pas "c'est un sorcier", car la sorcellerie, la magie noire, c'est autre chose, contre quoi il faut se défendre, tandis que le magicien, au contraire, c'est dans la société primitive un fonctionnaire social.

Si nous essayons d'approfondir cette notion de jugement magique, nous en trouvons deux types qui peuvent être séparés :

- de la divination
- de l'ordalie.

Je vous parlerai d'abord :

- 1 - de la divination.

Ce premier type de jugement magique se caractérise par l'appel direct de la divinité. C'est la divinité qui va juger, prononcer directement entre les deux parties, dire le droit.

De cette divination judiciaire en quelque sorte, nous allons donner des exemples empruntés à diverses époques.

Dans le droit hébraïque ancien, on trouve la pratique dont l'Ancien Testament nous parle, des urim et tummim, ce que l'on peut traduire par lumière des perfections.

Il s'agissait de petits objets dont la nature est inconnue, du reste ; (on a formé des hypothèses, mais aucune satisfaisante), au moyen desquels le grand-prêtre consultait la divinité, non pas dans les causes criminelles, mais dans certainss causes civiles ; peut être même que cette sorte d'oracle servait à résoudre des problèmes politiques : mais, en tous genres, aux questions proprement judiciaires.

La pratique est sans doute venue, a sans doute été importée par les hébreux, les Juifs, et n'a du reste fonctionné dans le droit hébraïque, que pendant une période de temps ayant pris fin environ 500 ans avant J.C.

Le grand-prêtre portait ces objets sur le pectoral du jugement. Qu'était-ce au juste ? Les uns disent des amulettes, des gris-gris, statuettes, que le grand-prêtre portait à ses oreilles ; ils lui parlaient.

D'autres disent "imaginez un cornet à dés".

La roue de loterie finissait par s'arrêter devant une certaine solution, devant un représentant, un objet, représentant l'un des deux plaideurs, et c'était ce plaideur qui gagnait, ou un cornet à dés.

Un système assez simple, mais grossier, en matière de divination. Le procédé est attesté dans la Bible : Exode, 18, 16 : "Quand ils ont quelque différend, ils viennent me trouver". La phrase est mise dans la bouche de Moïse. "Je juge entre l'un et l'autre en faisant connaître les ordres de Dieu et ses lois".

Nous avons là un exemple de jugement remis directement à la divinité.

En droit romain archaïque, nous trouvons, du moins d'après une certaine interprétation, la procédure du sacramentum. C'est une procédure rituelle qui était, à l'origine, sans doute, dirigée par les pontifes, peut être par le roi, mais le roi de la très ancienne Rome est un personnage religieux magique.

C'est devant cette autorité que comparaissaient les deux adversaires. Je vous rappelle ce qu'était le sacramentum agraire suprême est l'ancêtre de notre procès... une contestation portant sur une chose.

Sociologiquement, traduisons un conflit magique. Il ne s'agit pas, du moins cette interprétation n'est plus retenue aujourd'hui, d'un duel judiciaire, d'un combat privé, il s'agit d'un conflit magique. Le revendiquant pose sa baguette sur l'objet revendiqué ; il prononce une formule vindicatoire où il y a toutes sortes d'allusions magiques. La vindicta, d'ailleurs, sicut iccu tibi facta.. etc. C'est la force magique, la vertu magique prononcée. Il y a là un rite magique. En imposant la baguette sur l'objet, le revendiquant, en quelque sorte, fait entrer un influx magique dans l'objet qu'il revendique ; et les paroles qu'il prononcent également une signification magique ; la nincubatio nomen cabere (?) est une manière de s'approprier l'objet en disant qu'il est sien. Des primitifs attribuent une très grande importance aux mots, et affirmer qu'un objet est à soi est déjà, en quelque sorte, le rendre sien.

Mais, vous le savez, c'est un rite symétrique que celui de ce sacramentum librem ; on aboutit alors à une impasse ; quel est celui des deux qui a parlé valablement ; les deux affirmations semblent se neutraliser. Comment en sortir?

Les deux adversaires vont se provoquer à prononcer une formule sacramentelle, le sacramentum ; c'est une attestation du droit jus jurandum, celui qui prononce le sacramentum affirme son droit, et il se soumet à devenir sacer, c'est à dire à devenir maudit, être voué aux dieux infernaux, s'il a menti.

Il y a un serment, et, en cas de parjure, une sanction du serment ; le parjure sera voué aux dieux infernaux. Cela impliquait d'ailleurs probablement des conséquences plus pratiques, plus matérielles. Peut être pouvait-il être lynché par le groupe, peut être son patrimoine pouvait-il être confisqué. Ici, nous touchons au fameux partes sequento, dans lequel il vaut mieux ne pas s'engager.

Mais pour savoir, puisque le problème n'est que déplacé, reculé, pour savoir qu'il est celui des deux dont le serment est valable, et antithétiquement quel est celui qui est parjure, il faut décider.

L'affaire est renvoyée à une décision religieuse et, après cette première phase, qui s'est déroulée devant les pontifes ou le roi, il y aura une seconde phase qui relèvera d'une instance religieuse, qui est l'origine de la distinction procédurale romaine, entre in jue et in jussio.

L'affaire est probablement renvoyée, à l'origine, aux angures, et les augures tranchaient par auguration, par examen du vol des oiseaux, plus tard par examen des entrailles d'une des victimes offertes par les plaideurs, c'est à dire par un moyen divinatoire ; qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre procédé, nous sommes toujours en présence d'un renvoi à des forces surnaturelles ; pas une preuve juridique des faits, pas un examen rationnel des faits ; donc, à l'origine, il y a une divination.

Vous voyez, par conséquent, comment le droit romain est parti d'un jugement qui était indubitablement un jugement magique. A la longue, il y a eu un processus de laïcisation. Certains soutiennent même que le droit romain a pour caractéristique de s'être laïcisé très tôt relativement à d'autres évolutions dans la série sociologique.

Mais l'origine a été un jugement magique. Est-ce que, du reste, la divinatio a disparu entièrement dans le droit romain ? On en trouve des traces à une époque plus historique. Ainsi, au 2° siècle après J.C., Poluger nous parle d'un jugement par lequel le tribunal nomme l'accusateur ; lorsque plusieurs personnes se présentent pour remplir cet office d'accusateur, il s'agit d'un bien d'un jugement, nous dit Poluger. Or, ce jugement aura lieu par tirage au sort, et il nous dit que cela s'appelle une divinatio. L'idée de résoudre les procès par tirage au sort, ce qui est une forme de l'appel à la divinité, est certainement une des plus anciennes de l'humanité. Ici, nous en trouverons des traces dans le folklore juridique ; ici, il faut citer des légendes que vous connaissez bien, la légende de Bridoie dans Rabelais : Bridoie, qui jugeait à côté d'une forme un peu différente, dans les contes de la Fontaine, le juge de Melle La Fontaine ayant mère, repris une légende bien antérieure.

Le juge de Melle, qui décidait au plus cher, à la courte paille.

Aujourd'hui, rationalistes, nous avons une tendance à voir dans ce fonds commun de légendes simplement quelque chose de drôlatique, une plaisanterie : en réalité, il est plus probable que c'est un fond de droit primitif qui s'est perpétué sous cette forme folklorique. Nous retrouvons ce droit de survivance dans un système juridique. Il peut y avoir des couches de droit différentes. Tout n'a pas évolué pareil. Il y a des parties en retard et des parties en avant.

Au XVI° siècle et au XVII° siècle, la légende du juge qui juge par divinatio avait laissé des traces dans la légende, et c'est dans ce fond folklorique que nous rencontrons un témoignage.

Cela est d'ailleurs tellement surprenant ; nous avons encore aujourd'hui une procédure de jugement par divinatio. C'est le tirage au sort des lots dans le partage judiciaire.

Nous ne remarquons pas assez que c'est un jugement magique qui vient se greffer sur une série de jugements logiques, mais nous avons laïcisé la divinité ; nous ne parlons plus de Dieu, mais de hasard. Si, en matière de partage judiciaire, nous étions rigoureusement logiques, il n'y aurait pas de tirages au sort des lots ; il y aurait un système d'attribution des lots par le juge en tenant compte des aptitudes ou même des préférences des différents héritiers ; il y aurait peut être une difficulté pour harmoniser cette préférence, pour équilibrer ces aptitudes, sans doute, mais la logique pourrait venir à bout de ces difficiltés.

L'appel au tirage au sort procède d'irrationnalité, procède de la magie.

Un jugement logique, ici, serait constant, mais il aurait peut être d'autres inconvénients ; il laisserait des doutes, des rancoeurs, tandis que le jugement de Dieu ou même le jugement du hasard est plus facilement accepté par les intéressés.

Voilà ce que je voulais vous dire d'une série de témoignages sur cette première forme de jugement magique.

Je vous parlerai dans un instant de la seconde forme, celle de l'organique.

- 2 - l'ordalie.

C'est une catégorie bien connue, attestée à des points très divers de la scciologie.

Vous la trouvez en droit hébraïque ancien ; c'est l'épreuve des choses amères, qui était appliquée à la femme soupçonnée d'adultère ; on lui faisait boire certaines eaux mélangées de poussière, et, si, à la suite de cette ingestion, elle donnait des signes de dépérissement, on considérait l'adultère comme prouvé. Nombres, chapitre 5, versets 11 et suivants.

On la trouve d'une manière plus connue encore dans notre haut moyen-âge d'Europe occidentale, également en Afrique noire. Il y a, dans le mécanisme des ordalies, un certain symbolisme. Je vous citerai, par exemple l'ordalie de l'eau froide, dans le haut moyen-âge. On jetait l'individu soupçonné dans l'eau. S'il flottait, il était considéré comme coupable ; parce que l'eau le rejetait. Voyez le raisonnement symbolique dans l'appréciation de l'épreuve. S'il coulait, au contraire, il était tenu pour innocent - et je pense qu'on le repêchait en hâte.

L'épreuve du fer rouge, également dans notre haut moyen-âge ; si, dans les trois jours, la plaie était en bonne voie de guérison, le sujet était présumé innocent.

Enfin, le duel judiciaire, forme d'ordalie.

Le droit romain n'a pas dû ingorer l'ordalie. Il est des historiens sociologues qui interprètent le combat des Horaces et des Curiace comme un duel judiciaire ;

Cicéron, à une époque plus récente, parle de testimonia divina ;parfois, ce n'est pour lui qu'une invocation aux dieux, invocation d'avocat ; il leur demande de se déclarer pour la bonne cause ; mais parfois il s'agit d'un fait précis, qu'il invoque comme moyen de preuve, comme jugement magique, jugement par la divinité ; ainsi, dans le "Pro Milone", Claudius avait engagé le combat devant un temple de la bonne déessse ; c'est là qu'il a été blessé ; Cicéron relève le fait ; il y voit un jugement de la bonne déesse, de la divinité. C'est bien l'idée du jugement magique.

L'ordalie pose des problèmes sociologiques.

Le premier problème concerne sa nature exacte ; est-ce que c'est un procédé de preuve, ou un procédé de jugement ; assez souvent, on l'interprète comme un simple procédé de preuve. L'ordalie, c'est la preuve par le miracle ; l'appel est fait à Dieu pour prouvé plutôt que pour juger ; c'est à dire pour prouver afin que l'on puisse juger en conséquence de la preuve faite ; mais c'est un moyen de preuve, dit-on, ce n'est pas un procédé de jugement.

Théoriquement, en effet, conformément à cette interprétation, on peut admettre que l'ordalie n'est pas tout le jugement. C'est un moyen de preuve qui fait greffe sur un procès ; mais pratiquement, il y a plus d'embarras à distinguer les deux choses.

Urteil, dont nous avons fait ordalie ; tous les textes latins du haut moyen-âge traduisent juditium dei, jugement de dieu, urteil jugement, ordalie jugement.

Pour les primitifs, notre décomposition des opérations judiciaires : la preuve d'un côté, la décision de l'autre, c'est quelque chose d'inintelligible ; l'esprit primitif ne voit que le jugement dans son ensemble, si bien que la difficilté qui a été soulevée ici paraît un peu subtile pour l'objet auquel on l'applique.

Un second problème n'est pas moins important. On se demande quelle est la part respective de la mentalité magique et de la mentalité rationnelle dans ce procédé de l'ordalie. Ici, nous rencontrons sur un point particulier, un problème général de l'ethnologique et de la siciologie. Existe-t-il une mentalité primitive qui serait radicalement différente de la nôtre, en ce qu'elle serait, comme on dit, prélogique, irrationnelle, exclusivement prélogique et irrationnelle ?

Vous avez certainement entendu parler de cette hypothèse de la mentalité primitive qui serait une mentalité pré logique et irrationnelle ; mais exclusivement ? Est-ce que le primitif est incapable de raisonnement pratique, comme nous ? Certains sociologues le nient, disent que le primitif est capable, à côté de ce raisonnement illogique, d'un raisonnement pratique, comme nous ?

Ils en donnent une preuve par l'évolution même de l'humanité. S'il n'y avait pas eu cette rationalité du primitif, comment progrès technique aurait-il été concevable ? Il suppose une certaine faculté de raisonner comme nous, modernes, raisonnons.

Le problème, ce qui concerne l'ordalie, peut être présenté un peu différemment, et on dira : quel est le degré de croyance sincère chez ceux qui manient ce procédé de l'ordalie ? Jusqu'à quel point croient-ils sincèrement dans l'action de la divinité ? Jusqu'à quel point, au contraire, calculent-ils, et ne sont-ils pas des sceptiques ?

De bons observateurs de la vie des non-évolués pensent que la magie juridique des ordalies n'est pas dépourvue d'arrière-pensées rationnelles. L'explication va parfois très loin. C'est ainsi que j'ai entendu des ethnologues dignes de foi soutenir que l'épreuve, l'ordalie du poignard brûlant, que l'on trouve dans certaines sociétés de l'Afrique noire, et qui consiste à appliquer un poignard brûlant sur la langue des suspects, procède d'une constatation de fait à laquelle se sont livrés les magiciens, savoir que les glandes salivaires du coupable sont bloquées par l'angoisse, tandis que les salivaires de l'innocent, au fond n'étant pas angoissé, restent libres, et la salive va neutraliser le feu du poignard. On l'a soutenu ; c'est peut être du reste prêter beaucoup à l'innocence, et j'avoue que je ne sais pas si un innocent ne peut pas être angoissé autant qu'un coupable quand on lui met un pognard brûlant dans la bouche ; néanmoins, l'explication a été donnée par des ethnologues qui ont vu le système fonctionner en Afrique noire ; l'explication est parfois plus psychologique, et, partant, peut être plus facilement admissible.

Dans le duel judiciaire, disent beaucoup, le co part vaincu d'avance, et c'est pourquoi le duel judicia existe : le duel judiciaire ne tournera que contre le c pable. Il y a du vrai dans cette constatation psycholog de même que, dans une guerre, la partie qui a mauvaise cience se battra moins bien et, par conséquent, peut-o dire, part vaincue d'avance ; mais cela suppose une not de la culpabilité sans contours juridiques précis, comm le péché originel, le sentiment d'être l'objet de la ma diction divine ; si bien que la magique n'est pas compl ment éliminé.

Parfois, assure-t-on, le calcul serait d'un au ordre : l'épreuve serait systématiquement organisée de çon à sauver l'accusé. Ainsi, dans cette épreuve de l'e dont je vous parlais tout à l'heure,si l'individu jeté l'eau est coupable, il flottera ; s'il coule à pic, c'e qu'il est innocent. On a beaucoup plus de chances de co à pic que de flotter, et l'ordalie, par conséquent, aur été imaginée pour sauver le plus de monde possible ; ce serait plus que la satisfaction accordée à l'opinion pu par des juges sceptiques, et qui ne croient plus à leur méthodes.

Il est possible qu'à une certaine époque, l'ord ait pris cet arrière-fond de calcul, mais douteux que l calcul ait déterminé l'origine de l'institution.

Si par ailleurs, on pouvait vérifier le fait que l'ordalie a été organisée de façon à sauver le plus de gens possible, il y aurait là un phénomène qui mériterait tout à fait l'attention, un phénomène remarquable de sociologie juridique. La preuve serait faite que l'indulgence est aussi naturelle au droit que l'application stricte de la règle ; et ceci mérite considération.

Voilà les réflexions que je voulais vous proposer sur le jugement magique.

- c) le jugement carismatique.

Le jugement de grâce, jugement intuitif et affectif, mais qui est l'oeuvre de l'homme lui-même, sans appel à la divinité, sans caractère surnaturel. Voilà ce qui peut caractériser ce type de jugement.

J'essaierai de vous en donner d'abord une notion générale. Ensuite, pénétrant davantage dans l'analyse, j'essaierai de faire apparaître les variétés du jugement.

1- notions générales du jugement carismatique.

C'est probablement un phénomène universel. On se demande cependant s'il a existé dans les sociétés dites primitives, n'ont connu que des jugements magiques, surnaturels.

Pour nier, à priori, que les sociétés primitives aient pu connaître le jugement carismatique, il faudrait démontrer, non seulement l'existence d'une mentalité primitive, prélogique, mais d'une sensibilité, d'une affectivité primitive, qui seraient radicalement différentes de celles de l'évolué.

Est-ce que le primitif est inaccessible à la colère, à l'amour, au pardon, à la vengeance ? Il est probable qu'il éprouve ces sentiments, dans des conditions et avec les conséquences différentes de celles que nous connaissons; mais il est probable qu'il les éprouve, et ce sont ces sentiments qui formeront en lui la base de jugement carismatique.

Les primitifs ont dû projeter dans leur conception du jugement l'expérience vécue par eux à l'intérieur de la famille ; il y a place pour des jugements du plus fort, jugement du père, de l'homme ; or, ce jugement du paterfamilias est par nature un jugement carismatique, un jugement d'amour, de colère, de pardon, de vengeance.

Cette forme de jugement domestique a dû se projeter dans la conception que les primitifs se sont faite du jugement pénal ; mais en outre, on peut penser qu'à l'intérieur de la famille, l'égale affection du père pour deux enfants l'a conduit à une sorte de jugement civil, parfois qu'est la recherche de la paix et de la conciliation, de la transaction, et, là encore, le schéma était prêt pour le jugement carismatique. La notion même du jugement de Dieu, dont on fait état à la base du jugement d'image, au fond, elle conduit invinciblement au jugement carismatique, car le raisonnement de tout à l'heure n'était pas un raisonnement achevé.

On renvoie au jugement de Dieu, mais comment Dieu juge-t-il ? Est-ce qu'il juge en pure ligique d'après la vérité qu'il peut percevoir ? Peut-être, mais aussi,sans doute, car c'est un attribut qu'on prête partout à la divinité, suivant sa colère ou son amour ? Si l'homme prête aux dieux cette manière de juger, c'est probablement par imitation de ce qu'il fait lui-même.

Il semble, très tôt, que le jugement carismatique ait pris place à côté du jugement magique et du jugement logique ; dans le droit hébraïque ancien, vous trouvez juxtaposées les trois formes de jugement.

Il y a le jugement logique, pour les causes criminelles : Deutéronome, 19, verset 18. En matière pénale, les juges feront une enquête avec soin, à la fin de jugement logique. Puis le jugement magique, dans les urim et tummim.

Mais il y a aussi le jugement carismatique, à côté de l'oracle sacerdotal, il y a le prophétisme, l'inspiration libre, le juge appelle les prophètes. C'est un juge carismatique, ce n'est pas un juge logique. Dans la Rome royale, je vous parlerai de Numa, le roi Numa. Peut importe que ce soit un roi mythique. Numa, c'est le juge, le juriste délier, par opposition à Romulus, le juriste lieur.

Le juge est le législateur.

Vous connaissez le mythe d'Etérie, cette nymphe prophétique dont il recevait poétiquement les révélations dans un bois. Une femme, la justice sensible, affective, non pas la justice logique, une femme qui est peut être une muse.

Egérie, c'est l'intuition le coup d'inspiration. Ici, encore, par conséquent, le mythe d'un peuple nous montre l'inspiration carismatique à côté du juge.

Dans le système de la codification napoléonienne, si marquée pourtant par le légalisme apporté en partie de la Révolution, dans ce système où il semble n'y avoir de place que pour un jugement logique, il faut bien avoir présent à l'esprit que l'intervention d'un juge, d'un magistrat, n'était nullement exclue. L'équité est présente dans le Code Napoléon. Voir les articles 525, 1135, voir l'institution du délai de grâce, art. 1244, et songeons surtout à ce qu'était le juge de paix à l'origine.

Ce n'était pas un juge comme les autres, inséré dans une hiérarchie de juges, faits de la même substance, non. C'était un magistrat d'équité, dans la pensée de ceux qui avaient organisé cette magistrature. Et il a conservé en droit le caractère de juge d'équité, jusqu'à 1915 ; le pourvoi en cassation n'était pas possible pour violation de la loi contre les décisions des juges de paix ; sans doute, quand la décision du juge de paix avait donné lieu à un appel, tout rentrait dans l'ordre logique ; mais lorsqu'il jugeait en dernière instance, pour les plus petits procès, sa décision n'était pas susceptible de pourvoi en cassation pour violation de la loi ; parce qu'on n'avait pas voulu que le juge de paix fût obligé de suivre la loi ; il était un juge d'équité.

Mais au XIX° siècle, le système fut de moins en moins compris, notamment par la Cour de Cassatio et les hommes de loi professionnels, qui, au fond, ne tenaient pas tellement que cela à empêcher les pourvois en cassation.

La Cour de Cassation a admis de plus en plus les pourvois contre les décisions des juges de paix. Elle ne les admettait pas pour violation de la loi, mais pour excès de pouvoirs. Elle avait hypertrophié la notion de l'excès de pouvoirs afin de rétablir un contrôle de légalité sur les jugements des juges de paix, mais c'était contraire, tout à fait, aux intentions de ceux qui avaient institué le système.

En 1915, on a formallement admis, et ç'a été le renversement du point de départ, le pourvoi en cassation pour violation de loi. Et le terme de l'évolution accomplie par la réforme judiciaire du 22 décembre 1958 a supprimé l'appellation de juge de paix, du même coup, éliminé complètement l'esprit de l'institution ; tout est rentré dans l'ordre qui se veut logique, et, ce qu'il y avait de carismatique dans l'institution a, en droit, disparu.

Je dis en droit, mais l'équité ne perd jamais ses droits, et nous avons d'autres points d'émergence du jugement carismatique qui subsistent. Le jugement de droit pénal est surtout tout ce qui ne se voit pas dans les textes, l'invincible tendance des juges, même des juges techniciens, des juges professionnels, lorsqu'ils ont la possibilité de choisir entre deux règles de droit ou entre deux interprétati:

d'une même règle de droit, à choisir celle des deux qui est non pas la plus logique, mais la plus équitable.

Je voudrais ici que, par la pensée, nous nous reportions vers une audience correctionnelle dans un tribunal français tant soi peu occupé pour les affaires courantes ; qu'est-ce que l'on voit ? Sur le siège, le Président qui prononce des condamnations, presque à jet continu, avec une rapidité qui parfois effraie ; mais, vous aurez pu le constater, dans la plupart des tribunaux correctionnels, il n'en donne pas les motifs, ou passe-partout : "attendu que les faits sont constants et reconnus".

Les motifs seront parfois rédigés après coup. Il y a même des greffes où ils sont imprimés d'avance et où il n'y a plus qu'à remplir les blancs ; mais il y a aussi des tribunaux où on ne rédige jamais les jugements du tribunal correctionnel. La grandes masse des jugements ne sont pas motivés.

On s'est inquiété de cette pratique, et on a dit que, si le juge correctionnel avait été obligé de rédiger préalablement ses motifs, le résultat, la condamnation, aurait été différent de ce qu'il a été, parce qu'il aurait été contraint de mettre de l'ordre dans sa pensée, et le raisonnement eût été différent. Je n'en suis pas sûr, ou ç'aurait été un autre jugement ; le vrai est que le juge a voulu cette condamnation ; il a vu intuitivement, carismatiquement, que les faits constatés par lui valaient trois mois ou six mois de prison, et la motivation n'était alors

qu'un accessoire, et les motifs ne pouvaient être là que pour satisfaire un formalisme formel.

Est-ce différent quand il s'agit d'apprécier les dommages-intérêts dans la responsabilité civile de droit commun ? En théorie, sans doute, il devrait s'agir là d'un jugement ligique ; nous enseignons dogmatiquement que les dommages-intérêts sont adéquats au préjudice objectivement constaté ; que les dommages-intérêts doivent constituer la réparation intégrale du préjudice ; c'est bien ainsi que les choses se passent dans certaines hypothèses de responsabilité, où il existe des barèmes légaux ; ainsi, pour les accidents du travail, on prend un salaire, on y applique un taux d'incapacité du travail, et l'on a un résultat logique, on pourrait même dire mathématique.

Mais dans la responsabilité civile de droit commun, il est bien notoire que la pratique est toute différente ; il y a une appréciation équitable des dommages-intérêts ; ce qui explique les divergences considérables dans l'appréciation des dommages-intérêts d'un cas à un autre, en présence de dommages qui, objectivement, sont identiques.

Il existe, en particulier, une tendance indéniable des juges à tenir compte de la plus ou moins lourde culpabilité du responsable pour doser l'indemnité délictuelle.

Mais cela est tout à fait hétérodoxe au regard du droit dogmatique ; la gravité de la faute n'a pas à intervenir dans l'appréciation de la réparation ; c'est seulement la gravité du dommage qui devrait être prise en considération;

la pratique est constante, et pourtant au sens contraire, les législations étrangères, ouvertement, reconnaissent l'appréciation équitable du jugement.

Dans le code fédéral des obligations en juge, un article accorde au juge un droit de modération des dommages-intérêts. Dans la pratique, les juges suisses disent que le juge a reçu un pouvoir d'équité.

Dans la loi française, il a pris un pouvoir de modération et un pouvoir d'aggravation des dommages-intérêts. Le jugement carismatique nous apparaît donc comme présent partout dans la vie juridique.

Quels sont ses caractères, si nous essayons de déterminer sa notion la plus générale ? Le jugement carismatique est individuel et intuitif.

Il est individuel, il n'est pas général. C'est un jugement d'équité ; l'équité, c'est le droit à franchir des règles générales ; c'est la recherche du droit dans un cas particulier ; le juge carismatique cherche une solution particulière pour chaque espèce, et même, mieux, une solution individuelle pour chaque homme ; tandis que la règle de droit est générale et abstraite, le jugement carismatique est essentiellement concret.

Le jugement carismatique ne croit pas pouvoir devenir règle. Il n'en crée pas moins du droit, car le droit n'est pas seulement fait de règles générales, mais aussi de solutions individuelles. Le droit n'est pas seulement fait de règles permanentes, mais aussi de pacifications temporaires.

La solution d'un litige, l'apaisement d'un conflit, cela est du droit, au même titre qu'une règle permanente et générale. C'est, d'autre part, un jugement intuitif et non logique que le jugement carismatique. Le jugement, cette sorte de jugement enveloppe l'homme, non pas seulement, la sensibilité, ont autant de place et même plus que la raison.

Le jugement carismatique est le produit de représentations, comme ont dit les psychologues, à totalité affective. Purement affective ? Ce serait ici, peut être, le lieu de rappeler une formule du psychologue allemand FUNTHK FOUNK VOUNK qui disait : "Le sentiment est un raisonnement inconscient". Il est possible que derrière ce mouvement de sensibilité, qui se traduit dans le jugement carismatique, il y ait un raisonnement inconscient, mais ce raisonnement n'est pas explicité ; c'est en quoi le jugement carismatique se différencie du jugement logique.

A cette sorte de jugement, correspond un certain type de juge. Cé n'est plus l'homme doué de méloire, ce n'est plus l'homme apte à créer le contact avec l'au-delà, non, c'est un tout autre personnage, c'est l'arbitre. L'homme apte à rétablir l'harmonie entre des individus...

Le juge carismatique devrait être, par vocation, un personnage respecté pour son impartialité, la considaration qu'il porte auxsentiments d'autrui ; les qualités qu'on lui demande sont d'un ordre particulier ; il faut beaucoup de patience, il lui faut beaucoup de sensibilité

aux préjugés et aux orgueils, d'autrui. C'est un arbitre que le groupe se donne spontanément ; ce sera le seigneur du lieu ou le notaire du village ou un prêtre ; il exercera un arbitrage au sens technique. Les justices seigneriales de notre ancien régime ont pu avoir ce sens à l'origine, et les justices de paix, les véritables justices de paix, avant les tribunaux d'instance, dans leur dernier état, lorsqu'elles étaient occupées par des suppléants (vous savez qu'il y avait des suppléants de juges de paix qui étaient des notables). Cela correspondait bien à l'idée du juge carismatique. Leurs aptitudes à rétablir l'harmonie entre les hommes en conflit les désignaient pour cette fonction beaucoup plus que leurs aptitudes à juger logiquement.

En Angleterre, peut-être aussi ce que l'on appelle le juge de paix répond-il à ce canon. Les juges consulaires, chez nous, les juges des Tribunaux de Commerce, surtout les petits tribunaux de commerce, répondent encore à cette idée.

Vous voyez là un personnage très différent du juge logique. Notez que, dans la pratique de la plupart des états modernes, il y a peut-être en plus la possibilité de différencier les deux types de juges, et que le même personnage, de plus en plus, devra être technicien, logicien du droit, d'une part, et d'autre part, conciliateur. Le jugement carismatique sera toujours présent à côté du jugement logique ; mais je voudrais avancer dans l'analyse en faisant apparaître dans un grand 2, les variétés du jugement carismatique.

2 - Les variétés de jugements carismatiques.

Une fois dépassée la première impression d'unité qui résulte d'un contraste avec le jugement logique, on discerne les nuances au sein de la notion générale ; et il existe un intérêt à tenter une classification des jugements carismatiques. Ce qui éloigne le jugement carismatique du jugement logique, c'est tantôt la preuve sur laquelle il repose, tantôt la solution de fond qu'il adopte, et cela pour nous donner une première division. Il y a des jugements carismatiques quant à la preuve et des jugements carismatiques quant au fond.

Reprenons successivement ces deux variétés de jugements carismatiques.

D'abord, les jugements carismatiques quant à la preuve.

Partout où fonctionne le système de l'intime conviction du juge, on a affaire à une variété de jugements carismatiques ; l'intime conviction ne se laisse pas définir, mais il est clair que par le jeu de l'intime conviction, un jugement carismatique peut s'introduire ; le juge jugera non pas d'après une démonstration rationnelle dont une instance supérieure pourrait lui demander de rendre compte, mais d'après une intuition qui est incommunicable ; il jugera, en son âme et conscience. C'est l'appel au jugement carismatique.

Certaines manifestations de ce premier aspect du jugement carismatique se détachent avec une certaine

netteté qui nous permet de sentir la présence du jugement carismatique dans le droit.

Je vous citerai la pratique de nos cours d'assises, bien connue, pratique plus exactement des avocats de la cour d'assises, qui consiste à faire entendre au juge des témoins de moralité. Pour le droit dogmatique, très légitimement, c'est une pratique absurde. C'est détourner les juges du seul problème qui est la constatation objective du fait. Pour la sociologie juridique, c'est un phénomène qui se situe dans une évolution du droit des preuves.

Il y a eu des preuves surnaturelles, ainsi sans doute dans l'ordalie. Il y a des preuves rationnelles, et, en droit civil, c'est de preuves rationnelles qu'il s'agit par excellence, mais il y a aussi des preuves par l'intime conviction, et, en droit pénal, cette sorte de preuve est à sa place, preuve humaniste, a-t-on dit parfois, qui fait appell à des appréciation de l'homme dans sa totalité. Mais ce n'est pas rationnel, c'est carismatique, et cela a toujours existé. Dans l'antiquité, AULUGER nous rapporte (à une époque ancienne) que le juge, à défaut de preuves, devait statuer en faveur du vilnelior, et cela jugé même dans des procès entre eeux parties ; lorsqu'il n'y avait pas de preuves rationnelles, on se décidait pour l'homme le plus honnête, qui avait la meilleure réputation. On entrait ici dans le carismatique pur.

Le droit romain connut longtemps la pratiques des laudatoires. C'étaient des témoins de l'homme et non du fait, en particulier lorsqu'un gouverneur de province était accusé d'avoir un peu pressuré sa province (beaucoup de procès romains avaient cette thèse) ; on voyait des laudatores l'accompagner, qui attestaient que c'était le meilleur gouverneur du monde.

Plus tard, les advocatifs qui venaient assister l'accusé en vêtements de deuil, et qui étaient prêts à se rouler par terre aux pieds du juge lorsque la condamnation était imminente. C'est une manière de soutenir l'homme, mais en dehors de preuves objectives. Ces mécanismes grossissants s'emploient à faire sentir ce qu'est le jugement carismatique, un jugement affectif. Il serait aussi peu scientifique de rejeter tout cela hors du droit que de vouloir réduire le droit à cela. Sans doute, il y a une part de raisonnement insconscient dans cet appel aux laudatoires, advocati, témoins de moralité : la présomption que si l'accusé a tant d'amis, c'est qu'il est un honnête homme, et que s'il est un honnête homme, il n'a pas dû commettre de crime, ou que s'il l'a commis, il ne l'a pas commis avec une mauvaise intention, et, même dans ce cas, il ne recommencera plus.

Il y a un raisonnement, mais inconscient, emporté dans un torrent sentimental, et c'est cela, le jugement carismatique.

Il existe aussi des jugements carismatiques quant au fond.

Ici, la décision n'est pas la conclusion d'un syllogisme. De prima vacie, la solution est même contraire à la raison. Ce sont des sentiments qui l'ont dictée ; quels sentiments ; la pitié envers une des parties, ou bien l'amour de la paix considérée comme un bien supérieur au droit, et même supérieur à la justice, ce qui peut nous donner, du reste, deux nouvelles variétés de jugement carismatique.

Il y a les jugements de charité et les jugements de transaction. Le jugement de charité est la variété à laquelle le mot même de jugement carismatique ferait penser tout de suite : jugement de grâce, de clémence, de pardon. Je vous donnerai un exemple célèbre en France, exemple de jugement carismatique en droit moderne : c'est un des jugements du Président Magnot.

Il eut son heure de célébrité au début de ce siècle, et le Moyen génie lui a consacré, dans "Méthodes d'interprétation et Sources" seconde édition, sous le titre "ambigu, à la fois sociolcgique et injurieux, de "phénomène Magnot".

Le Président Magnot était le bon juge de Château-Thierry ; président du tribunal de Château-Thierry pendant d'assez nombreuses années, le fait est à retenir au point de vue historique.

On a souvent accusé le Président Magnot d'avoir rendu ses jugements un peu spectaculaires, comme on dirait aujourd'hui avec des arrière-pensées d'arrivisme ; en fait, il n'eut pas d'avancement ; il resta longtemps Président du tribunal de Château-Thierry, et, pour se donner des distractions, il fut obligé d'aller tâter un peu de la politique en se faisant élire député.

Il avait obtenu, en effet, une certaine réclame par ses jugements ; dans les milieux politiques Clément, on l'avait appelé le bon juge. Anatole France lui avait consacré une chronique. Il y a eu de nombreux jugements du Président Magnot qui ont été publiés en recueil, et qui sont d'un vif intérêt au point de vue de la sociologie juridique.

Je vous citerai le plus célèbre de ces jugements, rendu dans l'affaire Mesnard dont on trouve le texte sous l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 22 avril 1898, le tout dans le SIREY 1899, 2° Partie, page 1, DALLOZ 1899, 2° Partie, page 329, avec des notes respectivement de ROUX et de JOSSERAND.

Les faits étaient les suivants : la fille Mesnard fille-mère, avait, sous l'empire de l'extrême misère, volé un pain dans une boulangerie. Elle fut poursuivie pour vol ; du point de vue du droit dogmatique, cela paraissait assez fondé ; mais elle comparut devant le président Magnot, qui prononça la relaxe ; à la vérité, le président Magnot prenait quelques précautions avec sa cour d'appel, parce qu'il se sentait en butte à la défiance, voire à l'animosité de cette

cour d'appel, et il se préoccupa, cette fois-ci, d'habiller dogmatiquement sa décision.

En l'occurrence, il donna cette motivation, extrêmement fragile au point de vue dogmatique, que le vol commis sous l'empire de l'extrême misère est commis sous l'effet d'une pression qui supprime le libre arbitre, sous la contrainte irrésistible, aux termes de l'article 164 du Code Pénal. Il ajoutait d'ailleurs, second motif, nettement carismatique, que l'amour maternel abolit en grande partie, ajoutait-il prudemment, l'intention frauduleuse, si bien que l'on n'était plus dans la définition de l'article 379 du code pénal, lequel définit que le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Soustraire par amour, est-ce encore soustraire ? Le Président Magnot prononça la relaxe.

La Cour d'Amiens maintint la relaxe ; songez à la pression de l'opinion publique, et que les juges les plus dogmatiques n'y sont pas insensibles. Ce jugement, rendu quelques mois auparavant avait fait déjà assez de bruit dans la grande presse, et la Cour d'Appel d'Amiens, quels que fussent ses sentiments intimes à l'égard du président Magnot ne crut pas devoir revenir sur la relaxe, mais elle donna une motivation encore plus carismatique que celle du président Magnot. Elle ne voulut pas maintenir ses motifs, pour bien montrer sa supériorité.

"Attendu que les circonstances toutes exceptionnelles
"de l'affaire ne permettent pas de dire s'il y a eu inten-
"tion frauduleuse, que le doute doit profiter à l'accusée,
"sans adopter les motifs des premiers juges, confirme".

Pour en finir avec l'héroïne, je dirai qu'une souscription fut ouverte en sa faveur par un journal féministe de l'époque, qui s'appelait "La Fronde", et qu'elle trouva même un petit emploi de femme de ménage, je pense, dans les bureaux de "La Fronde". L'histoire de la demoiselle Mesnard s'arrête là.

Vous voyez, par conséquent, le cas d'un jugement carismatique qui est passé à la postérité, qui a débouché dans la célébrité ; mais, à côté de ce jugement célèbre, combien d'autres qui ne le sont pas devenus ; nul doute que les juges soient facilement carismatiques, fassent facilement de la charité, donnent libre cours à leur esprit de grâce dans les jugements qu'ils peuvent rendre, soit en matière pénale, soit même parfois en matière civile.

Les jugements de transaction sont d'une autre sorte ; ici, nous ne pouvons nous empêcher de faire un retour en arrière sur ce que la sociologie américaine dit de l'esprit de compromis dans le droit sur cette notion du droit, compromis de transaction, que nous avons rencontrée à propos des règles de droit.

Il y a des jugements de transaction. Ce que la transaction fait par la force de conventions privées expresses (la transaction au sens de l'article 224 du Code Civil), les parties mettent fin à un litige par des concessions réciproques, le juge peut le faire avec l'autorité de la chose jugée.

Il peut établir une transaction entre les deux parties, en contraignant chacune d'elles à faire des concessions à l'autre ; au lieu de chercher la règle de droit, il cherchera la paix. Le prototype de ce jugement de transaction, c'est le jugement de Salomon. Il y a, dans celui-ci, deux aspects : l'aspect de stratagème, la ruse pour arriver à faire se découvrir la véritable mère ; mais il y a aussi l'aspect de transaction, et c'est même ce qu'a retenu la légende ; quand on parle de l'équité salomonienne, on fait allusion à cette méthode de juger, assez surprenante de prime abord, qui consiste à couper un enfant en deux pour que chacune des prétendues mères en aient un morceau.

L'hypothèse s'est représentée à l'époque moderne, où, vous avez pu le constater, soit dans les ouvrages de droit civil, soit dans la grande presse.

Les conflits entre les prétendus pères ou prétendues mères sont assez fréquents. Peut être avez-vous entendu parler de cette affaire, qui se situe dans le Nord, l'affaire DEROC où deux familles se disputaient deux enfants. Il y avait deux enfants et deux familles, mais chacune des deux familles pensait n'avoir pas l'enfant qui était le sien,

de sorte qu'il y a eu jugement et remise de chacun des enfants à la famille dans laquelle il n'avait pas d'abord été élevé. L'esprit salomonien était revenu instinctivement, et c'est cet instinct que je veux ici souligner, à certains esprits bien intentionnés, dans la grande presse, si sensible, qui s'est occupée de l'affaire, quelques-uns avaient préconisé un jugement de Salomon, mais adapté à notre temps. On n'aurait pas coupé chaque enfant en deux pour que chacune des familles ait une moitié de satisfaction ; mais on aurait élevé les enfants en commun, en leur donnant les deux mères pour mères solidaires. Vous voyez ici l'esprit salomonien, de transaction, qui, invinciblement, revenait à la surface.

Le jugement salomonien, de transaction, est absurde. C'est un jugement absurde. Logiquement inadmissible, et les glosateurs qui s'en occupaient l'avaient appelé, par dérision, le judicium rusticorum, jugement de paysan. En effet, si c'est A ou si c'est B, il est évident que ce n'est pas $\frac{A}{2}$ ou $\frac{B}{2}$. C'est A ou c'est B, et $\frac{A}{2}$ ou $\frac{B}{2}$ n'est pas égal à A ou n'est pas égal à B.

On a parfois incriminé le manque de courage des juges C'est une manière pour eux, a-t-on dit, de ne pas se tromper entièrement. Il vaut mieux se tromper pour moitié que de risquer de se tromper du tout au tout.

A la vérité, il est probable qu'à la base de ces jugements transactionnels, il y a un raisonnement inconscient :

l'observation immémoriale que pour apaiser un conflit, il faut que chacun des litigants aient un morceau de l'objet disputé, que chacune des mères sera plus contente avec une moitié d'enfant qu'avec la totalité de l'enfant, si cette totalité, n'est pas sûre, et aléatoire. C'est sur ce raisonnement-là que reposait notre technique originaire dans le code Napoléon du partage en nature. Il fallait diviser chaque nature de culture, que chacun des deux héritiers ait sa lanière de champ de blé, sa lanière du champ de maïs, que chacun ait un morceau de l'objet du litige.

Il y a certainement quelque chose de cela à la base de l'équité salomonienne, mais, emporté par un mouvement carismatique, savoir la beauté du compromis, la valeur supérieure de la paix, la paix est supérieure même à la justice, rétablir la paix entre les hommes, par quelque moyen que ce soit, est un bien. Les manifestations de l'équité salomonienne sont multiformes dans notre pratique judiciaire. La forme négative consiste, quand le juge n'y voit plus clair, à renvoyer les parties dos à dos.

La forme positive consiste à couper la poire en deux. Les formes ouvertes : en cas d'abordage douteux, en droit maritime (expression maritime), en fait masse des dommages et on partage les dommages en deux. C'est la solution de l'article 407 du Code de Commerce, qui a consacré une règle de droit coutumier.

Il est significatif, d'ailleurs, de voir comment on est entré dans les plus grandes difficultés quand on a voulu s'éloigner de cette règle de l'absurde en matière de collision terrestre. On recherche la véritable causalité, mais on ne la trouve pas. Faire bloc des dommages, les couper en deux, serait plus équitable.

Il y a les formes voilées ; la tendance bien connue des juges français au partage de responsabilité. La Rochefoucauld a dit:" les procès ne seraient pas si longs s'il n'y avait pas des "torts des deux côtés". C'est vrai. La même raison conduit à faire prononcer des divorces aux torts récirpoques. Les juges ont une tendance propre à l'admettre.

C'est salomonien.

Nous en avons une preuve indirecte, mais très frappante : Les demandes de dommages-intérêts sur les différents terrains de la responsabilité civile. Il est notoire que ces demandes sont systématiquement majorées. Mais pourquoi faut-il demander mille pour obtenir 500 ? Parce que les juges ont l'habitude d'en rabattre. Et pourquoi ? Parce que le juditium rusticorum remonte invinciblement.

Il y a toutefois, à cette tendance au jugement transactionnel, une résistance du droit dogmatique, appuyé sur la logique. Il faut dogmatiquement que le juge cherche la vérité, même s'il doit y avoir grande peine ; mais c'est son rôle de chercher la vérité ; c'est son rôle de droit dogmatique. Sur certains points, la cour de cassation à brisé les tentatives d'équité salomoniennes de certaines juridictions

du fond. La loi du 1.9.48 sur les loyers des immeubles à usage d'habitation prévoit un classement des immeubles en catégories : première, deuxième, troisième, puis des sous catégories : deuxième catégorie A, deuxième catégorie B.

Mais on voit surgir des conflits entre deux parties : l'une soutient que l'immeuble est de la catégorie 2 A, l'autre 2 B.

Quelle est la tendance foncière des juges en pareil cas : l'immeuble n'est ni l'un ni l'autre, il est d'une catégorie intermédiaire : 2 A sur 2 B sur 2.

Les juridictions avaient imaginé une intermédiaire : 22 Octobre 1954, Gazette du Palais 1954, 2° semaine, page 365 ; c'est tout ou rien. Il ne doit pas essayer de s'en sortir en créant des catégories intermédiaires.

Un autre exemple : quand deux prétentions contraires s'affrontent, relativement à la propriété d'un mur situé à la limite de fond, chacun des propriétaires voisins soutient que le mur lui appartient privativement. Un moyen serait de dire : le mur sera mitoyen. La jurisprudence de la Cour de Cassation ne l'a jamais admis.

La mitoyenneté n'est pas un moyen de transiger entre deux prétentions contraires. Il faut arriver à trouver le véritable propriétaire du mur. Vous voyez la résistance du droit dogmatique mais cette résistance même nous atteste la poussée sociologique de l'esprit transactionnel en matière de jugement.

J'en ai ainsi terminé avec cette manière de jugements, terminé du même coup avec les phénomènes primaires du droit, règles de droit et jugements. C'était le chapître premier de ce titre consacré aux phénomènes de droit. La semaine prochaine, j'aurai deux cours encore. Je vous parlerai, dans un chapître second, qui sera plus bref, des comportements juridiques de l'homme.

:=:=:=:=:=:=:=:

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

ONZIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

CHAPITRE 11 - LES COMPORTEMENTS JURIDIQUES DE L'HOMME

Il s'agit des comportements, des habitudes déterminés par le droit, chez l'indivudu ou dans les groupes. Le terme de comportement n'est pas sans évoquer le "behaviour", conduite, qui a été mis à la mode par une certaine psychologie d'origine américaine, cette psychologie sociale entend par conduite, par comportement, les réactions, les réponses de l'individu au mécanisme sociologique. Ici, par comportement juridique, nous entendrons les réponses de l'individu au mécanisme juridique.
L'expression comportement est commode si on peut lui donner un sens suffisamment large pour englober à la fois des sentiments, des opinions d'une part et d'autre part, des conduites, matérielles corporelles, encore qu'elles puissent être animées par des états de conscience. Le terme comportement a un sens qui n'est ni purement psychologique, ni purement physique. C'est du moins ce sens large que nous retiendrons ici en parlant des comportements juridiques.

L'étude des comportements juridiques peut être menée à différents niveaux de généralités et d'abstraction.

Il existe des comportements juridiques concrets qui se situent à l'intérieur de chaque institution juridique concrète, de chaque institution spéciale. De ce point de vue concret, spécial, nous pourrions étudier par exemple le comportement du prêteur à intérêt ou le comportement du locataire d'immeuble à usage d'habitation et même, en concrétisant davantage, son comportement avant le terme et après le terme.

Il y a dans cet esprit à l'étranger, mais aussi en France des monographies sur certains comportements juridiques qui se situent dans le droit de famille. Il en est du comportement juridique de l'enfant naturel ; c'est un thème qui a captivé les chercheurs de psychologie sociale, la sphère de secrets de l'enfant naturel, l'anomalie psychologique de l'enfant naturel, tout cela a retenu l'attention. On pourra imaginer, dans d'autres domaines que le droit de famille, des monographies de ce genre consacrées à tel ou tel comportement juridique concret. Mais dans ce cours nous ne saurions embrasser des études aussi spéciales ; dans cette partie générale du cours, il est de bonne méthode de n'envisager que des comportements juridiques généraux, non pas des habitudes déterminées dans l'homme par telle règle de droit spéciale, telle institution concrète, mais par la règle de droit en général, par l'existence des règles de droit, en d'autres termes, d'étudier la réaction générale des hommes de droit. Nous nous placerons en conséquence à un niveau de très grande généralité, nous étudierons ce qu'on pourrait appeler des comportements juridiques primaires comme nous avons étudié les phénomènes juridiques primaires. J'en retiendrai deux : ce qu'on appelle en droit dogmatique le droit subjectif ; ce seront les deux

sections qui diviseront ce chapître.

Section 1 - LE DROIT SUBJECTIF

Vous savez qu'il y a une pièce importante de l'ordre juridique individualiste de nos sociétés occidentales, c'est une notion qui a été étudiée par les juristes et aussi par les philosophes du droit. Peut-être connaissez-vous, dans cet ordre d'idées l'ouvrage du juriste philosophe belge Jean Gabin de la Faculté de Louvain qui porte le titre de "Droits subjectifs". C'est un ouvrage de philosophie, de théories générales du droit qui a paru en 1952, mais ce droit subjectif est étudiée par les juristes dogmatiques. Il nous apparait dans l'individu comme un phénomène juridique, plus précisément comme un comportement juridique et la sociologie juridique ne pouvait y rester indifférente. Mais, la sociologie s'est intéressée au droit subjectif de deux manières. Elle a d'abord été tentée, c'était une sociologie juridique encore très rudimentaire, par une critique radicale de la notion même de droit subjectif, une critique allant jusqu'à la négation de l'existence du droit subjectif. C'était, je le répète, l'attitude d'une sociologie juridique encore à ses débuts, d'une philosophie du droit pourrait-on dire plus exactement. Une sociologie juridique plus poussée, plus sociologique peut surmonter cette première négation. Il y a là en tout cas un premier problème auquel nous nous attacherons en premier, c'est l'examen sociologique de la critique du droit subjectif. Mais, d'un autre côté, une autre sociologie juridique a apporté une contribution nouvelle à l'analyse du droit subjectif en proposant une analyse sociologique du droit subjectif.

Cela sera pour nous un second thème de réflexion : l'analyse sociologique du droit subjectif. Tels seront les deux paragraphes qui diviseront cette section.

Paragraphe : - Examen sociologique de la critique du droit subjectif -

Cette critique a été développée par certains courants de la philosphie du droit en France, mais aussi à l'étranger, notamment en Allemagne. Dans une certaine perspective sociologique lato sensu, sociale, pourrait-on dire, le droit subjectif individuel serait, soutient-on, une fiction, une illusion. Vous avez certainement entendu parler de cette négation radicale de la notion de droit subjectif, il me suffira de vous rappeler cette théorie.

La négation est venue d'abord, (je me borne à la doctrine française), de juristes de droit public qui se voulaient précisément de tendances sociales et même sociologiques. La négation a été formulée avec beaucoup de vigueur dés le début de ce siècle par Léon Duguy. Pour lui, la notion de droit subjectif était une fiction à jeter par dessus bord, pour lui, l'homme n'avait pas de droit subjectif ou comme il disait, il n'avait que le droit de faire son devoir, formule empruntée à Auguste Comte. Il n'y avait pas plus exactement, de droit subjectif, il n'y avait que des fonctions dans le mode juridique. Léon Duguy fit une application célèbre de cette négation du droit subjectif au plus remarquable, au plus frappant de ces droits dans la perspective indi vidualiste et libétale, savoir le Droit de Propriété. Léon Duguy niait l'existence d'un droit de propriété, il n'y avait, pour lui, qu'une fonction sociale de propriétaire.

La critique a été reprise plus récemment par des historiens à tendances philosophiques, en particulier par un romaniste, mon collègue de Strasbourg Monsieur Michel Villey. Il a cherché à montrer que la notion de droit subjectif dont nous nous servons dans la technique juridique, présente, n'est pas une notion si ancienne qu'on pourrait le croire. Il a, par un procédé qui est assez fréquent, essayé de ruiner la notion de droit subjectif en lui déniant l'ancienneté. Il s'est surtout appliqué à une démonstration du droit romain ; la notion de droit subjectif, d'après Monsieur Vinet, a été inconnue des juristes romains. Lorsque le Preteur, dans son édit, en une forme que vous vous rappelez peut-être déclarait : "si cuis ... etc ... judicium dabo" il promettait une action mais il ne garantissait pas un droit subjectif. L'édit du prêteur énumérait une série d'hypothèses auxquelles il attachait certains effets juridiques, mais il ne garantissait pas un droit aux individus. D'après cet historien, en droit romain, le terme de jus qui, vous le savez dans les traditions courantes a le double sens qu'a le mot français, c'est à dire de droit objectif mais aussi de droit subjectif, le terme jus n'aurait jamais eu en droit romain que le sens de droit objectif, ou a tout prendre, le sens de statut objectif donner à l'individu. Dans la flameuse maxime de droit naturel "jus suum cui cui tribere" - que nous traduisons par "attribuer à chacun son droit", il faudrait traduire d'une manière moins subjective par : "reconnaitre à chacun son statut". Son statut objectif, mais non son droit subjectif.

Un complexe de règles de droit qui a une certaine relation avec un individu mais non pas, comme l'implique la notion moderne de droit subjectif, un ensemble de pouvoirs dont l'individu serait doté. La notion de droit subjectif serait beaucoup plus récente, liée à l'apparition d'une doctrine philosophique, individualiste ; elle ne serait apparue que timidement chez certains scolastiques du moyen âge ; ce n'est vraiment qu'avec les écoles du droit naturel, dont vous connaissez les tendances éminemment individualistes, que cette notion de droit subjectif aurait pris conscience d'elle-même, mais elle n'aurait aucune antiquité donc, aucune pérénité, aucune éternité et c'est un moyen de la priver de sa valeur philosophique, par un raisonnement encore une fois très courant.

A cette thèse négative qui, remarquez le, se veut réaliste, prétend s'appuyer sur les faits critiques, la notion de droit subjectif paraît irréaliste. Il est possible d'apporter des objections tirées précisément de la réalité sociologique, tout au moins de la réalité de psychologie sociale. La sociologie juridique, une sociologie plus poussée que celle dont se servait Léon Duguy pourrait bien démontrer que la notion de droit subjectif n'est pas un pur concept de droit dogmatique, que le concept de droit dogmatique s'est construit autour d'une attitude de l'homme, d'un sentiment de l'homme, d'un comportement juridique de l'homme qui est parfaitement réel. Il faut sociologiquement essayer de démontrer le caractère naturel du sentiment que l'on peut remarquer comme le noyau de la notion juridique, dogmatique de droit subjectif.

Il faut pour celà, partir à titre de procédé d'observation de l'aspect le plus élémentaire du phénomène, de ce phénomène droit subjectif lato sensu qui correspond à ce que le droit dogmatique qualifie de droit réel. On peut penser que le droit réel, le jus in re, qui représente la plus élémentaire notion de droit subjectif (et sociologiquement, ce n'est pas la notion proprement dite de droit réel, mais le phénomène sociologique correspondant à ce que nous mettons sous la notion dogmatique de droit réel), c'est ce phénomène-là qui représente le phénomène élémentaire. Non pas un droit réel avec notre notion moderne, les contours définis qu'on lui donne dans la théorie civiliste française, mais un phénomène sociologique, que l'on peut qualifier de relation de l'homme à la chose.

La relation de l'homme à la chose ne se traduit-elle pas naturellement, primitivement par un comportement juridique élémentaire qui correspond sociologiquement, à ce que dogmatiquement nous appelons le droit subjectif ? Est-ce qu'il n'y a pas derrière cette relation de l'homme à la chose un état de conscience dans l'homme ? et est-ce que le trouble apporté à la relation entre l'homme et la chose ne déterminera pas dans la conscience du sujet, un trouble, une perturbation ? Voilà qu'elle peut être l'hypothèse de départ d'une recherche sociologique.

