

CARBONNIER (Jean), Sociologie juridique : sociologie du droit de la famille, 1963-1964

Introduction	P 1
§ 1 - Définition de la sociologie juridique	P 1
A – Par rapport à la sociologie	P 1
a) Définition de la sociologie générale	P 1
b) Définition de la sociologie juridique	P 2
B – Par rapport au droit	P 4
a) Où la différence n'est pas	P 4
b) Où est la différence ?	P 6
§ 2 – Valeur de la sociologie juridique	P 7
A – Intérêts de la sociologie juridique	P 7
1 – Intérêt scientifique	P 7
2 – Intérêt pratique	P 11
3 – Dangers de la sociologie juridique	P 17
Partie générale	P 22
Chapitre I – Les phénomènes d'acculturation juridique	P 23
Section I – Causalités de l'acculturation juridique	P 26
§ 1 – Acculturation juridique procédant de l'autorité publique	P 29
§ 2 – Acculturation juridique procédant de forces privées	P 35
Section II – Effets de l'acculturation juridique	P 39
§ 1 – Effets sur les institutions	P 40
§ 2 – Effets sur les individus	P 46
Chapitre II – Les phénomènes infra-juridiques	P 53
Section I – Droit folklorique	P 60
a) La méthode directe	P 64
b) La méthode indirecte	P 66
§ 1 – Les manifestations du droit folklorique	P 67
§ 2 – La signification du droit folklorique	P 72
[Section II] – Le droit enfantin	P 78
§ 1 – Les problèmes généraux du droit enfantin	P 79
§ 2 – Les différents aspects du droit enfantin	P 83
Chapitre III – Les phénomènes de non-droit	P 91
Section I – L'inventaire des phénomènes de non-droit	P 93
§ 1 – Première catégorie : le non-droit comme donnée sociale objective	P 93
§ 2 – Le non-droit comme choix individuel	P 96
Section II – Interprétation des phénomènes de non-droit	P 99

§ 1 – Les hypothèses de structure	P 99
§ 2 – Les phénomènes d'évolution	P 101
Sociologie du droit de la famille	P 103
Section préliminaire	P 104
§ 1 – Caractère interdisciplinaire d'une sociologie du droit de la famille	P 105
A – Des différentes disciplines mises en cause par la sociologie du droit de la famille	P 105
B – Des rapports qu'il convient d'établir entre le droit dogmatique et les disciplines non dogmatiques pour la constitution d'une sociologie du droit de la famille	P 113
§ 2 – Programme de la partie spéciale	P 121
Chapitre I – Les grandes hypothèses d'évolution dans le domaine du droit de la famille	P 123
Section I – La famille à travers la série sociologique	P 124
§ 1 – L'hypothèse classique. Comment l'hypothèse de Durkheim est-elle apparue ?	P 125
§ 2 – La critique de l'hypothèse classique	P 131
Section II – La famille dans la société industrielle du XXème siècle	P 133
§ 1 – Les données biologiques	P 134
§ 2 – Les fonctions de la famille	P 138
§ 3 – Les structures	P 156
Chapitre II – Sociologie des rapports personnels dans le droit de la famille	P 177
Section I – Mariage et union libre	P 179
§ 1 – Mesure du phénomène	P 182
§ 2 – Causalité des phénomènes	P 190
Section II – Le problème de l'égalité ou de l'inégalité à l'intérieur du couple	P 205
§ 1 – Fondements sociologiques du droit positif	P 207
§ 2 – Effectivité du droit positif	P 215
§ 3 – Accord de l'opinion publique avec le droit positif	P 226
Chapitre III – Sociologie des rapports patrimoniaux dans le droit de la famille	P 234
Section I – Sociologie des régimes matrimoniaux	P 234
§ 1 – Le choix du régime matrimonial	P 234
§ 2 – La pratique du régime matrimonial	P 240
Section II – Sociologie des successions	P 244
§ 1 – La notion patrimoniale de la succession	P 245
§ 2 – Notion extra-patrimoniale de la succession	P 247

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ÉTUDIANTS EN DROIT
12, PLACE DU PANTHÉON - PARIS V)

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FAMILLE

RÉDIGÉ D'APRÈS LA STÉNOTYPIE DU COURS
ET AVEC L'AUTORISATION DE

M^R J. CARBONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS



I N T R O D U C T I O N

§ 1 - DEFINITION DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Il convient d'examiner la sociologie juridique par rapport à la sociologie et par rapport au Droit.

A - PAR RAPPORT A LA SOCIOLOGIE

La sociologie juridique est une branche particulière de la sociologie en général. Il en existe d'autres, on peut citer par exemple, les sciences économiques, politiques, les sciences de l'art. Il faut donc en premier définir la sociologie générale.

- a) Définition de la sociologie générale.- On s'aperçoit rapidement des difficultés de cette définition. Les sociologues, dans leurs ouvrages, en donnent des formules incomplètes et souvent divergentes.

Pour CUVILLIER, la sociologie générale est : "la science des groupes humains réels et concrets". Pour GREEN, c'est "la science générale et synthétique de l'homme dans ses relations avec les autres hommes", (l'inspiration durkheimienne).

Ces deux définitions reflètent des différences de psychologie qui prédominent dans ces deux sociologies. L'une met l'accent sur la notion de groupe, l'autre sur l'individu.

La sociologie française a subi l'influence de DURKHEIM, aussi affirme-t-elle le primat de la société, du groupe, alors que la sociologie américaine est plus individualiste.

DURKHEIM a donné, plusieurs définitions de la sociologie, sa pensée ayant évolué sur ce point. Dans la préface des "Règles de la méthode" (2ème édit.) il écrit : "La sociologie peut être définie comme étant la science des institutions, de leur genèse, de leur fonctionnement et de leur fin". Le terme important ici est "institutions", mais cette notion chez DURKHEIM, ne coïncide pas avec notre notion ju-

ridique. Pour cet auteur, "on peut appeler institutions, toutes les croyances et tous les modes de conduite constitués par la collectivité". DURKHEIM nous renvoie ainsi à la notion de société, la sociologie est la science des créations de la société.

MAX WEBER est aux antipodes de DURKHEIM. Dans son ouvrage "Wirtschaft und Gesellschaft (1922), Max WEBER définit la sociologie comme "la science qui se propose de comprendre par interprétation, les significations internes des conduites sociales, et de cette façon, d'aboutir à leur explication causale. Une conduite est sociale quand la signification qui lui est attribuée par un agent humain se rapporte à la conduite d'autrui et que son déroulement est dirigé en ce sens".

L'accent est donc mis sur l'Homme et sur autrui, plus que sur les relations sociales.

GURWITCH, dans son "Traité de sociologie". (1958 - I p.27] définit la sociologie comme "une science qui étudie les phénomènes sociaux totaux, dans l'ensemble de leurs aspects de leur mouvement en les captant dans des types dialectisés, microsociaux, groupaux et globaux, en train de se faire et de se défaire.

Il existe beaucoup d'autres définitions, mais nous pouvons nous rendre compte, dès à présent, des difficultés qui sont avouées par les spécialistes en la matière.

Les descriptions qui viennent d'être faites pèchent par un caractère trop descriptif et par la longueur des formules.

On peut définir, semble-t-il plus simplement la sociologie comme la science qui étudie les phénomènes sociaux comme des choses (nous retrouvons ici la règle d'objectivité durkheimienne), comme la science des sociétés.

Comment alors, la définition de la sociologie juridique peut-elle se greffer sur cette définition de la sociologie générale ? Comment se ramifie-t-elle au tronc commun ?

- b) Définition de la sociologie juridique. - Parmi les phénomènes sociaux, il en est qui présentent certains caractères propres, qui les mettent à part des autres, et que l'on peut qualifier de phénomènes juridiques.

L'idée la plus simple est donc que la sociologie juridique sera la science de ces phénomènes particuliers. La sociologie juridique sera la branche de la sociologie générale qui

traite de cette espèce de phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques.

Ce postulat rencontre, cependant une objection, une difficulté, qui vient de la notion de phénomène social total. Pour beaucoup en effet, ces phénomènes sont totaux, c'est-à-dire qu'ils sont à la fois : juridiques, économiques, moraux, religieux, esthétiques, morphologiques. Cette idée a été formulée chez les modernes, pour la première fois par MAUSS, puis reprise ensuite par GURWITCH.

Il est alors impossible d'isoler les phénomènes juridiques pour en faire l'objet propre de la sociologie juridique.

Il n'existe pas de phénomène juridique pur, distinct, et de là résulte une difficulté de délimitation nette. C'est ainsi, par exemple, que le contrat est envisagé par les juristes comme un phénomène juridique, alors que les sociologues le considèrent, peut-être comme un phénomène moral, -(Ils y voient le respect de la parole donnée)-, ou religieux (à l'origine le contrat était un vœu).

Un autre exemple, plus frappant encore, nous est donné par la famille, qui est un phénomène juridique aux yeux des juristes alors qu'elle est un phénomène moral, religieux, morphologique pour les sociologues.

Il convient cependant de préciser que cette observation ne vaut pas pour tous les phénomènes. Il en est qui appartiennent si étroitement à la technique juridique qu'ils ne paraissent pas comporter les autres aspects du social. Il semble exister des phénomènes juridiques purs, par leur technicité complexe. Il en est ainsi par exemple : de la purge des hypothèques, de la délégation imparfaite. Pour ces phénomènes, la notion de phénomène social peut sembler être sans intérêt; ce sont des phénomènes exclusivement juridiques, ils résultent de la création de la pure technique et non de forces sociales spontanées.

Mais ce n'est là qu'une illusion, ces phénomènes sont aussi des phénomènes économiques, des phénomènes totaux. Pour les sociologues, il n'est pas nécessaire que tout concept recouvre tous les aspects possibles du phénomène social total, une pluralité suffit.

Il faut toutefois constater, que c'est plutôt là une difficulté qu'une impossibilité radicale. Il demeure possible de délimiter un champ d'étude propre à la sociologie juridique. Elle n'a pas pour objet la recherche des phénomènes juridiques autonomes, puisqu'il n'est pas certain qu'il en existe, mais la recherche du côté juridique des phénomènes sociaux. Un même

phénomène social peut avoir des faces multiples, la sociologie juridique en étudie la face juridique, la sociologie juridique est la science qui a pour objet la face juridique des phénomènes sociaux, étant donné que les phénomènes sociaux sont des phénomènes à plusieurs faces.

B - PAR RAPPORT AU DROIT

Il faut entendre ici le droit dogmatique, sans signification péjorative, c'est-à-dire tel qu'il est enseigné dans les facultés de droit.

Où se trouve alors la différence entre la sociologie juridique et ce droit dogmatique que l'on est censé connaître ?

- a) Où la différence n'est pas. - La différence ne tient pas aux droits, aux systèmes juridiques respectivement étudiés. La différence n'est pas dans les différents systèmes juridiques étudiés par les deux ordres de discipline.

1/ Il n'est pas exact de dire que le droit dogmatique étudie uniquement le droit national, et que la sociologie étudie les droits qui ont pu être pratiqués dans les sociétés humaines, sans limitation de temps ni d'espace. Cela ne peut fournir de critère. La sociologie juridique étudie également le droit national actuel, et à l'inverse, le droit dogmatique sort du droit national, il a des disciplines auxiliaires collatérales, qui l'élargissent, sans modifier son caractère.

Le Droit romain, l'Histoire du droit, le droit comparé sont des disciplines qui ont le même esprit que le droit dogmatique.

Il peut y avoir une sociologie de ces disciplines du droit :

- sociologie de la systématique : pourquoi le droit a-t-il des fictions ? Pourquoi, par ailleurs le code pénal fait-il de l'escroquerie un délit distinct du vol ?

- sociologie de l'herméneutique : l'interprétation des lois anciennes attache au texte une valeur sacrée. Ces procédés d'interprétation ne sont pas des procédés rationnels.

- sociologie de la législation : pourquoi en effet, le style des lois est plus abstrait en Allemagne qu'en Suisse.

La différence ne se trouve donc pas là, puisque le critère basé sur les différents systèmes juridiques étudiés respectivement par la sociologie et le droit dogmatique est en défaut

2/ Il ne faut cependant pas dire non plus, que chacune des deux disciplines, vise dans les systèmes retenus un aspect

particulier. Ainsi, il n'est pas exact de dire que le droit dogmatique étudie la règle de droit et les institutions juridiques exclusivement en elles-mêmes, alors que la sociologie juridique recherche les causes sociales de la règle de droit et mes effets sociaux que la règle de droit détermine dans la société.

Ce critère n'est pas plus satisfaisant que le précédent. Le Sociologue travaille aussi sur la règle elle-même, abstraction faite de ses causes et de ses effets. Et il est faux de dire que le droit dogmatique se désintéresse des causes et des effets de la règle de droit. Il doit les connaître, il est légitime qu'il les recherche.

Pour légiférer, le législateur en effet tient compte des besoins sociaux, il doit également tenir compte des effets sociaux et des incidences qu'une expérience législative antérieure a pu avoir dans le milieu social. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la science traditionnelle du droit devrait se faire aider ici par la sociologie juridique, et que ce ne devrait pas être à elle de rassembler les matériaux à cette fin.

La législation n'est pas le seul aspect du droit dogmatique qui s'intéresse aux effets de la règle de droit, il en est de même de l'interprétation. Il est une méthode d'interprétation que l'on appelle l'interprétation par l'appréciation des conséquences. L'interprète s'interrogera sur le résultat social de telle interprétation, de tel texte de loi, le droit dogmatique peut ainsi s'intéresser aux effets sociologiques de sa règle.

Il pourrait y avoir défaut de coïncidence entre l'objet du droit dogmatique et celui de la sociologie juridique sur quelques points, en ce que le droit dogmatique, ne s'attache en principe qu'au droit étatique, au droit de la société globale, alors que la sociologie juridique s'intéresse aussi à des phénomènes juridiques, qui se produisent à l'intérieur de groupements particuliers. Il en est ainsi par exemple de la mise à l'index du "jaune par les syndiqués" -cela ressemble à un jugement, à une mise en accusation, des sociologues considèrent ce phénomène, comme un phénomène de droit.

Un autre exemple nous est donné par le droit folklorique. Le folklore juridique est une véritable règle juridique issue d'une certaine classe de la société. Des sociologues ont vu dans le charivari un phénomène juridique issu d'une classe d'une société particulière et non plus globale.

Hais outre que l'on a pu discuter si des phénomènes de ce genre avaient bien la nature de phénomènes juridiques, la question sera reprise à propos des phénomènes infra-juridiques. Il

n'y a là que des divergences secondaires qui n'empêchent pas la coïncidence de principe entre le droit dogmatique et le sociologue juridique quant à leur objet.

Les deux critères précédents ne nous ayant pas donné satisfaction, il convient d'en examiner un troisième qui est d'ailleurs à rejeter.

3/ Il ne faut pas dire, en effet, que le juriste connaît les phénomènes juridiques en tant que règles, que norme, et que le sociologue les connaît comme des faits. Il n'est pas exact de dire, que le juriste connaît ce qui doit être et que le sociologue connaît ce qui est. Cette distinction si irritante pour l'esprit du SEIN et du SOLLEN, doit être rejetée ici.

La sociologie juridique appréhende ce qui est règle comme règle, les règles dans leur obligatorité, dans leur force contraignante qui fait partie de leur nature, qui est un aspect du réel, de même que la zoologie n'appréhende pas les animaux sans la vie.

- b) Où est la différence ?- La différence entre l'objet de la sociologie juridique et celui du droit dogmatique est une différence de point de vue, une manière différente d'aborder la réalité.

Ce que le droit dogmatique étudie comme règle, ou institution, la sociologie juridique l'étudie comme phénomène.

L'idée fondamentale de la sociologie juridique est que le droit peut se résoudre en une série de phénomènes, avec tout ce que le mot évoque dans le langage philosophique, d'extériorité et d'apparence, sans affirmation quant à l'essence.

La sociologie juridique étudie le droit comme une chose, un objet, objectivement du dehors. Sans doute on a pu critiquer l'assertion durkheimienne, et il convient de ne pas l'entendre comme une assimilation scientiste de la sociologie juridique à la physique ou à la chimie.

Dire que la sociologie juridique étudie le droit comme des choses, ne signifie pas comme des choses inertes, mortes. Un système juridique est un devenir de vies humaines, non un ensemble de corps morts. Mais, ce qui reste inattaquable dans l'affirmation durkheimienne, c'est le principe d'objectivité.

La véritable différence est donc une différence de point de vue, une différence de position entre le juriste et le sociologue du droit.

Le juriste est dans le système juridique, il y participe, il l'influence, toute opinion tend à devenir du droit (rôle de la doctrine, de la coutume, de la jurisprudence).

Il y a quelque chose d'irréductiblement original dans les sciences traditionnelles du droit : le savant ne s'y sépare pas de l'objet de la science.

Le sociologue, lui, est en dehors du système juridique. Il l'observe de l'extérieur. Son opinion ne doit pas influencer son observation et ne peut pas influencer le système juridique. Il y a séparation radicale. Séparation qui est propre aux sciences dites expérimentales - entre l'observateur et la matière observée.

Telle est la différence qu'il convient de mettre dès le départ entre le droit dogmatique et la sociologie juridique et la notion générale qu'il convient de retenir de celle-ci. Sans doute, sur de nombreux points, les frontières restent-elles imprécises : du côté du droit comparé ou de l'histoire du droit - du côté de l'anthropologie juridique aussi, ou encore de l'ethnologie juridique, il pourrait être utile d'essayer de tracer les limites. Mais les sciences nouvelles ne doivent pas perdre leur temps en procès de bornage.

§ 2 - VALEUR DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Comme toutes choses humaines, la sociologie juridique est un mélange d'avantages et d'inconvénients, de bien et de mal, d'intérêts et de dangers. Je voudrais, dans ce paragraphe, essayer de donner un aperçu rapide des intérêts et des dangers de la sociologie juridique.

A - INTERETS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

C'est aussi bien son intérêt scientifique que son intérêt pratique.

1) Intérêt scientifique.

Cet intérêt scientifique est important. Par vos études de droit dogmatique, vous avez acquis, le maniement d'un certain nombre d'outils techniques. La sociologie juridique doit, normalement, vous mettre à même de comprendre ce que sont ces outils, vous en donner la compréhension.

La sociologie juridique est, essentiellement, une explication du droit. Cette explication du droit, la sociologie juridique ne

l'opère pas, nécessairement, en établissant des lois causales, des lois au sens scientifique du terme, qui présideraient à l'apparition ou à la disparition des phénomènes juridiques.

Du reste, d'une façon générale, dans les sciences humaines, à notre époque, en ce déclin du XXe siècle, on doute, beaucoup plus qu'au début du siècle, de la possibilité de découvrir des lois causales en matière humaine; les sciences humaines paraissent regimber devant le déterminisme et, du même coup, se prêter mal à l'établissement de lois causales.

Sur ce point, il est certain que la sociologie d'aujourd'hui, sociologie juridique aussi bien que sociologie générale, ne professe pas les mêmes positions que l'école durkheimienne, par exemple, au début de ce siècle. Pour l'école durkheimienne, il n'y avait pas de question : la sociologie pouvait, un jour, espérer établir des lois causales, de véritables lois scientifiques. Aujourd'hui, cela paraît beaucoup plus douteux. Cependant, tout le monde convient que la sociologie juridique est capable, a priori, de projeter des lumières sur le droit, sur ce droit dont vous êtes appelés, en tant que juristes, à vous servir.

La sociologie est, je le répète, une compréhension du droit, et, ce terme "compréhension", je ne l'emploie pas au hasard. Il y a toute une sociologie (orientée vers la sociologie juridique) que l'on appelle la "sociologie compréhensive" : c'est celle du sociologue allemand, Max WEBER.

Il est malaisé, sans doute, de préciser ce que Max WEBER entendait par "compréhension" en matière sociologique; on peut dire semble-t-il, que, pour lui, il s'agissait, par là, de saisir des relations, ce qu'il appelait des "relations significatives", par exemple la relation entre le motif et l'acte, la relation entre le but et le moyen. Par la compréhension, au sens wébérien du terme, nous avons l'impression de pouvoir reproduire en nous-mêmes le déroulement de conscience que nous devinons chez les autres.

Voilà ce que la sociologie juridique peut espérer apporter aux juristes : une compréhension des institutions juridiques qui leur sont familières.

- Mais dira-t-on, est-ce-que, d'ores et déjà, elle peut faire état, dans cet ordre d'idées, de résultats acquis ?...

A défaut de lois causales, qu'elle paraît avoir renoncé à établir, la sociologie juridique peut se targuer d'avoir apporté certaines explications utiles à des mécanismes juridiques. J'en citerai quelques exemples :

Il n'est pas indifférent de savoir que cette institution, que

vous avez appris à connaître en lère année de licence, l'institution de l'action en recherche de paternité naturelle, fondée, en droit français, sur l'article 340 du Code Civil, qui a été établie par une loi de 1912, n'a pas l'importance statistique à laquelle laisseraient croire les développements que nous lui consacrons dans nos cours de droit dogmatique.

En tant que juristes, nous avons été portés à nous faire une vue certainement exagérée de l'importance sociale de l'action en recherche de paternité naturelle. A nous en croire, il semblerait que ce soit là une institution qui a une très grande fréquence d'application dans la société française. Il n'est qu'à voir la place qu'elle tient dans les recueils de jurisprudence et, également, dans les traités et les exposés de droit civil.

Or, la sociologie juridique, ici, nous a apporté un moyen de contrôle : c'est la statistique. Celle-ci démontre que, dans l'année 1959 (la dernière qui ait donné lieu à une statistique officielle), il n'y a eu que 500 procès environ en recherche de paternité naturelle. C'est très peu si l'on songe que, la même année, il est né environ 40.000 enfants naturels .

Voici encore un autre résultat :

Les juristes se sont beaucoup étonnés de constater, à travers les recueils de jurisprudence, - qui sont leur miroir du fait, leur miroir de la réalité sociale, miroir dont la sociologie juridique apprend, précisément, à se méfier - de constater un renouveau, à notre époque, de l'institution du retrait successoral. Devant la Cour de Cassation, cette institution est venue, dans ces dernières années, se manifester à maintes reprises. Comment l'expliquer ? Par la psychologie des héritiers ? Par on ne sait trop quel phénomène économique ?

La sociologie juridique, ici, peut nous donner une information. Une étude sociologique de jurisprudence amène à constater qu'en réalité ces arrêts relatifs au retrait successoral, pour l'immense majorité des cas, avaient leur point de départ en Algérie. C'étaient des autochtones algériens qui utilisaient cette institution française du retrait successoral pour essayer de tourner une disposition des lois algériennes leur interdisant de recourir au droit de retrait musulman, au droit de chefa'a, en ce qui concerne les terres dites "francisées". Si bien que c'était une particularité de la société algérienne qui expliquait cette prétendue renaissance du retrait successoral, que l'on imputait à l'ensemble de la société française, et pour laquelle on recherchait des causes dans l'ensemble de la société française.

Ici encore, c'est une technique de sociologie juridique , une étude sociologique de cas, qui a permis une meilleure compréhension du phénomène proprement juridique.

La sociologie juridique a permis également de comprendre des contradictions que l'on avait aperçues dans certaines institutions de notre droit dogmatique. Par exemple, en matière de vente des juristes ont été frappés par la contradiction entre deux mouvements qu'ils apercevaient dans la pratique contemporaine du droit.

En matière de vente, on constate, d'une part, un développement certain des clauses de non garantie. Le vendeur, dans les ventes immobilières, stipule, le plus souvent - (il y a une pratique notariale très étendue en ce sens) - qu'il ne sera pas garant, ni au point de vue de l'éviction, ni au point de vue des servitudes cachées, ni au point de vue des vices cachés. Bref, il essaie le plus possible de s'affranchir de la garantie de droit, telle qu'elle existe selon les préceptes du Code Napoléon.

Mais, d'autre part, on constate, chez les intéressés, une certaine tendance, au contraire, à mettre le plus possible en cause la garantie du vendeur. Il faut faire état de ce mouvement, qui a mal trouvé sa solution dans les catégories de notre droit, et qui tendit à mettre en cause, dans les ventes mobilières, la responsabilité du vendeur-fabricant. Parfois, on a songé à mettre en oeuvre le principe de la responsabilité de l'article 1384, alinéa 1er, en considérant que le vendeur pouvait encore être gardien de la chose, lorsque cette dernière était dommageable entre les mains de l'acheteur. Bref, on a cherché le plus possible à mettre en cause la responsabilité du vendeur, ce qui paraît en antinomie avec la tendance que je viens de déceler pour les ventes immobilières.

Sous cette contradiction, la sociologie juridique peut faire apparaître le conflit de deux conceptions de la vente, de deux types de la vente qui sont en lutte, même à notre époque.

Il existe une conception moderne, moderniste de la vente, d'après laquelle la vente est un événement rapide, tranchant; le génie de la vente consiste à couper, le plus rapidement possible les liens entre le vendeur et la chose.

Une telle conception a dû, pour s'introduire, refouler une autre conception plus ancienne, plus primitive, d'après laquelle la chose vendue porte l'imprégnation, la marque de la personnalité du vendeur. Dans la contradiction que je viens de relever entre, d'une part, le développement des clauses de non garantie et, d'autre part, la tendance à mettre en cause la responsabilité du vendeur-fabricant, la sociologie juridique fera apparaître la lutte entre deux conceptions historiques de la vente : la conception primitive, la vente porte l'empreinte du vendeur, et la conception moderniste, la vente doit couper

le plus rapidement possible les liens entre le vendeur et la chose.

Ces contradictions décelées dans le droit, peuvent être comprises comme résultant de la coexistence de couches hétérogènes de sentiments juridiques. Tel est l'éclairage que la sociologie juridique peut apporter dans le droit dogmatique.

Je vous ai donné ainsi une première idée de l'intérêt scientifique que l'on peut attribuer à la sociologie juridique, je voudrais, maintenant, attirer votre attention sur les intérêts pratiques qui peuvent s'attacher à cette discipline.

2) Intérêt pratique

A quoi la sociologie juridique peut-elle servir ?

Les juristes sont des pragmatiques et ils sont soupçonneux à l'égard d'une science qui ne pourrait pas servir en vue de l'action. Nous sommes, par notre formation, des praticiens, même quand nous nous voulons théoriciens et, par conséquent, il faut pour que la sociologie se justifie à nos yeux, qu'elle nous découvre ses intérêts pratiques.

Y a-t-il des applications possibles de la sociologie juridique? Nous rencontrons ici la distinction, que l'on trouve pour bien d'autres sciences, entre science pure et science appliquée. La sociologie juridique n'est-elle qu'une science pure ou bien peut-il y avoir des applications de cette discipline ?...

Il y a, d'ores et déjà, des applications de la sociologie générale. Le fait est, que les entreprises privées ou publiques embauchent des sociologues ou, tout au moins, des psychosociologues; c'est la meilleure preuve que la sociologie, la psychosociologie en général, ont une utilité.

On embauche des sociologues, par exemple, dans les grandes entreprises, pour exercer dans les services de relations publiques dans les services de relations avec les clients ou avec les salariés; pour procéder à des études de marché, qui ne sont pas exclusivement l'oeuvre d'économistes, mais requièrent la collaboration de sociologues.

Bref, il y a des débouchés pour les psychosociologues formés par la sociologie générale.

De même, dans les entreprises publiques qui s'occupent des questions d'urbanisme, on fait appel à des experts sociologues. Voilà encore une fonction pratique de la sociologie générale.

Mais la sociologie juridique peut-elle servir à quelque chose ? Ce qui limite, chez nous, les débouchés - dans la mesure où les juristes sociologues ne peuvent pas justifier d'une formation de sociologie générale - c'est que les fonctions pratiques auxquelles la sociologie juridique semble pouvoir servir, paraissent assez limitées.

La sociologie juridique pourrait trouver son emploi, ses applications, soit dans la législation, soit dans l'interprétation au niveau surtout du juge.

Il pourrait y avoir deux fonctions pratiques de la sociologie juridique : la législation et l'interprétation sociologiques.

De telles fonctions sont-elles réalisées dans les faits ?...

- a) Le problème de la législation sociologique est de savoir si les constatations de la sociologie juridique, les faits que celle-ci aura collectés, peuvent devenir des lois. Les constatations de la sociologie juridique ont-elles vocation à être normatives ?...

C'est un rêve déjà ancien de la sociologie générale que de devenir normative.

Dans les conceptions d'Auguste COMTE, fondateur de la sociologie, les sociologues avaient une vocation naturelle à devenir les conseillers du Gouvernement.

Dans le rêve du sociologue, le Parlement sera, un jour, remplacé par une Académie de Sociologues.

Les durkheimiens aussi ont développé cette idée que les sciences de la société devraient suivre la même marche historique que les sciences physico-chimiques et que, lorsqu'elles auraient accumulé un nombre suffisant de données de fait, lorsqu'elles seraient arrivées à l'établissement de lois causales, un art pratique pourrait en procéder.

- D'abord une science des mœurs, disait Lucien LEVY-BRUHL et à partir de cette science, lorsqu'elle aura élaboré un nombre suffisant de lois causales, on édifiera une science de la conduite, une science morale.

- Les juristes dogmatiques résistent à une telle conception. Ils affirment, pour des raisons philosophiques, qu'une norme, qu'une règle de conduite, ne découlera jamais des constatations de fait, que la sociologie peut légitimement espérer accumuler.

Pour employer l'antithèse de KELSEN, il y a le monde de l'être et le monde du devoir , entre les deux, point de passage. On pourra, disait Henri POINCARÉ, accumuler des indicatifs par milliers, on n'arrivera jamais à faire sortir de ces indicatifs un impératif. La sociologie juridique aura beau accumuler les constatations de fait, elle ne sera jamais fondée, en droit, à en déduire des normes.

Si cette possibilité de passer du fait au droit, a été soutenue par certains sociologues et, notamment, en France par l'Ecole durkheimienne, tous les sociologues ne s'en préoccupent pas. Notamment, Max WEBER considère que, ni la science ni la réalité n'imposeront jamais de loi; la décision législative restera toujours quelque chose à part. Chaque législateur décide, sans avoir à tenir compte des constatations de fait.

Le débat, sur ce point, est un débat philosophique et, comme tel, on peut dire qu'il n'a pas de conclusion.

Je me borne à signaler le terrain limité sur lequel il existe une convergence. Aussi bien chez les sociologues que chez les juristes, on est d'accord pour admettre que, même si elle n'est pas justifiée à élaborer des lois à partir des seules constatations de fait qu'elle a pu réunir, la sociologie juridique peut avoir tout de même une fonction documentaire, une fonction de simple information aux côtés du législateur, le postulat, réclamé par les juristes, ou par certains sociologues, étant que le législateur conservera toujours sa liberté de décision.

On admettra volontiers que la sociologie juridique pourra lui fournir un matériel d'information, une documentation, et de cette fonction pratique, subordonnée sans doute, mais utile, il y a d'ores et déjà des exemples.

C'est ainsi qu'en 1952, lorsque l'Angleterre, en vue de ce qui allait devenir une réforme successorale, a voulu se préoccuper de savoir quels étaient les désirs, le plus couramment exprimés, par les intéressés en la matière, le Gouvernement anglais a fait procéder à une vaste enquête sur le contenu des testaments, et c'est en fonction des volontés du défunt, telle qu'elle résultait de cette consultation, qu'a été élaborée la réforme successorale de 1952.

Or cette enquête était une technique de sociologie juridique. C'est ainsi que la sociologie juridique peut venir aider le législateur à titre de moyen d'information.

Au contraire, - c'est, en quelque manière - la preuve négative

tive - on peut regretter, qu'en France, la réforme des régimes matrimoniaux ait été entreprise dans ces dernières années sans qu'il y ait eu d'enquête sociologique menée sur les aspirations des futurs époux. La sociologie juridique aurait certainement pu remplir une fonction pratique, sans que cela mît en cause aucun principe philosophique.

- b) Le problème de l'interprétation sociologique est, malgré les apparences, quelque chose de plus difficile que le problème de la législation sociologique, parce que l'on conçoit mal, ce que pourrait être une telle interprétation, et, les juristes sociologues n'en n'ont pas une vue très claire.

Il y a dans le droit anglo-saxon, à notre époque, une notion de la jurisprudence sociologique, "sociological jurisprudence" qui a été pratiquée, notamment, par certains grands juges fédéraux, aux Etats-Unis, mais elle répond mal à une notion scientifique de la sociologie juridique. La notion d'interprétation sociologique est difficile à préciser.

On pourrait en donner, peut-être, un exemple dans ce que font certains juges français, sur un terrain limité: l'observation psychosociologique des enfants. Les juges des enfants recourent, aujourd'hui, en vertu de normes, qui figurent dans le droit positif français, à une observation psychosociologique. On pourrait y voir une utilisation judiciaire de la psychosociologie juridique, une fonction pratique de la psychosociologie au niveau du judiciaire.

Si nous considérons, d'une manière générale, la sociologie appliquée, que ce soit législation ou interprétation sociologique, il nous apparaît qu'elle ne va pas sans difficulté. Cette difficulté il faut la signaler tout de suite comme une mise en garde.

Ce qui risque de nuire à la sociologie appliquée, ce sont les applications hâtives auxquelles elle peut donner lieu aisément, applications qui seraient fondées sur une demi-science. Il n'y a rien de plus redoutable pour une science que d'être appliquée trop tôt. Des témoignages nous sont donnés en ce qui concerne la sociologie juridique, non pas tant pour le droit civil, mais, surtout, pour le droit pénal.

Je vous citerai, d'abord, un exemple voisin; il ne concerne pas directement la sociologie, mais c'est le même processus, l'application trop hâtive d'une demi-science. Je vous rappellerai "l'anthropologie criminelle", de LOMBROSO. On a cru, dans certains milieux juridiques, à la fin du XIXe siècle,

que l'on avait trouvé une clé scientifique au problème du droit pénal : c'était l'anthropologie, criminelle, telle que l'avait formulée le criminaliste italien LOMBROSO. Or à l'heure actuelle, il n'y a plus de pénaliste qui accepterait les catégories lombrosiennes. Les applications que l'on avait fondées hâtivement sur cette anthropologie criminelle se révèlent donc, rétrospectivement, comme des applications qui, scientifiquement, n'étaient pas fondées.

Il n'est pas certain que l'on puisse encore relever en sociologie criminelle, certaines précipitations contestables au point de vue scientifique.

Je ne suis pas sûr, par exemple, que, dans les nombreux travaux de sociologie criminelle auxquels a donné lieu la délinquance juvénile, il n'y ait pas des conclusions trop hâtives, fondées sur une demi-science. Il est perceptible, notamment, pour un juriste, qu'à toutes ces études sur la délinquance juvénile manque une dimension capitale : la dimension historique. Si l'on réintégrait la dimension historique aux études faites sur la délinquance juvénile, on s'apercevrait peut-être, que le phénomène a un caractère de permanence, - il n'est nullement lié aux conditions sociales de notre époque - et, du même coup, n'a pas le caractère pathologique qu'on lui attribue. Il y aurait à faire une reconversion complète des études sur la délinquance juvénile.

En ce qui concerne la sociologie du droit civil plus spécialement, les exemples de cette hâte excessive sont peut-être moins frappants. Les applications de la sociologie juridique, en droit civil, ont été, jusqu'ici, plus limitées qu'en droit pénal. Néanmoins, il y en a des exemples. Il y a l'exemple caricatural, qu'il faut toujours citer parce que, comme toute caricature, il a une force probante particulière. C'est un épisode bien connu des travaux de la Commission de révision du Code Civil, l'épisode dit "du chef de la famille".

Il y eut des débats extrêmement vifs à la Commission de révision du Code Civil, quand il fut question de maintenir au mari la qualité de chef de la famille, et l'on fit de la sociologie juridique; on invoqua l'expérience (l'expérience aurait montré que les maris n'étaient pas les vrais chefs).

Mais, si l'on examine de près ce que c'était que cette expérience sociologique, on constate qu'il ne s'agissait pas d'une enquête réelle faite sur un échantillon répondant à des critères scientifiques, il s'agissait, tout simplement, des maris que pouvait connaître tel ou tel membre de la Commission, Ce n'était pas de la science, et les conclusions normatives étaient beaucoup trop rapides.

Les fonctions pratiques de la sociologie juridique sont, en l'état actuel des choses, très délicates à manier. Une double source d'erreur les menace :

D'abord, une source d'erreur qui tient à l'insuffisance des informations. Le matériel de fait, n'est pas très important en sociologie juridique.

D'autre part, les juristes, qui font de la sociologie, ont à lutter contre une déformation consistant à confondre avec la réalité sociale leur propre expérience des cas contentieux. Les juristes sont, des praticiens, ce qu'ils voient de la réalité sociale, ce sont les cas contentieux dont ils ont pu avoir une connaissance personnelle, mais cette expérience personnelle ne saurait représenter la totalité de la réalité sociale. Il y a là un danger considérable pour les études de sociologie juridique : la tendance à confondre une expérience des cas contentieux - qui, nécessairement, est une expérience très limitée et déformante, car, le contentieux, c'est une pathologie de la réalité sociale, ce n'est pas la réalité sociale normale - avec la réalité sociale totale, avec l'observation du milieu social global.

Il est un axiome de la sociologie juridique qu'il faut garder constamment présent à l'esprit : le droit, la réalité juridique est infiniment plus grande que le contentieux. Il faut affirmer avec force cet axiome, parce qu'il est nécessaire, pour redresser notre propre tendance de juristes, qui est de réduire la réalité juridique, et même, la réalité sociale tout entière, au seul contentieux dont nous sommes professionnellement saisis.

L'autre source d'erreur tient aux complexités du raisonnement législatif ou du raisonnement judiciaire. La sociologie juridique peut nous fournir des faits, mais ils ont besoin d'être élaborés pour devenir loi ou décision de justice. Or, une loi ou une décision de justice n'est pas, normalement, la conséquence, d'un seul fait, mais bien d'une pluralité de faits qui doivent entrer en combinaison. Il y a une multiplicité d'éléments de décision, et, lorsque la sociologie juridique nous a fait connaître quelques-uns de ces éléments de décision, le grand danger est de ne pas chercher davantage et d'essayer à partir de ces seuls éléments de décision, (sans voir d'ailleurs s'il n'en existe pas d'autres), de parvenir à une conclusion pratique.

Ici, les exemples de ce danger sont nombreux. Je citerai, par exemple, tout le mouvement législatif contemporain, si caractéristique, relatif à l'adoption. Tout le mouvement législatif et, même, pour une part, l'interprétation judi-

ciaire tendent à faciliter l'accès à l'adoption, à la légitimation adoptive. Pourquoi ?... En se fondant sur des éléments de décision qui ont une apparence sociologique ou psychosociologique : l'intérêt de l'enfant, le désir des candidats à l'adoption.

Mais il y a d'autres variables qui devraient intervenir dans la décision, d'autres éléments : l'intérêt des parents par le sang, lesquels reparaissent, parfois, d'une manière très virulente; les attitudes des autres membres de la famille des adoptants. Ces membres de la famille des adoptants restent, pour le moment, en retrait, mais ils réapparaîtront le jour où un règlement successoral devra intervenir.

Pour avoir véritablement une vision sociologique globale des éléments de décision mis en cause par le problème de l'adoption, il faudrait avoir la patience d'attendre que les successions, - dans lesquelles des enfants adoptifs seront appelés, les successeurs des parents adoptifs - soient ouvertes. Cela demandera quelques dizaines d'années. Jusqu'alors il serait scientifique de suspendre son jugement et, si l'on veut favoriser l'adoption, il faudrait mettre en avant des critères préconçus auxquels on obéit, des critères prétendus sociologiques.

Ces réflexions me conduisent à étudier les dangers de la sociologie juridique.

3 - DANGERS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

On fait grief à la sociologie juridique, d'être à la fois trop révolutionnaire et trop conservatrice. Les deux ordres de reproche semblent devoir s'annuler, mais, en réalité, ils peuvent se cumuler s'ils s'adressent à des variétés différentes de sociologues ou à des secteurs différents de la sociologie juridique.

Reprenons ces deux griefs :

- a) Le premier grief est que la sociologie juridique serait trop révolutionnaire.

Ce sont les juristes dogmatiques qui expriment le plus volontiers cette sorte de reproche :

- La sociologie juridique, disent-ils, risque de corroder le respect qui est dû aux institutions juridiques. En découvrant l'origine des institutions juridiques, on affaiblit leur force dans la société. Si une institution juridique a eu un commencement, elle aura, nécessairement,

fin, on ne croira plus à son éternité.

Il y a une antinomie entre les positions de la sociologie juridique et celles du droit naturel. Le droit naturel, au moins sous sa forme la plus classique, présente les institutions juridiques comme des institutions éternelles. La sociologie juridique, au contraire, montrant ou cherchant à montrer l'origine des institutions, laisse croire que ces institutions auront une fin. Et ce procédé sociologique a été utilisé souvent par des révolutionnaires.

C'est ainsi, par exemple, qu'ENGELS, le compagnon de Karl MARX, a entendu démontrer, sociologiquement la faiblesse de la propriété et de la famille, en indiquant leurs origines difficiles puisqu'il y avait eu un commencement, il y aurait nécessairement, une fin.

- D'autre part, ajoute-t-on du côté des juristes, la sociologie juridique donne une valeur aux situations de fait au même titre qu'aux institutions juridiques. Elle étudie avec prédilection les situations de fait, et leur accorde autant d'importance qu'aux situations de droit, qu'aux institutions juridiques.

Ainsi, le concubinage sera considéré, aux yeux du sociologue, comme une institution aussi naturelle que le mariage. Du même coup, ne va-t-on pas affaiblir le respect dû à l'institution du mariage ?...

D'une façon plus précise, la sociologie juridique risquerait d'accélérer le processus de désagrégation des règles de droit, des institutions juridiques, en donnant aux sujets de la règle la conscience de sa relative impuissance devant le fait.

Les règles de droit ne sont pas toujours appliquées; il y a dans leur application des pourcentages plus ou moins importants d'ineffectivité. Si les études sociologiques révèlent que la règle de droit est ineffective, cela n'accroîtra-t-il pas les pourcentages d'ineffectivité. Constatant que la règle de droit n'est pas appliquée par tout le monde... les sujets de la règle ne seront-ils pas tentés de se dérober à son application ?... La lumière projetée sur l'ineffectivité aurait alors pour conséquence directe d'augmenter celle-ci.

Toutes les vérités sociologiques, en d'autres termes, ne seraient pas bonnes à dire parce que la connaissance sociologique pourrait agir sur les conduites sociales. Et cela est vrai d'ailleurs, dans toutes les sciences sociales,

par exemple en économie politique aussi bien qu'en sociologie juridique.

Pour éviter une parabole de sociologue américain, il est bien évident que l'opinion que l'on peut avoir sur la marche d'une comète n'aura pas d'influence sur cette marche, mais l'opinion que l'on a sur la solvabilité d'une banque peut avoir une conséquence sur cette solvabilité en déclenchant une panique...

La conscience de l'inflation, peut augmenter les influences psychologiques de cette dernière et, par là même, l'augmenter. C'est un théorème en sociologie générale; on lui donne le nom de "Théorème de W.I. THOMAS", du nom d'un sociologue américain : quand les hommes considèrent certaines situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences, c'est-à-dire que les hommes réagissent, non seulement au caractère objectif d'une situation, mais également à la signification qu'ils donnent à cette situation.

Il y a là un effet psychologique qui est propre aux phénomènes de psychosociologie, et avec lequel la sociologie juridique doit compter.

- b) Trop révolutionnaire au gré de certains, la sociologie juridique serait trop conservatrice pour d'autres.

L'importance que la sociologie donne aux faits peut conduire en effet, à une défiance systématique envers tout changement. La sociologie juridique valorise le fait; du même coup, ne va-t-elle pas engendrer une certaine répugnance aux réformes?... D'une façon plus précise, il est notoire que, pour certains sociologues et psychosociologues, l'idéal serait d'éviter, ou d'épargner, aux sociétés comme aux individus, tout traumatisme psychique.

La grande crainte de beaucoup de psychosociologues c'est que l'on inflige à une société un choc, un trouble psychologique. Une réforme, un changement de législation, voire de jurisprudence, peut déterminer, chez les individus et dans la société, un traumatisme, un trouble psychique, d'où un motif sociologique, psychosociologique pour ne pas agir, pour ne pas réformer.

Cette attitude conservatrice de la sociologie se manifeste, à l'heure actuelle, en face d'un problème dont les ethnologues ont eu à connaître, qui est le problème du développement dans les nouveaux Etats des pays sous-développés, tout spécialement en Afrique Noire. Est-ce que des réformes

seraient souhaitables pour faire accéder ces sociétés à un plus haut degré d'évolution, pour les "occidentaliser" ?... Une certaine occidentalisation de leur droit serait-elle utile à ces nouveaux Etats ?..

Beaucoup d'ethnologues consultés, que ce soit dans les Etats d'expression anglaise ou française ont adopté des positions conservatrices sur ce problème. Ils redoutaient, en toute objectivité, qu'un processus d'occidentalisation trop rapide ne déterminât des traumatismes, des troubles psychiques dans les sociétés considérées. Par contre, les dirigeants de ces Etats, bien souvent, seraient des réformateurs plus hardis. Ils seraient assez volontiers partisans de réformes sans s'embarrasser de considérations psychosociologiques, ne considérant que l'utilité de la réforme en elle-même.

Une autre incidence conservatrice de l'ethnologie a été indiquée par un ethnologue, par M. Claude LEVI-STRAUSS, qui déclare à peu près ceci :

"Quand on a vu, dans les sociétés primitives que l'on étudie, étant ethnologue, tant d'abus fourmiller, et que l'on se dit que, pour ces sociétés, il est nécessaire de maintenir les abus, on s'enlève le droit de combattre les abus de sa propre société. Puisque l'on tolère les abus dans les sociétés primitives en se disant qu'il faut éviter des troubles, des traumatismes dans la marche de ces sociétés, de quel droit viendrait-on combattre les abus dans sa propre nation ?...

Si bien que l'ethnologue adopterait, assez naturellement une attitude conservatrice, non seulement pour les ethnies qu'il étudie, mais à l'égard de son propre droit national.

Si, de l'ethnologie, nous passons à la sociologie des sociétés modernes., des droits modernes, la même attitude conservatrice peut être décelée. La sociologie juridique repose sur un certain déterminisme des phénomènes. Les phénomènes ont des causes, et des causes impersonnelles. Les règles de droit, les institutions juridiques apparaissent comme le produit de certaines forces sociologiques anonymes. Il n'y a qu'à s'incliner devant ce qui est. Nous n'avons pas la possibilité, nous hommes, de modifier beaucoup ces causalités qui nous échappent; de là, un certain fatalisme à l'égard des institutions juridiques,, fatalisme qui peut être la conséquence d'une position sociologique.

Le législateur, va, dans une certaine logique de la sociologie juridique, au fil des événements que déterminent des forces sociologiques, et cela peut aller jusqu'à l'absurde. Un

exemple caricatural, ici encore :

Les spécialistes de ce que l'on pourrait appeler la "sociologie du droit financier" sont arrivés à dégager une loi, - ils la présentent comme une véritable loi d'évolution, une loi historique - la loi d'accroissement indéfini des dépenses publiques. Et, en effet, si l'on dresse un tableau des dépenses budgétaires depuis qu'il existe un budget français, depuis le début du XIXe siècle, même en prenant soin d'y apporter des correctifs pour ramener tout à la même valeur en pouvoir d'achat, on est obligé de constater que, continûment, les dépenses publiques ont augmenté. On a alors érigé en loi que des forces sociologiques irrésistibles conduiraient à un accroissement indéfini des dépenses publiques.

Seulement, il faut voir combien il est facile de passer ici de la constatation sociologique à la conclusion pratique : puisqu'il est irrésistible que les dépenses publiques augmentent, les gouvernants auraient bien tort d'essayer de les diminuer, ce qui encourage, très évidemment, toutes les occasions de dépenses.

C'est un exemple absurde, mais qui montre les dangers, les méfaits que la sociologie juridique peut receler.

Autre méfait : le législateur, en partant de postulats sociologiques, s'adaptera trop facilement aux préjugés.

Il y a eu tout un mouvement législatif, par exemple, pour diminuer la publicité de la reconnaissance de l'enfant naturel. Cela va, à l'heure actuelle, jusqu'à un certain truquage des actes de naissance : l'autorité établit de faux actes de naissance, suivant l'article 68 du Code Civil. Pourquoi ?... La raison sociologique réside dans le préjugé qui règne, dans la société française, à l'égard des naissances illégitimes.

Mais, alors, peut-être aurait-il mieux valu essayer de la combattre, de le dissiper par l'éducation, plutôt que de s'y adapter, en modifiant la loi jusqu'à en faire une dérision de ce qui devrait être l'essence de l'état-civil, c'est-à-dire la vérité.

P A R T I E G E N E R A L E

Je voudrais, dans cette partie générale, traiter d'un certain nombre de phénomènes juridiques, qui ont, d'ailleurs, entre eux un trait commun, c'est que tous se rattachent à la théorie générale du droit objectif, à la théorie des sources du droit.

Ces phénomènes juridiques offrent encore un caractère commun, c'est qu'ils mettent également en question les conceptions que l'on se fait, en droit dogmatique, du droit objectif.

En droit dogmatique, on affirme un certain nombre de propositions, Le principe en est que le droit est un. On peut parler de monisme juridique. C'est aussi que le droit est également partout, ce que l'on pourrait appeler le postulat du panjurisme. Derrière chaque relation sociale, le droit a vocation à surgir. Monisme juridique, panjurisme, ce sont des affirmations du droit dogmatique. Ces affirmations sont mises en cause par les phénomènes juridiques que j'étudierai dans la partie générale.

Ces phénomènes supposent, en effet, des tensions, des conflits, des dissidences et, aussi, des lacunes, des absences à l'intérieur du droit objectif. Ce n'est plus ce bloc homogène et partout présent, doué d'ubiquité, que l'on nous présentait en droit dogmatique. Nous allons y constater des failles et des ruptures.

J'étudierai, dans cette partie générale, en trois chapitres, trois ordres de phénomènes :

- Les phénomènes d'acculturation juridique.
- Les phénomènes infrajuridiques.
- Les phénomènes de non droit.

LES PHENOMENES D'ACCULTURATION JURIDIQUE

Ce mot n'est pas très élégant, ni même très évocateur. Par "acculturation", il faut entendre le passage "ad culturam", le passage à une culture. Voilà l'idée sous-jacente à cette expression forgée en 1880 par l'ethnologue américain POWEL.

L'expression d'ailleurs, n'est pas exempte d'un certain préjugé, et même d'un préjugé ethnocentriste, c'est-à-dire nationaliste, le préjugé que les sociétés dites "primitives", qui adoptent certains éléments des droits dits européens ou occidentaux, passent, accèdent, à une civilisation, - l'idée, par conséquent, que la civilisation est représentée par les systèmes sociaux européens et, en raisonnant en termes de sociologie juridique, par les systèmes juridiques européens.

L'acculturation, c'est donc l'accès des populations dites primitives à une culture de type européen. Plus largement, c'est toute greffe de culture, tout contact de civilisation. Cependant, le terme "contact de civilisation" n'est pas très exact parce que le contact peut se faire sans pénétration. Or, dans l'acculturation, il y a une idée de pénétration. Le terme "greffe de culture", est déjà plus évocateur. Mais comme il est préférable que le vocabulaire sociologique ne soit pas bouleversé au gré de chacun, j'emploierai le terme consacré d'"acculturation".

La bibliographie de l'acculturation en sociologie générale, est importante en langue anglaise; elle commence à se constituer aussi en langue française (voir mise au point de la question: Traité de Sociologie de GURWITCH, Tome **II**, pages 315 et suivantes- article de M. Roger BASTIDE, "Problème de l'entrecroisement des civilisations et de leurs oeuvres").

Les champs d'étude de l'acculturation juridique sont nombreux. Les phénomènes d'acculturation se présentent sous des formes diverses. Nous en trouvons des exemples :

- Dans le passé historique, dans l'Empire Romain : la Constitution de Caracalla en 212, étendit le droit romain à l'ensemble des habitants de l'Empire.

- Dans le monde gallo-romain, après les invasions barbares.
- En Allemagne, au XI^{Ve} et XV^e siècle, avec la réception du droit romain.
- En France, avec les renaissances successives du droit romain
- Dans l'Histoire moderne, avec l'introduction du Code Civil, hors des frontières françaises.
- Il en est également ainsi du processus d'occidentalisation, qui a caractérisé beaucoup de codifications auxquelles ont procédé des Etats de l'Europe balkanique, à la fin du XIX^e siècle du Moyen-Orient au début du XX^e siècle.
- Dans le plan ex-colonial les phénomènes d'acculturation juridique ont également été très fréquents, surtout dans l'Empire colonial français.

La politique coloniale d'assimilation a donné lieu à des phénomènes typiques. En Algérie, le phénomène prit une valeur sociologique particulière : ce n'étaient pas seulement deux systèmes juridiques qui étaient en contact, mais également deux sociétés; et, d'autre part, pour l'Algérie, les textes, les jurisprudences sont plus abondants, plus faciles à connaître, de sorte que l'étude sociologique pourrait être menée plus en profondeur.

- D'autres pays encore donneraient, sous des formes peut-être moins manifestes, lieu à observation de phénomènes d'acculturation juridique: ce sont par exemple : le Canada (province de Québec); la Suisse, qui a été un terrain de rencontre entre des droits d'origine germanique et des droits d'origine latine à l'intérieur de nos frontières, et les trois départements d'Alsace et de Lorraine.

Lorsqu'il s'agit de phénomènes du passé lointain, comme ce fut le cas pour certains phénomènes d'acculturation juridique du Moyen-Age, il n'est pas très facile de les étudier, rétrospectivement. Il peut arriver que les traces directes du passage d'une culture à une autre se soient effacées et que subsistent seulement des témoignages indirects, bien souvent linguistiques.

Quand nous retrouvons dans notre langue, des mots comme "douane" ou "gabelle", nous pouvons conjecturer l'intégration à notre droit, à une période qui se situe à la fin du Moyen-Age, de certains éléments de droit administratif musulman. Ces mots sont d'origine arabe; leur présence dans notre langue française, nous permet de supposer une acculturation juridique par]

tielle, l'introduction d'un trait de droit fiscal administratif musulman dans notre droit fiscal administratif français.

L'étude de l'acculturation juridique est le résultat de deux démarches qui sont allées à la rencontre l'une de l'autre. Les sociologues ont étudié d'abord l'acculturation générale, puis ils ont rencontré des éléments d'acculturation juridique.

Pour les sociologues de sociologie générale, ce qui fut d'un particulier intérêt, c'est surtout une acculturation portant sur les techniques, sur la technologie, sur les modes, sur les moeurs, sur les croyances, sur les religions, sur la langue, mais également sur le droit.

La notion de phénomène social total, a été une sorte d'obstacle théorique, à une étude distincte de l'acculturation juridique. Beaucoup de phénomènes étant conçus par les sociologues comme des phénomènes sociaux totaux, dans lesquels les différents aspects religieux, culturels, morphologiques, juridiques sont tellement imbriqués, tellement indivisibles, qu'on ne peut les séparer pour l'étude.

Néanmoins, l'acculturation juridique avait une sorte de vocation particulière à être étudiée séparément parce que le droit a un caractère de généralité.

Une étude séparée de l'acculturation juridique pouvait se justifier par le caractère d'originalité que ce phénomène présente.

La volonté peut y jouer un rôle particulièrement important. Elle en fait un phénomène séparable des autres formes d'acculturation.

Mais, d'autre part, l'acculturation juridique a fait l'objet d'études de la part des juristes. Sans employer d'abord cette expression, ils avaient eu des contacts avec ce phénomène seulement, la définition du phénomène manquait.

Ainsi, de tout temps, les civilistes ont étudiés l'expansion du Code Civil hors de France et ils se sont préoccupés des réactions que cette expansion avait pu susciter.

Par ailleurs, les spécialistes du droit comparé, ont étudié les phénomènes d'influence, d'imitation de droit à droit, les phénomènes de réception d'un système juridique dans un pays étranger.

Les auteurs qui se consacrèrent; entre les deux guerres, au droit de la France d'Outre-Mer, se préoccupèrent également de la rencontre entre civilisations juridiques qui résultaient du régime colonial, et c'est ainsi que René MAUNIER, qui avait,

enseigné la sociologie coloniale dans un esprit de juriste, se préoccupait de ce qu'il appelait le "clash", la rencontre, le heurt entre civilisations juridiques différentes, la civilisation française et la civilisation des pays d'outre-mer, les civilisations autochtones.

M. Henri LEVY-BRUHL avait étudié, il y a quelques années, ce qu'il appelait "les contacts entre les systèmes juridiques".

Il ne restait qu'à insérer ces recherches dans le concept de sociologie générale, afin de faire ressortir, de façon plus précise, les causes et les effets du phénomène. Toutefois, la distinction de la cause et de l'effet, dans l'acculturation juridique, présente une difficulté spéciale, le droit y est, à la fois, cause et effet dans de nombreux cas.

Si l'on raisonne, par exemple, sur un régime colonial d'assimilation. On constatait, d'une part, la présence d'une norme de législation coloniale qui édictait l'application du droit métropolitain outre-mer, cause, de l'acculturation, mais d'autre ~~part~~ on avait l'adoption effective de ce droit par les populations autochtones, effet de l'acculturation.

Le droit, dans l'acculturation juridique, définit la situation sociale qui explique pourquoi et comment se fait l'acculturation mais, en même temps, il est un des traits culturels qui sont soumis au mouvement d'acculturation, il est, à la fois, cause et objet de l'acculturation.

La distinction de la cause et de l'effet doit donc être envisagée, quand il s'agit de l'acculturation juridique, avec une certaine réserve.

Sous le bénéfice de cette réserve, nous examinerons successivement les causalités et les effets de l'acculturation juridique.

S E C T I O N I

CAUSALITES_DE_L'ACCULTURATION JURIDIQUE

Les phénomènes d'acculturation juridique se situent dans un climat psychosociologique général qui est un climat de communication.

Or, l'existence d'un tel climat n'est pas donné; on pourrait même dire, à certains égards, que le phénomène inverse est plus naturel, une société est fermée à l'égard des systèmes juridiques étrangers.

L'envers de cet esprit de communication, s'appelle, dans la sociologie américaine, "l'esprit d'ethnocentrisme", nous pourrions traduire "l'esprit nationaliste", nationalisme juridique en l'occurrence...

Le nationalisme est un phénomène social total, dont une des faces est le nationalisme proprement juridique. Dans le nationalisme juridique, la société se ferme aux droits étrangers; c'est un mouvement qui est assez naturel à l'homme, comme tout mouvement nationaliste en général.

Il y a, à toute psychologie nationaliste, un substratum quasi physique, quasi physiologique. L'homme, qu'il soit primitif ou évolué, peut être assez spontanément ethnocentriste, nationaliste. Les causes en sont multiples. D'abord, la fatigue mentale du bilinguisme : si l'on identifie nation et langue, il est certain que la communication avec l'étranger qui ne parle pas votre langue est une fatigue mentale qui est rapidement une fatigue physique, d'où un sentiment, un instinct de rétraction devant l'étranger.

On peut citer également la peur de l'inconnu; les Freudiens ajoutent : la force des souvenirs d'enfance, qui nous amènent à nous replier sur le lieu d'origine.

Dans un plan plus strictement juridique, sur un terrain qui intéresse plus directement le droit, il faut dire que les règles de droit peuvent apparaître à l'homme comme une convention, dont il perd la clé s'il entrait en communication avec des étrangers.

Il y a à ce sujet une phrase assez célèbre de KIPLING dans "The Stranger", qui a une résonance pour le droit :

"L'Anglais ment, c'est entendu, mais il ment comme moi.". Ainsi son mensonge n'en est plus un à mon égard, tandis que le mensonge de l'étranger peut être absolument déconcertant pour moi.

Le système juridique est peut-être un mensonge, mais un mensonge dont nous avons la clé quand il s'agit de notre propre système, mais que nous n'avons pas quand il s'agit des systèmes juridiques étrangers. De là cette tendance naturelle au repliement; à la résistance devant l'invasion d'un corps juridique étranger; de là ce sentiment que les lois doivent être nationales.

L'équivalence se trouve dans le plan du judiciaire, et non plus du législatif : c'est la notion du juge naturel.

"Nul ne doit-être distraité de ses juges naturels", dit-on c'est-à-dire les juges de sa nation, les juges qui connaissent ses façons de raisonner.

Et, pourtant, la démarche radicalement inverse existe aussi même chez le primitif; on rencontre notamment, la curiosité, le goût des voyages, le sentiment de la communication, l'ouverture à ce qui est étranger, aux techniques, aux moeurs, aux coutumes, au droit étranger, et, même du fait que ce droit vient du ~~dehors~~, il a souvent plus d'autorité; son extranéité peut lui conférer, dans une certaine mentalité, une force supplémentaire, en l'entourant de mystère.

Il a également, pour lui la nouveauté. Le goût du changement est aussi vif chez l'homme, suivant les moments, que la peur du changement. Et c'est pourquoi, dans l'Histoire, on peut constater comment, des dynasties étrangères ont pu apporter la paix à des peuples turbulents; ou bien pourquoi, sous l'ancien régime, quand il fallait rétablir l'ordre troublé dans un ~~court~~ on faisait venir une abbesse de loin.

Le mythe du législateur étranger apporté par les flots, et qui vient dicter ses lois aux autochtones, est extrêmement répandu dans la série sociologique. Ainsi dans le très ancien droit romain la légende de l'émigré grec Hermodor, qui aurait prêté son concours, aux décemvirs pour la confection des XII Tables.

Dans certaines républiques italiennes du Moyen-Age, il était de coutume que les juges fussent des étrangers. A Lucques, par exemple, ou à Gênes,, la justice était rendue par des ~~docteurs~~ étrangers.

Cette tendance à la communication n'est pas constante; elle est contrebalancée par la tendance inverse, mais, à certains moments, dans l'Histoire des sociétés, elle l'emporte et c'est alors que les phénomènes d'acculturation juridique vont se produire.

Les causes qui vont alors déterminer le phénomène d'acculturation juridique sont diverses et, il peut en résulter une diversité de formes du phénomène d'acculturation.

En sociologie générale, on oppose, de ce point de vue, l'acculturation organisée et l'acculturation spontanée. Cette opposition semble avoir besoin d'être modifiée quelque peu, pour être adoptée au caractère propre de l'acculturation juridique, et c'est pourquoi il convient de distinguer l'acculturation juridique, qui procède de l'autorité publique et celle qui pro-

cède de forces privées.

L'antithèse pourrait évoquer celle rencontrée dans la théorie des sources du droit, entre la loi et la coutume.

Pourtant, il n'y a pas exactement coïncidence entre les deux antithèses; le rôle du juge, dans l'acculturation juridique, semble ressortir à l'acculturation par voie d'autorité, alors qu'en matière de coutume on placerait plutôt le juge du côté de la coutume, par opposition à la loi.

Il faut donc retenir cette opposition de principe entre les deux formes d'acculturation, suivant les causalités: acculturation juridique procédant de l'autorité publique et procédant de forces privées.

§ 1 - ACCULTURATION JURIDIQUE PROCEDANT DE L'AUTORITE PUBLIQUE.

La préparation qui précède l'acte de l'autorité publique, peut être plus ou moins poussée, peut procéder d'une autorité ou d'une autre, peut avoir des modifications variées. Des distinctions sont à faire :

- quant à l'étendue de l'acculturation,
- quant aux intermédiaires,
- quant aux motivations.

A - ETENDUE DE L'ACCULTURATION

Il convient de distinguer l'acculturation globale et l'acculturation partielle- Elle est globale si elle porte sur l'ensemble de la culture juridique; c'est l'introduction en masse d'une culture juridique étrangère dans un système juridique autochtone. La Constitution de Caracalla, en 212, paraît ressortir à ce type d'acculturation globale. Il en est également ainsi de l'introduction de codifications d'origine occidentale et, notamment, du Code Civil suisse dans la Turquie de 1926, par Kemal ATATURK.

A l'inverse, on conçoit des acculturations partielles, même plus fréquemment peut-être, car le perfectionnement législatif peut se faire ainsi par l'appréciation de chaque hypothèse. Après avoir étudié les avantages et les inconvénients d'un élément juridique étranger, on pourra introduire cet élément dans le droit autochtone.

L'introduction du chèque dans le droit français de 1865 ressortit à cette idée d'une acculturation partielle. De même, en 1925, lorsque fut introduite en France, la société à responsabilité limitée.

L'acculturation générale globale est, évidemment, la plus significative du point de vue sociologique; c'est celle qui ré-

pond le mieux au concept d'une greffe de culture, celle qui paraît mettre en question la personnalité de base du sujet.

Cependant, des acculturations partielles, qui porteraient sur des institutions juridiques fondamentales, touchant à l'intimité de la personne, pourraient n'être pas moins significatives que des acculturations globales. Il est bien certain que l'introduction de la monogamie, par exemple, dans un système juridique qui pratiquait, auparavant, la polygamie, bien que soit, si l'on n'envisageait que cette réforme limitée, un phénomène d'acculturation partielle, peut avoir des conséquences psychosociologiques considérables.

Plus généralement, toutes les fois qu'il s'agira de greffer sur une société un trait du droit de la famille emprunté à un système juridique étranger, on pourra induire des transformations assez considérables dans la personnalité de base des sujets.

B - VEHICULES, ORGANES DE L'ACCULTURATION

L'acculturation peut se faire par l'intermédiaire de la loi ou du juge. Elle peut être légale ou judiciaire, selon l'autorité qui sert d'organe, de lieu de passage, à l'élément étranger.

Les exemples les plus frappants d'acculturation sont des exemples d'acculturation légale. C'est sous cette forme que se sont accomplies, le plus souvent, les grandes acculturations juridiques, les acculturations globales, de Caracalla à Atatürk.

D'autre part, la solennité, de l'acculturation par voie législative, l'aspect dramatique de la décision d'acculturation législative peut contribuer à un succès en créant le choc émotif qui est nécessaire pour faciliter l'introduction de l'élément étranger.

Mais l'acculturation juridique peut être également l'oeuvre du juge; même dans des systèmes juridiques où sa décision n'a pas la valeur d'une source du droit, dans un système juridique comme le système français, on conçoit que le juge puisse être l'organe de l'acculturation globale ou partielle. Sans doute, il faudra une série longue et répétée de jugements pour arriver à une acculturation un peu généralisée; on peut concevoir que ce serait une acculturation juridique assez efficace.

C'est ainsi que les juges français en Algérie, qui avaient compétence même dans des procès où étaient intéressés des musulmans, introduisirent dans le droit musulman, en principe applicable aux autochtones, des institutions et des conceptions

de droit français, mais c'était le droit musulman qui était applicable aux musulmans algériens.

Le droit musulman, par exemple, connaît, en principe, non pas le divorce pour faute, le divorce bilatéralement ouvert, comme c'est l'esprit du droit français, mais, un système de répudiation unilatérale et discrétionnaire accordé au mari. Néanmoins, subsidiairement, le droit musulman n'ignorait pas une certaine forme de divorce ouverte même à la femme.

Les juges français, en Algérie, développèrent cette forme, qui n'était que subsidiaire, dans le droit musulman et ouvrirent plus largement le divorce à la femme, en utilisant un concept d'injures, mais en l'assouplissant vers la notion d'injure grave de l'article 232 du Code Civil.

Il y eut ainsi une sorte de francisation de cette forme musulmane de divorce, il y eut ainsi un phénomène d'acculturation juridique par voie judiciaire.

Parallèlement, le droit musulman n'ignorait pas les vices du consentement dans sa théorie du contrat, il connaissait le dol, mais ignorait la lésion. Les juges français, en Algérie, introduisirent une certaine théorie de la rescision pour lésion dans des contrats de droit musulman. Ce fut une sorte de francisation partielle du droit musulman, ce fut un phénomène d'acculturation juridique.

Un exemple tiré de la pratique judiciaire des trois départements d'Alsace et de Lorraine est à souligner.

Si l'on consulte la statistique judiciaire de 1959, on constate - en ce qui concerne les actions, soit en désaveu, soit en recherche de paternité naturelle, soit aux fins d'aliment au profit de l'enfant adultérin, actions qui ont été introduites par la loi du 15 Juillet 1955, article 342 du Code Civil - que le ressort de la Cour d'Appel de Colmar occupe, dans cette statistique, une position en flèche qui demande explication.

Ainsi, pour les actions en désaveu, il y eut 76 demandes accueillies, dans le ressort de la Cour d'Appel de Colmar, sur 1044 pour l'ensemble du territoire français, c'est-à-dire qu'environ 1/14e des actions en désaveu se sont situées dans le seul ressort de la Cour d'Appel de Colmar, alors que, si l'on fait le recensement de la population de ces trois départements, on constate qu'ils ne représentent guère, à eux trois, que le 1/22 de la population française.