Il est probable qu'on pourrait démontrer l'existence d'un phénomène psychique élémentaire de cette sorte, dans la série animale. On a constaté que dans beaucoup d'espèces animales, notamment en vue de la pariade ou en vue de la chasse, il s'opère des déterminations des sortes de loçalisations instinctives de

territoires autour de tel ou tel individu ou autour de tel ou tel couple animal, et l'intrusion d'un autre animal dans cette aire. En tout cas, on constate une irritabilité spontanée de l' être humain dés qu'un autre pénètre dans une certaine aire autour de lui, touche un objet qu'il regarde comme lui appartenant, comme imprégné de sa personnalité ; toucher à cet objet, c'est comme toucher à lui-même, et il se produit spontanément, instinctivement, à des niveaux psychiques très élémentaires, une réaction de défense. Cela peut être démontré d'abord par des observations de psychologie enfantine. Ce sentiment d'irritabilité devant l'intrusion d'un tiers dans l'aire qui s'est dessinée autour d'un individu, vient très tôt dans la première enfance. Ce n'est pas du tout une imitation du droit adulte, cela se situe à un âge où l'imitation des comportements adultes n'existe pas encore. C'est un fait que dés le cours de la seconde année, on assiste à un éveil graduel du sentiment de la possession personnelle avec pour corollaire une manifestation d'irritabilité au sens physique du terme en présence d'une intrusion d'un tiers dans l'aire qui s'est dessinée autour de l'individu. Il y aurait lieu, à la vérité de procéder à des études plus systématiques que celles que l'on peut trouver dans les ouvrages de psychologie enfantine générale ; il faudrait mener ces recherches avec cette perspective juridique que nous avons, une étude plus systématique de l'apparition du sentiment et du comportement que nous, adultes, appelons droit subjectif.

Une seconde sorte d'observations peut être faite sur les sociétés primitives.

Dans les les sociétés primitives, catégories fort vaste à la vérité, la propriété, la possession, car le terme propriété, au sens dogmatique du mot est peut être trop précis pour désigner ce rapport entre l'homme et la chose, suppose une imprégnation personnelle. On a pu déjà faire des observations de cet ordre dans la préhistoire. La sociologie juridique de la préhistoire est quelque chose d'assez balbutiant et avec des parties encore bien conjecturales. Il y a néanmoins un certain nombre de données objectives dont on peut faire état. Il ne s'agit pas, à ce stade du paléolithique, de l'appropriation de la terre, il s'agit de l'appropriation de certains objects mobiliers, les arbres, les bijoux, les parures. On constate que ces objets mobiliers sont généralement enterrés avec l'individu qui s'en est servi et il parait y avoir là une sorte de matérialisation de notre subjectivité du droit de propriété, une matérialisation même plus poussée qu'on ne saurait dire puisqu'ici, nous sommes en présence d'une appropriation d'une possession tellement personnelle qu'elle ne semble pas pouvoir, dans les croyances de cette humanité primitive, survivre à l'individu. Notre propriété nous est moins personnelle au fond, elle est plus familiale, elle est transmissible par hérédité ; nous avons des bijoux de famille ; ici, le bijoux est personnel et doit s'anéantir avec l'individu qui s'en est servi. Les armes de chasse et de guerre sont, à cette époque paléolithique constamment marquées. Elles portent des lignes gravées que les géologues interprètent comme des marques de propriété personnelle. Donc, nous avons affaire ici à cette notion de marque personnelle qui parait bien traduire, matérialiser notre notion

juridique de droit subjectif.

A une époque plus ou moins ancienne, moins conjecturale, dans les sociétés primitives plus récentes, que ce soit chez les polynésiens ou en Afrique Noire, on constate également que la relation de l'homme à la chose et même à la terre se traduit par une sorte d'imprégnation personnelle de la chose. On ne saurait par conséquent faire abstraction, dans cette mentalité juridique primitive d'une subjectivité essentielle dans la condition des choses. Il y a bien un lien personnel entre la chose et l'homme il y a bien par conséquent dans l'homme, un état de conscience qui, sous des formes différentes peut-être, répond à notre notion de droit subjectif.

Ces données sociologiques autorisent en somme, l'hypothèse d'une notion correspondant à notre notion dogmatique moderne, une notion ancienne et naturelle entre l'homme et la chose. La subjectivité du droit, l'idée d'un droit subjectif, d'un sentiment personnel du droit par rapport au monde environnant, parait une idée naturelle encore que le concept de naturalité en sociologie puisse donner lieu à discussion. Il semble que la négation du concept de droit subjectif ne peut pas être fondée sur une réalité sociologique, c'est une relation sociologique qui est dogmatique mais pas du tout réaliste.

Paragraphe 2 - Analyse sociologique de la notion de de droit subjectif.

Nous entrons dans un tout autre domaine, avec la notion anglo-américaine du "statu". C'est le latin status prononcé à l'anglaise que j'appellerai en le francisant le statut.

Je précise qu'il ne s'agit pas du statut au sens que l'on donne à ce mot dans une certaine théorie de droit dogmatique. Vous savez du reste que le terme statut dans le vocabulaire juridique a des sens multiples. Il s'agit d'un état, d'une situation de l'individu dans la société. Ce peut être une situation sociale dans la sociologie américaine, mais ce peut être aussi une situation juridique, un état juridique. En gros, cette notion de statut recouvrira alors une autre notion traditionnelle de droit subjectif, mais elle y apportera, et c'est ce que j'en veux retenir, un éclairage nouveau.

Je commencerai à exposer brièvement cette théorie sociologique du statut. Le statut en tant qu'il est distinct de l'individu qui l'occupe est simplement la collection des droits et des devoirs qui appartiennent à cet individu. C'est sa position dans le groupe social en relation à d'autres positions tenues par d'autres individus dans le même groupe.

Les sociologues américains parlent de statuts polaires. Nous traduirions d'une façon plus subjective en disant des statuts antagonistes, des couples de statuts. Il y a des statuts qui réunissent des personnes dans des relations juridiques réciproques. Ainsi, le statut, disent-ils, d'employeurs et de salariés, de fonctionnaires et de citoyens de maris et de femmes. Ici, au reste, on peut remarquer que la sociologie américaine, avec cette notion des statuts polaires, calque les catégories juridiques de la "common law" du droit anglo saxon, du droit anglo-saxon, catégorie juridique où l'on voit assez souvent les individus aller par couples dans une relation juridique polaire.

Ainsi, le droit anglo américain dire facilement "mari et femme" là où nous dirions "les effets du mariage", "les relations conjugales", ou bien encore "vendeur et acheteur" là où nous dirions "le contrat de vente". C'est une formule, une catégorie juridique assez courante dans le droit anglo américain que cette notion des statuts polaires, des statuts antagonistes où l'on fait figurer les deux individus, les deux sujets du rapport de droit,

Le statut qui détermine les limites et les conditions des relations sociales, mais il ne se confond pas, et la distinction est capitale, avec les relations sociales elles-mêmes. La manière dont les individus concrets remplissent leur statut défini par le droit, par la loi, varie considérablement suivant les cas, suivant les espèces ; la manière dont un individu se comporte effectivement dans un statut qui lui est donné par le droit, cette manière effective d'accomplir son statut, c'est ce que le sociologue américain appelle le rôle. C'est l'aspect dynamique et effectif du statut et s'il est toujours influent, c'est par des facteurs autres que ceux qui résultent de la loi définissant le statut. Les uns, observent les sociologues américains, gonflent leur rôle au delà de leur statut, et les autres restreignent leur rôle en de çà de leur statut. Le statut, encore une fois, c'est le statut défini par le droit, le statut théorique ; le rôle , c'est le statut tel qu'il est accompli effectivement dans chaque espèce, c'est le statut effectif. Ainsi, cette théorie de la sociologie américaine sur la distinction du statut et du rôle réintroduit dans la notion de droit subjectif, l'idée d'effectivité que nous avons vue opérer il y a un certain temps à propos

de la règle de droit. Cette distinction du statut et du rôle est importante et on peut dire que par là, la sociologie américaine peut nous apprendre quelque chose, ou tout au moins éclairer différemment notre conception du droit subjectif. Remarquez que nous la connaissons, nous la pratiquons déjà cette distinction, mais sans y prendre garde, sans employer le mot, et c'est dans cette prise de conscience que peut se réaliser le gain net de la sociologie américaine. Il est certain que nous, juristes dogmatiques, nous nous occupons trop des droits dans les définitions abstraites et pas assez dans leur existence effective. Il y a le même progrès à accomplir ici que pour la règle de droit. Il faut réintroduire encore une fois le point de vue de l'effectivité. Sans doute il arrive qu'on le fasse, qu'on se préoccupe de l'effectivité des lois, mais on le fait un peu au hasard des recherches, on ne le fait pas systématiquement, il faut dire que ce sont plutôt les historiens du droit que les civilistes qui se préoccupent de l'effectivité du droit subjectif. Je vous donnerai un exemple où on s'est préoccupé de cette effectivité du droit subjectif, et c'est à propos de l'histoire des droits féodaux en Frande. On relève couramment dans les ouvrages d'histoire du droit que les droits féodaux se vidèrent de leur substance aux XVlème et XVllème siècles, par la négligence d'abord des seigneurs qui souvent promettaient de recouvrer les droits, féodaux, par la perte des titres dans les guerres intestines du XVlème siècle et surtout par la dépréciation de la monnaie pour les redevances en argent, de sorte qu'à la fin du XVllème siècle on admet assez communément chez les historiens du droit, que la charge des droits féodaux était moins lourde

effectivement pour les tenanciers ; mais au XVlllème siècle, il y eut ce que l'on appelle la réaction féodale. Une réaction féodale qui vient de ce que les seigneurs, les propriétaires de terres féodales charchèrent à faire flèche de tout bois, se préoccupèrent de faire rentrer le plus possible leurs droits, se préoccupèrent de regonfler leur rôle à la mesure de leur statut. C'est à cette époque que beaucoup de seigneurs font procéder par des hommes de loi spécialisés, par des feudistes, à ce que l'on appela "la réfection des barrières : Ces hommes de loi spécialisés partent en chasse à travers les titres et les documents et se préoccupent de faire réapparaître des droits féodaux qui étaient oubliés. De sorte qu'au XVlllème siècle la charge des droits féodaux ainsi regonflés se trouva plus lourde, sans doute qu'au XVllème siècle et il y a des historiens qui expliquent la révolution française par cette nouvelle vigueur qu'avaient pris les droits féodaux. Il y a là un moment du droit subjectif qui illustre la distinction du rôle et du statut. Au XVlème siècle et au XVllème siècle, le rôle s'était restreint par rapport au statut. Au XVlllème siècle, on regonfle le rôle au dimensions du statut. Mais cette sorte de recherche sur l'effectivité des droits subjectifs mériterait d'être menée pour d'autres époques et pour d'autres droits subjectifs. Par exemple quand on étudie le droit de propriété, spécialement la propriété foncière en France au XlXème siècle, il ne faut pas avoir seulement égard aux textes. L'article 544 sur le statut de la propriété dit qu'il faut avoir égard à la manière effective dont les propriétaires fonciers ont appliqué ce texte, ont compris leur droit subjectif, ont compris leur rôle et c'est une recherch

de sociologie concrète qui ne peut pas être menée sur l'ensemble du territoire, qu'il faudrait mener pour chaque région de France, pour chaque catégorie de propriétaires. En un mot il faudrait réintroduire dans l'étude de l'article 544 le point de vue de la subjectivité.

Les deux mouvements, tantôt le rôle reste en deça du statut, tantôt, au contraire le rôle est porté aux dimensions du statut et même va au delà du statut, et nous pourrions constater que le droit dogmatique a aperçu la possibilité de ce double mouvement, y a attaché certaines conséquences juridiques. Je prends la première hypothèse, le premier mouvement possible : le rôle reste en deçà du statut. C'est à dire que l'individu ne fait pas valoir son droit, n'exerce pas son droit, il reste juste à la limite définie par le droit objectif. C'est, notons le bien, une attitude extrémement fréquente dans la pratique. Des créanciers qui ne réclament pas le paiement dés l'échéance, il y en a des quantités, qui accordent un terme tacite, implicite, purement gracieux au débiteur. Le propriétaire qui n'empêche pas les voisins de se promener sur son fonds bien qu'il en ait le droit en vertu de la définition de son statut. Le mari qui laisse sa femme gouverner le ménage même sous l'empire du Code Napoléon. L'enfant majeur qui continue à obéir à son père. Toute une série de situations où le rôle reste en deçà du statut. On dira : c'est l'opposition du droit et du fait. Ce n'est peut-être pas présenter, d'ailleurs, de distinction, car ce fait, le droit ne l'ignore pas toujours ; parler de l'opposition entre le droit et le fait, c'est laisser croire que le rôle reste en dehors du droit,

ce n'est pas absolument exact, le droit tient compte de cette possibilité qu'a le titulaire du droit subjectif de ne pas porter son rôle à la limite de son statut. Ainsi, vous savez que la tolérance est encouragée entre voisins par la disposition de l'article 2.232 du Code Civil qui dispose que les actes de tolérance ne peuvent pas fonder la prescription d'une servitude. C'est encourager les voisins à se montrer tolérants dans leurs rapports réciproques. Vous savez, de même, que le non usage partiel d'une servitude peut faire perdre partiellement cette servitude, c'est écrit dans l'article 702, mais que la jurisprudence a interprété ce texte de manière à encourager un certain accommodement entre les voisins. Ce n'est que dans le cas où pendant trente ans, le titulaire de la servitude a été empêché de l'exercer à plein, empêché par une force majeure par une force qui lui est supérieure, ce n'est que dans ce cas qu'il l'entière étendue de son droit, de sa servitude, mais si c'est volontairement qu'il a réduit sa manière d'exercer la servitude, il ne perd pas au bout de trente ans le droit d'exercer sa servitude à plein. Concrètement, pour prendre un exemple, si, pendant trente ans le titulaire de la servitude est passé à pieds, mais volontairement, alors qu'il aurait pu passer en voiture, il ne perd pas pour autant le droit d'exercer sa servitude à plein. C'est l'encouragement à ne pas exercer son droit à la limite, c'est l'encourager à restreindre le rôle en deçà du statut. Il y a une jurisprudence en ce sens, elle part d'un esprit de faveur pour la tolérance, pour l'accomodement, mais précisément, cette idée de tolérance correspond à la pensée qu'il faut encourager les individus à restreindre leur rôle en deçà du statut, à ne pas exercer leur droit subjectif à

la limite fixée par le droit objectif.

Il y a néanmoins, dans d'autres domaines, des éléments juridiques, des données juridiques qui pourront pousser les individus à exercer leur droit à plein, à maintenir leur rôle toujours au niveau du statut ; c'est, sous réserve d'une hypothèse comme celle que je viens de donner, l'institution même de la prescription extinctive : si vous n'exercez pas votre droit pendant trente ans, vous le perdez. La prescription extinctive est un simulant pour les individus qui les porte à exercer leur rôle à la limite du statut. Le mouvement inverse existe aussi et il y a des individus audacieux qui assument un rôle au delà de leur statut, au delà des limites que le droit objectif donne à leur droit subjectif. Toute notre théorie de l'apparence, toute cette théorie de l'apparence, toute cette théorie doctrinale et jurisprudencielle de l'apparence correspond à cette donnée de fait que certains individus assument un rôle au delà de leur statut, et le rôle fait croire au statut, de sorte que l'on traitera celui qui a assumé le rôle comme s'il avait véritablement le statut. Il en est de même du mandat tacite de la concubine ; la concubine en pareil cas dans les rapports avec les fournisseurs assume un rôle ; elle assume le rôle d'épouse bien qu'elle n'en ait pas le statut alors le concubin sera réputé avoir le statut d'époux. On part du rôle que l'on voit et l'on en conlut au statut.

Voilà quelques points sur lesquels cette distinction sociologique du statut et du rôle peut contribuer à éclairer davantage certaines notions de droit dogmatique, notions déjà connues.

Section 2 - LE SENTIMENT DU DROIT OBJECTIF

Nous pourrions observer ici les réactions de l'homme face à la règle de droit, son attitude de conformité ou de non conformité à la règle de droit, la conscience qu'il peut avoir de l'existence de la règle de droit, la conscience qu'il peut avoir d'une obligation à lui imposée par la règle. Cette étude du sentiment du droit objectif, ce comportement juridique d'une très grande généralité, peut être menée dans deux plans selon les résultats que l'on se propose. Il s'agit toujours de faire apparaître des causalités, c'est du moins le but de nos recherches sociologiques. Mais, il y a deux voies pour faire apparaître les causalités. On peut les chercher directement en essayant de retrouver la genèse des phénomènes juridiques : ce sont des études génétiques sur le sentiment du droit. On peut opérer indirectement par des études différentielles : le postulat, la méthode, vous le savez étant que les différences des variations dans les phénomènes juridiques correspondant à des variations de causalité. Il y a place ici à des études génétiques et des études différentielles sur le sentiment du droit objectif.

Je voudrais vous donner au moins des échantillons de ces deux sortes d'études : études génétiques et études différentielles. Deux paragraphes dans cette section.

Paragraphe 1 - Etudes génétiques -

Comment sont nés les comportements juridiques élémentaires de l'homme, les sentiments du droit ? S'il existe un droit, il existe pour lui une obligation.

Nous avons affaire ici à une sociologie juridique des profondeurs comme toutes les fois qu'on ssaie de retrouver dans le passé. Il y a une objection contre cette sorte de psychogenèse, c'est son caractère éminemment conjectural car l'origine du droit dans les comportements juridiques élémentaires de l'homme parait se situer à une époque très reculée dans l'histoire de l'humanité, à une époque préhistorique.

On a retrouvé dans une grotte qui contient des peintures de l'époque paléolithique, un tableau, une image, un dessin qui serait le premier dessin juridique de l'humanité. C'est dans une grotte qui se situe au nord de Valence, en Espagne. On y voit représenté, parait-il, une dizaine de guerriers armés de flèches et d'arcs, peints de face tandis que sur la droit un homme de profil semble les commander. A quelques pas, un homme désarmé, percé de flèches est étendu sur le dos. Ce n'est pas une scène de guerre ont dit les spécialistes, c'est le premier peloton d'exécution, donc, c'est la première apparition du droit dans l'humanité. Certains même, ont renchéri : c'est un droit déjà perfectionné, c'est le premier affichage de la condamnation pour l'exemplarité de la peine.

C'est un résultat limité que l'on peut attendre de cette investigation préhistorique directe. Il faut plutôt compter sur ce que l'on appelle la recherche fondamentale, la recherche par réflexions et hypothèses avec des moyens de contrôle indirects qui pourront être fournis soit par l'ethnographie, en partant du postulat que les sociétés primitives représentent le passé vivant, que par conséquent les phénomènes juridiques que nous voyons s'y dérouler nous donnent l'image de ce qui s'est passé à l'aube de l'humanité, soit par les études de psychologie enfantine en partant, ici

encore du postulat que ce qui se passe à l'intérieur des groupes enfantins est une image de ce qui s'est passé à l'origine de l'humanité.

Je voudrais me borner ici à quelques hypothèses qui ont été (par l'emploi de cette sorte de méthode, de recherche fondamentale, avec des vérifications,), demandées soit à l'ethnographie, soit à la psychologie enfantine, un certain nombre d'hypothèses qui ont été proposées pour expliquer la genèse du sentiment du droit aidant l'individu, plus précisément, la genèse du sentiment de l'obligation juridique.

Une première hypothèse que l'on trouvé déjà chez des philosophes qui n'étaient point encore des sociologues et qui procèdent d'une manière purement déductive comme l'Anglais Hops, de rattache l'apparition du sentiment du droit au mécanisme de la peur civique c'est à dire de la peur avant la force. Cette théorie de Hops a été reprise à notre époque par des spécialistes de la neuro-sociologie qui s'appuie sur des observations faites sur l'homme moderne. Il se serait produit à l'origine de l'humanité une certaine corrélation entre des impressions, des expériences vécues, d'une part, et d'autre part des stimuli. Il se serait établi comme on dit en physiologie des réflexes conditionnés. Si en plusieurs occasions, la lutte pour une proie met un homme aux prises avec un autre homme, dans cette humanité primitive que nous pouvons imaginer de la manière que nous voulons, et si, à plusieurs occasions, l'un deux plus fort que l'autre, met l'autre hors de combat et s'empare de la proie, il apparaîtra un réflexe conditionné chez le plus faible, un comportement d'inhibition chaque qu'il fois qu'il reverra cet homme fort.

Au bout d'un certain temps, il lui laissera le champ libre et il aura le sentiment qu'il doit lui laisser le champ libre, le sentiment de l'obligation apparaîtra ainsi. Librement, il choisira de lui laisser prendre la proie sans avoir besoin de se battre parce que ses expériences antérieures lui montrent qu'il n'arriverait pas à l'en empêcher. Un mécanisme de peur physique se substituera au mécanisme purement physique du début où l'un des individus, le plus faible était éliminé par le plus fort et ce stimulus conditionnel de la peur se substituera au stimulus absolu qui résultait des coups. Ce comportement résultant de l'expérience pourra se transmettre. L'individu le transmettra à sa descendance et il suffira de l'apparence athlétique de n'importe quel homme pour déterminer le même réflexe de peur chez les individus plus faibles. Il suffira même, à un moment donné de certains mouvements énergiques, d'un individu pour déterminer la peu chez l'autre, et à ce moment là, le mécanisme de l'obligation, le mécanisme du droit, sera fondé, mais fondé sur la peur, sur la peur physique et en définitive sur la loi du plus fort. C'est donc la loi du plus fort qui a fondé le droit. Les durkheimiens ont repris l'idée de peur à l'origine du droit, mais en la supprimant. A la peur physique, ils substituent la peur de l'au-delà ; un sentiment religieux, la peur du surnaturel. Comment celà ? L'expérience vécue de son impuissance entraîne chez l'homme la crainte superstitieuse de forces qui le dépassent, de forces inconnues, de forces surnaturelles et il s'impose une série de rites, rites de renoncements, rites d'auto-sacrifices, d'interdits, de contraintes, qui, transmises et conservées pendant plusieurs générations finiront par se cristalliser en coutumes élémentaires, en sentiments d'obligation.

C'est donc bien toujours un mécanisme de peur qui est à l'origine de l'obligation, mais c'est un mécanisme beaucoup moins physique, beaucoup moins matérialiste, c'est un mécanisme qui emprunte le canal de la religion, de la peur de l'au-delà.

Il existe une hypothèse d'inconnu sur l'origine du sentiment d'obligation lato sensu, du sentiment de droit objectif dans l'humanité.

A l'origine dans la horde humaine, l'homme, l'homme animal, le plus fort physiquement et le plus agressif surtout, dictait à tous les autres son arbitraire tyrannique. Il y a, à l'intérieur de la horde un élément particulièrement agressif qui se détache des autres, le plus fort physiquement, souvent le plus ancien. Les jeunes se révoltent contre cet ancien agressif, ils se liguent contre lui, ils finissent par lui donner la mort. Mais ils étaient habitués à être conduits dans leurs faits en recevant des ordres de cet ancien ; ils étaient stimulés par la présence de cet ancien, freinés éventuellement par lui. Une fois qu'ils l'ont tué, ils sentent un vide, ils le ressentent douloureusement et ils en éprouvent une angoisse. Les premiers malheures qui pourront leur arriver, leur paraissent être le résultat de la colère de l'ancêtre qui a été tué et ils essaieront d'apaiser cette oolère par des présents, par des sacrifices. Ainsi s'instaurera la croyance en une justice rémunératoire, en une justice propitiatoire pourrait-on dire. La croyance, et ceci n'est certainement pas sans importance pour le droit, n'est pas l'essentiel de la thèse de Freud, c'est la rupture du statu quo qui entraîne des malheurs.

C'est ce qui va fonder une idée très importante dans le droit, l'idée de la paix, l'idée d'un état de droit qui est probablement le statu quo, qui est l'état qui existe mais qu'il faut éviter de rompre car cela peut déterminer des malheurs. Les hommes transmettront à la génération suivante la peur et le respect du chef mort. Le chef mort exercera une sorte de dictature post mortem ; les enfants et les jeunes dans la horde comprendront que pour être heureux ; il fallait d'abord contenter ceux dont ils dépendaient : le respect des parents, le respect de père naitra de là ; c'est de là que vient l'obligation, c'est ainsi que nait le droit. C'est un mécanisme assez compliqué et pour tout dire passablement conjectural encore que, ainsi que je viens de l'indiquer, certaines notations puissent paraître assez profondes.

Les thèses antérieures quelles qu'elles soient ont été critiquées par Monsieur Claude Levy Strauss. Au fond, toutes ces thèses concouraient sur un point, elles tendaient à admettre la peur, bien que la forme de la peur soit variable d'une thèse à l'autre, admettre la peur à l'origine du droit. Monsieur Levy Strauss nous rassure. Il a une conception moins tragique de l'origine du droit et il attache une grande importance au consentement. Rousseau avait raison, le contrat lui paraît la matière première de la vie sociale. Il l'aperçoit à l'origine du droit. Il aperçoit une réciprocitéqui lui parait quelque chose d'essentiel comme explication de la genèse des phénomènes juridiques. Sans doute, dans le premier clan, dans le premier groupe, dans les premières formes de la société il y a obéissance de certains envers le chef, mais ce n'est pas une obéissance dans la peur, mais c'est

une obéissance dans l'attente confiante, dans l'attente de la générosité. Le chef est obéi, mais parce qu'il doit être généreux ; le premier contrat social est dans cette obéissance apportée, joyeusement au fond, par les hommes. Dans cette générosité répandue joyeusement aussi par le chef, une sécurité collective va naitre. Au fond, c'est bien plus agréable et on se sent rassuré par la présence d'une humanité primitive qui est aimable, comme nous le sommes.

Paragraphe 2 - Etudes différentielles -

Le sentiment du droit objectif peut ne pas être donné au même degré ni sous les mêmes formes à tous les individus. De là un autre type d'étude de sociologie juridique adapté au comportement juridique de l'homme : On essaiera de dégager les variations du sentiment général du droit d'un groupe à une autre ce qui fera apparaitre des variations collectives, ou bien d'un individu à un autre ce qui permettra de faire apparaitre un coefficient personnel du sentiment juridique. Je vais parler successivement des variations collectives et du coefficient personnel du semtiment du droit.

A - Variations collectives dans le sentiment du droit objectif -

Ces variations peuvent être cherchées dans diverses directions l'une des premières est cherchée dans l'ethnologie. On s'est demandé s'il n'existait pas de variations du sentiment général du droit, d'un peuple à un autre. Ce n'est pas du droit comparé. Il s'agit de comparer non pas des systèmes juridiques, mais des comportements juridiques. Un psychologue allemand, Wundt, a publié une série de volumes sur ce qu'il appelait " la psychologie des peuples ", et le deuxième est consacré à la psychologie du droit; à la vérité, chez Wundt c'est plutôt un programme, qu'une réalisation de cette psychologie juridique différentielle dont on fait état. On peut se demander du reste s'il n'est pas trop ambitieux de prétendre découvrir une attitude nationale générale envers le droit objectif. Est-ce qu'on peut affirmer qu'il existe dans un pays donné un climat juridique général qui

serait différent de celui que l'on observerait dans le pays voisin ? La recherche risque d'être fort vague. Ce climat juridique général risque de s'identifier avec ce que l'on appelle le civilisme d'un peuple. C'est de ce point de vus là, assez vague, que l'on dit généralement qu'il y a plus de civisme en Angleterre qu'en France, que le climat juridique est meilleur en Angleterre qu'en France, que le respect des lois et des juges est plus grand en Angleterre qu'en France. Cela est extrêmement vague et demanderait à être précisé. On peut essayer de préciser par catégorie de règles et l'on entrevoit des directions de recherches plus concrètes, ainsi, on pourrait essayer de déterminer comparativement quel est le comportement familial, quelle est la psychologie conjugale, la psychologie parentale en Angleterre et en France. Ce serait une étude comparative de psychologie juridique, mais non pas une étude saississant l'attitude générale envers le droit; ce serait une étude plus concrète essayant de saisir des comportements limités à certaines institutions juridiques spéciales. Par exemple quel est le sentiment contractuel dans tel ou tel pays, quelle est, l'attitude générale de tel ou tel individu, dans tel ou tel pays à l'égard de la loi contractuelle, à l'égard du respect des contrats ? De ce point de vue, on a soutenu qu'en France nous avions une psychologie rigide du contrat, une conception, un sentiment presque littéral du contrat tandis que dans d'autres pays, en Allemagne notamment, on avait une conception plus souple du contrat. On a mis en rapport avec cette différence de psychologie contractuelle le fait que dans le droit Français, la révision des contrats n'est pas admise tandis qu'elle sera

admise dans le droit germanique. Là encore, il ne faut pas se dissimuler que ces études de psychologie comparative ne vont pas très loin. Après tout, on peut relever que dans le droit administratif Français, on admet la révision des contrats ce qui est la preuve que la psychologie juridique française ne répugne pas à l'évolution du contrat, que les causes qui ont fait rejeter par notre jurisprudence civiliste la révision du contrat sont peut être des causes étrangères à la psychologie profonde du peuple.

On pourrait se demander dans une direction différente si le sentiment du droit objectif ne dépend pas de la classe sociale. Ce serait un essai de vérification sur un point particulier de la thèse générale du marxisme. Est-ce que ce n'est pas la classe sociale qui détermine essentiellement le comportement juridique de l'homme ? On constate qu'il y a des hommes dont le comportement juridique général ne parait pas affecté du tout par la classe sociale. Il y a des crimes odieux qui feront le même effet sur l'humanité de la population, sans différence de classe sociale. Il ne faut pas se dissimuler que la classe, plus généralement, le milieu social influence le sentiment du droit. Il n'est pas un avocat qui ne sache que les jury ruraux sont très sévères pour les incendies alors qu'ils sont relativement moins sévères pour des meurtres. Il n'est pas d'avocat qui ne sache qu'une paysanne pardonne moins aisément un vol de poule qu'une escroquerie. Il y a une différence de sensibilité juridique

qui est influencée par le milieu, non pas par la classe sociale, le milieu social est quelque chose de plus nuancé. On peut du reste s'interroger sur l'explication véritable de ces différences dans la sensibilité juridique, dans le sentiment général du droit. Est-ce que c'est une réaction différente des individus suivant leur classe sociale, ou une réaction différente des individus à la même règle de droit, ou bien est-ce qu'il ne s'agit pas plutôt de la coexistence à l'intérieur du système juridique général de règles de droit différentes ? Est-ce qu'il ne subsiste pas dans certains milieux sociologiques des règles de droit, provenant d'une autre origine que les règles de droit régies dans la société globale, contre l'affirmation d'un droit uniforme ? Est-ce qu'il ne faut pas admettre - c'est un point que nous retrouverons dans un chapitre suivant - la pluralité des milieux juridiques, le pluralité des systèmes de droit, admettre par conséquent que dans certains milieux sociaux survivent des règles de droit qui ne sont pas des règles de droit régies dans la société globale ?

Il y a là deux explications possibles de cette différenciation que nous n'avons pu faire mais qu'on pourrait vérifier dans le comportement juridique des différents milieux sociaux. On peut également songer à des recherches, à des études différentielles tenant compte des variations physiologiques, des variations d'âge, des différences de sexe. Je ne parlerai que de la différence de comportement juridique général, de sentiment général de la règle de droit, que l'on peut relever d'un sexe à l'autre. Je me hâte de dire que les qualités dans la juridicité, dans le sentiment de la règle de droit se

rétablissent artificiellement grâce à l'éducation et spécialement à l'éducation juridique à un certain niveau supérieur. Mais, en général, il est certain que la juridicité de la femme n'est pas la même que la juridicité de l'homme, que le sentiment général du droit n'est pas le même; on peut dire d'une façon générale qu'il y a une moindre juridicité de la femme, une moindre conscience de la règle de droit, plus exactement peut-être, faudrait-il dire une autre juridicité, une altérité de la femme. La femme est grâce et offrande, c'est bien connu, donc le jugement carigmatique sera son fort plutôt que le jugement logique.

De cette différence dans le sentiment général du droit, dans le sentiment du droit objectif, on donne divers témoignages.

Un premier témoignage nous est fourni par les spécialistes de la psychologie enfantine : les petites fille ont l'esprit juridique moins développé que les petits garçons parce que leurs jeux collectifs ne comportent pas de règles aussi fixes que les jeux de garçons. La marelle n'aurait pas, d'après les spécialistes, des règles aussi fixes à travers le temps, que le jeu de billes. C'est là que je demanderai des vérifications. En tout cas, disent les spécialistes de la psychologie enfantine, c'est un fait que les petites filles sont beaucoup moins conformistes en matière de règles, s'accommodent du changement de la règle, de la violation de la règle pourvu que le jeu soit amusant.

Le second témoignage est d'un autre ordre, il est tiré de la criminalité différentielle entre les deux sexes. C'est un fait affirmé par les statistiques que la criminalité de la femme en tout pays est profondément inférieure à la criminalité de l'homme, Elle oscille selon les pays entre 1/10ème et 1/20ème de

la délinquance masculine. En France même, vous pouvez constater par les statistiques judiciaires que les femmes qui comparaissent en cour d'assise sont sensiblement moins nombreuses que les hommes; il en est de même pour le tribunal correctionnel. Comment expliquer cette différence ? Disons tout de suite qu'elle a, pour partie, des facteurs purement sociologiques. La femme par la vie qu'elle mène, une vie sociale moins intense, a moins d'occasions de délinquer que l'homme. Cela ne prouve rien quant à sa psychologie juridique. Le facteur biologique même pourrait intervenir; mais il reste tout de même, pour expliquer la moindre criminalité de la femme, des facteurs psychologiques ou si vous voulez psycho-sociaux. A ce stade, il semble y avoir un paradoxe. Si la femme a, comme c'était l'hypothèse de départ, une moindre préoccupation de la règle de droit, un sentiment moins intense du droit objectif, il semble qu'elle devrait l'enfreindre plus facilement et que sa délinquance devrait être plus forte, que celle de l'homme. Donc, semble-t-il, elle devrait délinquer plus, elle devrait violer la règle de droit objectif plus facilement que l'homme. Mais, ce n'est qu'apparent. A la vérité, la criminalité manifeste, en un sens, de l'intérêt pour le droit. Les criminels sont des individus profondément juridiques; ils le sont à leur façon, mais ils sont juridiques sans tomber dans les excès du freudisme. Sur ce point on soutient qu'au fond, c'est la peine, c'est la loi pénale qui détermine la délinquance; il est bien certain qu'il y a une zone qui attire la délinquance. Il y a autour de la règle de droit une sorte de halo psychologique qui attire la délinquance et c'est justement par là que la femme est indifférente à la règle de droit, qu'elle

n'est pas, psychologiquement en bonne disposition pour délinquer. Elle ne perd pas son temps à s'occuper de la règle de droit, que ce soit pour la supprimer ou pour la violer, elle vit comme si la règle de droit n'existait pas; ce qui ne signifie pas qu'elle vit dans le désordre, qu'elle se complait dans le désordre; elle réalise un ordre, mais un ordre intuitif, sans avoir besoin du droit pour réaliser cet ordre.

A certains égards, si la portion masculine de l'humanité a besoin du droit pour réaliser son ordre social, c'est une infirmité, la femme est supérieure à l'homme en ce sens parce qu'elle n'a pas besoin du droit pour réaliser son ordre social. Il est possible, notons le, qu'en profondeur, l'incapacité juridique, civile, de la femme ait été sociologiquement non pas une barrière pour refouler la femme loin de la vie juridique, mais la simple reconnaissance par les hommes de cet éloignement de la femme pour le droit; cette incapacité pouvait sans doute gêner telle ou telle femme dans une hypothèse déterminée de la vie pratique, mais il est bien connu que l'incapacité de la femme lorsqu'elle existait,in globo ne gênait pas les femmes, parce que les femmes considérées comme moitié de l'humanité n'ont pas besoin de droit pour réaliser leur ordre social, ou ont moins besoin du droit que l'homme. Par là; il nous apparait que l'on peut mettre en question - et je rejoins l'observation que je faisais en terminant sur la classe sociale, nous pouvons reprendre cette observation ici et nous la retrouverons au chapitre suivant -, que l'on peut s'interroger sur l'hypothèse du droit dogmatique, qu'il n'y a qu'un droit dans un territoire donné.

L'unité du milieu juridique dans une société donnée est une hypothèse de droit dogmatique qui peut être infirmée par les faits. Du fait de la présence de la femme dans l'humanité, il est possible qu'il y ait deux milieux juridiques qui se juxtaposent. Il ne faut pas dire que les lois sont faites pas les hommes, mais il faut dire que les lois sont faites pour les hommes, pour la société masculine, la société féminine n'en a pas le même besoin. Il y a ainsi deux cosiétés qui, du point de vue juridique se juxtaposent sans véritablement se fusionner. Cette juxtaposition de deux sociétés est d'ailleurs plus marquée dans les sociétés primitives que dans nos sociétés modernes, et dans les droits primitifs plus que dans les droits modernes. Du moins, dans les sociétés primitives, ce ne sont pas toutes les sociétés primitives qui cloisonnent les sexes au point de vue des moeurs et du droit, les sexes qui ont un monde à part et que nous connaissons mal parce que ce sont les hommes qui ont écrit l'histoire et le droit. De même, aujourd'hui, pour les ethnographes, il y a une difficulté à connaitre ce qui se passe au point de vue des moeurs dans le monde féminin, qui est distinct du monde masculin et plus difficilement pérméable à l'investigation ethnographique.

Il y a là une difficulté certaine que je cite pour illustrer cette hypothèse, une juxtaposition de deux milieux juridiques. Nous avons en tout cas là un point su lequel il parait y avoir une différence sur le sentiment du droit objectif, mais on peut envisager des différences d'un autre ordre, non plus des différences de groupe à groupe; de monde à monde,

de milieu juridique à milieu juridique, mais des différences individuelles, ce que j'ai appelé : le coéfficient personnel dans le sentiment du dro t objectif.

B - Le coefficient personnel dans le sentiment du droit objectif -

Comment atteindre le sentiment du droit dans l'individu ? Il y a un procédé qui est, celui de l'introspection, de la méthode subjective. Mais vous savez qu'en général, ce procédé est jugé insuffisamment scientifique. D'autre part, ses résultats s'en trouvent limités. Il faut recourir à une méthode objective. L'enquête pourra nous apporter ici certains résultats. On interrogera une série d'individus en les invitant à porter un jugement sur une certaine conduite qui leur aura été décrite, conduite sui peut être considérée comme juste ou comme injuste suivant le sentiment commun. Une meilleure méthode, c'est de décrire aux individus, pour les faire parler, des conduites injustes plutôt que des conduites justes, parce que la conduite injuste se détache plus vivement que la conduite juste, et le sentiment de l'injustice est plus vif que le sentiment de la justice. L'indignation est plus explosive, se détache davantage que l'enthoisiasme. Il vaudra mieux, par conséquent, essayer, dans cette procédure d'enquête de déclencher l'indignation des enquêtés devant une certaine conduite qu'on leur décrira, plutôt que de chercher à déclencher leur enthousiasme; donc, à priori, ce sont des conduites injustes qu'il faudra décrire et non pas des conduites justes.

Il faut bien se dire que ce que nous connaitrons par

ces réponses, ces eront des réflexions des individus sur la pratique, ce ne seront pas les pratiques mêmes des individus. Il y a là une différence essentielle à faire, il n'est pas sûr que les individus qui, dans un cas donné déclareront telle conduite injuste ne pratiqueraient pas cette conduite s'ils se trouvaient placés dans les mêmes corconstances. Ce qu'ils disent, c'est leur sentiment, ce n'est pas ce qu'ils feraient, ce qu'ils feraient, nous ne le savons pas. En matière d'enquête juridique comme d'enquête morale. Il faut distinguer la pratique et la réflexion sur la pratique, il y a là une distinction préalable qui est essentielle.

J'ai parlé de juste et d'injuste, mais ici, une objection surgit, juste, injuste, cela évoque un jugement éthique plutôt qu'un jugement juridique. A la vérité, il y a, dans le sentiment du droit une part de jugement éthique et d'autre part, ce qui nous intéresse ici, c'est le mécanisme par lequel se forme le sentiment, la réaction à une règle, que ce qoit la règle morale aussi bien que la règle juridique; de sorte que les résultats que nous obtiendrons par une enquête sur le juste ou l'injuste, pourront être transposés en résultats sur le droit ou la violation du droit. Au reste, encore une fois, il y a dans le droit une part de justice. La notion de justice n'appartient pas seulement à la morale, elle appartient au droit. Et par des exemples d'enquêtes qui ont été effectivement pratiquées, nous allons voir que l'on peut passer assez facilement de cette enquête à tendance morale à une enquête spécifiquement juridique.

Je retiendrai ici deux enquêtes à titre de témoins.

C'est d'abord le test Tsédek qui a été pratiqué par les docteurs BARUCK et BECHET en 1848/1849 et les résultats ont été pratiqués en 1950 , puis en second lieu l'enquête d'un psychologue espagnol, Mira y Lopez, qui est de 1954.

Je vous parlerai du teste Tsedek. Il s'agit d'un mot hébreu, que l'on peut traduire par:justice, mais je m'empresse de la dire, justice avec un certain sens carigmatique, un certain sens affectif, non pas une justice légaliste par application d'une règle rigide, d'une règle préexistente. Voilà ce qu'on colloque assez volontier sous ce terme hébraïque de Tsédek. Les docteurs Baruk et Bechet qui sont des psychiâtres à tendances moralisantes ont opéré avec une pratique de quinze tests décrivant quinze conduites humaines que l'opinion dominante, du moins telle qu'on peut la présumer au départ, considère comme injustes, comme contraires au Tsédek,comme injustes: selon cette idée, cette notion à la fois juridique, morale, affective, carigmatiquen du Tsédek. Quinze tests consistant en quinze récits qui n'étaient pas d'ailleurs des hypothèses d'école, mais des récits correspondant à des faits réels, à des faits vécus. On demandait aux interrogés de porter un jugement sur les conduites ainsi décrites. Il y a là l'application au droit ou à la morale d'un test plus général qui est le test de l'histoire inachevée, l'histoire qu'il faut achever. Ici, le récit doit être achevé par une conclusion morale portée sur les faits. L'interrogation a été soumise à un certain nombre d'individus : " approuvez-vous, désapprouvez-vous cette conduite? "? Certaines de ces conduites figurant dans le test étaient des conduites à juger d'un point de vue purement éthique. Je vous citerai par exemple le numéro 7 : Un homme apprend qu'un de ses ennemis vient d'avoir un accident et reste sans soins.

Il refuse de lui porter secours, allégant qu'il veut se venger. Que pensez-vous de cette attitude ?

Ici, nous ne sommes pas sur le terrain du droit, du jugement juridique, du sentiment du droit objectif, nous sommes sur un terrain plus transcendantal. Je le répète, dans ce mécanisme de la formation du jugement éthique, il y a des éléments qui peuvent être utiles pour la formation du jugement proprement juridique, pour la formation du sentiment du droit; tout dans la batterie des quinze tests à trouver n'était pas de la même veine et certaines questions intéressaient le droit mettaient en cause des problèmes juridiques, des problèmes de législation. Je vous citerai ainsi le numéro 1. "Dans une caserne, un vol a été commis. On n'a pas pu trouver le coupable, le chef décide de punir un soldat sur dix ". Que pensez vous de cette décision ?

Ici, le récit mettait en cause une institution de droit militaire archaïque que vous connaissez par vos souvenirs d'histoire romaine : la décimation. Je prends le numéro 2 : " une faute grave a été commise dans une administration. On soupçonne vaguement quelqu'un sans preuves suffisantes, néanmoins on prend contre lui une sanction grave sous prétexte qu'il faut donner un exemple ". Par parenthèse, je cite littéralement le libellé du texte numéro deux et je constate qu'il est mal rédigé d'un point de vue sociologique. Vous avez remarqué la formule " sous prétexte que ", elle implique un jugement de valeur, elle aurait dû être évitée dans un texte objectif. Ici, la question met en cause des problèmes juridiques, la théorie des preuves. Peut-on se contenter d'un soupçon ou faut-il des preuves objectives ? Est-ce que c'est la

justice ou est-ce que c'est l'intimidation collective ?

Je vous citerai encore le numéro 3 " Un jeune homme ayant une belle situation a une mère qui, restée seule, se laisse aller à une défaillance morale que l'on ne précise pas, qui est inculpée et condamnée. Le jeune homme refuse d'aller voir sa mère et de s'en occuper sous prétexte qu'elle - remarquez encore la formule - est coupable. Que pensez vous de cette attitude ? ". Ici des problèmes peuvent encore se trouver impliqués; l'article 371 implique un texte inconditionnel ou qui comporte l'élimination. Est-ce que d'autre part, l'obligation alimentaire est obligatoire ?

Vous voyez que certaines questions comprises dans le texte des tests mettaient en cause des problèmes de droit. Il est évident que selon les critères de départ des auteurs du test, les critères de Tsédeck, les conduites que je viens de décrire suivant les récits donnés, appelaient la réprobation, c'étaient des conduites injustes. Sur ces tests se forment, nous disent les auteurs, différents types de jugements, différents types de sentiments du juste et l'injuste. Il y a d'abord le jugement affectif. Jugement humain, jugement de coeur, jugement spotané. C'est le jugement des simples; on la représentera dans l'étude par le signe J.M. : jugement moral. Puis; tout à fait en anti-thèse, il y a J. I : jugement injuste, contraire au Tsédek, c'est-à-dire le jugement sans coeur. Vous voyez l'importance de l'élément affectif, le jugement qui se moque des personnes sacrifiées, égoiste, cynique. Puis il y a, troisième catégorie : J.U. : le jugement de l'utilitarisme social qui néglige l'individu en cause pour ne voir que l'intérêt immédiat de la société. C'est un égoisme social, c'est un

égoisme pour la société et non pas pour l'individu. Ainsi, sur le numéro un, la pratique de la décimation militaire pourrait-on dire, la réponse J.U. ce sera celle-ci : il n'y a pas d'autre moyen de défense pour la société, pas d'autre moyen de maintenir la discipline. Il y a un quatrième type, la constatation de fait : C.F. Nous, juristes dirions plutôt : le jugement coutumier. On approuve la conduite parce que cela se fait, cela s'est toujours fait. C'est la coutume. Le fait commande le droit. Puis il y a un cinquième type : le double jugement : D.J.; oui, c'est injuste ou bien c'est juste, mais double jugement, c'est notamment le jugement qui fut donné sur le numéro un par un magistrat. Je vous le livre : " On peut en penser, de cette conduite qui consiste à punir un soldat sur dix beaucoup de choses, - c'est déjà une réponse typiquement de juriste -. Tout dépend du but poursuivi. Le but est tout, depuis Ihering spécialement. C'est toute la question de l'exemplarité de la peine. Cette décision choque les principes de justice individuelle mais elle peut avoir une certaine valeur au point de vue social. On pourrait écrire des pages là dessus; cela a d'ailleurs été étudié."

Sans doute, il devait y avoir au bas de la page des références. Cette sorte de réponse traduit un esprit formaliste, disent les docteurs Baruck et Bechet, un esprit juridique, à certains égards, de droit dogmatique, un esprit incapable de concilier, dira-t-on plus sévèrement chez les promoteurs de l'enquête, les exigences morales et le sentiment de l'humanité avec les nécessités pratiques. On cite le problème en deux plans qui sont simplement juxtaposés mais qui ne sont pas fondus.

Enfin, il y a, sixièmement, le jugement synthétique qui lui aussi est un jugement moral et par conséquent a droit au symbole J.M. Dans le jugement synthétique, l'intérrogé, l'enquêté montre que les sentiments humains et les nécessités pratiques sont d'accord, concourent au même but quand on les interprète convenablement et que tout doit converger vers l'unité. Ainsi, comme exemple de ce jugement synthétique sur le numéro un, la réponse à cette décision qui consiste à punir un soldat sur 10 est inutile et sans effets. Elle créera un mécontentement général, elle est sans effet moral, d'autre part, sur le voleur véritable. Cette réponse a été donnée par un interne des hôpitaux. Dans les réponses au questionnaire des docteurs Baruck et Bechet on peut noter que les internes des hôpitaux font toujours d'assez bonnes réponses. Cette forme de jugement, le jugement synthétique, est la plus élevée. Vous voyez que les esprits supérieurs rejoignent les esprits les plus simples ainsi que les grands philosophes s'en étaient aperçu depuis longtemps. A quelques nuances près, c'est la même chose que le jugement du coeur; il y a une explication discursive, mais au fond le résultat est le même, la convergence morale se fait entre le jugement synthétique de l'esprit supérieur et le jugement du simple. De là un seul symbole, une seule catégorie, c'est la jugement moral. Les quinze questions ont été posées environ à 300 personnes dans les années 1948 - 1949; tout de suite, je vous signale que, sociologiquement, c'est un chiffre plutôt faible pour en tirer des conclusions d'ordre général. Il est rassurant de constater que le jugement moral prédo prédomine parmi les 300 enquêtés du Docteur Baruck. Suivant les questions posées, la prédominance s'affirme par 71% à 90%; certaines questions ont réalisé 90% de convergence autour du jugement moral.

Cette batterie de tests permet d'établir le coefficient de justice lato sensu d'un individu. Votre coéfficient de ces tests est donné par la formule : $\frac{JM}{JI + JU + DJ + CF}$ vous avez la valeur $\frac{15}{0}$ c'est à dire si vous avez fait quinze bonnes réponses sur quinze question, vous avez un Tsédek, un jugement moral parait, un sentiment du juste, carigmatique, qui ne subit pas de défaillance. Il est évident que sur une question plus difficile qu'une autre vous arrivez à formuler un jugement non point injuste, mais peut-être un jugement utilitaire ou une constatation de fait. Votre coéfficient personnel du Tsédek va baisser. Il est évident que le test de Tsédeck est orienté, je le signale en passant, pour montrer combien il est difficile d'être objectif, de ne pas être subjectif dans une enquête, il est orienté de manière à stigmatiser les adeptes de la morale, de la force, les individus suspects de niétzschéisme; il n'est pas exempt de préjugés le test Tsédek, néanmoins, il peut nous donner des conclusions intéressantes. D'abors, la large prédominance du type J.M. chez les individus normaux, car, je dois le dire, le docteur Baruk, psychiâtre a appliqué son test à trois catégories d'individus : des individus normaux, des psychopathes et des délinquants.

Sur les individus normaus, large prédominance du Tsédek. Le jugement moral représente une des constantes psychologiques essentielles de l'homme, conclut le docteur Baruk. Ce n'est pas un conformisme moral mais, remarquez-le, un conformisme d'une essence supérieure, qui peut impliquer une critique sur la règle de droit, sur le coutume; un conformisme qui se situe à un niveau supérieur à la tricte légalité. Il y a même dans le test Tsédek tel qu'il est orienté une certain anti-légalisme sinon une certaine anti-juridicité. Dans certains

cas la conduite présumée injuste est une conduite qui peut-être conforme à la stricte légalité, mais les individus, la majorité des individus normaux la condamneront au non d'une justice supérieure. C'est intéressant. Chez les psychopathes, qui étaient représentés au delà d'ailleurs de ce qu'on leur aurait donné - il y en avait quarante sur trois cents, mais encore une fois c'était plus commode pour le docteur Baruk qui était psychiâtre-, le coefficient de J.M. baisse. Le psychopathe se caractérise par une certaine indifférence affective, une régression vers une morale d'autorité que le docteur Baruck qualifie de morale archaïque. Certaines conduites injustes, suivant la présomption, seront approuvées parce que cela se fait ou parce que c'est utile ou même parce que c'est un jugement injuste, affiché, cynique, et le docteur Baruck rattache cette conclusion à une idée générale de sa psychologie, savoir que le jugement moral suppose avant le bon fonctionnement de la synthèse mentale, l'unité de la personnalité car, c'est surtout chez les psychopathes que l'on note les défaillances du jugement moral, la tendance vers le jugement injuste. Le jugement moral suppose une bonne synthèse de la personnalité et cher les délinquants, c'est le jugement moral qui prédomine. A égalité de milieu social, on constate une certaine analogie entre leurs réponses et celles des individus normaux, non délinquants, ce qui prouve bien qu'une opinion est une chose et la pratique autre chose. Il faut noter également comme on l'avait remarqué dans d'autres enquêtes, que les délinquants aiment se faire bien voir des autorités à qui ils attribuent un certain pouvoir sur leur destin. Remarque générale également interessante : il ne parait pas y avoir de divergences appréciables dans les réponses selon l'appartenance sociale. Les conduites décrites provoquent un unanimisme de Tsédek

qui mérite l'attention; le milieu social ne parait pas influencer la réponse. Je dois ajouter que l'enquête est trop limitée dans les différents milieux sociaux pour que, sous cet angle là; elle puisse sembler probante.

Le deuxième test est le test de Mira y Lopez. C'est un psychologue espagnol qui a enseigné également en Argentine. Je crois que le test dont il s'agit a été utilisé par lui sur des Espagnols de Barcelone. C'est un test dit de l'infidélité conjugale consistant en un certain nombre de questions posées à un certain nombre d'hommes et de femmes mariés. Le Docteur Mira y Lopez avait opéré sur 578 ménages.Le récit était celui d'un conflit d'ordre moral mais, pouvant avoir des solutions juridiques. Il s'agissait de classer les différentes solutions concevables à ce conflit en partant de celle qui paraissait préférable, qui paraissait devoir être conseillée. Ici encore, c'est le test de l'histoire inachevée; on demande une conclusion à l'histoire dont le récit a été fait.

Je vous donne ce récit : "Primus est marié et adore sa femme seconda, mais un jour il trouve une lettre adressée par Seconda à Tertius d'où il résulte qu'il existe des rapports intimes entre Seconda et Tertius. Quelle décision va prendre Primus ? Il peut adopter l'une des solutions suivantes :

1 - Il peut venger son honneur en provoquant Tertius en un duel à mort.

Evidemment ici, l'hypothèse bifurque, mais la bifurquation ne dépend plus du choix de l'individu, on ne sait pas quel est celui qui sera tué.

2 - Il peut tuer Tertius

3 - Il peut tuer Seconda

4 - Il peut se venger du couple Seconda-Tertius en courtisant la femme de Tertius jusqu'à obtenir la même intimité avec elle - C'est la loi du talion.

5 - Ici, nous entrons un peu dans le juridique; il faut sans doute entendre que d'après la loi espagnole, cette lettre ne serait pas suffisante pour obtenir le divorcio,qu'il faut prendre en flagrant délit les amants pour obtenir ce " divorcio. Je dis " divorcio " car en droit espagnol le terme " divorce " désigne la séparation de corps.

6 - Se séparer de Seconda en privé tout en continuant à habiter la même résidence et en continuant à paraitre unis devant la société. Maintenir une façade de mariage.

7 - Se séparer de Seconda en privé, mais avec séparation d'habitation chacun allant de son côté en justifiant pour le public cette séparation par le motif.

8 - Essayer de rendre Tertius ridicule devant Seconda afin de reconquérir l'amour de celle-ci. Nous entrons ici dans des solutions plus psychologiques.

9 - Analyser les causes qui ont pu conduire Seconda à lui être infidèle et essayer de les modifier.

10 - Poser le problème aux deux amants, franchement, et s'il est persuadé de la sincérité et de la force de leur amour réciproque, disparaitre en émigrant dans un pays lointain. - L'effacement volontaire avec un changement de milieu.

Tel était le texte. Il ecistait un texte symétrique pour les femmes bien que, à mon sens, psychologiquement la situation n'est point symétrique. Le test a eu lieu sur 578 ménages. Le docteur Mira y Lopez n'a opéré que sur des individus mariés.

Il n'est pas certain qu'il ait opéré sur un échantillonnage représentatif de la société globale. J'ai l'impression, sans pouvoir l'affirmer qu'il a opéré plutôt sur des milieux bourgeois. Aucune indication n'est donnée relativement à l'existence d'enfants dans le couple Primus-Seconda, qui pourrait évidemment mettre une nuance dans les réponses.

Cela étant posé, les 578 ménages se sont partagés de la manière suivante :

SOLUTION	REPONSES MASCULINES	REPONSES FEMININES	TOTAL
1	49	18	67
2	8	5	13
3	21	11	32
4	14	23	37
5	187	102	289
6	7	24	31
7	103	185	288
8	96	143	239
9	48	23	71
10	45	44	89

Les conclusions que tire de ce tableau Mira y Lopez, le le signale, ce ne sont pas oes conclusions qui, à mon sens, sont les plus intéressantes pour nous.

L'auteur insiste, et il faut le noter avec lui, sur la très grande dispersion des résultats. On remarque, en effet que les réponses sont partagées non point également, mais se sont partagées entre toutes les solutions. Il y a une très grande dispersion, statistiquement intéressante et d'où l'auteur tire

la conclusion qu'il n'y a pas de critère standardisé du jugement moral, qu'il y a de multiples points de vue tous également respectables, que les impulsions affectives des individus ont une très grande importance sur leur jugement éthico-juridique. Voilà les conclusions de l'auteur.