En ce qui concerne les actions en recherche de paternité naturelle, fondées sur l'article 342 du Code Civil, il y eut 54 demandes accueillies dans le ressort de Colmar, en 1959, sur

368 demandes accueillies pour l'ensemble eu territoire de la France, c'est-à-dire que **1/7e** des jugements accueillant l'action en recherche de paternité naturelle se situent dans le ressort de cette Cour.

Enfin, pour l'action alimentaire de l'enfant adultérin, il y eut 18 demandes accueillies en **1959**, sur **94** pour l'ensemble du territoire, soit à peu près **1/5e** des actions.

L'origine de ce phénomène n'est pas douteuse : jusqu'à 1924, l'Alsace et la Lorraine ont pratiqué, en matière de désaveu, le système du Code Civil allemand, c'est-à-dire l'action en désaveu librement admise, alors que le Code Civil n'admet l'action en désaveu, que pour des causes spécifiées et relativement étroites.

En 1924, on a introduit en Alsace et en Lorraine la législation française, mais on peut supposer que le juge alsacien-lorrain est sensible à un certain climat venu du droit français et qu'il admet plus facilement, l'action en désaveu, qu'une action librement ouverte. C'est un trait d'acculturation judiciaire.

Il en est de même, pour l'action en recherche de paternité naturelle. Cette action est librement ouverte en droit allemand alors que, suivant l'article 340, elle n'est autorisée que pour des cas spécifiés limitativement.

Enfin, pour l'action alimentaire de l'enfant adultérin, c'est plus net encore. Jusqu'à **1955**, alors que le droit français n'admettait pas, cette action en principe, le droit allemand la permettait, et, sur ce point, on avait maintenu la législation allemande en Alsace-Lorraine.

En **1955**, on a pu l'abroger en considérant que la loi nouvelle donnait satisfaction aux mêmes besoins et, en quelque sorte, que l'action alimentaire du droit allemand pourrait se fondre dans l'action alimentaire de la loi de **1955**.

Mais il y avait, en quelque sorte, un trait de droit allemand qui survivait avant **1955** et qui, depuis **1955** (la statistique est de **1959**) doit continuer à influencer le juge alsacien-lorrain : il est beaucoup plus ouvert à cette action alimentaire de l'enfant adultérin parce qu'il l'a toujours connue: et, également, les justiciables y sont beaucoup plus ouverts parce qu'ils l'ont toujours pratiquée.

Enfin, nous pouvons faire des distinctions suivant les motivations.

C - LES MOTIVATIONS DE L'ACCULTURATION

Ces motivations sont hétérogènes, ce sont des causalités secondes de l'acculturation; elles oscillent entre deux pôles : il y a, d'un côté, ce que l'on pourrait appeler des "décisions rationnelles d'acculturation", des décisions utilitaires. Un législateur, par exemple, ou un juge poursuit une fin de perfectionnement législatif en imitant systématiquement une loi étrangère. Cette loi étrangère, par hypothèse, a fait ses preuves dans son pays d'origine. Le législateur français décide de l'incorporer dans le système juridique français. Si cette acculturation rationnelle porte sur un ensemble d'institutions juridiques on peut parler même d'une politique rationnelle d'acculturation.

A la limite, on peut rencontrer ce que les spécialistes de l'acculturation nomment l'"acculturation planifiée". Il serait préférable de parler d'acculturation scientifique. L'acculturation planifiée, c'est une acculturation qui est décidée par le législateur en vertu d'un plan politique d'ensemble, c'est une acculturation qui est décidée après une étude scientifique, sociologique.

Il existe un autre pôle, c'est la décision, "non rationnelle" d'acculturation, la décision affective, passionnelle, mystique. L'autorité qui décide l'acculturation peut, en effet, obéir à un impératif qui n'est pas un impératif utilitaire. L'acculturation juridique apparaît dans l'Histoire, parfois, comme une décision religieuse. Là où le droit est lié à la religion, l'acculturation juridique peut apparaître comme la conséquence de la conversion, et la conversion ne se rationalise pas.

Le droit musulman, est un droit religieux. La conversion d'une nation, d'un peuple à l'Islam, soit dans la phase d'expansion qui a suivi l'Egire, soit même à l'époque moderne, dans l'Afrique Noire, a été souvent l'origine, la cause d'une introduction du droit musulman, la causalité partant d'un phénomène d'acculturation juridique. Le chef de cette ethnie décidait, parce qu'il avait été lui-même converti, de convertir son peuple à l'Islam et, du même coup, il le convertissait au droit musulman. Donc, il se produisait un phénomène d'acculturation juridique, qui n'était pas du tout la conséquence d'une appréciation technique rationnelle des avantages et des inconvénients du droit musulman.

La christianisation des droits par greffe d'éléments spirituels, d'éléments bibliques, apparaît comme un phénomène plus complexe, et cela vient de ce qu'il n'y a pas un droit chrétien comme il y a un droit musulman. Cependant, à différentes époques de l'Histoire, il y a eu des phénomènes de christianisation du droit : sous les empereurs chrétiens de Byzance, sous les Carolingiens,

puis au moment de la Réforme, dans les pays protestants, par imitation des lois de l'Ancien Testament.

Echappent également à l'ordre rationnel, les phénomènes d'acculturation juridique qui s'expliquent par des décisions nationalistes. Nous retrouvons ici le nationalisme juridique, l'ethnocentrisme, mais sous une forme, non plus défensive, mais agressive; il s'agit d'imposer le droit national à d'autres nations, c'est l'acculturation forcée.

Il y a des phénomènes d'acculturation forcée, qui sont des épiphénomènes de nationalisme juridique. Les législations d'assimilation, à l'époque coloniale, ressortirent à cette idée irrationnelle.

Plus subtilement, en droit international privé, la préférence souvent, est donnée, à la *lex fori*. Cette préférence qu'ont les juges français pour la loi française peut, sans doute, s'expliquer par des raisons pratiques; cette loi est mieux connue du juge; ou même, par des raisons psychologiques : la loi française est celle qu'il est le plus facile au juge de connaître. Mais il y a aussi, à la base de cette préférence, un élément affectif, un élément patriotique, un élément nationaliste que l'homme ne saurait dissimuler.

Cette attitude pratique de nationalisme, d'acculturation forcée par nationalisme juridique n'est pas, cependant, nécessairement incluse dans le nationalisme juridique. Le nationalisme juridique est ambivalent et il faut signaler, l'attitude inverse qui est concevable. Le nationalisme juridique peut, par un processus différent, conduire à la solution inverse, au refus de la loi nationale aux peuples étrangers parce que la loi nationale, doit être réservée aux seuls nationaux.

Le système juridique national peut être conçu, suivant les époques, comme un système clos, un système ésotérique, dont le national seul doit avoir la gloire et, alors, en conséquence, on refusera l'application de la loi nationale aux peuples étrangers.

Le système de la personnalité des lois, à l'époque franque, à l'époque barbare, a été expliqué par ce mécanisme psychologique. Les Germains considéraient que les lois, les coutumes germaniques étaient faites pour les seuls initiés, qu'elles ne devaient pas être appliquées à des étrangers.

2 - ACCULTURATION JURIDIQUE PROCEDANT DE FORCES PRIVEES

"L'acculturation, disent les sociologues, est une acculturation spontanée".

Ce qualificatif a besoin d'être expliqué : il peut être entendu avec des degrés; les forces privées peuvent être des forces instinctives, diffuses, mais elles peuvent être aussi des forces conscientes, volontaires.

Il convient donc d'étudier successivement, les acculturations juridiques diffuses et les acculturations juridiques volontaires.

A - L'ACCULTURATION JURIDIQUE DIFFUSE -

Il se crée dans la société ou, du moins, dans un milieu social déterminé, une sorte de climat d'influence étrangère, d'influence de droit étranger, et c'est ainsi que se manifeste, l'acculturation juridique diffuse.

Cette apparition d'un climat d'influence étrangère peut, d'abord, se produire au niveau des techniciens du droit. Le rôle des Facultés de Droit dans les phénomènes d'acculturation juridique diffuse, est capital. Certaines Facultés, qui ont ou qui ont eu, au cours de l'Histoire, une certaine valeur internationale peuvent avoir un rôle important parmi les futurs techniciens du droit appelés à professer, en pays étranger, l'acculturation juridique nationale.

A la fin du Moyen-Age, le rôle des Universités italiennes dans la renaissance du droit romain à travers toute l'Europe a été très grand. De même, l'Ecole de Droit de Paris a eu, au siècle dernier et, encore, au début de ce siècle, une grande influence sur la formation des juristes des pays d'Europe balkanique ou des pays du Moyen-Orient et, par cet intermédiaire, s'est diffusée l'acculturation juridique française.

Mais c'est également dans des classes non techniciennes, dans des classes sociales dirigeantes, que peut se produire l'apparition de ce climat d'influence étrangère.

Les individus de ces classes sociales - qui économiquement et politiquement ont dans leur pays, la prépondérance - voyagent, reçoivent les voyageurs étrangers, lisent les ouvrages étrangers; ce sont eux qui, psychologiquement, sont les plus aptes à recevoir des changements, à les comprendre, à les moins lier **aux** traditions nationales.

Dans tous les pays, il existe une classe cosmopolite, qui joue un rôle capital dans les phénomènes d'acculturation juridique. Il y a un cosmopolitisme juridique; c'est le phénomène en quelque sorte intermédiaire; dans la production de ces phénomènes d'acculturation juridique.

Au XVIII^e siècle, c'est grâce aux salons parisiens, aux salons cosmopolites, que s'est créé le climat propre à la réception du régime constitutionnel et du régime parlementaire que la Révolution devait consacrer.

A la fin du XIX^e siècle et au commencement du XX^e siècle, c'est également par une élite cosmopolite que le régime présidentiel s'est propagé en Amérique du Sud; c'est une classe cosmopolite qui a procédé à son importation et, probablement, contre la résistance même de la plèbe, qui était peu apte à comprendre ce système constitutionnel.

Les phénomènes d'acculturation diffuse se produisent donc grâce à l'intervention de classes qui, soit techniciennes, soit non techniciennes, se situent, cependant, à un niveau assez élevé dans la hiérarchie sociale.

Mais il est important d'observer qu'il y a des phénomènes d'acculturation de fondateurs de la masse populaire. Ces phénomènes d'acculturation sont, parfois, destinés à rester confinés dans ce qu'il convient d'appeler "l'infrajuridique", dans ce que l'on pourrait appeler le "folklore juridique".

Deux phénomènes, que leur étiquette étrangère dans la langue française, semble bien désigner comme des phénomènes d'acculturation juridique, nous donnent des exemples; ce sont : le boycott et le squatage.

Le boycott, - qui a reçu son nom d'une mise à l'index pratiquée, en Irlande, au XIX^e siècle, contre un propriétaire détesté de ses fermiers - s'est répandu comme coutume ouvrière, en France, au niveau de la masse populaire. C'est la mise à l'index d'un patron parce qu'il emploie, par exemple, des non syndiqués.

Le squatage, d'une époque plus récente, est emprunté à une pratique australienne. C'est une sorte d'intrusion de gens, sans droit, dans des lieux habités. C'est une pratique que l'on avait vue, au début de ce siècle, en Australie.

Voilà, semble-t-il, un phénomène d'acculturation juridique qui s'est produit sans l'intervention des techniciens du droit, sans l'intervention de l'élite, au niveau de la masse populaire.

Toutefois, ces deux exemples, peuvent être discutés. En effet, on pourrait soutenir qu'il n'y a pas eu, dans ces deux cas, transmission de pratique, transmission de règles de droit, de mécanisme juridique ou infrajuridique, mais création parallèle; que ce sont les mêmes causes qui ont produit, en Irlande puis, bien plus tard, en France, en Australie, les mêmes effets. 1/2 c un emprunt à posteriori des appellations étrangères, qui ne serait intervenu que pour couvrir des pratiques qui se seraient créées spontanément en France, si bien que l'étiquette étrangère serait, ici, fallacieuse et ne permettrait nullement, d'un point de vue historique, de conclure à un phénomène d'acculturation juridique. Cela ne pourrait être résolu que par l'étude minutieuse des circonstances historiques dans lesquelles, en France, est apparue la mise à l'index ouvrière et le squatage, dans ces dernières années.

Tels sont les différents niveaux auxquels peut se manifester l'acculturation juridique diffuse.

L'élément étranger peut agir simultanément, quoique de façons diverses, à ces différents niveaux. On peut concevoir une combinaison de l'intervention de chacun de ces éléments que nous avons différenciés et il serait utile de reprendre l'analyse de l'exemple alsacien - cité précédemment - que révèle la Cour d'Appel de Colmar, dans la statistique des actions en désaveu ou en recherche de paternité naturelle ou, encore, des actions alimentaires, fondées sur la loi du 15 Juillet 1955.

Il est effet, vraisemblable qu'à l'origine, dans ces hypothèses, il y a eu acculturation par un acte de l'autorité publique que l'on peut dater historiquement: c'est l'introduction, en 1900, du Code Civil allemand dans les trois départements ex-français. Jusqu'alors, ils suivaient le système du Code Civil, du Code Napoléon de 1804; en 1900 on introduit le système nouveau du B.G.B., c'est-à-dire le désaveu, l'action en recherche de paternité naturelle sans limitation de cause; et, enfin, une action alimentaire au profit de l'enfant adultérin.

On peut donc constater un phénomène d'acculturation juridique par intervention de l'autorité publique. Seulement, ces éléments étrangers, qui avaient été légalement introduits en 1900, ont été, légalement, dogmatiquement, effacés, pour les deux premiers, en 1924, quand la législation française a été introduite en Alsace Lorraine, et, pour le troisième, - l'action alimentaire au profit de l'enfant adultérin, - effacé seulement en 1955, puisque, dans l'intervalle, on avait laissé subsister, en Alsace Lorraine, cette action alimentaire, mais en 1955 elle fut reprise, dans le système nouveau de la législation de l'intérieur et il n'y a plus de particularité, sur le terrain légal, en ce qui concerne les trois départements formant le ressort de la Cour d'Appel de Colmar.

Seulement, cette acculturation de 1900 avait créé, une acculturation juridique diffuse dans la masse, chez les justiciables. Il s'était créé des habitudes de penser à l'égard de ces trois institutions du droit de la famille. Et, également, dans les milieux techniciens, il s'était créé des habitudes de penser favorables, au système du B.G.B. , - si bien qu'à l'heure actuelle, cette acculturation juridique diffuse subsiste et explique comment, dans le ressort de la Cour d'Appel de Colmar, il y a une plus forte proportion d'actions en recherche de paternité naturelle, ou d'actions en désaveu, ou d'actions alimentaires au profit de l'enfant adultérin, parce que les justiciables, au niveau de la masse, subissent cette sorte d'acculturation diffuse, psychologique, résultant de la période intermédiaire. Il y a également un phénomène d'acculturation au niveau des magistrats, qui se traduit par une plus grande facilité à admettre ces actions. Dans le ressort de la Cour d'Appel de Colmar que dans les départements de l'intérieur.

B - L'ACCULTURATION JURIDIQUE VOLONTAIRE

L'acculturation juridique peut résulter de la volonté privée, d'un acte juridique et, spécialement, d'un contrat qui adoptera une combinaison que les contractants ont vue fonctionner à l'étranger ou dont ils ont entendu parler comme fonctionnement à l'Etranger.

Parfois, cette acculturation juridique, demande, à la fois, l'intervention d'une loi, qui a permis le contrat, dans cette hypothèse, et le contrat qui utilisera la faculté légale. La loi, en quelque sorte, introduit l'institution étrangère; seulement, elle ne l'introduit qu'à titre facultatif, si bien que si l'acculturation diffuse, volontaire, ne suivait pas, la loi resterait lettre morte. Il faut que les particuliers se saisissent de cette faculté qui leur est ouverte par la loi et en profitent pour faire des contrats conformes au modèle qui leur est offert à titre facultatif.

La matière des régimes matrimoniaux est propice à des observations de ce genre. Historiquement, la communauté conjugale, d'origine germanique, s'est répandue en Gaule, par des chartes matrimoniales, par la volonté des intéressés.

Au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle encore, la communauté conjugale s'est répandue dans le Midi de la France, dans les anciens pays de droit écrit, qui, pratiquaient, jusqu'à la Révolution, pour régime de droit commun, le régime dotal... Grâce à l'intervention des deux éléments :

Il a fallu, d'abord, une loi permissive. Le Code Civil est venu permettre l'option, pour tous les Français, entre les différents régimes matrimoniaux et, par conséquent, a ouvert aux pays du Midi la voie de la communauté conjugale.

Mais il a fallu, en outre, une acculturation juridique volontaire, il a fallu que les intéressés, les futurs époux ou leur famille, se saisissent de la faculté qui leur était offerte, et adoptent, même dans les anciens pays de droit écrit, ce régime étranger pour eux - de la communauté conjugale.

Et c'est ainsi que s'est produit, ce phénomène d'acculturation juridique qui a peu à peu, éliminé des pays de droit écrit le régime dotal, autrefois régime de droit commun.

A l'heure actuelle, le régime dotal est quasi disparu dans les pays du Midi, qui étaient, originellement, historiquement, son fief.

Un troisième exemple est à citer : c'est celui du Canada où, dans la Province de Québec, beaucoup de contrats de mariage adoptent le régime de la séparation de biens. Il semble que les contrats de mariage là-bas adoptent le régime de la séparation de biens visiblement par une influence de la Common law, par une influence anglaise, alors que le régime historique de Québec serait la communauté conjugale de la coutume de Paris.

S E C T I O N . I I

EFFETS_DE_L'ACCULTURATIONJURIDIQUE

Du contact entre deux systèmes juridiques étrangers et autochtones ou entre le système juridique autochtone et un élément étranger qui vient s'y greffer vont résulter des phénomènes que l'on est en droit de qualifier de "phénomènes juridiques".

A la vérité, ce ne sont pas les institutions juridiques qui entrent en contact, mais les hommes; les institutions juridiques ne sont qu'une réalité conceptuelle. Les hommes intervenant, ce sont des phénomènes psychologiques qui vont servir d'intermédiaire dans ce processus de l'acculturation. Ce qui explique qu'en toute hypothèse, l'acculturation juridique produise des

effets psychologiques, donc, des effets qui se situent au niveau des consciences individuelles.

Il n'empêche que, ces effets, produits dans les consciences individuelles, peuvent, ensuite, se traduire objectivement sur les institutions juridiques elles-mêmes. Il peut-être même logique de commencer par l'effet produit sur les institutions juridiques.

C'est pourquoi, nous étudierons, en deux paragraphes, les effets de l'acculturation juridique sur les institutions et sur les individus.

§ 1 - EFFETS SUR LES INSTITUTIONS.

Il y a un effet principal qui doit être recherché: celui de la destinée de l'élément étranger dans le système juridique autochtone.

Puis, on peut se demander si cet effet principal ne s'accompagne pas d'effets secondaires, mais attachons-nous d'abord, à cet effet principal.

A - EFFET PRINCIPAL DE L'ACCULTURATION JURIDIQUE.

Il s'agit de savoir, si le résultat sera une réussite ou un échec.

Assez fréquemment, on présente la question dans une comparaison tirée du jardinage et l'on parle de "bouture", de "bouturage culturel".

- Le bouturage culturel, dira-t-on volontiers chez les sociologues, en raisonnant surtout dans le plan de l'acculturation générale peut aboutir, soit à l'élimination du trait emprunté de l'élément étranger, soit à son métissage.

Chez les sociologues on n'envisage guère que ces deux options: ou l'échec total, ou une réussite métissée, qui est un demi-échec. Il n'y aurait pas de réussite parfaite, à en croire beaucoup de sociologues, en matière d'acculturation. Un certain jugement de valeur défavorable à l'acculturation n'est pas absent de cette appréciation. A la base, nous pouvons apercevoir un préjugé, un présupposé tout au moins, le présupposé que le droit est déterminé, qu'il est le produit nécessaire de l'histoire et du milieu social, - si bien qu'une transplantation brusque d'un élément étranger d'un milieu à un autre a quelque chose d'anti-sociologique.

La sociologie doit prendre sa revanche et celle-ci se traduira par des déformations de l'élément étranger que l'on a voulu, contre la nature, greffer dans le corps national.

C'est peut-être plus vrai, du reste, quand il s'agit de l'acculturation générale, que lorsqu'il s'agit de l'acculturation juridique. Et, ici, nous retrouvons une spécificité du droit. Il existe dans le droit, une part de volonté, et, une part d'artifice, une part de contrainte, de contrainte réussie. Il est peu sociologique de ne pas en tenir compte.

Donc, il ne faut pas exclure, a priori, aucune sorte d'effet; Ce qui est exact, c'est qu'il faut se défier, en matière d'acculturation juridique, des réussites théoriques. Comme ailleurs, il faut se préoccuper de l'effectivité des règles de droit, même à l'intérieur d'un système juridique national, a plus forte raison quand il s'agit d'une règle de droit d'importation étrangère.

Le rôle que l'on peut attribuer à la volonté humaine dans l'acculturation juridique ne signifie pas, d'ailleurs, que la réussite de cette sorte d'acculturation soit, le fait du pur hasard. Il est possible d'isoler des facteurs habituels de cette réussite. On peut pronostiquer que l'acculturation juridique réussira mieux dans certains cas que dans d'autres.

Les facteurs de réussite sont nombreux. Il faut tenir compte d'abord, de l'homogénéité ou de l'hétérogénéité des milieux, des civilisations juridiques qui sont en contact. Il est évident qu'une greffe juridique réussira mieux, entre deux civilisations juridiques homogènes voisines, qu'entre deux civilisations juridiques hétérogènes, et dissemblables.

Il faut, en second lieu, tenir compte de l'ouverture plus ou moins grande de la civilisation juridique de réception. Il y a des civilisations juridiques, des milieux sociaux, qui sont plus largement ouverts et d'autres qui sont clos. Il y a des sociétés qui sont tellement intégrées qu'elles se ferment à toute importation étrangère. Il en est d'autres, au contraire, qui sont moins structurées, plus ouvertes, sur lesquelles, par conséquent, une greffe, a priori, doit mieux réussir.

C'est pour cette raison, qu'en général, l'acculturation juridique réussit mieux en milieu urbain qu'en milieu rural.

Il faut, en troisième lieu, noter que l'acculturation juridique se produira plus facilement comme conséquence d'une acculturation générale. Si l'acculturation juridique est un phénomène isolé, elle aura plus de peine à réussir que si elle est la conséquence d'une acculturation qui porte sur un ensemble culturel.

L'acculturation juridique réussira mieux si elle est la suite d'une acculturation générale qui a précédé, si les moeurs ont commencé déjà à s'accommoder à des influences étrangères.

Enfins les mécanismes juridiques généraux peuvent aider à l'acculturation d'institutions juridiques particulières ; une institution juridique de droit privé, sera plus facilement greffée si, le cadre de droit public de la nation d'importation a déjà été modifié sous l'influence étrangère.

Raisonnons sur l'exemple du divorce et de son introduction en Espagne en 1932, avec l'avènement de la République : c'était la greffe, d'un élément étranger emprunté à des systèmes juridiques laïcs ou à des systèmes juridiques de pays protestants. Cette greffe, aurait pu réussir, si le régime républicain avait survécu, mais, le cadre juridique républicain disparaissant, sa chute devait, à peu près nécessairement, entraîner l'élimination de ce greffon de droit privé venu de l'étranger.

Le jeu de ces différents facteurs, pourra aboutir à des résultats variables, difficiles à pronostiquer. Il y a trois ~~grands~~ types d'effets de l'acculturation juridique, deux extrêmes: l'acclimatation parfaite et l'élimination totale, et un intermédiaire, qui est la synthèse ou le métissage.

Premier type.- L'acclimatation parfaite, c'est-à-dire la totale réussite de l'acculturation juridique.

Compte tenu d'une vérification préalable de l'effectivité des règles juridiques étrangères, la réussite parfaite, est rare en matière d'acculturation juridique.

Néanmoins, il en est des exemples: le droit romain s'est bien introduit en Gaule et, plus généralement, dans les provinces de l'Empire romain. Sans doute, nous pouvons apercevoir les facteurs favorables à cette acculturation juridique globale, massive d'une part, le cadre de droit public de l'Empire romain; puis, surtout, l'acculturation de base, dont l'acculturation juridique n'a été, qu'une conséquence. L'acculturation juridique a suivi une acculturation générale.

Les facteurs favorables sont donc parfaitement décelables, le résultat n'en est pas moins certain: ce fut une acculturation juridique réussie dans l'ensemble.

Un autre exemple nous est donné par la communauté conjugale qui, au XIXe siècle et au XXe siècle, s'est introduite dans le midi de la France et a peu à peu refoulé le régime dotal autochtone. Or, nous pouvons constater que la communauté conjugale s'est acclimatée dans les anciens pays de droit écrit sans y subir de métissage, sans y subir d'altération. La communauté con-

jugale, qui est pratiquée dans le Midi, est celle qui est pratiquée dans le Nord. Un facteur favorable et, assez précis, a **joué** ici dans le sens d'une acculturation juridique parfaite: savoir l'unité de jurisprudence résultant de la présence de la Cour de Cassation, clé de voûte d'une organisation judiciaire commune aux anciens pays de coutume et aux anciens pays de droit écrit.

Par là, l'acclimatation a été portée à sa perfection de droit formel.

A l'opposé, nous pouvons envisager l'élimination radicale de l'élément étranger; c'est l'échec total de l'acculturation. L'institution juridique venue de l'Etranger est sentie comme un corps étranger dans le système juridique national et, à la première occasion politique favorable, elle sera expulsée;

A la chute de Napoléon, en 1814, le Code Civil, qui avait été introduit par le pouvoir impérial dans les différents Etats de l'Italie, fut éliminé d'enthousiasme. L'état-civil, le mariage civil, le divorce, le principe du partage égal des successions étaient des implantations étrangères apportées par l'envahisseur, et à ce titre étaient honnies dans ces pays.

Parfois on assiste, non pas à une élimination à posteriori, mais à une résistance qui, dès le principe, s'oppose à la réception de l'élément étranger. L'institution étrangère, parce qu'elle est étrangère, n'arrive pas à prendre place dans la pratique.

Le législateur, par une loi du 12 Juillet 1909, voulut introduire en France ce qu'il appela le "bien de famille insaisissable", qui était le décalque d'institutions juridiques étrangères et, notamment, du "home state" anglo-américain, mais le home state avait une consistance sociologique dans les pays d'où il était originaire; en France, il n'a pas réussi à s'implanter.

C'était une institution facultative, qu'il **était** loisible aux intéressés de déclancher **ou** de **ne** pas déclancher. **Ils** n'y ont pas recouru. L'institution a dérouté, a déconcerté, a paru étrangère.

Certains phénomènes d'ineffectivité, que l'on constate dans la législation moderne, s'expliquent ainsi comme des **échecs** d'acculturation juridique.

Mais, bien souvent, c'est à un degré intermédiaire **que** se situera l'issue de l'acculturation. **Il** n'y aura ni **la réussite** parfaite, ni l'échec radical: il y aura, une synthèse **ou** un **métissage** entre les deux éléments juridiques en présence, **l'étranger** et le **national**.

"Synthèse", "métissage", on emploie **les deux expressions**,

suivant les cas, et il y a un jugement esthétique qui est jacent sous l'une et l'autre expressions.

La synthèse a quelque chose d'harmonieux et, dans les cas favorables, on dira qu'une synthèse s'est opérée entre l'élément étranger et le système juridique national. C'est ainsi que, suivant DURKHEIM, la formation de la famille conjugale moderne, serait une synthèse de la famille patriarcale romaine et de la famille germanique.

Dans la famille germanique, le rôle de la femme était plus important, que dans la famille patriarcale romaine.

La greffe de la famille germanique sur la famille patriarcale romaine aurait donné la famille conjugale des sociétés contemporaines. Ce serait un exemple d'une synthèse favorablement appréciée.

D'autre part, on parle plus fâcheusement de "métissage". Il se produit une déformation plus ou moins accentuée de l'élément juridique étranger, sous l'influence des autres institutions juridiques hétérogènes. L'ensemble des institutions juridiques nationales finirait par influencer, par déformer, l'élément étranger.

Dans le plan du droit public, un exemple est souvent cité: c'est celui du système présidentiel des Etats-Unis d'Amérique qui, transporté en Amérique du Sud, a donné des résultats assez abâtardis.

Plus près de nous, introduite en France comme un décalque d'une institution germanique, la société à responsabilité limitée subit une déformation. Il existe, dans notre pays des petites sociétés à responsabilité limitée sans surface, des sociétés à responsabilité limitée, fantomatiques, qui servent de paravent à des individus qui veulent faire du commerce, en réalité sous leur nom pour leur compte, mais qui ne veulent pas le faire avec une responsabilité complète;

Cela ne semble pas se voir en Allemagne, mais en France c'est peut-être une déformation de cet élément étranger auquel les moeurs commerciales françaises ont imposé un certain gauchissement

Nous trouverions dans l'Histoire d'autres exemples, peut-être plus frappants, plus généraux de ces déformations, de ces métissages. Si par exemple certaines provinces de l'Empire romain témoignent d'une acculturation juridique parfaite force est bien de constater que dans d'autres, le droit romain s'est mélangé aux coutumes locales et a fini par former ce que les historiens du droit appellent le "Vulgarrecht", le droit vulgaire, où il est extrêmement difficile de retrouver la pureté du droit romain.

Nous trouvons un phénomène de métissage semblable en ce qui concerne le droit musulman. Ce droit a été transporté dans des pays extrêmement dissemblables au point de vue géographique, climatologique, sociologique. On peut, par conséquent, conjecturer que ce droit, qui avait été fait pour un milieu sociologique donné, n'a pu s'adapter à d'autres milieux sociologiques qu'au prix de déformations et, effectivement, il s'y combine avec des coutumes locales, ce que, dans la théorie du droit musulman, on appelle les "lois Doerf".

Il s'opère ainsi un divorce entre le droit musulman théorique et le droit effectif des pays musulmans. Cette discordance entre la théorie et la pratique représente le métissage qui a été le prix d'une acculturation juridique.

Tel est l'effet principal.

3 - LES EFFETS SECONDAIRES

L'acculturation juridique, qu'elle soit promise à l'échec ou à la réussite, peut déterminer certains phénomènes seconds dans le milieu social, certains troubles, dans la société. Il y a une pathologie de l'acculturation juridique comme de l'acculturation en général.

Déjà, au début de ce siècle, quelques juristes balkaniques, des Roumains notamment, avaient relevé des effets pathologiques résultant de la transplantation sans précautions du Code Napoléon ou, plus exactement, d'un code calqué sur le Code Napoléon.

Certains juristes roumains notaient que cette transplantation avait eu des effets pathologiques.

C'est ainsi que notre système successoral de partage égal avait entraîné la dissolution de communautés familiales traditionnelles dans ces pays. L'article 815 du Code Civil, avait semé le plus grand trouble. Un sentiment d'insécurité avait été la conséquence de cette introduction d'un système juridique étranger.

En outre, ce droit d'importation étrangère, faisant appel à des mécanismes généraux étrangers, était un droit ésotérique, incompris de la masse; la masse ne pouvait pas pénétrer ce système juridique qui répondait à tout un système de concepts qui était le système français mais qui n'était pas le système de ces pays traditionnalistes.

Cet état de chose avait fait surgir, pulluler une classe de juristes plus ou moins besogneux, et, les procès, s'étaient mis à foisonner.

Nous trouvons une donnée importante dans une politique

d'acculturation juridique: **il** faut soutenir les mesures d'acculturation par un effort d'information et d'éducation du public. Il ne faut pas sous-estimer les effets pathologiques qui peuvent accompagner l'introduction d'un élément étranger dans le système national; **il** ne faut pas non plus, exagérer l'importance de ces phénomènes pathologiques ou sacrifier toute ambition de progrès au désir d'éviter des traumatismes.

Nous retrouvons **ici** un conflit de valeurs: d'un côté, éviter les traumatismes, éviter les troubles psychiques à la société et, à l'individu; ou renoncer à tout progrès, afin d'assurer à la société une parfaite tranquillité psychique.

Il est certain que l'introduction d'éléments étrangers dans le système national est, souvent, la rançon inévitable du progrès. Avec une société fermée à toute influence étrangère, on évitera les troubles psychiques, mais cette société ne finira-t-elle pas par péricliter, dégénérer, faute d'apports extérieurs?... Il y a là, un conflit de valeurs dont il faut être conscient.

§ 2 - EFFETS SUR LES INDIVIDUS

Aux yeux de certains auteurs en sociologie générale, il n'y aurait d'acculturation véritable qu'autant que l'intérieur de la personnalité des individus considérés, se trouverait transformé par le phénomène.

- L'emprunt d'un trait culturel de l'extérieur, sans modification interne, serait, disent-ils, une diffusion, non pas une véritable acculturation. La véritable greffe de l'élément étranger ne peut se traduire que par une modification de la "psukhé" de l'individu.

Le postulat, quand on recherche ces transformations intérieures résultant de l'acculturation juridique, est qu'il existe une psukhé déterminée, pour chaque individu, par sa nationalité, par son appartenance, à une société donnée.

En d'autres termes, il existe une psychologie nationale; la culture propre à une société donnée façonne, d'une certaine manière, la conscience des individus composants.

Ce postulat de la psychologie nationale a revêtu chez les sociologues des formes variées :

Il y a la forme ancienne, un peu littéraire; c'est celle dont on parle dans l'expression consacrée, la psychologie des peuples.

Il y a un secteur d'études sociologiques, psycho-sociologiques, que l'on appelle la "psychologie des peuples". Il a été spécialement illustré par un juriste sociologue Allemand du début de ce siècle, Guillaume WUNDT, qui a laissé un ouvrage intitulé "la psychologie des peuples", (Völkerpsychologie), et il a fait école. Il y a, en France même, ce l'on appelle l'"Institut Havrais de Psychologie des peuples"; une organisation animée par un sociologue M. MIROGLIO.

Il y a une forme plus moderne que l'on appelle "la personnalité de base", ce concept, élaboré par une école américaine dite "de l'anthropologie culturelle", Ecole dont le grand nom est "KARDINER".

Les thèses de cette Ecole ont été répandues en France, par un sociologue, dans sa thèse de doctorat, M. Michel DUFRENNE; cette thèse porte le titre "De la personnalité de base, c'est une thèse de Lettres, Paris, 1953.

Le concept de la personnalité de base est un concept fondamental de l'anthropologie culturelle américaine, et le postulat en est qu'il y a dans l'individu une personnalité de base qui ne change pas ou, du moins, qui ne change que très lentement, et qui est déterminée par tout un ensemble de facteurs culturels, appartenant à son ethnie, appartenant à son milieu social.

Ces concepts de psychologie des peuples, de personnalité de base peuvent-ils être traduits en termes juridiques?...Pouvons-nous dire qu'il y a une psychologie juridique nationale, une personnalité de base déterminée par le droit national et non plus par l'ensemble des facteurs culturels?...

On a souvent soutenu qu'une personnalité de base serait façonnée par le droit, et de cette opinion, il existe ce que l'on pourrait appeler une forme naïve. Il n'est pas rare que l'on oppose les peuples sous le rapport de leurs attitudes à l'égard des problèmes du droit, sous le rapport de "leur comportement juridique".

C'est dans cet esprit qu'on dira, par exemple, que l'attitude du latin et celle du germanique, devant l'institution du contrat, n'est pas identique. Le latin adopte, à l'égard du contrat, une attitude rigide, une attitude "fixiste".

Le contrat ne peut être modifié une fois qu'il est conçu, tandis que les esprits germaniques s'accommoderaient en cette matière, d'une révision, d'une mutation du contrat en transposant la notion philosophique du "werden".

Le contrat serait susceptible de devenir, d'après la mentalité germanique et l'on s'explique que la théorie de l'imprévision ait été admise, alors qu'au contraire les droits latins

l'ont, en principe, repoussé.

Cette attitude du fixisme latin en matière de contrat, est quelquefois présentée par les latins avec une certaine complaisance, dans son opposition aux trop grandes facilités que le droit germanique donnerait à la révision des contrats et des traités internationaux.

Cependant, il faut admettre dans un plan scientifique, qu'en ce qui concerne certaines institutions juridiques de grande envergure, le droit peut, arriver à modeler la mentalité des individus.

Si l'on raisonne sur une construction juridique comme celle de la famille patriarcale, on constate que cette institution est globale, contraignante, qu'elle enveloppe toute la vie de l'individu, la soumission au père, la recherche de ses faveurs.

On s'explique parfaitement que la conscience et aussi l'inconscience des individus puissent être modelés par le droit, et que dès lors un phénomène d'acculturation juridique se produise.

Il est permis de présumer qu'il aura son effet sur la psychologie des individus, et par voie de conséquence, sur leur personnalité, que leur personnalité de base pourra être modifiée lentement; mais il n'est pas interdit de poser en thèse, que toute modification, que l'acculturation juridique apportera dans l'institution, se traduira par des modifications au niveau des individus, au niveau de la psychologie des individus.

Nous avons à nous préoccuper de savoir si l'acculturation juridique produit l'effet principal que l'on peut à première vue lui assigner, et en seconde ligne, si elle ne produit pas des effets secondaires.

A - L'EFFET PRINCIPAL

Comme précédemment au niveau des institutions, il convient de poser la question de la réussite, de l'efficacité de l'acculturation au niveau des individus.

L'individu va-t-il être changé par l'acculturation juridique?

A priori, par voie de raisonnement théorique, on peut conjecturer qu'il sera plus facile de changer les institutions que de changer les hommes.

On pourrait conjecturer également que le changement de la psychologie des individus sera plus facile, et aussi plus

rapide, dans les secteurs du droit, dans les secteurs de l'acculturation juridique, qui concernent des institutions techniques, que dans les secteurs qui concernent des institutions juridiques liées aux moeurs.

Par exemple, nous pourrions admettre, toujours de cette manière théorique, que l'introduction du chèque dans le système juridique français en 1865, a assez facilement transformé la psychologie des usagers des moyens de paiement en France, la psychologie des milieux d'affaires, et réciproquement, que des phénomènes d'acculturation juridique, qui ont pu se produire en France relativement au droit de la famille, ont changé moins profondément, ont changé moins rapidement la psychologie des intéressés.

A l'inverse, la loi du 13 Juillet 1907 sur les biens réservés de la femme, est une loi qui est toujours en vigueur, mais qui, à l'heure actuelle, a été transfusée dans les articles 224 et suivants du code civil, sur le libre salaire, sur les biens réservés de la femme mariée.

Or, cette institution des biens réservés de la femme, a été empruntée en 1907 par le législateur français à une institution du type germanique.

C'est donc un phénomène d'acculturation juridique d'une petite portée sans doute, mais ressortissant bien à la notion qui s'est produite en France en 1907.

Or, il est vérifiable que l'institution des biens réservés, n'a que très lentement transformé la mentalité des français, - la remarque en a été faite depuis 1907. Cette institution n'a pénétré que très lentement, dans la pratique.

Les femmes exerçants des professions séparées n'ont pas agi, pour la grande majorité d'entre elles, avec la conscience des biens réservés.

Cela n'a pas pénétré dans la "psyché" des femmes mariées françaises, ni dans la conscience des établissements bancaires français, si bien que l'institution s'est trouvée dans la pratique, paralysée par une sorte de refus mental.

Les institutions ont été modifiées, les textes aussi, mais la psychologie des individus n'a pas changé en conséquence.

Une autre vérification de cette opposition peut être faite entre les secteurs techniques du droit et les secteurs du droit familial, les secteurs liés davantage aux moeurs.

Cet exemple est emprunté à l'Algérie.

"Le Sénatus Consulte" de 1855 et la loi du 4 Février 1919, avaient introduit l'institution dite de la naturalisation, plus exactement de l'accession des musulmans algériens à la citoyenneté.

En vertu de ces textes, les musulmans d'Algérie pouvaient demander leur accession à la pleine citoyenneté française, à condition de faire abandon de leur statut personnel musulman.

Le statut personnel, sur le terrain notamment du droit matrimonial et du droit successoral, avait été maintenu aux musulmans algériens, mais en vertu des textes précités, ils pouvaient y renoncer pour adopter, le statut civil français, ce qui avait du reste un avantage, c'est qu'ils acquerraient du même coup, la totalité des droits civiques et politiques des français de la métropole.

En fait, l'institution fut rarement utilisée, et en 1936 **il** n'y avait guère que 8.000 naturalisés, sur cinq millions de musulmans.

Or, et c'est **ici** que le phénomène d'acculturation juridique intervient, l'expérience judiciaire montrait que très souvent ces musulmans algériens qui avaient acquis la citoyenneté française, continuaient à se comporter comme s'ils étaient toujours soumis aux statuts musulmans coraniques, notamment, il n'était pas rare de constater que certains de ces musulmans, citoyens français, pratiquaient la polygamie, la répudiation unilatérale, conformément aux normes du droit musulman.

Ils avaient recours spontanément aux jugements musulmans, et non aux tribunaux français, aux tribunaux réservés aux citoyens français pour leurs procès et aussi pour la réception de leurs actes, si bien que les tribunaux avaient été amenés à en tirer certaines conséquences; ils s'étaient refusés notamment à étendre les effets de l'accession à la citoyenneté, aux enfants mineurs du naturalisé, afin, disaient-ils de ne pas multiplier les français inconscients.

Cette formule mérite d'être retenue : " les français inconscients", c'est-à-dire si nous transposons en terme d'acculturation juridique, les acculturés inconscients pour lesquels l'acculturation n'avait pas pénétré dans la psyché. C'était la constatation d'un échec de l'acculturation au niveau des individus

- EFFETS SECONDAIRES DE L'ACCULTURATION

Au niveau des individus, l'acculturation juridique est un échec, mais un échec de caractère- ce que l'on peut traduire

par des traumatismes.

On a pu parler de traumatismes, de troubles psychiques provoqués par l'acculturation juridique, c'est ainsi par exemple que, la renonciation aux statuts coraniques était sentie par les musulmans comme une abjuration, étant donné le caractère religieux du droit musulman, les liens de ce droit avec la confession.

Le fait de renoncer au droit civil musulman, pouvait être éprouvé comme un changement de religion.

Sans doute, la doctrine et la jurisprudence française avaient multiplié les présentations, les précautions oratoires pour présenter laïquement, cette renonciation au statut du personnel musulman.

Il n'empêche que cela crée une sorte de déchirure dans la psyché des intéressés. Il y en a des exemples remarquables.

Je vous en citerai un, parce qu'il a émergé à l'actualité judiciaire et donna lieu en définitive, à un arrêt de la Cour de Cassation en 1923, et rapporté à la revue algérienne de 1924, page 239.

Un musulman de la classe supérieure (il était avocat, conseiller municipal, conseiller général), avait acquis la citoyenneté française et il avait voulu épouser une jeune musulmane de quinze ans.

Remarquez déjà dans cette étude sociologique de l'arrêt, un certain décalage entre l'acculturation juridique et l'acculturation psychologique.

Le frère de sa future s'était opposé au mariage parce qu'il paraissait être un mariage avec un renégat. Il ne faisait pas le débat entre le changement de statut personnel et le changement de religion, si bien qu'il y eût toute une série de procès civils entre la famille **de** la future et le futur.

Le mariage a fini par avoir lieu, mais le frère et un autre parent blessèrent grièvement le nouvel époux à coups de revolver et vous voyez par conséquent que ce problème, que ce phénomène d'acculturation juridique aboutit à un véritable drame. La déchirure déterminée par l'acculturation juridique se matérialise dans un drame!

Ce phénomène, cet effet du phénomène d'acculturation au niveau des individus, s'explique assez facilement; on en voit bien les causalités; des modèles normatifs multiples font co-exister dans la psychologie des individus, vont se concurrencer

et entrer en lutte dans la psychologie des individus et cette concurrence se traduit et aboutit à des conflits.

L'idée de la sanction attachée au droit se trouve affaiblie au niveau des individus lorsque l'un des éléments en présence est **un** élément étranger.

Il se produit de la part de l'individu une réinterprétation de la règle de droit autochtone; la règle de droit venue du dehors, grevée sur la règle de droit autochtone, affaiblit la sanction de celle-ci.

Elle amène d'autre part, éventuellement, une réinterprétation de la règle de droit autochtone, mais en la réinterprétant, en lui donnant une nouvelle forme.

On cite chez les spécialistes de l'acculturation, ce phénomène de réinterprétation de la règle de droit, l'introduction de la monogamie dans des sociétés d'origine africaine qui, originellement étaient des sociétés polygamiques.

Cela va aboutir à une réinterprétation de la polygamie africaine; cela va aboutir à une pratique de maîtresses multiples.

De même, au niveau de la sociologie religieuse, le polythéisme africain est réinterprété assez souvent par le culte des saints.

Les phénomènes de l'acculturation juridique peuvent produire, au niveau des individus des effets pathologiques, que l'on peut rattacher déjà à une idée de pluralisme juridique. La concurrence entre deux systèmes juridiques peut causer un traumatisme.

Cette notion générale du pluralisme juridique va être étudiée dans une seconde série de phénomènes: les phénomènes infra-juridiques.

LES PHENOMENES INFRA-JURIDIQUES.

On parle en sociologie générale de sous-droit, en liant l'existence du sous-droit à l'existence de ce que la sociologie générale appelle des sous-cultures, ou encore des sub-cultures.

On entend par sous-culture et sub-culture, la culture caractéristique de certains groupements ou de certaines classes qui affirment leur réalité à l'intérieur de la société globale. Si nous transposons dans des termes juridiques la Nation, l'Etat, la Société globale a une culture ; certains groupements à l'intérieur de cette société ont une culture propre qui est une sous-culture.

Nous voyons donc apparaître une opposition entre la société globale et les groupements particuliers.

Cette opposition est inévitable, les phénomènes infra-juridiques sont inséparables de la notion de groupement particulier.

Les groupements particuliers n'ont pas nécessairement une consistance juridique et ne sont pas nécessairement dotés de la personnalité morale.

Ce serait une grave erreur d'identifier la notion de groupement particulier avec la notion juridique de personnes morales de droit privé.

Cette opposition n'est pas suffisante à rendre compte des phénomènes infra-juridiques.

Il ne suffit pas en effet, qu'un droit soit le droit d'un groupement particulier, pour qu'il constitue du sous-droit.

Les statuts d'une société anonyme, pour prendre cet exemple, constituent des phénomènes juridiques parfaitement juridiques; ce n'est pas l'infra-juridique d'une société anonyme, c'est le droit, mais c'est le droit d'un groupement particulier.

Ces statuts de la société anonyme participent de la force juridique inhérente au droit de la société globale.

On peut expliquer cela en employant la notion juridique de délégation; on peut dire, que ce droit est une délégation des corporations, des sociétés anonymes, une délégation du droit

étatique; tout rentre ainsi dans l'ordre, mais, nous ne sommes **pas** en présence de sous-droit, de phénomènes infra-juridiques, bien qu'il s'agisse ici de groupements particuliers,

Dans l'idée de phénomène infra-juridique, il entre en **effet** d'autres idées que celle qui est impliquée par l'existence des groupements particuliers.

Il entre une idée d'imperfection des phénomènes infra-juridiques.

Cette imperfection peut être recherchée dans différentes directions.

On peut d'abord se demander si l'imperfection des phénomènes dits infra-juridiques ne tient pas à l'absence de sanction.

Il est assez naturel de chercher du côté de l'absence de sanction; dans nos catégories historiques de droit, de lois, il existe une notion "de lege imperfecte" qui nous vient de la théorie romaniste. Ce sont des lois sans sanction.

On conçoit assez bien que le phénomène infra-juridique soit vu imparfait, parce que c'est un phénomène de droit sanction, le sous-droit est un droit sanctionné, - encore que la sanction soit une sanction diffuse-.

C'est le caractère de sanction diffuse qui pourrait servir de critère à la notion de phénomène infra-juridique; il n'y a pas absence de sanction; il y a un caractère particulier de la sanction; elle peut consister dans la réprobation du milieu intéressé.

Si une règle infra-juridique est violée par l'un des membres de ce milieu, une réprobation du milieu se produit et cette réprobation peut être une sanction efficace.

C'est, pourrait-on même ajouter, une sanction très différente de la sanction du phénomène juridique, parce qu'elle manque de ce que l'on pourrait appeler la "judiciarité" en cas de violation de la règle de sous-droit.

Il ne se produira pas ces phénomènes de procès de content qui sont significatifs des phénomènes juridiques.

Ce n'est pas la présence - ou l'absence de sanction qui peut déterminer la distinction entre le juridique et l'infra-juridique.

On peut se demander en second lieu, si ce n'est pas l'absence de formulation écrite qui caractérise les phénomènes infra-juridiques; le sous-droit serait un droit essentiellement oral; mais là

non plus le critère n'est pas décisif.

Nous savons qu'il y a des droits parfaits, qui ont un **ca-**
ractère d'oralité.

Le droit coutumier est nécessairement un droit oral, et
pourtant, nous sommes en présence d'un phénomène juridique **par-**
fait, et non pas d'un phénomène infra-juridique.

Néanmoins, dans les phénomènes infra-juridiques, la règle
a une expression imparfaite.

L'expression de la règle est plus imparfaite dans les phé-
nomènes de sous-droit que dans **les** phénomènes de droit.

Nous avons à faire à une oralité, en quelque sorte, plus
incertaine que l'oralité du véritable droit coutumier, et sur-
tout, la règle aura une formulation qui n'aura pas toujours le
caractère impératif que nous sommes habitués à connaître dans
les phénomènes juridiques.

Une troisième idée de critère pourrait nous diriger et nous
orienter vers le concept d'Etat, ou pour parler peut-être plus
sociologiquement, vers le concept de sociétés globales. Nous **re-**
trouvons **ici** l'opposition entre la société globale et les grou-
pements particuliers.

On pourrait être tenté de dire que dans les phénomènes
juridiques, il y a une intervention de l'Etat et que dans **les**
phénomènes infra-juridiques, il n'y **a** pas d'intervention **de**
l'Etat.

Cependant, **le** droit d'un groupement particulier **peut-être**
un droit parfait. Ce n'est donc pas uniquement l'opposition **entre**
le groupement particulier **et la** société globale qui peut fournir
un critère.

Ce qui est plus exact, c'est l'idée **d'une intervention de**
l'Etat dans **le cas de la** société anonyme **par exemple ; on peut**
apercevoir une délégation du droit, donc une intervention au se-
cond degré de l'Etat, tandis que le sous-droit nous **apparaît**
comme ayant une formation spontanée **au sein du** groupement **parti-**
culier, sans aucune intervention de l'Etat, plutôt que l'**oppo-**
sition -Etat-groupements particuliers, sociétés globales-**grou-**
pements particuliers, **c'est l'idée d'une** formation spontanée à
l'intérieur des groupements particuliers qui **mériterait d'être**
retenue.

Il faut peut-être combiner ces différentes **données sans,**
du reste, se dissimuler la difficulté **de toujours faire le dé-**
part entre **la notion** du juridique et **la notion de** l'infra-juridique,

On pourrait définir les phénomènes infra-juridiques comme des phénomènes de droit coutumier oral, local, restreint, privé, c'est-à-dire non étatique, spontané.

Cependant, l'autonomie même du concept du phénomène infra-juridique, est menacée de deux côtés.

Il est menacé d'abord par certains sociologues qui pensent que les phénomènes infra-juridiques sont, au fond, des phénomènes juridiques.

Ils ne font pas de différence entre le véritable juridique et ces phénomènes que l'on peut constater, dans les groupements particuliers, notamment Monsieur GURVITCH, le théoricien du pluralisme juridique, ne paraît pas faire la différence entre les phénomènes coutumiers qui peuvent surgir, par exemple à l'intérieur d'une classe sociale, et qui sembleraient à beaucoup d'autres, des phénomènes de sous-droit, et les phénomènes de véritable droit.

Pour lui, le droit peut apparaître dans une multiplicité de foyers, avec des intensités variables.

A la vérité, c'est probablement une extension trop sociologique de la notion de droit, et il paraît plus raisonnable de mettre à part ces phénomènes rudimentaires qui surgissent à l'intérieur des groupements particuliers.

Une autre difficulté consistera à distinguer ces phénomènes infra-juridiques, des phénomènes de moeurs.

Toutes les relations sociales ne sont pas des relations juridiques; toute la vie sociale ne se traduit pas en droit. On admet qu'il y a des règles de moeurs; les "laws", les sociologues américains opposent au droit ce qu'ils appellent les "mores", les moeurs, et aussi les manières de vivre, "les folkways".

Comment alors, faire le départ entre ce que nous appelons **ici** phénomène infra-juridique, et ce que l'on appelle en sociologie générale, les phénomènes de moeurs, les phénomènes de "mores" en américain.

La distinction est d'autant plus difficile que souvent, la distinction de ces différentes sortes de phénomènes paraît être identique.

Ces phénomènes, "folkways" et "mores" ressemblent à nos phénomènes infra-juridiques, Les phénomènes infra-juridiques ne sont-ils pas des phénomènes non-juridiques, des phénomènes de moeurs, des manières de vivre, des moeurs et des coutumes qui

n'ont pas un caractère juridique. Il y a une certaine identité quant au champ d'application des phénomènes infra-juridiques et des manières de vivre, des moeurs.

C'est souvent à l'intérieur d'un groupement particulier d'une classe sociale, que la manière de vivre exercera son action.

Les phénomènes ont une généralité et une certaine régularité d'application ; généralité d'application dans l'espace, régularité d'application dans le temps; tandis que les phénomènes infra-juridiques, non seulement sont localisés dans l'espace, ainsi que nous venons de le voir, mais son également irréguliers dans le temps.

Cela ne veut pas dire qu'ils ne sont pas traditionnels, qu'ils ne viennent même peut-être pas de très loin dans le passé, c'est du droit coutumier, mais c'est un droit à épisode, un droit irrégulier qui surgit dans un milieu, à un certain moment, qui s'applique dans un certain cas, qui pourra ne pas s'appliquer dans un autre.

Il y a beaucoup plus d'irrégularité dans l'application des règles infra-juridiques, que dans l'application des règles de droit, et de cette irrégularité dans le temps, peut provenir l'impression d'anormalité que ces phénomènes infra-juridiques donnent à un juriste.

Ces phénomènes infra-juridiques sont intéressants à étudier en eux-mêmes, au point de vue de la sociologie générale; ce sont des phénomènes sociaux; ils relèvent d'une étude scientifique de la sociologie générale.

La sociologie juridique va t-elle pouvoir tirer des conclusions, de l'observation des phénomènes infra-juridiques? C'est là le postulat d'une recherche de ces phénomènes en sociologie juridique.

L'idée, l'hypothèse, c'est que les phénomènes infra-juridiques nous apparaîtront comme des images, des phénomènes juridiques, et qu'à travers eux nous pourrons mieux comprendre les phénomènes juridiques.

Nous pourrons peut-être comprendre leur origine, en sociologie juridique, il faut être prudent dans cet ordre de recherches, mais il n'empêche que l'étude d'une institution infra-juridique ayant une certaine congénitalité avec l'institution juridique considérée, peut-être un auxiliaire de l'infra-juridique.

L'infra-juridique nous donne peut-être une image de ce qu'a été le juridique, le phénomène juridique correspondant envisagé dans son origine, et à ce titre l'institution juridique

pourra être mieux comprise à travers le phénomène infra-juridique.

On pourra même peut-être pratiquer l'expérimentation en qui concerne les phénomènes infra-juridiques, parce qu'ils se situent dans des groupements particuliers, qui peuvent être de petits groupes.

Or, l'on peut expérimenter en sociologie sur des petits groupes, alors qu'il est difficile d'expérimenter sur la société globale.

Il est difficile de provoquer, des phénomènes proprement juridiques à l'intérieur, dans le cadre de la société globale, mais nous pouvons peut-être provoquer des phénomènes infra-juridiques dans le sein d'un groupement particulier- d'un petit groupe d'enfants, par exemple-.

Le rythme de vie de ce petit groupe est plus rapide que le rythme de la société globale; donc l'étude des phénomènes infra-juridiques peut permettre des observations plus nombreuses, **et** par conséquent plus fructueuses que l'étude des phénomènes juridiques seulement, - mais à la condition: que l'on puisse transporter valablement les conclusions que l'on pourra tirer des observations faites sur l'infra-juridique, aux phénomènes proprement juridiques.

Or, il y a là une observation grave, ne peut-on pas poser en **théorie** qu'il y a une solution de continuité entre les groupements particuliers et la société globale? si bien que les observations faites sur les groupements particuliers ne valent pas pour la société globale.

C'est une objection qui a été faite souvent en sociologie générale, contre l'emploi de la technique d'expérimentation sur les petits groupes.

La sociologie américaine pratique volontiers cette expérimentation, notamment sur les petits groupes d'enfants et d'adolescents.

Il y a eu par exemple, aux Etats-Unis, des recherches expérimentales faites sur des groupes d'adolescents, pour étudier les phénomènes d'autorité de "leader ship" à l'intérieur d'un groupe, et le postulat de ce genre d'expérience est que les observations faites sur les petits groupes d'enfants, seront valables pour la société globale, pour l'apparition d'un "leader ship" à l'intérieur d'une nation.

Cela est-il bien légitime? beaucoup de sociologues ont opposé à cela le défaut de continuité, la rupture entre les groupements particuliers et la société globale.

Il est certain que l'absence de l'Etat dans l'infra-juridique change complètement les conditions dans lesquelles les relations inter-individuelles vont se dérouler. Les relations infra-juridiques, du fait même de l'absence de l'Etat, ont une toute autre couleur à première vue, que les relations proprement juridiques.

Néanmoins, si l'identité n'est pas l'analogie, et réciproquement, l'analogie peut avoir une valeur scientifique, l'analogie peut-être suggestive; elle peut conduire à une meilleure compréhension des phénomènes.

Nous ne pouvons pas raisonner d'une manière rigide sur les observations que nous ferons dans des groupements particuliers, sur les observations que nous ferons dans l'infra-juridique, mais nous pouvons en tirer des analogies, qui pourront avoir un caractère scientifique, encore que ce soit peut-être un caractère conjectural.

Il y a là un motif de prudence, mais ce motif de prudence n'est pas un motif d'abstention.

Sans procéder à un inventaire exhaustif des phénomènes infra-juridiques, on peut s'en faire d'ores et déjà une idée par quelques exemples.

Il en est ainsi de la coutume ouvrière. C'est une formule consacrée; il y a eu un ouvrage de Maxime LEROY, un sociologue à tendance juridique, qui s'intitule " La coutume ouvrière", (1913), à l'époque d'ailleurs où l'on était dans l'enthousiasme de la première découverte du syndicalisme ouvrier en France.

Il ne s'agit pas ici, des usages juridiques qui peuvent régir une profession industrielle, qui peuvent régir les relations entre l'employeur et l'employé, quant à la durée du délai congé, par exemple, ou quant à la durée de la période d'essai.

Ces questions sont réglées par des règles de droit.

On entend par coutume ouvrière, des règles qui sont secrétées par le seul milieu ouvrier dans son opposition à la classe patronale, par exemple la mise à l'index,- ceci étant pratiqué par les ouvriers d'un atelier,- d'une usine, à l'égard de celui de leurs camarades, qui ne pratique pas un certain conformisme par rapport à son groupe.

Cette mise à l'index constitue un phénomène infra-juridique, pourrait-on dire; c'est un phénomène de coutume ouvrière.

Ce n'est pas le droit d'un groupement organisé en syndicat; ce n'est pas un usage que l'Etat aurait avalisé et aurait repris à son compte par des règles: c'est vraiment une coutume ouvrière

qui s'est formée spontanément, il y a déjà plusieurs siècles, mais elle a pris plus de consistance au XIX^e siècle.

Dans ce premier exemple, la règle infra-juridique, a une certaine consistance, non seulement une certaine généralité, mais une régularité.

A l'opposé, on trouve un exemple localisé d'une règle, : table, spontanée, imparfaite, René MAUNIER appelait "le droit la file d'attente", le "droit de la queue".

Si l'on raisonne sur l'exemple d'une file d'attente qui se forme spontanément à l'arrêt d'un autobus sans être canalisée par aucun dispositif.

On constate cependant que ce groupement particulier a ses règles; il y a notamment la grande norme qui est secrétée inmanquablement par toute file d'attente, la norme du premier arrivé Cela paraît tout simple; c'est un mécanisme élémentaire; c'est l'infra-juridique.

Il existe une sanction: une réprobation si l'on essaie de pousser le premier rang.

Le groupe est **ici** très particulier; très instable; le phénomène juridique est très imparfait; c'est l'image d'un phénomène juridique, il y a une relation entre la règle secrétée spontanément, et cette règle du classement de certaines garanties en droit civil.

On peut conclure de l'infra-juridique au juridique; il y a une certaine correspondance, une certaine analogie entre les deux ordres de phénomènes.

S E C T I O N I

DROIT_FOLKLORIQUE.

Le "folklore", peut se définir comme le savoir populaire la culture populaire; si l'on considère, le folklore comme une science, c'est la science de la vie populaire dans la vie civilisée.

André LANG, qui fut un des premiers savants dans le domaine du folklore - l'a défini,- dans un ouvrage qui est fondamental en la matière "Coutumes et mythes", (1884) de la façon

suiivante

" **Le** folklore recueille et compare les restes des **anciens**
" peuples, les superstitions et histoires qui survivent,
" les idées qui vivent dans notre temps mais qui **ne sont**
" pas de notre temps.
" A proprement parler, le folklore ne s'intéresse **qu'aux**
" légendes, coutumes, croyances du peuple".

Si l'on essaie de transposer l'analyse du folklore général,
dans le domaine de la sociologie juridique, on se trouve **en pré-**
sence de deux éléments qui pourraient servir à caractériser **le**
droit folklorique, à savoir: l'idée de peuple, et l'idée d'une
survivance, d'une superstition au sens étymologique du terme.

1) Elément populaire : Le droit folklorique est un droit
populaire ; ce n'est pas le droit de la société globale, de la
société tout entière. A l'intérieur de la société globale, le
droit folklorique serait le droit de certains groupements parti-
culiers, de certaines classes sociales, de certains **milieux spé-**
cialisés; ce ne serait jamais le droit étatique tel que l'enten-
dent les juristes dogmatiques. Il n'y aurait, jamais coïncidence
entre le droit folklorique et le droit de la société globale.

2) le droit folklorique nous apparaîtra comme un droit de
survivance. Ce sont des couches de droit archaïque **qui** remontent
à la surface de la société actuelle. On peut s'interroger, si ce
droit archaïque a jamais été, dans le passé, un véritable droit
étatique; si, même, à l'origine, ce n'était **pas déjà** le droit
d'un groupement particulier ?... C'est là un problème subsidiaire

Il suffit de retenir ici, ces deux éléments : un **droit qui**
n'est pas le droit de la société globale, ni celui **de** la société
actuelle, c'est un droit de survivance. En d'autres termes, on
pourrait dire que le droit folklorique **manque** absolument **de tou-**
te possibilité; de là une qualification qui lui **a** été appliquée
par René MAUNIER, qui a parlé de droit coutumier privé; il **enten-**
dait par là que ce droit coutumier **se situait en** dehors des zones
habituelles de la possibilité. Le droit folklorique rejoint **donc**
l'ensemble des phénomènes qualifiés précédemment d'infra-juridi-
ques.

Sans doute, le droit folklorique n'est **pas le seul exemple**
de phénomène infra-juridique. Ce caractère **de sous-droit met en**
évidence ce que le droit folklorique **a** d'inconsistant, de fuyant,
la caractéristique des phénomènes infra-juridiques étant une **cer-**
taine instabilité.

Le droit folklorique traduit bien **cette idée d'instabili-**
té, c'est un droit très imparfait. Ce **qu'il a d'inconsistant**
tient, d'abord, à ses modes de transmission, **c'est un droit oral,**
au sens le plus plein du terme. Sans doute, **un véritable droit**

coutumier, une coutume proprement juridique est un phénomène non **pas** infra-juridique, mais pleinement juridique. Une coutume peut aussi être orale, mais l'oralité du droit folklorique a quelque chose de particulier qui accentue son instabilité. Le droit folklorique, en effet, se transmettra, non pas sous une forme normative préceptive, mais sous des formes narratives, (dicton, chanson, leçon).

Il est encore inconsistant par son aire d'application ; c'est un droit local qui est borné dans son application par les moyens limités de la transmission orale. Il est encore instable à cause de l'attitude qu'a le droit proprement dit, le droit étatique à son égard : le droit étatique ignore le droit folklorique, parfois même le combat. Il y a une sorte d'antinomie entre eux.

D'autre part, sa sanction manque de possibilités, ce n'est pas une sanction organisée, c'est une sanction diffuse, mystique parfois. Par exemple, la croyance aux morts malfaisants peut intervenir comme sanction de normes de droit folklorique. Une sanction éthique, une réprobation morale, peut atteindre celui qui enfreindrait tel ou tel interdit pose par le folklore. Une sanction satirique enfin, parfois même les voies de fait peuvent servir de sanction à des règles folkloriques.

Cette première notion des phénomènes du droit folklorique, droit qui s'opposerait à un droit étatique, mais à des phénomènes isolés, à des phénomènes particuliers de folklore juridique, des phénomènes qui sont, je le répète, comme des débris de phénomènes juridiques surnageant dans des milieux particuliers - cette première notion étant donnée, il conviendrait, maintenant, de fournir quelques indications bibliographiques sur l'étude de ce droit.

Ces indications bibliographiques porteront, à la fois, sur le folklore général et sur le folklore juridique, car il est évident qu'une étude de folklore juridique ne peut pas être faite sans la replacer dans un cadre de folklore général, de la même manière que la sociologie juridique s'insère et doit être insérée dans un cadre de sociologie générale.

La bibliographie de folklore général, est immense. La littérature folklorique est quelque chose qui, à notre époque, est devenu extrêmement vaste, sous la forme et à cause de la forme de monographie particulière et locale qu'elle revêt pour une très large partie.

Les études de folklore se trouvent dispersées sous les espèces de très nombreux articles d'érudits locaux, portant sur telle ou telle coutume saisie, observée dans tel ou tel milieu local très particulier, si bien qu'une bibliothèque de folklore

est quelque chose de considérable, mais, en outre, il existe des ouvrages de base en la matière car, depuis la fin du siècle dernier, le folklore est devenu l'objet d'une véritable science.

A cet égard on peut citer, le "Manuel de Folklore français contemporain", laissé par un folkloriste très apprécié, Van GENNEP (en 1857).

Il existe ou il a existé aussi des revues de folklore, dont la longévité n'a jamais été considérable; certains articles intéressant la sociologie juridique, sont dispersés dans ces recueils éphémères.

Il y a eu ainsi, à la fin du siècle dernier et au début de ce siècle, la revue "Mélusine", qui fit place, à la "Revue des Traditions populaires". Il existe actuellement, une revue intitulée "Art et Traditions Populaires".

Dans ces ouvrages ou ces revues de folklore général, on peut trouver, dispersées au hasard, des analyses qui concernent le folklore juridique, par là même la sociologie juridique, ou même qui, sans avoir été faites directement dans cette intention peuvent être utilisées par un juriste, par un sociologue du droit avec des intentions de folklore juridique.

Sur le folklore juridique lui-même, nous avons quelques ouvrages relativement modernes. Ainsi, un grand folkloriste, Emile NOURRY,- qui écrivait, habituellement, sous le pseudonyme de "Saintyves", (en 1935)- a laissé un ouvrage intitulé "Folklore Juridique". René MAUNIER a également laissé une "Introduction au folklore juridique"; c'est une brève plaquette (1938), avec un essai de définition du folklore juridique, un projet de questionnaire, un début de bibliographie.

Un ancien professeur de la Faculté de Droit de Paris, un historien du droit, Jobbé-DUVAL, a laissé deux petits volumes intitulés "Les idées primitives dans la Bretagne contemporaine" avec, le sous-titre : "Essai de folklore juridique" (1930).

C'est, pour la littérature de langue française en matière de folklore juridique moderne d'aujourd'hui, à peu très tout, mais le folklore juridique a été pratiqué, avant la lettre, à toute époque, par des historiens.

Dans l'antiquité même, certains historiens, que l'on qualifie, parfois, d'"antiquaires du droit",- on peut citer, en ce qui concerne l'Empire Romain : VARRON, Aulu GELLE, PLUTARQUE- ont laissé une foule d'indications sur les coutumes un peu bizarres qu'ils notaient dans tel ou tel peuple de l'Empire romain et qui sont autant de données de folklore juridique, utilisables pour une construction que nous ferions, à l'heure actuelle, à

travers une série sociologique, étendue. Il y a là des renseignements de valeur.