Nous retiendrons des conclusions d'un autre ordre qui n'ont pas semblé retenir l'attention mais qui, pour nous, ont plus d'intérêts. C'est d'abord cette remarque : que la solution proprement juridique au conflit, c'est-à-dire, la solution numéro 5 qui est, au fond, la seule solution selon le droit, la vraie solution, n'a pas rallié le quart des suffrages, 24,9 % pour la solution proprement juridique. Est-ce à dire alors que tout le reste soit non-droit ? Non, peut-on préciser, la solution numéro 5 est la solution, mais les numéros 1 à 4, au fond, à certains égards, peuvent être regardés comme des solutions juridiques issues de couches atavique du droit, issues de droits plus anciens, à savoir le duel, la vengeance de l'un ou de l'autre par meurtre, enfin le talion. Ce n'est pas le droit positif; mais il serait téméraire d'assurer que ce n'est pas du droit. Au fond, c'est du droit archaïque qui a pu remonter à la surface avec, il est vrai, pour les numéros 2 et 3, le meurtre, des nuances d'anti-droit. Encore ne faudrait-il pas trop insister là dessus car, après tout, il est probable qu'en droit Espagnol - je n'ai pas vérifié le point -, comme en droit français, le meurtre des amants en flagrant délit est excusable, de sorte qu'il n'y a pas anti-droit, mais recours dans la licence à une forme de droit ancien, savoir, le droit de vengeance. Or, on remarque, on relève que ces références au droit archaïque rallient 12,3% des réponses.

Le non-droit caractérisé, le plus caractérisé, parait résider dans les numéros 6 et 7 qui accueillent des séparations de fait; c'est la séparation de fait dans son anti-thèse du fait au droit, dans son anti-thèse à la séparation légale : 27,6 % des réponses se rallient à la séparation de fait sous l'une ou l'autre des formes que permettaient les réponses aux questions des numéros 6 et 7.

Les réponses 8, 9 et 10 sont des réponses, des solutions de non-droit, mais de non-droit par dépassement du droit, de non-droit carigmatique, de non-droit qui essaie de dépasser la stricte légalité, soit une tentative pour analyser les codes, soit une tentative sublime, en quelque sorte, d'abnégation dans la solution N° 10. Il y a une série de non-droit par dépassement du droit légal; 34,7 % concernent ces solutions 8,9 et 10.

Si nous faisons le bilan général, nous sommes frappés de la faiblesse des réponses strictement juridiques à ce conflit posé aux individus. La solution juridique n'est pas la solution qui est venue à l'esprit du plus grand nombre des questionnés. Il y a là un résultat qu'il faut retenir quant à la relativité du droit et du sentiment du droit. Nous avons, d'autre part, dans l'opposition des deux collonnes : hommes et femmes, un élément de différenciation qui est également intéressant. Nous constatons que sur la solution spécifiquement juridique , la juridicité différentielle de l'homme et de la femme s'est bien marquée. 32 % de réponses masculines en faveur de cette solution et 17,6 % de réponses féminines en faveur de la solution juridique. 32,3 contre 17,6 % : il est évident que la femme recourt moins volontiers que l'homme à la solution spécifiquement juridique. Au contraire, la solution de fait, la sépara-

tion de fait rallie davantage de femmes que d'hommes sur les solutions 6 et 7. Du côté des hommes, 19 % de réponses, du côté des femmes 36 %. Notez que nous sommes en Espagne, qu'il n'y a pas à tenir compte d'une interférence venant de ce que la femme, par sentiment religieux plus répandu, répugne davantage au divorce que l'homme; nous sommes en présence d'un conflit, d'une lutte entre la séparation de fait d'une part et la séparation de corps d'autre part.

Nous n'avons pas à tenir compte de l'interférence des sentiments religieux, c'est une différence entre la solution de droit et la solution de fait, et la préférence de la femme pour les solutions 6 et 7, c'est la préférence de la solution de fait sur la solution de droit.

Il n'est pas inattendu que les solutions 1 à 4, violentes, les solutions de droit archaïque, mais d'un droit violent, exclusivement masculin,rallient les hommes plus que les femmes : 15,9 % d'hommes en faveur contre 9,7% de femmes.

Voilà un certain nombre d'éléments différentiels de psychologie différentielle que nous pouvons tirer de cette en quête de Mira y Lopez.

-:-:-:-:-:-:-

CHAPITRE III - LE PLURALISME JURIDIQUE

On désigne par là une série de phénomènes de sociologie juridique qui résultent de la pluralité de systèmes juridiques. Nous rencontrons, à ce propos, la notion de système juridique avec laquelle le droit comparé a pu nous rendre familiers. Système, cela évoque un ensemble de règles de droit, de tribunaux, en général, ensemble, liés à un territoire, voire à une souveraineté. Pratiquement, il y a coexistence entre la notion de système juridique et la notion d'état en droit pénal; mais, le point de vue de la sociologie juridique sera évidemment différent. Pour nous, les systèmes juridiques ne seront pas nécessairement liés à des souverainetés. En outre, ce qui intéresse la sociologie juridique, ce sont surtout les contacts, les conflits entre systèmes juridiques. A cet égard, un premier classement peut être proposé. Il est, dirons nous, des pluralismes juridiques d'ordre externe et d'ordre interne.

Des pluralismes d'ordre externe, - je ne dis pas d'ordre international ce qui serait une expression de droit dogmatique - ; ils sont d'autant poins employés que les rencontres, les contacts que nous examinons peuvent se produire même en l'absence de nations

constituées. Au niveau des sociétés primitives où il n'est pas habituel de parler de nations, nous pouvons rencontrer déjà des phénomènes de pluralisme juridique. Dans cette première hypothèse, ce qu'il faut retenir, c'est que le système juridique, un système juridique se projette en dehors de la société globale où il a pris naissance. De là cette expression de pluralisme juridique d'ordre externe.

Il y aura l'opposé, pluralisme juridique d'ordre interne lorsque la pluralité des systèmes juridiques se produit à l'intérieur d'une même société globale; à l'intérieur de la société globale, nous voyons apparaitre des systèmes juridiques différenciés. Voilà ce que j'entends par pluralisme juridique d'ordre interne. Je consacrerai deux sections à ces deux ordres de pluralismes.

Section 1 : LES PLURALISMES JURIDIQUES D'ORDRE EXTERNE

Ce ne sont pas des mécanismes de droit international que nous allons rencontrer ici. Il s'agit de phénomènes de sociologie juridique qui - c'est leur caractéristique - se produisent hors de la société globale. L'attention a été attirée sur ces phénomènes, déjà, par les comparatistes. Endroit comparé, on étudie les influence, les imitations, de système juridique à système juridique. C'est déjà un phénomène de pluralisme juridique et de pluralisme externe que ce phénomène d'influence ou d'imitation. Puis, ce sont les spécialistes de l'ex droit colonial qui de sont intéressés à ce genre de phénomène. René Monier parlait de ce qu'il appelait de " clash ", de la rencontre violente entre deux civilisations d'origine européenne, métropolitaine d'une part et d'autre

part la civilisation autochtone. C'était une autre manière d'envisager ces phénomènes de pluralisme juridique externe. Enfin, les sociologues ont franchement abordé le problème des contacts entre systèmes juridiques et, à cette occasion, on a utilisé une notion que l'on trouvait déjà en sociologique générale, une notion à laquelle nous devons nous habituer parce qu"elle est devenue classique en sociologie, la notion d'acculturation. L'acculturation en général, - je ne dis pas seulement en sociologie juridique -, c'est le contact entre cultures, entre civilisations, c'est la greffe, éthymologiquement, d'une culture sur une autre. L'expression vient d'un éthnologue américain de la fin du siècle dernier.

On a d'abord étudié l'acculturation pour d'autres aspects de la culture de la civilisation. J'emploie provisoirement les deux termes comme équivalents, mais en sociologie, on se défend contre cette équivalence. On a d'abord employé l'expression pour désigner des empreintes de croyance, de moeurs, de religions, de techniques, de langues; je cite pêle-mêle tous ces aspects possibles de l'acculturation au sens large du terme. A une époque plus récente, on s'est aperçu qu'il y avait place aussi pour une acculturation juridique, pour des greffes d'institutions juridiques d'une culture sur une autre. Est-ce que cette acculturation juridique ne présente pas des difficultés spéciales par rapport à ce phénomène général d'acculturation dont je viens de faire état ?

Il y a une première difficulté spéciale à la matière juridique qui tient à ce que le droit dans le phénomène considéré, le

droit est à la fois cause et objet de l'acculturation au mons dans beaucoup de cas. Raisonnons sur un régime colonial d'assimilation. Vous savez en gros ce que c'est qu'un tel régime colonial. Nous trouvons d'abord une norme, une règle de droit, une règle de législation coloniale qui édicte l'application du droit métropolitain outre-mer, qui édicte l'assimilation de l'autochtone au cytoyen de la métropole. Mais, en même temps, nous constatons l'adoption du droit métropolitain par le milieu autochtone. Il y a à la fois une norme et l'objet de l'acculturation. C'est une difficulté particulière de l'acculturation juridique par rapport au phénomène général d'acculturation. Dans les autres phénomènes d'acculturation, si vous raisonnez sur les moeurs ou sur les langues, vous n'avez que l'objet de l'acculturation, mais pas une norme. Le droit est l'objet de la greffe, mais en même temps, c'est le commandement qui ordonne la greffe. Il y a là quelque chose de particulier.

D'autre part, on a eu longtemps tendance à considérer que l'acculturation, que la culture, c'était un tout que par conséquent on ne pouvait pas étudier distinctement l'acculturation linguistique et juridique, qu'il fallait envisager la transplantation d'une civilisation, d'une culture globalement considérée. Cependant, dans la doctrine récente, on admet qu'il puisse y avoir une étude de phénomènes isolés de l'acculturation et dès lors, il y a une place pour étude de l'acculturation juridique. Le phénomène juridique étant distrait, étant isolé de l'ensemble des phénomènes de culture. Dès l'abord on entrevoit des espèces différentes d'acculturation juridique suivant l'étendue de la transplantation,

suivant l'étendue de la greffe. Il peut y avoir suivant les hypothèses, acculturation d'une institution juridique particulière, voire d'une règle de droit isolée; c'est une première hypothèse; ou bien il peut y avoir transplantation, greffe de tout un système juridique, d'un système juridique, d'un système juridique entier, constitué comme un bloc. AInsi, quand une loi frnaçaise de 1865 introduit le chèque en France, cette loi a procédé à une acculturation d'institutions juridiques particulières. On a pris cette instituion juridiques anglaises et in l'a greffée sur le droit français. L'acculturation ne portait que sur une institution isolée. Quand au contraire, Caracalla, dans une constitution que vous n'avez pas manqué d'étudier, la constitution de l'année 212 a étendu la qualité de citoyen romain à tous les habitants de l'empire sans exception, il a procédé à une acculturation globale, c'est la culture juridique romaine qu'il a, en bloc, transportée à tous les habitants de l'empire. Il est évident qu'il s'agit là d'une espèce d'acculturation toute différente de celle que nous rencontrons dans l'exemple du chèque. Ou encore, lorsque l'Allemange a procédé dans des conditions assez obscures, au XIVème, XVème siècle à ce qu'on appelle la réception du droit romain, il s'est agit d'une acculturation globale. C'est la masse du droit romain, c'est le corps du droit romain, le corpus qui a été greffé sur le droit germanique. Les phénomènes d'acculturation globale sont a priori plus intéressants pour le sociologue que les phénomènes d'acculturation particulière. Ce sont même, si l'on y réfléchit, les seuls qui méritent à proprement parler le terme d'acculturation parce que ce n'est qu'en présence d'un ensemble d'institutions

juridiques que l'on peut parler d'une acculturation juridique. Quand s'agit d'une institution isolée, ce ne sont que des morceaux, détachés de la culture, qui sont greffés sur un système juridique étranger. Au reste, il va de soi que ce sont les phénomènes d'acculturation globale qui sont propres à opérer les changements fondamentaux dans le système juridique sur lequel la greffe est opérée, une véritable révolution dans ce système juridique. Il n'empêche que dans une étude générale comme celle à laquelle nous nous livrons ici, il est bon de ne pas dissocier ces deux espèces d'acculturation suivant l'étendue et c'est de ce point de vue là que nous étudierons l'acculturation juridique en considérant successivement les causalités du phénomène et ses effets. Deux paragraphes dans cette section.

Paragraphe 1 - Causalités de l'acculturation juridique -

Nous pouvons discerner des causes génériques, des causes qui peuvent être avancées pour expliquer toute acculturation, tout phénomène d'acculturation, et des causes plus particulières à tel ou tel phénomène.

A - Les causes génériques du phénomène.

Pour essayer de les saisir, il est bon de partir du phénomène inverse qui parait plus constant si non plus naturel - en sociologie, c'est une expression fort équivoque -, un phénomène que l'on pourrait appeler : nationalisme juridique, que les sociologues américains appellent volontiers : etnocentrisme.

Le nationalisme, l'ethnocentrisme, ce sont des phénomènes

tout à fait généraux qui ne valent pas seulement pour le droit mais ils ont des aspects juridiques et l'on peut parler de nationalisme, d'ethnocentrisme juridique. Pourquoi l'homme, que ce soit d'ailleurs l'expérience d'un primitif ou d'un évolué, pourquoi l'homme est-il spontanément nationaliste, ethnocentrisme ? Pourquoi a-t-il une tendance instinctive à se replier sur la société globale à laquelle il appartient et à se refermer -, ce qui est aux antipodes de nos phénomènes d'acculturation -, aux influences extérieurs ?

Les causes de cette cause sont elles-mêmes complexes et on en a avancé plusieurs. Toutes interviennent. Il y a là une composante de facteurs multiples. La fatigue mentale du bilinguiste phénomène tout à fait élémentaire, est quelque chose d'essentiel à l'origine du mouvement nationaliste, du mouvement ethnocentriste, et le mythe de la tour de Babel n'est qu'une illustration de cette fatigue mentale que ressentent les hommes devant la diversité des langues. La peur des lieux inconnus est un mouvement psychologique tout à fait spontané chez l'homme. La force des souvenirs d'enfance qui nous amène à revenir au lieu de notre enfance et par conséquent à rester sur place, à ne pas aller en dehors, à rejeter la communication. Certaines répulsions physiologiques même,- des sociologues insistent sur ce point - qui font qu'une cuisine étrangère nous fatigue, les odeurs étrangères nous sont affreuses; il y a là des facteurs strictement physiologiques qui jouent dans la composition de la psychologie ethnocentrique. Les mœurs, les règles de droit participent de ce mouvement psychologique. Nos règles de droit, notre système juridique où nous avons toujours vécu nous est commode comme une convention et

nous éprouvons une gêne, une fatigue à en sortir. Nous perdons la clef de cette convention dans laquelle nous avons vécu en nous transportant dans un système juridique étranger. On peut ici se rémémorer uen poésie qui eut son heure de vogue, de Ruyard Kipling; le nationaliste Anglais sur l'étranger, pour expliquer sa défiance ou sa réserve envers l'étranger. Il exalte le national et il en arrive à dire ceci; Anglais tu mens, mais tu mens comme moi, par conséquent c'est comme si tu ne mantais plus, j'ai la clef de tes mensonges.

Le système juridique est un système de ruse, de mensonges à certains égard, nous avons, nous nationaux, le clef de ce mensonge en tant qu'il s'agit de notre système juridique national, mais si nous nous expatrions, nous avons perdu les clefs et nous somme perdus. De là une tendance au repliement, de là une résistance à l'intrusion des corps juridiques étrangers dans notre système juridique. Dans cette psychologie, les lois doivent être, doivent rester nationales et l'on s'explique que le code civil de 1804, ce fut le code civil des Français. Cependant, il faut se hâter de dire que la démarche inverse existe aussi et existe aussi même chez les primitifs, le fait a été observé par des ethnologues. La tendance à sortir de son milieu et par conséquent à sortir de son système de moeurs, de coutumes, de règles de droit, la curiosité, le goût des voyages, le penchant - comme on dira dans la terminologie de Monsieur Levy Strauss- à la communication, dont l'exogamie,après tout n'est qu'un des aspects. De là une ouverture tout à fait antithétique au mouvement que nous avons précédemment constaté d'ethnocentrisme, une ouverture à tout

ce qui est étranger aux techniques, aux moeurs, aux coutumes, au droit; et même, on constatera que la règle de droit qui vient du dehors pourra avoir dans la psychologie primitive plus de force, plus d'autorité que la règle de droit national, issue de la société globale considérée. Le mystère de son origine si elle vient de loin, si elle vient d'un pays inconnu, le mystère de son origine pourra contribuer à asseoir son autorité, elle semblera avoir une origine surnaturelle? Sa nouveauté lui donnera une supériorité sur les règles de droit nationales qui ont pu, à partir du moment où l'esprit critique s'éveille, décevoir à l'usage. C'est ce processus psychologique qui explique qu'à des états nouveaux et turbulents il faulle donner des dynasties étrangères, ou encore dans l'ancien droit, quand un couvent était trop agité, on faisait appel à une abbesse qui venait d'un autre couvent et qui, par conséquent avait toute l'autorité de la nouveauté.

Nous rencontrons dans beaucoup de droits primitifs le mythe du législateur étranger. Venu on ne sait d'où, apporté par les flots et qui vient dicter des lois nouvelles aux autochtones. Vous pourrez relier à cette sorte de mythe la légende qui entoure l'élaboration des Douze Tables à Rome, la légende de commissaires qui avaient été envoyés dans les cités greques pour en rapporter des modèles législatifs ou encore suivant une variante de la légende, le concours qui avait été prêté aux Decemvirs, aux rédacteurs des Douze Tables par un émigré grec, un certain Almodore dont au demeurant on ne sait rien. C'est toujours la même idée, le même processus

psychologique : l'étranger pourra donner à la loi nouvelle une autorité qu"elle n'a pas naturellement. Voilà comment en général, le problème se pose, mais si l'on envisage tel ou tel phénomène particulier de l'acculturation, on peut rencontrer des causes spécifiques dont ja vais maintenant vous dire un mot.

B - Les causes spécifiques du Phénomène -

Si l'on examins séparément les phénomènes d'acculturation, on peut discerner à leur origine suivant les cas des causes très différentes mais qui ne sont pas sans rapport possible avec la distinction des sources du droit, avec la distinction pour nous, en sociologie, des phénomènes juridiques primaires, tantôt la loi, tantôt la coutume; ou plus exactement ici, tantôt l'acculturation et volontaire, tantôt elle sera instinctive, spontanée.

Il y a d'abord des phénomènes d'acculturation volontaire, j'entends par là volonté du législateur, par la volonté des chefs dans la société globale? Nous constatons ici, une fois de plus cette toute puissance de la volonté humaine qui en matière juridique est quelque chose de tout à fait exceptionnel dans l'ensemble de la sociologie. MAis, volonté du législateur, cela peut être entendu diversement parce que la volonté législative peut être déterminée par des motivations fort dissemblables. Aujourd'hui, quand nous pensons à des phénomènes d'acculturation volontaire, nous envisageons une acculturation rationnelle pour des raisons de perfectionnement législatif, c'est même une des fonctions classiques du droit comparé que de

préparer la perfection non législative en faisant connaitre ce qu'il y a de bon dans les institutions juridiques étrangères; voilà à quoi nous pensons aujourd'hui avec notre esprit moderne quend nous parlons d'acculturation par la volonté de la loi. Cet acculturation rationnelle utilitaire peut être d'ailleurs une acculturation globale, ainsi, quand Kémal Ataturk a transporté en Turquie le code civil Suisse de 1926, c'est une volonté législative rationnelle qui a opéré la greffe sont il s'agit. Mais plus normalement, il s'agira en pareil cas d'acculturation partielle car le perfectionnement législatif se fait mieux par appréciation de chaque cas. Ce seront, par conséquent, des implantations d'institutions partiaulières ou de règles de droit isolées qui seront les exemples les plus fréquents, les plus normaux de cette acculturation rationnelle. Ainsi, on pourrait multiplier les exemples en 1925, le législateur allemand a greffé sur le droit commercial Français le loi Allemende de 1892, l'institution allemande créée en 1892 sous le nom, qu'elle a conservé, de Société à responsabilité limitée. Ce la a été un cas d'acculturation rationnelle, d'acculturation ne sont pas les seules. Dans des temps plus anciens, l'acculturation ne répondait pas à cette idée; une forme tout à fait fréquente historiquement d'acculturation a été ce qu'on pourrait appeler : l'acculturation juridique pour causes politico-militaires. Une forme de conquête, la conquête politique et militaire, se complétait par une conquête juridique. Ainsi, l'empire romain a été une acculturation du droit romain dans une grande partie du monde, de

l'univers connu, ce fut une acculturation d'origine politico-militaire. Le Code Napoléon a été répandu en Europe dans les premières années du XIXème siècle; ce fut pour des motifs politiques et militaires que Napoléon introduisit le code Napoléon dans une grande partie des pays où il exerçait une autorité directe ou indirecte; et la troisième République a procédé avec plus de modération d'ailleurs à une politique d'assimilation outre-mer qui procédait de motifs politiques et militaires. A certains égards, il y a un impératif juridique, encore que l'attitude inverse soit aussi concevable; réserver son droit pour les seuls nationaux, ne pas faire participer les étrangers aux mystères de son droit; il est bien connu que les germains en leur système de personnalité des lois procédaient de cet état d'esprit; l'attitude germanique ne devait pas être transmise à des étrangers et l'on soutient que la politique anglaise d'outre-mer a été inspirée par une modification de cette sorte.

Les circonstances ont pu également faire apparaitre des phénomènes d'acculturation religieuse. La religion a apporté le droit, c'est plutôt la foi que la raison qui a fait transporter dans les systèmes juridiques des pays chrétiens, des institutions de droit hébraïque. Or le fait est facilement observable, il y a eu deux stades historiques de cette acculturation de droit hébraïque, d'abord le christianisme primitif où les pays chrétiens ont reçu des institutions israélites comme celles de la dîme ou du glanage, ou, en droit public, le sacre; puis la réforme qui a déterminé un retour à l'Ancien Testament et où l'on constate des lois comme les lois puritaines en

Ecosse ou aux Etats-Unis, sur l'observance notamment du repos sabbatique. C'est l'influence religieuse qui a amené une greffe des lois mosaïques sur les systèmes juridiques qui étaient tout à fait étrangers.

Dans cette hypothèse, il y a un trait commun, c'est une volonté législative qui a réalisé la greffe, qui a réalisé la culture. Mais, dans d'autres hypothèses, on peut parler, on peut admettre l'existence d'un acculturation spontanée qui correspondrait à ce qu'est la coutume par rapport à la loi. Seulement, quand nous avons étudié la coutume, nous avons vu que l'on ne s'entendait pas sur l'origine de cette coutume, que les uns donnaient à la coutume une origine populaire, les autres une origine technicienne. La même dualité d'explications peut se retrouver ici. L'acculturation peut être le fait de légistes, de techniciens du droit, ou bien elle peut être le fait de la masse.

Ce sont les techniciens du droit qui opèrent ces greffes d'institutions juridiques de pays à pays. Il est probable, - encore que l'on puisse en discuter-, car le phénomène, je le répète, est obscur, complexe et immense-, que les juristes, les légistes ont joué un rôle capital dans ce phénomène d'acculturation que fut la réception du droit romain en Allamagne. Le code Napoléon, le code civil Français a été introduit partiellement ou totalement dans certains pays d'Europe orientale à la fin du XIXème siècle; il a été introduit en se nationalisant, non pas tel quel, mais on entend ces pays là rédiger des codifications étroitement inspirées du code civil Français. Je pense en particulier à la Roumanie dont le code civil

datait de notre Second Empire, c'est un fait constaté que ce code civil roumain était étroitement inspiré du code civil Français parce qu'il avait été rédigé par des Roumains qui avaient fait leurs études à Paris. Ici, par conséquent, très nettement, c'est un petit nombre de techniciens du droit qui ont procédé à l'acculturation juridique. Mais, on imagine que dans d'autres hypothèses, sans doute, à des époques plus reculées peut-être, ce sont des forces populaires qui se sont exercées pour procéder à l'acculturation. Comment la communauté conjugale, coutume germanique, a-t-elle pu gagner toute la Gaule et devenir le régime matrimonial le plus répandu en France par les forces populaires ? Nous ne pouvons plus le déceler à travers l'obscurité de ces périodes d'une façon très nette. Il est probable ici que ce sont des forces non techniciennes qui ont eu le rôle principal. Pour le monde moderne, le droit coutumier ne jouant plus chez nous un rôle très important, il est plus difficile de déceler l'apparition de coutumes qui seraient importées de l'étranger. Quelques noms étrangers nous révèleront cependant des coutumes en formation et qui, bien que rejetées encore dans la sphère n'en sont pas moins des coutumes au point de vue sociologique. Songez aux boycotts, songez aux squatters, ce sont là des coutumes qui ont franchi les frontières. Ce sont, du point de vue du droit dogmatique français des pratiques illicites, il n'empêche que nous pouvons saisir ici le passage d'une pratique à travers les frontières.

Le problème de causalités n'est pas par là, du reste, totalement éclairci car dans la masse non technicienne, l'ensemble de la société globale moins les juristes que nous en excluons, il y a encore de nombreuses populations, de nombreuses classes sociales et alors on peut être amenés à se demander quelles sont les classes

sociales, quelles sont les couches de la population qui jouent le rôle prépondérant dans ces phénomènes d'acculturation juridique spontanée. Il est probable que le plus souvent, ce ne sont pas les couches les plus profondes, les plus nombreuses, les plus populaires, les couches inférieures de la population qui ont le rôle essentiel, c'est plutôt dans cette mince couche représentée par l'élite de la société que le phénomène se situe, parce que c'est toujours une élite qui est cosmopolite qui a des contacts avec l'étranger dans un pays déterminé, c'est elle qui connait le mieux le droit étranger et c'est elle qui s'y adapte le plus aisément, qui a plus de mobilité d'esprit que les couches inférieures de la population. Ainsi, c'est un phénomène d'acculturation juridique extrêmement voyant qui concerne le droit public, mais qui est trop voyant pourqu'on n'enparle pas ici; l'introduction du régime parlementaire sur le continent a été l'oeuvre des salons au XVIIIème siècle. Ce sont les salons qui, au XVIIIème siècle ont préparé ce phénomène d'acculturation juridique qui a agité toute l'Europe depuis ce temps là.

Dans les pays d'Amérique du Sud, on constate que c'est une élite et souvent une élite blanche qui a greffé sur un milieu qui n'y était nullement préparé des institutions juridiques d'origine européenne aussi bien en droit public qu'en droit privé. La plèbe de couleur était souvent très étrangère à ces institutions européennes, mais l'élite qui était en contact avec l'Europe les connaissait, s'y adaptait facilement et c'est elle qui les y a introduites.

Entre l'acculturation que j'ai qualifiée de volontaire et celle que j'ai qualifiée de spontanée, instinctive, il y a place

pour un phénomène intermédiaire. La loi, la volonté du législateur introduit une institution étrangère mais plus exactement l'introduit à titre d'offre, la propose aux nationaux sans leur en faire une obligation. L'institution juridique étrangère est purement facultative, si bien que pour devenir effective dans le pays considéré, il faudra qu'à la volonté législative s'ajoute une acceptation spontanée du milieu national. Nous avons en pareille hypothèse une combinaison de droit volontaire et de droit spontané. C'est ainsi que le Code Civil a transplanté le régime de la communauté conjugale dans le midi de la France. Sur cet exemple là nous pouvons considérer le Code Civil transportant la communauté dans le midi comme procédant à une acculturation d'ordre externe car la communauté conjugale était dans un grand nombre de provinces françaises, nationale, le droit écrit, était un régime matrimonial étranger. Nous sommes donc bien ici en présence d'un phénomène d'acculturation juridique externe, mais vous le savez, le Code Civil n'a pas fait de la communauté conjugale un régime matrimonial obligatoire. Les futurs époux étaient libres de l'écarter en faisant un contrat de mariage. Nous sommes bien dans cette situation intermédiaire; il y avait dans ce phénomène d'acculturation juridique une combinaison de volonté du législateur d'une part et d'autre part d'acceptation spontanée par la masse. Si la communauté conjugale s'est finalement, depuis cent cinquante ans. répandue au point que nous ne connaissons plus que ça, au point d'éliminer presque entièrement le régime dotal, cela est dû à une combinaison, à une composition de forces entre le législateur et la masse. Il y a eu un acte de volonté législatif qui a ouvert la porte à la communauté conjugale, mais il fallait une pratique effective de l

la masse pour la communauté conjugale se répande dans le midi de la France. Nous avons là un exemple de ce phénomène d'acculturation juridique complexe. Telles étant les causes, quels sont les effets ?

Paragraphe 2 - Effets de l'acculturation juridique -

Demandons nous d'abord quelle peut être la destinée des institutions juridiques ainsi transplantées.

A- Destinée des institutions juridiques transplantées -

Les sociologues qui traitent de l'acculturation en général font volontiers une comparaison avec le bouturage et, jardiniers plus ou moins experts, ils parlent de bouturage culturel, lequel pourra se conclure soit, disent-ils, par une expulsion du droit emprunté à l'étranger, soit par un métissage entre le droit national et le droit étranger. Il peut y avoir élimination ou métissage.

La comparaison n'a pas toujours raison et l'on ne voit pas pourquoi à priori, il ne pourrait pas y avoir application parfaite de l'institution juridique étrangère. Il ne suffit pas de voir comment les choses se passent à l'origine de l'acculturation, il est bon - et c'est en quoi les sociologues de sociologie générale ont raison - d'attirer l'attention sur des issues qui peuvent être désastreuses, il est bon de voir qu'elle est l'eefectivité de l'institution juridiques étrangère transportée dans le milieu national. Sous cette réserve, nous pouvons admettre a priori qu'il y a place pour trois issues : l'acclimatation parfaite, l'élimination et le métissage.

L'acclimatation parfaite - Il faut concéder que cette issue est rare. Néanmoins, si nous reprenons l'exemple de tout à l'heure, l'introduction de la communauté conjugale par le code civil dans les anciens pays de droit écrit où elle était un régime matrimonial étranger en 1804, nous devons constater qu'il y a eu une réussite parfaite en ce sens que la communauté conjugale s'est transplatée à Marseille ou à Montpellier telle qu'elle existe à Paris ou à Lille. Il y a eu acclimatation parfaite du régime matrimonial, mais pourquoi ? parce que cette acclimatation se situe dans une unité de système juridique sous le rapport judiciaire. L'unité de Jurisprudence assurée par la Cour de Cassation, c'est que le droit de la communauté n'est pas interprété autrement dans le midi de la France, ne peut pas, normalement être interprété d'une façon différente dans le midi de la France que dans le nord. L'exemple n'est pas pur, tel que nous aimerions en trouver pour une acculturation qui serait par delà des frontières nationales, par delà des frontières étatiques, par delà des fontières judiciaires.

L'élimination - L'élimination est une seconde issue possible. L'institution juridique greffée est sentie par les nationaux comme un corps étranger et ils s'en débarrasseront à la première occasion politique favorable, ils procèderont à l'expulsion de ce corps juridique étranger. Il n'y a qu'à voir comment, à la libération de la France en 1944, spontanément, la population s'est débarrassée des écriteaux en langue allemande qui étaient des ordres, qui étaient des documents juridiques étrangers, qui étaient sentis instinctivement comme des corps étrangers. Il n'est qu'a se rappeler ce

phénomène pour comprendre que l'expulsion de l'institution juridique greffée soit une issue fort courante. A la chute de Napoléon en 1814, il y a eu une explosion de joie, il faut bien le dire, dans beaucoup de pays qui avaient été annexés ou sur lesquels il avait établi une domination indirecte et où il avait introduit le code civil, notamment dans les divers états italiens. Dès que les troupes françaises s'en allèrent, le code civil fut aboli et le Code Civil qui avait apporté le mariage civil, l'état civil, le divorce, la partage égal des successions était lié, dans l'opinion publique à la conquête française à la domination militaire française, et la chute du régime napoléonien entraina la chute du code civil. Le code civil était senti comme un corps juridique étranger.

Le métissage - C'est la troisième issue possible qui n'est pas rare. C'est l'abâtardissement de l'institution juridique, une déformation plus ou moins accentuée sous l'action du milieu ambiant, sous l'action des autres institutions juridiques, car une institution juridique ne peut pas vivre isolément, elle fait partie d'un ensemnle, elle doit s'intégrer dans le système juridique; Si cette institution n'a pas été faite pour ce système sur lequel elle est greffée il va se produire des frictions, des frottements et, inévitablement cela entrainera un certain gauchissement de l'instituion juridique transportée; ou même, c'est l'ambiance des moeurs non-juridiques qui va agir sur l'institution juridique transplantée. Les exemples ici abondent. L'origine parlementaire a magnifiquement réussi en Angleterre et l'on est d'accord qu'il a beaucoup moins bien réussi dans les pays où il a été transplanté. Je parlerai uniquement;

bien entendu de l'Amérique du Sud; il y a eu dans ces pays là, par suite de la transplantation du régime parlementaire, des carricatures de ce régime, des carricatures qui n'ont rien donné de bon. Même, le régime présidentiel des Etats Unis qui semble fonctionner fort bien, réussit moins bien dans les pays d'Amérique du Sud où on l'a transporté.

Je ne jurerai pas, pour prendre un exemple plus menu, que la société à responsabilité limitée ne se soit pas altérée, métissée, abâtardie en passant d'Allemagne en France. J'ai l'impression qu'en Allemagne, le pays d'origine, on n'avait pas assisté, sous l'empire de la loi de 1892 à la multiplication de ces petites sociétés à responsabilité limitée sans surface qu fit éclore chez nous la loi de 1925. Il y a donc, presque inévitablement un phénomène de métissage qui se produit à la suite de l'acculturation juridique. C'est, vous le savez, un des problèmes généraux du droit romain auquel les romanistes modernes attachent une grande importance que celui du vulgaresh : le droit vulgaire. C'est le droit romain tel qu'il s'appliquait effectivement dans les provinces les plus éloignées de la capitale, droit romain abâtardi, droit romain métissé par des coutumes locales fort différentes de ce droit savant que nous pouvons lire dans les textes de la compilation. C'est également un problème de ce genre sur lequel repose le droit musulman. Le droit musulman a été introduit par la voie religieuse dans des pays fort dissemblables, dans des climats de moeurs, de coutumes extrêmement différents. Il était inévitable qu'il se déformât par le contact avec ces coutumes locales et de ce fait, à côté du droit musulman théorique que nous lisons dans les textes - non seulement dans les textes sacrés, mais dans les

textes des grands commentateurs - à côté de ce droit musulman théorique, vous avez le droit local, le droit musulman local qui est bien souvent une image très déformée. Il y a divorce entre le droit musulman théorique et le droit effectif musulman; ce divorce résulte du métissage qui a été l'effet immanquable de l'acculturation.

Il est probable aussi, pour rendre un exemple plus récent que cette acculturation tout à fait remarquable qu' constitué la transplantation du Code Civil Suisse en Turquie n'a pas été parfaite. Il est probable, on en a tout de même la perception, que surtout dans les campagnes turques, l'application du code civil Suisse, fait pour une localité très différente est loin d'être parfaite. Il semble bien que le code civil Suisse se soit singulièrement métissé dans cette application - je ne dis pas dans le Jurisprudence des instances judiciaires suprêmes en Turquie - mais je dis se soit singulièrement métissé en passant en Turquie. Ce n'est là d'ailleurs que la description de l'effet le plus général que produit l'acculturation, de ces trois issues possibles que nous avons énumérées.

Il faudrait, pour mener l'étude plus scientifiquement, il faudrait essayer d'analyser plus exactement comment, notamment, le métissage se produit. Il faudrait peut-être pour cela se placer au niveau de l'individu, au niveau du national qui reçoit l'institution juridique étrangère; il n'y a qu'à s'appliquer une institution juridique étrangère. Les sociologues ici parlent de modèles normatifs qui vont entrer en concurrence dans la psyché de l'individu. Cet individu va avoir à faire non seulement à cette institution juridique étrangère, mais à son institution juridique nationale que l'institu-

tion étrangère prétend effacer. Il est évident que l'instituion juridique nationale tient à son être, tient à sa personnalité et l'individu ne pourra pas aussi facilement l'effacer que le législateur qui l'a fait artificiellement. Il va s'établir par conséquent, une concurrence dans la psychologie juridique de l'individu. L'idée de la sanction qui s'attache à la violation d'une règle de droit, va se trouver affaiblie par la concurrence. Il y a deux règles contraires, chaque règle a sa sanction et c'est comme si aucune n'en avait. Des phénomènes d'alternative. Je prends un exemple qui n'est pas un exemple d'école, un exmeple qui s'est posé dans beaucoup de pays où l'on a introduit, à l'image des droits européens, un principe monogamique pour remplacer, pour supplanter un principe national concret de polygamie. On a vu assez souvent les individus en pareille hypothèse résoudre la concurrence des modèles normatifs par une sorte de transaction intérieure c'est-à-dire qu'ils auront une femme légitime, mais ils auront des maitresses multiples,ils essaieront d'accommoder les deux modèles normatifs qui entrent en conflit dans leur psyché.

Pour en terminer avec les effets de l'acculturation juridique quelques mots de la valeur du phénomène.

B - Valeur de l'acculturation juridique -

Que faut-il penser dans l'ordre normatif, que faut-il penser de l'acculturation juridique ?

De prime abord, sociologiquement, on est tenté d'émettre un jugement défavorable. Il y a quelque chose à priori d'anti- sociologique dans l'acculturation juridique, quelque chose qui est ...

contraire à l'idée essentiellement sociologique que le droit est dé-déterminé par l'histoire, que le droit est déterminé par le milieu social, par conséquent est lié à la société globale, que le droit ne se transporte pas d'un pays à un autre, que le droit est quelque chose d'historique.

C'est un fait, dans cet ordre d'idées, que la transplantations des institutions étrangères ne produit pas toujours des institutions, notamment européennes, des institutions des pays évolués, des effets heureux dans des pays moins évolués. Pour prendre un exemple strictement européen, on a pu constater qu'au XIXème siècle, la transplantation des institutions françaises, des institutions du code Napoléon dans certains pays balkaniques, transplantation à laquelle je faisais allusion tout à l'heure- je pense notamment encore à la Roumanie - que cette transplantation n'a pas eu de bons effets au point de vue sociologique: La loi successorale de partage égal a amené une dissolution des communautés familiailes traditionnelles. Ces pays connaissent une famille étendue fortement constituée, le loi du partage égal des successions transportée sans discernement dans ces pays a amené la pulvérisation de ces communautés conjugales et a laissé les individus fort désemparés. D'autre part, ce droit était pour la masse un droit ésotérique, in compréhensible, qui n'avait pas de racines dans les traditions. Etant incompris de la masse, ce droit nouveau, ce droit étranger avait besoin d'intermédiaire et la copie du Code Napoléon dans ces pays fit pullulier une classe de juristes, de juristes assez faméliques d'ailleurs qui multiplièrent les procès à plaisir. Ce fut pour beaucoup de roumains éclairés,

ou de balkaniques éclairés, ce fut un désastre que la copie des institutions du Code Napoléon par les pays dont il s'agit. Donc, sociologiquement, on peut faire des réserves sur l'acculturation juridique. Néanmoins, à d'autres égards, on peut dire qu'elle est un facteur de progrès, que le droit a besoin de mouvement autant que de stabilité et que le progrès a souvent pour rançon d'un bien collectif, une série de maux individuels.

J'ai déjà eu l'occasion du reste de vous rappeler qu'il ne fallait peut-être pas tirer de la sociologie des conclusions mormatives trop sociologiques car alors, au nom de la sociologie on arriverait à un conservatisme complet, on ne ferait jamais de révolutions.

Section 2 - LES PLURALISMES JURIDIQUES D'ORDRE INTERNE

Le postulat est que, à l'intérieur d'une même société globale, divers systèmes juridiques coexistent et peuvent coexister. La rupture est ici bien plus nette que dans l'hypothèse précédente avec le droit dogmatique, car, le droit dogmatique est par vocation moniste. Pour lui le droit est un, il n'y a qu'un milieu juridiques et ce milieu juridiques se confond avec l'Etat.

L'idée a été portée à son point extrême par l'école italienne contemporaine en droit international privé. Vous le savez, le droit international privé, à première vue, semble contredire l'unité du droit puisqu'il admet l'application d'une loi étrangère dans le milieu national. L'application de la loi étrangère semble impliquer la dualité d'ordre juridique. L'école italinee comtemporaine soutient

que la disposition étrangère appliquée en vertu des normes de conflits par le juge national, ne prend sa valeur que par intégration préalable à l'ordre interne. Le juge national n'applique la loi étrangère qu'après l'avoir intégrée à son ordre juridique national. Il y a une sorte de réception instantanée pour les besoins de la cause, de la loi étrangère. On ne veut pas qu'elle puisse s'appliquer à titre de loi étrangère parce que dans un territoire donné, il n'y a place que pour un seul système juridique.

Les auteurs italiens arrivent à cette conclusion en approfondissant la notion d'ordre juridique. Ils disent que l'exclusivisme est de l'essence de l'ordre juridique. L'ordre juridique est exclusif en ce sens qu'il exclut le caractère juridique de tout ce qui ne rentre pas en lui-même. Ce qui caractérise le droit c'est qu'il est, si j'ose dire jaloux. Il admet qu'il puisse y avoir un autre droit que lui-même. Toutefois, en droit dogmatique, ce monisme intransigeant a toujours comporté des brèches et en droit international privé, suivant l'opinion la plus répandue, il y a une brèche, on applique, la loi étrangère; je le répète, pour la plupart des auteurs, la loi étrangère s'applique bien à titre de loi étrangère. ce qui nous montre que sur un territoire donné, il peut y avoir coexistence d'ordres juridiques. Les auteurs dogmatiques ont été amenés du reste à percevoir d'autres phénomènes, d'autres coexistences d'ordres juridiques que celui qui résulte de la loi étrangère en droit international privé. Ainsi, le Doyen Gény, dans une note de son ouvrage : Méthodes d'Interprétation des Sources en Droit Positif, signalait, à la fin du siècle dernier le phénomène résultant de l'application du droit canonique aux fidèles de l'église catholique, même dans

un état laïque. Certains individus, remarquait-il, participent de deux lilieux juridiques, nous sommes bien en présence d'un phénomène de pluralisme juridique. La réaction contre le nomisme juridique s'est produite encore d'une autre manière par la révision de la théorie des sources du droit. Au début de ce siècle, le monopole de la loi comme source du droit était contesté; on a fait apparaitre à ses côtés la coutume et la jurisprudence, cela ne nous intéresse pas ici, mais en outre, on a reconnu l'existence de sources nouvelles, d'origine non étatique, ainsi, c'est un peu un lieu commun cher à certains auteurs sociologues comme Gaston Morin : la convention collective du travail, les statuts d'une association; les statuts d'une société anonyme; ce sont des sources de droit et des sources de droit non étatique si bien que nous saisissons ici une manifestation de pluralisme juridique. Un ordre juridique non étatique s'établit à l'intérieur du système juridique de la société globale. Sans doute, tout rentre dans l'odre, pour ces auteurs, par une hiérarchisation des source car tout de même, ces sources non étatiques seront subordonnées à la loi, seront subordonnées à la source étatique, mais il n'empêche qu'il y a une reconnaissance de pluralité d'ordres juridiques. Et, à cet endroit, les réflexions des juristes rejoignent celles de certains sociologues. Un ouvrage de Monsieur Gurwitch porte le titre de ; l'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit. C'est un ouvrage publié en 1935. c'est surtout cers les pages 140 et suivantes de cet ouvrage que vous trouverez ce qui intéresse directement la question du pluralisme juridique que nous axaminon ici.

Monsieur Gurwitch admet, à la base de sa philosophie du droit un pluralisme des sources du droit, un pluralisme juridique et il se fonde, pour cela, nos seulement sur l'expérience contemporaine, sur la montée de ces nouvelles sources qu'avaient signalé des auteurs proprement juridiques, mais aussi - ce qui n'est pas sans intérêt -, sur l'expérience historique. Il dit, et c'est exact, que le monisme juridique a correspondu a une situation politique contingente et temporaire. Il est né avec les grands états modernes; il s'est développé du XVIème au XIXème siècle parce que cette période de l'histoire a été celle de la formation, du développement des grands états unitaires. Mais, il n'y a dans ce monisme rien d'éternel, rien de nécessaire. Dans la réalité contemporaine, poursuit Monsieur Gurwitch, coexistent d'innombrable centres générateurs de droit, des foyers autonomes du droit, et ici, il cite, dans un pêle-mêle dont je lui laisse la responsabilité, les syndicats, les coopératives, les trusts, les usines, les usines, les églises, les services publics, les unions internationales ou administratives, l'organisation internationale du travail, l'ex-société des Nations, etc... Ce sont des foyers de droit ce sont des centres générateurs de droit, ce sont autant de lilieux juridiques distincts. Une certaine métaphysique n'est pas absente de la construction, car Monsieur Gurwitch admet une hiérarchie entre ces sources et par conséquent un certain retour à l'unité. Mais, comment va-t-on hiérarchises? Quel va être le critère qui permettra de dire que telle source de droit, tel ordre juridique est supérieur aux autres? On pourrait songer à l'intensité à prendre en considération; l'intensité des croyance collectives qui anime le milieu juridique, qui, par conséquent, anime les divers ordres juridiques

concurrents. C'est l'ordre juridique ou les croyances collectives les plus intenses qui constituraient l'ordre juridique supérieur. Un autre philosophe du droit, appelle dans sa terminologie : les différents degrés de la positivité du droit, ce serait l'intensité des croyances collectives qui détemminerait les différents degrés de positivité du droit. Monsieur Gurwitch n'accepte pas ce critère qui le conduirait, note-t-il assez exactement; à faire prévaloir le droit d'une secte où les croyances collectives sont particulièrement intenses, sur le droit de l'Etat où les croyances collectives sont beaucoup plus larges encore, à faire prévaloir le droit d'un syndicat dont les adhérents sont particulièrement convaincus, sur le droit commun de la société. Il propose en remplacement une combinaison de critères, pour lui il y a lieu de prendre en consiration d'une part la hauteur des valeurs incarnées, d'autre part le degré de leur efficience réelle, enfin la capacité effective de représenter un des multiples aspects de l'intérêt général. Il faudrait rechercher dans chacun des ordres juridiques concurrents quelle est la hauteur des valeurs incarnées, quelle est la capacité qu'à la société particulière, le groupement dont il s'agit de représenter l'intérêt général, ce qui est quelque chose d'assez insaisissable, et enfin le degré d'efficience réelle des valeurs incarnées par ce groupe.

Je ne veux pas entrer plus avant dans l'analyse de ces critères, mais il semble qu'il n'y ait rien de tranchant ne de diatétique.

Des auteurs de droit dogmatique à Monsieur Gurwitch, on

relève une identité de préoccupation. Tous posent le pluralisme de règles comme u conflit et ils cherchent à résoudre ce conflit en faisant prévaloir une catégorie de règles, un certain nombre de règles juridiques sur les autres ordres juridiques concurrents. On ne se demande pas s'il n'y aurait pas lieu plutôt à des solutions-telles que celles que pratique le droit international privé- de coexistence, s'il n'y aurait pas lieu de délimiter à chacun de ces ordres juridiques sa sphère de compétence nationale. On suppose d'autre part que le pluralisme est toujours de même nature. Le point de vue de la sociologie juridiques est nécessairement différent. Ce que nous devons dire c'est qu'il y a des phénomènes de pluralisme juridique très dissemblables, qu'il faut peut-être renoncer à ramener à une notion unique, et ces phénomènes, tout ce que nous avons à faire pour le moment, c'est de les observer, pour donner une solution au conflit; c'est une préoccupation normative, une préoccupation de législation sociologique qui ne pourra venir que bien plus tard et il n'est pas certain qu'elle devra trouver ses solutions dans une hiérarchie des ordres juridiques. Les phénomènes de pluralisme juridique que nous allons étudier apparaissent de prime abord de l'extérieur, comme des phénomènes de groupe, comme des phénomènes collectifs. Pour qu'il y ait pluralité d'ordres juridiques, de systèmes juridiques, il faut necessairement que l'on puisse discerner plusieurs groupements, plusieurs sociétés car le droit ne peut se former qu'à l'intérieur d'un groupe qu'à l'intérieur d'une collectivité.

Ainsi, il nous faut commencer par saisir les phénomènes de pluralisme juridiques au niveau des groupes. Nous rencontrons ici, nécessairement une notion de groupe, une notion de groupement

et nous étudierons d'abord les phénomènes de pluralisme juridiques au niveau des groupes. Toutefois, on ne peut s'en tenir là, car l'apparition de ces ordres juridiques multiples détermine des effets dans les individus. Je vous en disais, tout à l'heure, déjà un mot à propos de l'acculturation qui détermine des conflits au niveau de l'individu, dans la psychologie de l'individu. Tout le pluralisme juridique se traduit par des phénomènes au niveau de l'individu, dans la psyché de l'individu. Le même individu va se trouver d'une certaine manière appartenir à deux droits ce qui crée un conflit en lui. Secondement, il nous faudra étudier les phénomènes de pluralismes juridiques au niveau des individus. Nous nous placerons successivement au niveau des groupes et au niveau des individus, et, dans un paragraphe troisième, j'atudierai, si n'en ai le temps, le folklore juridique. Ne croyez pas qu'il arrive là comme quelque chose d'inattendu. Le folklore juridique nous servira de banc d'essai pour les notions que nous aurons fégagées dans les deux premiers paragraphes car le folklore juridique, c'est un phénomène de pluralisme juridique qui se traduit au niveau des groupes et au niveau des individus.

Paragraphe 1 - Les phénomènes de pluralismes juridiques au niveau des groupes.

Je n'ai pas besoin de vous parler de ce groupe qu'est le groupe par excellence, le milieu juridique parfait, la société globale. Le droit de la Société globale, c'est le droit proprement dit et il n'appelle pas de réflexions particulières. Les difficultés viennent des autres droits, des autres ordres juridiques, des ordres juridiques non étatique, de ceux qui se manifestent en dehors

de la société globale, dans des sociétés particulières.

On parle des sociétés particulières ou de groupements particuliers. Je retiendrai par préférence la seconde expression : groupements particuliers. La sociologie américaine contemporaine fait des groupements particuliers une de ses études de prédilestion. Les associations qui pullulent aux Etats Unis, les familles, les écoles, les minorités ethniques, tout cela c'est l'objet d'études favorites de la sociologie américaine. Les groupements particuliers, par opposition à la société globale-nous rencontrons ici ce terme éminemment sociologique des groupements particuliers, mis nous le rencontrons sous un angle particulier spécial -ce qui nous intéresse dans les groupements particuliers, c'est qu'il puissent donner naissance à un ordre juridique particulier à l'intérieur de la société globale.C'est dans cet esprit que nous allons essayer de présenter pour commencer une classification des groupements particuliers. Puis, nous aborderons le problème direct, nous nous demanderons si ces groupements particuliers préalablement décrits et classés peuvent xonstituer des milieux juridiques, si du même coup il y a des groupements particuliers, il y a des milieux juridiques particuliers, si de ces groupements particuliers, si de ces groupements particuliers du droit, des ordres juridiques, des systèmes juridiques peuvent sortir.

A - <u>Classification des groupements particuliers</u> -

Les classifications qui peuvent nous retenir et nous aider à décrire les groupements particuliers peuvent nous être proposées

par les sociologues aussi bien que par les juristes. Il y a des classifications sociologiques spécifiquement sociologiques des groupements particuliers et il y a des classifications juridiques qui peuvent être divisées par la sociologie. Je vous parlerai de ces deux sortes de classifications.

1) - Classifications sociologiques

Elles sont nombreuses, variables d'un auteur à l'autre. Monsieur Gurwitch, dans sa"Vocation Actuelle de la Sociologie " propose quinze classifications des groupements particulers et certaines de ces classifications s'entrecroisent avec d'autres. Ce n'est pas très pédagogique et je ne suivrai pas ces quinze classifications, encore que l'on y rencontre, chemin faisant, beaucoup de notations très fines.

Je retiendrai quelques unes de ces classifications ainsi que d'autres classifications proposées par d'autres auteurs.

Une première classification envisage les groupements d'après leurs fonctions. Chez René Monier, on trouvait une classification descriptive assez en surface des groupements particuliers en :groupements géographiques, biologiques, sociologiques, géographiques, par exemple les circonspections territoriales, mais aussi bien la communauté de voisinage; biologique, inutile de vous dire qu'il s'agissait essentiellement de la famile; sociologique enfin, catégorie un peu fourre-tout et, il faut bien le dire, qui n'est pas très expressive, c'était d'une part ce que l'auteur appelait les groupements économiques,les sociétés, les différents types de sociétés, et d'autre part les groupements désintéressés, c'est-à-

dire les associations.

Monsieur Gurwitch reprend l'idée de fonction dans une perspective différente. Il propose de distinguer les groupements uni-fonctionnels, multi-fonctionnels, et supra - fonctionnels. Uni-fonctionnels, ce sont ceux qui ne peuvent avoir qu'un fonction essentielle, par exemple, un orchestre, remarque-t-il, est un groupement fonctionnel et également une société commerciale. Multi-fonctionnels, cela peut rassembler la commune, le département, la famille, le ménage, peut être même l'Etat envisagé sous un certain angle, bien que à d'autres points de vue il soit par excellence le groupement supra-fonctionnel, c'est-à-dire le groupement qui a la totalité des fonctions sociologiques concevables ou la quasi-totalité de ces fonctions impossible à déterminer d'avance. Le type, c'est la société globale dans l'expression juridique, et l'Etat est également selon Monsieur Gurwitch; l'église catholique (au moyen âge, se hâte-t-il d'ajouter).

Deuxième classification, d'après le mode de contrainte dont peuvent user les groupements. De ce point de vue-là on discerne les groupements obligatoires et les groupements facultatifs, mais l'expression n'est pas très indicative, en réalité, dans un groupement, il y a toujours une certaine contrainte qui est exercée sur les membres du groupe. Cela entre un peu dans la définition même du groupement. Aussi, certains auteurs parlent-ils d'une façon plus significative de groupements à contrainte inconditionnelle et de groupements à contrainte conditionnelle; contrainte inconditionnelle lorsque les individus composants ne peuvent pas sortir librement du groupement, le type en est la société globale : "nemo potest exire patria "; mais également, certains groupements particuliers

répondent à cette idée; ainsi, une corporation au sens précis du terme par opposition aux simple associations, une corporation, c'est-à-dire, un groupement dont on est obligé de faire partie si l'on veut exercer telle profession. C'est le cas, à l'heure actuelle des corporations d'avocats ou des corporations de médecins, parce que l'exercice de la profession d'avocat ou de médecin est impossible sans l'inscription au barreau ou à l'ordre professionnel des médecins. Ici, le groupement exerce une contrainte inconditionnelle parce que les individus composants ne peuvent pas librement en sortir. Ils n'en sortiraient qu'à condition de renoncer à ce qui fait la raison d'être du groupement. La famille également est, dans cette perspective, un groupement à contrainte inconditionnelle. Au contraire, il y a contrainte conditionnelle lorsque les membres composants peuvent se retirer plus ou moins librement du groupe et, de la sorte se soustraire, en droit, aux contraintes imposées. Ainsi les associations, les syndicats professionnels sont des groupements à contrainte conditionnelle. La société, tout au moins quand elle est conclue dans notre droit propre, dans notre droit Français sans limitation de durée, est un groupement à contrainte conditionnelle, car alors chaque associé peut y renoncer unilatéralement. Tout cela est un peu formaliste -soit dit en passant- et l'on a tendance à confondre la liberté sociologique avec la liberté juridique. Il est facile de dire : on peut toujours sortir librement d'un syndicat, mais si l'ouvrier qui renonce à l'affiliation syndicale ne trouve plus de travail, il perd la liberté sociologique d'en sortir. La notion de contrainte conditionnelle gagnerait à être reprise en terme sociologiques, en termes de sociologie plutôt qu'en termes de droit dogmatique. N'empêche que la distinction est importante pour notre sujet.

Il est perceptible d'avance qu'il sera plus facile d'instituer un ordre juridique là où les sujets seront liés aux groupes par une contrainte inconditionnelle. Les groupements à contrainte inconditionnelle sont plus propres à tenir des milieux juridiques que les groupements à contrainte conditionnelle.