Au XIXe siècle, il y eut, avant la constitution du folklore en tant que science, une sorte de renaissance de cette érudition d'antiquaires; le point de départ en fut le travail allemand des frères GRIMM (notamment de Jacob GRIMM). La première édition est de 1828, "Les antiquités du droit allemand". Il y a là un recensement, un inventaire d'une foule d'informations portant sur des traits de folklore juridique en Allemagne, spéciaux, aux pays germaniques, sans doute, mais d'un intérêt certain, direct, pour ceux qui voudraient étudier certaines manifestations du folklore juridique à travers l'Europe entière - mais, en outre, l'ouvrage de GRIMM est important, pour nous Français, parce qu'il a inspiré un ouvrage de MICHELET : "Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel".(1837)•

Il y a là de nombreuses données de folklore juridique. MICHELET, n'est pas toujours un historien très sûr; ni un folkloriste très assuré, mais il y a là, un catalogue de données que nous pouvons utiliser, et MICHELET semble avoir inspiré un ouvrage qui est moins connu, parce que l'auteur en est moins illustre. CHASSAN était simplement un juriste, un magistrat, qui, publia un "Essai sur la symbolique du droit (1845). Cet ouvrage est curieux, c'est à la fois, un essai de théories générales sur la symbolique du droit et un répertoire de symboles, avec des fragments sociologiques, avant la lettre, sur le rôle du mythe dans le droit. CHASSAN peut être considéré comme un précurseur, un peu obscur, de la sociologie juridique, spécialement dans cet ordre un peu spécial du droit folklorique.

Après avoir examiné la bibliographie, il conviendrait d'étudier, les méthodes de recherche que l'on peut appliquer dans cet ordre d'investigations.

Il existe deux méthodes pour connaître le folklore juridique, le droit folklorique : une méthode directe et une méthode livresque, une méthode de cabinet, de bibliothèque.

a) - La méthode directe consistera à faire des enquêtes, des enquêtes in vivo, dans tel ou tel milieu social actuellement vivant, où l'on soupçonne que se manifeste tel ou tel phénomène de folklore juridique, et c'est ici que le questionnaire, élaboré, par René MAUNIER, pourra servir le chercheur comme une sorte de grille qu'il pourra appliquer aux phénomènes soumis à son investigation.

Ce questionnaire, plus ou moins calqué sur le modèle de MAUNIER, pourrait être adressé à un certain nombre de personnes capables, à première vue, de fournir des renseignements sur les manifestations de folklore qui se produisent dans leur région.

Les édiles locaux, les instituteurs, s'intéressant aux moeurs d'une région, peuvent-être des correspondants valables.

Je vous citerai un exemple de recherche qui pourrait être fait ; cela pourrait être même un sujet de thèse si l'investigation prenait une certaine ampleur géographique. Vous connaissez en gros, pour en avoir entendu parler ça et là, la pratique dite "de la paumée": c'est une sorte de rite de vente que l'on a observé avec intensité pendant longtemps, sur les marchés français, pour la vente, en particulier, des animaux, des bestiaux; lorsque le marché est conclu, acheteur et vendeur se frappent réciproquement dans la main, avec des variantes dans le geste suivant les régions. Peut-être y a-t-il eu aussi des variantes suivant les époques, et toutes ces variantes appelleraient des interprétations sociologiques.

Ce phénomène de la paumée se relie à un phénomène sociologique plus général, l'origine du formalisme contractuel. Des études ont déjà été faites localement sur la paumée et ses interprétations, mais ce qui serait important et nécessiterait une enquête in vivo, c'est de savoir quel est, à l'heure actuelle, en 1963, l'état de survivance, dans le milieu rural français, de cette pratique de la paumée. Pour cela, il faudrait, procéder par voie d'enquête, mais comme le chercheur ne peut pas tout de même parcourir tous les marchés de France-, il lui faudrait opérer en partie, par correspondance, en envoyant un questionnaire à des chercheurs capables de l'épauler dans ce travail; ensuite, il pourrait aller lui-même sur le terrain, aux points qui lui paraîtraient les plus importants (et là il faudrait filmer la scène) .

Il y a lieu de se hâter pour effectuer ces recherches car la matière du droit folklorique a cette particularité, d'être une matière en voie d'épuisement; nous sommes par définition, en présence de débris juridiques, de survivances, mais ces survivances sont menacées par les conditions de la vie moderne et, notamment, dans la mesure où le folklore se présente comme un particularisme local, par tout le processus d'uniformisation de la vie française d'aujourd'hui, qui est due à des causes telles que : service militaire, communications, accroissement de population.

Il est vrai que certains folkloristes pensent que si le folklore s'épuise pour certains gisements, il se reconstitue sous les espèces de gisements nouveaux ; certains folkloristes considèrent qu'il y aurait de nouvelles manifestations de folklore qui se constitueraient sous nos yeux. Dans les sociétés modernes, par exemple, pour prendre un exemple dans le folklore général, qui n'est pas sans relations avec le folklore juridique, il se produit une évolution de nos cérémonies nuptiales ou de nos cérémonies funèbres, certains traits du folklore ancien disparaissent,

mais un nouveau folklore, se reconstitue. Par conséquent, il y aurait là une matière qui serait en voie de renouvellement plutôt qu'en voie de déperdition.

Néanmoins, on peut s'interroger sur la portée réellement folklorique de ce folklore nouveau, on peut se demander si ces phénomènes ont une suffisante ancienneté pour répondre à la définition du folklore, en tant que débris juridiques, si ce ne sont pas seulement des folkwares qui se constituent sous nos yeux, si tant est que, pour définir le folklore, il faut cet élément de survivance, de superstition, cette idée d'une remontée d'un droit archaïque.

b) - La méthode indirecte, de bibliothèque, de cabinet, peut avoir aussi ses commodités. L'éloignement du réel que comporte cette méthode indirecte peut-être plus ou moins accentué. On peut étudier le folklore juridique - à travers des recueils de phénomènes folkloriques, c'est-à-dire à travers des ouvrages de folklorisme. Ces juristes, si bien qu'il leur est arrivé de laisser échapper des traits, ou de les déformer, de mal les décrire.

Néanmoins, à d'autres égards, le fait qu'ils n'étaient pas juristes peut leur avoir donné une certaine naïveté qui assure une meilleure transmission.

Mais, dans un second éloignement du réel, il est possible de se livrer à des études de droit folklorique à travers des récits folkloriques - constituant des traditions populaires, c'est-à-dire que l'on peut exploiter des contes constituant le folklore de tel ou tel pays, de telle ou telle région; certains contes de fées pourraient livrer des éléments de folklore juridique. Un exemple d'utilisation de cette méthode nous est donné par une étude posthume, laissée par M. Georges BOYER, intitulée "Le folklore juridique gascon dans les contes de Bladé", - BLADE est un auteur qui a laissé un Recueil de Contes Populaires de la Gascogne (1886) - Georges BOYER a essayé d'extraire de cet ouvrage de BLADE un certain nombre de données de droit folklorique. On pourrait appliquer la même méthode aux Contes de Perrault. Il serait possible de faire une étude de droit folklorique à travers les contes de Perrault.

Le mythe de Cendrillon par exemple, illustre le droit de l'enfant du premier lit. A travers ce récit et les sentiments qui l'animent, on peut retrouver, grâce à une constante du droit, la protection juridique de l'enfant du premier lit.

Les deux méthodes, directe et indirecte, peuvent être combinées dans une démarche rationnelle. Il faut commencer par préparer le terrain à travers une recherche de bibliothèque, puis

adresser un questionnaire, à des correspondants locaux, et, enfin, aller vérifier, sur place, les points jugés les plus importants.

Ces préalables étant donnés, nous allons étudier le droit folklorique en deux paragraphes : les manifestations du droit folklorique et sa signification.

- LES MANIFESTATIONS DU DROIT FOLKLORIQUE.

A - ESSAI DE DELIMITATION DU DROIT FOLKLORIQUE.

Il s'agit d'un droit coutumier, offrant certains traits spécifiques. Il faut donc, essayer de procéder à une délimitation qui conduira à certaines éliminations et à certains phénomènes que l'on pourrait croire de droit folklorique, mais qui n'en sont pas.

Cette délimitation n'est d'ailleurs jamais très aisée et peut donner lieu à des controverses.

Pour procéder à ces éliminations, on peut mettre l'accent, tantôt sur la notion de folklore, tantôt sur la notion de droit, puisque l'expression "droit folklorique", est la synthèse de ces deux notions.

En premier lieu, il est des phénomènes pour lesquels on peut dire qu'il s'agit de droit, et même de droit qui n'est pas du droit étatique, qui n'est pas du droit positif, mais qui n'est pas, cependant, spécifiquement du folklore : nous sommes en présence de phénomènes de pluralisme juridique.

Deux exemples sont à citer.

Il existe, dans certaines régions de France : la Basse-Bretagne ou, le Pays Basque et Béarnais, les Basses-Pyrénées, une habitude assez constante dans les milieux ruraux, dite "faire un aîné", c'est-à-dire que le père de famille essaiera d'assurer la transmission intégrale de l'exploitation agricole à l'aîné de ses enfants, en général, sans différenciation - entre garçons et filles ; c'est l'aîné qui aura l'exploitation agricole et qui l'aura à lui seul, sauf à récompenser en argent ses frères et soeurs, et, encore, cette compensation n'est pas nécessaire au fonctionnement du mécanisme de cette coutume.

Cette attitude de "faire un aîné", qui est ressentie, par les intéressés, comme un véritable impératif juridique, n'est pas, du droit étatique .

Peut-elle être rangée - parmi les manifestations du droit folklorique? - En réalité ce sont de véritables règles de droit

local antérieures au Code Napoléon,, qui ont été mal refoulées, mal abrogées par la codification de 1813.

Il faut, en effet, distinguer, en sociologie juridique, de l'abrogation juridique formaliste, l'abrogation sociologique; un texte, une loi, une coutume peuvent-être abrogées juridiquement, d'une manière formelle,, sans l'être sociologiquement, si elles continuent à vivre dans la conscience et dans la pratique des intéressés.

Ici, nous sommes en présence d'une abrogation juridique des coutumes antérieures au Code Civil, qui n'a pas été suivie d'une abrogation sociologique, et, du même coup, nous devons reconnaître qu'il y a là plus que du folklore juridique, c'est réellement du droit ancien qui survit. Il y a, chez les intéressés, une véritable *opinio necessitatis*, il y a une conscience de la juridicité.

Et, en outre, ce qui permet de différencier ces phénomènes des phénomènes proprement dits de droit folklorique, c'est que les traces de la positivité ancienne sont encore reconnaissables, et, il y a peut-être un élément pour une définition plus précise de ce qui est droit folklorique. Le droit folklorique est un débris - de droit ancien, mais la positivité ancienne n'est plus reconnaissable dans le droit folklorique; tandis que, dans l'exemple cité précédemment, la positivité peut-être retrouvée aisément. Nous avons la preuve de la coutume antérieure au Code Civil jusqu'à la veille de la promulgation du Code Civil et, à peu près sans solution de continuité, nous voyons les praticiens locaux essayer de reconstituer ce qui se faisait auparavant, à travers les règles, parfois contraires, du Code Civil, si bien que nous pouvons parler d'un défaut d'abrogation sociologique plutôt que de folklore juridique.

Un second exemple du même ordre de phénomènes pourrait-être donné : une habitude signalée en Corse, consiste à exclure de la succession les enfants émigrés. Cette habitude est plus que du droit folklorique, c'est, une survie d'un droit local par-delà de Code Civil, à cause d'un défaut d'abrogation sociologique.

En second lieu, il y a à éliminer des phénomènes pour lesquels nous pouvons bien parler de folklore, mais pour lesquels nous ne pouvons pas parler de droit. Ici l'aspect droit va manquer.

Il peut, cependant, y avoir doute. Par hypothèse, ces phénomènes ont une certaine connexion avec les institutions juridiques. Un des lieux de prédilection des études de folklore général ce sont les coutumes de mariage, les cérémonies très diverses à travers la France, qui accompagnent la cérémonie de mariage (coups de fusil qui sont tirés sur le passage du cortège, jonchée

de feuilles qui est placée sous les pas des époux). Mais bien que ces phénomènes folkloriques soient liés au mariage, qui est une institution juridique, est-ce que nous pouvons dire que c'est du folklore juridique?...

Ce qui conduit à éliminer ces exemples de notre champ d'étude, c'est que les coutumes anciennes, qui survivent ici ne paraissent pas avoir été, même autrefois, des coutumes proprement juridiques et, surtout, il n'y a pas, chez les intéressés qui pratiquent ces usages cérémoniels, d'opinio necessitatis.

L'opinio necessitatis, est un élément psychologique de la coutume juridique, la conviction qu'il y a une norme obligatoire.

Or, les intéressés qui se soumettent à ces usages nuptiaux le font pour le pittoresque extérieur, mais aucun sentiment du droit ne s'y mêle. Il semble que nous soyons en présence de folklore ancien, et non de droit folklorique ; l'élément de juridicité a manqué dès l'origine.

Toutefois, l'élimination ne peut pas être, absolue; une délimitation du droit folklorique est difficile, car des usages cérémoniels, même insignifiants en apparence, peuvent se trouver, si on les analyse sociologiquement, reliés aux institutions juridiques; ils peuvent toucher l'institution juridique par l'intermédiaire d'une notion juridique, la notion de formalisme. Ces usages cérémoniels, qui nous paraissent de pur folklore général, peuvent manifester des formes anciennes de formalisme. Ils peuvent réveiller des règles de droit très anciennes, qui ne sont plus senties comme obligatoires, aujourd'hui, par ceux qui s'y soumettent pour le pittoresque, - mais qui ont pu être juridiques dans une période extrêmement archaïque.

Par exemple, - on pourrait faire de l'interprétation, il est possible que les coups de fusil accompagnaient un simulacre de rapt et se réfèrent à une époque très ancienne, - le fusil ayant été substitué - à des armes moins modernes.

Il est possible que ces usages cérémoniels, en apparence purement innocents, non juridiques de nos jours, traduisent, un formalisme très ancien du mariage, qui aurait été un véritable formalisme juridique.

De même, les pièces de monnaie jouent, avec des variantes très grandes, un certain rôle dans les cérémonies du mariage religieux, dans certaines provinces de France. Il peut y avoir, là aussi, des traces de conception du mariage par achat.

Cet essai de délimitation, avec tout ce qu'il comporte de marge d'incertitude, ayant été esquissé, il convient de pré-

senter quelques échantillons.

B - PRESENTATION DE QUELQUES ECHANTILLONS.

La manifestation la plus classique du droit folklorique, a citer en premier lieu, est :le charivari, - charivari fait aux **veuves** ou aux veufs qui se remarient.

Il avait été étudié, récemment, par M. CHOURIOUX, dans un court article de "L'Année Sociologique"(1961), (page 408) par une méthode particulière, - L'auteur part de la réaction que ce phénomène de droit folklorique a pu susciter de la part du droit étatique : les auteurs de charivari ayant été, au XIXe siècle, poursuivis pour tapage nocturne, les juges de paix ont manifesté quelque indulgence pour le charivari,- alors que la cour de Cassation, au contraire, très éloignée des contingences folkloriques, a fait respecter la disposition du Code Pénal sur la contravention de tapage nocturne.

M. CHOURIOUX l'a donc étudié par la méthode de l'étude sociologique de jurisprudence, mais l'étude sur le terrain resterait à faire.

Un second exemple, plus vivant : nous est donné par le phénomène dit "des temps interdits" en matière de mariage. C'est un fait que les célébrations de mariage ne se distribuent pas, statistiquement, de façon identique entre les divers mois de l'année. Si l'on répartit le nombre des mariages célébrés pendant une année entre les divers mois, on constate des oscillations. Des exemples chiffrés, empruntés à l'année 1957, qui a compté environ 310.000 mariages,- donnent les résultats suivants:

Janvier	16,8
Février	18
Mars	21,5
Avril	37,4
Mai	16,5
Juin	32
Juillet	31,1
Août	31,9
Septembre ...	29,2
Octobre	29,3
Novembre	27
Décembre	25,5

Ces variations, indiquées pour l'année 1957, se retrouvent avec une constance à peu près égale dans les différentes années, depuis que la statistique fait connaître le dénombrement par mois.

Ces oscillations ont des causes diverses. Des causes économiques, d'abord. Le rythme saisonnier du travail à la campagne influe sur le moment que choisissent les intéressés pour procéder à la cérémonie. A notre époque, les congés payés ont agi et expliquent le gonflement du mois d'août.

Il y a également des causes juridiques, qui apparaissent comme des manifestations du pluralisme juridique.

La norme du droit civil, du droit étatique est la liberté, mais elle entre en concurrence pour les catholiques, avec une norme de droit religieux, de droit canonique : il y a des époques de l'année où le mariage ne peut pas, canoniquement, être célébré, notamment à l'époque du Carême ou à l'époque de l'Avent.

Cependant, il y a des oscillations qui ne peuvent s'expliquer, ni par les causes économiques, semble-t-il, ni, par les causes **de** droit canonique et qui pourraient s'expliquer par des causes folkloriques ; le droit étatique se trouverait en conflit avec **un** droit très archaïque, et c'est, précisément, la définition du droit folklorique.

Dans une certaine mesure la baisse du mois de Novembre pourrait se rapporter à cette source folklorique: le respect des morts. Mais c'est surtout la baisse, très sensible dans l'exemple donné du mois de Mai, qui est rapportée couramment à cette source folklorique.

C'est une maxime folklorique de l'Europe Occidentale qu'il ne faut pas se marier au mois de Mai. Et, ce qui est remarquable, c'est que les Romains connaissaient déjà cette règle, elle est attestée par PLUTARQUE, et par OVIDE (les fastes).

Deux exemples, pour déterminer, empruntés au folklore des oeufs. Les oeufs jouent un rôle important dans le folklore, et le folklore juridique peut s'y intéresser à deux points de vue.

1) - En beaucoup de pays, - non seulement en Europe Occidentale, mais **en** Afrique **du** Nord, en Asie Mineure, et l'investigation pourrait peut-être s'y prolonger et rapporter des résultats analogues - la femme mariée est considérée, à peu près généralement, à la campagne, comme ayant un droit propre sur les produits de la basse-cour. C'est elle qui les vend, c'est elle qui **en** garde la recette comme argent de poche. Il y a là **un** domaine réservé de la femme mariée; une sorte de régime matrimonial diagonal, qui prend **en** écharpe tous les régimes matrimoniaux du droit

étatique.

Les oeufs réapparaissent dans le folklore juridique à propos de la quête des oeufs qui, dans certaines provinces françaises, était attestée - et est même attestée, semble-t-il, ça et là encore - à certaines époques de l'année : Carnaval, Pâques, Pentecôte. Cette quête des oeufs est pratiquée par la jeunesse, du village. Ils se présentent à domicile et, d'abord, sous des formes lyriques, mais, en cas de refus, sous des formes satyriques. Ils demandent des oeufs pour leur gâteau ou pour leur omelette.

Les Alsaciens ont une expression très caractéristique pour désigner cette quête des oeufs, ils parlent de "Pfungstrecht", "le droit de la Pentecôte", c'est là une sorte de droit de réquisition de la jeunesse de village.

§ 2 - LA SIGNIFICATION DU DROIT FOLKLORIQUE.

Deux problèmes se posent ; un problème d'origine: d'où sort ce droit folklorique? et un problème de causalité : par quel mécanisme psychologique ce Droit peut-il s'expliquer?

A - L'ORIGINE DES REGLES DE DROIT FOLKLORIQUE.

Le Droit Folklorique, se présente comme la survie coutumière, populaire ancien, a dû régir au moins certains milieux sociaux.

Le Droit Folklorique ne se confond pas avec le Droit Coutumier des juristes ; il en est un fragment; si l'on veut serrer de plus près le problème d'origine, on est amené à y voir une recherche de localisation, dans le temps et dans l'espace.

Il faut d'abord - c'est le premier aspect du problème-, essayer de dater approximativement l'origine de ces règles de Droit Folklorique qui ont flotté, qui ont surnagé jusqu'à nous ; A quel état de Droit exactement remonte ces coutumes?

Parfois une preuve directe permet une datation assez précise, tout au moins, une ancienneté minimale. Ainsi, par exemple l'interdit matrimonial du mois de Mai nous donne la preuve directe que cette interdiction a déjà été connue dans l'antiquité.

Ce n'est pas nécessairement la date la plus ancienne que l'on puisse imaginer, mais au moins nous savons que dans l'antiquité gréco-romaine cet interdit de Mai était déjà senti, connu et pratiqué.

Parfois, notre indication est plus vague pour beaucoup de

règles de Droit Folklorique ; nous savons qu'elles sont antérieures au Code Civil. Nous avons la preuve d'un conflit avec la règle du Code Napoléon et par conséquent, d'une antériorité du Droit Folklorique au Droit Napoléon.

Ce sont des règles de l'Ancien Droit, mais est-ce de la période de l'ancien Droit qui a précédé immédiatement le Code Civil?

Ce qui pourrait nous amener à présumer cette datation, c'est que pour beaucoup de coutumes folkloriques, qui ne sont pas des coutumes juridiques, pour beaucoup de coutumes vestimentaires, par exemple, ou chorégraphiques, il a été vérifié et attesté par les folkloristes que ces coutumes ne sont pas si anciennes qu'on pourrait le supposer, et qu'en réalité elles remontent seulement aux derniers siècles de l'Ancien Régime.

Ne devrions-nous pas appliquer une présomption du même ordre aux coutumes folkloriques? La plupart des folkloristes, lorsqu'ils se trouvent en présence de coutumes proprement juridiques, sont portés à leur attribuer une origine beaucoup plus ancienne. Volontiers, ils invoqueront des coutumes gauloises ou ligures, préhistoriques, néolithiques;

FREYSER, le grand folkloriste anglais, fait remonter facilement les coutumes folkloriques qui ont un caractère juridique, à une période préhistorique.

Souvent, en effet, nous avons à faire dans une interprétation, tout au moins assez courante, à un Droit qui substantiellement se présente comme du Droit Magique.

Il n'y a probablement pas de solution uniforme au problème de datation qui vient de nous occuper. C'est pour chaque phénomène de Droit Folklorique qu'il faudrait s'efforcer de dater l'origine et il est vraisemblable que l'on constaterait des différences assez sensibles d'un phénomène à un autre.

Mais il y a un second aspect du problème d'origine; c'est le problème de milieu; dans quel milieu social ces règles de Droit Folklorique ont pris naissance?

Dans les premières définitions données précédemment du Droit Folklorique, l'hypothèse a été émise qu'il s'agissait d'un droit qui se situait dans un groupement particulier et non pas dans la Société globale.

Il est possible, qu'à l'origine les règles, - aient été des règles de la Société Globale, mais ce que nous constatons, c'est qu'à l'heure actuelle, elles ne survivent plus que dans un groupement particulier.

Une des caractéristiques du Droit Folklorique, en effet, c'est son caractère local, son caractère particulier; ce n'est pas un Droit de la Société Globale, il peut y avoir une multiplicité de milieux dans lesquels on constate des règles de Droit Folklorique, du moins identiques, du moins analogues, mais ce n'est pas le Droit de l'ensemble de la Nation, c'est le Droit d'une série de milieux particuliers, mais quels milieux particuliers?

On parle, à propos du Droit Folklorique, de Droit populaire, et par là même, on semble impliquer une certaine coupure à l'intérieur de la Société Globale, une coupure par classes; on dit encore que deux sortes de milieux sont les gardiens du folklore, en général, mais du folklore juridique en particulier, à savoir les villages et les faubourgs; c'est-à-dire, la classe paysanne et la classe ouvrière.

C'est exact en ce sens que les classes dites supérieures se tiennent à l'écart du folklore; ni les intellectuels, ni les bourgeois, ne pratiqueront des coutumes de folklore.

Néanmoins, cet essai de sectionnement par classe sociale, a peut-être moins de valeur si l'on considère le milieu rural que le milieu urbain, parce que, précisément, dans le milieu rural, les classes sociales sont plus facilement confondues, les divisions de classes sont moins nettes, moins manifestes, surtout, au niveau de la jeunesse du village.

Ici, on est amené à faire une réflexion qui vaut au moins pour un certain nombre de phénomènes de folklore juridique, c'est que le droit folklorique, bien que ce soit un droit coutumier, n'est pas en général, l'affaire des vieillards (on dit souvent en sociologie juridique, qu'il y a une espèce d'harmonie entre la coutume et la vieillesse).

A certains égards, c'est la portion qui est physiquement la plus agissante, la plus remuante de la population, la moins sensible aux règles de la Société Globale, de sorte que certaines règles au moins, de Droit Folklorique, pourraient - c'est une hypothèse -, traduire un conflit de générations ou plus sociologiquement peut-être, la survie de règles propres à une classe d'âge; et ici, nous trouvons une notion qui a été dégagée par l'ethnologie, notamment par le théoricien allemand SCHURZ: "La théorie des classes d'âge".

Dans beaucoup de Sociétés archaïques, probablement dans les Sociétés néolithiques, les individus vivent par classes d'âge et c'est ainsi que les enfants, que les adolescents sont élevés en commun, à part de la société des adultes. Des traces de cette coutume très ancienne, préhistorique de l'humanité semblent se

trouver dans les faneuses pseudo-lois de Lycurgue à Sparte.

Il est possible que dans certaines manifestations de folklore juridique, nous puissions voir la survivance de certaines coutumes qui étaient inhérentes à cet état de l'humanité, où la jeunesse, où l'adolescence, où l'enfance, vivaient dans des classes séparées, à part de la société des adultes, dans un monde fermé d'où l'on ne sortait que par des rites d'initiations et plus tard par le processus de l'éducation.

C'est une hypothèse. Elle ne vaut certainement pas pour tous les phénomènes de folklore juridique.

Il n'y a probablement pas de réponse uniforme. Il faut donner des solutions pour chaque espèce de phénomènes folkloriques, par exemple, la "quête des oeufs" correspond assez bien à cette idée d'une classe d'âge qui a son autonomie, qui a ses prérogatives par rapport à la Société adulte, mais inversement le charivari, bien que l'on puisse de prime abord l'attribuer à la jeunesse du village, n'est pas uniquement pratiqué par cette dernière.

Ayant ainsi essayé de montrer, non pas d'où sort le folklore juridique, mais d'où il pourrait sortir, - nous devons nous interroger sur le second problème les causalités du droit folklorique.

B - LES CAUSALITES DU DROIT FOLKLORIQUE.

Il s'agit de rechercher par quel mécanisme psychologique se sont formées les règles ; on peut en donner des explications irrationnelles, mystiques, magiques d'une part et d'autre part. Les explications rationnelles, pratiques, utilitaires.

Cette dualité possible d'explications peut-être illustrée à propos des différents phénomènes de folklore juridique.

Si l'on prend, par exemple, l'interdit matrimonial, de Mai. L'explication magique est offerte par certaines données de l'Histoire antique.

Les Romains craignaient particulièrement au mois de Mai les morts malfaisants, les larves. Parce qu'à cette période de l'année, les morts peuvent être jaloux de la joie que cause aux vivants le retour du Printemps.

Mais, il y a aussi une explication pratique: c'est qu'au mois de Mai, l'on assiste à une certaine recrudescence des travaux des champs, et par conséquent, dans un milieu rural, il est

moins commode de se marier au mois de Mai.

Si l'on prend maintenant le cas du charivari. Il y a, ici encore, une explication magique. Il s'agit par ce tintamarre d'écarter l'esprit de la personne morte: son esprit pourrait bien venir troubler le nouveau couple, par conséquent, et l'on fait valoir en faveur de cette interprétation que dans le Haut Moyen-Age, plusieurs synodes ont condamné les charivaris. La pratique est attestée dans le Moyen-Age et les synodes de cette époque ont condamné le charivari comme une coutume païenne; c'est donc qu'à cette époque on sentait bien dans le charivari cette action contre les morts malfaisants. A quoi l'on fait l'objection que, ce rituel du charivari n'est pas comparable à ce que l'on trouve dans d'autres hypothèses de folklore mortuaire, où il s'agit également d'écarter les esprits des défunts.

D'autres mettent en face une autre explication. Ils voient dans le charivari une action qui laïcise, en quelque sorte, l'interprétation : une action de la société pour faire respecter un principe de monogamie absolue ; sans doute, aussi bien dans l'Antiquité païenne, qu'après l'avènement du christianisme, les secondes nocces n'ont pas été considérées comme une infraction à la monogamie qui est le principe occidental.

Cependant, il y a dans les secondes nocces, une certaine entorse à un principe de monogamie absolue et l'hostilité aux secondes nocces à laissé des traces, même dans le Droit Moderne.

Ne faut-il pas voir dans le charivari une sorte de pression sociale qui s'exerce ensuite en vue de détourner les veuves - ou les veufs - de contracter une nouvelle union.

La menace d'un charivari possible pourra détourner de l'opération un certain nombre de candidats au second mariage.

Il y a une explication purement utilitaire qui est représentée dans la doctrine des folkloristes.

Le charivari est destiné à obliger le veuf qui se remarie à se racheter, et en effet, dans beaucoup de descriptions du phénomène, on aperçoit cette particularité que le veuf ou la veuve qui se remarie, peut s'affranchir de ce scandale en traitant avec la jeunesse du village en lui versant une compensation pécuniaire.

Le veuf - ou la veuve-, qui se remarie, se rachète - et l'expression se trouve dans des textes du haut-Moyen-Age.

Il y a certains interprètes qui donnent même une explication plus utilitaire encore; ils font observer que lorsqu'il

s'agit d'une première union dans le village, le mariage s'accompagne d'un banquet où tout le monde est invité, tandis que lorsqu'il s'agit d'une seconde union, sous prétexte de deuil, on supprime le banquet et la jeunesse du village se trouve donc frustrée de cette réjouissance.

On peut penser que la jeunesse, avec l'argent qui lui sera versé pourra faire, en partie privée, une réjouissance de substitution .

On peut constater **ici** encore, l'antinomie entre l'explication magique et utilitaire.

Un troisième exemple nous est donné par les oeufs de la fermière, ce régime matrimonial des basses-cours.

L'explication magique est assez couramment proposée: l'oeuf représente un principe femelle dans l'alimentation de l'humanité; cela a laissé trace d'un interdit qui a dû autrefois être beaucoup plus généralisé, d'après lequel les hommes ne doivent pas manger d'oeufs (ou, variante significative, ne doivent pas manger d'oeufs en public).

Il ne subsiste plus rien dans notre Société Française contemporaine, mais c'est un fait que dans des sociétés plus archaïques, cet interdit se rencontre.

Il y a d'autre part l'explication utilitaire, pratique, rationnelle : c'est la femme qui s'occupe de la basse-cour; il est alors juste de l'encourager à bien s'en occuper et par conséquent, de lui laisser en prime, le produit de la vente des oeufs.

Même antinomie de réflexion, en ce qui concerne la quête des oeufs opérée par la jeunesse.

Certains folkloristes attachent une importance et une signification magique à l'omelette que l'on fera avec ces oeufs, ou encore au feu de la Saint-Jean que l'on fera avec le bois pour raisonner sur une variante du phénomène folklorique: mais d'autres se bornent à remarquer que la jeunesse va consommer le cadeau, que c'est là pour elle un plaisir-, que la jeunesse est démunie de moyens, que dans beaucoup de cas, la jeunesse, si on ne lui donnait pas les oeufs, pourrait les voler et que par conséquent, un compromis utilitaire qui s'est créé entre une jeunesse chapardeuse et les propriétaires d'une basse-cour.

Nous rencontrons **ici** une idée importante au point de vue de la sociologie juridique, l'idée que le vol commis par les enfants - et les adolescents -, n'est pas juridiquement un vé-

ritable vol. Il y a toujours une zone d'indulgence qui a accompagné ce phénomène.

Un dernier exemple se prête bien à confronter les deux explications : c'est la conclusion de certains contrats ruraux à certaines dates privilégiées.

C'est un fait que dans toute l'Europe Occidentale, les contrats ruraux, les baux, les paiements, les paiements ruraux, les paiements concernant le fermage, avaient lieu- et ont lieu- à certaines dates de l'année, par exemple, à la Saint-Jean, ou à la Saint-Michel, ou à la Saint-Martin, ou à la Noël.

Les dates christianisées, ne doivent pas faire illusion et l'on sait que certaines de ces dates et certaines de ces fêtes chrétiennes se sont substituées à des fêtes païennes : Noël, la Saint-Jean : la filiation est manifeste.

On peut fonder ce phénomène sur l'idée magique que tout ce qui se fait ces jours-là, est appelé à prospérer.

Mais il y a une explication par les besoins pratiques. Ces journées-là sont des journées de rassemblement populaire; on a placé une foire le jour d'un culte ou d'un pèlerinage. Il y aura un rassemblement de peuple, si bien que les contractants auront une plus grande facilité pour se réunir.

Les deux ordres d'explication - ne sont pas antinomiques, et le dernier exemple nous permet de faire cette réflexion.

On conçoit qu'à l'origine, la règle que nous disons de Droit Folklorique ait relevé substantiellement d'un Droit Magique à une origine lointaine, préhistorique, mais que plus tard, des motifs utilitaires soient venus renforcer la règle et même se substituer aux motifs antérieurs plus ou moins oubliés dans la conscience collective pour la maintenir.

Un autre cas de phénomène infra-juridique nous est donné par : le Droit Infantin.

Cette expression n'est pas absolument exacte, car l'on ne peut pas dans un groupe d'enfants trouver les phénomènes qui aient les caractéristiques de phénomènes juridiques.

Dans les groupes d'enfants, ou même dans ce groupe complexe qui est né du contact entre les enfants et les adultes, on voit se manifester des phénomènes de règles, des phénomènes de jugements qui évoquent les phénomènes juridiques.

L'étude de cet ordre de phénomène est une étude intermédiaire entre la sociologie juridique et la psycho-sociologie

de l'enfance.

C'est un phénomène de recherches qui a été exploré par certains psychologues, notamment Henri WALLON et surtout PIAGET. Ce sont tous deux des spécialistes de la psycho-sociologie de l'enfance, c'est-à-dire de l'étude des phénomènes psychologiques à travers un groupe d'enfants.

Nous étudierons dans deux paragraphes distincts : les problèmes généraux du Droit Infantin, et les différents aspects de ce droit.

1 - LES PROBLEMES GENERAUX DU DROIT ENFANTIN.

C'est un domaine qui a été, peu exploré par les juristes, sauf quand ils ont rencontré les phénomènes de Droit Infantin, à travers le Droit Folklorique.

Ce sont surtout les psychologues de l'enfance qui nous fournissent les observations à utiliser dans ce domaine, mais ils ont conduit leurs investigations dans un esprit qui n'est pas celui de la sociologie juridique.

Un article de Monsieur PIAGET (traité général de sociologie générale, de GURVITCH, tome 2, page 229 et suivantes), fournit un aperçu général de la psychosociologie de l'enfance.

Les problèmes généraux du Droit Infantin sont des Problèmes de méthode et des problèmes de fond.

A - PROBLEMES DE METHODE.

Il faudrait transposer **ici** les méthodes qui ont été mises en oeuvre par les psychosociologues de l'enfance lorsqu'ils ont voulu étudier à l'intérieur des groupes enfantins certains phénomènes qui sont comparables aux phénomènes juridiques, et notamment l'éveil du sentiment moral chez l'enfant.

PIAGET a étudié l'apparition des phénomènes de morale à l'intérieur des groupes d'enfants ; les méthodes qu'il a mises au point sont transposables à des recherches analogues que l'on pourrait faire dans le domaine de la sociologie juridique.

Il y a un problème de détermination du champ de la recherche» Il faut opérer sur des enfants, mais sur des enfants en groupes : enfants des écoles, enfants d'une classe, ou enfants d'une famille ("fratrie").

Ce sont des communautés qui ont leur cohérence, leur conscience collective et à l'intérieur desquelles, par conséquent, on peut noter l'apparition de phénomènes de psychosociologie.

Ce sont surtout les enfants au jeu, qu'ont étudiés les psychosociologues et c'est certainement le meilleur champ de recherches, parce que les enfants y ont un sentiment de liberté.

Or, ce que l'on recherchera de préférence, dans les recherches de Droit Enfantin, c'est le Droit Enfantin dit spontané, que les groupes d'enfants forment spontanément dans une liberté entière en l'absence de contraintes venant de la société adulte - outre que le jeu enfantin lui-même, a une signification propre qui n'est pas sans résonnance juridique.

Il y a dans les jeux d'enfants un aspect juridique de même que dans le Droit, il y a un aspect de jeu.

L'activité juridique est envisagée sous un certain angle, une activité ludique. C'est notamment toute la thèse du psychosociologue hollandais HUIZINGAR dans son ouvrage homo-ludens. Four HUIZINGAR, qui est probablement excessif, toute l'activité humaine s'explique par le jeu, et le Droit ne fait pas exception à la règle.

Dans le procès il n'est pas douteux qu'il y a un élément de jeu, historiquement et sociologiquement.

C'est donc l'enfant en train de jouer qui constituera le champ de prédilection de recherches pour des investigations de cet ordre.

Il faut tenir compte des différents âges de l'enfant ; il s'opère une évolution très rapide dans la réaction que l'on peut qualifier de juridique, de l'enfant. Il est absolument indispensable de distinguer selon les âges. Il est peut-être nécessaire aussi de distinguer suivant les classes sociales, car la classe à laquelle appartient l'enfant peut agir sur son comportement.

Deux sortes de techniques sont à employer : il y a l'observation directe et passive : on observe autant que possible sans se montrer, en essayant de ne pas troubler le déroulement des phénomènes à l'intérieur du groupe d'enfants, mais on peut agir aussi et dans les travaux de WALLON ou de FIAGET, c'est cette méthode qui a été le plus souvent employée.

On peut aussi agir par voie d'enquête; à côté de l'observation passive, il y a place pour l'enquête active. On interroge les enfants - mais on ne peut opérer avec les enfants comme on opère avec les adultes. Il y a des difficultés particulières: une difficulté de se faire comprendre, une plus grande suggesti-

bilité de l'interrogé, une tendance aussi à répéter ce que l'on veut dire, ce que l'on veut que l'enfant répète ; une série de précautions sont nécessaires dans le maniement de cette technique et requiert une formation pédagogique dont n'aurait pas besoin un enquêteur ordinaire dans l'enquête extensive menée en milieu adulte.

On emploie également la technique du test, par exemple, d'une histoire à compléter, comme une anecdote ; et ce complément donné par l'enfant ouvre des horizons sur ce qu'il pense ; cela permet de classer les jugements des enfants.

Bref, il y a un certain nombre de technique qu'il s'agirait simplement d'emprunter à la psychosociologie de l'enfance en les adaptant aux besoins propres de la sociologie juridique ; mais à côté de ces problèmes de méthode, nous rencontrons, un problème de fond.

B - PROBLEME DE FOND.

Il y a une hypothèse fondamentale qui est la base des recherches que l'on peut mener en ce qui concerne le Droit Enfantin ; cette hypothèse fondamentale commande, l'intérêt pratique de l'étude sous ses formes les plus importantes.

L'hypothèse est relative à la question suivante : existe-t-il un passage des observations que l'on veut faire sur les groupes d'enfants, au phénomène juridique de la société adulte ? Les observations, que par hypothèse, nous ferons sur des groupes d'enfants, ont-elles une valeur pour les phénomènes de Droit des sociétés adultes, ou bien y a t-il dans les groupes d'enfants et dans les phénomènes psychosociologiques, une spécificité, une originalité telle qu'aucune conclusion n'est admissible de ce qui sera constaté dans ce Droit Enfantin vers ce que nous cherchons, à savoir concernant le Droit d'Adultes.

Quel est le point de départ de cette réponse ; comment peut-on justifier cette hypothèse ?

Le point de départ lointain est dans une loi, ou une hypothèse de l'ordre biologique que l'on appelle en biologie : la loi de HAECKEL, d'un nom d'un biologiste allemand du XIX^e siècle.

C'est une loi qui se formule ainsi : l'ontogénèse résume la phylogénèse.

L'ontogénèse résume la phylogénèse, c'est-à-dire que le développement de l'individu résume le développement de l'espèce ;

c'est une loi qui se fonde sur des observations biologiques ; l'individu répète dans son développement, et notamment dans son développement embryonnaire, toute l'histoire de l'espèce.

Si l'on transporte cette loi de HAECKEL, du domaine de l'embryologie, dans le domaine de la sociologie, on en arrive à dire que le développement de l'individu résume le développement de la société globale, c'est-à-dire approximativement, que l'enfant correspond dans l'ordre du développement sociologique à ce qu'a été le sauvage, que la société enfantine répète ce qu'a été la société archaïque, et si nous transposons en terme de sociologie juridique que le Droit Enfantin nous donne un aperçu de ce qu'a été le Droit Primitif, le Droit Archaïque, qu'il est par conséquent possible de retrouver le Droit des Sociétés Archaïques à travers les phénomènes de Droit Enfantin.

Or, les sociétés enfantines ont pour l'observateur l'avantage de fournir des matériaux plus abondants que les sociétés archaïques qui ont disparu, ou qui sont lointaines, ou difficiles à comprendre, et en outre des matériaux qui sont sensibles à l'expérimentation.

Nous pourrions expérimenter sur les sociétés enfantines, provoquer artificiellement l'apparition, les modifications de phénomènes de Droit Enfantin, alors que nous ne pourrions pas faire de l'expérimentation, mais tout au plus de l'observation sur les sociétés archaïques adultes.

L'hypothèse a trouvé un regain de vigueur à notre époque grâce aux théoriciens de la sociométrie, doctrine américaine de sociologie dont le protagoniste a été MORENO.

MORENO a repris sous le nom de loi socio-génétique la loi de HAECKEL, et il a formulé de la manière suivante l'organisation spontanée des groupes d'enfants ou d'adolescents qui se développent d'année en année en passant successivement par des stades d'intégrations analogues à ceux des sociétés ancestrales au cours de leur évolution historique.

La mentalité juridique enfantine, serait en quelque sorte le reflet de ce qu'a été la mentalité juridique de la préhistoire, et mieux encore, le développement du droit chez l'enfant reproduirait en raccourci le développement du droit dans les sociétés adultes.

Cette hypothèse n'est pas unanimement admise par les psychosociologues. Monsieur PIAGET lui-même, bien qu'il tire certains effets implicites du rapprochement entre le primitivisme et l'enfant, n'admet pas en thèse générale l'assimilation de l'enfant au sauvage.

La position de FREUD sur ce problème n'est pas claire; elle a été discutée dans certains passages de son oeuvre; il donne à croire que pour lui l'enfant est un primitif, est un sauvage, mais à d'autres endroits, il marque assez nettement la différence qu'il y a lieu de faire entre la mentalité archaïque et la mentalité enfantine.

Certaines réserves sur le postulat qui est la base de ces recherches du Droit Infantin doivent être faites; par ailleurs ce postulat qui est nécessaire pour certaines recherches de Droit Infantin, ne l'est pas pour toutes.

2 - LES DIFFERENTS ASPECTS DU DROIT ENFANTIN.

Il existe en réalité, plusieurs sortes de phénomènes de Droit Infantin et une position d'emblée doit être faite entre les règles de conduite, les jugements que l'enfant reçoit du milieu adulte, qu'il emprunte au milieu adulte, et les règles, les jugements, qu'il paraît élaborer spontanément.

Il nous paraît que l'enfant n'est pas seul dans le monde; l'enfant est lié au milieu adulte, et il est à présumer à priori, qu'il reçoit l'empreinte du milieu adulte, même dans ce phénomène que nous disons phénomène de Droit Infantin.

Il y a, un Droit Infantin emprunté,- mais on peut admettre aussi par hypothèse, qu'il y a un Droit Infantin spontané.

Sans doute, la distinction pourrait être contestée. On pourrait soutenir que même lorsque l'enfant nous paraît élaborer spontanément des conduites, des règles de conduite, il n'est pas seul; il agit sous l'influence de l'éducation qu'il a reçue; donc, sous l'influence de la société, sous l'influence de cette société particulière, de ce groupement particulier qu'est la famille.

Inversement, l'on pourrait soutenir que même lorsque l'enfant emprunte au milieu adulte, il remodèle,- car l'enfant est tout de même une volonté, une spontanéité de liberté. Les objections peuvent donc être présentées dans les deux sens et elles sont près de se neutraliser.

Ce que l'on peut être amené à admettre, c'est qu'il y a dans chaque groupe de phénomènes, soit des facteurs internes, soit des facteurs externes, dans une proportion variable.

Chaque groupe doit emprunter au Droit spontané et met en oeuvre des facteurs internes que l'enfant tire de lui-même ou de son groupe infantin.

Il y a aussi les facteurs externes que l'enfant tire du milieu adulte ; la proportion peut varier, et c'est suivant que les facteurs externes ou les facteurs internes sont prépondérants que nous parlerons de Droit Infantin emprunté, ou au contraire de Droit Infantin spontané.

C'est d'ailleurs pourquoi il était nécessaire d'étudier les différents aspects du Droit Infantin, et non pas les différentes sortes de Droit Infantin car il n'y a pas de catégorie tranchée; il y a simplement une prépondérance des facteurs externes ou internes, selon les cas ; sous le bénéfice de cette réserve, essayer de recenser sommairement les phénomènes de Droit empruntés et les phénomènes de Droit spontanés.

A_ - LE DROIT INFANTIN EMPRUNTE.

A l'intérieur de cette catégorie, des variantes sont à observer.

1°)- Dans ce que l'on appelle phénomène emprunté de Droit Infantin, il y a en premier lieu, un Droit qui est imposé à l'enfant par l'adulte.

L'enfant, dans la société, est, l'effet de règles de moeurs mais aussi de règles de Droit, soumis à l'adulte, et certaines réactions de l'enfant, en présence de la règle de conduite qui lui est imposée par la Société adulte, peuvent nous apparaître avec une suffisante autonomie pour que l'on parle de Droit Infantin.

L'étude de cet aspect de Droit Infantin a son intérêt pour l'étude du Droit Adulte, car il y a parenté entre l'obéissance de l'individu adulte aux impératifs de la société, et l'obéissance de l'enfant aux adultes, en général.

Les psychosociologues de l'enfance font le rapprochement. PIAGET notamment, l'a fait nettement; dans les deux cas, l'être humain, dit-il, se soumet à des consignes, parce qu'il respecte ses aînés dans l'obéissance à la règle coutumière, à la règle de droit coutumier, qui est la première forme, à travers le réseau sociologique, de l'obéissance à la règle de droit.

Il y a implicitement une idée, un raisonnement inconscient par lequel l'individu se soumet à la voix des ancêtres, se soumet à l'aîné.

C'est le même mécanisme que nous rencontrons dans la soumission de l'enfant à la société adulte.

En conséquence, l'attitude de l'enfant, la règle qui lui

est imposée par le monde des adultes, peut nous aider à mieux analyser les comportements proprement juridiques de l'adulte dans la société globale.

Donc, même ici, l'étude du Droit Enfantin a son intérêt pour une sociologie juridique, un intérêt qui se situe dans la théorie générale du Droit, dans l'étude des mécanismes généraux.

2°) Un second aspect du Droit Enfantin emprunté, est le Droit Enfantin imité.

L'enfant est un imitateur; il imite ses parents, ses aînés, ses maîtres, les adultes étrangers.

Il y a ici encore un intérêt propre à l'étude de ce Droit Enfantin, bien que ce soit un Droit d'imitation. La réfraction du Droit Adulte, peut permettre de mieux saisir le Droit Adulte; c'est une caricature du droit adulte, mais l'exagération caricaturale est une bonne méthode d'observation en sociologie.

Souvent les mécanismes élémentaires du Droit dans la société adulte, pourront être saisis à travers la caricature qu'en donnent des jeux d'enfants.

3°) Enfin, une troisième variété de Droit Enfantin emprunté est le Droit Enfantin transmis, le Droit Enfantin de tradition de survivance.

En effet, le Droit Enfantin apparaît souvent comme un réservoir de Droit Folklorique. C'est un phénomène assez remarquable sur lequel la psychosociologie de l'enfance n'est pas arrivée à projeter des lumières qui semblent décisives.

Le phénomène de la tradition dans les groupes d'enfants peut être constaté à travers la société enfantine, parfois de siècle à siècle, c'est un fait que certaines règles de jeux d'enfants sont très anciennes.

On a fait souvent cette réflexion sans pouvoir donner de réponse, que les enfants savent - sans avoir de calendrier - que la saison des billes est venue. C'est en effet à peu près insoluble en psychosociologie de l'enfance, de la même manière les règles des jeux de billes semblent avoir une origine très ancienne. Il y a bien eu des modifications, -mais une certaine constance est notée d'un siècle à l'autre, du XIX^e siècle au XX^e.

Comment la transmission s'est-elle faite? Il y a là un certain mystère. Mais l'on conçoit que cette tradition enfantine puisse servir de véhicule à des règles de Droit très anciennes.

Des débris de folklore juridique se trouvent ainsi dans certaines règles de jeux d'enfants, dans certaines "comptines" d'enfants; c'est sur ce point du droit enfantin qu'il y a eu les études les plus poussées.

Ainsi, Jobbé DUVAL a constaté qu'en Basse-Bretagne à la fin du XIX^e siècle, les enfants qui échangeaient des objets de leur menue propriété, confirmaient la cession en soufflant, au vent, un cheveu.

Or, dans certaines maximes du folklore bas-breton, du folklore adulte, on trouvait cette règle : le marché est fait, le cheveu soufflé. On ne pouvait pas du reste, donner historiquement d'explication satisfaisante, mais sans doute faut-il présumer une époque très ancienne.

Certains contrats ont été ainsi solennisés de la part des contractants par ce rite du cheveu soufflé - qui n'est pas inexplicable.

Le cheveu est lié à la personne, et dans la conception primitive de la propriété, c'est une partie de la personne; on renonce à sa propriété en jetant le cheveu symbolisant la personne et la propriété.

C'est le symbole le plus manifeste d'une renonciation sur laquelle on ne pourra pas revenir; pas plus qu'on ne pourra plus rattraper le cheveu qui est parti au vent, on ne pourra plus revenir sur la propriété que l'on a abandonnée.

Or, une très grande difficulté à laquelle s'est heurtée historiquement, la vente, c'est précisément cette idée d'une renonciation du vendeur à l'objet vendu. Une fois la chose vendue, le vendeur n'y a plus droit, n'est pas une idée si simple et en réalité tout le droit archaïque milite contre ; même vendue, la chose porte encore une empreinte du vendeur, donc il faut que le vendeur atteste par le symbole le plus éclatant qu'il n'aura plus de droit sur la chose et qu'elle soit comme le cheveu que l'on jette au vent.

La maxime de folklore adulte était inexplicable; rapprochée de ce jeu d'enfants, elle devient explicable, mais le jeu d'enfants ne s'explique ici que comme le dépositaire, en quelque sorte, d'une règle de droit folklorique qui a dû être une règle très ancienne.

Second échantillon : l'irrévocabilité du don, illustré par la maxime: "Donner et retenir ne vaut"; on peut en donner des explications utilitaires le donateur doit avoir son attention attirée sur l'importance et la gratuité de la donation; par conséquent, il ne faut pas qu'il puisse garder l'objet, car dès

après l'avoir donné il n'aurait pas le sentiment de se dépouiller.

Il s'agit de protéger la famille des donateurs ; il est vraisemblable, scciologiquement, que ces explications sont surajoutées; l'explication est probablement une explication magique et probablement la plus ancienne; le folklore enfantin, le Droit Enfantin de tradition, en apporte des témoignages très nombreux.

C'est un des refrains enfantins les plus courants dans toute l'Europe Occidentale, que l'on ne doit pas donner et reprendre .

Les formes sont extrêmement variables d'une région à une autre; très souvent le fait de donner et de reprendre est considéré comme un fait diabolique.

Les enfants se sont-ils mis à imiter une règle de Droit Adulte, à une époque où ils étaient plus mêlés à la Société Adulte qu'ils ne le sont aujourd'hui, et là, nous rencontrons une hypothèse sur les sociétés enfantines, qui a été développée à une époque récente par un sociologue, Monsieur ARIES, d'après lequel, au Moyen-Age, l'enfant était le compagnon de l'adulte, tandis qu'à partir du XVII^e siècle, tout le travail de la société adulte a été de le refouler dans un monde à part. Il s'est effectuée une sorte de ségrégation de la société enfantine par rapport à la société adulte,

Par la voie de ce Droit Enfantin de survivance, de transmission, il y a un autre rôle de ce Droit pour l'éclaircissement du Droit Adulte qui peut nous éclairer sur le sens de très vieilles règles de Droit et nous éclairer sur le Droit le plus archaïque

B - DROIT ENFANTIN SPONTANE

C'est parmi les manifestations du droit enfantin, la plus intéressante, la plus typique, mais la moins explorée par les juristes. Cet aspect du droit enfantin apparaît dans les premières manifestations de la socialisation de l'enfant, laquelle est également une juridicisation. Les règles de jeu, par exemple, que le groupe enfantin se donne, ces réactions psychologiques à des règles qu'il peut avoir reçues aussi du dehors, la conscience de la règle, voilà autant de réactions subjectives qui peuvent être traitées comme des manifestations du droit enfantin spontané.

L'apparition du sentiment du droit subjectif chez l'enfant, notamment l'apparition du sentiment de l'appropriation, de la possession, ou, encore, l'apparition du sentiment de la responsa-

bilité, sont des phénomènes de droit enfantin spontané.

Le terme "spontané" doit-être entendu avec quelques nuances il peut y avoir une participation du droit adulte, dans ces manifestations, de droit enfantin spontané, mais, il y a une part, dans ces réactions psychologiques de l'enfant, qui est véritablement neuve, où l'enfant réagit, avec l'ingénuité d'un esprit. Placé devant une certaine situation, il crée du droit ou il crée quelque chose qui ressemble au droit, et cette création par l'enfant peut, nous apporter quelque éclairage sur la genèse du droit dans la société adulte.

Il y aurait donc là une autre manière de pénétrer jusqu'au droit archaïque par l'intermédiaire de ces manifestations du Droit enfantin spontané; nous pourrions reconstituer les phénomènes primaires, originaux, qui se sont produits dans les sociétés archaïques. Des observations faites par des psychologues de l'enfance, notamment PIAGET nous fournissent quelques témoignages. Dans son ouvrage "Le jugement moral chez l'enfant", nous constaterons qu'une transposition à la matière juridique, à la genèse des phénomènes juridiques est possible.

Ainsi, premier exemple, en matière de responsabilité, quelle est à propos de l'évolution du sentiment de la responsabilité chez l'enfant à travers les différents âges?... PIAGET raconte, des expériences qui peuvent être suggestives pour une histoire du sentiment de la responsabilité. Je retiens, en particulier, son test (en "histoire à compléter") "des tasses cassées";

un enfant est appelé par sa mère dans la salle-à-manger. Il pousse la porte brusquement pour obéir très vite à sa mère et, du coup, casse 15 tasses qui se trouvaient derrière et dont il ne pouvait pas soupçonner la présence. Quel est le jugement moral?... Quel est le jugement juridique, pourrions-nous dire, par transposition, que l'enfant pourra porter sur cette conduite d'un de ses semblables?...

Deuxième histoire, destinée à s'accoupler à la précédente pour former le test :

En l'absence de sa mère, un enfant veut prendre de la confiture dans une armoire, mais la confiture se trouve sur une étagère trop élevée et, en essayant de la prendre, il casse une tasse, - une seule tasse. Eh bien, si l'on interroge les enfants d'environ 7 ans sur ces deux conduites de l'enfant, on considère qu'ils considèrent comme plus coupable la conduite n°1, parce qu'il y a eu 15 tasses cassées, tandis que, dans la conduite n°2 il n'y en a eu qu'une. Tandis qu'à 9 ans, le tournant est accompli et, déjà, une majorité d'enfants classe la conduite n°1 comme plus insignifiante.

tournant est absolument achevé, il n'y a plus de réponse considérant la conduite n°1 comme coupable : tous les enfants de **10** ans considèrent que l'enfant, qui a cassé les 15 tasses, ne l'ayant pas fait exprès (nous connaissons toute la formule) il n'est pas coupable.

C'est une vue assez répandue chez les ethnologues que la responsabilité est apparue, d'abord, dans les sociétés archaïques, sous les espèces d'une responsabilité objective. C'est le dommage matériellement réalisé qui est le critère de la culpabilité. L'idée de faute a été plus longue à se dégager; elle correspond à un développement, à un affinement du sentiment juridique.

N'y a-t-il pas lieu de vérifier ici la loi sociogénétique de MORENO?... les conduites enfantines ne passent-elles pas, successivement, par les mêmes phases que les conduites des sociétés à travers leur développement, leur conduite juridique?...

Le second témoignage sera relatif à l'attitude devant la règle de jeu, d'une façon concrète, devant les règles du jeu de billes, que les enfants sont amenés à appliquer. Il s'agit d'interroger les enfants sur l'origine qu'ils attribuent à ces règles. Or, on constate, ici encore, une évolution à travers les âges :

Dans un premier stade, aux environs de 5/7 ans, l'enfant est très net : ces règles du jeu de billes ont été inventées par des adultes ou par de plus grands que lui, ou même, peut-être, par la divinité, en tout cas pas une force qui lui est très supérieure et à laquelle il n'a qu'à obéir aveuglement.

Les expériences de PIAGET sont très claires à cet égard.

Vers 7/8 ans, on obtient des réponses de ce type : ces règles ont été inventées par un grand, d'une classe supérieure. Ou bien encore :

- Qui est-ce qui a inventé ces règles, ces règles concrètes?.
- Tout le monde.
- Qui, "tout le monde" ?...
- Les autres, mais pas moi.

L'extériorité de la règle paraît un sentiment fondamental dans cette première phase de la conscience de la règle.

Mais un second stade apparaît aux environs de la dixième année : l'enfant, à ce moment-là, a conscience que la règle a pu être inventée par des enfants du même âge que lui, par **ses** contemporains. Elle ne lui apparaît plus comme dérivant d'**une**

force supérieure.

Et, enfin, une troisième phase se fera jour après 10 ans. A ce moment-là, l'enfant devient démocratique et la règle lui apparaît comme le résultat d'une libre décision des joueurs ; elle est digne de respect, dans la mesure où elle est mutuellement consentie. L'obéissance à la règle est fondée.

On est conduit à penser que le développement du sentiment de la règle, de la conscience de la règle, peut reproduire le développement de la conscience de la règle juridique à travers les différents âges de l'humanité. A une époque archaïque, la règle s'appuie sur des forces supérieures ; la règle tire sa force obligatoire d'une révélation de la divinité ; c'est parce qu'elle est extérieure, supérieure, transcendante au sujet, qu'obéissance lui est due.

Puis, une époque ultérieure se traduira par une conscience de la règle moins transcendente : la règle est imposée par d'autres hommes, par les gouvernants et peut-être, d'ailleurs, les gouvernants abusent-ils de leur pouvoir d'édicter des règles

Enfin, dans une dernière phase, triomphe de la démocratie, la règle est fondée sur la coopération réciproque des citoyens.

- CHAPITRE I I I -

LES PHENOMENES DE NON-DROIT

Le non droit, s'il faut en donner une première idée, c'est l'absence de droit dans un domaine où le droit aurait vocation naturelle à s'appliquer. Ce n'est pas le sous-droit, ce n'est pas non plus ce que l'on pourrait appeler l'anti-droit, le mauvais droit, la "disnomnie", comme disaient les penseurs de l'Antiquité, le droit injuste; le non-droit, c'est le vide de droit.

C'est une hypothèse, qu'il y a des vides de droit, mais ceci appelle une démonstration, et cette démonstration doit être précédée de deux précisions, l'une qui tend à augmenter la difficulté, l'autre qui peut tendre à la réduire.

La réflexion maximisante, est que le non-droit dont il s'agit ici, n'est pas le non-contentieux. S'il ne s'agissait que de constater qu'il n'y a pas toujours, dans les relations humaines, de contentieux, que le procès est quelque chose d'exceptionnel, de pathologique, ce serait très facile. C'est, pourrait-on dire, un axiome de la sociologie juridique que le droit est infiniment plus vaste que le contentieux. Le droit contentieux ne représente qu'une petite portion du droit. La sociologie juridique postule que l'immense majorité des relations juridiques se déroulera sans donner lieu à des procès. Donc, l'hypothèse d'un contentieux ne souffre aucune difficulté.

Mais, ici, il s'agit de quelque chose de plus grave, il s'agit de postuler l'absence de droit, du droit lui-même et pas seulement du droit contentieux dans les ordres de relations où l'on attendrait de droit.

La seconde réflexion, qui est la réflexion minimisante, qui tend à faciliter, l'hypothèse, c'est que, souvent, on pourra substituer à la différence de nature, droit et non-droit, une simple différence de quantité : plus de droit, moins de droit.

L'hypothèse du non-droit peut se ramener, dans beaucoup de cas, à cette idée qu'il y a une réduction de la quantité de droit dans un certain nombre de relations où l'on attendrait du droit intense, nous pourrions constater qu'il y a un droit faible-

ment agissant.

Une différence de quantité, une simple différence de degré se substituera à la différence de nature, ce qui, est propre à rendre l'hypothèse plus facilement admissible.

Ces précisions étant données, l'hypothèse du non-droit vient s'affirmer contre une certaine tendance du droit dogmatique. Le droit dogmatique postule plus ou moins ce que l'on pourrait appeler le panjurisme : le droit est intense partout, il envahit toutes les relations humaines.

Contre l'hypothèse du panjurisme, la sociologie juridique affirmera l'hypothèse du non-droit. Cependant, il faut bien situer le sens de cette hypothèse. Il y a des images, courantes qui ne rendent pas exactement raison de l'hypothèse du non-droit; il est, par exemple, tout à fait courant de dire que les relations juridiques ne sont qu'une toute mince pellicule à la surface des relations humaines.

Si l'hypothèse du non-droit n'était que cela, on pourrait dire qu'elle serait, au fond, une banalité. Tout le monde reconnaîtra aisément que toutes les relations sociales, à plus forte raison toutes les relations humaines, - ne sont pas des relations juridiques.

Alors, on rejoindra des idées qui ont été familières au siècle précédent. De la formule de BENTHAM sur les rapports de la morale et du droit. Il résulte que tout ce qui est morale n'est pas droit, que le droit n'est qu'une portion à l'intérieur des relations qui peuvent-être englobées par la morale.

Ou, encore, les juristes classiques avaient une formule : ils séparaient leges et mores et ils disaient :

- Quid leges sine moribus...

Notamment pour les relations de famille, la remarque a été faite, à toute époque, qu'une famille ne peut vivre harmoniquement que si elle est soutenue par un courant de morale, par un courant de moeurs; que des relations purement juridiques n'arriveront pas à faire vivre, à faire fonctionner l'institution familiale.

L'hypothèse du non-droit n'est pas simplement la reconnaissance de cette pluralité de règles de conduite; ce n'est pas non plus une délimitation de frontière entre ces divers domaines de règles sociales ou interindividuelles, l'hypothèse du non-droit suppose, une retraite du droit.

Dans une section Première, il convient de procéder à une

sorte d'inventaire des phénomènes de non-droit. Dans une Section Seconde l'interprétation que l'on peut donner à ces phénomènes, sera examinée.

S E C T I O N 1

L'INVENTAIRE DES PHENOMENES DE NON-DROIT

Deux ordres de phénomènes de non-droit peuvent être distingués.

- le non-droit comme donnée objective, comme donnée sociale;
- le non-droit comme choix individuel.

1 - 1ère CATEGORIE : LE NON-DROIT COMME DONNEE SOCIALE OBJECTIVE.

Il y a un certain nombre de cas où, à travers la série sociologique, on constate que le droit, volontairement, se retire de certaines zones qui lui appartenaient, que le droit se limite lui-même, il y a auto-limitation du droit.

Parmi les phénomènes d'auto-limitation du droit, on peut citer "les temps de non-droit". Si l'on considère ce qui se passe dans une rue donnée le dimanche, l'on constate que les phénomènes ne sont pas exactement identiques à ceux qui se déroulent les jours de semaine. Le dimanche, il y a des automobiles rangées le long des deux côtés de la rue, contrairement à la réglementation en vigueur. Les jours de semaine, le droit s'applique avec intensité, mais, le dimanche, la pression juridique baisse.

Il ne faut pas dire - ce serait une interprétation matérialiste, - que, ce jour-là, les agents se reposent, mais ils respectent le dimanche ; c'est un temps de non-droit.

Dans la série sociologique, nous rencontrons le phénomène sous une forme plus palpable encore, c'est ce que l'on appelle "les temps de licence sociale". Dans beaucoup de sociétés archaïques, on constate, à certaines époques, périodiquement, un affaiblissement de la pression sociale et, spécialement, de la pression juridique. Les Saturnales, les Luperciales, dans l'Antiquité, ont eu cette signification.

Il y avait, au Tonkin, encore au XIXe siècle, une période

qui revenait tous les ans et que l'on appelait "le sommeil de la loi". Pendant ce temps la justice était suspendue et l'impunité était assurée aux coupables, sauf dans des cas exceptionnellement graves, c'était un temps de non-droit, comme si les sociétés sentaient que le droit ne peut pas être continu, qu'il est nécessaire par une sorte d'hygiène psychologique, que la pression juridique par moments, diminue.

Il y a aussi des lieux de non-droit: le droit d'asile, dans les sociétés archaïques, et encore au Moyen-Age, sous différentes formes, s'explique, sociologiquement, par cette idée d'un lieu de non-droit, d'un espace où le droit ne pénétrera pas. Ce refuge sera un îlot de non-droit, que le droit ménagera lui-même.

Aujourd'hui encore, il en subsiste, quelque chose dans les théories du droit pénal.

Temps de non-droit, lieu de non-droit, sont des institutions juridiques de non-droit; si paradoxal que cela semble, c'est le droit lui-même qui crée une institution de non-droit.

On peut ajouter "le non-droit intellectuel". Dans un régime de légalité où l'analogie est interdite comme est le régime du droit pénal libéral, il y a une série de lieux intellectuels de non-droit; tout ce qui n'est pas saisi par les prescriptions légales est en dehors du droit. Tel est le sens profond, le sens sociologique du système de la légalité des délits et des peines.

Mais on peut s'interroger sur ce que la théorie du non-droit apporte par rapport à la théorie dogmatique des lacunes du droit?...

La différence est considérable. Dans la théorie des lacunes du droit, on regrette ces lacunes, on les considère comme quelque chose de pathologique, d'exceptionnel; tandis que, dans la vue sociologique du non-droit, on considère qu'il y a là un phénomène absolument normal. Le droit ne peut pas tout atteindre, le droit a besoin lui-même de créer ses institutions juridiques de non-droit.

Parfois, il ne s'agit pas d'une limitation aussi nette, d'une auto-limitation du droit, il s'agit plutôt d'une auto-neutralisation du droit; l'application des prescriptions juridiques se trouve neutralisée, paralysée par certaines exigences du droit lui-même, le droit se détruit lui-même.

Selon la maxime "Idem est non esse aut non probari", c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé. L'exigence de preuve aboutit à neutraliser beaucoup de droit. Le droit qui ne sera pas prouvé ne se réalisera pas, ce sera du non-droit.

Mais, plus subtilement, il faut, pour réaliser le droit, le support, l'intermédiaire d'une activité humaine. Or, l'activité humaine est commandée, par la grande loi de l'intérêt. Qu'il soit économique ou qu'il soit moral, il faut un intérêt pour que l'homme agisse; si l'intérêt n'est pas suffisant, le droit ne se réalisera pas.

Certaines législations ont, d'ailleurs, reconnu la neutralisation du droit par la nécessité de l'intérêt en faisant, en matière pénale, de l'insignifiance du délit, un fait justificatif.

- Si le délit est insignifiant, d'après certain Code, il n'y a pas lieu de considérer qu'il y a infraction."

L'absence d'intérêt neutralise le droit.

Dans d'autres cas, on peut dire que le droit est refoulé par le fait, mais, ici, le problème est délicat et il faut se mettre en garde contre une méprise. La violation du droit n'est pas non-droit, en un sens, c'est du droit; il y a un couple entre le droit et sa relation, sans tomber dans les théories de certain sociologue américain qui pose qu'une règle n'est pas une véritable règle juridique que quand elle peut-être violée; si elle ne peut l'être c'est une coutume, une règle de moeurs.

Ceci n'est pas évident, la violation du droit déclenchera l'application de la règle violée et de la sorte, il se crée comme un couple entre la règle violée et, la sanction, si bien que l'on ne sort pas du domaine du droit, il n'y a pas non-droit, mais il peut y avoir non-droit si la règle de droit est inefficative, et que cette inefficativité s'accompagne d'une renonciation, en quelque sorte, de la règle à s'appliquer et d'une renonciation qui ait un caractère collectif.

Une renonciation et une renonciation qui ait un caractère collectif peut imprimer au phénomène d'ineffectivité le caractère de phénomène de non-droit. Il peut se faire par exemple que, en notre fin du XXe siècle, des malfaiteurs se réfugient dans des forêts épaisses encore dans l'Europe occidentale et arrivent, de la sorte, à échapper à la répression pénale. Ce n'est pas, un phénomène de non-droit parce que le droit n'a pas renoncé à atteindre ces malfaiteurs, et même si, d'aventure, le Ministère Public, appliquant le principe de l'inopportunité des poursuites, décidait de classer l'affaire, renonçait à atteindre les malfaiteurs, ce serait une renonciation individuelle, particulière, il n'y aurait pas le caractère global que l'on doit attendre d'un phénomène de non-droit.