Une troisième classification aura également lieu. Cette classification aura égard à la stabilité variable du groupement. Un groupement, ce n'est pas une simple rencontre d'individus, il y faut quelque chose de plus, il y faut un minimum de cohérence, mais cela dit, les degrés de stabilité que peuvent présenter les mouvements sont très variables. Pour la société globale, pour certaines sociétés particulières, la stabilité est très forte, pour d'autres sociétés particulières, elle est beaucoup moindre encore qu'on puisse relever bien des nuances. Pour une société civile et commerciale, pour une association, pour une famille, il n'y a pas la même stabilité, la même durée que pour la société globale qui, dans l'expression juridique est l'Etat. Cependant, on est d'acoord, en sociologie, pour intégrer dans la notion de groupements particuliers, des groupements relativement instables, si instables que, du point de vue juridique, on leur refuserait la personnalité morale. La personnalité morale, en droit dogmatique parait liée, à une certaine stabilité du groupement : il y a des groupements qui ne sont pas juridiquement personnifiés et qui sociologiquement sont traités comme des groupements particuliers. Ainsi, sans doute, les passants d'une rue ne constituent pas un groupement particulier parce que c'est une rencontre fortuite, mais un attroupement qui se forme spontanément et temporairement autour d'un accident de la rue sera traité par

les sociologues comme un groupement particulier. René Monier avait étudié avec un certain goût et un certain humour, la file d'attente, la queue en tant que groupement particulier, et même en tant que milieu juridique. Il est certain que sociologiquement, si instable que soit ce groupement, nous pouvons y voir un groupement qui même est un milieu juridique.

Que faut-il en effer pour que l'on puisse parler en sociologie d'un groupement ? Il faut une certaine communauté dans l'espace et dan le temps, une certaine rencontre, une rencontre d'une certaine durée dans le temps et dans l'espace, mais en outre,-et c'est là un élément psychologique capital - il faut une certaine communion intellectuelle ou affective, dans une file d'attente, il y a une certaine communauté d'attente qui suffir à l'essence du groupement. De même, dans un attroupement qui se forme à l'occasion d'un accident dans une rue? A fortiori, il y a dans un complot, un groupement particulier au sens de la sociologie. Il n'empêche, d'un point de vue qui nous intéresse ici, savoir la recherche du milieu juridique à travers les différents types de groupements particuliers, il sera beaucoup plus facile de voir apparaitre un milieu juridique dans un groupement particulier durable que dans un groupement particulier temporaire, car la coutume se situe dans le temps; la loi a vocation à l'éternité, qui dit droit dit durée, et si le groupement est tant soit peu instable, il y a là une sorte de contradiction, une sorte de démenti à la notion même de droit.

2 - <u>Classifications juridiques</u> :

Ce sont des classifications qui sont proposées par le droit

mais que nous pouvons tirer à nous afin d'en déduire des conclusions sociologiques. Deux de ces classifications sembles pouvoir présenter un intérêt sociologique.

Première classification : La distinction des groupements personnifiés et des groupements non personnifiés.

Nous rencontrons ici cette notion de personnalité morale que vous avez tant étudiée en droit dogmatique, nous la retrouvons ici, mais sous un angle sociologique.

La personnalité morale est le signe juridique qui permet de mettre à part des autres, certains groupements, les groupements les plus riches en effets juridiques, les plus propres peut-on supposer a priori, les plus propres par conséquent, à constituer des milieux juridiques. Nous pouvons présumer de prima facie que c'est dans les groupements personnifiés que nous avons le plus de cances de trouver des systèmes juridiques particuliers, des milieux juridiques. Mais qu'y a-t-il de sociologique dans la théorie juridique de la personnalité morale ?

La réponse la plus courant est que cette théorie de la personnalité norale est celle qui exprime le plus directement l'existence propre du groupement et que par conséquent, cette théorie a, par elle-même une valeur sociologique. Il est sociologique, en effet, d'affirmer le groupe de l'affirmer comme une réalité distincte des individus composants, comme une personnalité morale, comme une réalité ayant même sa psyché à conscience distincte des consciences individuelles. Vous avez entendu parler de cette hypothèse de la conscience

collective qu'avait émise Durkheim et que devaient reprendre en la durcissant peut-être, en la déformant même, beaucoup de durkheimiens, qu'il y aurait une conscience collective distincte des sonsciences individuelles des membres du groupe.

Est-ce que la notion juridique de personnalité morale n'est pas la projection, dans le plan juridique, de cette réalité affirmée par les sociologues, savoir que le groupement existe indépendamment des membres constituants, existe aussi bien mentalement, psychologiquement que matériellement ? De ce point de vue, on pourrait dire que la sociologie prête appui à la thèse de la réalité des personnes morales. Vous connaissez l'opposition entre la théorie de la réalité des personnes morales et la théorie de la fiction. On a dit que la théorie de la réalité est en harmonie, au fond, avec les découvertes de la sociologie durkheimienne, savoir l'existence, l'affirmation du groupe en tant que réalité distincte des individus.

Ce n'est peut-être qu'une deli-scoiologie, qu'une approximation sociologique. Si l'on y regarde de plus près, il faut bien constater que le concept de personnalité morale est le produit d'une technique juridique qui n'a pas toujours existée. Il est sociologique d'être historique, et si l'on est historique, on est bien obligé d'avouer que la théorie de la personnalité morale ayant eu un commencement, pourrait bien avoir une fin. C'est une théorie dont l'apparition se situe à une date relativement tardive dans l'histoire des idées juridiques.

Vous savez que c'est seulement à la fin du droit romain, date bien incertaine d'ailleurs, que l'on voit apparaitre quelque

chose qui évoque notre concept moderne de la personnalité morale. Toutes les sociétés n'ont pas connu notre théorie de la personnalité morale, beaucoup ont pu s'en passer. Ce n'est pas à dire que là où où la théorie de la personnalité morale n'avait pas été découverte, il n'y avait rien qui en tînt lieu, ce n'est pas dire que ces sociétés n'avaient pas le sentiment d'une vie du groupe, distincte de la vie des membres composants; seulement, pour exprimer juridiquement cette vie distincte du groupe, elles recouraient à d'autres concepts juridiques et c'est le mieux d'en parler. Quels concepts juridiques ? Un des concepts les plus primitifs -il ne faut pas dire les plus rudimentaires- ce fut celui de la personnalité des coorporatives comme disent certains, il faudrait mieux dire : de la personnalité des incorporés; c'est en réalité une traduction d'une expression de la philosophie juridique anglo-saxonne ; " corporate personality ", personnalité incorporée, dans cette conception, le groupe s'incorpore dans un homme, dans une personne physique dans une personne physique bien entendu qui est particulièrement voyante au sein de la société globale. Dans un sens, ce procédé de la personnalité incorporée a précédé de bien des siècles notre procédé de la personnalité morale. C'est le procédé que l'on rencontre dans la Bible, dans L'Ancien Testament, par exemple, le pharaon pour l'Egypte, David pour son peuple, Goliath pour son peuple, si bien que pour certains historiens, le combat de David et de Goliath, ce ne fut pas un duel comme nous le traduisons en termes individualistes, c'est simplement la représentation en termes de personnalité incorporée, d'une guerre entre les deux peuples, mais chaque peuple s'incorporent dans son

chef suivant un procédé juridique, le procédé de la personnalité incorporée.

Le droit Anglais médiéval a pratiqué la technique dite : de la "corporation sole ", la corporation représentée par un seul. Il était loisible, le droit anglais médiéval admettait la validité d'une donation faite à une personne et à ses successeurs, à un évêque et à ses successeurs. L'évêque seul est une corporation; la corporation, le groupement, l'église, s'incorpore dans l'évêque et la mentalité juridique de lépoque ne fera pas la différence entre l'évêque et le groupement ; l'évêque fera la même transposition que nous faisons lorsque nous employons le concept de personnalité morale.

Il y a -si le concept de la personnalité incorporée a quelque chose d'anglo-saxon - un concept germanique tout différent mais qu'il faut citer ici en seconde ligne parce qu'il a été lui aussi un procédé qui a dispensé de la personnalité morale, qui a tenu lieu de la personnalité morale, qui nous montre que la personnalité morale n'est pas irremplaçable sociologiquement. C'est le concept de communauté dans un sens spécialisé qu'il faut définir, communauté par opposition à société : " gemeinschafts " par opposition à " gesellschafts ". La théorie de la communauté a été developpée à la fin du siècle dernier par un sociologue Allemand, Tornies. Il opposait la société aux groupes artificiels issus d'un contrat. La communauté, au sens germanique, communauté non pas issue de la volonté des individus composants comme la société, mais née spontanément, communauté naturelle : communauté de famille, de village, de métier, constituée - disait-il - affectivement - je cite des expressions - d'être vécue

avant que d'être pensée, communauté sentimentale plutôt qu'intellectuelle; et il soutenait que la communauté était quelque chose de radicalement différent de la personne morale au sens romano-canonique. La communauté, c'était un groupement naturel se constituant intuitivement grâce à une expérience vécue en commun; l'amour est l'âme de la communauté tandis que l'intérêt est l'âme de la société.

Cette idée de la communauté au sens de Tornies fût mise à la mode en France vers les années 1943 par Monsieur François Péroux qui a dégagé, à cette époque, l'atude communautaire, et l'on mis de la communauté un peu partout. Pour traduire la notion en termes plus concrets, je citerai deux types de communauté dans l'opinion la plus répandue, deux types principaux de communauté au sens de Tornies, c'aurait été la famille et l'entreprise. Plutôt qu'une personne morale comme on l'avait soutenu, la famille aurait été une communauté, un groupement affectif, animique, disait-on, traversée par une âme, groupement vécu avant que d'être penéé, plus affectif qui qu'intellectuel, groupement à base d'amour. Puis, l'entreprise, mais là, l'amour est plus difficile à venir; notamment l'entreprise industrielle, communauté de travail où tout entrepreneur est salarié, où tous feront converger leurs efforts vers des fins communes supérieures aux intérêts individuels.

Ce qui caractérise peut-être le mieux cette notion spécifique de communauté en face de la personne morale, c'est son imprécision; je le dis sans y mettre d'intention péjorative. Il peut y avoir une valeur dans cette imprécision, non pas de la notion, mais des droits que la notion reconnait aux individus participants. Dans la communauté ce n'est pas comme dans la société où les associés ont

des droits, définis, des parts d'intérêts qui peuvent s'exprimer en termes pécuniaires, non, dans la communauté il n'y a pas de ces parts rigoureusement définies, il n'y a pas de droit délimité d'un participant envers les autres; tout se résout en une solidarité morale, il n'y a pas de patrimoine nettement circonscrit, tout se ramène à une imprégnation communautaire des patrimoines individuels.

Tout cela reste un peu dans la vague, dans le flou; ce n'est pas cet aspect, tranché, défini de la société, de la personne morale au sens romain du terme, non c'est quelque chose de plus vague mais cela peut-être, sociologiquement, une supériorité. Une variante de la gemeinschafts, de la communauté, c'est que l'on a appelé aussi la copropriété en mains communes. Ici encore, l'institution est d'origine germanique, copropriété en mains communes : " zur gescunmter hans ". Il n'y a pas personnalité morale, il y a une sorte de solidarité entre les membres de ce groupement, il n'y a pas un organe différenciél comme dans la personnalité morale, chacun des membres du groupement a une vocation à agir, et il faut qu'en réalité tous agissent ensemble. Dans le projet de code civil de réforme des régimes matrimoniaux, la communauté conjugale tend à s'organiser sous la forme d'une copropriété en mains communes. Pour la plupart des actes importants intéressant la communauté, une intervention en mains communes du mari et de la femme a lieu, tandis que dans la communauté autoritaire du code Napoléon, il n'y avait qu'un organe, le mari, qui pouvait agir au nom du groupement. Dans la communauté à venir, les deux devront agir ensemble, en mains communes. C'est un groupement de type germanique qui s'oppose à la personnalité morale. On a voulu précisément - c'est l'objet d'une

thèse de doctorat du début du siècle, la thèse de Masse - on a voulu analyser la communauté conjugale comme une co-propriété en mains communes.

Ce que je voulais noter ici en vous parlant soit de la personnalité incorporée, soit de la communauté au sens de Tornies, ce que je voulais faire apparaître, c'est que la personnalité morale n'a été qu'un moment dans l'évolution des théories juridiques tendant à exprimer la vie propre des groupements. Il y a plusieurs formes possibles pour exprimer cette vie propre du groupement, et la personnalité morale n'est qu'une de ces formes parmi d'autres. Il ne faut donc pas y attacher sociologiquement plus de valeur qu'à d'autres. Toutefois, la personnalité morale dispose de certains avantages sur les autres formules qui ont pu être proposées pour rendre raison de la vie collective, parce que la personnalité morale, par définition, suppose un organe différencié d'une part, suppose des statuts, tandis que dans la communauté, par exemple la communauté au sens de Tornies, il n'y a pas besoin de statut, l'amour tient lieu de tout.

Il y a des organes dans la personne morale tandis que dans la communauté, il n'y a pas besoin d'organes, tout le monde agira en commun, tou le monde agira solidairement, en mains communes. La personnalité morale, par ses organes, par ses statuts, a plus de prédisposition et c'est à quoi je voulais en venir, c'est ma conclusion, a plus de prédisposition que les autres formules, à s'organiser en milieu juridique.

Dans les groupements personnifiés, nous pouvons nous attendr

à trouver plus facilement un système juridique secondaire, un ordre juridique subsidiaire que dans des groupements un peu invertébrés, comme la communauté au sens Torniesien ou bien la copropriété en mains communes, la personnalité incorporée.

Deuxième classification : classification d'origine juridique, la distinction des groupements de droit public et de droit privé.

Vous connaissez cette distinction que font les juristes, une première classification entre personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé. Elle nous intéresse ici parce que les groupements de droit public ont a priori bien évidemment plus d'aptitudes que les groupements de droit privé a s'organiser en milieux juridiques. Cependant, il faut préciser davantage et, précisant davantage, on s'est conduit surtout à mettre à part une personne morale de droit public parce qu'elle occupe évidemment une position exceptionnelle, c'est l'Etat. L'Etat, expression juridique de la société globale, est le milieu juridique par excellence. Aucun autre groupement ne peut de ce point de vue là être comparé. Cependant, c'est une vue moderne. Si nous nous plaçons à un point de vue plus historique, plus sociologique, nous sommes amenés peut-être à trouver une concurrence à l'Etat, et attacher une certaine importance à ce groupement élémentaire de droit public, qu'est la commune.

Je traduis en termes français, la commune : un groupement local élémentaire; il y a là une valeur sociologique exceptionnelle. Nous identifions la société globale avec l'Etat parce que au fond

nous sommes de notre époque et parce que la sociologie moderne, la sociologie véritable s'est constituée en même temps que la nation à une époque où les nations, les états modernes étaient déjà fortement constitués, alors, très naturellement nous avons dit : la société globale c'est l'Etat.

La sociologie date du XIXème ou XXème siècle, elle a trouvé comme première réalité collective, l'Etat. Le milieu juridique est apparu être, par excellence, l'Etat. On pourrait se demander si un groupement local de dimensions plus réduites n'est pas plus intensément senti et si, à certains égards la ville ou même dans une très grande ville le quartier, ou le village à la campagne, dont le revêtement juridique est la commune, ne sont pasn sociologiquement, une réalité plus vivante.

Les titres historiques de la commune - je traduis encore une fois très grossièrement dans les termes du droit administratif français - les titres historiques du groupement élémentaire réduit son bien antérieurs à ceux de l'Etat. Ce qui est exact, c'est que dans le droit moderne, le droit des codifications, la Nation est l'unité du système juridique et dès lors il peut sembler rationnel que la sociologie juridique identifie par conséquent Société et Etat. Néanmoins, à la base de cette identification, disons-nous bien qu'il y a toujours, il y a encore, le vieux préjugé en faveur de la règle de droit, la prédominance de la règle de droit sur le jugement. Si nous attachonc plus d'importance qu'on attache d'ordinaire au jugement, au judiciaire, il nous apparaitra que la compétence territoriale est quelque chose de sociologiquement essentiel pour pouvoir être jugé par ses juges, ses juges naturels

suivant une formule de la procédure que vous connaissez.

Comment est déterminée la compétence ? par le domicile. Le domicile est un rattachement sociologiquement fondamental, or, le jeu du domicile suppose l'appartenance à une commune dans le système Français. C'est par la commune que nous sommes domiciliés, si bien que si nous mettons l'accent sur le judiciaire et, non plus comme à l'ordinaire, sur le légal, nous sommes amenés à attribuer une valeur sociologique très grande à la commune, à ce rattachement très local qu'est la commune. Il faut ajouter encore cet autre trait sociologique que la commune est le seul groupement, je me place dans la perspective du droit Français, où fonctionne la responsabilité collective.

Vous connaissez notre système de réparation des dommages causés par les attroupements, par les émeutes, par les troubles ; c'est la commune qui est responsable; c'est seulement à ce niveau là qu'une responsabilité, à ce niveau assez étroit, qu'une responsabilité collective peut jouer, mais vous savez quelle est la signification sociologique profonde de la responsabilité collective et dès lors la signification collective profonde du milieu que nous voyons, la responsabilité collective fonctionne dans ce milieu qu'est la commune.

Je ne vous en dirai pas plus sur les groupements à l'occasion de ces classifications de groupements. Nous avons pu prendre un contact avec la notion même de groupement qui est une notion

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

TREIZIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers

LES PLURALISMES JURIDIQUES (suite)

- Les groupements particuliers (B) :

Les groupements particuliers que j'ai décrits constituent-ils des milieux générateurs de droit ? Si nous répondions par l'affirmative, nous constaterions des phénomènes de pluralité juridique résultant de la coexistence de la Société locale et, au moins, de certains groupements particuliers propres eux aussi à créer du droit.

A l'inverse : n'y a-t-il de génération du droit qu'à l'intérieur de la société globale ? (ce qui viendrait à l'appui des thèses monnistes, soutenues en droit dogmatique et d'après lesquelles il n'y a, sur un territoire délimité et à un moment donné, qu'un système juridique concevable : le système juridique qui s'identifie à la société locale).

Répondons immédiatement qu'il existe des milieux juridiques particuliers, mais que ceux-ci sont imparfaits.

1) - Existence de milieux juridiques particuliers :

L'observation sociologique révèle des phénomènes d'apparition de règles de droit à l'intérieur de groupements particuliers. Certains groupements peuvent créer un droit que l'on pourrait dire, " a priori ", subsidiaire par rapport à celui de la société locale. Un droit collatéral. Les Anglais emploient le terme " by-law " pour désigner notamment les règlements et statuts élaborés à l'intérieur de certains groupements particuliers ou de certaines corporations, telles les sociétés anonymes.

Ce pouvoir de créer du droit " a priori " ne paraît pas pouvoir être le même dans tous les groupements particuliers. Il semble que, de ce point de vue, il y ait des distinctions à faire selon les types de groupements. Un groupement sera d'autant plus apte à créer du droit qu'il aura un caractère de droit public si nous traduisons en droit dogmatique; qu'il bénéficiera d'une organisation et de la stabilité. Il y a là une série de caractères propres à développer la faculté législative à l'intérieur des groupements particuliers. Le droit dogmatique lui-même en convient : certains groupements particuliers relevant du droit public élaborent des règles de droit. Ainsi, les groupements particuliers qui correspondent à des subdivisions territoriales (traduisons, en droit dogmatique : les arrêtés préfectoraux, les arrêtés municipaux), droit local, territorial, élaboré par des sociétés particulières). Aucune difficulté ici, puisqu'il s'agit de subdivisions territoriales de l'Etat. Tout naturellement, l'Etat prêtera son appareil de contrainte à ces règles subsidiaires élaborées par des groupements particuliers.

On admettra encore ce pouvoir législatif pour certains groupements particuliers qui, sans être des subdivisions territoriales de l'Etat, présentent un certain caractère de droit public, constituent des " corporations " (et non pas seulement des groupements privés ou des associations, voire des syndicats). Ainsi, en droit français, on admettra que l'Ordre des Médecins constitue une corporation; il peut élaborer un droit particulier à la corporation dont il est l'organe. A la vérité, il y a une raison supplémentaire,

formaliste, dogmatique, d'admettre que le code de déontologie médicale constitue du droit : c'est qu'il a été formellement, extérieurement promulgué en forme de décret. Même en dehors de là, on pourrait admettre qu'émanant d'une corporation de droit public, un code de déontologie professionnelle constitue le droit.

La difficulté d'une séparation entre le dogmatique et le sociologique apparaîtra quand on descendra, dans l'appareil des groupements, à certains groupements qui ne disposent que d'une " contrainte conditionnelle " sur leurs membres. Ces groupements s'opposent aux corporations sous ce rapport de la contrainte, les corporations disposant d'une contrainte inconditionnelle sur leurs membres. Ce sont des groupements obligatoires : on ne peut être médecin qu'à condition de faire partie de la corporation. A l'inverse, certains groupements ne disposent que d'une contrainte conditionnelle sur leurs membres peuvent toujours cesser de faire partie du groupement. Un syndicat professionnel, dans la législation française, ne dispose que d'une contrainte conditionnelle en droit sur ses membres. C'est un groupement facultatif.

Pour des groupements facultatifs, il peut y avoir plus de difficulté à admettre l'existence d'un véritable pouvoir de créer du droit. Cependant, il est des groupements facultatifs qui ont un caractère d'organisation et de stabilité tel que pour eux l'on admettra plus facilement la génération de véritables règles de droit interne, le pouvoir d'élaborer du droit. Une partie au moins des juristes admettent que les statuts d'une société anonyme, le règlement intérieur d'une

association, le règlement d'atelier d'une entreprise, constituent de véritables règles de droit; alors que pour beaucoup d'autres juristes, c'est par l'idée de contrat qu'il conviendrait d'analyser ces dispositions. Il y a une opposition, chez les juristes français, entre la thèse contractuelle et la thèse statuaire ou institutionnelle, quand il s'agit d'analyser ces statuts ou ces règlements. La tradition continue à soutenir que c'est une volonté de tous les membres du groupement qui explique la caractère obligatoire (par exemple, du règlement d'atelier, dans l'netreprise); d'autres maintiennent qu'il s'agit là d'une véritable règle de droit élaborée par des organes compétents à l'intérieur de l'entreprise. Il semble possible, d'un point de vue sociologique, d'analyser comme des règles de droit objectif les dispositions dont nous venons de parler. Il semble bien que ce soit du droit, car nous sommes en présence d'une règle de conduite extérieure, imposée à certaines personnes dans leurs rapports avec d'autres personnes, et de règles qui peuvent être ramenées à éxécution sous une certaine pression extérieure. En cas de violation du règlement d'une association, il y aura lieu à l'application de sanctions spécifiques et exclusion de l'association. En matière d'entreprise, la violation du règlement d'atelier sera sanctionnée par le congédiemment de l'ouvrier, en vertu du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.

Il parait d'autant plus nécessaire d'analyser comme règles de droit objectif ces dispositions dont nous venons de parler qu'elles ne semblent pas d'une nature substantiellement différente de celle d'autres dispositions auxquelles tout

le monde reconnaît le caractère de règles de droit objectif. Prenez le statut des fonctionnaires : en droit dogmatique, tout le monde admettra qu'il s'agit là de véritables règles de droit. C'est de l'Etat qu'émane le statut des fonctionnaires. A cause de ce caractère purement formel, tous les juristes dogmatique reconnaissent que le statut des fonctionnaires a le caractère de règles de droit. Mais du point de vue sociologique y a-t-il une différence substantielle entre le statut des fonctionnaires et le règlement, souvent identique, s'inspirant du statut des fonctionnaires, calqué sur lui, qui régit personnel dans une grande entreprise privée ? On trouve, pour certaines entreprises privées, des règlements relatifs au recrutement, à l'avancement, à la discipline du personnel, qui évoquent tout à fait, dans leur substance, le statut des fonctionnaires élaboré par L'Etat. D'un point de vue sociologique, il y a une identité entre ces deux sortes de dispositions. Et si l'on admet que les premières relèvent de la notion de règles de droit, il n'y a pas de raison, en sociologie, abstraction faite de la question des sources formelles, pour refuser le caractère de règles de droit au règlement régissant le personnel des entreprises privées.

Ou; encore, le règlement d'un lycée, élaboré par des organes de droit public, sera considéré comme du droit, et le règlement d'un établissement d'enseignement libre ne serait pas considéré comme du droit. D'un point de vue sociologique, il est évident qu'il y a identité de substance entre ces deux sortes de règles.

La difficulté devient plus aiguë quand on descend encore d'un degré dans la série des groupements particuliers, pour arriver à des groupements qui, à la différence des précédents, sont inorganisés. Encore y a-t-il des nuances à observer, même là. Une certaine stabilité dans le groupement pourra faire passer sur le défaut d'organisation, pourra être propre à faire apparaître le groupement dont il s'agit comme un véritables milieu juridique.

Ainsi, la famille n'est pas un groupement à proprement parler organisé, mais c'est un groupement d'une suffisante stabilité. Alors, on admettra qu'il puisse y avoir, à l'intérieur de la famille, une certaine élaboration de droit, et que la famille puisse constituer un véritable milieu juridique. En code civil suisse, une disposition de l'article 321 concerne l'autorité domestique : le maître de maison, le chef de famille, au sens presque romain du terme : le chef de la " domus ", a une autorité sur tous ceux qui habitent la maison. Et le code civil suisse admet qu'il puisse élaborer des règles de droit pour l'ordre à l'intérieur de la maison. C'est peut-être très peu pratique, même en Suisse cela a été critiqué, mais d'un point de vue sociologique il y a là quelque chose de révélateur : la famille (la " domus ") nous apparaît comme un milieu juridique. Bien qu'il n'y ait pas une organisation très poussée, il y a du moins une stabilité suffisante; il y a un chef, en conséquence une différenciation intérieure qui suffit à faire apparaître la famille comme un milieu juridique.

Seulement, si le groupement particulier joint à l'inorganisation la stabilité, il semble que la difficulté devienne extrême et que l'on ne puisse plus parler de milieu juridique : même là, il ne faut pas se hâter de conclure... Les sociologues savent apercevoir du droit là où les juristes dogmaticiens ne peuvent plus en discerner.

Je vous parlais l'autre jour , parmi les milieux juridiques instables, de la " queue ", la file d'attente qu'avait étudiée avec prédilection MONNIER. A l'intérieur de la file d'attente, il avait très bien marquée qu'il existe certaines règles de droit, que la file d'attente se donne, spontanément et notament, la loi du tour : le premier arrivé a une priorité sur tous les autres. C'est quelque chose d'élémentaire, ou de rudimentaire, néanmoins une véritable loi. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, cette loi sera secrétée spontanément par chaque file d'attente et calquera ce qui se fera dans toutes les files d'attente du monde. C'est bien du droit, oomme le disait MONNIER, que cette loi du tour, de la priorité de l'arrivée, laquelle sera sanctionnée en cas de violation. Car il est évident qu'il se produira des remous dans la file d'attente si quelqu'un veut passer avant son tour. Cette pression de la filr d'attente suffira, en gros, pour que la règle soit généralement respectée.

On voit ainsi apparaître, à travers la série des groupements particuliers, tout un dégradé de droits. La notion de droit ne nous est jamais apparue comme une notion une. Il ne faut pas voir le droit dans sa perfection des sociétés modernes vivant sous l'empire de codifications.

Non, le droit est quelque chose de beaucoup plus multiforme. Il y a des degrés dans la perfection du droit. C'est pourquoi il peut y avoir des degrés dans les milieux.

Les groupements particuliers sont donc des milieux juridiques, mais il faut se hâter de corriger cette première proposition par une seconde proposition, qui est l'imperfection des milieux juridiques particuliers.

2) - <u>Imperfection des milieux juridiques particuliers</u> :

Les juristes dogmatiques ont tort de ne pas vouloir reconnaître le phénomène juridique en dehors de l'ordre juridique établi; de leur côté, les sociologues ne soulignent pas assez ces cas uniques dans la société globale, partant le phénomène juridique qui s'y déroule, phénomène irréductible, sans équivalent pour le droit. c'est pourquoi la société globale qui s'exprime juridiquement dans l'Etat est un milieu juridique parfait, tandis que les sociétés particulières ne seront jamais que des milieux juridiques plus ou moins loin d'être parfaits.

Deux traits traduisent l'imperfection des milieux juridiques particuliers. C'est tantôt le défaut d'autonomie de ces milieux juridiques, tantôt, si j'ose dire, le défaut de judiciarité de ces milieux.

La première imperfection est le défaut d'autonomie. Les groupements particuliers, à l'intérieur de la société globale, sont enfermés, enserrés par elle; ainsi, contenus par elle, subordonnés à elle. Ils ne sont pas autonomes.

Cette subordination du droit qui peut-être élaboré à l'intérieur du groupement particulier, par rapport au droit qui est élaboré par la société globale, est évidente dans beaucoup de cas pour les juristes dogmatiques, parce qu'elle se traduit par des mécanismes juridiques que nous connaissons bien: les mécanismes juridiques de la hiérarchie des sources formelles du droit (en vertu de laquelle, par exemple, l'arrêté municipal est subordonné à l'arrêté préfectoral, lequel est subordonné au décret, etc...). Cette hiérarchie des sources traduit une imperfection, une subordination du droit élaboré par certains groupements particuliers. De même, le contrôle de la légalité des règlements, en droit administratif, est encore un mécanisme juridique, qui exprime la subordination du droit élaboré par des groupements particuliers. Il y a là, pourrait-on dire, un marché passé entre la société globale et les sociétés particulières. La société globale accepte de prêter la contrainte dont elle dispose à certains groupements particuliers, mais en contrepartie elle se réserve un droit de contrôle sur le droit qu'élaboreront ces groupements particuliers.

Même en dehors de cette subordination juridiquement définie et classée on constate que le milieu juridique particulier, fût-il le plus spontané, le moins organisé, se laisse pénétrer par la société globale.

Je reprends l'exemple-limite de la file d'attente. A tous moments, un agent de l'autorité publique, un agent aussi au sens vulgaire du terme, peut intervenir et établir

un ordre étatique à l'intérieur de la file d'attente, et la contrôler. Exemple le plus juridique : la mise à l'index, par laquelle un syndicat interdira à un ou des patrons d'embaucher un ouvrier non syndiqué. La mise à l'index peut nous apparaître comme un phénomène de droit se produisant à l'intérieur d'une société particulière, de ce groupement qu'est, dans la profession ouvrière, le syndicat.

Cette mise à l'index est à la fois reconnue par le droit étatique et contrôlée par lui.

Vous savez qu'il y a une jurisprudence sur la mise à l'index. Celle-ci n'est pas en soi quelque chose d'illicite, mais peut le devenir si elle est abusive. Des arrêts célèbres (arrêts célèbres (arrêt Josse, chambre civile, 22 juin 1892 - au Sirey de 1893, lère partie, page 41; arrêt Cortot, 2ème Section civile, 26 novembre 1953 - au Dalloz 1956, page 154), dans une sorte d'ambivalence, reconnaissent implicitement qu'un droit se forme spontanément à l'intérieur de certains groupements particuliers, mais que ce droit est subordonné au droit de la société globale en ce sens que les tribunaux de la société globale peuvent contrôler l'abus, le dépassement de certaines limites.

Le droit qui s'labore à l'intérieur des milieux juridiques particuliers aura toujours ce caractère d'imperfection qui tient à un certain défaut d'autonomie par rapport au droit de la société globale.

En outre, une seconde imperfection sérieuse, peut-être plus voilée, de ces milieux juridiques particuliers,

tient à ce que j'appellerai le défaut de judiciarité. Ce qui manque le plus aux sociétés particulières pour constituer les milieux juridiques parfaits, ce n'est pas la possibilité de la règle, mais celle du jugement. On n'y a pas suffisamment pris garde. Aussi bien chez les sociologues que chez les dogmatiques, on a toujours attaché plus d'importance, pour caractériser l'essence du droit, à la règle de droit qu'au jugement. Le jugement est pourtant une pièce constitutive d'un ordre juridique tout aussi essentielle que la règle.

Or, dans les milieux juridiques particuliers, la possibilité du jugement est bien moindre que celle de la règle.

Pourquoi la famille, par exemple, n'est-elle pas un milieu juridique parfait, pourquoi est-elle un milieu juridique très imparfait ? C'est beaucoup moins à cause de la difficulté d'y élaborer et se créer des règles de droit - ce qui est encore facile : le chef de famille peut élaborer un ordre juridique intérieur - que de la difficulté majeure d'organiser un tribunal à l'intérieur de milieu juridique particulier.

La société anonyme, l'association, a des règles, mais plus difficilement ces groupements ont des juges. C'est que juger n'est pas seulement prendre une décision sur l'application de la règle de droit préexistante. Il faut quelque chose de plus : il faut prendre la décision dans certaines conditions spéciales. Il faut, notamment, organiser la contradiction. Il n'est pas de jugement en dehors de cela. Il faut surtout que le juge ne soit pas en même temps partie.

).

Or, dans les groupements particuliers, il y a là une difficulté majeure : trouver des juges qui ne soient pas en même temps partie.

Cette question "d'hétéronomie du jugement " explique pourquoi c'est dans la société globale que les jugements peuvent être le plus facilement organisés. Parce que la société globale est très au-dessus des litigants. C'est pourquoi la Justice est une fonction essentielle de l'Etat, beaucoup plus que les groupements particuliers.

Pourquoi la loi de Lynch, expression caractéritique le loi, dit-on, ne peut-elle être regardée comme une véritable règle de droit secrétée par un milieu juridique spontané, qui se formerait au moment où une foule se dresse contre un individu minoritaire ? Pourquoi n'est-elle pas une véritable règle émanant d'un milieu juridique particulier ? Parce qu'il n'y a pas, dans son application, un véritable jugement préalable. Les représentants du jugement sont en même temps partie. C'est la difficulté majeure. Il n'y a pas véritablement les caractéristiques sociologiques d'un jugement. C'est le défaut de judiciarité beaucoup plus que le défaut de règle qui empêche ici le groupement de devenir un milieu juridique parfait.

LE PLURALISME JURIDIQUE AU NIVEAU DE L'INDIVIDU

Deux ou même plusieurs ordres juridiques coexistant en un même point du temps et de l'espace enveloppent le même individu et peuvent provoquer concuremment en lui ce phénomène psychologique que nous avons appelé, dans un chapitre précédent, le sentiment du droit objectif, cette réaction générale et diffuse à la règle de drcit. Le même individu pourra éprouver ce sentiment de dépendance à l'égard du droit. Il pourra l'éprouver à l'égard de deux ou plusieurs ordres juridiques à la fois. L'individu sent sa double, sa multiple appartenance juridique. Sa conduite est sollicitée par des règles divergentes, il est tiraillé entre des ordres juridiques pluraux. Car il n'est pas facile d'avoir deux maîtres, et en l'occurence, par hypothèse, l'individu a deux maîtres; il dépend de deux systèmes juridiques. On parlera ici assez facilement de conflit de devoirs. Ces conflits de devoirs, qu'étudient la morale, la théologie, ont souvent pour origine la dualité d'ordre juridique. Mais l'expression est un peu étroite, car parfois le conflit n'est pas entre deux devoirs, deux obligations; il peut être entre un devoir et un droit (un droit subjectif). Beaucoup de phénomènes de prétendue violation du droit ne sont que des phénomènes d'obéissance à un droit concurrent du droit étatique. Ces phénomènes de violation apparente du droit étatique, du droit de la société globale, ne révèlent pas, si l'on va au fond des choses, un comportement anti-juridique. Ils vont simplement contre le droit de la société globale, mais se récla-

ment d'un ordre juridique. Sans être parfois hostiles à l'ordre étatique du moment, ils peuvent se réclamer d'un ordre étatique disparu. A qui a pris de la hauteur, ce pourrait être un motif d'indulgence à l'égard de ces sortes de violation du droit. Mais cette hauteur sociologique n'est pas permise au juriste, car, je l'ai déjà dit, le droit est un dieu jaloux, un dieu exclusif. La caractéristique du droit, c'est de ne pas admettre qu'un autre que lui soit droit; en conséquence, la violation du droit actuel étatique commise au nom d'un ordre juridique ne saurait trouver d'indulgence dans l'ordre juridique de l'Etat.

Il y a deux grands types de conflits de pluralisme juridique au niveau de l'individu. D'abord, ceux qui résultent de la coexistence entre la société globale et certaines sociétés particulières, du moins dans la mesure où ces sociétés particulières sont des milieux juridiques. Par exemple : un même individi est citoyen d'Etat, mais il peut se sentir membre d'une Eglise (d'une Eglise qui constitue un milieu juridique).

Ou bien encore : un citoyen peut être en même temps syndiqué et considérer que le syndicat est un milieu juridique qui élabore son propre droit, en concurrence, sur certains points, avec le droit de l'Etat.

Il y a des phénomènes par simultanéité de l'ordre juridique, on pourrait dire des phénomènes juridiques par concurrence d'ordres juridiques.

Moins visibles, peut-être plus importants sociologiquement, sont les conflits qui résultent d'une succession d'ordres juridiques dans le temps. Le droit (c'est l'hypothèse)

a changé, mais quelque chose survit ou revit de l'ordre juridique ancien. L'ordre juridique disparu revient dans l'individu, s'y établit en concurrence avec le droit en vigueur.

Ce sont là des pluralismes juridiques par récurrence et non plus par concurrence. Et il peut être difficile, dans certains cas, de discerner si un phénomène de pluralisme juridique relève d'un type de conflit ou de l'autre. Car le droit ancien, disparu de la société globale, peut survivre comme droit actuel à l'intérieur d'une société particulière. Alors, dans le temps, nous pouvons dire qu'il y a récurrence, mais, dans l'espace, ce droit ancien, abrogé pour la société globale, ayant été recueilli par une société particulière, on peut dire qu'il y a concurrence entre la société particulière, on peut dire qu'il y a concurrence entre la société particulière et la société globale. Aussi n'est-ce pas cette opposition entre concurrence et récurrence que nous retiendrons comme base de notre étude. Nous la réintroduirons peut-être comme subdivision, mais prendrons pour base une autre opposition, de degrés et non de nature.

On observe que les phénomènes de pluralisme juridique à l'intérieur de l'individu se présentent tantôt sous une forme nette, catégorique, tantôt, plus souvent même, sous une forme diffuse. Ce n'est pas une distinction très scientifique qu'une différence de degré, mais elle est commode comme définition provisoire, dans un but de recherche.

Cette opposition entre les phénomènes de pluralisme

catégorique et les phénomènes de pluralisme diffus nous permettra peut-être une première approche de la question.

A) - Les pluralismes juridiques catégoriques :

C'est la netteté de l'ordre juridique rival de l'ordre juridique ététique (de l'ordre juridique concurrent ou récurrent) qui nous permet de parler de pluralismes juridiques catégoriques.

Il peuvent être des pluralismes par concurrence, au sens que je donnais à ce terme. Le droit ététique entre en conflit avec un autre droit en vigueur, qui peut réclamer lui aussi le titre de droit positif.

Je laisse de côté le droit international privé, qui, si l'on allait au fond des choses, est en cause dans un conflit de ce genre. Dans l'ordre interne, il y a des pluralismes juridiques catégoriques. Il peut y avoir pluralité de droits positifs à l'intérieur d'un individu, de droits positifs qui s'entrechoquent, qui entrent en conflit. Le conflit présente ses arêtes les plus vives, les plus connues, lorsque c'est un conflit entre droit laïque et droit religieux (entre le droit laïque d'un pays comme le France et le droit canonique, par exemple, mais le problème pourrait se retrouver pour d'autres droits religieux que le droit spécifique de l'Eglise catholique; ainsi, pour le droit mosaïque, ou pour le droit musulman). Il peut y avoir un conflit, sur certains points, entre le droit positif de l'Etat laïc et le droit positif de telle ou telle religion. Ce qu'il faut, c'est que du côté de la religion les impératifs se présentent comme de

véritables impératifs juridiques. Il peut arriver que la prescription religieuse ne soit qu'indirecte; alors, le conflit est diffus. On ne peut parler de conflit catégorique que si la loi religieuse se présente avec des caractères de véritable droit positif. Il existe en tout cas des techniques bien connues de solution de cette sorte de conflit entre droit laïc et droit religieux. Techniques de refoulement.

Le principe de laïcité du droit est une technique de refoulement des techniques de répartition, telle était par exemple dans notre ancien droit la distinction du contrat et du sacrement, en matière de mariage, ou encore, de façon plus vague, la distinction du temporel et du spirituel.

Il peut y avoir, en second lieu, des pluralismes catégoriques qui soient des pluralismes par récurrence. Le droit étatique positif en vigueur entre en conflit avec un droit aboli. Ce droit aboli a eu en son temps (par hypothèse) les attributs de la souveraineté, les caractères d'un droit étatique, mais il a été abrogé. Il avait autrefois un caractère de juridicité parfaite, mais l'a perdu, du fait de son abrogation. Mais du fait que nous avons distingué le législateur juridique et le législateur sociologique, il faut séparer l'abrogation juridique et l'abrogation sociologique. Ce n'est pas parce que, par un mécanisme de droit formel, on déclare abrogée telle règle de droit qu'elle sera sociologiquement abrogée. Notez qu'en droit dogmatique, notre principe de l'article 2 du Code civil (de la non-rétroactivité des lois) tend, dans une certaine mesure, à accorder l'abrogation

juridique sur l'abrogation sociologique. Le principe de la non-rétroactivité des lois tend, vous le savez, à assurer une certaine survie au droit abrogé. Pourquoi ? Parce qu'il ne suffit pas d'abroger formellement un droit pour l'effacer de la psychologie des individus et de la réalité vivante.

Le droit abrogé formellement risque de survivre sociologiquement pendant un certain temps. Alors, le législateur dogmatique lui-même reconnaît qu'il faut avoir égard à cette réalité sociologique qui se poursuit. Et, oendant un certain temps, suivant des techniques varaibles, il assurera la survie de la loi ancienne. Tout de même, à un moment donné, il y a une coupure en droit dogmatique. Et plus rien survit de la loi qui a été abrogée. Cependant, le divorce peut apparaître à ce moment entre le droit et la sociologie.

La règle dogmatiquement peut continuer à survivre, bien au delà des limites que lui accordent les règles de conflits inter-temporels, dans les consciences, dans les pratiques; les individus peuvent continuer à lui conaerver attachement et obéissance. Alors, à l'intérieur de l'individu, un conflit risque de s'ouvrir, entre ce droit complètement abrogé et le droit positif en vigueur. Le droit abrogé n'est plus muni des attributs du droit positif; il ne dispose plus de la contrainte étatique, mais il peut encore avoir force sociologique; alors, il entre en conflit avec le droit positif en vigueur.

Je donnerai quelques exemples historiques de ces conflits. C'est un fait qu'après l'abolition des droits

féodaux, pendant la Révolution française et même longtemps après, jusqu'au début du XIXème siècle, de nombreux tenanciers ont continué à payer des rentes féodales, ou mélangées de féodalité, que la législation révolutionnaire avait sup - primer sans indemnité. Ils se sentaient obligés à payer, par le droit aboli, qui n'était pas aboli dans leur conscience ; une forme sociologique les amenaient à payer contre le droit positif. Le conflit nous est connu,parce qu'il est monté à la surface du droit. Il arriva que certains tenanciers, ayant payé, pendant de nombreuses années, de ces rentes féodales qui n'étaient plus dues, au bout d'un certain temps éprouvèrent un regret d'avoir payé sans le devoir. Si ce n'étaient pas eux qui éprouvaient ce regret, c'étaient leurs enfants. Et ils entamèrent des actions en répétition de l'indû. Le problème se posé devant les tribunaux, qui le résolurent par un appel à la notion d'obligation naturelle. Ils considérèrent que la répétition de l'indû était exclue, parce que l'acquittement avait lieu en vertu d'une obligation natu relle. Les rentes féodales abolies n'étaient pas dues civilement, mais elles étaient dues " naturaliter ". Constatons ici la technique de l'obligation naturelle peut servir à résoudre un conflit, non pas, comme on le dit toujours, entre un devoir de conscience et de droit, mais entre deux ordres juridiques successifs. Le conflit était entre l'ordre juridique aboli et l'ordre juridique nouveau; le biais (l'obligation naturelle) permit de le résoudre.

Je citerai un autre exemple : certaines habitudesn attestées au début de ce siècle encore et même à l'heure actuelle, pour certains règlements successoraux dans telle ou telle région de France. Ainsi, au début du siècle encore, l'habitude était assez répandue, en Corse, d'exclure de la succession les enfants émigrés. Cette habitude évidement allait contre les principes successoraux du code Napoléon, mais répondait à une coutume que le code Napoléon avait abolis.

Ou bien encore, l'exemple est toujours vivant dans caertaines régions de France telles que le Béarn, de faire ce que l'on appelle un " aîné ", c'est-à-dire d'attribuer au moins la quotité disponible dans la succession, lorsque le père de famille laisse plusieurs enfants, à l'aîné des enfants, qu'il s'agisse d'une fille ou d'un garçon.

Quelle est la portée sociologique de ces habitudes ? Ce sont, l'Histoire nous permet de l'émettre, de véritables règles de droit, qui ont été en vigueur au Béarn, en Corse, avant la loi de ventôse, an 12, qui abrogeait en bloc toutes les coutumes de l'ancien droit. C'était, à cette époque, du droit positif local, pour ces régions de France. Si ce droit positif a été aboli formellement, dogmatiquement, il ne l'a pas été, ou l'a été mal, sociologiquement. Le milieu juridi- local continue d'accueillir la règle de droit ancien comme du droit positif. Il y a, en conséquence, un certain conflit, qui en certains cas peut se résoudre par une technique que le code Napoléon lui-même a laissée offerte. Dans la mesure où le père de famille (pour reprendre l'exemple) se con-

tente d'attribuer la quotité disponible à un aîné, il ne fait qu'user d'une faculté qui lui a été expressément concédée par le Code civil lui-même; il ne se dresse pas contre le Code civil. Il se borne à utiliser l'autonomie de la volonté, la liberté testamentaire, dans le mesure où le code Napoléon l'a maintenue. Il y a ici, entre le droit abrogé et le droit nouveau, une harmonisation qui se fait par l'intermédiaire de la liberté testamentaire. Mais il arrive que l'exploitation agricole, notamment, ne pouvant être divisée, le père de famille ne disposant pas de valeurs pour constituer aux autres enfants un appareil héréditaire, des règles, impératives celles-là, du code Napoléon, sur la réserve du père, soient délibérément violées par le père de famille, attribuant; même au-delà de la quotité disponible, à l'aîné des enfants, l'exploitation agricole. Il y a alors violation du droit en vigueur au nom droit abrogé. Le conflit est aigu antre les deux sortes de dispositions. Nous sommes bien en présence d'un phénomène de pluralisme juridiques au niveau de l'individu. Les pères de famille; dans ces régions, se considèrent comme liés par ces coutumes mal abrogées, parce qu'elles n'ont pas été psycho-sociologiquement abrogées, et ils donnent le pas à ces coutumes sur le droit nouveau mal introduit dans ces régions. Nous sommes bien là en présence d'un pluralisme juridique résultant d'une récurrence de l'ordre juridique abrogé.

Mais, plus souvent, les phénomènes de pluralisme juridique sont des phénomènes de pluralisme diffus.

B) - Les pluralismes juridiques diffus :

Parfois, le sentiment de soumission au droit étatique se trouve contredit, au dedans de l'individu, par un autre sentiment : la force d'un sentiment collectif, qui n'est pas du tout une réforme individuelle contre le droit en vigueur, une violation individuelle de ce droit, mais un sentiment collectif qui n'émane pas d'ordre juridique constant et défini. Cela devient l'apparence d'un droit; même historiquement, on a de la peine à situer ce droit, ou plutôt on devine l'existence dur droit à travers le sentiment que l'on aperçoit dans l'individu.

Je voudrais, pour éclairer ces formules, vous en donner quelques exemples, que j'emprunterai, ici encore, aux deux sortes de pluralismes que nous avons pu précédemment constater : pluralisme par concurrence, pluralisme par récurrence.

Et, d'abord, pluralisme par concurrence ... Mon premier exemple, je le tirerai de la jurisprudence allemande disparue aujourd'hui et qui s'était limitée au surplus à des juridictions inférieures. Il s'agissait d'apprécier la validité du renvoi exercé par un patron contre des ouvriers qui s'étaient abstenues de venir travailler le ler mai. A l'époque - nous sommes avant 1926 où la Reichsgericht mit fin à cette jurisprudence - il n'y avait pas encore de fête du ler Mai en Allemagne, mais, déjà, une certaine coutume ouvrière qui se créait dans le sens d'une célébration du ler mai. Et, fréquemment, les ouvriers ne

venaient pas travailler ce jour-là, mais alors, fréquemment aussi, les patrons les renvoyaient. Un assez grand nombre de juridictions inférieures avaient considéré que les ouvriers étaient excusables et qu'en conséquence le patron ne pouvait légitimement les renvoyer lorsqu'ils avaient obéi à une croyance collective, lorsqu'ils s'étaient crus autorisés à agir ainsi, par une véritable coutume émanant de la profession, de leur syndicat (une véritable coutume ouvrière). Dans cette jurisprudence se posait en conséquence très nettement l'idée d'une concurrence entre le droit étatique, qui reconnaissait au patron la liberté de licencier un ouvrier qui ne s'était pas présenté un jour de travail, et la coutume ouvrière. C'était bien très nettement reconnaître l'existence d'un conflit de cette sorte que de condamner cette jurisprudence. C'était bien très nettement reconnaître l'existence d'un conflit de cette sorte que de condamner cette jurisprudence. C'était du rôle du Reichsgericht, gardien du droit étatique.

Je citerai un autre exemple, bien français celui-là et c'est celui du marché noir, dans la période 1940-1948. Ce phénomène, étudié par certains sociogues, gagnerait à être étudié du point du vue de la sociologie juridique. Il est très important, en sociologie, mais aussi très complexe. Il y a eu - vous en avez entendu parler - plusieurs sortes de marché noir. Je borne mon observation à ce que l'on appelait l'année du marché noir, c'est-à-dire un marché noir non spéculatif : consomateurs qui achetaient en dehors de la loi du droit positif, qui avait établi des règles de rationnement,

des taxations des prix. Quant au consommateur qui, pour se nourrir ou nourrir sa famille, achetait en violation de ces règles du droit étatique, ce serait un contresens de percevoir dans ce phénomène le mépris de l'ordre juridique. Il y avait simplement, là, le mépris d'un ordre juridique donné, de l'état de l'époque (de l'ordre juridique étatique d'une période délimitée dans le temps), au nom d'un ordre juridique considéré comme supérieur. Ceux qui recouraient au marché noir se fondaient sur l'absolu de l'autonomie de la volonté. Ils considéraient que du moment qu'un accord intervenait entre le vendeur et l'acheteur, c'était suffisant pour établir un ordre juridique valable, et que la règle de droit étatique qui s'élevait contre l'autonomie de la volonté ne devait pas être obéis. Il y avait là, en conséquence, un conflit entre deux ordres juridiques concurrents : l'ordre de l'Etat, d'une part, et, d'autre part, l'ordre juridique émané de la population moins l'Etat, c'est-à-dire la masse des citoyens, laquelle n'avait pas encore reconnu dans son coeur la suppression de l'autonomie de la volonté. C'est dire que ce phénomène de pluralisme par concurrence n'était pas loin aussi d'être un phénomène de pluralisme par récurrence. (Comme je le disais en commençant, il n'est pas toujours aisé de discerner concurrence et récurrence. Certains phénomènes peuvent appartenir aux deux ordres, parce que le droit aboli peut survivre dans un milieu particulier).

... Il y a des violations du droit en vigueur qui semblent avoir pour cause l'influence diffuse d'un droit ancien dont le souvenir et la force contraignante ne sont pas oblitérés, au moins dans telle ou telle conscience individuelle. Comment cela peut-il se faire ? On pourrait penser à un phénomène d'atavisme, d'une hérédité qui saute des générations. Le postulat serait que le droit s'incorpore à un cas psychophysique, qu'il entre dans le patrimoine héréditaire de l'individu. Ce n'est guère vraisemblable; ce n'est pas, en tout cas, facile à vérifier.

On pourrait penser aussi à un phénomène de transmission éducatif. Le postulat serait qu'il existe des " isolats " juridiques familiaux (le terme " isolats" est usité en sociologie); que les règles anciennes du droit auraient pu se conserver transmises de génération en génération. Ou, encore, on pourrait penser à une " régression ", au sens freudien du terme, à un retour à des modalités de comportement que le sujet aurait réellement vécues à un stade antérieur de son existence, dans sa première enfance, par exemple, comme le disent et le pensent les freudiens. Tout cela est assez conjectural.

On peut penser aussi à une reconstitution spontanée, par l'individu, du raisonnement législatif ancien. De même qu'autrefois on avait fait un certain raisonnement qui avait été à la base d'une règle de droit, de même, l'individu, spontanément, en présence d'une situation donnée, réagirait, comme le législateur ancien, comme le peuple ancien,

formateur de la coutume, avait réagi, et retrouverait les réflexes d'autrefois. Ce serait ainsi que semblerait revivre le droit d'autrefois.

Je citerai deux exemples.

Le premier concernerait l'infanticide. C'est une infraction pénale dont l'histoire est extrêmement tourmentée, même depuis le Code pénal. Vous pouvez constater, sur les articles 300 à 302 du Code pénal, des contrecoups de psychologie collective à l'égard de l'infanticide. La répression, en la matière, a été constamment hésitante entre la rigueur et l'indulgence. On peut expliquer cela par l'influence diffuse d'un droit ancien, où l'infanticide a été licite. La sociologie nous met en présence de coutumes très nombreuses qui admettent l'infanticide, avec des modalités variables, parfois l'infanticide d'enfants d'un sexe déterminé. Il est certain que dans beaucoup de sociétés de type primitif et même à l'époque historique, cela est attesté pour les droits de la haute Antiquité. Pour le droit grec très ancien, l'infanticide a été licite. Ceci peut revivre dans la conscience non seulement des criminels, mais aussi des juges; peut influencer à la fois la criminalité et la répression. Ce pourrait bien être ici un phénomène de pluralisme juridique diffus, qui expliquerait à la fois et l'infraction et l'hésitation dans le repression de l'infraction.

Le second exemple concerne le vol chez les enfants. Vous connaissez l'évolution (bien connue) dans l'attitude générale du droit pénal, à l'agard de la délinquance des

mineurs : le passage de la formule répressive à la formule éducative, mais, aussi bien dans le droit pénal encien que dans les mesures éducatives d'aujourd'hui, le postulat est toujours le même. C'est que la délinquence du mineur doit être appréciée par rapport à l'ordre juridique adulte, soit qu'on reproche au mineur d'avoir dévié de l'ordre juridique adulte, soit que l'on considère comme un défaut d'éducation qu'il nait pas connu cet ordre. On considère toujours l'attitude du mineur qui vole comme une attitude anti-juridique. Mais on pourrait se demander s'il n'y a pas, dans le vol pratiqué par le mineur, des phénomènes de récurrence. La sociologie nous montre un ordre juridique ancien où les enfants pouvaient licitement prendre au tas : ce n'était pas un vol, c'était un acte indifférent.

De cet ordre juridique ancien, il existe des traces. a prétendue loi de Lyourge, de vol favorisé à Sparte, comme beaucoup de lois de Lyourgue ne fait sans doute que traduire des coutumes très anciennes des peuples européens. Un peu partout, dans l'Europe, on trouve des coutumes autorisant le glanage et le grappillage au profit des enfants, parfois au profit des adultes pauvres, mais presque partout, plus couramment, au profit des enfants.

Le folklore atteste une coutume que l'on appelle parfois un droit de réquisition, droit de quête de la jeunesse. Dans beaucoup de régions, encore au début du XXème siècle, les enfants et adolescents avaient le droit de venir réclamer des oeufs à l'approche de certaines fêtes, ou

du bois, lorsqu'il s'agissait de faire le feu de la Saint-Jean. Ce que l'on appelle en Allemagne le"droit de la Pentecôte " (Pfingstenrecht) est le droit, pour les enfants, de venir réclamer d'une manière plus qu'insistante - contraignante ! - des oeufs, à l'approche de le Pentecôte, pour faire un gateau.

Ces coutumes, dispersées, différentes, variées, attestant, se rapportent sans doute à un état de droit disparu, où les enfants pouvaient pratiquer licitement le vol sur la propriété dite adulte.