Mais, au contraire, si l'on raisonne sur les forêts du haut-Moyen-Age, où vivait un peuple d'outlaws de hors-la-loi ,

on était en présence d'un phénomène de non-droit; le droit, ici, reconnaissait ses limites, renonçait à pénétrer dans ces massifs **de non-droit** qu'étaient les forêts impénétrables de cette époque.

Ceci permet de faire la distinction entre les phénomènes **de non-droit** par ineffectivité globale, par renonciation globale **de la** règle de droit à s'appliquer et les phénomènes de simple ineffectivité.

§ 2 - LE NON-DROIT COMME CHOIX INDIVIDUEL.

Par hypothèse, l'individu se trouve placé en présence d'une option ; il a l'option entre une situation juridique définie par le droit et une situation qui est analogue à la situation juridique, mais qui n'est pas une situation de droit, et il choisit de se placer sous la seconde situation. Il y a ainsi une part de non-droit qui dérive d'une option des individus choisissant de se placer dans une situation de fait, ou dans une relation d'amitié.

Les situations de fait sont bien connues des juristes depuis, au moins, un certain nombre d'années. Il en est ainsi pour le concubinage en face du mariage, pour la séparation de fait en face du divorce ou de la séparation de corps ; il y a là des situations de fait qui apparaissent comme le décalque de situations de droit, et l'individu paraît avoir une option entre la situation juridique et la situation de fait correspondante.

Le terme "option", ne veut pas dire, nécessairement, un choix arbitraire, un choix qui n'est déterminé par aucune motivation. Il peut se faire que la volonté de celui qui opte pour la situation de fait plutôt que pour la situation de droit ne soit pas une volonté absolument libre, mais une volonté contraire, "coacta voluntas, tamen voluntas".

Par exemple, l'étude sociologique du concubinage, dans nos sociétés industrielles montre que, presque toujours, du moins dans le milieu prolétarien, le concubinage n'est pas choisi par une idéologie libertaire mais, en réalité, parce que les concubins ne peuvent pas faire autrement. Bien souvent, parmi les concubins, l'un deux au moins est engagé dans les liens d'un précédent mariage; il ne peut pas obtenir le divorce parce qu'il n'en a pas les moyens matériels, parce que cela demande trop de temps, parce qu'il n'en a même pas la force psychologique. Le concubinage, presque toujours dans ce type d'union libre, n'est pas un choix arbitraire, mais il n'empêche qu'il y a tout de même un choix.

On pourrait faire des réflexions analogues pour la séparation de fait.

En pareil cas, le droit se retire d'une situation qu'il avait une vocation naturelle à occuper; il y avait place pour le mariage, et ce sera l'union libre; il y avait place pour la séparation de corps et ce sera la séparation de fait. Nous sommes en présence d'un non-droit par choix individuel.

Dans d'autres cas, le non-droit résulte d'une option en faveur d'une relation d'amitié. Il faut prendre ici le terme "amitié" dans le sens aristotélicien : Aristote disait que les relations sociales peuvent s'ordonner sur deux axes, l'axe de la justice, la dike et l'axe de l'amitié, la philotès . Il y a des relations sociales ou inter-individuelles qui, en effet, plutôt que de s'ordonner sur l'axe du droit peuvent, par une volonté des intéressés, s'ordonner sur l'axe de l'amitié. Les individus pourront faire un arrangement qui ne sera pas un arrangement juridique, qui sera un arrangement de philotèque, qui sera un arrangement de pure amitié.

DOMAT a consacré le Chapitre VI de son Traité des Lois à ce qu'il appelle "La nature des amitiés et leur usage dans la société".

"L'amitié, y écrit-il, n'est pas régie par les lois civiles..."

L'amitié en effet, est en dehors du droit; elle implique une volonté de se tenir en dehors du droit, sinon les amis fonderaient une société, fonderaient une association, fonderaient une amicale.

Des points d'émergence de cette relation d'amitié qui n'est pas une relation juridique sont fournis par la jurisprudence. Il en est ainsi du transport bénévole: le transporteur ne pourra pas être poursuivi par celui qu'il aura transporté gratuitement, sur la base de l'article 1384, alinéa 1er; il ne sera pas responsable de plein droit, il pourra seulement être atteint par la voie de l'article 1382, c'est-à-dire que le transporté aura une situation moins favorable, il faudra démontrer la faute commise par le transporteur à titre gratuit.

Or, beaucoup de juristes ont manifesté leur étonnement devant cette jurisprudence; estimant que juridiquement, on devait traiter la question sur le terrain de la responsabilité contractuelle :

- il y a, pensent-ils, un contrat de transport à titre gratuit, comme il y a un contrat de transport à titre onéreux, et le transporté à titre gratuit devrait pouvoir invoquer, s'il n'a pas été rendu à destination sain et sauf, les principes de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire le fardeau de la preuve ne devrait pas lui incomber."

Il semble pourtant que c'est la jurisprudence qui, sociologiquement, a vu plus juste en refusant de saisir, dans un contrat juridique, cette relation entre le transporteur et le transporté à titre gratuit. En réalité, les deux intéressés se sont placés, ont voulu se placer en dehors du droit, ils n'ont pas voulu créer une relation de droit, mais une relation d'amitié de pilotes; on est en dehors du droit et c'est pourquoi la responsabilité ne peut-être ici qu'une responsabilité délictuelle, si l'on arrive à faire ressortir de la conduite du transporteur une faute caractérisée commise par lui. On n'est pas sur le terrain du contrat parce que l'on n'est pas sur le terrain du droit.

Mais on peut généraliser cette expérience du transport bénévole et la vérité, c'est qu'en présence de tout contrat qui pourrait être juridique, les intéressés ont l'option possible en faveur d'un contrat, qui ne sera pas juridique, en faveur d'un accord qui sera un accord d'amitié.

POTHIER s'en est expliqué très clairement dans un passage liminaire de son Traité des Obligations (N°3) qui a une réelle valeur sociologique :

" Il y a des promesses que nous faisons de bonne foi et
" avec la volonté actuelle de les accomplir mais sans un
" intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le
" droit d'en exiger l'accomplissement, ce qui arrive lors-
" que celui qui promet déclare, en même temps, qu'il n'en-
" tend pas, néanmoins, s'engager; ou bien lorsque cela ré-
" sulte des circonstances ou des qualités de celui qui pro-
" met et de celui à qui la promesse est faite.

" Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils, qui étu-
" die en droit, de lui donner de quoi faire, dans les va-
" cances, un voyage de récréation en cas qu'il emploie
" bien son temps, il est évident que le père, en faisant
" cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils
" un engagement proprement dit".

Entendez un engagement juridique.

Il y a de nombreuses relations interfamiliales à l'intérieur de la famille qui sont des relations de philothèque, qui ne sont nullement des relations juridiques. C'est là un principe tout à fait général du droit, une option fondamentale qu'a l'individu.

S E C T I O N I I

INTERPRETATION DES PHENOMENES DE NON-DROIT

Il est facile de conjecturer que les interprétations peuvent être divergentes. On peut songer à formuler, au sujet de des relations entre droit et non-droit, des relations réciproques des hypothèses de structure, des hypothèses d'évolution, des hypothèses génétiques se situant à travers le temps.

1 - LES HYPOTHESES DE STRUCTURE.

Deux positions extrêmes sont concevables. Dans un premier extrême, on soutiendra le caractère secondaire des phénomènes de non-droit ; on soutiendra que ce non-droit n'est rendu possible que par le cadre de droit qui l'enveloppe.

Pour prendre un exemple cité précédemment la loi, au Tonkin, ne s'endormait que parce qu'elle était sûre de se réveiller au jour dit.

Cette première interprétation tend, à considérer les phénomènes de non-droit comme des phénomènes seconds par rapport aux phénomènes de droit.

Mais, dans une thèse opposée, on soutiendra, au contraire, le caractère primaire des phénomènes de non-droit, car, il ne faut pas s'imaginer que, ce vide de droit, c'est le vide de toute norme sociale, de tout principe d'ordre et d'harmonie inter-individuel, parce que le droit n'est pas toutes les normes de conduite humaine que l'on puisse imaginer. Il y a quelque chose qui remplira le vide de droit et c'est pourquoi le non-droit pourra parfaitement fonctionner par ses seules forces, sans avoir besoin de cet appui ambiant, périphérique du droit.

Qu'est-ce donc que ces normes, que ces forces d'harmonie et d'ordre qui permettront au non-droit de se dérouler sans heurt?... D'abord, les règles de conduite sociale, qui ne sont pas des règles juridiques, des règles de mœurs, des règles de morale, **des** règles de religion, et, même par-delà des règles de conduite **so-**ciale, il peut y avoir un principe individuel, un principe d'ordre et d'harmonie qui fait que l'homme n'est pas un loup pour l'homme, même une sorte de tendresse humaine, avec laquelle il ne serait pas réaliste, de ne pas compter.

Si l'on songe à ce que l'on appelle le droit international public, on constate que, c'est, au fond, un vide de droit, mais c'est, cependant, un vide de droit qui n'est pas absolument abandonné au désordre et à l'inharmonie ; il y a quand même, dans les relations entre les Etats, un principe d'ordre et d'harmonie qui provient probablement de la prudence raisonnable que les gouvernants de chaque Etat pratiquent dans leurs relations avec les autres Etats.

Telles étant les deux hypothèses de structure concevable sous leur forme extrême - c'est la vérification qui serait importante. La vérification cruciale, nous ne l'avons pas ; elle consisterait à supprimer le droit pendant un certain temps pour voir ce qui se passerait. On a, parfois, soutenu que cela s'était rencontré à certaines périodes révolutionnaires et, notamment, on l'a prétendu de la première phase du communisme militaire en Russie soviétique, après la chute du tzarisme. Certains textes des gouvernements révolutionnaires semblaient abolir le droit tzariste, sans le remplacer par quelque chose, mais, en réalité quand on y regarde de plus près, on constate que ce n'était pas le *vacuum legis*, il y avait tout de même des normes qui étaient proposées au juge dans cette période intermédiaire, ce n'était donc pas un vide total de droit.

Les études statistiques pourraient permettre d'établir des relations, des comparaisons d'importance entre les phénomènes de droit et les phénomènes de non-droit. A cet égard, il faut constater que, - sur certains points, - où la comparaison est particulièrement naturelle parce que le phénomène de non-droit se présente comme le décalque du phénomène de droit, - les phénomènes de non-droit sont, statistiquement, moins nombreux que les phénomènes de droit. Il y a, en France, à notre époque, sensiblement moins de concubinages qu'il y a de mariages.

On a fait des appréciations statistiques sur le pourcentage des concubinages par rapport aux mariages : il est d'environ 3% ; 3 unions libres pour 100 mariages, cela n'est pas incompréhensible : la pesanteur du droit s'exerce en faveur de la situation de droit, et c'est naturel, il est plus commode de vivre dans une situation de droit que dans une situation de fait, surtout dans un Etat bureaucratique, dans un Etat interventionniste.

Il y aurait un autre procédé de vérification, qui serait une enquête de motivation individuelle, essayer de rechercher quelle est la solution qui paraît la plus naturelle aux esprits, aux profanes, pas aux techniciens du droit - lorsqu'il y a une option possible entre la situation de droit et une situation de non-droit.

§ 2 - LES HYPOTHESES D'EVOLUTION.

Le problème est le suivant : allons-nous vers plus de droit ou vers moins de droit?... Le passage se fait-il du droit au non-droit, se fait-il du non-droit au droit?...

Dans une certaine mesure de droit naturel, en sublimant le droit naturel en une morale sans obligation ni sanction, on concluera que l'avenir, c'est le non-droit.

Partant de postulat différents, le marxisme a soutenu une thèse qui évoque un peu la thèse du non-droit, de cette marche vers le non-droit, mais, à la vérité, ce n'est pas exactement la même chose.

Dans la société communisme de l'avenir, l'Etat dépérira. Mais cela ne veut pas dire forcément que le droit disparaîtra. Les deux choses ne sont pas nécessairement liées et on peut très bien concevoir que le droit étatique disparaîtra, remplacé par des droits de groupement particulier, des droits de coopérative, des droits de syndicat, des droits de kolkhoze. Si bien qu'il y aurait disparition du droit étatique sans, pour autant, qu'il y eût disparition du droit en général.

Il n'empêche que, dans ces deux conceptions, on aboutit, assez facilement, à une certaine atténuation du droit, à une certaine exténuation du droit; le progrès, ce serait de moins en moins de droit.

Toutes les thèses libérales, au XVIIe siècle, se ressentaient de cette idée, notamment dans le plan du droit pénal. Vous connaissez la formule d'Ihering l'histoire de la peine est celle d'une abolition constante. C'était bien une exaltation du non-droit sur le terrain du droit pénal.

Dans une vue différente, assez technicienne, on admettra, au contraire, que la marche de l'humanité se caractérise par une complexité croissante, et qu'en conséquence, il est naturel que le droit épouse ce mouvement de complexification.

Il est possible que, chez certains théoriciens du progrès, à notre époque, ce soit cette vue qui l'emporte.

Le sous-développement, dans la théorie du non développement des sociétés archaïques, serait assez facilement traduit, dans le plan juridique, par un état de moindre-droit, dont la sous-administration ne serait, en quelque sorte, qu'un symptôme, si bien que le développement, le passage à la civilisation devrait se traduire par une amplification du droit.

On peut voir les deux "branches de l'option. Il est évident que chacun donne une solution qui est en accord avec ses propres tendances. Quand les juristes sont jeunes et qu'ils ne sont pas fatigués du droit, ils ont une tendance à se réjouir que le droit soit de plus en plus complexe, - mais quand les juristes prennent de l'âge, fatigués du droit, ils se réjouiraient assez volontiers d'atteindre l'âge d'or du non-droit.

SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FAMILLE

- SECTION PRELIMINAIRE -

Nous voici en présence d'un phénomène d'une extraordinaire richesse sociologique. Le Code Napoléon était dit-on considéré la famille comme une quantité négligeable, on se souvient de la formule :

"- Ce Code fait pour un individu qui serait né orphelin et mourrait célibataire".

Mais nous savons aussi ce que cette formule a d'injuste. S'il y a dans le Code Civil un certain détachement à l'égard de la famille, s'il s'est borné à régler certains points pathologiques du droit de la famille, sans prendre des dispositions de principe, sans faire des déclarations retentissantes sur la famille en tant que corps, c'est qu'il a considéré la famille comme le plus remarquable des phénomènes de non-droit, un phénomène qu'il convenait de laisser, pour une large part, à l'Empire des mœurs et de la morale, ce qui ne veut pas dire, d'ailleurs, que la famille soit tout entière en dehors du droit. L'attitude inverse serait, elle aussi, excessive.

La famille est à la jonction de la sociologie et du droit. La famille est au coeur de la sociologie; c'est, sociologiquement un phénomène de groupe irréductible à tout autre à cause de son substratum physiologique. Elle a à sa base des phénomènes d'ordre physiologique ou sexuel; c'est, d'autre part, le plus général des phénomènes de groupe, c'est un groupe étroit, très étroit, dont la cohésion est cimentée, précisément, par ces bases physiologiques.

C'est, par ailleurs, le phénomène de groupe le plus quotidien qui soit vécu constamment par les individus, ce qui n'est pas tellement fréquent parmi les phénomènes de groupe. C'est, probablement, le plus important des phénomènes de groupe pour la constitution de la société.

Et, pourtant, paradoxalement, il est des sociologues, parmi les modernes, qui mettent sur le même plan que la famille, comme aussi importants sociologiquement, les groupes de voisinage ou, même, ce qu'ils appellent, avec un sens technique particulier, les petits groupes autonomes, comme, par exemple, les groupes de camaraderie ou même les groupes de commérage. Ce serait, pour la formation de la sociabilité; aussi important que la famille, nous disent des auteurs comme MORENO ; ce seraient les véritables unités primaires de la société.

Sans doute, ces petits groupes autonomes peuvent contribuer au jeu de la sociabilité, mais à un jeu qui demeure externe, superficiel; la constitution de la société est quelque chose **de** plus profond, elle résulte de groupes plus stables, plus **en** profondeur, et de la famille, sans doute, en premier lieu.

La difficulté, n'est pas d'étudier la famille en terme **de** sociologie, mais de l'étudier en terme de sociologie juridique; les phénomènes élémentaires qui sont à sa racine, le mariage, la filiation, apparaissent partout comme des phénomènes juridiques. Par là, la sociologie du droit de la famille nous apparaît comme devant être une recherche inter-disciplinaire.

Dans un §ler de cette Section Préliminaire, nous examinerons ce caractère inter-disciplinaire de la recherche dans la sociologie du droit de la famille avant de consacrer un § second, à exposer le programme de cette partie spéciale du cours.

§ 1 - CARACTERE INTERDISCIPLINAIRE D'UNE SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FAMILLE.

Sans doute, on pourrait faire une constatation analogue pour d'autres secteurs de la sociologie juridique. Mais le caractère interdisciplinaire est plus marqué pour la sociologie **du** droit de la famille que pour les autres secteurs de la sociologie juridique.

Cela tient, d'une part, à la multiplicité des disciplines qui sont engagées dans cette recherche et, d'autre part, à une difficulté de principe, relative aux rapports entre le droit dogmatique et le reste des disciplines, les disciplines extra-dogmatiques.

A - DES DIFFERENTES DISCIPLINES MISES EN CAUSE PAR LA SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FAMILLE.

La constitution de cette sociologie paraît nécessiter, une coopération élémentaire du droit dogmatique et de **la** sociologie générale. Cependant, au fur et à mesure que la recherche se poursuivait dans ce domaine, elle devenait plus complexe, **elle** prenait en considération un nombre croissant de variables, ce qui mettait en cause de nouvelles disciplines auxiliaires d'une sociologie du droit de la famille ou d'une sociologie de **la** famille.

Examinons, d'abord, la coopération de base entre sociolo-

gie générale et droit dogmatique.

I) La coopération de base.

Une sociologie du droit de la famille doit faire appel, la fois, au droit dogmatique et à la sociologie générale.

Des apports lui viennent de l'une et de l'autre disciplines. Il y a d'abord un apport, qui pourrait être fondamental, du droit dogmatique, principalement du droit civil, qui, a compétence pour traiter du droit de la famille.

Néanmoins, à notre époque, le droit social, c'est-à-dire le droit du travail, le droit de la Sécurité Sociale et des Allocations Familiales a acquis une importance particulière pour la sociologie du droit de la famille. C'est une vue couramment représentée que ce droit social, traduit une conception de la famille qui est en avance sur la conception du droit civil. Le type moderne de la famille se refléterait, plus exactement, dans le droit social que dans le droit du Code Civil.

On pourrait tenir compte aussi du droit fiscal et également du droit administratif. Mais c'est surtout le droit civil et, ici, en particulier, qui est intéressant.

Un point de vue sociologique très général n'a jamais été absent d'une étude dogmatique du droit de la famille, en ce sens que, même au XIXe siècle, les juristes classiques - et on peut songer, par exemple, à DEMOLOMBE, à AUBRY et RAU - ne manquaient pas de faire observer que le droit, dans le domaine de la famille est particulièrement impuissant s'il n'est soutenu par les mœurs et la morale. Nous retrouvons ici une formule générale, mais avec une acuité propre au domaine de la famille; "Quid leges sine moribus".

Il y a, dans le droit de la famille, faisaient remarquer ces auteurs, des devoirs qui sont consacrés par le Code, comme le devoir d'assistance entre époux, le devoir d'honneur et de respect de l'enfant envers ses parents, qui ne sont concevables que comme des devoirs moraux, en terme de mœurs, partant, de sociologie.

Et, plus récemment, chez tel civiliste, on trouvera cette image que les institutions du droit familial ont besoin d'être vivifiées continûment par la montée de la sève morale.

A notre époque, la part faite à la sociologie dans l'étude du droit de la famille, côté juridique, est d'un autre ordre. Les juristes, les civilistes, se sont complus à décrire les transformations de la famille et du droit de la famille depuis, surtout, la lère guerre mondiale. Il existe une description de l'é-

volution familiale qui peut sembler avoir un caractère sociologique et qui est un des lieux-communs de la littérature civiliste de nos jours.

Assez souvent, on peut bien le dire, un évolutionnisme sommaire a tenu lieu aux juristes de toute sociologie. La sociologie ne se borne pas à cet évolutionnisme rudimentaire. Tout de même, il y a là, en un sens, une tentative sociologique.

Or, il est remarquable que, dans son ouvrage célèbre, "Les Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon", Léon DUGUIT (1912) ne faisait aucune mention des transformations de la famille. A cette époque, il semble que l'évolution du droit de la famille n'avait pas commencé. Peut-être faut-il dire que, personnellement, il acceptait plus facilement l'évolution dans le domaine de la propriété, ou du contrat, ou de la responsabilité, qui sont les grands thèmes de son ouvrage sur les transformations du droit privé, plutôt que dans le droit de la famille.

Le droit de la famille met toujours en cause des valeurs affectives, beaucoup plus que les autres; il est lié à des concepts moraux, religieux, il est lié à notre éducation traditionnelle. Nous avons beaucoup plus de mal à prendre le recul de l'objectivité, à l'égard des phénomènes familiaux qu'à l'égard des autres phénomènes du droit civil, et l'ouvrage de DUGUIT en est le témoignage.

Plus près de nous, au contraire, cet évolutionnisme va être transporté au droit de la famille. Dans l'ouvrage de M. René SAVATIER "Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui", on peut lire, (Tome I, pages 108 et suivantes), un développement sur les transformations, l'évolution moderne, récente du droit de la famille.

Dans le Tome II de ce même ouvrage, une tendance un peu différente, se fait jour elle est, probablement, plus sociologique, plus scientifique, l'idée d'une recherche inter-disciplinaire qui serait indispensable entre le droit et la sociologie.

Nous arrivons ainsi, à la conception d'une recherche inter-disciplinaire que les juristes devraient mener en commun avec les sociologues. Un apport important nous vient, en effet, de la sociologie générale. Depuis qu'il y a une sociologie et avant même que la sociologie fût scientifiquement constituée, la sociologie s'intéresse à l'institution familiale.

Nous essaierons de classer ces apports en utilisant tour à tour deux critères : les méthodes qui ont été appliquées et les positions doctrinales qui ont été affirmées.

On a appliqué, en sociologie générale, à l'étude de la famille, tantôt des méthodes de bibliothèque, tantôt des méthodes de recherche sur le terrain.

Parmi les méthodes de bibliothèque, la plus simple a été la méthode historico-comparative. L'existence d'une statistique de l'Etat-civil, à partir du début du XIXe siècle, a permis, de la part des premiers démographes, des études de sociologie familiale, qui avaient un caractère d'ores et déjà sociologique.

On a appliqué ensuite les méthodes d'observation sur le terrain. Ici, il faut citer Frédéric LE PLAY, dont les oeuvres capitales se situent sous le second Empire. LE PLAY a appliqué à l'étude de la famille la méthode dite "des monographies". Il procéda à des enquêtes dans différentes provinces françaises et, même, dans différents pays d'Europe, enquêtes dont les résultats se trouvent consignés dans une série d'ouvrages: "Les ouvriers européens", "La réforme sociale", "La constitution essentielle de l'humanité", "L'organisation de la famille selon le vrai modèle"

Cette méthode de l'enquête monographique, telle que LE PLAY l'avait maniée, fut critiquée plus tard par l'école Durkheimienne, - on était à la fin du XIXe siècle, au début du XXe siècle - elle lui semblait une méthode peu scientifique, parce que la monographie, prend pour objet d'étude le particulier, alors que, disait-on, il n'y a de science que du général. Etudier la famille monographiquement, c'est donc s'interdire de s'élever à la généralité du phénomène.

Cependant, chez les sociologues plus récents, les sociologues de notre époque, notamment les sociologues américains - on est revenu sur cette sorte de préjugé méthodologique contre la monographie, la méthode monographique de LE PLAY. LAZARSFELDS célèbre sociologue américain rend hommage à LE PLAY pour tout ce qu'il a apporté à la science par ce premier travail d'enquête, qui était véritablement une première démarche scientifique.

De nos jours, les enquêtes sont menées, par une technique qui n'est plus particulièrement monographique, ce sont des enquêtes extensives. Il y a eu, dans tous les pays, beaucoup d'enquêtes extensives dans le domaine de la famille. Le Centre d'Etudes Sociologiques, qui est un Laboratoire du Centre National de la Recherche Scientifique, le Groupe d'Ethnologie Sociale de M. CHOMBARD DE LAUWE, ont fait de nombreuses recherches, de nombreuses enquêtes sur la famille, la famille de nos sociétés industrielles. Mais c'est aussi par les positions doctrinales que les sociologues se sont séparés ; leur attitude à l'égard de l'institution de la famille en soi n'est pas identique ; on peut dire que, chez certains, c'est une attitude favorable, chez d'autres une attitude défavorable à l'institution familiale.

Il est évident que cette traduction favorable ou défavorable est grossière et rend mal compte de la réalité; néanmoins, il est bien vrai que l'institution familiale a été et reste encore un élément de division chez les sociologues. Il y a, à l'égard de la famille, une sociologie conservatrice et une sociologie que l'on pourrait qualifier, sans étiquette politique, "progressiste".

Il y a, d'abord, une sociologie conservatrice dont, la position est la suivante ; la famille doit être favorisée, doit être renforcée; la famille est l'unité élémentaire de la société, c'est le corps intermédiaire essentiel. Contre l'individualisme que symboliserait le Code Napoléon, suivant les partisans de cette doctrine,- la nécessité de renforcer la famille s'affirme au XIXe siècle.

Le nom d'Auguste COMTE peut être placé sur cette tendance doctrinale. Pour lui, la famille est la constitution essentielle de l'humanité; c'est l'unité sociale nécessaire. Et LE PLAY devait reprendre, précisément, cette tendance d'Auguste COMTE. Sociologue, appliquant, dans une certaine mesure, des méthodes que l'on peut dire positives, il était favorable à la famille, en réaction contre le système individualiste du Code Napoléon.

LE PLAY affirme la nécessité d'une famille forte. Là encore, il s'est attiré des critiques des Durkheimiens; l'Ecole Durkheimienne ne lui a pas pardonné cette attitude assez favorable à la famille, qui, chez LE PLAY, s'unissait à des sentiments religieux assez profonds,- il était également ouvert aux expériences de tous les pays, indépendamment de toutes les confessions. Il y avait, dans LE PLAY, par conséquent, une base scientifique que les Durkheimiens ont par trop méconnue.

En face de cette sociologie conservatrice s'est campée, en quelque sorte, dès le XIXe siècle, une sociologie progressiste, qui met l'accent sur ce qu'il y a de contingence, de relatif dans l'institution familiale. La famille n'a pas toujours existé, du moins n'a pas toujours existé sous la forme que nous constatons dans nos sociétés modernes; et, elle n'existera pas toujours, elle est soumise à la grande loi de l'évolution. Et, ici, il faut citer Frédéric ENGELS, le compagnon de KARL MARX, auteur d'un ouvrage qui fit grand bruit en 1884, "Origines de la famille, de la propriété et de l'Etat". Il s'appuie sur cette idée de l'évolution de la famille pour soutenir que la famille, telle que nous la voyons dans la société du XIXe siècle, est liée à une conception de classe et qu'elle disparaîtra.

Les Durkheimiens devaient aussi insister sur cette idée évolutive en matière familiale. Durkheim a établi un schéma de l'évolution de la famille qui tend à diminuer son rôle et, à la placer comme une valeur seconde par rapport à la société et à

l'état. L'attitude est donc ici défavorable à l'égard de la famille.

Chez les sociologues modernes, les sociologues qui pratiquent, aujourd'hui, la technique de l'enquête extensive professent les mêmes tendances progressistes. Pour eux, un nouveau type de société apparaît, la société de l'âge industriel. Certains d'entre eux disent même - "la famille industrielle".

II) l'appel aux disciplines auxiliaires de la sociologie et du droit.

Au fur et à mesure que la recherche s'étendait, qu'elle devenait plus complexe, on faisait appel, pour construire une étude de la famille, à un nombre croissant de disciplines. Le droit lui-même appelait certaines de ses disciplines auxiliaires. Il faut signaler le rôle important que jouent, dans notre domaine, - le droit romain, surtout le très ancien droit romain, dans la mesure où, travaillant sur une société archaïque, il rejoint les préoccupations de l'ethnologie juridique: - l'histoire du droit, qui a étudié spécialement, dans notre domaine, les communautés familiales du Moyen-Age, cette structure communautaire de la famille au Moyen-Age et, également, la structure patriarcale de la famille dans les derniers siècles; - le droit comparé enfin.

La révélation du premier Code Soviétique de la famille en 1918, Code qui mettait sur le même rang, semblait-il, un mariage de fait et un mariage de droit, qui supprimait, semblait-il, la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, fit, évidemment, grand bruit dans la sociologie de la famille, mais ce sont surtout les disciplines auxiliaires de la sociologie générale qui ont été mises ici à contribution. Quelles sont ces disciplines? ...

C'est, en première ligne, l'ethnologie; elle a joué un rôle considérable, elle a permis des recherches génétiques, elle a contribué à relativiser la famille en la montrant soumise à la grande loi d'évolution. Néanmoins, et sans entrer dans les nuances, il faut noter que l'ethnologie contemporaine est peut être moins évolutive que ne le fut l'ethnologie du début du siècle, l'ethnologie durkheimienne.

Il en est ainsi, des ouvrages de M. Claude LEVI-STRAUSS, notamment sa thèse "Les structures élémentaires de la parenté", qui est de 1949. Il semble que M. LEVI-STRAUSS en marquant que la prohibition de l'inceste est une constante de l'humanité tend à faire admettre l'idée de permanence, de constance dans la structure de la famille. On ne peut pas, en tout cas, ne pas retirer des travaux de M. Claude LEVI-STRAUSS l'impression qu'ils sont

moins évolutionnistes que ceux de l'ethnologie durkheimienne en général.

Et puis, il y eut l'apport de la démographie; science qui ne s'en tient pas à un dénombrement d'individus, mais qui s'intéresse également aux familles, aux phénomènes juridiques du droit familial, au mariage, au divorce; seulement, elle ne les étudie pas sous l'aspect qualitatif- par des méthodes psychosociologiques; c'est plutôt le phénomène mariage, la nuptialité, le phénomène divorce, la divorcialité; elle s'efforcera de les atteindre par la méthode statistique, qui a l'avantage scientifique, d'être une méthode objective. S'il n'est de science que du général, avec la méthode statistique nous pouvons espérer, atteindre le général.

En troisième ligne, la psychologie a été mise en cause. Il existe des liens généraux, entre la psychologie sociale et la sociologie. La sociologie, telle qu'on la conçoit aujourd'hui, est, pour partie, une psychologie sociale. Mais, dans le domaine de la famille, c'est l'entrée en scène de la psychanalyse qui a déterminé un afflux de psychologie dans l'étude des relations familiales.

Le freudisme a apporté ou prétendu apporter des éclairages nouveaux dans la compréhension des relations familiales, et, même, il a prétendu apporter des solutions pratiques, des thérapeutiques aux problèmes familiaux.

Le freudisme, la psychanalyse ont été sujets à de très vives discussions; il faut en voir, en tout cas, l'importance dans la sociologie moderne du droit de la famille, spécialement en Amérique. Cette intervention de la psychanalyse a eu un résultat que l'on peut, brutalement, formuler ainsi: elle a donné le pas, dans les relations familiales, à l'aspect conflit, à l'aspect tension sur l'aspect harmonie. C'est une pathologie de la famille que la psychanalyse.

La littérature, en tout cas, est, innombrable. Il faut signaler, notamment, parce que c'est un des classiques de la sociologie américaine, l'ouvrage de TALCOTT PARSONS et Robert BALES, qui a paru en 1955, sous le titre "La famille. Socialisation et processus d'inter-action".

Des disciplines auxiliaires, sont venues s'ajouter. Ainsi, nous avons, aujourd'hui, une sociologie de l'éducation qui prétend à une autonomie entre les différents secteurs de la sociologie. Les réactions de l'éducation, de l'enseignement de l'école, à notre époque moderne, sur la vie de la famille sont étudiées par cette sociologie de l'éducation. Il est certain que les formes de l'éducation n'ont pas été les mêmes à travers la série sociologique et, a priori, on peut conjecturer que ces différen-

tes formes de l'éducation ont eu des conséquences sur les structures familiales.

Par exemple, à SPARTE, on pratiquait une éducation en commun; c'était, probablement, une survivance de la parenté classificatoire. Mais l'éducation en commun a reparu, il y a quelques années, dans la commune chinoise. Il va de soi que ces différentes formes de l'éducation ont eu leurs conséquences sur les structures familiales.

Dans un ouvrage intitulé "L'enfant et la vie familiale", publié en 1960, M. ARIES montre la grande transformation qui s'est opérée, probablement; ou qui se serait opérée - vers le XVI^e siècle dans les formes de l'éducation :

"... Au Moyen-Age, dit-il. l'éducation avait lieu couramment sous la forme de l'envoi de l'enfant, de l'adolescent, dans une autre famille plus ou moins lointaine.."

L'enfant était extrait de son milieu familial, il allait faire son apprentissage au dehors, et, réciproquement, la famille qui envoyait l'enfant au dehors, accueillait un autre enfant. Nous connaissons le processus sous ses formes modernes. Il aurait été, d'après M. ARIES, - une constante de l'éducation médiévale.

Au contraire, à partir du XVII^e siècle, il va y avoir, soit éducation dans la famille, soit éducation dans les écoles, mais il n'y aura plus cet envoi de l'enfant au dehors.

Il va de soi que cette transformation dans les méthodes d'éducation a pu avoir, a dû avoir une conséquence sur les structures familiales.

On peut citer une série de sciences auxiliaires, à commencer par l'écologie, qui étudie les relations de l'homme avec son milieu naturel; c'est la science du milieu; la sociologie, qui est aussi une géographie de l'habitat. Il est perceptible que l'habitat a une influence sur les structures familiales: la famille, c'est une maison, la vie domestique, c'est la vie de la domus. Il est inévitable que les modes d'habitat influent sur les structures familiales.

La grande thèse de l'école de M. CHOMBART DE LAUWE c'est que la vie en H.L.M. se traduit par une structure familiale qui n'est pas la même que celle que crée la vie dans un appartement individuel ou, à plus forte raison, la vie dans une maison individuelle du type anglo-saxon.