Il ne faudrait pas dire que les enfants n'ont pas le sentiment de la propriété; ils l'ont : sentiment impératif de leur propriété et de la propriété même des autres enfants. Mais ils n'ont pas un sentiment aussi vif de la propriété des adultes. Cette inconscience à l'égard de la propriété des adultes peut bien être mise en rapport avec ordre juridique où les enfants, faisant bande à part, vivant par classe d'âge, isolés, séparés de la société adulte (c'est la théorie du sociologue allemand Schurz, sur les classes d'âge à l'intérieur des sociétés primitives) pratiquaient un véritable droit de réquisition et de pillage sur la propriété des adultes. Il y a là, en tout cas, un aspect de la question du vol pratiqué par les enfants, qui mériterait d'attirer davantage l'attention des criminalistes modernes. Le phénomène pourrait s'expliquer, dans une certaine mesure, par l'idée d'un ordre juridique concurrent, beaucoup plus que par un esprit nettement anti-juridique, comme on le

suppose dans l'opinion courante.

Ces phénomènes de pluralismes juridiques diffus nous amènent naturellement au paragraphe troisième.

LE FOLKLORE JURIDIQUE

Le terme " folklore " évoque des danses, des chants, des jeux, des cérémonies, mais il y a une face du folklore tournée vers le droit et on parle de folklore juridique.

" Folklore ", étymologiquement, signifie savoir populaire, culture populaire. On l'a défini parfois comme la science de la vie populaire dans la vie civilisées. C'est mettre l'accent sur l'aspect populaire du folklore (sur le"fol "), mais il y a, à la vérité, dans la notion du folklore, un élément temporel. L'écossais André Lang, qui fut l'un des premiers à étudier scientifiquement le folklore, dans son ouvrage " Coutumes et mythes" (1884), disait : " Le folklore recueille et compare les restes des anciens peuples, les superfictions et histoires qui survivent, les idées qui vivent dans notre temps mais ne sont pas de notre temps. " C'était attirer l'attention sur l'aspect temporel, de survivance, inhérent à la notion de folklore. Il y a en effet, dans cette notion, un aspect temporel et un aspect spatial, un aspect de survivance et d'origine populaire. Ces deux aspects sont essentiels pour tout folklore, et en particulier pour ce qui nous intéresse ici : le folklore juridique.

Le folklore juridique (le droit folklorique, pourrait-on dire) s'opposera au droit de la société globale. Ce n'est pas le droit de la société globale; c'est le droit d'une fraction dans la société globale, la fraction que l'on qualifie de " peuple ", ce qui exclut certaines classes du folklore. Mais, d'un autre côté, ce droit de classe est un droit d'origine archaïque, de survivance, et c'est là l'élément temporel.

Je voudrais décrire devant vous, à titre d'échantillons, quelques manifestations de folklore juridique, pour ensuite m'interroger sur la signification du folklore juridique.

A) - Les manifestations du folklore juridique :

Le folklore juridique - ou le droit folklorique - nous apparaît, dans une première approche, comme un droit coutumier, mais présentant certains traits spécifiques. Il est, disait MONNIER qui s'intéressait beaucoup au folklore juridique, oral, local, privé.

Il est oral : transmis par voie de dictons, de récits, de chansons et même de pratiques.

Il est local : chaque coutume n'a pas un domaine aussi étendu que la société globale s'exprimant dans le droit étatique.

Enfin, il est privé : c'est une coutume privée, en ce sens, voulait dire MONNIER, qu'elle n'est pas assumée par la société globale. La société globale ignore le droit folklorique, parfois même le réprouve, quelquefois l'approuve, mais jamais en tout cas ne l'assume. L'Etat ne prens à son compte le droit folklorique.

Le droit folklorique est tout de même un droit; il comporte des règles. Ces coutumes sont des règles de conduite sociale; les sanctions sont particulières, morales, parfois purement mystique. Celui qui viole la règle floklorique sera déconsidéré dans le milieu juridique exprimant la règle. Sanctions parfois plus extérieures : sanctions satiriques, disait MONNIER. Celui qui viole la règle de droit folklorique s'expose à des quolibets, des pommes cuites, etc... autant de sanctions non étatique.

C'est encore une formule assez vague que celle qui résulte de l'approche dont je vien de faire état.

Que faudrait-il faire entrer, concrètement, dans le droit folklorique ?

On va trop loin si l'on fait entrer dans le folklore juridique la coutume consistant à"faire un aîné " (à attribuer la quotité disponible à l'aîné). Ce n'est plus du folklore, mais la survie d'une règle qui a été de droit positif, étatiquement sanctionnée. On ne va pas assez loin, à l'inverse, si l'on se contente de faire entrer dans le folklore juridique certains usages cérémoniels qui peuvent sans doute intéresser le droit parce qu'ils jettent un certain jour sur l'origine des institutions. Il y a par exemple beaucoup d'usages cérémoniels, en matière de mariage, dans les différentes provinces françaises. Ici, on tirera des coups de fusil sur le passage des mariés; ailleurs, on étendra une jonchée de feuilles sous les pas de la mariée. Les ethnologues juridiques peuvent apercevoir dans ces usage cérémoniels des éléments propres à éclairer un certain passé dans les origines

du mariage : l'enlèvement de la fiancée, la publicité du mariage.

Bien des interprétations interviennent quant à ces usages cérémoniels, mais ce sont là de pures cérémonies et non des règles de droit. Les intéressés qui s'y conforment n'ont pas l'impression d'obéir à un impératif proprement juridique. Ce sont des usages mondains, qui n'entrent pas dans la sphère du droit, même du droit que nous qualifions de folklorique.

Entre les deux extrêmes, que reste-t-il pour le droit folklorique ? Les frontière sont évidemment mouvantes, difficiles à tracer. Cependant, certains phénomènes de folklore peuvent être qualifiés de phénomènes juridiques.

La manifestation la plus classique du folklore juridique est celle que je vous donnerai comme exemple : la charivari.

- Le charivari :

L'institution est en décadence certaine, mais se rencontre aujourd'hui encore dans certains campagnes françaises. C'est le " charivari" fait aux veuves et aux veufs qui se remarient. Le phénomène nous est bien connu, par les descriptions des folkloristes, également - et ceci est intéressant pour le droit - par les réactions qu'il suscita de la part du droit étatique, au XIXème siècle. Sous l'empire de la codification dans un régime de légalité qui avait peut-être plus de vigueur que le régime de l'ancien droit d'avant la Révolution, il eut fréquemment des poursuites

contre les auteurs de charivari : poursuites pénales, devant les juges de Paix, pour tapage nocturne, éventuellement même pour extorsion de fonds. Il est remarquable, du point de vue de la socilogie juridique, que les juges de Paix, proches des justiciables, des coutumes locales, du folklore, aient eu une tendance, au XIXème siècle, à relaxer les auteurs de charivari, sous des prétextes divers, notamment en invoquant pour excuse l'usage local, ou la tolérance dont on avait toujours fait preuve à l'égard des auteurs de charivari. Et, sur pourvoi des Parquets, constamment la Cour de cassation cassa ces décisions de relaxe émanant des juridictions de Paix. Au point de vue dogmatique, elle avait pleinement raison : ni la tolérance, ni l'usage local, ne sont des excuses en droit pénal. Mais du point da vue sociologique, il est palpable que l'on avait affaire ici à un conflit (à un phénomène de pluralisme juridique) entre le droit folklorique et le droit étatique.

Si l'on essaie de pénétrer plus avant le phénomène dont il s'agit, on constate que l'on y trouve l'élément de la règle de droit, en ce sens que nous sommes en présence d'une action exercée par la collectivité sur certains individus qui ne sont pas conformés à une certains norme du milieu : l'action de la société s'exerce par des chansons, des quolobets, du tapage que l'on vient faire sous les fenêtres du veuf, ou de la veuve qui se remarie. Une pression d'un certain milieu social s'exerce contre les individus considérés comme ayant violé une certaine norme, qu'il s'agira de définir.

On constate encore, et c'est important du point de vue de l'interprétation du folklore, que c'est la jeunesse de l'endroit qui exerce l'action sur les intéressés. La jeunesse mâle, jeunes gens et enfants, est l'auteur du charivari.

Assez souvent, on constate - et cet élément a donné lieu à bien des difficultés d'interprétation - que l'intéressé, le veuf ou la veuve, peut se racheter du charivari, prendre les devants, par une composition pécuniaire qu'il verse aux jeunes gens de l'endroit.

L'interprétation du phénomène a donné lieu à diverses théories. Il y a d'abord, comme assez fréquemment en matière de folklore la théorie magico-mystique. On a soutenu que ce bruit n'avait d'autre but que d'écarter l'esprit de la morte, ou du mort, lequel pourrait venir troubles le nouveau couple. On fait état en ce sens, que dans l'ancien droit les synodes de l'Eglise avaient souvent pris position contre le charivari, en l'accusant d'être entaché de paganisme, en semblant en conséquence le mettre en rapport avec la crainte des esprits. Cependant, il semble y avoir là une interprétation contestable du phénomène, car, d'après le sens commun, l'aspect coercitif de l'opération paraît bien dirigé non pas contre l'esprit du mort ou de la morte, mais bien contre la réalité du survivant.

D'autres ont dit qu'il s'agit d'une pression sociale, destinée à faire respecter le principe de la monogamie absolue : le mariage ne peut se dissoudre, même par la mort; le lien conjugal est éternel. En conséquence, dans

le mariage du veuf, ou de la veuve, il y a quelque chose de contraire à un ordre juridique, qui n'est pas l'ordre juridique ététique puisque celui-ci permet le remariage des veuves et des veufs, mais un ordre juridique plus ancien et plus transcendant, que le milieu social local cherche à faire respecter.

D'autres encore ont parlé d'une sanction qui sera dirigée contre la " concurrence déloyale " du remarié. C'est pourquoi il doit se racheter. La composition pécuniaire dont je parlais serait à mettre en relation avec cette interprétation. Mais de quoi se rachète-t-il, au juste ? ou de quoi le veuf qui se remarie frustre-t-il la jeunesse du village ? serait-ce d'une fille à marier ?

Certains folkloristes, d'un esprit plus compliqué ou plus matérialiste, ont dit : en réalité, la frustation concerne les réjouissances de la noce. Quand un veuf se remarie, il n'y a pas de repas de noces, auquel la jeunesse du village est invitée, normalement. La jeunesse du village, y perdant, a droit à une compensation. Il est évident qu'à ce stade de l'explication, on ignore totalement la portée sociologique du phénomène.

C'est tout de même un phénomène de folklore juridique incontestable. J'en citerai un autre, plus caché, plus difficile à saisir, mais qui, sous l'influence d'un droit folklorique très ancien, ne paraît pas contestable. Il s'agit du phénomène des temps interdits en matière de mariage.

- Les temps interdits en matière de mariage :

C'est un fait que les cérémonies de mariage, en France, à l'heure actuelle encore, ne se distribuent pas statistiquement de façon identique entre les différents mois de l'année. Si vous prenez une statistique des mariages et opérez une ventilation parmi les mois de l'année, vous constaterez des différences assez sensibles. Les mariages ne se célèbrent pas régulièrement au cours des mois de l'année. Si nous retenons les chiffres de la statistique française des mariages de 1932 à 1938, nous constatons que sur 10.000 mariages; le minimum, au mois de mars, avec 493. Les causes de cette différence ne sont pas toutes du même ordre.

Il y a des causes économiques. A la campagne notamment : le rythme saisonnier du travail influe sur la chronologie des mariages. A l'heure actuelle, on constate que les congés payés ont une certaine influence sur la distribution des mariages à travers l'année.

Des causes juridiques aussi traduisent des phénomènes de pluralisme juridique, mais ce ne sont pas ceux que nous avons en vue dans ce paragraphe, savoir la présence d'interdits canonique. Le faible taux des mariages dans la période de carême s'explique par des interdits d'une loi canonique qui entre ici en concurrence avec la liberté complète laissée aux interessés par le droit civil. Le chiffre de mars est à mettre en rapport avec la présence

de l'interdit canonique. De même, pendant la période de l'Avent, en décembre, on note une certaine baisse du taux des mariages. C'est un phénomène de pluralisme juridique et non de droit folklorique.

Au contraire, certains faibles taux s'expliquent, au moins dans une interprétation qui paraît assez solide, par des règles de droit folklorique. Le tassement, assez faible mais tout de même marqué, que l'on observe en novembre, est à mettre en rapport avec le respect des morts. Ici, il peut y avoir d'autres influences que de droit proprement folklorique; néanmoins, le culte des morts n'est pas simplement lié à des influences religieuses; il y a, par-delà la religion, un fond très ancien, qui nous met en contact avec le folklore juridique. Mais, surtout, il y a le phénomène de mai, qu'il paraît diffi de mettre en rapport avec d'autres interdits que de droit folklorique. En mai, si je reprend la statistique de 1932-1938, il n'y a eu que 674 mariages sur 10.000. Or, sous un certain revêtement, un certain " enduit de christianisme, de dévotion à la Vierge, il y a la survivance d'un droit très ancien. Dans l'Antiquité grecque, dans l'Antiquité romaine, déjà, on ne se mariait pas en mai. Un interdit du mariage pesait sur les mois de mai. Plutarque étudie la question longuement de savoir pourquoi on ne prend pas femme en mai.

Nous sommes là en présence d'un interdit qui remonte si loin dans le passé que la causalité rationnelle nous échappe. Ce serait cela, précisément, que le droit folklorique :

undroit si ancien que le raisonnement législatif n'est plus possible. Un droit de pur folklore, ce qui n'amène à la signification du folklore juridique.

B) - Signification du folklore juridique :

Superstition juridique ? Le terme a été employé. Nous sommes en présence de phénomènes de superstition au sens étymoligique de survie coutumière populaire, d'états de droit qui ont régné anciennement. Ce n'est pas le droit coutumier des juristes; c'est un débris de droit coutumier. Cela pose des problèmes d'origine dans le temps et dans l'espace, de datation pourrait-on-dire. C'est un droit qui remonte au passé, qui revient du passé, mais de quel passé au juste ?

Quand il s'agit du folklore cérémoniel, des costumes, des danses, c'est un fait que souvent le folklore ne remonte pas très loin. Beaucoup de costumes locaux ne sont que des costumes du dernier siècle, de l'ancien régime. Beaucoup des danses ou de chants folkloriques ne remontent pas plus haut, dans le passé, que le XVIème ou XVIIIème siècle. Quand il s'agit de droit folklorique, cela paraît plu ancien; beaucoup de spécialistes pensent qu'il s'agit de droit préhistorique, remontant en conséquence très haut dans la passé.

Il y a là un phénomène assez remarquable. Ce serait souvent du droit magique qui survivrait à travers le folklore juridique, débris d'une époque où le droit était résolument dominé par la magie.

Cela demanderait à être vérifié de plus près. Une hypothèse unique peut-elle rendre raison de toutes ces manifestations que l'on rassemble sous le terme de folklore juridique ?

A côté du problème de datation, il y a un problème de milieu. Ce n'est pas le droit de la société globale que le droit foklorique; c'est le droit du groupe particulier. Il est possible qu'à l'origine ç'ait été le droit de la société globale, mais il n'a pu survivre qu'à l'intérieur d'un groupement particulier. Droit populaire, disé-je. Le folklore, en effet, n'intéresse pas certaines classes sociales : les intellectuels, la haute et moyenne bourgeoisie. Il s'agit essentiellement des paysans - la campagne est un milieu privilégié pour le folklore - des ouvriers, des classes moyennes inférieures. C'est cela, le peuple. En conséquence, ce n'est pas dans la société globale que la survivance a eu lieu.

Tout de même, il y aurait une autre coupe à faire. L'exemple du charivari est probant à cet égard. Il apparaît que, souvent, le folklore n'existe que dans une classe d'âge, c'est la jeunesse qui est le milieu de survivance, et cela conduit à une autre hypothèse : le folklore pourrait être, au moins sous certaines de ces manifestations, le droit d'une classe d'âge (je reprends l'hypothèse de SCHURZ , de ces sociétés primitives divisées par classe d'âge) et l'on arrive à ceci : le droit de guerre, propre aux adolescents et aux enfants quand ils faisaient des bandes à part, aurait survécu dans certaines manifestations folkloriques.

Je ne m'y méprends pas : il y a une très grande part de conjectures dans tout cela, et nous pouvons conclure que la version dogmatique, d une identité du droit toujours pareil à lui-même, est une assertion exagérée, qui doit être tempérée à la lumière des faits.

II - LE NON-DROIT :

Le droit dogmatique pense que tout est droit, que tout peut et doit devenir du droit. Il y a, dans le droit dogmatique, un postulat de " panjurisme ", a-t-on dit : tout peut devenir droit.

La sociologie juridique, du moins sous ses formes élémentaires premières, serait souvent encline à la même attitude. Parce que juridique lui paraît l'équivalent de social. Il lui semble que la société est partout, en conséquence que le droit doit être partout.

Cependant, il existe du social non juridique. D'autre part, il n'est pas d'une sociologie réaliste de nier la présence de comportments individuels qui ne doivent rien à la société et qui, partant, ne dpivent rien au droit. Il y a du non-droit à côté du droit. Le droit n'est pas partout. Mais il convient de donner une certaine idée du non-droit. Car, à première vue, il faut reconnaître que le temps est plutôt vague dans sa négativité. Il faut préciser.

... Le non-droit, c'est l'absence de droit dans un certain nombre de domaines, de relations sociales ou,

du moins, de relations inter-individuelles, où, par définition, " a priori ", le droit aurait une vocation à être présent. Ce n'est pas la violation du droit, ce n'est pas non plus le pluralisme juridique. C'est le vide de droit. Il n'y a pas de droit; il y a tout de même des relations entre les hommes, où, " à priori ", on aurait pu attendre qu'il y eût du droit.

Le non-droit est à première vue du moins de l'utopie. La pensée philosophique semble l'avoir rejeté tantôt dans l'extrême passé, tantôt dans l'avenir qui recule toujours. L'âge d'or, auquel l'Antiquité attachait beaucoup d'importance, était un âge de non-droit. Dans l'âge d'or, suivant une formule d'Ovide, l'homme cultivait le droit au sens matériel du temps (" rectum "), mais sans loi (" sine lege "), c'est-à-dire sans droit au sens juridique du terme.

A l'inverse, l'abolition du droit a été assez fréquemment un idéal révolutionnaire.

La philosophie libérale du XIXème siècle, en Angleterre ou en France, considérait comme un idéal que l'humanité atteindrait un jour, l'abolition du droit : il n'y aurait plus eu qu'un accord entre les hommes, tout se serait réglé par voie d'accord non juridiques, de conventions amicales, non juridique; tout aurait pu se régler un jour sans droit.

Dans la philosophie communiste, on parle d'un dépérissement de l'Etat qui, à la limite,pourrait mener à l'abolition du droit.

Donc, il y a un idéal d'abolition du droit, comme il y a un âge d'or qui s'est caractérisé par l'absence de droit.

Entre le passé et l'avenir, reste le présent, dont la sociologie juridique s'occupe plus volontiers. Dans le présent historique, y a-t-il des phénomènes de non-droit ? Ici encore, je procèderai par voie d'échantillonnage.

- Inventaire des phénomènes de non-droit :

Ces phénomènes se présentent à nous sous l'aspect le plus hétérogène, si bien qu'un classement ne paraît pas inutile.

Aussi, j'adopterai ce classement : tantôt, les phénomènes de non-droit procèdent de la société tout entière; ce sont des situations générales, des blocs entiers de relations sociales qui restent en dehors du droit - on peut parler alors de non-droit collectif - ; tantôt, c'est l'individu qui se place, à l'occasion de telle ou telle relation particulière, en dehors de l'empire du droit, et on peut parler de non-droit individuel.

1) - Non-droit collectif :

Le droit dogmatique suppose le continu du droit : le droit est quelque chose qui n'arrête jamais : il ne peut y avoir des intervalles de non-droit. (c'est une vue dogmatique).

Sociologiquement, nous sommes amenés à constater des discontinuités dans le droit, des intervalles de non-droit. Cela tient au droit lui-même, qui organise sa propre limitation. Il existe des institutions juridiques de non-droit. Le droit s'organise comme un quadrillage, comme un filet, où l'on compte autant d'espaces libres que de pleins. Les pleins sont destinés à servir les relations sociales, mais il y a des espaces libres où les relations sociales passent à travers le droit.

Le psotulat du droit dogmatique, c'est que le droit, malgré la diversité due aux divisions concrètes du temps, est toujours le même; le droit règne constamment, continûment, sur les hommes, il n'y a pas de rémission dans le règen du droit. Mais ceci est démenti par les faits; l'intensité de la pression sociale spécifiquement juridique n'est pas égale à chaque instant de la durée/

Je m'explique en citant l'exemple historique du calendrier judiciaire de l'ancienne Rome. Vous avez entendu parler du calendrier judiciaire de l'ancien droit romain. Il nous est connu par des documents de la fin de la république, mais il remonte, dans ses termes essentiels, à l'époque royale. Il existait, dans le calendrier judiciaire de la Rome très antique, des journées fastes, des jours néfastes, où l'on ne pouvait intenter les actions de la loi (" legis actiones "). Il y avait beaucoup de jours néfastes. GIRARD, esprit très rationnel, dit que ce calendrier correspondait au calepin du roi. Le roi ne pouvait

être partout à la fois. Les jours néfastes, où il ne pouvait y avoir d'actions de la loi, c'étaient tout simplement les jours où il était occupé ailleurs. Je ne crois pas que cette explication rationnelle soit la bonne. A la vérité, c'est qu'il ne peut y avoir dur droit tout le temps. Il faut que le droit prenne ses prenne ses vacances. Il faut qu'il y ait des jours où les " legis actiones " ne fonctionnent pas. Il y avait ainsi beaucoup plus de jours néfastes que de jours fastes, des jours très nombreux où il ne pouvait y avoir de " legis actiones ", où il ne pouvait y avoir d'éxécution, pusique l'éxécution s'opérait par le mécanisme des " logis actionnes ".

Remarquez qu'aujourd'hui encore nous avons un calendrier judiciaire. Il y a des suspensions d'exécution judiciaire. Les actes d'éxécution judiciaire ne peuvent avoir lieu n'importe quel jour. Les dimanches, les jours fériés, sont interdits à l'éxécution judiciaire, même certaines heures de la journée. Il y a ainsi des périodes de relâchement de la pression sociale, des périodes où la pression sociale spécifiquement juridique ne peut s'exercer.

Il y a aussi les périodes dites de licence sociale (l'expression est consacrée en sociologie). Ce sont des périodes où l'on constate que les règles de la morale habituelle sont renversées, mais aussi les règles du droit sont suspendues. Ainsi, à Rome, les journées des lupercales, où les esclaves étaient servis par leurs maîtres, où l'insti-

tution juridique de l'esclavage était comme suspendue. Ou encore, les bacchanales et les saturnales. C'étaient en réalité des suspensions de certaines institutions juridiques et non du droit tout entier.

Je citerai, du même ordre, une institution décrite par les socioloques : le " sommeil de la loi ". Dans certains pays d'Extrême-Orient, notamment au Tonkin, dans la période dite " du sommeil de la loi ", le grand sceau de la justice restait enfermé dans un coffret, l'effigie en dessous. On ferait les tribunaux pendant cette période. Les délits, du moins les moins graves, n'étaient plus poursuivis. C'était une période d'arrêt du droit.

Notez que dans nos sociétés modernes, la période du carnaval a eu également cette signification. Période de licences sociales, période d'arrêt partiel du droit. Dans certaines coutumes du Moyen-Age, les meurtres commis en période de carnaval étaient considérés comme couverts, aux dires de certains historiens. A tout le moins, il y eut longtemps, en période de carnaval, une impunité de certains délits (insultes, injures, diffamation). Arrêt du droit, suspension du droit, intervalles de non-droit ... Dans ces hypothèses, vous avez pu constater que c'est le droit lui-même qui se limite, qui organise des intervalles où il ne s'appliquera pas.

Mais le non-droit résulte aussi et plus souvent de limites de fait à l'application du droit. Tout n'est pas droit, parce que le droit n'est pas tout. Il y a une relative impuissance du droit, qui dépasse la notion d'ineffectivité.

Pour les dogmatiques, les obstacles de fait que le droit rencontre dans son application ne devraient pas compter, mais aux yeux de la sociologie juridique le droit et les obstacles qu'il rencontre sont à mettre sur le même plan. Dans l'ancien droit, au Moyen âge, l'Europe occidentale était couverte de forêts; ces forêts étaient des zones de non-droit; les hors-la-loi s'y réfugiaient. Il s'agissait, spatialement, d'un intervalle dans l'application du droit. Nous pouvons dire, évidemment, avec nos yeux dogmatiques, que l'application du droit dans les forêts épaisses du Moyen âge n'avait qu'à être précisée par le droit lui-même. C'est facile à dire ! Sociologiquement, le droit ne s'appliquait pas dans les forêts.

Dans un nombre immense de cas, des phénomènes qui devraient être juridiques ne montent pas à la surface du droit, lui échappant en définitive. Pourquoi ? Parce que le droit lui-même, par ses propres exigences, déflore les phénomènes juridiques , neutralise leur juridicité.

Le droit exige des preuves. Et, en droit dogmatique, on en arrive à poser la formule que je vous demanderai de méditer sociologiquement :

" Idem est non esse et non probari "

(c'est la même chose que ne pas être prouvé et n'être pas)

C'est tout simple ... Il y a quantité de choses qui ne sont pas prouvées et qui n'éxistent pas, en conséquence au yeux du droit.

L'impossibilité de la preuve est une limite considérable à l'application du droit. L'impossibilité de la preuve entretient dans nos sociétés, même les plus modernes, des zones immenses de non-droit. Ou, encore, la faible importance pécuniaire de l'intérêt en jeu, qui n'est pas une raison pour que le droit ne s'en occupe pas : le droit a une vocation théorique à s'occuper de tout. Seulement, il y a des frottements à la machine du droit. Le droit n'est pas gratuit, il coûte, et si l'intérêt pécuniaire est trop faible, le droit s'arrête de fonctionner, l'intérêt pécuniaire ne soutenant plus sa marche. En fait, les frais absorbant dans beaucoup de cas l'intérêt, la juridicité du phénomène est comme neutralisée, annihilée. Non seulement on ne plaidera pas, ce qui ne serait après tout que le non- contentieux et non pas le non-droit, mais on ne réclamera même pas à l'amiable, on ne s'en occupera pas juridiquement; il n'y aura rien, il y aura le vide de droit.

Il existe ainsi une série de seuils juridiques, que la plupart des relations sociales (je dis bien : la plupart) n'arrivent pas à franchir. Parce que la preuve n'est pas possible. Parce que le jeu n'en vaut pas la chandelle, parce que l'intérêt pécuniaire est insuffisant.

Essayez de construire un droit de la vente des journaux au détail ! Essayez de cosntruire juridiquement la relation entre le kiosque à journaux et le client! Cela n'est pas possible. Théoriquement, ce pourrait être du droit, mais le seuil juridique ne sera pas franchi.

Vous pouvez ainsi imaginer beaucoup d'autres relations sociales, où il existe, de la même manière, des euils ridiques qui n'ont jamais été franchis. Les règles théoriques seraient imaginables, mais incapables d'effectivité. Il ne s'agit pas d'une effectivité par accident, comme dans l'ineffectivité que nous avons précédemment étudiée; c'est congénitalement que la règle ne peut s'appliquer. La relasociale est telle que le droit ne peut naître à propos d'elle. Il est neutralisé d'avance, étouffé dans l'oeuf, par le défaut d'intérêt ou l'impossibilité de la preuve.

Il y a ainsi, dans les sociétés, même les sociétés modernes, des zones considérables de non-droit, qui - encore que le rapport entre deux ordres de relations soit fort difficile à faire - se révèlent plus importantes que les zones de droit.

Je me suis placé sur le plan collectif; il n'en va pas différemment sur le plan individuel et c'est ce que je vous montrerai dans mon prochain cours.

-:-:-:-:-:-:-

FACULTE DE DROIT

S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

QUATORZIEME FASCICULE

Notes prises avec l'autorisation de

Monsieur J. CARBONNIER

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Doyen honoraire de La Faculté de Droit de Poitiers

Source BIU Cujas

LES PHENOMENES DE NON-DROIT

Vous vous souvenez que j'ai étudié le Non-Droit en tant que phénomène collectif. Mais ainsi que je vous le disais, c'est également au niveau de l'individu que l'on peut considérer ce phénomène. Ce sera l'objet de ce paragraphe 2.

Paragraphe 2 - Le Non-Droit phénomène individuel.

Il arrive que des individus se placent en dehors du Droit, soit constamment, soit le plus souvent d'une façon épisodique pour telle ou telle de leur relations sociales.

Par là, ils peuvent se priver de certains bénéfices, il peuvent avoir à souffrir de certains inconvénients mais celà peut leur sembler compensé par d'autres avantages : notamment par cet avantage psychique inappréciable d'être en dehors du Droit qui est une forme de la liberté.

Il y a toujours à la base de ces phénomènes un choix des individus intéressés. Cependant, ces péhnomènes ne sont pas d'une nature homogène et nous pouvons réintroduire dans le sujet une subdivision correspondant à deux manifestations possibles de ces phénomènes indivuduels de Non - Droit.

Source BIU Cujas

La première de ces manifestations est la plus connue mais peut-être est-elle aussi sujette à discussion. Il s'agit de ce que l'on a pris coutume d'appeler chez nous fréquemment en Droit civil : les situations de fait.

A - Les situations de fait.

Depuis un demi-siècle, la doctrine française leur a porté un vif intérêt. A la vérité, il y a un prototype très traditionnel des situations de fait : c'est la possession. Ce pendant, dans cette théorie nouvelle des situations de fait, on ne fait point retour vers la possession : on la laisse en dehors de la théorie.

Les exemples de situations de fait sont au demeurant tantôt classiques, tantôt plus modernes.

Les exemples les plus classiques :

Je citerai les Sociétés de fait. Vous savez que quand une Société a été annulée, la Jurisprudence considère que pour la liquidation des intérêts respectifs entre les pseudo associés, il y a lieu de faire comme si une société avait existé. La société nulle sera liquidée sur la base du pacte social. C'est ce qu'on appelle : Société de fait.

Il n'y a pas, en Droit, juridiquement de Société mais tout se passe comme s'il y en avait une.

Un autre exemple plus acien encore, c'est celui de le Tutelle de fait. C'est le cas d'un individu qui, sans avoir été régulièrement investi par les organes compétents, gère en fait les intérêts d'un mineur.

Source BIU Cujas

Les exemples nouveaux :

Ce sont peut-être les plus voyants et c'est sou-à eux que l'on pense avec le plus de prédilection aujourd'hui quand on pense aux situations de fait. Je cite tout à la file : le ménage de fait. L'union libre. Le concubinage. Les séparations de fait. La filiation de fait, c'est-à-dire la filiation naturelle non reconnue, ou la filiation adultérienne non légalement établie.

Voilà une série de situations de fait.

Plus utilement, on peut apercevoir également des situations de fait dans des hypothèses comme celle de l'occupation, qui traduit la relation d'un individu avec un immeuble. L'occupation, c'est une relation para-contractuelle : le bail étant constitutif d'une situation contractuelle.

Pareillement, on a parlé de relations de travail à côté du contrat de travail. Qu'un contrat de travail soit, pour une cause quelconque annulé, on ne peut pas néanmoins revenir sur le passé : l'intéressé a travaillé au service de l'employeur. On liquidera ses intérêts en considérant qu'il y a entre eux relation de travail. Ce n'est pas une situation juridique, c'est dit-on : une situation de fait. La situation para-contractuelle qui vient en quelques sorte doubler le contrat comme une ombre possible.

Telles sont les situations de fait pour en donner un inventaire rapide.

L'Association Capitant consacre un de ses Congrès récent, celui de Lille en 1957, à ce problème général des situations de fait : preuve de sa montée en quelque manière

Source BIU Cujas

dans l'actualité juridique. Vous pourrez voir les comptes rendus de ce Congrés, une analyse des rapports à la Revue internationale de Droit comparé de 1958, page 75, et également un article inspiré par la présence à ce Congrès de M. Noirel, Revue trimestrielle, 1958, page 456.

Le présence, dans les préocupation des Juristes, de ces situation de fait soulève deux problèmes.

Le premier problème est le suivant : est-il possible de parler d'une attitude générale du Droit à l'égard des situations de fait? Est-il possible de ramener toutes ces hypothèses, dont je viens de vous donner une énumération, à une unité ?

Il paraît y avoir à la base de ces différentes hypothèses une idée unique qui pourrait être un élément d'unité : savoir l'idée que la situation de fait est le double et, le reflet d'une situation de Droit; l'idée qu'il existe une correspondance, qui serait une correspondance essentielle, entre chacune des situations de fait considérées et une certaine situation de Droit. Ce serait, dans cette notion d'une correspondance entra situation de fait et situation de Droit que l'on pourrait trouver la clé de l'unité de ces différentes hypothèses.

Toutefois, cette idée de correspondance entre le fait et le Droit est une idée assez vague qu'il convient d'essayer de préciser.

La correspondance entre la situation de fait et la situation de Droit peut concerner soit les conditions, soit les effets de ces situations.

Source BIU Cujas

Plaçons nous d'abord sur le terrain des conditions. Les conditions fondamentales de la situation juridique correspondante, par hypothèse doivent se trouver réalisées en fait, de facto, dans la situation de fait. Voilà l'hypothèse, voilà l'idée générale qui peut servir de lien avec les différentes situations de fait que nous pouvons recenser.

Il semble que, dans chaque situation de fait, on doit pouvoir retrouver les conditions fondamentales de la situation juridique, moins sans doute une, sinon celà devrait être la même chose et on serait en présence d'une véritable situation juridique. On trouvera les conditions de fond mais mais il manquera une condition formaliste.

Par exemple, on trouvera - je raisonne sur le Tutelle de fait - des soins donnés à la personne et aux biens du mineur mais on ne trouvera pas d'investiture par le Conseil de Famille. On trouvera une cohabitation, une vie commune; un ménage commun - je raisonne ici sur l'hypothèse du concubinage - mais on ne trouvera pas la célébration par l'Officier de l'Etat civil.

Toutes les conditions de fond sont réunies mais il manque une condition de forme : une condition formaliste qui fait la différence entre la situation de Droit et la situation de fait.

Toutes les conditions de fond, dis-je, doivent se trouver realisées dans les situations de fait, celà est certain

Source BIU Cujas

pour les conditions matérielles, mais est-ce qu'il n'y aura pas une différence dans les conditions psychologiques ?

C'est un point qui est mal élucidé. C'est le point qui, à propos de la possession, a donné lieu à tant de controverses : ces controverses qui sont centrées autour de la notion de l'animus.

Pour les conditions matérielles, nous pouvons admettre qu'elles sont identiques de la situation de Droit et de fait, mais pour les conditions psychologiques. Il est très possible qu'il y ait une différence.

Voilà pour les conditions. Mais les effets ?

La situation de fait produira certains effets que l'on cherche à rapprocher, dans la théorie dont il s'agit, des conséquences juridiques inhérentes à la situation de Droit. Seulement, dans beaucoup d'hypothèses, ces effets juridiques ne sont obtenus que par des biais, en sont obtenus notamment que par la situation du Droit commun : du Droit commun que l'on applique ainsi comme on pourrait l'appliquer entre deux personnes étrangères l'une à l'autre, deux personnes qui ne seraient pas unies par une situation de fait particulière.

Ainsi, vous le savez, pour régler les rapports entre les concubins, on recourt largement à la Jurisprudence, à l'Article 1382 du Code civil. Cet article nous donne une solution pour la mandat domestique entre concubin. Le concubin, qui a

Source BIU Cujas

laissé se créer les apparences de ménage, engage sa responsabilité envers les fournisseurs et on conçoit que si ceux-ci ont des crédits envers la concubine, ils pourraient se retourner contre le concubin sur la base de l'article 1382. Il s'applique ici comme il paraît s'appliquer entre deux personnes quelconque.

Ou encore, c'est à l'article 1382 que l'on recourt en cas de séduction pour régler la responsabilité du concubin. Ici encore il n'y a pas d'effets particuliers de la situation de fait, c'est l'application pure et simple du Droit commun : ce n'est pas caractétisé.

Les effets ne deviennent caractéristiques que lorsqu'ils sont les effets mêmes que le loi attache à la situation de Droit. Si la Jurisprudence transpose à la situation de fait des solutions que la Loi attache à la situation de Droit correspondante, alors nous aurons quelque chose de tout à fait caractéristique.

Seulement, il n'en est ainsi que d'une manière fragmentaire et qui plus est, d'une manière toujours douteuse. Vous savez combien est incertaines, par exemple, la Jurisprudence sur les sociétés de fait entre concubins. Il y aurait là quelques chose de très caractéristique si cette Jurisprudence était bien marquée. On dirait : de même que le mariage engendre une communauté conjugale, le concubinage entendre une communauté de fait, quelque chose de tout à fait comparable à notre

Source BIU Cujas

communauté de biens entre époux, quelque chose, par conséquent, qui transposerait à la situation de fait une solution inhérente à la situation de Droit. Or, comme la Jurisprudence sur les Sociétés de fait entre concubins constate que d'autre part, elle exige des conditions particulières pour liquider les intérêts des concubins sur la base d'une Société de fait, il n'y a rien de caractéristique et la notion de situation de fait nous laisse, par conséquent, un doute.

On ne peut pas conclure, d'une manière générale, que les situations de fait produisent toutes les conséquences inhérentes à la situation de Droit correspondante. Il y a quelque chose de toujours un peu boîteux dans cette notion de correspondance essentielle entre la situation de Droit et la situation de fait.

Ce n'est là, du reste, qu'un premier problème. Le second nous concerne plus directement dans l'étude à laquelle nous nous livrons.

Est-ce que ces hypothèses - c'est le second problème - constituent vraiment des phénomènes de NOn-droit ? Est-ce que ces situations de fait que l'on recense sont réellement des situations a-juridiques, non-juridiques ?

Il faut répondre par la négative pour la plupart des situations de fait telles que la doctrine les envisage car ce qui intéresse la doctrine, quand elle fait la théorie des situations de fait, ce sont les conséquences de Droit attachées aux situations de fait.

Source BIU Cujas

Ce qui intéresse la doctrine, c'est l'oeuvre de la Jurisprudence au sujet des situations de fait, l'oeuvre par laquelle la Jurisprudence a donné un statut juridique aux situations de fait, mais à partir du moment où les situations de fait acquièrent un statut juridique, elles ne nous intéressent plus au point de vue des phénomènes de Non-droit; elles ne constituent plus des phénomènes de Non-Droit. La position n'est pas entre le Non-Droit et le Droit, la position désormais est entre la Loi et la Jurisprudence. C'est une question de chois entre deux sources du Droit possibles. Ces situations de fait acquièrent un statut juridique qui ne leur était pas donné par la Loi, mais c'est tout de même un statut juridique : c'est du Non-droit légal, mais c'est du Droit, ce n'est pas du Non-Droit.

Les situations de fait ne sont vraiment des situations a-juridiques que dans la mesure où le Jurisprudence ne s'en occupe pas, que dans la mesure où elle échappent à toute construction juridique. C'est vraiment une très grande partie parce que le statut qu'on donne, en Jurisprudence, par exemple au concubinage, à la séparation de fait par exemple, ce statut est intermittent. Ce statut est fragmentaire et par beaucoup d'aspects, la séparation de fait, il le concubinage continueront à échapper au Droit. Seulement à partir du moment où la Jurisprudence leur attache des conséquences juridiques, ces situations de fait rentrent dans le Droit : ce ne sont plus vraiment des phénomènes de Non-Droit.

Source BIU Cujas

Il y a des concubinages, des séparations de fait qui restent absolument dans le Non-droit, qui n'affleurent pas à la vie juridique. A ce point de vue là, ce sont vraiment des phénomènes de Non-droit, mais ce n'est pas ce qui intéresse la doctrine quand elle fait la théorie des situations de Non-droit Ces situations de fait ne sont pas de vraies situations de Non-droit, mais elles sont prises en considérations par la Jurisprudence qui leur attache des conséquences juridiques. Si bien que ce premier aspect des phénomènes de Non-droit individuel ne nous semble pas tellement caractéristique bien qu'en général, dans la doctrine française ce soit, avec ce premier aspect, que l'on ait tendance à assimiler le Non-droit.

Le second aspect, auquel j'arrive maintenant, me paraît plus significatif.

B - <u>Les relations individuelles d'amitié</u>.

Ici, il faut partir d'une théorie d'Aristote, théorie profonde sur les relation sociales. Pour Aristote, les deux principaux facteurs de l'harmonie de la Société sont : d'une part, le Justice, telle est la traduction courante, mais nous pouvons en donner une traduction plus ferme : les éléments juridiques des relations sociales, le Droit. C'est le premier aspect. Puis, il y a en second : le Voluntas, les relations individuelles d'amitié, d'affection.

Le Droit et l'mitié, le vie sociale peut s'ordonner, en effet, sur ces deux éléments. La vie sociale peut être

Source BIU Cujas

organisée en Droit par l'amitié réciproque des individus.

Certains philosophes ont dit que le Droit était une amitié organisée et que l'amitié était du Droit spontané. En réalité, ces éléments dont deux choses tout à fait hétérogènes. L' amitié est en dehors du Droit.

Thomas, Domat, dans son " Traité des Lois ", je ne dis pas dans"Les lois civiles dans l'ordre naturel ", mais dans son " Traité des Lois ", qui est généralement publié en préface aux " Lois civiles dans l'ordre naturel ", Thomas au chapître 6 traite de la nature des maitiés et de leur usage dans la Société. Or, il remarque très exactement que l'amitié n'est pas régie par les lois civiles. L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du Droit, car si les amis voulaient se placer sous l'empire du Droit, ils fonderaient une Société, ils fonderaient une Association. l'amitié est autre chose, l'amitié demeure en dehors du Droit.

. Par une série de corollaires, il est un très grand nombre de relations inter- individuelles qui vont rester en dehors du Droit parce que telle est la volonté de ceux qui les nouent. ce sont bien des rapports sociaux, des rapports inter-individuels mais dans le Non-droit et que la volonté des intéressés entend laisser en dehors du Droit.

Dans ce cadre général dessiné par l'Amitié, le consensus au sens d'Aristote, dans ce cadre général de l'amitié se détachent certaines formes de relations inter-individuelles qui sont des relations non juridiques, des relations amicales

Source BIU Cujas

non juridiques, ou du moins qui restent non juridiques tant que l'accident ne les a pas affleurées à la surface du Droit.

Je citerai à titre d'exemple le conseil. Le conseil q'un individu donne à une autre individu. C'est là une relation tout à fait caractéristique entre deux individus que le conseil donné à l'un par l'autre, mais c'est une relation qui est congénitalement a-juridique. Il existe une maxime par laquelle le Droit manifeste d'ailleurs son indifférence à l'égard de la relation de conseil ; " Consili non frauduli nascit obligatio ". "D'un conseil non frauduleux ne naît aucune obligation, aucune responsabilité. La maxime se trouve insérée au Digeste dans le livre 50, Titre X, sociologiquement si important, intitulé : " De diversiis Réguli Juris antiquid ". " De diverses règles de Droit ancien ", de Droit archaïque.

Les auteurs, sur ce texte de la compilation, ont fait dans l'ancien Droit, une théorie du Conseil. Ainsi Potier, à propos du mandat, parle du conseil et reprend l'idée romaine du conseil non frauduleux n'engendrant pas d'obligation, peu importe que le conseil ait été indiscret, téméraire. Tout celà reste en dehors du Droit : il n'en naît pas d'obligation juridique. Ce n'est que le dol, la fraude qui pourraient faire sortit le conseil du Non-droit, le faire pénétrer dans la sphère juridique où il serait saisi par la responsabilité.
Si, par exemple, sachant qu'une personn est tout à fait

Source BIU Cujas

insolvable, à la veille de faire faillite, vous pesuadez votre ami, ou quelqu'un, de lui consentir un crédit, de lui consentir un prêt, là il y a une véritable fraude et le conseil a-juridique par nature pénètrera dans la sphère du Droit. Il y aura une responsabilité mais une responsabilité qui n'est pas contractuelle. Il n'y a pas de lien contractuel entre le donneur de conseil et celui qui le reçoit. Il y a seulement la possibilité d'un délit de dol qui engendre la responsabilité en se détachant de la rela tion amicale.

Le deuxième exemple que je donnerai de ces rapports amicaux que l'on crée, c'est le transport bénévole, ce que , dans la Jurisprudence civile, on appelle " le transport bénévole". Vous connaissez la position de la Jurisprudence française sur la responsabilité encourue en raison de l'accident survenu à une personne bénévolement transportée. Cette personne ne peut pas agir contre le gardien de l'auto sur la base de l'article 1384, alinéa ler, du Code civil, mais il lui reste possible de démontrer une faute commise par le gardien. Sur la base de l'article 1382, c'est une position très désavantageuse pour la victime puisqu'elle lui impose de faire la preuve.

Les juristes se sont souvent étonnés de la position de la Jurisprudence. On a dit : " Mais le problème aurait dû être situé sur le terrain de la responsabilité contractuelle et non pas de la responsabilité délictuelle, car le transport bénévole est un contrat de transport non salarié. Le prix n'est

Source BIU Cujas

pas inhérent au transport. C'est un transport gratuit avec contrat. Le transporteur aurait pu être présumé en faut en transportant ". On n'aurait pas pu l'atteindre sur le plan de l'article 1384 mais par le biais de la responsabilité contractuelle et la victime aurait été dispensée de démontrer la faute du transporteur.

Je coirs que, sociologiquement, la Jurisprudence a traduit exactement la psychologie des parties en refusant de voir un contrat dans la relation de transport bénévole. Les intéressés n'ont pas entendu placer leur opération dans le domaine du Froit. Il y a là des relations inter-individuelles mais sur le terrain de l'amitié, dans la sphère de l'amitié, des relations sociales, qui ne sont pas placées sur le terrain du Droit, nous sommes en présence de relations amicales non juridiques. Si une faute se produit, et même on devrait dire une faute suffisamment caractérisée pour être détachable de la relation amicale, une responsabilité s'ensuivra sans doute, mais cette responsabilité découlera de la faute et nons pas de la relation amicale.

Voilà comment on peut sociologiquement expliquer la position de la Jurisprudence à l'égard du transport bénévole ; c'est que la relation dont il s'agit n'est pas une relation juridique.

On peut du reste faire la synthèse de ces exemples en soulignant, en faisant apparaître la notion de volonté juridique.

Source BIU Cujas

Notre système juridique, vous le savez, et fondé sur l'autonomie de la volonté. La volonté est chez nous créatrice d'obligations, d'engagements juridiques. Mais ce n'est pas n'importe quelle volonté. Les théoriciens du Droit le marquent. C'est seulement la volonté juridique qui est créatrice d'effets juridiques. La définition de l'acte juridique, vous la connaissez, c'est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de Droit, mais il faut que la volonté se soit portée sur le caractère juridique des effets recherchés. Il faut que les auteurs de l'acte juridique aient eu la volonté de se placer dans la sphère du Droit. La volonté de placer leurs relation sociales sur le terrain juridique, sous l'empire du Droit.

Cette définition,même a contrario, laisse bien apercevoir qu'il y a des relations sociales qui, de par la volonté des intéressés, ne sont pas juridiques parce que les intéressés eux-mêmes entendent que ces relations restent en dehors de la sphère du Droit. Ils entendent s'obliger mais ne pas s'obliger juridiquement. Ils entendent ne pas prendre d'engagement juridique.

Il y a là quelque chose de tout à fait classique mais qu'il faut sociologiquement remettre en évidence. Potier, par exemple, dans le début de son célèbre Traité des obligations marque bien la différence entre les promesses juridiques et les promesses qui ne sont pas juridiques. Il y a des promesses, dit-il au N° du Traite des obligations, que nous faisons de bonne

Source BIU Cujas

foi et avec la volonté actuelle de les accomplir, sans intention d'accorder à celui à qui nous le faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, ce qui arrive lorsque celui qui promet déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager, ou bien lorsque celà résulte des circonstances ou des qualités de celui qui promet, de celui à qui la promesse est faite.

Il y a des circonstances dans lesquelles une promesse n'est pas une promesse juridique. C'est une promesse amicale au sens aristotélicien du terme. Il est donc toujours loisible aux intéressés de demeurer dans le Non-droit, d demeurer dans ce pur néant juridique qu'est le Non-droit.

La pratique moderne ne se reporte pas suffisamment à ces développements classiques. Si bien qu'elle n'a pas toujours une conception claire de ce caractère facultatif du Droit contractuel, une conception claire de cette idée qu'il est loisible aux individus de faire du Droit, ou de ne pas faire des actes juridiques,ou de faire des actes qui ne sont pas juridiques.

Je vous citerai comme illustration de cette tendance de la Jurisprudence, la Convention que l'on a appelée : la Convention d'hébergement, ou d'occupation précaire dans la pratique poderne.

C'est l'accord, l'arrengement par lequel un locataire, une locataire accueillent dans les lieux loués quelqu'un avec qui ils sont dans une certaine relation intérieure d'amitié

Source BIU Cujas

ou de parenté. A condition de ne pas être frauduleuse, à condition de ne pas constituer une fraude à la loi du ler septembre 1948 sur les loyers,qui interdit la sous-location des immeubles, à condition de ne pas aller contre cette interdiction par fraude, le Jurisprudence admet la validité, le licéïté de la Convention d'hébergement. MAis elle l'admet d'une manière assez restrictive. Ainsi, selon la Cour de Cassation, il faut pour qu'il y ait Convention d'hébergement, que l'occupation des lieux soit à la fois gratuite - celà de comprend, s'il n'y avait pas gratuité il n'y aurait plus d'amitié - à la fois gratuite et temporaire. Mais ici, l'on ne comprend plus. D'après la Cour de Cassation , dès lors que l'hébergement serait durable, lors même qu'il serait gratuit, ce serait nécessairement une sous-location et on retomberait sous le coup de l'interdiction de la loi du ler Septembre 1948.

Voilà l'Arrêt de la Section sociale du 8 Juillet 1955, au bulletin de la Section sociale, 4ème Partie, page 464.

Cette exigence de la Section sociale ne se conçoit qu'autant qu'il y a un véritable acte juridique. La Section sociale ne voit pas que d'après la définition tout à fait classique de l'acte juridique, il appartient toujours aux intéressés de ne pas faire une véritable convention produisant des effets de Droit. Si quelqu'un veut recevoir, sans convention, pour raison purement amicale, non juridique, quelqu'un dans sa maison, on ne voit pas que celà puisse constituer une sous-location parce que la sous location est quelque chose d'essentiellement juridique.

Source BIU Cujas

Il peut y avoir au-dessous de la convention juridique génératrice d'effets de Droit un accord de volonté non juridique qui semble devoir échapper à toute prise du Droit, à toute critique de la part du Droit. Il y a ainsi, vous le voyez, des engagements non juridiques, à côté et au dessous des engagements juridiques. C'est une affaire de volonté et, par conséquent, on peut dire que c'est à l'individu qu'appartien l'action fondamentale dans un très large secteur qui est celui de la liberté contractuelle, définie par la notion d'ordre public, un très large secteur entre le Droit et le Non-droit.

Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à ces phénomènes de Non-droit dont nous avons fait l'inventaire ?

SECTION II - INTERPRETATION DES PHENOMENES DE NON-DROIT

Nous constatons des phénomènes de Non-droit, du reste variés dans leur nature. Est-il légitime d'en déduire une conception générale des rapports entre le Droit et le Non-Droit ? Et par là même une certaine conception générale du Droit ?

Il est perceptible que la question touche à la philosophie du Droit et dès lors, il n'est pas inattendu que la question doive nous conduire plutôt à des hypothèses qu'à des certitudes comme toutes les questions de philosophie du Droit. On imagine, pour y répondre, deux hypothèses extrêmes. Je dis : " on imagine, parce que la philosophie du Droit ne s'est pas réellement occupée de ces problèmes et je n'ai pas trouvé dans les auteurs de réponse effective à ma question.

Source BIU Cujas

Je pourrai tout de même exposer les deux hypotèses concevables, les deux hypothèses extrêmes concevables avant d'essayez de porter un jugement.

Paragraphe 1 - Hypothèse d'interprétation.

Dans un premier extrême, on soutiendra le caractère secondaire des phénomènes de Non-Droit, non pas à la suite d'une comparaison statistique mais pour une réflexion fondamentale.

On raisonnera de la manière suivante : les phénomènes de Non-droit créent un climat juridique qui se diffuse dans les intervalles, dans les creux où nous constatons du Non-droit et qui fait que ces intervalles, que ces creux, ne sont pas totalement vides de Droit. Il y a une atmosphère juridique qui pénètre ces prétendus vides de Droit. Il y a un Droit latent derrière les phénomènes de Non-droit.

Je vous parlais l'autre jour de la vente des journaux au détail. Sans doute, il n'y a pas de contentieux et l'on peut même dire qu'il n'y a pas de Droit, mais ce n'est, dira-t-on, dans cette hypothèse qu'une illusion. Il y a tout de même une confiance réciproque entre les deux intéressés, la confiance réciproque que le journal donné par le marchand est le journal du jour, que l'acheteur une fois servi ne va pas partir sans payer. Et cette confiance réciproque qui baigne, en quelque manière, ce vide de Droit, cette confiance réciproque repose sur l'existence générale du Droit. S'il n'y avait pas en général le droit, les choses ne se passeraient pas de la même manière dans ce qui nous paraît être du Non-droit,

Source BIU Cujas

mais seulement par une apparence, par une illusion.

Autre exemple : ce qui garantit que le Carnaval, dont je vous ai parlé comme d'une période de licence social, de vide de Droit, ce qui garantit que la Carnaval n'ira pas trop loin, c'est qu'en cas d'excès inadmissibles le Droit interviendrait. Il est là comme un gardien de la paix, invisible. La loi s'endort, mais elle s'endort d'autant mieux qi'elle sait avec certitude qu'elle se réveillera au moment fixé.

Pour toutes les manifestations du Non-droit, on pourrait faire la même remarque : le Non-droit n'est possible que sous-tendu par le Droit.

Tel est le prmier extrême, la première hypothèse concevable.

Deuxième hypothèse, deuxième extrême : on soutiendra le caractère secondaire des phénomènes de Droit.

Il faut bien comprendre que le Non-droit n'est pas tout de même le néant total. C'est un mode de relations sociales qui ne sont pas abandonnées, même dans les périodes dites de licence sociale, ou de désordre, ou de dissolution. Seulement, ces périodes infernales ne sont pas régies par les règles juridiques, elles sont régies par d'autres règles que les règles juridiques : des règles sociales non juridiques, des règles de prudence intéressée. Ces règles de prudence intéressée qui, par exemple, dans les relations internationales, dans les re-

Source BIU Cujas

lations entre nations, suffisent dans une très large mesure pour empêcher les choses de tourner au pire. Il n'y a peut-être pas de Droit entre les nations, mais il y a dans la conduite réciproque des nations entre elles une prudence intéressée qui joue à maintenir dans la planète un minimum de paix, de tolérabilité.

De ce que certaines relations sociales, poursuivra-t-on dans cette hypothèse, peuvent fonctionner sans être juridiques, il est légitime de conclure, d'induire que la Société dans toutes ces relations pourrait subsister en Droit. La conclusion de l'hypothèse, c'est que le Droit n'est qu'un épiphénomène. Ce n'est pas l'essentiel des relations sociales? L'amitié est plus importante que le Droit pour la paix du monde et même, dans certaine vision, on ajoutera le Droit est plutôt inutile. Il est peut-être même, un degré de plus, nuisible car il est une cause de frottement, de déperdition et finalement de trouble.

Paragraphe 2 - Vérification des hypothèses.

L'expérience cruciale, comme on dit dans la mythologie scientifique, paraît impossible à organiser. Il faudrait essayer d'observer ce qui se passerait dans un milieu social d'où le droit aurait été entièrement supprimé.

Il nous est difficile d'opérer anima vili. Il n'y a pour nous édifier par l'histoire que des expériences très limitées, fragmentaires en étendue et en durée.

Source BIU Cujas

On songe aux grèves des gens de Justice dans l'Ancien régime, dans les Parlements. Vous savez que ceux-ci se mettaient en grève, notamment au 17ème et au 18ème siècle. Ces grèves n'étaient que temporaires et elles n'affectaient qu'un aspect du Droit qui n'était pas, à mes yeux, l'aspect essentiel : savoir le contentieux. Pourtant, il faut reconnaître que l'histoire en a gardé l'impression d'une grande perturbation sociale. Il faut rappeler, pour le comprendre, que les procès jouaient dans la vie sociale de l'Ancien régime un rôle beaucoup plus considérable que de nos jours.

On pense à des périodes révolutionnaires où le Droit ancien, le Droit du régime aboli, serait radicalement abrogé avant que le Droit nouveau du nouveau régime eût été mis en place et l'on s'est dit : " Il y aurait alors dans ces périodes révolutionnaires un vide de Droit, un vacuum Legis " . Il est rare que les choses se passent ainsi, de sorte que l'expérience, du moins l'expérience concluante, manque. Il est rare que les choses se passent ainsi parce que les Gouvernants si passionnés qu'ils soient pour la transformation de la Société, hésitent à organiser cette sorte de No man's Land juridique. Ils préfèrent maintenir unprincipe de continuité du Droit. La Révolution française a été combien profondément novatrice et, cependant, elle n'a pas aboli en bloc le Droit de l'Ancien régime le 14 juillet 1789. A la libération, en 1945, on a bien vu annuler en bloc, en principe, toute la législation du Gouvernement de Vichy mais, vous le savez, celà ne

Source BIU Cujas

signifiait que le rétablissement du Droit antérieur à l'occupation, le rétablissement de la légalité républicaine, de sorte qu'il n'y avait pas de vide de Droit. La Révolution soviétique d'Octobre 1917 est souvent représentée comme ayant établi, dans sa première période, la période que l'on appelle celle du Communisme militaire, de 1917 à 1921, avant la nouvelle politique économique de la NEP de 1922, un vacuum Legis, un désert juridique. En effet, un Décret du 22 Novembre 1918 sur la Justice était venu décider que les tribunaux ne pourraient appliquer les lois des Gouvernements tzaristes que si elles n'étaient pas abolies par la Révolution, ou contraires à la conscience, ou au sentiment du Droit révolutionnaire. A priori, on aurait pu penser que tout le Droit tzariste allait tomber d'un seul coup. Un autre Décret du 30 Novembre 1918 vint interdire plus énergiquement encore toute référence aux lois du Gouvernement renversé, toute référence dans les jugements en particulier et l'on interpretera ce texte du 30 Novembre 1918 comme une abrogation en bloc du Droit tzariste, sans que rien vînt le remplacer. Les Codes soviétiques, en effet, ne sont que de 1922. Donc, du 30 Novembre 1918 à 1922, suivant une interprétation très répandue, il y aurait eu en Russie soviétique un vacuum Legis. En réalité, c'est une interprétation excessive de l'histoire. D'abord, il y eut très rapidement des lois fragmentaires sans doute, mais des lois tout de même, des lois du pouvoir nouveau, et en outre, ce qui montre la difficulté d'établir un désert juridique, c'est que les tribunaux

Source BIU Cujas

prirent pour pratique de se référer au Droit antérieur, dans toute la mesure où ils le sentaient nécessaire. Les références au Droit antérieur continuèrent en fait sous le couvert d'une fiction pour se mettre en règle avec la Décret du 30 Novembre 1918. La fiction était que ces textes du régime disparu étaient adoptés par la conscience révolutionnaire. Ce n'était pas, par conséquent, en vertu d'une force juridique directe que ces textes anciens continuaient à être appliqués, c'était à la suite d'une réception par la conscience révolutionnaire.

Je cite le phénomène comme caractéristique de la difficulté qu'éprouve une Société à organiser le Non-droit, à organiser le vacuum Legis. L'expérience cruciale nous manque donc.

On pourrait songer, pour prendre parti; à une confrontation statistique des phénomènes. On rechercherait ce qui est le plus important des phénomènes de Droit et des phénomènes de Non-droit. Mais, il est évident que cette sorte de comparaison statistique est extrêmement aléatoire car la notion d'importance, d'importance sociologique des phénomènes juridiques, est une notion extrêmement incertaine. Ce n'est pas tellement le nombre des phénomènes qui pourrait être caractéristique car on additionnerait, on comparerait des phénomènes très disssemblables.

La vente de journaux et la vente d'immeubles sont

Source BIU Cujas

vraiment des phénomènes qui n'ont pas le même poids. Mais ce n'est guère qu'au nombre que l'on peut faire une confrontation statistique, ou alors, il faudrait établir une sorte de pondération en valeur pécuniaire. Là encore, ce serait quelque chose d'assez artificiel.

Ainsi, vous avea tous ces phénomènes de Droit qui sont constitués par les enregistrements d'Etat civil, les déclarations à l'Officier d'Etat civil. Ce sont des phénomènes de Droit auxquels il est difficile de se soustraire. Ils n'ont pas de valeur pécuniaire. Comment les comparer avec des phénomènes juridiques d'expression pécuniaire ?

Une autre méthode plus limitée, mais qui pourrait avoir une certaine valeur probante, consisterait à confronter des phénomènes de Droit et des phénomènes de Non-droit ayant entre eux une certaine correspondance : comparer la phenomène de Droit avec le phénomène de Non-droit qui est corrélatif. Celà semble notamment possible en ce qui concerne les situations de fait.

Vous comparerez le nombre d'unions libres au nombre de mariages et vous pourrez vous faire une idée de l'importance relative du phénomène de Non-droit et du phénomène de Droit. Nous avons un instrument de statistique pour mesurer, avec une certaine marge d'erreur, les situations de Non droit que constituent les unions libres et les concubinages. Dans le recensement de 1954, on a posé aux Français une question au

Source BIU Cujas

sujet de leur situation maritale, en leur demandant s'ils vivaient ou non maritalement. Il y a eu un certain nombre de réponses à cette question. C'est ainsi que d'après le recensement, d'après les résultats du recensement de 1954, on a constaté qu'il y avait 281.000 foyers irréguliers contre 9 millions 993.000 foyers réguliers. 281.000 concubinages contre près de 10 millions de mariages... c'est-à-dire que le phénomène de Non-droit ne représenterait que 3% du phénomène de Non-droit. C'est-à-dire que l'importance du phénomène de Non-droit est beaucoup moindre que celle du phénomène de Droit correspondant.

Mais ce que nous pouvons vérifier pour un exemple privilégié comme le concubinage, nous ne pouvons pas le transposer à toutes les autres situations de fait. Il n'est pas sûr qu'il n'y ait pas plus de séparations de fait que de corps, phénomène de Droit correspondant. Il est possible que les séparations de corps en France soient moins nombreuses que les séparations de fait. Si bien que nous sommes en possession de résultats extrêmement sporadiques, dont il est difficile de tirer des conclusions générales.

On pourrait envisager une autre statistique, la statistique des procès. Ce ne serait pas, nous le savons d'avance, absolument significatif car le l'ai dit à maintes reprises, le contentieux n'est qu'un aspect du Droit. Ce n'en est pas l'aspect essentiel. Néanmoins, nous pouvons essayer de raisonner sur la statistique des procès. Elle nous est donnée par le compte général de la justice civile et criminelle.

Source BIU Cujas

En se bornant à la justice civile, on constate qu'à la fin de 1957, il y avait devant les diverses juridictions constituant l'organisation judiciaire française - je laisse de côté les tribunaux administratifs - 723.000 procès. Ce qui faisait à priori, au moins un million 445.000 Français engagés dans le contentieux, c'est-à-dire à peu près 3 % des Français engagés dans le contentieux.

A la vérité, il y aurait bien des rectifications à faire sur ces opérations arithmétique parce que les mêmes personnages peuvent apparaître dans des pluralités de procès et même dans la pratique moderne, nous pouvons d'avance assurer qu'il y a un certain nombre de personnages limités qui se retrouvent dans un grand nombre de procès : à savoir la Sécurité sociale, les Compagnies d'Assurances, l'Administration de l'Enregistrement qui figurent dans un grand nombre de procès comme parties et qui faussent la statistique.

Mais tout de même défalcation faite de ce que l'on pourrait appeler les doubles emplois, il reste un pourcentage important de Français qui sont engagés dans les procès. C'est untaux sur lequel on peut méditer.

Seulement, je le répète, le contentieux n'est pas le Droit. Il est évident que s'il y avait seulement 3% de Français faisant du Droit, se trouvant sous l'empire du Droit, ce serait très peu pour le Droit proprement dut. Pour le contentieux, c'est beaucoup, pour le Droit c'est très peu. Ce n'est

Source BIU Cujas

donc pas à travers le contentieux qu'on peut tirer les conclusions de Droit. Il est certain qu'il y a plus de Français engagés dans le Droit que dans des procès effectifs.

Quel autre procédé pourrait-on utiliser pour essayer de déceler l'importance respective du Droit et du Non-droit ? On pourrait faire porter l'investigation sur les motivations de l'individu lorsqu'il a des décisions à prendre. Recourera-t-il à la solution juridique ou non juridique? Tel est le sens du texte de Mira y Lopez tel que nous l'avons interprété. Nous avons constaté à cette occasion que les individus sur lesquels l'auteur, Mira y Lopez, avait fait porter son enquête, en majorité, n'avaient pas recouru spontanément à la solution juridique. Ils y avaient recouru puis , probablement à la suite d'une difficulté psychologique, ils avaient spontanément songé à des solutions non juridiques, à des solutions relevant de l'amitié, du consensus, de ce monde non juridique des relations amicales. Ils n'avaient pas du tout songé, en l'occurrence à la séparation de corps prononcée par les tribunaux. Ce qui confirme l'idée que du moins les gens heureux vivent comme si le Droit n'existait pas. Les autres, c'est autre chose...

J'ai de la sorte terminé cette étude des phénomènes de Non-droit et du même coup, l'étude de la lère Partie du cours.

Je puis donc ouvrir dès maintenant la seconde partie spéciales, moins longue que la première : SOCIOLOGIE DE LA VENTE. Ce n'est qu'un échantillon parmi une multiplicité

Source BIU Cujas

d'échantillons possibles de ce que peut faire la Sociologie juridique appliquée au Droit privé.

Deux méthodes seraient ici concevables :

Une première méthode consisterait à suivre sociologiquement l'exposé juridique, l'exposé de Droit, dogmatique qui nous est donné par les Traités de l'institution de la Vente. Cela comprendrait successivement les conditions, les effets de la Vente. Parmi les effets de la vente, les obligations du Vendeur, de l'Acheteur et en marge, on inscrirait en quelque manière des réflexions d'ordre sociologique. L'inconvénient d'une pareille méthode consistant à suivre l'exposé dogmatique de l'institution, c'est que les développements sociologiques seraient évidemment très inégaux suivant les matières. Il y a des points qui, dans la théorie de la Vente, dans le Théorie juridique de la Vente, se prêtent beaucoup plus que d'autres à des à des observations sociologiques, du moins pour l'instant.

La seconde méthode consisterait à détacher un certain nombre de questions sociologique se rapportant à la Vente : des questions dont l'intérêt sociologique dès maintenant est marqué.

Par conséquent, nous ne ferons pas - car c'est cette méthode que nous suivrons - un exposé sociologique complet de l'institution de la Vente. Je détacherai certaines questions qui se prêtent plus que d'autres à l'investigation sociologique. Cette seconde méthode m'est d'ailleurs imposée par les nécessités

Source BIU Cujas

du calendrier car il serait trop long de se livrer à un exposé complet de la matière de la Vente du point de vue sociologoque.

Quels sont les chapîtres que je détacherai de l'institution de la Vente pour les étudier sociologiquement ?

Ce seront :

- les origines de la Vente.
- l'importance sociologique de la Vente.
- ce que j'appellerai sans la définir: la substance sociologique de la Vente.
- et peut-être s'il me reste du temps : la fonction sociologique du prix.

Mais au préalable, il convient de replacer la Vente à l'intérieur d'une notion sociologique plus générale. La Vente est un contrat. Le contrat est une sorce d'obligations. Il est donc nécessaire de consacrer une Section préliminaire aux notions sociologiques d'obligation et de contrat.

Ce sera l'objet de cette SECTION PRELIMINAIRE :

- Notions sociologiques du contrat, notions que j'examinerai dans mon prochain cours de lundi.

-:-:-:-:-:-:-

Source BIU Cujas

M. CARBONNIER - Nous abordons la partie spéciale consacrée à l'étude sociologique de la vente. Je vous donne aujourd'hui la section préliminaire : les notions sociologiques d'obligation et de contrat.

Ce sont deux notions que vous connaissez en droit dogmatique. La sociologie juridique peut projeter sur elles certains éclairages particuliers, dont vous aurez à faire une application au contrat de vente. De là l'utilité de cette section préliminaire qui se divisera tout bêtement en deux paragraphes respectivement consacrés à la notion d'obligation et à la notion de contrat.

I - Notion sociologique d'obligation - Pour étudiez brièvement la notion sociologique d'obligation, il n'est pas le le meilleur moyen que de se reporter aux Institutes de Justinien, Livre 3ème, titre 13 principium, où nous lisons la définition de l'obligation qui est devenue célèbre Je vous la rappelle :

Source BIU Cujas

L'obligation, c'est un lien de droit - juris vinculum - par lequel nous sommes astreints par une nécessité - quod necessitate astringimum - à payer quelque chose - alicujus solvendae rei - selon les droits de notre état - secundum nostrae civitatis jura.

Cette définition que les compilateurs de Justinien n'ont certainement pas créée de toutes pièces, dans laquelle apparaissent des éléments incontestablement anciens, cette définition évoque un certain nombre d'aspects sociologiques de la notion d'obligation, notamment l'idée de "lien", du "lien de droit" - vinculum juris - renforcée par d'autres mots de la phrase : "astringimur", qui évoque une idée de lien également, "solvere", qui évoque à l'inverse une idée de "délier".

Ces différents aspects de la notion de lien de droit, ce sont autant d'aspects sociologiques. Le droit primitif considère effectivement l'obligation d'une façon très concrète, très matérielle, comme un lien, des bandelettes magiques, a-t-on dit parfois, qui lient le débiteur. Car dans une certaine conception de l'obligation primitive, le débiteur est lié par un enchantement magique, mais lié au sens le plus matériel du terme. Les mythes de bien des pays connaissent des dieux lieurs. Dans la mythologie romaine, Romulus est un dieu lieur, un dieu qui lie les hommes. L'idée de

Source BIU Cujas

lien a toujours été, dans l'esprit des primitifs, associée à des notions sociales et à des notions juridiques et encore sociolcgiques.

La notion de "necessitas", "nécessité", qui est contenue dans la définition des "Institutes", non pas la nécessité au sens de fatalité, mais la pression sociale ou peut-être le besoin, cela encore est sociologique.

Enfin, la finale : "selon les droits de notre cité" - secundum nostrae civitatis jura - selon les droits de notre état, atteste que, dans les conceptions romaines, l'obligation n'était pas considérée comme on la considèra au XIXème siècle, dans une certaine perspective purement individualiste, comme un simple rapport de droit entre deux particuliers. L'état, la société intervient entière dans le rapport de droit.

Ce qui vous montre combien cette célèbre définition dogmatique peut être féconde pour la sociologie juridique. L'idée générale de l'obligation sociologiquement, c'était un assujettissement de l'homme à l'homme. Par conséquent, puisqu'il y a d'autres assujettissements dans la série sociologique, il faut comparer l'obligation à ces autres assujettissements et notamment à l'assujettissement par excellence qu'est l'esclavage.

Dans l'obligation primitive, il faut apercevoir une sorte d'esclavage partiel du débiteur, un assujettissement du débiteur au créancier, c'est à dire une certaine réduction

Source BIU Cujas

du débiteur en esclavage. Comment est-on passé de l'esclavage total, l'esclavage proprement dit, esclavage de tous les instants et de toute la personne, à cet esclavage partiel spécialisé, à cet assujettissement particulier qu'est l'obligation ?

Le processus est sociologiquement obscur. Il semble bien cependant qu'il y ait un rapport historique évolutif entre l'esclavage et l'obligation.

Les sociologues étudient l'obligation à un double point de vue. Ils se sont essayé à analyser le contenu, en quelque matière, de l'obligation. Puis ils ont essayé de classer, comme le font d'ailleurs les juristes dogmatiques, les obligations d'après leur source. Il y a là deux points sur lesquels je voudrais vous donner quelques indications sociologiques : l'analyse de l'obligation et les sources de l'obligation.

A - <u>Analyse de l'obligation</u> - Nous rencontrons ici une distinction faite à l'intérieur, en quelqu manière, de la notion générale d'obligation, une distinction qui, bien qu'elle ait été proposée, imaginée par des juristes, n'a pas été sans influence sur la sociologie. C'est la distinction proposée par le juriste allemand BRINZ, en 1874, entre : "schuld" et "haftung", que les Romanistes ont quelquefois traduit dans une terminologie qui, je m'empresse de le dire, n'a rien de spécifiquement romaine, qui ne correspond à rien de

Source BIU Cujas

précis dans les textes romains, que les Romanistes ont proposé de traduire par, respectivement : "dette" et "responsabilité", ou encore "devoir" et "engagement", ou encore "rapport d'obligation" et "pouvoir de contrainte".

Il y aurait là deux aspects de ce que nous appelons en termes généraux l'obligation, deux aspects qu'il conviendrait de distinguer et qui correspondraient à des phases successives dans le développement de la notion d'obligation.

Supposant que vous n'avez pas rencontré cette distinction dans vos études de droit dogmatique ou de droit historique, ou bien qu'elle soit utilisée par les auteurs, même les auteurs français, je vais vous donner une idée générale de l'opposition :

Je paierai 1.000 francs à l'échéance : schuld, débitum : c'est la dette.

Si je ne paie pas 1.000 francs à telle échéance, vous pourrez, vous, créancier, saisir mes biens. Dans une phase plus archaïque : vous pourrez saisir mon corps. Cela, c'est "haftung", ma responsabilité du débiteur, mon engagement de débiteur, engagement soit sur mon corps dans la phase archaïque, soit sur mes biens dans la phase moderne.

Voilà à quoi correspond l'opposition entre "schuld" et "haftung". Dans une obligation au sens moderne du terme, les deux aspects sont réunis et nous ne les dissocions plus. Quand je m'engage à payer 1,000 francs au 1er janvier pro-

Source BIU Cujas

chain, cela veut dire et que je dois 1.000 francs et que, en seconde ligne, si je ne paie pas les 1.000 francs à l'échéance, vous pourrez saisir mes biens. Haftung et et schuld ne font qu'un.

Mais historiquement, sociologiquement, les deux idées ne sont pas apparues en même temps. C'est du moins une hypothèse sociologique très répandue. La "haftung" serait, contrairement peut-être à notre premier mouvement de moderne qui consisterait à dire : le principal, c'est l'objet de l'obligation, les 1000 francs que vous devez, et en seconde ligne il y a l'exécution de l'obligation, mon pouvoir d'exécution sur vos biens en cas de non-paiement, contrairement à cette vue de moderne, l'hypothèse sociologique et historique courante, c'est que le phénomène archaïque, c'est la responsabilité, la "haftung", le pouvoir de contrainte.

Le pouvoir de saisir, le corps du débiteur, l'idée que le débiteur devait 1.000 francs et que s'il ne payait pas 1.000 francs, son courps pourrait être saisi, cette idée-là n'est venue qu'après coup. C'est une idée plus raffinée, c'est une idée plus moderne, dans l'évolution c'est la "haftung" qui a précédé la "schuld".

Telle est l'hypothèse émise, je le rèpète, par BRINZ, reprise ensuite sous des couleurs plus sociologiques par des historiens, par des dogmatistes et notamment par le Belge Cornil, dans un article en 1912; Cornil faisait

Source BIU Cujas

application de cette hypothèse au droit romain. Il a cru que ce que nous pouvons savoir du droit romain très ancien, du droit romain archaïque, vérifiait cette hypothèse.

Je dois à la vérité d'ajouter que cette hypothèse de Cornil a été très combattue chez les Romanistes, et notamment mes collègues romanistes : M. Maillet a consacré sa thése de doctorat, qui une thèse d'Aix-en-Provence, 1944, à étudier la théorie de schuld et haftung en droit romain, et sa conclusion est, au contraire, négative. D'après lui, il n'y a pas de vérification en droit romain de cette hypothèse sociologique de BRINZ.

Les éléments que l'on pouvait trouver, que Cornil avait cru trouvér à l'appui de son hypothèse, de son application de l'hypothèse de Brinz en droit romain, se rapportaient au nexum. Le nexus, disait Cornil, c'est l'otage qui est responsable sur son corps, mais qui n'est pas le véritable débiteur. Le nexus, c'est l'otage tenu d'une responsabilité, d'une "haftung", mais ce n'est pas le débiteur. Le débiteur est à côté, le débiteur tenu de la dette.

Et effectivement, en sociologie, on rencontre assez souvent, en dehors du droit romain, un tel système, le système de l'otage, de la caution. L'esprit primitif paraît avoir une certaine peine à concevoir l'obligation directe d'une personne. Il comprend beaucou mieux l'obligation indi-

Source BIU Cujas

recte d'une caution, d'un otage, qui vient engager son corps pour le cas où la première personne ne paierait pas. Mais l'idée que la première.première personne est elle-même obligé, cette idée-là n'est pas très nette, n'est pas très conscience dans l'esprit des primitifs. Ils voient beaucoup plus clairement, plus consciemment, l'obligation de l'otage, l'obligation de la caution, l'obligation de la personne à côté, que l'obligation du débiteur lui-même.

On a proposé d'autre part d'appliquer, d'utiliser cette distinction entre "schuld" et haftung" pour rendre compte ! et c'est peut-être ce qui peut nous intéresser plus directement - de certains mécanismes du droit moderne.

Ainsi, l'obligation naturelle, c'est "schuld" sans "haftung". Le débiteur de l'obligation naturelle est débiteur, mais il n'est pas responsable sur ses biens, on ne peut pas exécuter par pouvoir de contrainte. Le créancier ne pourra pas, si le débiteur de l'obligation naturelle ne s'acquitte pas volontairement, le créancier n'a pas de pouvoir de contrainte pour l'obliger à s'acquitter. Donc, ici, il y a débitum mais il n'y a pas obligatio. Il y a schuld mais il n'y a pas haftung. C'est l'utilisation qu'on a proposée de l'analyse.

Ou réciproquement : il peut y avoir haftung sans schuld, la caution réelle ; le tiers détenteur, le tiers acquérueur de l'immeuble hypothéqué, sont tenus sur leurs

Source BIU Cujas

biens mais ils ne sont pas obligés eux-mêmes : haftung, mais non pas schuld. Il y a obligation mais il n'y a pas de débitum.

Il y a, dans ces différentes hypothèses, soit dans un sens soit dans l'autre, il y a donc une dissociation entre le débitum et l'obligatio, entre la dette proprement dite et le pouvoir de contrainte, qui assortit la dette.

Voilà la distinction que je voulais vous rappeler au passage, en raison de sa résonance sociologique. Mais d'autres observations porteront sur les sources de l'obligation.

B.- Source de l'obligation - Il est évident que notre classification traditionnelle en France des sources d'obligations en contrat et quasi-contrait, délit et quasi-délit, et lois, il est évident que cette classification n'a rien de sociologique.

Il faut toutefois se garder, dans la réaction sociologique, contre cette classification que nous n'avons aucune peine à considérer comme artificielle, se garder d'aller trop loin et notamment de se dire, d'affirmer que, sociologiquement, il n'y a qu'une source d'obligation qui serait la loi. C'est une tentation sociologique. On a tenté de dire : Tout vient de la société, toutes les obligations viennent de la société et la volonté de la société s'exprime dans la loi. "Loi", quel que soit l'objectif, je ne dis pas nécessairement au sens formel du terme. Par conséquent, il n'y a sociologiquement qu'une source d'obligation et le problème est réglé : c'est la loi.

Source BIU Cujas

Ce serait un peu sommaire. Sans doute, on peut admettre que tout vient de la société. C'est, du moins une hypothèse répandue chez les sociologues, toujours épris de leur objet d'étude. Mais c'est une donnée très vague. Tout vient de la société, sans doute, toutes les obligations, mais par l'intermédiaire de quelque mécanisme plus précis.

La loi est sous-jacente à toutes les sources de l'obligation, celà n'empêche pas qu'il doit y avoir des sources d'obligation plus concrètes, plus précises, comme sans doute le contrat ou la responsabilité. On a néanmoins proposé une classification sociologique des sources et des obligations. C'est M. Henri Lévy-Bruhl qui a proposé cette classification dans un article paru aux "Cahiers Internationaux de Sociologie", 1946, page 67 et suivantes.

Il a été conduit à proposer cette classification en partant d'une critique assez sociologique de l'autonomie de la volonté. Il propose de distinguer trois sortes d'obligations :

D'abord, et c'est sans doute la catégorie la plus originale dans cette théorie, celle où se manifeste le plus nettement la volonté de briser les formaliste en la matière. Ce qu'il y a de plus réaliste dans la classification. La première catégorie serait constituée par ce que M. Lévy-Bruhl appelle les obligations contractées, obligations contrainte, non librement consenties. Il entend par là des obligations

Source BIU Cujas

qui, d'un point de vue formaliste, dogmatique, seraient considérées comme contractuelles, comme dérivant d'un contrat mais qui, d'un point de vue réaliste, sociologique, ne peuvent pas être regardées comme telles parce qu'elles sont contraintes parce que la volonté n'y est pas libre. Ainsi, lorsque le contrat a été conclu sous l'empire de vice du consentement, entendu très largement d'ailleurs, ou encore sous l'empire d'une inégalité sociale ou économique, génératrice d'une pression sociale exercée par un contractant sur l'autre. Tel serait le cas dans l'histoire des contrats passés entre le serf et le seigneur, entre l'affranchi et le patron, ou même à notre époque, ajoute M. Lévy-Bruhl, le cas du contrat de travail ou contrat d'adhésion dans lequel il n'y a pas de liberté, soit du salarié, soit de l'adhérent.

Voilà donc une première catégorie quin dans la conception de M. Lévy-Bruhl, s'oppcserait à ce qu'il appelle les obligations mutuelles, dont le type nous serait donné par les obligations qu'engendre le contrat de société. C'est l'obligation plus que contractuelle, pourrait-on dire, l'obligation dans laquelle il n'y a aucune contrainte, où la volonté des obligés s'épanouit pleinement et où il y a même, si l'on peut dire, une coopération constante.

Sociologiquement, on peut dire que ce qui caractérise cette sorte d'obligations, c'est qu'elles sont destinées à l'organisation collective, à faire vivre un groupement

Source BIU Cujas

particulier. Toutes les autres obligations, l'auteur les ramène à l'enrichissement, corrélatif à un appauvrissement, ce que, au fond, nous appelons dans la catégorie dogmatique l'enrichissement sans causes. Pour lui, c'est là le type normal d'obligations. Ce qui, par excellence, crée l'obligation dans la société moderne, c'est l'appauvrissement d'une partie corrélatif à l'enrichissement d'une autre.

Il faut faire entrer ici, dans cette catégorie, non seulement ce que nous appelons l'enrichissement sans causes, au sens technique du terme, mais même la responsabilité. Pour M. Lévy-Bruhl, l'obligation de réparer le dommage causé à autrui s'explique par la brèche qui a été apportée dans le patrimoine d'autrui. Cette brèche entraîne une obligation de combler, une obligation de recomblement, donc une obligation de réparation.

Ce qui est caractéristique dans la théorie de M. Lévy-Bruhl, c'est plus l'appauvrissement que l'enrichissement. L'enrichissement se retrouvera dans les hypothèses d'enrichissement sans causes, au sens technique du terme, mais dans la responsabilité, il n'y a pas nécessairement un enrichissement du responsable. Ce qui suffit, c'est l'appauvrissement.

Telle est cette classification que je vous ai citée, parce qu'elle est sociologique dans son esprit et dans certains de ses aspects. Je ne veux pas en faire la critique. Du point de vue même sociologique, j'aurais certainement des réserves

Source BIU Cujas

à faire, et notamment on peut trouver que dans les différentes catégories, on réunit des choses qui sont dissemblables, comme la responsabilité et l'enrichissement sans causes. Même du point de vue purement sociologique, la responsabilité paraît avoir une autonomie des principes et se différencier nettement de ce que nous appelons l'enrichissement sans causes.

Je pense que la sociologie n'a peut être pas grand intérêt à bouleverser les catégories traditionnelles, elle peut, sans se faire d'illusions sur ce qu'elles ont d'artificiel, elle peut les utiliser : des notions comme la notion de contrat, par exemple, qui ont une valeur sociologique, quitte à être adaptée, et de même, non pas sans doute la notion de délit, mais une notion large de responsabilité a une valeur sociologique et mérite d'être conservée par la sociologie juridique.

Un problème collatéral se présente, d'ailleurs, en sociologie juridique, quand on étudie les différentes sources, quand on considère les différentes sources d'obligations, c'est un problème de chronologie, qui est classique, encore qu'il n'ait probablement pas de solution très nette.

Quel est l'ordre chronologique entre les différentes sources d'obligations ? Dans quel ordre sont-elles apparues à travers la série sociologique ?

Le problème se pose spécialement dans les rapports

Source BIU Cujas

entre le contrat d'une part et, d'autre part, la responsabilité. Quelle est la source d'obligation première ? Est-ce le contrat? Est-ce la responsabilité ?

On a longtemps considéré en sociologie la responsabilité comme une source d'obligation plus ancienne que le contrat ; la responsabilité, même plus spécifiquement le délit. Spécialement en droit romain, pour le droit romain très ancien, on a soutenu cette séquence dans l'apparition des sources d'obligations : d'abord le délit, puis le contrat.

Le délit paraissait, en effet, par impression peut être, quelque chose de plus primitif, de moins raffiné, de moins compliqué intellectuellement que le contrat, quelque chose de plus sauvage, pourrions-nous dire.

Cependant, cette manière de présenter l'évolution des sources des obligations a été contestée pour le droit romain primitif, précisément. Le délit, a-t-on observé, fait naître, en droit romain archaïque, un droit de vengeance au profit de la victime, un droit de vengeance privé. Où est l'obligation corrélative ? On voit bien une sorte de pouvoir, de faculté, de liberté de se venger, qui est conféré sous certaines conditions coutumières à la victime d'un délit. Mais corrélativement, où est l'obligation du côté de celui qui, en termes modernes, nous appellerons le responsable ?

Etre exposé à la vengeance de la victime, ce n'est pas, à proprement parler, une obligation. Dans le droit romain

Source BIU Cujas

très archaïque, il n'y a pas encore - on peut situer son apparition plus tard - il n'y a pas encore la faculté pour le responsable de se libérer en payant une composition, en accomplissant une prestation au profit de la victime.

Ainsin en droit romain primitif, le voleur manifeste est, vous le savez, attribué au volé. Sa personne est attribuée au volé qui peut en faire ce qu'il en veut. Mais cette situation ne se traduit pas par une obligation à la charge du voleur. Il n'a pas un devoir à accomplir. Donc, il est soumis au pouvoir de vengeance du volé.

On a, il est vrai, répondu que c'est justement ce fait : être exposé à la vengeance de la victime, qui aurait constitué la forme première de l'obligation, cette situation que nous avons peine à traduire en termes juridiques d'aujourd'hui, à préciser en vocabulaire technique, mais ce serait cette situation : être exposé à la vengeance privée, qui aurait constitué la forme primitive de l'obligation , de la "haftung".

A quoi on a répliqué qu'il n'y a rien de positif dans cette situation et que l'obligation, dans notre conception, implique quelque chose de positif, une prestation qui doit être accomplie par le débiteur au profit du créancier. Et dans cette position, on a été jusqu'à renverser les termes de la chronologie proposée et à soutenir et c'est le contrat qui a précédé l'obligation délictuelle, l'obligation née de la responsabilité, que l'on en serait venu

Source BIU Cujas

à une idée d'obligation née de la responsabilité à partir d'une notion pré-existante de contrat.

Le responsable, a-t-on observé, a pu à partir d'une certaine époque et par un processus psychologique assez naturel, assez primitif, a pu traiter avec la victime. Il a commis le délit, il est exposé à la vengeance de la victime, il va essayer de se racheter, il va faire sa paix, il va faire un pacte, un contrat, avec la victime. Et ce contrat de rachat du responsable qui se libère de la vengeance privée en offrant une certaine somme d'argent, une composition, cela a été le premier contrat. Et à partir du moment où là coutume a imposé à la victime de traiter avec le responsable, de faire sa paix avec le responsable, à partir de ce moment-là, est apparue l'obligation délictuelle ; mais pour que l'obligation délictuelle se dégageât, il fallait d'abord qu'il y eut la possibilité de faire un pacte.

Donc, a-t-on répondu, c'est le contrat, sous cette forme rudimentaire du pacte entre le responsable et la victime qui a été la source première de l'obligation.

Exposées les hypothèses sociologiques de l'apparition des différentes sources des obligations, nous sommes dans une sociologie des profondeurs, où il faut bien reconnaître que les éléments de décision font défaut.

Source BIU Cujas

II - La notion sociologique de contrat -

Il y a, je le signale, préliminairement une certaine difficulté à envisager d'un point de vue sociologique le contrat, abstraction faite de la vente, car par beaucoup de côtés la vente est sociologiquement le contrat par excellence. Et nous constaterons que certaines hypothèses sur l'origine de la vente sont en même temps des hypothèses sur l'origine du contrat.

Cependant, pour l'instant, dans cette section préliminaire, il faut essayer de dégager ce qu'il y a de plus essentiel, de plus dépouillé, dans le mécanisme du contrat, sans nous préoccuper plus particulièrement de la vente.

Que deux volontés, parce qu'elles s'accordent, mais deux volontés individuelles puissent produire du droit, puissent modifier le droit, c'est quelque chose de remarquable au point de vue sociologique. Et une question se trouve par là posée aux sociologues, dans la mesure où, pris par leur objet, ils croient à la toute puissance de la société, ils identifient le droit à la société elle-même.

Cette force juridique reconnue à un accord de volontés privées à besoin d'être expliquée et les sociologues ont recherché des explications à cette force juridique assez remarquable qui s'attache au contrat. Nous rencontrons ici deux sortes d'explications qui ont été, du reste, maniées par deux sortes de sociologues. Il s'agit de deux sortes

Source BIU Cujas

d'explications qui ne s'excluent pas mais qui se rapportent à des aspects différents de la question.

Il y a d'abord des explications que je qualifierai d'explications génétiques. Il s'agit de la genèse du mécanisme contractuel. On se place dans le temps, on se damende comment, dans l'évolution, s'est formé ce mécanisme juridique qu'est le contrat.

Puis il y a ce que l'on pourrait appeler des explications structurelles, sans d'ailleurs donner à ce terme l'acception particulière philosophique qu'il revêt dans une certaine sociologie contemporaine. Il s'agit simplement de la structure du contrat, indépendamment de sa formation évolutive. Comment se fait-il, à un instant de la durée, que deux volontés en s'accordant puissent produire des effets juridiques ?

Nous ne nous plaçons pas dans le passé, nous n'essayons pas de retrouver comment les choses en sont venues là. Nous supposons que le contrat existe. Nous demandons comment, les choses étant ce qu'elles sont à l'heure actuelle par exemple, le contrat peut pruduire des effets juridiques, alors que ce n'est que l'oeuvre de deux volontés individuelles.

Je vous donnerai quelques aperçus sur ces deux sortes d'explications génétiques et structurelles.

1) Explications génétiques - Elles ont été spécialement proposées par les disciples de Urgal ?.

Source BIU Cujas

D'où est venu le contrat ? Ce n'est pas , en effet, un mécanisme, du moins me semble-t-il, tellement naturel. Comment deux hommes, deux hommes primitifs ont-ils pu se dégager de la gangue du social ?

La société primitive nous paraît quelque chose d'uniforme et le contrat nous paraît un instrument de diversité. La société primitive nous paraît quelque chose de figé et le contrat nous paraît un instrument de mobilité. La société primitive nous paraît vivre dans le présent et le contrat nous paraît, dans nos conceptions modernes il faut s'empresser d'ajouter, un instrument de prise sur le futur.

Pour s'arrêter à ce dernier point, il semble que, a priori, certaines sociétés primitives auraient trouvé dans leur structure linguistique même des obstacles à concevoir le mécanisme contractuel. Il est des langues primitives où le gutur ne se dégage pas bien du présent, j'entends grammaticalement parlant, comment, alors, faire des promesses qui se projettent dasn l'avenir ? Certaines langues primitives n'ont pas de pluriel imaginaire, entendez par là n'ont pas la possibilité de compter des choses qui n'existent pas, n'arriveraient pas à formuler ce nous exprimons, par exemple, dans la formule "10 jours" ou "6 mois". Comment, alors concevoir le concevons, le contrat instrument de prise sur l'avenir ait pu se faire jour ?

Source BIU Cujas

Il y a là, évidemment, un problème pour le sociologue, une question qui lui est posée, et les sociologues se sont efforcés d'y répondre en se demandant quelles avaient pu être les formes primitives du contrat.

Il a été proposé pas mal d'hypothèses pour répondre à cette question. Quelques-unes sont devenues classiques en sociologie, en ethnologie. J'en citerai deux, deux grands types d'explications qui ne sont pas, d'ailleurs, contradictoires, exclusives l'une de l'autre, parce qu'elles peuvent ne pas concerner les mêmes sociétés ou ne pas concerner les mêmes contrats.

Il y a l'hypothèse de l'alliance, dans un sens sociologique, spécialisée, qui met l'accent sur ce que l'on pourrait appeler l'aspect synallagmatique du contrat ; et il y a l'hypothèse de la damnatio, qui met l'accent, au contraire, sur l'aspect unilatéral que peut parfois revêtir l'opération contractuelle sous une forme que je donnerai tout de suite en termes modernes, la forme de la promesse, par exemple, qui nous paraissait un contrat techniquement, mais la promesse nous paraît avoir quelque chose d'unilatéral, et c'est sur cet aspect unilatéral qu'insiste l'hypothèse générique de la damnatio.

Ces deux hypothèses, alliance, damnatio, se rejoignent en ce qu'elles assignent au contrat des origines mystiques, des origines magiques ou religieuses, des origiges

Source BIU Cujas

non rationnelles. Toute cette terminologie pourrait être remise en question, mais nous pouvons la prendre à titre, en quelque manière, conventionnel.

A - Une hypothèse de l'alliance - Le contrat primitif, disent les sociologues, du moins ceux qui ont soutenu cette hypothèse de l'alliance, a été un contrat plénier, entendez un contrat à la fois collectif et général, unissant non pas deux individus comme notre contrat moderne, mais deux groupes, à la limite deux sociétés, par un contrat général non pas deux individus comme notre contrat moderne, mais deux groupes, à la limite deux sociétés, par un contrat général non pas portant sur un objet particulier, comme notre contrat moderne de vente, de louage, mais portant sur tous les intérêts en quelque sorte, des contractants. Les contractants s'unissent totalement par le contrat.

Le contrat primitif a été cette alliance collective et générale, et ce n'est que peu à peu, par un processus à la fois d'individualisation et de spécialisation, qu'il aura donné naissance à notre contrat moderne, individuel et particulier.

Le contrat primitif a été, a-t-on dit encore, un engagement à titre universel, une amitié qui était impliquée, une fidélité. La forme première du contrat a été le don, en quelque sorte, le don total du suivant au chef et, réciproquement, la protection totale accordée par le chef à son suivant, une sorte d'engagement de toute la personne.

Source BIU Cujas

Donc, à l'époque historique, quelque chose apparaîtra dans le contrat : un don total de l'inférieur, une protection totale accordée par le supérieur. Ceci insiste sur l'aspect général mais, en outre, le contrat primitif dans la société archaïque n'est pas entre deux individus seulement, c'est entre deux familles ou entre deux tribus qui s'unissent, l'une se mettant sous la protection de l'autre, l'autre accordant protection à la première, une alliance. C'est cette alliance qui aurait été la forme première du contrat.

On a relevé des manifestations plus concrètes, l'alliance du sang qui est la forme la plus caractéristique sociologiquement, la plus singulière, la plus remarquable, et le mariage qui est quelque chose de tout à fait familier à nos catégories mentales. Mais il faut bien le voir sociologiquement comme étant un contrat dans la société primitive.

L'alliance du sang, c'est un phénomène sociologique qui a été étudié notamment par des sociologues anglais, sous le terme de "Blood covenant". La première application paraît en avoir été faite par Robertson Smith, dans un ouvrage du début du siècle intitulé "Parenté et mariage dans l'Arabie primitive".

C'est donc à la société arabe, en pays Islamique, que la première application, semble-t-il, de cette notion psychologique du "blood" covenant" a été faite. L'auteur relève que chez les anciens Sémites, aucune unité sociale, aucune obligation ne pouvait exister qui ne fût fondée sur

Source BIU Cujas

la parenté. C'était la parenté qui, dans les conceptions des Sémites primitifs, était la source des obligations, la source de tous les liens sociaux, de sorte que, entre deux étrangers ou entre deux groupes étrangers non liés par une parenté, il fallait pour créer une obligation créer une parenté fictive, il fallait faire naître entre les deux contractants une allianc par le sang entre ceux qui n'étaient pas naturellement parents, il fallait faire naître une parenté artificielle.

Les intéressés se rendront parents en participant au sang les uns des autres, ce qui pourra être obtenu par desrites divers, et notamment par un rite que l'on trouve assez répandu dans des sociétés primitives,qui consiste à mélanger les sangs. On fait une piqûre à chacun des deux individus intéressés et chacun d'entre eux suce le sang de la blessure de l'autre. Il y a un échange de sang, qui est un échange de parenté, comme une sorte de rite d'adoption, une alliance du sang, un blood covenant. Et c'est la forme première du contrat.

Robertson Smith avait observé le phénomène dans l'Arabie primitive. Mais, à partir de cette étude, on se mit en quête dans d'autres directions, et dans des sources historiques on trouva des allusions à ce rite de mélange des sangs notamment - vous le trouverez dans Hérodote, à propos des Scythes - Hérodote nous dit que, pour contracter, les Scythes buvaient du vin mêlé au sang provenant de piqûres, de blessures

Source BIU Cujas

que les deux contractants se faisaient mutuellement. Im y a ainsi communion réciproque au sang des deux contractants, et c'est de là que naît une parenté artificielle qui est la forme première du contrat, mais un contrat qui est évidemment un contrat total. Les deux intéressés sont unis pour la vie et sont unis dans toute leur vie. Ce n'est pas simplement pour un objet particulier qu'ils s'allient, ils font une alliance de toute la vie.

Je passe sur d'autres témoignages qui ont été trouvés dans des sources historiques. Les sociologues, à partir de là, ont décelé des traces de l'alliance, des formes affaiblies de l'alliance du sang, dans des rites de communion qui ne nous sont pas inconnus.

Le fait de boire ensemble est extrêment fréquent dans le droit folklorique. La conclusion d'un marché se fait, s'opère à l'auberge et l'on boit après la conclusion du marché. Des yeux non sociologiques verront dans cette manifestation quelque chose de tout à fait matérialiste et ils n'apercevront pas les raisons mystiques, magiques, sociologiques, religieuses, et sociologiques au sens large, qui sont à la base du rite. Mais nous voyons bien là, dans ce vin de marché, une forme affaiblie du rite de communion que nous avons vu opérer sous la forme sanglante dans les peuples primitifs. Il s'agit de participer à un même sang et vous savez que le v

Source BIU Cujas

représente assez facilement, dans les conceptions de l'humanité, le sang.

C'est peutêtre une parenthèse qu'il faut ouvrir à cet endroit pour insérer sur cette hypothèse d'autres rites que l'on appelle les rites de division, non plus rites de communion mais rites de division qui, à première vue, pourraient sembler antithétiques mais qui, en réalité, peuvent se relier aux premiers.

Je relèverai ces rites dans le droit mosaïque. Nous avons un exemple qui nous est donné par un texte de la "Genèse", chapitre 15, verset 9 et suivants :

"Prends, dit le Seigneur, une génisse de trois ans, une chèvre de trois ans, un bélier de trois ans". Le Seigneur s'adresse à Abraham, et Abraham prit ces animaux, les divisa par moitiés et plaça les deux parties en face l'une de l'autre, et à travers la rangée, une fournaise passé.

C'est là un rite de division, un partage de quelque chose. On partage aussi des animaux. Ici, le Seigneur fait alliance avec Abraham, il est contractant, il est partie contractante représentée par le feu, par la flamme, et les contractants passent au milieu de la double rangée.

Lorsque Agamemnon mène les Grecs à Troie, Calchas apporte un verrat, semblablement, et il le divise en deux parts qu'il place l'une à l'Est et l'autre à l'Ouest, puis chaque homme passe entre ces moities en tenant à la main son

Source BIU Cujas

épée qu'il arrose du sang de la victime, et il y a là une alliance qui est contractée par ce rite.

Quel est le sens de ce rite de division, qui nous apparaît comme un rite contractuel, comme un rite d'alliance?

Il y a plusieurs interprétations. Il y a l'interprétation, en quelque sorte, rationnelle, rétributive, qui a été proposée par Sir James Frazer, qui est, vous le savez, un grand folkloriste anglais, l'auteur de la célèbre série intitulée "Le Rameau d'Or", traduite en français, qui est une série de folklore de droit, de coutumes primitives, avec des interprétations souvent très ingénieuses.

Pour Frazer, l'explication est que, en tuant la victime, l'objet du sacrifice, l animal et en le coupant en morceaux, les contractants donnent une préfiguration de ce qui arrivera à l'un d'entre eux s'il n'accomplit pas l'obligation. Ce serait une forme concrète, imagée, matérielle, de malédiction : "Sois blessé, massacré comme ces animaux, si tu n'accomplis pas l'alliance, si tu romps l'alliance qui vient d'être contracté."

Et on peut citer, d'ailleurs, certains témoignages en faveur de cette interprétation, dans certains droits primitifs d'Afrique Orientale, où l'on trouve ces rites de division d'animaux à l'origine du contrat comme rites contractuels Il est bien précisé, par une formule d'imprécation, que c'est une préfiguration de ce qui arrivera au contractant s'il

Source BIU Cujas

n'exécute pas son obligation. Ainsi, dans une certaine ethnie d'Afrique Orientale, où l'on coupe un chien en deux pour conclure une alliance, il est bien spécifié : "Que l'homme qui brisera la paix convenue périsse comme périt ce chien".

Donc, ici, le rapport avec une formule d'imprécation, de malédiction, est très net. Cependant, cette interprétation est peut-être trop rationnel aux yeux de certains sociologues pour traduire exactement la mentalité primitive, et l'interprétation la plus courante chez les sociologues est différente.

C'est qu'il s'agit d'enchaîner les contractants dans un lien de consanguinité mystique. C'est un affaiblissement, en réalité, du rite de communion que nous avons vu au stade précédent. Au stade précédent, il fallait boire le sang, maintenant, il ne s'agit plus que d'être en contact avec le sang. Ce que l'on obtenait dans la phase première en s'incorporant, en ingurgitant le sang de l'autre contractant, on l'obtient dans cette phase affaiblie en passant près des victimes.

Telle est notamment l'interprétation qui a été proposée par M. Davy dans sa thèse de doctorat es-lettres "La foi jurée", qui est une thèse sociologique de 1922, qui, dans l'ensemble, se rapporte aux origines de l'obligation et du contrat.

Il y a une autre explication encore qui ramène le

Source BIU Cujas

rite dont il s'agit, ce rite de division, du fond du droit à la preuve, pour parler en termes de droit dogmatique. Cette division des victimes ne serait pas d'une autre nature que d'autres rites de division que l'on constate lors de la conclusion de contrats dans d'autres sociétés, mais portant non plus sur des animaux, sur des victimes, mais sur des objets.

Ainsi, en droit grec, pour faire la conclusion de certains contrats, on rompt un objet quelconque que l'on appelle un symbole. Etymotologiquement, cela signifie une chose qui est composée de deux parties - symbole : deux parties - destinées à se réunir. On rompt l'objet comme jusqu'à une époque moderne on a rompu des papiers ou des bouts de bois pour faire preuve entre les deux contractants. Notre Charte partie du droit maritime, c'était un papier que l'on rompait en deux suivant une division inégale, une division bizarre. En rapportant les deux morceaux de la Charte Maritime, les deux contractants pouvaient faire preuve de la conclusion du contrat.

De même, on a rompu en droit grec des objets quelconques, des médailles, des bouts de bois qui, ensuite rapprochés, pouvaient server à attester qu'un contrat avait bien été conclu entre ces deux personnages-là.

C'est la procédure de la taille, que le Code Civil connaît encore comme preuve des contrats. C'est tombé en désuétude parce que la taille est liée - l'écriture n'était

Source BIU Cujas

pas répandue - à une société analphabète, mais le Code Civil encore, vous le savez, consacre un article de 1333 à la taille. C'est la même idée, pourrait-on dire. Il s'agit d'un rite de division qui poursuit des fins probatoires. Et de même, les victimes, les squelettes des victimes sont destinés à être rapprochés un jour pour attester que l'alliance a été conclue entre les deux intéressés.

Voilà un certain nombre de phénomènes que nous constatons, dont les interprétations, vous le voyez, ne sont pas toujours convergentes. Mais néanmoisn,il y a un phénomène général d'alliance, d'alliance par le sang, qui se ramène à ceci :

pour conclure le contrat dans une certaine étape primitive de la société, on a fait des alliances par le sang, on a essayé d'établir une parenté artificielle entre les deux contractants. Alliance totale, alliance, faut-il ajouter aussi collective, parce que ce n'étaient pas seulement deux individus qui faisait alliance. La plupart du temps, c'était un peuple qui faisait alliance avec son Dieu ou qui faisait alliance avec un autre peuple.

Le mariage nous est assurément plus familier. Beaucoup de sociologues disent que c'est la forme primitive du contrat, et c'est tout naturellement le contrat plénier. Un contrat plénier en ce sens qu'il est général. Ce sont deux vies qui s'associent. Nous connaissons encore cela. Mais contrat

Source BIU Cujas

plénier dans l'autre sens, ce sont deux familles, ce sont deux sociétés qui s'allient, et cet aspect familial ou même social du mariage a, il faut en convenir, disparu dans nos sociétés modernes. Néanmoins, nous savons bien qu'à une époque encore historique, le mariage a été une affaire de famille et même, quand il s'agissait de mariage de princes, a été une affaire d'état.

Le droit primitif abonde en traits de cette sorte : pour apaiser un conflit, une guerre qui s'est élevée entre deux ennemis, pour réparer un dommage qu'une tribu a pu causer à une autre tribu, on donne la fille du chef en mariage au fils du chef de l'autre nation. Il y a ainsi un mariage qui est une alliance, qui est un contrat total, un contrat collectif, un contrat plénier.

Nous trouvons des phénomènes plus singuliers qui peuvent être rapportés à cette même notion, par exemple, dans certaines tribus d'Australie, l'échange des soeurs, les conventions régulières entre des groupes, des tribus, réciproque échange des soeurs qui s'accompagne d'échange de biens. On échange des filles et des garçons en bloc, et c'est la source d'une alliance entre les deux ethnies.

Ici, on peut faire le rapprochement avec les échanges de princes et de princesses qui ont été pratiqués dans nos sociétés européennes jusqu'à une époque historique. Le mariage, ici, exerce une fonction qui reviendra un jour au

Source BIU Cujas

contrat. Seulement, le mariage, c'est tout de même quelque chose de différent de notre contrat moderne. Le mariage ressortit au statut, le mariage ressortit ici au droit public, dirions-nous en termes modernes, plutôt qu'au droit privé, domestique. C'est l'affaire de la société tout entière, ce n'est pas l'affaire de deux individus, encore moins et même pas de deux familles.

Donc, ce mariage qui est la forme première du contrat nous apparaît comme un mécanisme social et non pas comme un mécanisme individualiste. Et ici, vous voyez percer l'arrière-pensée explicative des sociologues quand ils formulent cette hypothèse. Ils veulent lutter contre ce qu'il y a d'individualiste dans le contrat en montrant que l'origine du contrat n'a pas été individualiste, volontariste, mais que, dans ses formes premières, le contrat a été l'oeuvre de la société tout entière, l'affaire de la société tout entière, que notre contrat moderne qui nous semble individualiste n'est en réalité qu'un dérivé de mécanismes purement sociaux, de mécanismes que nous appellerions aujourd'hui des mécanismes politiques, des mécanismes de droit public.

Voilà ce que je voulais vous faire connaître de cette hypothèse de l'alliance, cette hypothèse génétique de l'alliance qu'il faut connaître parce qu'elle est devenue quelque chose de classique en sociologie.

Nous allons nous interrompre et dans quelques instants je vous parlerai de la damnatio.

Source BIU Cujas

Je reprends l'étude des hypothèses génétiques sur l'origine du contrat. La seconde hypothèse, vous disais-je, est l'hypothèse de la damnatio, dont je schématise le mécanisme.

L'individu qui va devenir débiteur est voué aux dieux infernaux, à la vengeance du ciel, bref, à quelque force supra-terrestre. Il est voué à ces forces ou bien il se voue lui-même à ces forces pour le cas où il n'accomplirait pas telle chose. Il y a ainsi dans ce mécanisme de la damnatio un appel au jugement des dieux. L'individu qui va devenir débiteur se place sous le jugement des dieux.

Le mécanisme suppose donc ce que, dans notre grammaire moderne, nous considérerions comme un conditionnel. Il y a une menace sous condition : "Si tu ne fais pas telle chose, il t'arrivera tel malheur." - "Si je ne fais pas telle chose, qu'il m'arrive tel malheur."

C'est un mécanisme de condition qui pourrait susciter des objections, si j'ose dire, d'ordre linguistique, et on en a fait. On a dit : Mais le conditionnel est une nuance relativement récente dans l'évolution linguistique, comment les primitifs ont-ils pu avoir cette nuance plus subtile encore que celle du futur ?

A la vérité, le mécanisme que nous appelons en droit pénal celui de la menace sous condition est un mécanisme

Source BIU Cujas

mental assez primitif et qui n'exige pas l'emploi du conditionnel grammatical. En réalité, c'est une menace qui peut se placer dans un avenir assez immédiat, c'est "la bourse ou la vie", il n'y a pas de mécanisme plus rudimentaire, plus élémentaire que celui-là.

On peut discerner deux variantes de la damnatio, suivant que la menace émane du créancier, que la malédiction est prononcée, le conditionnel est prononcé par le créancier ou que la menace émane du débiteur lui-même : damnatio émanant du créancier, ou bien auto-damnatio. C'est, à mon avis, un terme composé qui n'est pas très beau mais qui est assez significatif.

Parlons d'abord de la première variante, à savoir la damnatio émanant du créancier lui-même. Le créancier lie par des formules, par des cérémonies magiques - c'est une hypothèse qui a été développée notamment par le romaniste Uvelin, lequel mettait de la magie un peu partout - le créancier lie le débiteur par des formules et il damne, il voue aux dieux infernaux pour le cas où il n'accomplirait pas telle ou telle prestation. Il suffit que la damnatio soit ainsi suspendue à l'éventualité d'un acte du débiteur pour que le mécanisme de l'obligation apparaisse, de sentiment de l'obligation apparaisse, et d'une obligation qui résulte bien d'un contrat. Il y a nécessairement une présence du créancier et du débiteur. Le créancier et le débiteur sont face à face.

Source BIU Cujas

Le créancier lie le débiteur par des formules magiques, par une malédiction conditionnelle pour le cas où il n'exécuterait pas telle ou telle prestation.

On trouve de ces contrats, de ces formules d'actes, avec des malédictions conditionnelles dans des actes de la haute antiquité. Par exemple, il y a quelques années, on a présenté à l'Académie des Sciences Morales et Politiques des exemplaires d'actes mésopotamiens du 8ème siècle avant Jésus-Christ et des traités d'alliance, en réalité contrats pléniers mais des traités d'alliance où les parties s'engageaient sous la forme de malédictions pour le cas où le traité ne serait pas exécuté. La damnatio était très nettement marquée dans ces modèles d'actes.

On a essayé semblablement de relever quelque chose d'analogue dans le mécanisme du nexum, en très ancien droit romain, faute d'une certaine interprétation de ce mécanisme, une interprétation qui n'est point l'interprétation classique des Romanistes. Je vous rappelle sommairement le cérémonial : les témoins, le porteur de la balance, un lingot, et ce qui est signficatif, ce qui a suggéré le rapprochement, le créancier prononce une damnatio contre le débiteur pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas son obligatio.

Dans cette interprétation magique du nexum, on n'attribue pas au lingot le rôle utilitaire monétaire qu'on est d'abord tenté de lui attribuer, non, le lingot n'est pas là

Source BIU Cujas

avec une fonction monétaire, c'est un instrument magique, c'est un gage, une représentation du débiteur. N'importe quel autre objet pourrait jouer le même rôle. En réalité, il s'agit d'un objet quelconque destiné à représenter le débiteur, dans lequel le débiteur projette sa personnalité et dont la remise au créancier atteste que la personne du débiteur est engagée au créancier. Il y a là un mécanisme, dit-on, dans cette interprétation qui est magique et qui n'est nullement économique, comme ce fut la première interprétation.

L'auto-damnatio évoque l'aspect unilatéral, l'aspect d'un acte unilatéral, nous suggère un rapprochement avec ce que nous appelons dans la terminologie moderne l'acte unilatéral, avec d'ailleurs la même difficulté rationnelle que nous rencontrons quand nous nous interrogeons sur la possibilité d'un engagement absolument unilatéral. Nous sommes tentés de répondre ; il est impossible de s'engager par une volonté purement solitaire, il faut que la volonté qui s'engage puisse être accrochée par quelque chose d'autre, par une autre volonté.

Dans le droit primitif, au fond, la même difficulté se rencontre et elle est résolue par le même procédé : la volonté du débiteur, son auto-damnatio s'accroche à quelque chose, s'accroche à la divinité. Il faut une présence invisible mais une présence certaine d'un tiers qui est la divinité, qui vient en quelque sorte recevoir la promesse du débiteur, qui vient recevoir son auto-damnatio.

Source BIU Cujas

Le mécanisme de l'auto-damnatio est attesté pour différentes époques historiques. Nous le trouvons d'abord dans le droit dogmatique sous la forme du vœu. Vous savez que l'Ancien Testament contient tout un chapître, le chapître 30 sur les voeux, qui est un chapître juridique. Les voeux, ce ne sont pas des souhaits. Il faut le prendre : "votum", "devotio", il faut prendre "voeux" dans un sens fort qui est un sens religieux. C'est le fait de vouer le débiteur, celui qui s'engage, le fait pour lui de se vouer à la vengeance des dieux s'il n'exécute pas la prestation qu'il promet. Il y a une "devotio". Il se voue lui-même à la malédiction divine, à la colère divine, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation. C'est un mécanisme primitif de contrat, de contrat par promesse, par engagement, qui nous semble unilatéral mais qui, en réalité, est reçu par Dieu au profit d'une autre personne. Le débiteur voue à la colère et à la vengeance de Dieu, pour le cas où il n'exécuterait pas sa promesse envers telle autre personne.

Tel est ce schéma élémantaire de "voeux" au sens de "devotio". En droit romain, nous trouvons le serment qui, à l'origine, a certainement été un mécanisme de droit religieux. Cicéron nous donne, à une époque où déjà le serment ne joue plus ce rôle de mécanisme contractuel, des indications sur ce qu'a été le serment à l'origine : le jusjurandum

Source BIU Cujas

dans l'ancienne Rome. Il indique que c'était alors le procédé couramment employé pour assurer l'exécution d'une promesse. Par des actes symboliques, par des gestes rituels, par des paroles solennelles, le débiteur créait un lien qui fut d'abord un lien religieux, peut-être même un lien magique, mais en tout cas un lien religieux. Il se vouait à la colère des dieux, car c'est là le sens général du serment, pour le cas où il n'accomplirait pas sa promesse. C'est le schéma élémentaire du sermet promissoire par opposition au serment probatoire. Ici, il s'agit du serment promissoire, de la promesse qui est fortifiée par cet appel à la divinité : "Que la divinité fasse périr le parjure "Voilà le sens général du serment.

Il y a, il est vrai, d'autres hypothèses sur le serment, en droit romain notamment cette hypothèse de ..... qui a soutenu que le serment romain était quelque chose de purement laïque, un serment entre hommes, un serment militaire. Il a voulu rapporter cela au serment militaire et il s'est efforcé d'écarter les dieux du serment romain. Mais ce n'est pas l'interprétation la plus courante, ni même la plus plausible. Le serment paraît bien avoir été à Rome comme ailleurs un acte religieux, un appel à la divinité.

Enfin, nous constatons le mécanisme du serment et de l'auto-damnatio à une époque plus proche de nous, au Moyen-Age. vous savez qu'au Moyen-Age le serment promissoire

Source BIU Cujas

a été un moyen par excellence de s'obliger. Le droit canonique avait organisé ce moyen-là dans l'effondrement de tous les moyens purement laïques. Or, dans le serment, le serment du Moyen-Age, nous retrouvons transposé, en termes christianisme, le mécanisme élémentaire de l'auto-damnatio. Celui qui promet se voue à la vengeance de Dieu pour le cas où il n'exécuterait pas sa promesse. Il y a un rituel, il y a des paroles il y a des gestes, mais le mécanisme élémentaire est toujours le même, c'est l'appel à la divinité "pour le cas où" c'est l'appel à la divinité "si", toujours la menace conditionnelle.

Et cette auto-damnatio va jouer en faveur d'un tiers, d'un autre personnage qui n'est pas, en quelque sorte, partie dans ce mécanisme purement unilatéral. Le serment est reçu par Dieu au bénéfice d'un tiers. Dans un texte d'un canoniste célèbre, Panorbita, le mécanisme triangulaire, si j'ose dire, du serment promissoire est bien analysé :

"Dieu, dit-il, reçoit l'obligation en faveur de l'autre partie".

C'est une sorte de stipulation pour autrui que ce Dieu. Le mécanisme est purement unilatéral. C'est l'auto-damnatio. Le débiteur est suel, le créancier n'est pas présent dans l'acte, mais Dieu est présent et il reçoit la promesse en faveur du créancier qui n'y figure point ; de telle sorte que - c'est la conclusion juridique, l'intérêt pratique de l'analyse, selon Panorbita - si le créancier fait remise de

Source BIU Cujas

dette, Dieu aussi fait remise de dette.

Car on s'interrogeait, on soulevait la difficulté : le créancier fait remise de dette, mais il n'a pas été partie, lui, à la convention, il n'y a que Dieu qui a été partie, Dieu lui, ne fait pas remise de dette. Alors, Panorbita donne une solution utilitaire, sinon logique, il dit :

"Oui, mais Dieu a reçu la promesse en faveur du créancier. Donc, su le créancier fait remise de dette, Dieu aussi fait cette remise".

Vous voyez qu'on a transporté à partir d'une certaine époque les raffinements de la stipulation pour autrui à ce mécanisme de l'auto-damnatio. Telle est l'autre hypothèse. Vous voyez : alliance, damnatio, toutes ces hypothèses favorites des sociologues se rejoignent dans un certain esprit qui consiste à mettre en relief dans le mécanisme contractuel, dans l'apparition du mécanisme contractuel, les forces supérieures aux volontés individuelles.

Le mécanisme de l'alliance, c'est un mécanisme collectif qui unit deux familles, qui unit deux ennemis. Le mécanisme de la damnation, l'auto-damnatio, c'est un mécanisme où la volonté individuelle, par elle seule, serait inefficace. Il faut que les dieux s'en mêlent, il faut que les forces supérieures à l'individu s'en mêlent. Un jour, la société remplacera la divinité, laïcisera en quelque manière la divinité. Mais il faut toujours quelque chose de supérieur à l'individu.

Source BIU Cujas

Ce ne sont pas les seules forces de la volonté, comme le soutiendra la théorie philosophique, de l'autonomie de la volonté, ce ne sont pas les seules forces de la volonté individuelle qui peuvent déplacer la matière juridique, qui peuvent apporter des modifications dans l'ordonnancement juridique.

Toutes ces explications donnent, si j'ose dire, une pointe sociale, sont tournées contre la tendance que l'on pourrait avoir à tirer de l'existence-même du contrat des conclusions individualistes.

Explication structurelle - L'institution du contrat étant regardée comme histologiquement donnée, comment expliquer la force juridique du contrat?

Dans ce plan d'explications, on fait abstraction des origines plus ou moins claires du contrat. On considère le contrat comme donné, on le considère notamment dans les sommités modernes et on se demande comment le mécanisme contractuel peut exister. A quoi se ramène la force du contrat ?

Il y a deux pôles de l'explication : le pôle économique et le pôle psychologique. En exigeant bien des nuances, je vous donnerai quelques indications sur des deux extrêmes.

Explication économique : Il existe, en effet, une analyse économique, en quelque sorte, du contrat, analyse avec laquelle le marxisme nous a familiarisés, bien qu'elle ne soit pas liée nécessairement à la doctrine marxiste.

Source BIU Cujas

Dans cette analyse, on considère que le contrat est un rapport de forces, un rapport de forces économiques. Si l'un des contractants est obligé envers l'autre, c'est parce qu'il est économiquement inférieur et, par conséquent, se trouve économiquement assujetti, l'assujettissement résultant de l'obligation contractuelle ne fait que refléter l'assujettissement résultant de la disparité des forces économiques.

Le besoin, la disparité, l'inégalité des forces économiques oblige, contraint une des parties à contracter et à s'obliger envers l'autre. Par conséquent, l'explication économique vaut pour la conclusion du contrat, mais en outre, le droit qui est l'expression de la classe dominante va maintenir le contractant dans les liens de soumission et de contrainte que le besoin économique l'a obligé à assumer. De sorte que l'inégalité économique des classes contribue, par l'intermédiaire du droit, expression de la classe sociale dominante, à maintenir, solidifier juridiquement l'assujettissement résultant de la conclusion même du contrat.

Certains contrats se prêtent admirablement à cette analyse économique. Ainsi : le contrat de travail, notamment le contrat de travail de l'ouvrier dans la grande industrie moderne, également certains contrats qui ont pu traduire, au moins à certaines époques, des inégalités de condition sociale et économique, comme le métayage ou le fermage, le bail d'habitation au XIX° siècle, quand le propriétaire était vraiment un vautour, aujourd'hui, encore peut être certains

Source BIU Cujas

formes du bail d'habitation, comme le bail des chambres en garni dans les grandes villes, au moins à certaines conditions.

Mais pour d'autres contrats, l'adaptation de l'explication est moins facile. Ainsi, pour un contrat comme la vente, quel est, a priori, le potentior dans un contrat de vente ? Le contractant économiquement supérieur ? Y-en-a t-il un, a priori ?

Les oscillations-mêmes du droit, quand il s'est agit d'admettre la récision pour cause de lésion - ce qui suppose a priori un contrat passé entre des contractants économiquement inégaux - les oscillations du droit qui, dans certains cas, a admis la récision en cas de lésion du vendeur - ce qui peut être classique dans les ventes d'immeubles - et en d'autres cas plus modernes la récision au profit de l'acheteur, soit vendeur, aurait a priori le rôle de potentior ou d'humilior.

Du reste, même dans les contrats dont je vous ai parlé précédemment, on constate historiquement des évolutions

Le bail d'habitation de l'époque moderne n'a plus la même signification sociologique que celui du XIX° siècle, et la partie économiquement forte, à l'heure actuelle, en France, est loin d'être aujourd'hui constamment le propriétaire, le bailleur, c'est bien plus souvent le locataire en place.

Source BIU Cujas

Seulement les représentants de la thèse dont je fais état pourraient répliquer que le sens de la domination économique exercée par un contractant sur l'autre n'est pas déterminée d'avance et importe peu, qu'il n'y a pas un rôle abstraitement attribué à l'un des contractants dans chaque type de contrat. En toute hypothèse, pourraient-ils dire, ce qu'il est permis d'avancer, c'est que le contrat est un lieu d'antagonisme économique et social et un champ clos de lutte des classes, un champ clos de l'inégalité économique. Et c'est tout ce que nous pourrions dire, pourraient-ils conclure.

L'explication marxiste, l'explication qui fait appel à l'inégalité des forces économiques pour en déduire l'obligation contractuelle, cette explication est pessimiste, et son pessimisme-même explique que la sociologie américaine contemporaine s'en soit difficilement accomodé.

Dans la sociologie américaine qui est plutôt, d'ailleurs, nous le savons déjà, une psycho-sociologie, l'explication structurelle du contrat est plutôt cherchée dans la direction psychologique.

Explication sociologique - La sociologie américaine reste éloignée, donc, de l'analyse marxiste et elle essaye plutôt de mettre en relief les aspects harmoniques du contrat plutôt que les aspects d'antagonisme qui pourraient conduire à des conclusions pessimistes et normativement peu agréables

Source BIU Cujas

à la psychologie-sociologie américaine.

La sociologie américaine a notamment une classification des rapports inter-individuels, une classification tripartite :

Rapports de conflit, rapports de compétition, dans le titre et le jeu, rapports de ccopération.

Assez facilement, c'est dans la troisième catégorie que la sociologie américaine fera entrer le contrat. Ce sera le prototype d'un rapport de coopération. Il y aurait une sorte de coopération naturelle, sinon essentiellement, entre les contractants.

Il faut avouer que c'est une vue assez simpliste. L'idée de coopération peut, il est vrai, traduire juridiquement certaines situations, certaines situations contractuelles. Il y a des contrats où la coopération apparaît comme quelque chose d'essentiel au contrat, et on songe tout de suite aux contrats de sociétés ou aux contrats d'associations ; à tel point, d'ailleurs, que là, l'idée de coopération sera retenue par le droit comme un véritable élément constitutif du contrat. Ainsi le "jus fraternitatis" que, dans l'analyse classique, nous considérons comme un élément constitutif du contrat de société traduit cet esprit de coopération auquel fait allusion la psycho-sociologie américaine.

Mais en dehors de ces exemples assez particuliers que constituent la société et l'association, il semble bien

Source BIU Cujas

que les rapports entre contractants ne soient pas nécessairement, ne soient même pas naturellement des rapports de coopération. Assez souvent dans le contrat, les juristes eux-mêmes en conviendront, ce que l'un gagne, l'autre le perd. Il y a plutôt entre contractants un esprit de compétition - c'est l'hypothèse la plus optimiste - peut être même de conflit - ce serait l'hypothèse la plus pessimiste - qu'un esprit de véritable coopération.

Nous suivions mieux la psycho-sociologie américaine quand elle nous suggère une autre direction de recherche, de voir dans le contrat l'effort de l'homme pour dépasser sa solitude. La sociologie américaine, rejoignant d'ailleurs des préoccupations assez fréquentes dans la philosophie moderne, partirait assez facilement de l'homme solitaire. L'homme est solitaire mais il cherche à dépasser sa solitude, et dans cet effort pour dépasser sa solitude, il rencontre l'autre, qui joue un grand rôle dans la psychologie américaine.

Ici, je fais état d'une analyse du sociologue américain MEAT, qui analysait comme un concept-clé de sa psychologie sociale l'acte social, acte qui implique la coopération, l'intervention de plus d'un individu, et dont l'objet, en tant que défini même par l'acte, est un objet social.

Le contrat est un acte social dans le sens de cette analyse de MEAT. Ici, MEAT fait une opposition pour nous faire sentir ce qu'est l'acte social entre le chien qui joue

Source BIU Cujas

à la balle - c'est une opposition célèbre dans la psycho-sociologie américaine - et le joueur de football. Le chien qui joue à la balle avec son maître est incapable de se mettre à la place de son maître par la pensée, tandis que le joueur de football ne se borne pas à répondre aux gestes des autres joueurs comme le chien répond aux gestes de son maître, non, il est capable d'évoquer, et constamment dans le jeu il évoquera en lui-même les rôles des autres joueurs, il est capable de se mettre à la place des autres, tandis que l'animal en est incapable. Et c'est cela, proprement, qui fait l'acte social, la possibilité dans cet acte de nous mettre à la place du partenaire, de l'autre partie, la possibilité qu'a l'homme de prendre l'attitude de l'autre, de celui qui est en face de lui, d'évoquer cette attitude, d'évoquer ce que pense l'autre, l'évoquer par des gestes à peine esquissés, ou même l'évoquez d'une manière purement psychologique, purement mentale. C'est cela qui caractérise, selon MEAT, l'acte social :

"Echanger, dit-il, vendre, acheter, contracter, n'est possible que quand l'individu peut assumer les rôles des autres, lorsque l'attitude de vendre évoque en lui celle d'acheter et que les deux attitudes se contrôlent réciproquement".

Il y a là une analyse qui est peut être assez féconde pour nous, juristes, en nous montrant cette nécessité pour le contractant de pouvoir se mettre mentalement à la

Source BIU Cujas

place de l'autre, ce que l'on a appelé la théorie de l'autre généralisée. Il y a là une explication qui, sans doute, ne conduit pas à des conclusions positives, à des conclusions pratiques de droit, mais qui est assez évocatrice du mécanisme contractuel, et c'est pourquoi je voulais vous la citer à cette place.

Mais il est temps de clore cette section préliminaire et d'entrer dans le vif du sujet, c'est à dire dans l'étude même de la vente, dans l'étude sociologique de la vente. Nous allons passer du contrat en général à ce contrat spécial, suivant la terminologie dogmatique, à ce contrat spécial qu'est la vente.

La définition technique de la vente peut grandement différer dans la série sociologique, et pour vous citer des exemples historiques que vous connaissez, il est notoire déjà que la définition française de la vente ne coïncide pas avec la définition romaine.

La définition du droit français comporte, implique une transmission de propriété du vendeur à l'acheteur, tandis que, vous le savez, la définition romaine n'implique à la charge du vendeur qu'une obligation de livrer, "vacuam possessionem tradere", de livrer la possession vacante de la chose.

C'est une différence qui, techniquement, est considarable. Sociologiquement cependant, ce n'est pas assez pour

Source BIU Cujas

que nous disions : ce sont deux phénomènes distincts que la vente du droit romain classique et la vente du droit français contemporain. Par delà ces différences techniques, il y a un mécanisme élémentaire qui est identiquement le même du point de vue de la sociologie juridique : argent contre chose, dirai-je en termes très schématiques, chose contre argent. C'est la présence de la monnaie, la présence de l'argent qui confère ses traits spécifiques à la vente.

Ainsi que je vous l'ai annoncé, nous aurons dans cette étude, qui sera inachevée, de la vente au point de vue sociologique divers chapitres.

a ler Chapître - L'Origine de la Vente - On peut discuter sur l'utilité scientifique d'une recherche de l'origine de la vente, mais il s'agit d'une des plus vieilles recherches de la sociologie juridique, une recherche qui a été entamée à une époque où on ne faisait pas encore de la sociologie juridique consciente, et par conséquent, il y a une sorte de motif traditionnel, une tradition à étudier l'origine de la vente.

Nous voudrions cependant souligner que la recherche de l'origine de la vente primitive peut être menée dans deux plans différents.

On peut d'abord essayer d'analyser la vente, on peut rechercher son origine, analyser la vente comme un mécanisme inter- individuel, prenant la vente dans son schéma

Source BIU Cujas

le plus élémentaire dont j'ai parlé, comme étant la rencontre de deux gestes faits par deux individus : l'un donne une chose, l'autre donne de l'argent ; l'un donne une chose et reçoit de l'argent, l'autre donne de l'argent et reçoit une chose. Il y a là deux gestes élémentaires qui se rencontrent, et c'est cela, la vente : deux gestes élémentaires entre deux individus.

Mais on peut aussi, dépassant ce niveau de l'individu, considérer la vente, ou si vous préférez, les ventes comme un phénomène collectif, considérer non plus la vente dans son shéma élémentaire, mais l'ensemble des ventes qui se rencontrent, qui se rassemblent sur un marché, pourrions-nous dire, sur une foire, car c'est bien ainsi que se présente le phénomène. Nous ne constatons pas sociologiquement des ventes isolées, nous constatons des ventes qui se rassemblent sur un marché, nous constatons des marchés, nous constatons des foires, nous constatons des multiplicités d'opérations qui se rencontrent en un même lieu et en un même temps.

Je ne veux pas dire que la vente, sous son premier aspect interne, individuel, ne soit pas déjà un phénomène social, c'est nécessairement un phénomène social, dans la mesure où c'est un phénomène juridique. Mais sous ce premier angle d'observation, nous pouvons l'isoler, l'examiner comme un rapport entre les deux individus, l'acheteur et le vendeur de la chose, le détenteur de l'argent, qui se trouvent

Source BIU Cujas

en présence pour, de là, passer à un niveau plus collectif, examiner, considérer la collectivité des ventes, leur rassemblement en un même lieu, en un même temps, ce qui en soi un autre phénomène social ajoutant quelque chose au phénomène précédent.

A titre conventiel, on pourrait employer deux expressions différentes pour désigner ces deux phénomènes, la rencontre des deux gestes individuels élémentaires : chose contre argent, argent contre chose, nous pourrions dire que c'est "l'êacheter-vendre". C'est un terme qui est extrêmement significatif de la dualité des positions et en même temps de leur conjonction. Peu importe la raison pour laquelle les Romains en sont venus à cette expression. Vous savez qu'il y a diverses hypothèses et notamment l'hypothèse d'après laquelle la vente romaine, à l'origine, aurait été faite sous la forme de deux stipulations séparées, ce qui expliquerait la présence des deux termes juxtaposés. Peu importe. Ici, je retiens les deux termes en ce qu'ils ont de signficatif, et comme les Romains et Romanistes ont dit "l'emptio-vinditio" je propose de dire "l'acheter-vendre". L'origine de "l'acheter-vendre", c'est une première recherche.

Puis il y a la rencontre de tous ces gestes d'acheter-vendre en un même milieu social, sur un même marché, pourrait-on dire, ce que, dans un sens large, on pourrait appler le commerce, la réunion des "merces", des choses à vendre.

Source BIU Cujas

Ce n'est plus l'origine de l'acheter-vendre, c'est l'origine du commerce phénomène collectif, et non plus inter-individuel comme précédemment. Ce sont là deux directions de recherches auxquelles j'applique, je le répète, des noms purement conventionnels et qui ne sont peut-être pas très beaux, mais ce sont deux directions différentes et il est bon de s'y engager.

Origine de "l'acheter-vendre" - On se demande, et on a peut-être tort scientifiquement de se le demander, comment les choses se sont passées au début, à l'origine. On a tort peut-être scientifiquement de se le demander parce qu'on ne sait pas trop où est le début.

Le début peut-être repoussé de plus en plus loin à travers le temps, et l'histoire étant insuffisante, on passe à la préhistoire, mais la préhistoire nous échappe, et il y a la préhistoire de la préhistoire. Qu'y avait-il ? Faisons tout de même la recherche que tant d'autres ont faite: Qu'y avait-il avant ce geste à la fois très élémentaire et déjà très compliqué, qui consiste à donner de l'argent pour recevoir une chose, donner une chose pour recevoir de l'argent ; geste déjà très compliqué tel que nous le saisissons aux époques historiques même lointaines, tel que nous le saisissons, par exemple, semble-t-il, déjà à l'époque des"Douze Tables" en droit romain. Nous n'avons pas besoin de prendre la vente dans ses formes perfectionnées d'aujourd'hui, ni

Source BIU Cujas

même dans les formes perfectionnées qu'elle a pu atteindre à un certain développement du droit romain, il n'y a pas besoin d'exiger une vente consensuelle, non, une vente telle qu'elle existait à l'époque des "Douze Tables" est déjà une vente parce qu'il y a argent contre chose, chose contre argent.

Deux voies s'ouvrent devant nous pour aborder le problème : l'observation directe des sociétés primitives, des droits primitifs, et ce que l'on pourrait appeler l'observation indirecte portant sur des phénomènes exceptionnels de primitivisme, pourrait-on dire, de régression juridique que l'on a cru déceler dans les sociétés modernes, d'où l'on induit par un raisonnement qui est sujet à discussion ce que devait être le normal dans les sociétés primitives ; le postulat étant qu'il y a dans les sociétés modernes ce que je pourrais appeler des "poches" de droit primitif qui se constituent sous l'influence de tel ou tel facteur et que, par conséquent, examinant ce qui se passe dans ces poches de régression juridique, nous avons une idée, un aperçu de ce qui s'est passé à l'origine de l'humanité.

Prenons successivement ces deux voies, en insistant d'ailleurs sur la première, qui a été plus étudiée, plus explorée.

Observation directe - Quel est le champ d'observation ? Il y a d'abord ethnographiques. Le postulat étant,

Source BIU Cujas

vous le savez, que les sociétés primitives représentent ou représenteraient du passé vivant. Et certaines hypothèses célèbres sur l'origine de la vente viennent de là. On a opéré sur différents champs de droit primitif : les Indiens d'Amérique du Nord, les etnies océaniennes, mélanésiques, Calédonie, et plus récemment les peuples négro-africains.

Puis il y a des champs historiques. Le très ancien droit romain, le droit romain d'avant les "Douze Tables" rétablit d'une façon plus ou moins conjecturale le droit grec archaïque, a été notamment exploré par un Helléniste à tendance sociologique, M. Louis Gernet. Il y a le droit du Moyen-Orient ancien, le droit Mésopotamien, le droit Chinois archaïque. Il y a là une série de champs historiques assez larges, où les sources, par conséquent, nous sont données mais son sujettes à interprétation.

Si j'essaye de synthétiser à l'entrée les résultats qui paraissent se dégager de ces recherches, nous voyons apparaître deux grandes hypothèses sur l'origine de la vente : l'hypothèse du troc et l'hypothèse du don. Le troc ou le don, suivant les hypothèses, pouvant être considérés comme la forme primitive de la vente ; la vente argent contre chose, chose contre argent, étant un dérivé soit du troc soit du don.

Reprenons successivement ces deux hypothèses :

Hypothèse du troc - Je dis le "troc", on pourrait

Source BIU Cujas

dire en latin la "permutatio", je ne dis pas "l'échange". En droit dogmatique, l'échange recouvrirait le troc, serait un synonyme juridique du troc, mais sociologiquement, économiquement aussi, la notion d'échange est plus large que celle du troc. Il y a un sens large de l'échange qui englobe la vente. Il y a l'échange au sens économique du terme. Ce sont des ventes aussi bien que des échanges. Et sociologiquement, l'échange englobe aussi le don, que nous allons retrouver en face du troc comme une hypothèse distincte.

Le troc, au sens strict, suppose une équivalence entre les deux prestations. Il y a deux objets en nature, non monétaires, mais une rigoureuse équivalence entre les deux est impliquée. Tandis que sociologiquement, l'échange n'implique pas l'équivalence, et dans l'hypothèse du don, nous allons voir qu'il y a un échange de dons, mais sans équivalence. Celui qui a reçu le don est tenu de faire un contre-don, mais dont la valeur dépasse la valeur de l'objet reçu d'abord.

En d'autres termes, l'échange, sociologiquement, c'est un troc si on veut, mais un troc généreux où celui qui a reçu la première prestation rend plus qu'il n'a reçu, tandis que le troc, ce serait l'échange étroit, celui qui a reçu une prestation s'efforce de ne pas rendre davantage. Il y a échange valeur pour valeur, tandis que dans l'échange qui englobe le don, il peut y avoir quelque chose de plus, une sorte de supplément qui est restitué par celui qui a reçu

Source BIU Cujas

Et c'est en ce sens que, dans une formule qui est devenue célèbre, on a dit : "Le don est la forme primitive de l'échange". Un échange généreux, où le premier donateur rend plus qu'il n'a reçu.

Donc, parlons ici le troc, c'est à dire d'une permutation valeur pour valeur, d'une permutation entre deux objets en nature, sans l'intervention de la monnaie. Or, c'est la présence de la monnaie qui fait la vente, l'absence de monnaie qui fait le troc, et il est assez logique, projetant dans le droit primitif nos catégories modernes, de dire que la vente est un dérivé du troc, que la vente est née du troc, à partir du moment où on a inventé la monnaie. C'est une hypothèse de sociologie juridique très ancienne.

Un des premiers textes sociologiques juridiques que nous puissions trouver dans l'histoire, c'est la fameuse "lex origo" qui est un fragment du "Digeste" - Livre 18, titre ler, fragment ler principium - texte qui est mis sous l'autorité du jurisconsulte B..... et qui dit ceci :

L'origine de l'acheter-vendre a commencé à partir des échanges. Autrefois, en effet, il n'y avait pas de monnaie et, par conséquent, on n'appelait pas un objet "marchandise" et un autre objet "prix", mais chacun échangeaut ce qu'il avait d'inutile contre ce que les autres avaient d'utile pour lui, suivant les nécessités de temps et de choses, étant donné que, le plus souvent, ce que l'un a en trop manque à un autre.

Source BIU Cujas

Mais comme il n'était pas toujours facile d'avoir ce dont l'autre avait besoin et réciproquement comme il n'était pas facile à l'autre d'avoir ce dont j'avais besoin, on en est venu à choisir une matière : "electa materia est". Une matière a été choisie, dont l'estimation a été attestée par une manière publique et perpétuelle, de manière à supprimer les difficultés nées de l'échange. Cette matière attestée par une forme publique, par une empreinte de l'autorité publique, tire sa force non pas tellement de sa substance que de sa suantité, non pas tellement de sa substance que de son nombre, de sa valeur idéale.

Tel est ce texte célèbre et qui n'est pas inséré, d'ailleurs, dans le "Digeste", uniquement à titre sicientifique, pour faire preuve d'érudition sur les origines d'un contrat, mais pour conduire à des conclusions pratiques, car les Sabiniens se servaient de cette théorie sociologique sur l'origine de la vente : la vente est un dérivé de l'échange, pour soutenir que le contrat d'échange pouvait être admis à une époque où je vous le rappelle, l'échange n'était pas encore reçu en droit romain. Vous savez que le contrat innommé d'échange est post-classique et les Sabiniens parlent à l'époque classique, à l'époque où le contrat innommé n'était pas encore reçu.

Les Sabiniens voulaient le faire admettre, sous le couvert de la vente ; ils disaient:l'opération est valable

Source BIU Cujas

même si, à la place d'un prix en argent, on donne une marchandise en nature. Pourquoi cela ? Eh bien, parce que la vente vient de l'échange. La vente n'est qu'un dérivé de l'échange et par conséquent, il n'y a rien d'étonnant, il n'y a rien de singulier au point de vue juridique à réintroduire l'échange dans la vente, puisque la vente vient de l'échange. Il y a la même nature de contrat à la base des deux opérations.

Ils avaient donc en vue une conclusion pratique quand ils formulaient une théorie sociologique, mais ils la formulent bien d'un point de vue que nous dirions aujourd'hui, avec nos yeux de modernes, sociologique. Et Sabinus invoque à l'appui de sa théorie d'après laquelle la vente est un dérivé de l'échange, le témoignage de l'Iliade. Il nous montre, par un passage de l'Iliade les Grecs entrain d'échanger, les soldats grecs en train d'échanger du vin contre du bronze, contre du fer, contre des peaux de boeufs, et il ne déduit l'archaïsme du contrat d'échange.

Dans cette citation qu'il fait de l'Iliade, il y a le sentiment que le droit grec dont il s'agit, c'est un droit très archaïque, que c'est du droit primitif qu'il nous cite par rapport à son époque à lui, et en même temps que ce droit a une valeur sociologique propre, je dirai une valeur mythique, car les héros de l'Iliade, ce ne sont pas des hommes comme les autres, et par conséquent ce qu'ils ont fait a une valeur d'exemplarité pour les hommes d'aujourd'hui. Or, nous

Source BIU Cujas

les voyons échanger comme nous nous vendons. Donc, l'échange est quelque chose de tout à fait naturel. La vente est un dérivé de l'échange, qui est la forme naturelle première archaïque de l'opération.

Donc, vous voyez le schéma, le troc a été la forme primitive et on est passé du troc à la vente, devant les difficultés que présentait le troc, on a inventé la vente. Cela a été une création utilitaire en présence des difficultés pratiques que rencontrait la vente, on a recouru à une tierce marchandise que l'on a, en quelque manière, priviligiée, mise à part des autres, en raison de certaines qualités spécifiques qu'elle présentait et on en a fait la monnaie. L'état, en quelque manière, est intervenu pour créer la monnaie, et ce passage a joué un rôle non seulement pour la formation de la vente, mais aussi pour la formation de notre théorie de la monnaie, la théorie nominaliste de la monnaie. Dans notre ancien droit, c'est appyé sur cette formule "electa materia est" et cette autre formule : "forma publica". Peu importe sa substance, peu importe la matière, ce qui importe, c'est la "quantitas", la valeur idéale que l'état, l'autorité publique attribue à la monnaie.

Vous voyez, par conséquent, ce schéma qui suppose une création intelligente des hommes : la vente est un produit de l'intelligence humaine à partir du troc par l'invention de la monnaie.

Source BIU Cujas

Ce schéma sociologique de la "lex origo" a eu une destinée, comme beaucoup de textes romains, très longue et très grande. Il a inspiré les réflexions non seulement des juristes de l'ancien droit mais aussi les juristes français du XIXº siècle s'efforcent de philosopher un peu sur le contrat de vente. Ils ne manquent pas de se référer à la "lex origo" comme à une vérité évidente et admettent que la vente est un dérivé du troc. En outre, les économistes classiques du XIXº siècle eux-mêmes ont enseigné que la vente était un dérivé du troc.

Cette vue sociologique, cette hypothèse est aujourd'hui battue en brèche par la sociologie. La sociologie moderne souligne l'irréductible originalité de la monnaie primitive spécialement. C'est tout autre chose qu'une marchandise qui se serait distinguée des autres par des qualités économiques particulières. Non, c'est un symbôle, la monnaie archaïque primitive est liée à des représentations mythiques.

Au reste, il faut reconnaître que chez les sociologues, les interprétations de cet aspect symbolique mythique de la monnaie sont parfois diverses et difficiles à ramener. Les uns disent : la monnaie primitive a été un instrument de prestige, de pouvoir. D'autres disent : c'est un fragment de la personnalité.

Ces deux explications ne sont peut-être pas inconciliables, mais encore faudrait-il, peut être, préciser

Source BIU Cujas

davantage et choisir. On utilise la numismatique, d'ailleurs, à l'appui de l'une ou l'autre interprétation. Dans les monnaies primitives, nous trouvons - du reste même dans des monnaies modernes - des effigies de divinités, ce qui montre bien le caractère religieux de la monnaie, ou des têtes d'ancêtres, non pas des têtes de chefs comme dans notre interprétation de la monnaie, mais des têtes d'ancêtres, car les ancêtres ont participé au contrat de vente, ils ont besoin d'être présents symboliquement au contrat de vente et ils seront présents sous la forme d'une représentation numismatique.

Mais ce que je retiens de cette critique, c'est l'accent mis sur le caractère original et nullement économique de la monnaie, son caractère plutôt mythique ou magique, religieux. Je cite tous ces adjectifs pêle-mêle, et sans les prendre nécessairement dans un ordre.

Du même coup, si la monnaie n'est pas une marchandise comme les autres, la vente apparaît comme quelque chose de foncièrement différent du troc. La vente n'est pas un simple dérivé du troc, qui se différencierait du troc parce que l'une des marchandises serait une marchandise un peu spéciale. Non, la présence de la monnaie donne des principes à la vente, une signification particulière, une signification qui n'est pas dérivée du troc.

Je vous citerai en ce sens les études qu'à faites récemment M. Jacques Gernet sur le droit chinois archaïque.

Source BIU Cujas

Il soutient avec force et avec des arguments qui paraissent probants le caractère propre de la vente chinoise archaïque. Ce n'est pas du tout un troc. Et il insiste sur des arguments d'ordre linguistique. Les racines qui désignent la vente évoquent soit la notion de monnaie, soit la notion de don, mais nullement la notion d'échange, de troc. Ce qui paraît essentiel, c'est la présence de la monnaie, avec tous ces caractères irrationnels que comporte la monnaie primitive. Et de la sorte, nous sommes conduits vers l'hypothèse du don qui paraît prédominer dans la sociologie moderne.

Mais il est un peu tard pour vous parler du don. Ce sera l'objet du début du cours de lundi prochain.

Source BIU Cujas

Dans la sociologie moderne, c'est plutôt à une hypothèse qu'on recourt, l'hypothèse du don .

Cette hypothèse a supplanté la précédente dans la sociologie moderne. Suivant cette hypothèse, la vente est non pas tirée du troc, mais d'un échange de dons, d'une réciprocité, d'un échange de libéralités. La réception d'un présent créant chez le gratifié un devoir de rendre davantage en même temps que chez le disposant l'attente d'un retour, attente qui se transformera en droit. Il y a ainsi dans l'origine de la vente, la réciprocité d'un don et comme l'on dit, d'un "contre-don". Don et contre-don, c'est en cela que se résoudrait l'origine de la vente.

A qui attribuer la paternité de cette hypothèse ?

Généralement, on en attribue le mérite à Marcel MAUSS disciple très direct de Durkheim - il était son neveu - qui a présenté cette hypothèse pour la première fois, semble-t-il dans un article de"l'Année sociologique", deuxième série 1923-125-4 t.1).

Cet article a été depuis lors repris avec des additions qui avait apportées après coup Marcel MAUSS dans un recueil posthume qui a été publié en 1950 sous le titre : "Sociologie et Anthropologie".

Il y a lieu de remarquer que M. Davy, dans sa thèse de doctorat consacrée, je crois vous l'avoir déjà signalé, à l'origine du contrat, la foi jurée (c'est une thèse de Sorbonne de 1922),

Source BIU Cujas

M. Davy, puis Marcel Mauss avaient déjà esquissé certaines des lignes générales de l'hypothèse que Marcel MAUSS devait reprendre à son compte dans l'article de 1923-1924.

Marcel MAUSS a eu dans cet article le double mérite d'appuyer l'hypothèse d'un très riche arsenal de preuves, en même temps que de lui donner une formule frappante, une formule qui a fait fortune, "le don est la forme primitive" la forme archaïque de l'échange. Le don, forme primitive de l'échange, cette épithète est connue, c'est l'hypothèse que nous étudions ici.

Cependant, je voudrais faire remarquer que sensiblement avec Marcel MAUSS, Herbert SPENCER, le philosophe et déjà sociologue anglais de la fin du XIXème siècle - sa vie se situe entre 1820 et 1903 - dans ses principes de sociologie qui eurent un grand succès dans les débuts de la sociologie, succès qu'attestent l'existence de traductions et notamment d'une traduction française - avait déjà préssenti l'hypothèse de Marcel MAUSS et vous trouverez dans ses principes de sociologie (4ème partie, chapitre 4 t. 3 p. ... et suivantes de l'édition française) un paragraphe 376 qui est consacré à cet idée :

" L'échange, écrit textuellement Spencer, est né "de l'usage de faire des présents".

Et il développe sa pensée : c'est la réciprocité des dons, la réciprocité des présents qui a fait naître un échange au sens économique du terme, c'est-à-dire pratiquement la vente. Les analyses que Spencer présentent à l'appui de cette assertion, aujourd'hui encore, même après Marcel MAUSS, ne manquent pas d'un certain intérêt.

Source BIU Cujas

Je voudrais tout d'abord vous décrire sommairement les faits qui ont été à l'origine de l'hypothèse du don, pour ensuite vous parler de l'interprétation de ces faits.

I. - LES FAITS. -

Il faut partir du phénomène Potlatch, étude de la sociologie, de l'éthnologie juridique.

C'est un terme qui voudrait évoquer l'idée de don dans le langage d'un peuple indien d'Amérique du Nord, la tribu des Kwakints, qui se situe dans la Colombie britannique, c'est à dire dans le nord-ouest du Canada. Cette tribu Kwakints et ses coutumes do Potlatch a été étudiée dés la fin du XlXème siècle par un ethnologue américain Boas qui dirigeait le Bureau de Recherches Ethnologiques du Gouvernement américain.

Tout de suite, dans ses première études consacrées à la tribu Kwakints, Boas attiré l'attention sur le potlatch et il souligne l'existence d'un contrat consistant en un échange de présents, un échange de dons, et tout de suite, il vit un rapprochement qui a contribué beaucoup à la fortune de l'hypothèse ; il est assez difficile de pénétrer la signification du mot "potlatch", je le comparerai volontiers dans sa forme la plus simple à notre habitude de faire des invitations et des présents, et aux obligations qui dérivent de cette invitation et de ces présents.

Dans le monde et dans notre société moderne, on échange des invitations, on n'envoie pas des invitations, on les"échanges" , on fait un"échange" de présents.

Source BIU Cujas

De même, les Kwakints ne vendent pas, mais ils échangent des libéralités. Tout de suite, vous voyez que l'accent est mis sur cette idée d'une réciprocité, d'une générosité, de libéralité. Un peu plus tard, au début de ce siècle, en 1911, un autre etchnologue canadien de langue française reprit l'étude du potlatch, et souligna son caractère juridique.

"Le potlatch, écrit-il, constitue un système
" contractuel d'un genre primitif en vertu duquel les
" obligations juridiques sont crées ou résolues au
" cours d'un cérémonial et de festins traditionnels."

Concrètement la description est la suivante :

Il y a un cérémonial : des danses, des chants. Il y a des exhibitions de blasons, une tribu, une famille, apporte des couvertures... Pourquoi des couvertures ?... Je n'en sais trop rien, il semble que les couvertures soient un objet absolument indispensable - des couvertures, les remettent à des représentants d'une autre famille ou d'une autre tribu. Tout cela, je le répète, au milieu d'un cérémonial pittoresque de chants et de danses et après un certain temps, la tribu ou la famille gratifiée, rapporte des couvertures, mais plus de couvertures qu'elle n'en avait reçues, ce qui est évidemment d'un esprit économique politique un peu rêveur, (mais les ethnologues ne vont pas si loin - et ils nous décrivent la cérémonie elle même dans son instantané.

Source BIU Cujas

Donc, vous le voyez, échange de présents. La partie qui a reçu les présents se sent tenue à rendre et à rendre davantage.

M. Davy, Marcel Mauss partis de là voient dans le Potlatch la première forme du contrat, et concrètement, la première forme de la vente.

Sans doute, il y a eu auparavant ces formes de contrats pléniers. Nous avons déjà rencontré l'alliance du sang, le mariage, mais dans l'alliance du sang comme dans le mariage, le contrat ne s'accomplit qu'à travers un changement d'état personnel. C'est la personnalité toute entière de l'individu qui est prise dans le contrat tandis qu'avec le potlatch apparaît le contrat spécialisé dans son objet, individualisé ou plus individualisé dans son sujet;

C'est pourquoi en ethnologie, en sociologie juridique, on en est venu à parler de la civilisation potlatch, pour désigner ce passage, cette rupture de l'alliance du sang au contrat spécialisé représenté par l'échange des cadeaux, par l'échange des présents.

Mis en éveil par ces hypothèses, d'autres ethnologues se sont mis en quête pour chercher s'il n'y avait pas dans d'autres ethnies des traces d'un phénomène comparable à celui qui avait été constaté dans ces tribus d'Amérique du Nord chez des Indiens.

L'on trouva des analogies dans beaucoup de sociétés primitives, notamment dans les sociétés océanennes. L'ethnolgue Maurice Lenhard étudiant le "pilou" calédonien, l'analysa également comme un échange de dons, comme un échange de présents.

Source BIU Cujas

Il semble bien, par conséquent, que l'hypothèse émise à propos des Kwakints s'est vérifiée dans d'autres tribus semblables.

On a cherché plus loin encore et l'on a trouvé des termes de comparaison. Ainsi, des ethnologues Allemands avait été mis sur la piste du phénomène suivant qui était un peu différent, et c'est pourquoi je vous le cite, ce n'est pas une reproduction exacte du schéma du potlatch.

Dans certaines régions d'Afriques Equatoriale, au siècle dernier, il avait été constaté que certains peuples agricoles, vivant en marge, à la lisière de la forêt équatoriale, laissaient leurs champs exposés au pillage, volontairement, délibérément, des pygmées habitant la forêt. Les pygmées descendaient de nuit, pillaient, prenaient ce qui leur faisait déjaut, notamment le maïs, mais ils laissaient sur place des fruits provenant de leur forêt ; ils prenaient et ils laissaient quelque chose, tout se plaçait de la manière suivante : par l'échange, si l'on peut dire, d'une prise d'une part, et d'autre part, d'un don volontaire.

On a été amené à faire la réflexion suivante : que le terme primitif désignant la vente dans le droit romain "emere ventere", emere cela évoque prendre, de force peut-être, mais prendre, d'un côté une prise, et de l'autre, quelque chose qui se donne par grâce. D'où la possibilité de rapprocher un phénomène tel que celui qui était constaté en Afrique Equatoriale de l'origine de la vente dans nos sociétés européennes.

Source BIU Cujas

Marcel Mauss lui-même, quand il a repris son article pour l'enrichir de témoignages, a été amené à rechercher si dans le droit indien ancien, si dans le vieux droit germanique - Marcel Mauss avait une très grande culture linguistique et historique - il n'y avait pas d'exemple comparable de vente, d'échanges se réalisant par réciprocité de dons, et il avait glaner pas mal de documents qui tendaient à confirmer son hypothèse, et il semble bien qu'il y avait, à l'origine, le don.

Je vous citerai pour vous faire sentir l'incertitude des frontières entre la vente et le don, je vous citerai des témoignages empruntés à l'époque historique de notre Moyen-Age.

Si l'on considère déjà qu'à la fin du Xlème, Xllème siècle, des Chartes qu'on peut considérer comme des actes de vente ont lieu, on s'aperçoit à les regarder de plus près que ces actes sont malaisés à....

L'extérieur serait celui d'une donation, presque toujours c'est un contrat passé entre un individu est un monastère, l'individu apporte sa terre au monastère ; il semble apporter à l'extérieur, une donation ; il n'y a pas de prises stipulée.

Cependant, le monastère donne quelque chose ; il donne, c'est un présent ; ce n'est pas un prix, ce n'est pas une somme, c'est un présent qu'il faut au donateur.

Source BIU Cujas

Il donne quelque chose en échange à celui qui lui apporte la terre, une somme d'argent, des présents en nature, bref, il y a échange de libéralités beaucoup plus que de vente au sens propre du terme.

Dans ces actes du Moyen-Age, on est en quelque manière, à un tournant ; on voit le don donner naissance à la vente, l'acte est imbriqué entre la réciprocité de dons et la véritable vente. Vous trouverez, du reste, dans certains de ces documents l'expression d'une ambiguité qui ne se cache pas : donation et venitio - don ou vente ce qui montre bien que l'esprit du Moyen-Age ne faisait pas bien nettement la différenciation que nous, modernes, nous faisons entre la donation et la vente.

Voilà une série de preuves empruntées soit à des époques historiques, soit à des époques primitives, une série de preuves qui paraissent bien concourir dans le sens de l'hypothèse, le don est la forme primitive de l'échange.

Quels sont les faits ?

Ces faits ont tout de même besoin de quelque interprétation.

Le besoin d'explication se fait sentir d'abord sur le point suivant :

On nous parle d'un double mouvement psychologique en quelque manière. Comment expliquer ce double mouvement et surtout comment expliquer ce que j'appellerai le mouvement en retour, l'obligation du contre-don ?

Source BIU Cujas

Pourquoi celui qui a reçu un don éprouve-t-il comme une obligation, comme un devoir de rendre, et peut être de rendre davantage ? Il faut démonter ce mécanisme.

Spencer donne une explication simple et en quelque sorte pourrait-on dire rationaliste. De ce point de vue, suspecte d'ailleurs à la sociologie moderne parce qu'elle tend à la mentalité rationaliste des modernes, pour Spencer, le don va d'abord de l'inférieur au supérieur puis il redescent du supérieur vers l'inférieur. C'est à dire que le donateur, le premier donateur connaît le plaisir causé par la possession de cette chose. Il est en possession de sa chose, il attribue une certaine jouissance à cette possession. S'il se dessaisit de sa chose pour la transférer au premier donataire, c'est qu'il veut plaire au donataire puisqu'il sait que cette chose, qui est une source de jouissance, il la transférera à autrui, il ne doute qu'il veuille plaire à autrui. Donc, le premier don est l'expression tacite du désir qu'a le donateur de plaire au donataire.

C'est ce que l'on peut appeler la fonction propitiatoire du don, le donateur veut se rendre le donataire favorable. Sentiment tout à fait élémentaire, remarque Spencer, si élémentaire qu'on peut le trouver, ajoute-t-il chez les animaux. Et il fait remarquer qu'un chien que l'on a dressé à rapporter en vue de la chasse finit par rapporter des objets à son maître pour lui faire plaisir. Donc, il semble que la fonction propitiatoire du don existe.

Source BIU Cujas

Semblablement, l'homme primitif sent cette fonction propitiatoire. Il fait des offrandes aux Dieux pour se les rendre propices, des offrandes à tous ceux qui lui sont supérieurs, aux prêtres, aux chefs, aux juges, et cette fonction propitiatoire du don est à l'origine aussi bien de l'impôt en droit public (à l'origine l'impôt était un don) et vous savez que l'on tend d'ailleurs, même à l'époque historique à une certaine ambiguité entre l'impôt et le don. Le don est à l'origine de l'impôt, comme en droit privé il est à l'origine de la vente.

Et le retour ?... Pourquoi le contre-don ?...

Le don a procuré un sentiment de contentement chez le donataire, chez le premier donataire, sentiment de contentement, donc d'euphorie et cette euphorie va se traduire par un don en retour. Ce que nous appelons la gratitude, mais qui est un sentiment naturel, un sentiment en quelque sorte le débordement de la joie procurée par le premier don.

C'est ainsi que dans le droit public, le chef gratifiera, ayant reçu le premier don, ses inférieurs, sa clientèle, il redistribuera dans le peuple les présents que le peuple lui a apportés. Remarquez qu'au fond, c'est un peu le sens du budget dans les états modernes. Et semblablement en droit privé, il rendra un contre-don à celui qui lui a fait un donc et ce sera l'origine de la vente.

Source BIU Cujas

Cette explication de Spencer, vous le voyez, est assez rationaliste, primitive, des sentiments que les modernes pourraient éprouvés en la matière. C'est pourquoi dans l'ethnologie contemporaine, cette explication n'est pas retenue telle quelle. L'explication la plus courante chez les sociologues d'aujourd'hui, cherche à se mettre plus en rapport avec la sociologie des primitifs. Puis, dans cette explication, le mécanisme du don et du contre-don est lié au phénomène d'ostentation et de prestige qui joue un si grand rôle dans l'âme des primitifs.

Le donateur affirme son prestige en donnant et le donataire perdrait la face s'il ne rendait pas davantage. C'est un phénomène de contre-prestige. Il faut qu'il rende et qu'il rende davantage. C'est cela qui crée un sentiment d'obligation chez lui, c'est une sorte de honte anticipée.

Il se sent, dirait-on, honteux de ne pas prendre et cette crainte crée un devoir en lui pour éviter la honte qui s'ensuivrait, s'il ne rendait pas, et même s'il ne rendait pas plus.

L'explication que je viens de présenter n'est pas du reste, exactement celle de Marcel Mauss. Marcel Mauss a donné plus de précision à l'explication. Il l'a orientée dans un sens un peu différent. L'explication de Marcel Mauss, c'est une explication par la magie, et à certains égards, il y a certainement quelque chose de plus près de la mentalité primitive telle qu'elle est couramment décri

Source BIU Cujas

Marcel Mauss part de la chose donnée, de la "res". Il y a dans la chose donnée par le premier donateur, une vertu, une force magique qui force le don à circuler, à être rendue, par conséquent, une force mystique, une potialité, une sorte d'esprit qui est dans la chose, un "hau" (Marcel-zélandais, dans un récit qui avait été transmis à Marcel Mauss qui connaissait certaines langes de ces tribus) avait parlé d'un hau, d'un esprit qui serait dans la chose et qui obligerait le donataire, le premier donataire, à ne pas la conserver ou plutôt à la neutraliser en faisant un contre-don.

Le premier don apporte dans l'existe du donataire quelque chose de la vie du donateur. La personnalité du donateur s'est projetée dans la chose donnée. C'est par conséquent l'âme du donateur qui se trouve sous les espèces d'un... entre les mains du donataire, le donataire semble gagner quelque chose, mais en réalité, il se trouve lié à celui qui lui a donné un élément de sa personnalité, qui lui a transmis un aspect de son âme, alors il lui faut essayer de neutraliser cette potentialité dangereuse, inhérente à la chose donnée, et pour neutraliser cette potentialité, il faut qu'à son tour il donne une chose, qu'il aura projeté de sa propre personnalité, projetée de son âme.

Source BIU Cujas

C'est ce qui expliquait l'obligation au contre-don, ce serait le sentiment qu'il est nécessaire de neutraliser la force mystique inhérente à la res. Telle est l'explication de Marcel Mauss.

M. Claude Levy-Strauss qui a préfacé la réédition de l'article sur le don, tout en parlant des mêmes faits que Mauss rejette son explication tirée de la res. Pour lui, l'échange est le phénomène primordial et il n'y a pas besoin de la res, il n'y a pas besoin de la chose donnée, c'est l'échange qui constitue le phénomène primitif et non pas les opérations telles que donner, recevoir, rendre dans lesquelles les vies sociales décomposent l'échange.

M. Levy-Strauss rattache le phénomène constaté par Marcel Mauss à sa théorie générale de la communication. Pour M. Levy-Strauss, la communication est la clef de toute la vie sociale, le langage est un phénomène de communication, le mariage exogamique que M. Levy-Strauss a étudié dans sa thèse de doctorat, est une forme de communication entre les hommes et le contrat aussi est une forme de communication, mais l'essentiel est la communication; le don et le contre-don sont des manifestations possibles de ce besoin de dommunication qui est un besoin chez les primitifs comme dans tout homme et il ne faut pas prendre l'effet pour la cause, la res n'a pas le rôle principal,

Source BIU Cujas

dit M. Levy-Strauss c'est ce besoin de communication qui expliquerait tout.

On a parfois essayé de faire la synthèse entre toutes ces idées, et l'on a proposé la formule suivante :

Où vous trouverez quelque chose de la res, quelque chose du besoin de communication, c'est la circulation des biens et chez les primitifs, une circulation de graces - il y a, en effet, dans les biens, les choses, des grâces, des forces irrationnelles, affectives, et elles circulent en même temps que circulent les choses. Mais ce que le primitif cherche à faire circuler, ce ne sont pas les choses en elles-mêmes, mais les grâces qui sont inhérentes à ces choses.

Le besoin d'explication me paraît également se faire sentir à d'autres points de vue :

Comment la monnaie est-elle venue s'insérer dans ce schéma et transformer le double don en une vente ?

Car on nous montre le don et le contre-don. On nous montre une réciprocité de libéralités, mais juridiquement, ce qui va faire passer cet échange de dons au stade de la vente, c'est l'intervention de la monnaie. Comment la monnaie est-elle venue s'insérer en quelque sorte sur ce schéma?

Si l'on essaye d'analyser de près les hypothèses des sociologues, on s'aperçoit qu'il peut y avoir sur

Source BIU Cujas

ce point deux explications qui, du reste, ne se ramènent pas si facilement :

Les uns disent que la monnaie à une origine sacrée. Chez le primitif, la monnaire, c'est l'objet qui a une attitude générale à neutraliser, le "manna" ? la potentialité dangereuse inhérente à l'objet reçu. Ce qui définit la monnaire, c'est l'attitude à être donnée en retour contre une chose, à neutraliser n'importe quelle chose. La monnaie est une chose qui, dans les sociétés primitives, a été mise à part des autres, parce qu'elle avait cette vertu inouie, exceptionnelle de pouvoir neutraliser les potentialités inhérentes à n'importe quel autre sorte de chose.

Voilà la caractéristique de la monnaie, cette attitude à neutraliser le "manna" de n'importe quoi.

Il y a une autre explication :

La monnaie est intervenue dans le schéma primitif comme gage de l'exécution de l'échange. La monnaie a été à l'origine un objet dans lequel l'un des échangistes, projetait en quelque sorte sa personnalité, de sorte qu'en remettant cet objet à l'autre, c'était comme s'il remettait sa propre personne en otage.

Pour éclairer cela, songez aux arrhes dans la vente moderne, aux arrhes envisagés dans une de leurs fonction..

Source BIU Cujas

Vous savez que dans l'analyse des juristes, il y a trois fonctions des arrhes, les arrhes envisagés dans leur fonction de garantie d'exécution. La monnaie primitive a été l'objet remis en garantie de l'exécution de la prestation tout entière, l'avant-garde de la prestation. Ne remettant pas immédiatement sa prestation, un échangiste donnait un objet, un objet censé symboliser, incarner sa propre personne, qui était la garantie, l'otage, la garantie que le reste suivrait. Voilà quel aurait été le rôle primitif de la monnaie.

Seulement, là encore, il y a des nuages dans l'explication et notamment on ne voit pas très bien comment cette fonction de la monnaie s'est étendue à toute la prestation de l'un des co-échangistes. On dit bien : Il y a échange en nature et d'un autre côté, il y avait un objet qui était remis en gage comme garantie de l'éxécution du reste. Sans doute, mais à un moment donné, il y a eu des échangistes qui ne remettaient que de la monnaie, et c'est ce passage que l'on explique assez mal. L'extension ultérieure à la prestation toute entière.

Quelle est cette hypothèse do don avec ses variantes avec ses tentatives d'explication ?

Je ne prétends point quelle soit absolument satisfaisante pour l'esprit d'un juriste, sans doute parce que le droit dogmatique nous a donné des exigences de clarté,

Source BIU Cujas

de précision qui nous prédisposent mal à comprendre l'âme des primitifs. Néanmoins, il y a là quelque chose d'intéressant et d'autant plus intéressant que l'on peut se demander si le droit moderne ne permet pas une certaine vérification de l'une ou l'autre hypothèse et s'il ne s'agit pas plus que de l'observation indirecte dont je vous ai fait l'annonce qui va constituer un paragraphe second de cette section.

2 - L'observation indirecte.

Est-ce qu'on ne pourrait pas essayer de les saisir dans les sociétés modernes d'une façon non plus directe mais indirecte ?

Ici, pour comprendre comment on a pu songer à cette observation indirecte, il faut nous remettre en mémoire ce que j'ai dit sur les droits de récurrence, sur les pluralismes juridiques qui furent.

Il arrive que dans les sociétés modernes, l'esprit juridique d'un moderne, d'un contemporain, des éléments venus d'un système juridique ancien, peuvent survivre. Dans les sociétés contemporaines, il peut se former, pourrions-nous dire, d'ébauches de conduite archaïque, d'ébauches de droit primitif, de droit récessif. Est-ce que ces poches de droit récessif vont nous laisser apparaître le propre ou le don ? Ce serait-là, peut être, une manière indirecte de vérifier les hypothèses.

Source BIU Cujas

On peut essayer de saisir ce droit régressif en suspension dans les sociétés contemporaines à travers trois sortes de phénomènes.

Premier phénomène : Il y a dans les groupes d'enfants les contrats, et l'enfant s'offre par imitation des adultes, ne dispose pas de monnaie. Dans ces sociétés enfantines on peut supposer l'image de sociétés primitives. Est-ce que le contrat-type, le contrat par excellence, ce sera le troc ou le don ?... Le don est parfaitement compris par les groupes d'enfants, et même avec une idée particulière - on a fait porter des études assez importantes sur ce point - l'idée de l'irrévocabilité de la donation, qui se trouve dans les sociétés enfantines.

Il y a des hypothèses, d'ailleurs, pour expliquer cette irrévocabilité du don, soit par resouvenance au droit folklorique, soit par reconstitution du raisonnement végétatif qui a conduit à l'irrévocabilité du don, peut importe, l'enfant connaît le don. Il ne semble pas que ce mécanisme décrit dans les sociétés primitives, de l'échange de don, de la réciprocité des présents, avec obligation pour le premier donataire de rendre encore plus, que cet acte de générosité joue un rôle particulier dans les groupes enfantins.

Bien plus, certainement, c'est le troc qui joue ici le rôle prépondérant.

Source BIU Cujas

Le contrat enfantin par excellence, c'est l'échange, le troc plutôt que la réciprocité des dons et également le prêt.

Bref, ici, la conclusion à tirer de cette sorte de droit régressif, serait plutôt en faveur du troc qu'en faveur de l'hypothèse du don.

Second point :

Les règles de politesse, le code de mondanités - un de nos ethnologues contemporains a pu dire que les règles de politesse constituaient un véritable musée qui enregistrait les comportements sociologiques primitifs. Or, très nettement, la formule de Mauss (et cela avait frappé les esprits dés l'origine) explique beaucoup de comportements mondains. Dans certains relations internes individuelles, la vente est exclue. Evoquer l'argent serait violer un interdit, un tabou, on donnera dans l'attente tacite d'un retour, mais on donnera. C'est un assaut de libéralités, de présents on donne des dîners, on en attend un autre dîner, ou des fleurs, mais ce n'est pas le troc, non, c'est la réciprocité des présents.

Un médecin soignera un autre médecin dans l'attente d'un retour, mais ce n'est pas le troc. A la campagne, on échange des coups de mains, un service en vaut un autre, échange de libéralités, mais non pas de véritable troc.

Source BIU Cujas

Un automobiliste prendra un ami avec lui pour faire un transport, à charge de revanche, ou dans l'attente d'un certain présent, mais il n'y a point de contrat de transport avec, et toute notre jurisprudence sur le transport bénévole est riche d'éléments sociologiques qui vont dans cette direction.

Dans ce corps non écrit des mondanités, il semble donc bien que ce soit l'hypothèse du don qui trouve sa vérification. Si un objet se détache, dans ces relations inter-individuelles comme ayant une sorte de valeur générale, que nous pourrions dire sociologiquement une signification monétaire, on remarquera que ce sont les fleurs qui ont cette attitude la plus générale, c'est à dire un objet tout à fait gratuit, périssable, sans utilité économique. Il y a quelque chose de tout à fait remarquable du point de vue sociologique, c'est bien le symbole de la pure gratuité.

Troisième ébauche de droit récessif, ce que l'on pourrait appeler le temps de détresse.

Il y a un droit des catastrophes. L'observation est fort ancienne que dans un naufrage, les hommes reviennent à un stade primitif. Les grandes catastrophes ont resurgies des conduites sociales primitives. Est-ce que les grandes catastrophes, les temps de détresse, on fait resurgir comme forme d'échange, à notre insu, entre les hommes, le troc ou bien le don ?...

Source BIU Cujas

Il faut répondre très nettement : c'est le troc qui dans les temps de détresse paraît remonter à la surface spontanément. La chute du mark, par exemple, en 1923, la pénurie et le rationnement dans une grande partie de l'Europe occidentale, en 1945, ont amené, déterminé un retour naturel, instinctif au troc, et dans ce retrour au troc, certaines marchandises, certains objets ont paru se détacher des autres et prendre une signification monétaire spontanée. Par exemple, les cigarettes, à peu près partout en Europe ; alors que remarque-t-on ? C'était, au fond, une attitude économique de cet objet qui le détachait des autres, qui lui conférait une fonction monétaire. Rien de magique, rien de symbolique, quelque chose de tout à fait utilitaire. La grande divisibilité de l'objet, sa valeur universelle, bref, des qualités que l'on pourrait dire économiques dans la théorie économique de la monnaie. Si bien que cette troisième cause de régression ramène l'hypothèse du troc. Une redécouverte utilitaire du troc et à l'intérieur du troc la redécouverte utilitaire d'une marchandise privilégiée par ses qualités économiques, aptes à jouer un rôle d'échange contre toutes choses.

Les hommes sont revenus au troc, et à l'intérieur du troc, on redécouvert une monnaie, mais par une démarche psychologique purement utilitaire où la symbolique et le sentiment ne jouaient aucune part.

Source BIU Cujas

Si bien que l'observation indirecte nous permet de réunir des notations divergentes. Les uns font penser à une invention utilitaire à partir du troc, à un processus purement économique, on revient à la vente par un raisonnement purement économique, mais d'autres observations, au contraire, celles qu'on peut faire sur les règles de politesse, évoquent des éléments affectifs, des éléments irrationnels, plutôt que l'équivalence économique, et la générosité, la spontanéité, l'absence de calcul qui contrôlent, si l'on peut dire, le mécanisme d'échange. Si bien que les observations indirectes que nous pouvons faire ne paraissent pas emporter de conclusions définitives.

Section 2 - L'origine du commerce.

Par commerce, il s'agit des actes d'achet et de vente portant sur des marchandises, ce qui pratiquement nous permet d'exclure les ventes immobilières dans l'étude concernant les origines du commerce.

Cette collectivité des M...,
cette réunion des actes d'achat et de vente des M....
c'est ce qui constitue précisément le mercatus, le marché.

Le marché, c'est le milieu déterminé dans le temps et dans l'espace ou se déroulent une multiplicité d'actes d'acheter et vendre. Or, cette multiplication des actes d'acheter-vendre, ajoute quelque chose à chacun de ces actes, crée un droit particulier qui transforme chaque contrat,

Source BIU Cujas

de prendre place à l'intérieur d'un ensemble d'une collectivité, chacun des contrats va se trouver influencé et les contrats qui se situent dans le marche n'auront pas sociologiquement ni juridiquement, la même structure, le même esprit, le même régime que s'il était resté individuel.

Le marché est un phénomène social en même temps qu'un phénomène juridique, nous devons l'examiner sous ces deux aspects.

Marché... cela doit être précisé, je prends le mot dans un sens étroit qui s'oppose notamment au terme de foire, les foies constituent également des phénomènes sociologiques et juridiques qui ont été étudiés. Le droit des foires est connu et il est étudié notamment par nos historiens du droit. La Société Jean Baudin, il y a quelques années, en 1953, avait consacré un de ses congrès à l'étude des foires, comme phénomène social et comme phénomène juridique. Mais le marché est autre chose que la foire. Ce qui fait la différence, c'est que d'abord, le marché est plus local, (les foires de campagne, la Foire de Beaucaire) les foires avaient en rayonnement beaucoup plus considéraque les marchés. Le marché est un phénomène qui est souvent hebdomadaire, ou même plusieurs fois par semaine, tandis que la foire est souvent un phénomène annuel, tout au plus semestriel. Mais surtout, ce qui caractérise les marchés, c'est

Source BIU Cujas

que le marché est ouvert aux non professionnels tandis que les foies mettent en cause les professionnels, des commerçants, des marchands. C'est là la différence et cette différence permet de comprendre que le marché soit plus important pour une conception générale de la vente que les foires qui intéressent plutôt le droit commercial au sens moderne du terme.

1 - Le marché, phénomène social.

C'est un phénomène très primitif. Dans toutes les sociétés primitives le marché n'existe pas forcément et on a pu constater en Afrique que le marché était une invention récente expliquée par l'influence européenne, mais dans les sociétés primitives, un peu partout, cependant, l'on constate la fréquence du phénomène du marché.

L'idée d'une vente, d'un acheter-vendre, qui se déroulerait en quelque sorte à domicile, qui se déroulerait dans les habitations, dans les domaines agricoles, n'est pas tellement familière aux primitifs, et sans que la genèse en soit très bien élucidée, on constate un peu partout, à un niveau très primitif de l'évolution de l'humanité, on constate de phénomène du marché.

A Rome, le marché est quelque chose de très primitif ou dans les sociétés germaniques, dans les lois barbares

Source BIU Cujas

il existe, donc le marché est un phénomène primitif.

Ce que je voudrais souligner ici, c'est son ambivalence, c'est son ambiguité sociologique, c'est à la fois un instrument de contrôle social et un instrument de liberté. C'est d'abord un instrument de contrôle social :

L'humanité passe peut-être par des phases de dispersion et de concentration. Il est évident que le marché se rapporte à l'idée de concentration par opposition à ce que pourraît être ces ventes dispersées qui auraient lieu à domicile. Le marché devient lieu organisé, surveillé par l'autorité publique. Du même coup, il réalise une sociolisation de l'acte d'acheter-vendre. Cet acte que nous avons par le raisonnement, isolé, isolé oomme une relation interindividuelle, comme une relation purement privée, va devenir par le marché une opération que la société contrôle.

Il y a quelque chose de fondamental dans ceci au point de vue sociologique. Ce qui est sociologiquement pressentir cet aspect du contrôle social, c'est que bien souvent le marché primitif a lieu dans un endroit sacré, dans un lieu de pélerinage, de prière, cela se notera aussi bien dans les sociétés d'Afrique Noire qu'en Islam, que dans nos pays chrétiens. Le marché, dans nos villages, a lieu bien souvent sur la place de l'église. Il y a un lien entre le marché et la vie religieuse. Mais en outre, d'une façon plus utilitaire le marché est un lieu public, un lieu où tous les

Source BIU Cujas

membres de la société ont accès. Ce qui permet un contrôle mutuel, les yeux et les oreilles de la société sont là et l'acte d'acheter-vendre qui se dissimulait dans l'intimité d'une habitation, est dans un lieu public et c'est là quelque chose d'une extrême importance.

Les corolaires sont bien connus : le marché, c'est le lieu où se font les annonces publiques, le lieu où l'on promulgue les lois, le lieu où l'on publie les bans. C'est le lieu des exécutions en droit criminel, en droit civil, des saisies, l'appréhension des débiteurs saisis dans les sociétés primitives a lieu au marché, le marché est véritablement le forum, l'Agora, c'est le lieu public par excellence où se concentre la vie publique de la société primitive.

D'où le contrôle social, d'où une certaine signification statique, conservatrice, qui s'attache au marché. C'est un conservatoire, disent les sociologues, des traditions, des coutumes. Le contrôle social qui s'exerce par la publicité empêchera les innovations, et cependant, à l'opposé, le marché est un instrument de communication, donc d'émancipation.

C'est un lieu, la chose est bien connue, même pour les sociétés modernes, de propagation des nouvelles et des nouveautés. Le marché contribue à la diffusion des modes, des techniques nouvelles. Il a beau être local, des éléments étrangers y sont admis ainsi que les marchands venus d'un peu loin.

Source BIU Cujas

Le marché réalise, d'ailleurs, un brassage entre les populations des différentes localités qui constituent la collectivité, et surtout un brassage des familles. Le marché assouplit les structures familiales, assouplit, la chose est importante pour nous, juristes, les incapacités familiales. Le marché constitue une émancipation temporaire des adolescents qui échappent, grâce au marché, provisoirement à leurs familles et surtout, c'est une émancipation des femmes.

Les hommes et les femmes de toutes sociétés sont mêlés dans le marché et même, la femme y joue généralement un rôle plus important que l'homme. L'homme, et cela s'explique matériellement, est retenu assez souvent par les travaux de la terre, il est retenu sur la terre, il a une certaine sédentarité qui l'empêche de fréquenter le marché. C'est la femme qui y sera pour lui. Dans toutes les sociétés, quelles soient primitives ou évoluées, la femme a souvent le rôle capital sur le marché, soit comme acheteur, - il y est fait les provisions de toute la famille - soit même comme vendeuse, elle y apporte certains produits de la ferme, certains produits du domaine agricole.

Il y a à peu près partout dans le monde une sorte de règle de droit folklorique, ont dit certains, qui veut que les produits de la basse-cour soient le propre de la femme, appartiennent à la femme. C'est une modification des régimes

Source BIU Cujas

matrimoniaux qui n'est écrit dans aucun code, mais qui est universel. Pourquoi ?... Parce que la femme, sur la ferme sur l'exploitation agricole, s'occupe elle-même de la basse-cour, c'est à sa portée, et puis c'est elle qui va vendre les produits de la basse-cour sur le marché.

Sous le régime du Code Napoléon notre institution du mandat domestique de la femme mariée ne traduit qu'imparfaitement cette émancipation temporaire, mais capitale du point de vue pratique, que le marché réalisait au profit de la femme.

Ceci nous amène à un autre aspect du marché, le marché en tant que phénomène juridique.

Source BIU Cujas

2 - Le marché, phénomène juridique.

Les marchés ont contribué à la formation d'un droit nouveau, notamment d'un droit nouveau de la vente. Il ne s'agit pas - je me place d'abord à un point de vue externe - du droit commercial, ce serait plutôt les foires qui auraient contibué à l'apparition des juridictions commerciales, du droit commercial, des usages commerciaux. Non, les marchés ont plutôt donné naissance à une police, dirai-je, une réglementation préventive de la vente. Un droit public de la vente, mais intimement lié au droit privé, parce qu'il projette ses effets sur les relations réciproques entre les coupes de contractants.

Songez aux Ediles curules, dans le développement du droit romain de la vente. Vous vous souvenez que c'est par leurs édits que la garantie des vices rédibitoires dans les ventes d'animaux et d'esclaves s'est introduite.

Dans le droit musulman,on constate l'existence d'un personnage, d'un fonctionnaire qu'on appelle le Mahtasib qui est une sorte de contrôleur des marchés. C'est lui qui a contribué à introduire dans le droit musulman le mécanisme de l'ordre public contractuel. C'est lui, contrôleur des marchés dans notre notion moderne que le droit musulman connaît sous les espèces, dirai-je, de l'intervention du mahtasib.

Source BIU Cujas

J'ouvre le traité du contrat de vente. Nous ne traiterons pas des lois de police entre les monopoles, les acaparements et les autres marversations qui se commettent dans le commerce, quoique ces lois appartiennent au contrat de vente, parce que cette matière est de droit public et que nous nous sommes bornés dans notre traité, au droit privé. Ceux qui veulent s'en instruire doivent avoir recours au Traité de Police de Desmarre.

Il y avait, en effet, au XVIIIème siècle, un Traité de police qui était très riche de renseignements sur la vie juridique concrète, pratique des derniers siècles de l'ancien régime, le Traité de Desmarre. C'est un excellent traité. Ici, vous voyez que Potier faisait le lien entre les réglementations préventives de la vente et l'étude juridique, civiliste, dirons-nous, du contrat de vente, et il sentait bien que les deux choses étaient inséparables. La codification napoléonienne n'eut pour résultat que de nous faire croire que le Code Civil était un tout qui se suffisait à lui-même et de séparer le droit civiliste de la vente, de cette réglementation de la police des marchés. Mais c'est là où l'atstraction, en réalité, part de là, nous avons continué au XIXème siècle à avoir une police des marchés, à avoir un droit public de la vente mal connu, parce qu'on n'était pas à même de le mettre nulle part ;

Source BIU Cujas

il n'intéressait pas les publicistes, il n'intéressait pas non plus les civilistes, mais la conséquence, c'est que nous nous faisons une idée tronquée du contrat de vente. Nous ne le voyons que dans le schéma abstrait hérité du droit romain qu'en enseigne dans les cours de droit civil, c'est à dire avec comme moteur essentiel l'autonomie de la volonté, alors que si nous avions considéré la police des marchés, nous aurions vu que de tout temps il y a eu une taxation pour certaines denrées.

Au XIXème siècle, au moment où les grands commentateurs du Code Napoléon enseignaient la grande règle qui était la libre volonté des parties, il y avait certains commentateurs qui prétendaient que ce n'était pas du droit noble, et nous continuons un peu à vivre sur cette séparation contre laquelle il faudrait réagir et se faire une vision intégrale du contrat de vente réunissant au schéma civilisme traditionnel l'étude de la police des marchés.

Quel est, d'un point de vue interne, la nature profonde d'esprit de ce droit de vente tel qu'il est constitué sur les marchés, seule chose qui reflètte l'ambivalence qui nous avons observés dans le phénomène social du marché ?

Dans le droit des marchés, se mêlent des traits de liberté, des traits d'individualisme et en même temps des

Source BIU Cujas

traits de contrôle social.

D'avoir lieu sur un marché, la vente aura quelque chose de plus libre ; elle aura en même temps, le contrôle de la société, parce que c'est un endroit public dans lequel elle se déroule et où l'ambiguité du marché se reflète dans l'ambiguité du droit de la vente sur les marchés.

On trouve un aspect de liberté dans ce trait assez général que la vente qui se conclut sur un marché a souvent la vertu particulière de libérer la chose vendue de toute empreinte du propriétaire véritable. Et partant, de sa revendication.

Si vous supposez que la marchandise a été vendue a non domino, ce vice se trouve purgé du fait que la vente a eu lieu sur un marché. Il en subsiste, vous en savez, quelque chose dans notre droit civil de la vente, c'est la règle de l'article 2.280 du Code Napoléon, lorsque l'acheteur de la chose volée l'a achetée sur un marché, le véritable propriétaire ne pourra la reprendre qu'à condition de rembourser le prix à l'acheteur, ce qui souvent suffira à arrêter la revendication.

Vous voyez que cette propriété particulière est celle-ci, que sur les marchés la marchandise est purgée de certains vices du vendeur et partant de se donner plus de liberté à la vente qui se conclut dans ce lieu public.

Cependant, l'aspect de contrôle social apparaît aussi. Des limitations sont apportées à la liberté contractuelle dans l'intérêt général, dans l'intérêt d'une

Source BIU Cujas

partie aussi. Seulement, ces limitations ne revêtiront pas la forme civiliste de l'ordre public, avec la sanction traditionnelle que vous connaissez de la nullité du contrat. Ce serait trop lourd pour des ventes qui se déroulent très rapidement et qui portent bien souvent sur des objets d'assez faible valeur. Ce sera beaucoup plus souvent, beaucoup plus constamment par des mesures préventives, par des mesures de police, par des mesures de contrôle que la société manifestera sa présence sur le marché. Vous avez ce contrôle traditionnel, nous n'y faisons plus attention, le contrôle des poids et mesures qui se fait logiquement, historiquement qui a eu une si grande importance, parce que dans les sociétés primitives, les détenteurs de marchandises, les vendeurs gagnent le plus souvent moins en fixant le prix qu'en fixant la quantité de la marchandise, ce que nous appellerions, mais qui n'est pas dans les sociétés primitives, le truquage des poids et mesures. Le premier procédé de bénéfices, le primitif n'a pas toujours l'idée moderne parce que ses mathématiques sont encore très primitives, ses manières de claculer sont très rudimentaires, il n'a pas de notion moderne de prix de revient et de prix de vente, et pour gagner de l'argent, il emploi en vendant une mesure plus faible que celle qu'il a utilisée en achetant. Cela frappe beaucoup plus son esprit et c'est c'est sa manière de gagner.

Source BIU Cujas

On remarque que dans beaucoup de sociétés primitives ce phénomène est constant. De là, non point un contrôle du bénéfice comme nous le penserions dans notre optique moderne, mais un contrôle des poids et mesures et ce contrôle des poids et mesures qui a joué, vous le savez, un rôle si important dans les sociétés primitives, et encore dans l'Ancien Testament, à chaque instant, on voit revenir des malédictions contre ceux qui usent de faux poids, ce contrôle des poids et mesure existe encore ; c'est un contrôle social d'une extrême importance pratique, mais nous ne l'étudions pas dans notre théorie civiliste, et pourtant il y a là quelque chose de capital.

Contrôle de la qualité, dont la descendance loitaine est la loi de 1905 sur les fraudes.

Là encore, nous faisons une coupure dans notre théorie civiliste de la vente, et pourtant, les deux choses sont inséparables.

Enfin, contrôle des prix, taxation, qui est un mécanisme absolument traditionnel, mais au XIXème siècle même, en plein épanouissement du libéralisme économique, il y a eu des taxations du pain et généralement une taxation de la viande.

Donc, dans le contrat de vente, par l'intermédiaire du droit des marchés, un interventionnisme de la société a été traditionnelle, interventionnisme que la théorie civiliste aurait dû intégrer à son analyse de la vente.

Source BIU Cujas

Notre analyse individualiste, libérale de la vente est fausse, même pour le XIXème siècle, parce que le cas isolé acheter-vendre n'a pas été intégré dans le phénomène général du marché.

CHAPITRE 11. -

IMPORTANCE SOCIOLOGIQUE DE LA VENTE.

Il est malaisé de définir ce qu'est l'importance sociologique d'un phénomène, notamment d'un phénomène juridique contractuel tel que la vente.

Il faut se mettre en garde contre cette confusion que j'ai eue souvent l'occasion de vous signaler, contre une première tentation qui serait de prendre pour critère d'importance sociologique de la vente, l'importance du contentieux de la vente.

Le contentieux de la vente est relativement faible. Pour prendre un moyen de calcul, du reste très rudimentaire, très grossier, cela consistait dans la tabulation, comme l'on dit, du mot vente, à travers les tables analytiques, un recueil de jurisprudence, mettons les Tables Analytiques du recueil de ces trois dernières années. Nous constaterons que la jurisprudence relative à la vente comparée à celle des deux autres volumes par un seul, contiendra assez peu de place. Ainsi, j'ai trouvé comme moyenne, les chiffres suivants : (j'ai fait les conversions nécessaires)

Source BIU Cujas

- louage de choses 11,75
- assurances terrestres..... 1,56
- entreprises 0,22
- transports..... 0,52
- contrats de travail 2,96

Si rudimentaire que soit le procédé, il apparaît, et nous le savons d'ailleurs par contact avec des hommes de loi, que le contentieux de la vente est relativement faible par rapport au contentieux des autres contrats. Pourquoi cela ?... Pour des raisons opposées suivant les cas.

On plaide peu sur les grosses ventes. Sur les grandes affaires non plus parce que ce sont des affaires très étudiées, qui se déroulent entre professionnels avertis, lesquels préfèrent recourir à l'arbitrage qu'au procès, et même se concilier que recourir à l'arbitrage. Ils sont tellement avertis, qu'ils ont compris que les procès, et plus généralement le droit, ne mène à rien.

Et puis, il y a les petites affaires, l'infinité des ventes au détail, si minimes que l'enjeu ne vaut pas un procès. Les deux raisons se rejoignent pour expliquer la faiblesse du contieux de la vente.

Donc, ce n'est pas de cette manière là qu'il faut essayer de saisir l'importance sociologique de la vente. Il serait préférable de saisir le phénomène au moment de la conclusion du contrat sans attendre un hypothétique contentieux.

Source BIU Cujas

Seulement, l'hétérogénéité de l'objet, des objets vendus défient les stastiques globales. Il faudrait mieux - on peut espérer davantage d'une recherche au niveau de l'individuel. C'est ainsi qu'une méthode comparable à celle du budget de famille dont vous avez pu entendre parler en économie politique, peut nous conduire à attribuer à chaque famille moyenne un minimum vital de trois à quatre mille contrats de vente par an.

Je ne vous livre pas mes calculs intermédiaires, mais il y a plusieurs milliers de ventes dans une famille annuellement tandis qu'il y a quelqu'un qui paye, il y a deux ou trois contrats de travail, et encore ce n'est pas certain, par an. Donc, il n'y a pas de commune mesure entre la fréquence de l'acte acheter-vendre et la fréquence des autres contrats.

Si approximatif, si contestable quant aux chiffres qui soit l'observation, elle n'est pas sans portée pratique pour le juriste.

Si nous recherchons en regard d'un tel chiffre quelle peut être la capacité psychique d'un individu, nous somme amenés à nous dire que plusieurs milliers de contrats dans la tête d'un individu, cela fait beaucoup. Songez qu'il y a, je crois vous l'avoir déjà dit, comme chiffre limite de la capacité psychiques des individus, il n'y a guère que quatre mille cinqcents verbes dans la

Source BIU Cujas

langue française... Peut-il entrer quatre mille contrats dans la tête d'un individu chaque année ? ... Cette fréquance contractuelle de la vente n'est tolérable psychiquement qu'à condition que la plupart de ces contrats passent sans laisser de traces à la surface de la conscience juridique.

Delà, nous sommes fondés à conclure en droit à une certaine instantanéité nécessaire de la vente. Bien en-deça de la prescription instinctive de deux ans qui est inscrite à l'article 2.272, c'est un maximum. Pratiquement, bien en-deça de cette prescription, l'article 2272, il y a un oubli des ventes, qui est une véritable nécessité.

Nous sommes en tout cas, fondés à penser que la vente est le plus usuel des contrats. La version est courante chez les juristes et sociologiquement, elle paraît légitime. Ce n'est peut être pas le plus fidèle des contrats, et dans les perspectives travaillistes de notre époque, on dirait sans doute que le contrat de travail est bien plus fidèle pour l'individu, mais il est moins senti comme un contrat. Pour la plupart des salariés, c'est un état permanent. Pour les entrepreneurs, c'est un élément de la marche de l'entreprise ; c'est dans la vente que l'homme d'aujourd'hui sent le plus intensément l'acte de contracter. Seulement, sentir l'acte de contracter plus ou moins qu'autrefois dans la vente, est-ce que la vente est une institution en décadence où en expansion à notre époque par rapport à autrefois ? Voilà le genre de questions, peut-

Source BIU Cujas

être sociologiquement fausses, qu'on se pose volontiers dans la sociologie juridique, élémentaire que nous pratiquons.

On peut conjecturer a priori semble-t-il que la vente est en expansion à notre époque.

Des facteurs économiques, très visibles, paraissent avoir développé dans les sociétés industrielles du XXème siècle le phénomène vente, l'accroissement du niveau de vie, donc, des consommations, la chose est évidente, la diffusion du travail, le recul notamment de l'autarcie paysanne conduisent à une multiplication des ventes et des achats.

Une plus grande mobilité des personnes et des biens, ce qui était jadis reçu par héritage et retransmis aux héritiers est aujourd'hui acheté et revendu ; plusieurs fois dans une vie, on peut changer de maison, de voiture, de commerce, les ventes s'en trouvent multipliées.

Mais il y a aussi des facteurs juridiques qui ont joué d'une façon moins voyante en faveur d'une expansion du phénomène vente.

Dans un droit, qui tel le droit français du XXème siècle, a été largement interventionniste, et certains diront socioliste, même la vente a fonctionné comme un exutoire individualiste. Ainsi, les impasses légales du contrat de base ont ouvert une nouvelle carrière à la vente immobilière. Pour se loger, en France, il faut acheter un appartement il suffisait de passer un bail.

Source BIU Cujas

La loi ayant limité les valeurs locatives, ayant limité les loyers, a fait monter les valeurs vénales. La loi ayant restreint, d'une part, a développé la vente.

Plus généralement, les restrictions au droit de propriété, ces restrictions donc, dans le droit des biens, notamment les restrictions à la propriété foncière, ont déterminé des phénomènes d'incidence, comme on dirait dans les législations financières, dans la théorie des biens.

En effet, si l'acheteur achète moins cher du fait de l'existence des restrictions apportées au droit de propriété, s'il achète moins cher l'immeuble, en réalité, les restrictions établies par la loi se trouvent amorties dans son patrimoine : ayant payé moins, il n'en supporte plus financièrement le poids.

Si au contraire, malgré les restrictions apportées au droit de propriété, le propriétaire actuel arrive à vendre aussi cher, si l'état du marché immobilier est tel que les restrictions au droit de propriété n'ont pratiquement pas d'incidence sur les prix, ces restrictions se trouvent inefficaces, malgré les restrictions, le propriétaire actuel vend aussi cher et par conséquent, il ne supporte pas le poids des restrictions. Il les rejette sur des propriétaires ultérieurs, mais encore, nous n'en savons rien, il peut avoir un rejet à l'infinité de l'incidence.

Or, dans l'état du marché immobilier, depuis la guerre de 1914, l'instabilité monétaire en France a contribué à une hausse des valeurs vénales si bien que les restrictions au droit de propriété n'ont pas été financièrement

Source BIU Cujas

senties par les propriétaires, autant qu'on le suppose, tout au moins quand on fait la théorie de ces restrictions.

Le contrat de vente a servi en quelque manière à amortir les restrictions au droit de propriété et la conclusion théorique que nous devons, nous, juristes, en tirer c'est qu'il est peu réaliste d'étudier le droit de propriété et ces restrictions sans étudier en contre-partie le contrat de vente ou réciproquement. Il y a un lien entre les deux choses. La législation devient interventionniste, mais les restrictions frustrus ? et ulusus ? se trouvent financièrement amorties en grande partie.

Un autre facteur qui a contribué au développement de la vente dans nos sociétés modernes, c'est ce que j'appellerai la "chosalité" - c'est un terme dont je laisse la responsabilité aux philosophes - la chosalité envahissante. Les choses nous envahissent. La vie moderne est caractérisée par un nombre de choses en nombre croissant. Comme nous débarrasser de toutes ces choses si ce n'est en les vendant et en les achetant ?...

Nous avons créé des chcses qui n'existaient pas autrefois. Un nouveau section s'est ouvert à la vente, ainsi le fonds de commerce, la vente des fonds de commerce est un des phénomènes, un des aspects les plus importants au point de vue pratique du phénomène vente. Mais même parmi les choses corporelles, il y a tant de choses aujourd'hui, économiquement insignifiantes, tant de choses futiles, mais

Source BIU Cujas

dont l'acheter-vendre donne un prix à la vie, dont l'acquisition est un jeu pour les hommes, si bien que les hommes ne peuvent pas se passer de les vendre et de les acheter.

Il faudrait de ce point de vue là, la théorie sociologique juridique de la matière plastique, des magasins de prisunic, du gaget, nous comme, comme l'a écrit Elsa Triolet, à l'âge du nylon (vous avez peut être entendu parler de ce roman intitulé "les roses à crédit", qui chante en quelque manière, et en même temps exprimes les craintes sur cette prolifération des choses qui se multiplient autour de nous et qui multiplient du même coup l'acte de contracter.

Mais notons-le bien, car ceci est de conséquence pour la sociologie juridique, multiplier un acte de contracter une sorte de vente qui, pratiquement, ne sera jamais juridique du moins et considérée individuellement, ces ventes portant sur des choses économiquement futiles, mais en nombre prodigieux, ces ventes-là n'accederont pas au monde du droit ; elles resteront dans l'univers du non-droit.

La plupart des ventes des scciétés industrielles, du moins si nous les considérons à l'état isolé, ces ventes-là ne sont pas saisies par le droit.

CHAPITRE 111.
Substance sociologique de la vente.

Il faut essayer de marquer ce qui sépare la conception archaïque de la conception moderne au sujet de la vente.

Source BIU Cujas

On résumerait la conception archaïque assez exactement en disant que la vente y est un événement ; il est difficile, il est solennel, important. Le vendeur qui veut vendre exerce la double pesanteur du milieu social et de son propre moi qui le lie à la chose, qui lie la chose à lui-même.

La complexité de la vente primitive reflète la complexité de la propriété primitive, lie les liens d'individus à la société, de l'individu à la chose. Cela est particulièrement vrai pour la vente immobilière dans les sociétés primitives.

La conception moderne est toute différente. On en traduirait assez bien la tendance générale en disant que la vente y est une affaire courante et que le droit en a préservé la fluidité.

Dans la vente moderne, l'individu est affranchi de la gangue sociale, l'individu vendeur comme l'individu propriétaire. Il n'y a point de liens personnels de lui à la chose, entre la chose et lui, il n'y a qu'un rapport contingent et temporaire de jouissance et d'utilité.

Cette conception, est allée en s'affirmant dans les temps modernes, et elle a paru s'épanouir dans le libéralisme économique, philosphique du siècle dernier.

A certains égards, ce développement ne s'est pas arrêté à notre époque, ce n'est pas arrêté au XXème siècle, notre droit à la vente à même, à certains égards, accentué

Source BIU Cujas

les caractères qu'il avait acquis au XIXème siècle. Cependant, ce mouvement, cette ligne qui s'est dessinée avant le XXème siècle, avant la guerre de 1914, a été sur d'autres points infléchie par la remontée d'éléments archaïques ; des régressions se sont produites dans le contrat de vente, des régressions qui n'ont pas toujours été aperçues si bien que notre droit de la vente, je parle du droit français et qui n'offrent pas à l'heure actuelle une physionomie homogène. Il recèle des contradictions. Ces contradictions nous apparaîtront d'une manière plus clairement autour de deux thèmes, de deux traits, qui nous frappent dans la vente archaïque et qui semble parfois resurgir dans le droit français contemporain. L'investiture de l'acheteur, l'idée que l'acheteur fait l'objet d'une investiture, il n'acquiert pas seulement une jouissance, mais il reçoit une investiture, et d'autre part, l'imprégnation du vendeur, l'idée que la chose porte l'empreinte du vendeur.

Reprenons ces deux thèmes.

Section 1 - L'investiture de l'acheteur.

C'est la vente immobilière qui est en cause ici. Dans les idées les plus profondes de l'humanité, la terre n'est pas un bien quelconque. Sa propriété est moins privative que celle des objets mobiliers. Son inclination du même coup est moins libre. Sa vente ne peut pas être une

Source BIU Cujas

affaire courante entre deux individus. Pourquoi ?

Deux explications en sociologie : l'explication la plus pratique dont vous avez certainement entendu parler, est que la propriété foncière à l'origine aurait été une propriété collective ; il n'y aurait pas eu de propriété privée de la terre à l'origine de l'humanité. La terre aurait été la propriété de la collectivité. C'est l'hypothèse qu'a développée à la fin du siècle dernier Emile D...

Cette hypothèse, longtemps répandue, même chez les juristes, est aujourd'hui un peu dépassée en ethnologie.

Les ethnologues modernes insistent plutôt, et c'est toujours un peu la même tendance, sur les éléments affectifs, mystiques plutôt que des explications économiques. Les ethnologues contemporains insistent plutôt sur le lien mystique de l'homme à la terre, le lien affectif, dans l'esprit du primitif, la terre est souvent considérée comme une femme, comme source de vie, et l'homme épouse en quelque manière la terre.

L'idée d'une appropriation collective de la terre conduit à dire que dans la vente, l'acheteur doit recevoir une investiture de la société. L'idée de propriété qui doit être liée à la terre par un lien total conduit à cette conséquence juridique que l'acheteur, dans la vente immobilière devrait recevoir une investiture totale. Il épouse la terre il ne se borne pas à acquérir à prix d'argent un droit et

Source BIU Cujas

limité à retirer le jus et le fructus de la chose.
Non véritablement, il se donne à la terre et la terre est donnée à lui.

Notre vente immobilière dans le droit français d'aujourd'hui se ressent-il de l'une ou l'autre idée ?

Je voudrais essayer de rechercher si dans la conception moderne de la vente de l'immeuble, n'apparaît pas, en France, aujourd'hui, l'idée d'une investiture sociale, ou totale de la chose.

Investiture sociale.

Les sociologues font observer que toute solennisation du contrat est en un sens une sociolisation. Faire intervenir des témoins dans un contrat comme une condition de forme nécessaire, c'est en réalité, déjà, faire intervenir la société, des témoins représentent la société et organiser la vente, c'est en réalité, socialiser, celle-ci.

Le Code Napoléon avait conçu à la vente d'immeuble au même titre que la vente de meubles, comme un contrat purement consensuel. Il n'y avait point besoin dans le Code Napoléon de recourir à un notaire pour vendre un immeuble la vente immobilière pouvait avoir lieu sous seing privé.

On a reproché à ce système des inconvénients d'ordre pratique, économique, le désordre dans la tenue du cadastre, l'incertitude des origines des propriétés, tout cela était imputé à cette possibilité qui résultait du Code Napoléon d'une vente affranchie de toute solennisation, de toute

Source BIU Cujas

intervention de la société.

Il y avait cependant, là, quelque chose de tout à fait remarquable au point de vue sociologique, d'exceptionnel- d'inoui... Pas besoin d'investiture de la société ; pour l'acheteur d'un immeuble, la volonté de deux individus suffisait pour transférer la terre. Peut-être cela ne s'était-il jamais vu, ni dans l'ancien droit, ne serait-ce que à cause de la clause de saisine qui ne put que symboliquement laisser subsister l'idée d'investiture par une autorité supérieure, par une autorité publique. Pour la première fois dans le Code Napoléon, nous assistons pour les individus à la possibilité d'échanger leur terre comme n'importe quelle sorte de bien.

Dans la pratique, sans doute, on recourait souvent à la vente notariée. N'empêche que dans les campagnes, beaucoup de ventes avaient lieu sous seing privé. Or, aujourd'hui, la situation est renversée, pratiquement renversée: le décret-loi du 4 janvier 1955 a rendu l'acte notarié indirectement, mais à peu près inévitablement obligatoire parce que sur l'acte notarié peut désormais faire l'objet d'une propriété foncière et que d'autre part, le défaut de publicité foncière, le défaut de transcription risque de paralyser les reventes ultérieures. Si bien que l'on peut dire que depuis le 4 janvier 1955, le contrat de vente immobilière est devenu un contrat notarié. Par conséquent, il y a une sociolisation du contrat de vente. Le notaire est

Source BIU Cujas

un personnage public sociologiquement, il représente la société dans le contrat, et oblige les parties à passer le contrat devant le notaire, c'est, dans une certaine mesure, socialiser ce contrat.

Je vous citerai dans le même ordre d'idées, le droit de préemption qui a été accordé à l'administration de l'enregistrement par la loi du 31 décembre 1941 dans les ventes d'immeubles et aussi de fonds de commerce assimilés aux immeubles.

C'est un symptôme de socialisation. L'explication juridique de ce droit de préemption reconnu à l'Enregistrement, c'est qu'il y a une propriété de l'Etat sous-jacente à la propriété des individus. Un domaine éminent de l'Etat sous la propriété individuelle.

L'explication pratique, vous la connaissez, c'est qu'il s'agit de lutter, en la rendant périlleuse, contre la fraude fiscale, mais l'explication juridique, c'est, au fond, le domaine éminent de l'Etat.

Nous sommes en présence du retrait, une sorte de retrait comparable aux retraits féodaux, aux retraits seigneuriaux, un droit de retrait reconnu à l'Etat. Ici encore, le contrôle social sur la vente immobilière s'est affirmé dans la vente immobilière.

Est-ce que l'investiture de l'acheteur est devenue une investiture totale ? Peut-on parler dans la vente moderne d'une investiture totale qui dépasserait cette simple

Source BIU Cujas

acquisition dans laquelle on pouvait analyser la vente immobilière du XIXème siècle...

Dans la conception archaïque, l'acheteur ne se borne pas à recevoir un bien, il succède à son vendeur, et la vente n'est pas seulement la transmission d'une chose, elle est la transmission d'un titre. Il n'est que de songer à ce qu'était la transmission d'un fief sous l'Ancien Régime : ce n'était pas l'acquisition d'un immeuble, c'était l'acquisition d'un titre, c'était véritablement une investiture globale de l'acquéreur.

L'immeuble moderne n'est plus un fief. Cependant, il est chargé de droits et de devoirs du propriétaire envers les tenanciers, envers les locataires ou fermiers.

Déjà, l'article 243 disposait que l'acquéreur d'un immeuble doit continuer le bail passé par l'aliénateur. Il y a une succession de l'acquéreur d'un immeuble au contrat de bail qui a été conclu par le vendeur, mais dans la jurisprudence moderne, on voit apparaître une idée plus large que cela. L'idée que l'acheteur d'immeubles prend la place totale du vendeur succède à ses droits et à ses obligations. Je vous citerai un point de test, en quelque sorte, bien que la Cour de Cassation, gardienne de l'orthodoxie traditionnelle, l'orthodoxie individualiste, n'ait pas conclu dans le sens de l'investiture sociale, l'acheteur peut-il se prévaloir contre un preneur à bail.

Contractuel que celui-ci a commis auprès du vendeur ?...

Source BIU Cujas

Le locataire ou le fermier a manqué au contrat de bail avant la vente, est-ce que l'acheteur va pouvoir se prévaloir de ces manquements à un contrat qui n'a pas été son contrat ?

Si vous acceptez une sorte de succession au titre de propriétaire d'immeubles, on doit conclure par l'affirmative. L'acquéreur prend la place du vendeur, donc il doit pouvoir se prévaloir des manquements que le locataire ou le fermier avait commis à l'égard du vendeur. Si au contraire, on part de l'idée classique de la vente et seulement à l'acquisition d'utilité limitée sur la chose, on doit dire que le contrat reste, l'acheteur n'a pas à s'en prévaloir et c'est ainsi qu'a conclu la Cour de Cassation.

Mais ce qui sociologiquement est significatif, c'est que la question ait pu être posée. La question n'a pu être posée que parce que les intéressés sentaient que dans l'acquisition de l'immeuble, il y a quelque chose de plus que l'acquisition d'un bien, il y a véritablement succession à un titre, au titre de propriétaire d'immeubles, propriétaire de cette sorte d'entité qu'est l'immeuble, avec une série de droits et obligations à l'égard de tous ceux qui participent à la vie de l'immeuble, les tenanciers, les locataires, les fermiers.

Source BIU Cujas

Section 2 - L'empreinte du vendeur.

Une des caractéristiques de la vente archaïque, qu'elle soit mobilière ou immobilière, c'est qu'elle est une affaire qui n'est jamais terminée.

En effet, aliéner la chose, c'est s'aliéner soi-même. Comment cela pourrait-il être sain ? La chose portera longtemps l'empreinte du vendeur. La vente ne peut pas être comme dans la conception moderne une coupure instantanée et franche entre les droits du vendeur et les droits de l'acheteur. Non, ce ne peut être qu'un processus de lente désimprégnation.

Deux manifestations de cette idée que la chose vendue, suivant les conceptions archaïques, continue à refléter quelque chose de la personnalité du vendeur, continue à porter l'empreinte du vendeur : la juste garantie et le droit de repentir.

Dans les systèmes juridiques archaïques, les droits de repentir au profit du vendeur foisonnent. La vente a beau être conclue, le vendeur, sous la forme de remere de clause de dédit, d'action en résolutions, a des possibilités de repentir, un juste penitendi, comme l'on disait dans le droit romano-bysantin.

Qu'en est-il aujourd'hui ?

Il ne semble pas que le remere se soit développé au XXème siècle. Il reste tel que le Code Civil l'a reçu.

Source BIU Cujas

Il reste quelque chose de rarement pratiqué. Mais on peut constater que depuis une trentaine d'années, à travers la jurisprudence, on voit un retour offensif des clauses de dédit, une remontée des arrhes dans leur fonction de moyen de dédit. En outre, un développement de l'action en révision pour lésion dans les ventes immobilières, qui a été à notre époque une forme de repentir du vendeur se manifeste.

Sans doute, le développement de révision pour lésion, disposition du Code Civil relatif à la révision pour lésion depuis le douzième, s'explique au point de vue économique par la dépréciation de la monnaie. Mais cette utilisation de la révision pour lésion n'a été possible que dans la mesure où l'on a pu techniquement étirer la vente immobilière à travers le temps. Il s'agit de ventes immobilières au comptant. Il n'y a pas place pour une révision pour lésion mise en mouvement par la dépréciation monétaire. Il peut y avoir révision pour lésion parce que le vendeur n'aura pas vendu l'immeuble à son juste prix mais ce n'est pas ce qui a donné lieu à notre époque à ce retour offensif de la révision pour lésion. Ce qui a donné lieu à cela, c'est la dépréciation de la monnaie. On a fixé un prix, puis la monnaie s'étant déppréciée, au bout d'un certain temps, il apparâît que le vendeur vendrait beaucoup plus cher, mais pour lui permettre d'intenter l'action en révision pour lésion, il faut que techniquement il y ait un étirement

Source BIU Cujas

de la vente à travers le temps.

Ce n'est possible que s'il y a promesse de vente, ou encore, s'il y a vente sous condition. La jurisprudence a utilisé ce moyen. Vous savez que notamment, elle a décidé et ceci a été confirmé par le législateur - que dans la promesse de vente, il fallait évaluer l'immeuble, non pas au jour où les consentements ont été échangés, mais au jour où l'option a été levée par le bénéficiaire. Si bien que si la monnaie se déprréciait dans l'intervalle, c'est à dire corrélativement si les valeurs vénales ont augmenté dans l'intervalle, le vendeur va pouvoir faire jouer la révision pour lésion.

Effectivement, le mécanisme est défini au dehors, mais sociologiquement, cela n'a été possible que parce que la conscience collective a senti l'immeuble comme encore sous l'empreinte du vendeur, a senti que l'opération n'avait pas réalisé une coupure franche entre l'acheteur et le vendeur, que l'immeuble était encore sous l'empreinte sous l'imprégnation du vendeur, qu'il était encore dans une certaine mesure, la chose du vendeur et que, par conséquent, le vendeur devait, les circonstances économiques ayant changé et ce changement lui faisant regretter la vente au prix qu'il avait d'abord fixé, il devait avoir la possibilité de se repentir en faisant réviser la vente.

L'action en révision a joué comme un juste pénitendi, au profit du vendeur d'immeuble.

Source BIU Cujas

Le sentiment que l'immeuble vendu ne se détache pas si vite de la personne du vendeur est le fondement sociologique de cette renaissance de la révision pour lésion.

Le deuxième aspect de cette lenteur dans le processus de désimprégnation de l'objet vendu, c'est le mécanisme de la garantie, garantie déduction, garantie d'efficacité.

Marcel Mauss avait relevé dans l'obligation de garantie, la survivance, sous des dehors très raisonnables et utilitaires que nous connaissons en droit civil, d'un sentiment très primitif, le sentiment que tout n'est pas terminé par la conclusion, ni même par l'exécution du contrat de vente et que la chose, dans ses malfaisances, dans ses imperfections, dans ses insuffisances, la chose continue à refléter la personnalité du vendeur.

Juridiquement, elle semble être passée dans le patrimoine de l'acquéreur ; sociologiquement , elle continue à refléter la personnalité du vendeur.

Les deux courants s'entrecroisent. Le courant moderne qui voudrait que tout fut terminé, tout coupé après la vente, le plus vite possible, il faut couper, trancher, pour aller vite, le progrès économique est à ce prix, et puis le courant archaïque, rien n'est fini, la vente continue, l'objet vendu est encore sous l'empreinte du vendeur. Il reflète quelque chose de sa personnalité.

Le courant archaïque s'est manifesté à propos d'un problème très pratique, la responsabilité du vendeur fabricant en raison du dommage causé par la chose.

Source BIU Cujas

Dommage causé, non à l'acheteur lui-même, mais à un tiers. Nous sommes là sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle, de la responsabilité rituelle. Que va-t-il se passer?...

La solution techniquement la plus fondée, la plus orthodoxe est la suivante :

L'acheteur est devenu gardien au sens de l'article 1384 alinée premier de la chose achetée. C'est lui responsable et seul responsable désormais envers le tiers qui a pu être victime du fait de la chose. Le tiers actionnera l'acheteur à se retourner contre son vendeur sur le terrain contractuel de la garantie de la vente, de l'article 746.

Il y a un arrêt au moins de la Cour de Cassation qui, très nettement, pour une responsabilité née d'un accident d'automobile, s'est prononcée pour cette question, article 1384, sur les rapports entre tiers et acheteur, et puis, mécanisme contractuel de la garantie à la vente dans les rapports entre l'acheteur et le fabricant. (Chambre des Requêtes - 21 octobre 1925 - Tables première partie- p.9)

Seulement, on observe qu'on se heute à une difficulté technique en droit français, par exemple les chefs de garantie dont le vendeur est responsable, il est permis de faire entrer ce que l'acheteur a été obligé de payer en vertu de l'article 1384 alinéa 1er.

Source BIU Cujas

L'article 1646 dit que l'acheteur peut réclamer au vendeur par l'action en garantie, les frais occasionnés par la vente. On peut dire que ce que l'acheteur a été obligé de payer en raison de l'accident n'est pas dû au fait de la vente. C'est un peu forcé, il y a eu des critiques sur ce point contre cette analyse.

Une autre solution a notre procédé a été préconisée, qui est révélateur. On a dit ; il faut considérer comme responsable de sa chose le vendeur, du moins si l'accident arrive assez tôt après l'exécution du contrat de vente. La chose est encore dans une certaine mesure sous la garde du vendeur. L'acheteur est devenu gardien du comportement de la chose, parce que c'est lui, lui, vendeur fabricant qui connaît le secret de la chose, la chose dans ses malfaisances qui continue à refleter un peu de la personnalité du vendeur.

C'est donc au vendeur d'être responsable.

Vous avez certainement entendu parler de cette distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement qui a été proposée par mon collègue M. Gottmann dans sa thèse de doctorat. La jurisprudence ne l'a pas acceptée si ce n'est dans certains arrêts où elle paraît l'avoir acceptée, mais en dehors. J'évoquerai d'un mot certaines de ces espèces, notamment celle relative à l'explosion de tubes d'oxygène.

Source BIU Cujas

Est-ce que le fabricant des tubes d'oxygène ne doit pas être responsable plutôt que l'acheteur où le manipulant des tubes qui n'en pouvait mais, qui ne connaissait pas les secrets de ces tubes ?

Mais sociologiquement, il y a là, dans la recherche de la responsabilité du vendeur, un reflet de l'idée que la chose, malgré la vente, malgré le transfert de la propriété, et même de la possession à l'acheteur, continue à être la chose du vendeur, continue à contenir quelque chose de la personnalité du vendeur, la chose malfaisante, elle est encore dans l'appartenance magique, mystique, du vendeur.

Ce n'est que l'idée sociologique qui peut, au fond des choses, expliquer le mouvement de la conscience collective à cet égard. C'est le courant archaïque ; le courant moderne, je dirai d'un mot, se manifeste dans la pratique commerciale, dans la pratique notariale, cette pratique est toute entière orientée dans le sens du XIXème siècle. Il faut couper, il fauttrancher le plus vite possible, les clauses de non garantie sont très développées dans la pratique, qu'il s'agisse de la pratique du commerce ou en matière immobilière, de la pratique notariale, le plus vite possible faire cesser la garantie du vendeur, c'est à dire faire la vente quelque chose de tranchant, d'instantané, c'est courant moderne.

Source BIU Cujas

Je le répète, c'est dans la pratique qu'il s'affirme. Les clauses de non garantie son extrêmement fréquentes. Il s'agit de la non garantie d'éviction, de la non-garantie des vices cachés, de l'immeuble, extrêment fréquentes, dans les formules notariales.

On pourrait dire qu'elles sont même presque la règle dans la vente immobilière, dans la vente commerciale, je songe également à beaucoup de contrats-types, pour les machines, beaucoup de contrats-types pour les machines contiennent des clauses de non-garantie. La tendance de non garantie est plutôt à couper, à trancher, contrairement au courant archaïque.

Et puis, il faut songer à cette non-garantie tacite, implicite, qui résulte de ce que l'objet est un objet d'occasion. Le point est mal réglé en droit dogmatique. L'on n'admet pas d'une façon absolue que dans les ventes d'occasion il n'y ait pas de garantie des vices cachés.

Tout le monde est d'accord sur ce point que la garantie pour un objet d'occasion ne peut avoir le même sens que pour un objet neuf, l'acheteur d'une automobile d'occasio ne peut pas avoir les mêmes exigences que l'acheteur d'une automobile neuve.

D'une façon générale, l'acheteur d'une marchandise usagée, d'une marchandise d'occasion à prix réduit, ne peut pas, du fait qu'il achète à prix réduit, avoir les mêmes exigences pour la garantie que l'acheteur d'une

Source BIU Cujas

marchandise neuve, que l'acheteur qui paye le plain tarif, c'est encore un des phénomènes de notre temps que la multiplication des ventes d'objets d'occasion, des ventes d'objets à des prix démarqués, fictivement ou effectivement démarqués dans la pratique du commerce. Vous savez quel rôle jouent les soldes, les braderie. Or, juridiquement, la conséquence de ces ventes est qu'elles ont lieu sans garantie. L'acheteur qui achète à prix réduit ne peut pas prétendre à la même garantie qui celui qui achète une marchandise neuve. Or, c'est là un système de vente qui ted à se développer. Il tend à rendre la venteplus instantanée, plus dépouillée de conséquences juridiques, et nous voyons sous cet aspect-là, et sous d'autres acpects encore, certains aspects auxquels je faisais allusion tout à l'heure lorsque je parlais de la chosalité envahissant nous voyons se dessiner, sous nos yeux, un type nouveau de vente qui est assez dans les caractères que le droit individualiste du XXème siècle avait donnés au contrat de vente. C'est un type de vente qui ne représente pas, sans doute, les ventes les plus importantes en valeur, mais ce sont probablement les ventes les plus nombreuses au niveau du consommateur individuel.

Ces ventes-là ont pour caractéristiques de n'occuper si j'ose dire, dans la durée juridique, aucune épaisseur. Elles sont conclues en un trait de temps : remise de la

Source BIU Cujas

chose, payement comptant du prix. Il faut la remise immédiate du matériel de la chose ; il faut le payement comptant du prix, le payement comptant est un élément du transfert de la propriété.

Ces ventes ne laissent derrière elles aucune traîné d'obligations juridiques. Elles déplacent les possessions sans créer d'obligations. Le prix est payé comptant, pas d'obligation de garantie parce qu'en droit, il n'y a pas d'obligation de garantie. Nous sommes en présence de ventes d'occasion, à prix démarqués, où la valeur de l'objet est telle qu'elle défie le contentieux.

Nous sommes en présence de vente que l'on pourrait dire manuelles, de la main à la main. On pourrait même se demander si ces ventes restent toujours des actes juridiques Songez aux ventes par distributeurs automatiques où il n'y a même pas, du côté du vendeur, des demandes volontaires, effectives. Nous disons que la volonté du vendeur s'est exprimée dans la position de la machine, la volonté du vendeur est toujours présente dans les formules qui peuvent être gravées sur la machine... sans doute, sans doute, volonté tacite, mais volonté victime...

Sociologiquement, ces ventes marginales, par machines, sont à peine des actes juridiques. Le droit les saisit, sans doute, collectivement, les saisit in globo du côté du vendeur, parce que d'abord, fiscalement, il les saisira dans le chiffre d'affaires du vendeur, et dans un souci plus proche du droit privé, il fixe le prix de vente,

Source BIU Cujas