M. ARIES, dans son ouvrage précité, fait une remarque d'un

autre genre, mais qui conclut à la même influence de l'habitat, du milieu, sur les structures familiales. Il remarque, en s'appuyant sur l'iconographie, la rareté des scènes d'intérieur jusqu'au XVe siècle. Dans la peinture médiévale, tout semble se passer au dehors, tout semble se passer à la campagne ou dans une rue; la rue médiévale, c'est un peu comme la rue arabe, elle est le prolongement de la vie de chacun, on vit dans la rue, on vit à la campagne, on ne vit pas à l'intérieur, il n'y a pas de scènes d'intérieur. Il en résulte que la vie familiale est sous le contrôle de la société beaucoup plus que si elle se déroulait entre quatre murs.

A partir du moment (XVIe siècle) où la famille va rentrer, elle va prendre, une conscience plus forte, plus énergique de son autonomie; le mur de la vie privé, c'est plus qu'une simple image, c'est une réalité, qui peut se traduire par les structures familiales.

Peut-être pourrait-on, à notre époque, faire encore une distinction, à ce point de vue, entre l'habitat du midi méditerranéen et l'habitat du nord, auxquels correspondraient deux formes de la famille, suivant que le besoin d'intimité est plus vif dans le nord que dans le midi.

D'une façon plus simple, plus élémentaire, on tient compte de l'habitat, en sociologie de la famille, à un autre point de vue, on distingue, ethnologiquement, plusieurs systèmes : le mariage virilocal, où le nouveau ménage va aller habiter chez le mari, le mariage uxrilocal, ou c'est au contraire, chez la femme que l'on va vivre; le mariage patrilocal, le mariage matrilocal.

Dans cette distinction de l'ethnologie familiale, on tient compte du lieu où se situe ce que nous appellerions, en terme de droit dogmatique, droit international privé, le domicile matrimonial.

Il convient de souligner combien s'est enrichie la palette des sociologues qui se proposent d'étudier le droit de la famille. Cette luxuriance de points de vue est une difficulté, à laquelle s'en ajoute une autre, qui est, en quelque sorte, de principe.

B - DES RAPPORTS QU'IL CONVIENT D'ETABLIR ENTRE LE DROIT DOGMATIQUE ET LES DISCIPLINES NON DOGMATIQUES POUR LA CONSTITUTION D'UNE SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FAMILLE.

Ces rapports sont difficiles. Nous les vérifierons en nous limitant aux rapports du droit et de la sociologie générale, en

négligeant les disciplines auxiliaires, - ces rapports pouvant avoir une valeur exemplaire.

La difficulté vient, en partie, de l'incompréhension mutuelle entre juristes dogmatiques et sociologues mais peut-être aussi de la substance même du droit et de la sociologie appliquée à la famille.

Examinons les rapports entre droit dogmatique et discipline extra-dogmatique.

I) Quand à l'objet respectif des deux ordres de discipline.

Les deux sciences disent étudier, à égal titre, la famille en général et, si l'on prend des exemples plus concrets, l'autorité parentale ou bien le mariage.

Or, il est visible que, sous le même mot, ce n'est pas toujours la même chose. Qu'entendent les juristes et les sociologues de sociologie générale?... Les juristes pensent tout de suite à l'institution juridique; quand on leur parle, par exemple, de mariage, de l'institution juridique définie en terme de droit, ils voient un acte juridique, solennel, entre un homme et une femme, ayant pour objet une cohabitation sans limitation de durée et la création d'une famille; ou bien, par-delà l'acte juridique, ils voient une situation juridique durable, un ensemble de droits et d'obligations, droits et obligations résultant de cet acte juridique.

Les sociologues, eux, voient dans le mariage un phénomène social total, qui n'est pas spécifiquement juridique, qui est, à la fois, morphologique, psychologique, éthique, religieux, et ... juridique, mais, ce n'est qu'une face du phénomène social total, une face parmi beaucoup d'autres, et, même, les sociologues auront une tendance à réduire l'importance de la face juridique dans le phénomène social total qu'est le phénomène fami-

Une certaine attitude des sociologues de sociologie générale tend à réduire l'importance de la face juridique dans le phénomène familial.

Il est bien évident que le droit n'est pas tout dans la famille, que les relations d'amitié jouent un très grand rôle dans l'immense majorité des familles; néanmoins on ne peut pas non plus, sans verser dans l'absurde, pousser à l'extrême ce refoulement du droit sur les bases de l'étude de la famille, car le droit n'est pas seulement pathologique, le droit n'est pas seulement contentieux, il est, parfois, l'essence du phénomène

sociologique et on peut trouver qu'en se refusant à faire apparaître franchement, la face juridique de ce phénomènes social total que serait le phénomène familial, les sociologues s'interdisent de voir toute la réalité.

Quand les sociologues américains par exemple étudient le mariage, on ne voit pas très bien la différence qu'ils font entre le mariage et l'union libre; très souvent, ils mènent des recherches parallèles sur le mariage et l'union libre parce que, sociologiquement, cela leur paraît la même substance.

C'est ainsi qu'il y a eu, il y a quelques années, aux Etats Unis, une enquête pour rechercher si, dans la quête d'une compagne ou d'un compagnon, l'homme ou la femme s'attache plus à la complémentarité ou à l'identité. L'expression "une compagne", un "compagnon", est à remarquer peut-être l'époux, l'épouse, cela peut être aussi bien l'ami, l'amie, l'amant, la maîtresse. Il n'y a aucune différence dans le présupposé de cette recherche, parce qu'on s'est interdit de mettre en avant la face juridique du phénomène social total.

Or, il suffit de réfléchir un peu pour penser que les critères de la recherche peuvent n'être pas exactement les mêmes suivant que l'on recherche une compagne temporaire ou une épouse plus durable. Il est possible que le besoin de complémentarité soit un besoin second qui apparaisse quand il s'agit de se lier d'une façon durable, tandis que le besoin d'identité est le premier instinct de l'homme, il cherche son semblable. Seulement, s'il cherche une union stable, il dépassera ce premier point de vue et il recherchera, consciemment ou inconsciemment, - c'est un autre problème - il recherchera peut-être la complémentarité.

Donc, les critères de la quête ne sont pas nécessairement les mêmes suivant qu'il s'agit de la recherche d'un compagnon juridique ou d'un compagnon de fait, mais les sociologues américains s'interdisent, par leur systématique, de faire apparaître cette différence.

La vérité, c'est que faire apparaître la spécificité du phénomène juridique, c'est une difficulté assez profonde.

Il nous semble que, dans un régime juridique moderne, dans une société de légalité, il est très facile de distinguer ce qui est règle de droit et ce qui est règle de moeurs. C'est la formation par un organe constitutionnellement compétent qui caractérisera la règle juridique et, par conséquent, la différenciation est facile. Mais quand on opère sur des sociétés tant soit peu archaïques, où la règle de droit peut se présenter comme une coutume purement orale, qui aura, si nous raisonnons sur des sociétés vraiment archaïques, - une sanction purement diffuse, un mouvement de réprobation de l'opinion publique, - il sera extrêmement

difficile de marquer la séparation entre le phénomène de droit et le phénomène de moeurs; de fixer le seuil de la juridicité.

Même dans les sociétés évoluées, d'ailleurs, les sociétés évoluées et légalistes, la facilité, que nous avons vue ne pourrait bien être qu'une facilité de prime abord. Nous disons, par exemple - l'exemple nous vient de la sociologie américaine - que la règle qui, dans les sociétés occidentales, impose au séducteur d'épouser la fille séduite est une règle de moeurs, et n'est pas une règle de droit; sans doute, elle n'est pas une règle de droit en ce sens qu'il n'y a pas d'obligation directe d'épouser la fille séduite.

Cependant, l'obligation, quoique venant des moeurs, peut bien avoir une valeur juridique, en ce sens que le juge la prendra, éventuellement, en considération, en raison de la notion de faute qui est une notion juridique, pour condamner le séducteur, qui n'a pas réparé en épousant la fille séduite, à des dommages intérêts, si bien que la règle de moeurs aboutira à une règle de droit.

§ 2 - QUANT AUX FONCTIONS RECIPROQUES.

Entre la sociologie et le droit, un double courant est perceptible. On peut attendre que la sociologie de la famille apporte au droit de la famille quelque chose et, réciproquement, on peut attendre que le droit de la famille apporte quelque chose à une sociologie de la famille.

La coopération entre les deux ordres de discipline peut se manifester à cet égard. Plaçons-nous, d'abord, dans le sens de ce premier mouvement.

Les observations recueillies par la sociologie peuvent-elles être normatives?...

C'est un problème tout à fait général, un problème de fonction de la sociologie juridique.

La sociologie juridique peut-elle avoir une fonction législative?... Les juristes dogmatiques y sont, en thèse générale, hostiles. Ils ont un raisonnement philosophique qu'ils opposent comme un préalable à cette possibilité d'une sociologie législative, savoir que le droit ne saurait sortir du fait.

Il y a le monde du sein et le monde du sollen. Le droit, est le monde du sollen, le monde du devoir, tandis que la sociologie, elle, ne fait qu'accumuler des constatations. Elle se si-

tue tout entière dans le monde du sein. On ne peut donc attendre d'elle des conclusions normatives.

A la vérité, ces objections philosophiques sont peut-être trop transcendentales et confondent diverses hypothèses qui méritent d'être distinguées.

On peut, parfois, se demander, quand on parle d'une fonction législative qu'aurait la sociologie et, spécialement, la sociologie de la famille, des moeurs familiales effectives pourraient, par elles-mêmes être transformées en loi. Les juristes répugnent à admettre cette possibilité parce qu'ils craignent que de mauvaises moeurs soient, par là, canonisées.

Un exemple classique dans cet ordre de discussion est à citer : l'exemple du rapport KINSEY sur le comportement sexuel de l'Américain, ce rapport qui fit tant de bruit il y a quelques années. Il semblait résulter des constatations de ce rapport que la majorité des époux américains n'était pas fidèle.

Fallait-il en déduire que le devoir de fidélité doit être supprimé des législations familiales, sous prétexte que, dans le fait, ce devoir n'est pas observé?...

A la vérité, c'est ici le problème des rapports entre la loi et la coutume, savoir si la coutume peut avoir efficacité juridique contre les moeurs, mais il faut qu'il y ait véritablement coutume. Lorsque des moeurs, que nous supposons nouvelles sont suivies, publiquement, par la majorité des intéressés et avec, de la part de ceux-ci, la conviction que, ce faisant, ils s'obligent à un véritable impératif social, alors nous pouvons dire qu'il y a une coutume véritable et le problème général est celui de savoir si une coutume ne doit pas s'imposer contre les moeurs.

Seulement, s'il s'agit de moeurs qui sont suivies, même par la généralité des intéressés, mais clandestinement et, surtout, avec la conviction qu'il y a là quelque chose, qui doit-être dissimulé-, alors on ne peut plus parler d'une véritable coutume. La coutume, dans l'analyse juridique, suppose l'opinio necessitatis et, alors, on ne peut plus, ici, mettre en face de la loi une coutume, il n'y a plus un problème de conflit entre la loi et la coutume; en face de la loi, qui s'affirme sans rivale, il n'y a réellement que de mauvaises moeurs qui n'ont aucun titre à s'appliquer.

Parfois, le problème est présenté dans des termes légèrement différents et l'on se demande si l'attitude de l'opinion publique à l'égard d'une règle de droit positif familial peut avoir une valeur normative. Il ne s'agit plus et l'on voit la

différence de la conduite effective des individus - il ne s'agit plus des moeurs, des actions, des pratiques, il s'agit de l'attitude de l'opinion publique.

L'attitude de l'opinion publique à l'égard d'une règle du droit familial pourrait-elle avoir une valeur normative?... Le droit pourrait-il en tirer une conclusion législative?... Beaucoup de juristes ne veulent pas admettre ce rôle de l'opinion publique qui n'est pas compétente en matière juridique.

Le problème s'est posé assez longuement à la suite de l'Enquête du Nébraska, relative à l'autorité parentale. Cette enquête qui a été menée il y a quelques années, sur un échantillon de l'Etat de Nébraska, a permis de constater que, sur, un certain nombre de problèmes concrets de l'autorité, de la puissance parentale, il y avait une discordance entre la position de la "common law" et le sentiment de l'opinion publique.

On a, parfois, voulu tirer de là, la conclusion qu'une réforme législative était nécessaire, afin de mettre la "common law" en accord avec ces exigences de l'opinion publique, mais les juristes américains, lorsqu'ils ont discuté le problème en colloque, se sont élevés contre cette vue : il leur a paru que des techniciens pouvaient bien avoir une opinion valable au sujet de la valeur de telle ou telle règle de la "common law", relative à l'autorité parentale, mais que l'opinion non technique, l'opinion profane ne pouvait prétendre avoir une opinion valable, une opinion capable d'être transposée en termes législatifs.

On peut constater, par conséquent, la résistance de l'opinion juridique, de l'opinion dogmatique. Cette résistance semble excessive ; on est même frappé de voir qu'elle existe dans un Etat qui se pique d'être démocratique comme l'Etat d'Amérique. Il y a, quand même, quelque chose de peu démocratique à ne pas admettre que l'opinion publique non technique puisse avoir de positions valables sur tel ou tel problème de droit privé et, spécialement, sur tel ou tel problème du droit de la famille. A la rigueur, on comprendrait davantage que, sur des problèmes très techniques du droit civil, des problèmes du droit des obligations, des problèmes de la technique hypothécaire, par exemple, l'opinion publique non technique n'ait pas une très grande valeur par elle-même, mais quand il s'agit du droit familial, qui est directement vécu par la masse des individus, l'objection a beaucoup moins de force.

Enfin, il y a une troisième manière d'envisager le problème des rapports entre la sociologie et le droit, d'envisager en quoi la sociologie, peut influencer sur le droit. Il s'agit, d'une façon plus subtile, de se demander si, parfois la sociologie ne va pas influencer le droit, non pas par des conduites

qu'elle lui imposerait comme ayant en elles-mêmes une valeur normative, mais tout au contraire, par des conduites qu'elle porterait à son attention comme appelant une sanction sans consacrer des pratiques effectivement suivies. Ce sont, par hypothèse des pratiques minoritaires, des pratiques accidentelles; le droit de la famille peut les prendre en considération pour les combattre et pour les sanctionner. De même que le droit pénal prend en considération les infractions pénales, tous les méfaits qui sont commis, pour les ériger en infraction, pour édicter contre eux des sanctions, de même, en droit civil, en droit civil de la famille, il arrive que la loi prenne en considération des conduites aberrantes, des conduites déviantes, pour essayer de les redresser.

Or, il y a là un danger, qui est inhérent à tous les régimes de police, par opposition aux régimes de légalité, pour découvrir un coupable : on arrête facilement 100 innocents pour empêcher une infraction et on finit par paralyser toute action.

La tendance du législateur moderne, dans le droit familial a justement été, bien souvent, une tendance à légiférer en fonction de familles anormales. Le phénomène est très connu et il est évident dans notre droit moderne de la famille au XXe siècle c'est, souvent, en fonction de familles disloquées, délinquantes, sous-prolétariennes qu'ont été édictées beaucoup de nos réformes du droit familial.

L'exemple typique est celui des restrictions qui ont été apportées à tous les actes de naissance lorsque l'on a voulu protéger les enfants naturels. Cela donne bien le mécanisme : pour une situation exceptionnelle, on fausse tout l'ensemble du système ; les enfants légitimes ne pourront plus faire la preuve de leur filiation parce que l'on veut éviter que soit rapportée la preuve de la filiation des enfants naturels. Voilà l'économie générale de ce système de restriction à la publicité des actes de naissance.

Les césures dites "d'assistance éducative", qui ont été introduites dans les articles 361 et suivants du Code Civil par l'Ordonnance du 23 décembre 1958, ont été conçues dans le même esprit. On a pensé, à un petit nombre de parents qui sont incapables d'élever leurs enfants et on a édicté des mesures générales qui aboutissent à tenir en suspicion tous les parents.

C'est l'idée même d'un régime de police : le régime de police est un régime de suspicion pour la généralité des citoyens, afin d'atteindre les criminels éventuels. Nos projets de réforme des régimes matrimoniaux ont été marqués par le même état d'esprit. Constamment, dans les débats qui se sont déroulés devant le Parlement, on a pensé aux ménages séparés de fait; le résul-

tat a fait que l'on a formulé des règles paralysantes pour l'ensemble des ménages et qui pourraient être utiles seulement pour les ménages séparés de fait.

C'est là la difficulté d'une législation par, méthode pathologique. Cette méthode est ancienne; notre institution de l'hypothèque légale de la femme mariée repose sur ce type de raisonnement législatif. On suppose, en quelque sorte, un mari pathologique, et on grève d'une hypothèque tous les maris, même ceux qui sont parfaitement aptes à remplir leurs devoirs.

On a généralisé le système et la réforme de 1938-194-2, en matière de régimes matrimoniaux, et les projets de réforme qui sont en instance devant le Parlement, à l'heure actuelle, répondent toujours à cette même idée.

Nous avons, dans ce domaine du droit de la famille, deux conceptions de la loi qui s'affrontent :

- La loi est, en quelque manière, un hôpital, une cour des miracles, elle accueille tous les infimes.

- Mais on peut concevoir également la loi comme un recueil de maximes, de modèles, comme l'idéal d'une société.

Le droit de la famille peut-être conçu, si nous raisonnons plus spécialement sur lui, soit comme un règlement pour assistantes sociales ayant affaire à des enfants en danger, ou bien comme un recueil de proverbes pour pères de famille incontestés.

Il y a les deux pôles dans la conception du droit de la famille; ils sont influencés par la considération que, dans l'une et l'autre thèse, on accorde aux constatations collectées par la sociologie.

Tel est ce que la sociologie peut apporter, en gerbes de fait et d'opinions, à une construction du droit de la famille. Mais l'inverse pose également des problèmes: le droit de la famille ne pourrait-il pas apporter quelque chose à la sociologie, les sociologues, qui entreprennent de faire une sociologie de la famille, n'auraient-ils pas, bien souvent, grand intérêt à mieux se renseigner sur les données juridiques des structures familiales?...

Il semble que, bien souvent, une meilleure connaissance du droit de la famille permettrait aux sociologues, - qui s'intéressent à la sociologie de la famille, - une meilleure compréhension des phénomènes qu'ils veulent étudier, leur éviterait des méprises graves.

On ne peut pas ne pas être frappé, dans certaines études, d'ailleurs intéressantes, consacrées à notre époque, à la sociologie de la famille, par ce que nous sommes obligé d'appeler des "contre-sens juridiques". Vous connaissez le fameux slogan des féministes contre le Code Napoléon. "Une femme lucide n'égale pas son mari devenu fou". Ce n'est plus exact depuis les réformes de 1942. Mais la formule sera reproduite de confiance par les sociologues. Ceux-ci se font aussi beaucoup d'illusions sur l'ancien Droit ainsi, ils s'imaginent parfois que celui-ci pratiquait un régime de liberté testamentaire absolu, alors qu'en réalité, des institutions telles que la réserve coutumière et la légitime restreignaient la liberté testamentaire du père de famille d'une manière très sensible (il y avait alors une idée de co-proprieté familiale qui était extrêmement restrictive de la volonté du père de famille).

§ 2 - PROGRAMME DE LA PARTIE SPECIALE.

Parmi toutes les parties du droit civil, il est certain que la famille est celle qui se prête le plus facilement à une transposition sociologique. Dans les ouvrages de sociologie générale, assez facilement il y a une partie consacrée à la sociologie de la famille. Ainsi, le Manuel de Sociologie de CUVILLIER, contient, aux § 177 et suivants, un développement important sur la sociologie domestique, qui est la sociologie de la famille.

Quand il s'agit de la sociologie du contrat, de la responsabilité, des obligations, du crédit, ce sont des institutions très techniques, et les sociologues ne s'y sentent pas à l'aise, tandis que la famille leur fait rencontrer l'homme dans son existence vécue. C'est pourquoi il existe - d'ores et déjà, une sociologie de la famille, qui est constituée, tandis que nous n'avons pas de sociologie du contrat ou de sociologie de la responsabilité.

Mais il faut convenir que, par là même, la difficulté d'une sociologie de la famille est accrue, du fait que ce domaine est plus accessible que des domaines plus techniques du droit et qu'il a été plus facilement envahi par la sociologie générale. Les sources y sont surabondantes; il existe, par exemple, une bibliographie du mariage et du comportement familial, qui a paru en 1958 et qui comporte un millier de numéros: "Sociologie du mariage et du comportement familial. Tendances actuelles et Bibliographie".

Depuis lors, la littérature de sociologie générale n'a fait que s'amplifier. Cette surabondance des sources impose une certaine conception, portant sur une sociologie du droit de la fa-

mille. Il ne saurait, d'abord, être question d'étudier, sous l'angle sociologique, tous les aspects du droit de la famille. Nécessairement, il nous faudra faire un choix entre les questions, il faut nous résigner, d'avance, à n'indiquer que des directions de recherche,

D'autre part, il faut essayer, dans la répartition, en quelque sorte, des matières à l'intérieur de l'ensemble du droit familial, de compenser l'inégalité dont certaines parties du droit de la famille ont pu souffrir, jusqu'ici, dans leur traitement sociologique, car, s'il y a surabondance de sources en ce qui concerne la sociologie de la famille en général, cela n'est pas vrai également pour toutes les parties du droit de la famille. Et, notamment, si nous faisons cette réflexion, qu'il y a, dans le droit de la famille, deux grandes parties: les rapports personnels, d'une part, et, d'autre part, les rapports patrimoniaux il faut confesser que les rapports patrimoniaux n'ont pas beaucoup retenu l'attention des sociologues.

Ce qui a captivé leur attention au premier chef, ce sont les rapports personnels et ce, pour les mêmes raisons, parce que les rapports personnels du droit familial, c'est le domaine le moins technique. Les rapports patrimoniaux, au contraire, nous remettent en contact avec la technicité du droit, et les sociologues purs s'y trouvent beaucoup moins à l'aise. C'est ce qui explique que nous ayons beaucoup de sociologie du mariage, mais que nous ayons très peu de sociologie des régimes matrimoniaux, que nous ayons beaucoup de sociologie de l'autorité parentale, mais que nous ayons très peu de sociologie sur le droit successoral.

C'est pourquoi il faudrait essayer de rétablir quelque peu l'équilibre en consacrant un développement entier à une question au moins de rapports patrimoniaux du droit familial. Deux chapitres seront consacrés : l'un à la sociologie des rapports personnels, dans le droit de la famille, et l'autre à la sociologie des rapports patrimoniaux.

Mais, auparavant, nous aurons un premier chapitre de problèmes plus généraux communs, qui sera consacré aux grandes hypothèses d'évolution dans le domaine du droit de la famille.

C H A P I T R E I

LES GRANDES HYPOTHESES D'EVOLUTION DANS LE

DOMAINE DU DROIT DE LA FAMILLE

La mobilité du droit fait partie de ce que l'on pourrait appeler "l'axiomatique de la sociologie juridique". Il y a, de ce point de vue, une certaine antinomie entre la fixité du droit, qui est postulée, par les doctrines du droit naturel, du moins sous quelques-unes de leurs formes, et l'évolutionnisme inhérent à la sociologie juridique.

Dans les vues de l'école du droit de la nature et des gens, des institutions comme le mariage, la puissance paternelle, la famille sont présentées comme des institutions données de toute éternité. Dans une vue sociologique, il n'y a que des phénomènes et ces phénomènes ne se reproduisent pas identiques à travers le temps. La sociologie juridique postule l'universel devenir du droit mais, une fois postulé, il est scientifique de reconnaître que nous ne savons pas facilement dans quel sens se déroule ce devenir, même pour le passé, à plus forte raison pour l'avenir. Il n'y a que des hypothèses sur le devenir du droit, des hypothèses d'évolution.

Ces hypothèses concernant le droit de la famille, constituent des hypothèses fondamentales, formant le cadre de toutes les recherches dans le domaine de la sociologie familiale.

Ces hypothèses d'évolution tendent à expliquer l'histoire et, éventuellement, même, la préhistoire du droit de la famille, - car il s'agit de remonter à des sociétés très primitives, très archaïques.

Les hypothèses d'évolution sont de deux types, selon qu'elles se placent sur ce que l'on pourrait appeler la longue ou la courte durée. Il y a des hypothèses d'évolution de longue durée, où les sociologues prétendent retracer quel a été le devenir de l'institution familiale, - à travers toute la série des systèmes juridiques, même des systèmes juridiques les plus primitifs, les systèmes juridiques archaïques, les systèmes juridiques de sociétés très lointaines.

Puis, il y a un autre type d'hypothèse, qui se place sur la courte durée; il ne s'agit plus que de s'interroger sur les transformations du droit familial dans les sociétés contemporaines, dans les sociétés occidentales du type industriel à notre époque, en cette deuxième moitié du XXe siècle.

Ce second type d'hypothèse complète le précédent en s'y raccordant, en le prolongeant dans une certaine mesure. Il est évident, a priori, que la part du conjectural est beaucoup plus grande, quand il s'agit de formuler des hypothèses sur la genèse de l'institution familiale à travers toute la série sociologique à travers toute la préhistoire et l'histoire de l'humanité, d'une part, et, d'autre part, de s'interroger simplement sur les transformations du droit de la famille dans la société française entre 1914 et 1963. Le second ordre de recherches est, évidemment beaucoup plus accessible, la partie conjecturale y est moindre et l'on conçoit, par conséquent, que l'on puisse, sur ce second terrain, espérer des résultats plus solides.

Mais il ne faut pas, pour autant, négliger l'évolution globale, les hypothèses de grande évolution à travers la série sociologique, parce qu'elles ont constitué, pourrait-on dire, un cadre conceptuel, un cadre de pensée pour tous les chercheurs en matière de droit de la famille.

Dans ce chapitre 1er, consacré, donc, aux grandes hypothèses d'évolution, nous examinerons tour à tour deux sortes d'hypothèse sur la longue ou sur la courte durée. Dans une Section 1ère, il s'agira de la famille à travers la série sociologique; dans une Section Seconde, de la famille dans la société industrielle du XXe siècle.

S E C T I O N 1

LA FAMILLE A TRAVERS LA SERIE SOCIOLOGIQUE

Cette hypothèse, embrasse les sociétés archaïques autant et plus que les sociétés modernes, d'où la contribution capitale de l'ethnologie et de l'histoire - l'histoire des sociétés anciennes, par exemple, l'histoire du très ancien droit romain.

Les grandes hypothèses d'évolution de la famille à travers la série sociologique, sont ce que l'on a appelé des théories de la famille. Ces théories sont nombreuses, présentent des variantes, des nuances qu'il est nécessaire de schématiser. On peut dire que l'une de ces théories fait figure de classique en France;

elle a été exposé, chez nous, par Durkheim, dans des articles de la "Revue Philosophique", puis de "L'Année Sociologique", à la fin du siècle dernier. Elle fut développée par certains de ses disciples, notamment par M. Georges DAVY, dans l'ouvrage intitulé "La famille et la parenté d'après Durkheim", dans le recueil "Sociologues d'hier et d'aujourd'hui", paru en 1931.

Il faut citer également, d'un disciple de Durkheim, qui fut un explorateur, un ouvrage portant un nom mélanésien "Do Kamo" (1947) "L'homme" par Maurice LEENHARDT. C'est un ouvrage curieux, qui annonce déjà un peu les tendances de LEVI-STRAUSS, une ethnologie assez littéraire, et poétique.

Cette théorie de Durkheim ne s'est pas imposée sans rencontrer de résistance ; elle a donné lieu à des réserves et critiques. Ce seront les deux paragraphes qui diviseront cette section.

I - L'HYPOTHESE CLASSIQUE. COMMENT L'HYPOTHESE DE DURKHEIM EST-ELLE APPARUE ?...

Il faut se reporter à la fin du XIXe siècle. Les juristes adoptaient, à cette époque, implicitement, un postulat fixiste ils supposaient, sans toujours s'en expliquer d'une manière expresse parce que cela leur semblait aller de soi, ils supposaient le *prima* d'une famille patriarcale qui avait dû être monogamique à l'origine, sur le modèle de l'antiquité, sur le modèle de la Bible, avec des déviations tout de même, la polygamie s'était, **ça** et là réintroduite, mais la famille monogamique et patriarcale correspondait, pour les juristes, à un idéal à la fois de droit naturel et de droit divin.

Il y avait déjà des sociologues au XIXe siècle; Auguste COMTE avait fondé la sociologie. Or, Auguste COMTE considérait, lui aussi, la famille fondée sur le mariage monogamique, sur l'autorité paternelle, comme la cellule élémentaire de la société. La société était, pour lui, une juxtaposition de familles.

LE PLAY, devait développer ce caractère fondamental de **la** famille; il devait donner une couleur sociologique à cette vue idéaliste de la famille.

"... La famille, écrit-il, considérée dans son principe
" essentiel, est un principe immuable."

Cette conception fixiste de la famille paraît, en cette moitié du XIXe siècle, faire alliance avec des idées religieuses. **La** religion, presque partout, s'allie avec cette conception fixiste, organiciste de la famille.

OR, La fin du XIXe siècle va être marquée profondément, par un mouvement antireligieux, anticlérical, qui invoquera des bases scientifiques. Il y aura le darwinisme, le transformisme en matière biologique; si l'on transpose le darwinisme en matière sociologique on admet un évolutionnisme dans le droit de la famille.

Un certain nombre de penseurs, dans la seconde moitié du XIXe siècle, viennent contredire les vues fixistes qui avaient été supposées par les penseurs traditionnels en matière de droit familial. C'est ainsi qu'un Allemand, BACHOFEN, commença à faire scandale, en 1861, en publiant un ouvrage appelé "Das Mutterrecht" "Le droit maternel", où il soutenait l'antériorité de la famille matrilineaire.

Par conséquent, contre le primat attribué à la famille paternelle, à la famille monogamique paternelle, BACHOFEN vient, renversant les positions antérieures, affirmer le primat du droit maternel.

Un américain, LEWIS MORGAN, en 1871, publie un ouvrage ethnologique, intitulé "Système de consanguinité et d'affinité dans la famille humaine". Il y soutient l'idée d'une promiscuité primitive : à l'origine, il n'y a pas eu de famille, il y a eu une promiscuité; la maternité était libre, sans aucune règle gouvernant les unions sexuelles. Le scandale, évidemment, à ce point, éclate.

Or, les marxistes allaient faire un sort à ces idées nouvelles de sociologie familiale. Frédéric ENGELS publie en 1884 un ouvrage : "Origines de la famille, de la propriété privée et de l'Etat", où il s'empare des vues sociologiques de LEWIS MORGAN.

Un autre socialiste allemand, GOEBEL publie à la même année, "La femme et le socialisme", où il met au service du socialisme les vues ethnologiques, lui aussi, de LEWIS MORGAN.

Un mouvement, un tourbillon d'idées s'était ainsi manifesté dans la seconde moitié du XIXe siècle.

Durkheim connut ces différentes théories de la famille, les étudia, mais il ne les prit pas entièrement à son compte. Il ajouta, d'ailleurs, à l'information ethnologique dont les auteurs en question avaient pu user, de nouvelles observations. L'ethnologie avait continué; notamment, il y avait eu de nombreuses observations, que MORGAN n'avait pas connues, sur des sociétés archaïques de Mélanésie, qu'il ajouta, par conséquent, à son information. Il repensa également l'hypothèse de MORGAN et il la retint pas, sans doute pour des raisons scientifiques, parce qu'elle ne lui paraissait pas prouvée par les faits; il ne lui

semblait pas que toutes les constatations ethnologiques la confir-
maient, mais peut-être aussi parce qu'il y avait, dans la théorie
de MORGAN, comme dans la théorie de BACHOFEN, une sorte d'attaque
gratuite contre l'idée même de famille qui déplaisait au rigorisme
moral de Durkheim.

A - EXPOSE DE L'HYPOTHESE DE DURKHEIM.

1°) Une première forme familiale est représentée par le
clan totémique, au-dessous de laquelle se trouve la famille pa-
ternelle.

C'est là un renversement de forme de parenté; c'est la fa-
mille pragmatique indivise.

Puis, la famille patriarcale, la famille conjugale.

La famille paternelle, mais dans un sens, il faut bien pré-
ciser, à la fois paternelle et maternelle; certains disent "pa-
terno-maternelle", famille cognatique.

Dans le clan totémique, la parenté est fondée uniquement
sur la communauté du totem, non sur des relations de consanguini-
té définies; la famille n'est pas fondée, à ce stade, sur le
mariage, sur des données biologiques, mais sur une donnée pure-
ment sociale, savoir la communauté de totem, c'est le clan qui
constitue la parenté, la parenté vient de ce que l'on est membre
du clan. De là l'importance que Durkheim attribuera, pour cons-
truire son hypothèse, à ce que l'on appelle les "parentés clas-
sificatoires"; tous les individus à l'intérieur du clan, tous
les individus de la même génération sont censés être parents, ils
sont tous frères, sans que l'on se préoccupe de savoir quelles
sont les relations biologiques qui peuvent exister entre eux.

Dans cette première forme indistincte, dans ce grand magna
du clan totémique, ce qui fait la famille ce n'est pas du tout
la biologie, c'est la société, **la** communauté **de totem**, c'est-à-
dire la communauté d'un ancêtre plus ou moins mythique et, sou-
vent, un ancêtre animal, une communauté de blason, qui **se** trans-
met, d'ailleurs, dans la ligne maternelle, d'où cette symbolique
de parenté utérine.

Durkheim rejette l'idée **d'**une promiscuité à l'intérieur
du clan. Il n'y a pas non plus de mariage, dans le sens **moderne**
du terme, mais cela ne veut pas dire que les relations **soient**
indistinctes, qu'il n'y ait, en quelque sorte, aucune permanence
dans les unions sexuelles; il y a, admet-il, une sorte de **droit**
de l'individu à la conubialité avec un autre individu **du sexe**
opposé .

2°) Le clan totémique va, par un processus de différenciation, de rétrécissement, donner naissance à la famille maternelle. C'est une des grandes idées philosophiques de Durkheim que l'évolution de l'humanité s'est faite par division du travail, par spécialisation progressive. Dans la constitution de la famille, le même processus de spécialisation est perceptible et rejoint la philosophie générale de l'auteur.

Par une sorte de spécialisation du clan totémique va sortir la famille maternelle, matrilineaire. Ce ne sera plus le grand ensemble du clan totémique. Il existera une habitation séparée où les enfants seront élevés. Cette différenciation toute matérielle fera naître une famille, qui a la mère pour centre.

La parenté est ici fixée par la mère "mater semper certa est"; C'est la vieille idée du droit romain qui est une donnée biologique. La maternité est quelque chose d'évident et c'est ce primat de l'évidence qui a fondé, historiquement, le droit maternel, d'autant que, à cette époque, il semble bien que, le primitif ignore le rôle exact du père dans la génération.

Cette ignorance qu'auraient les primitifs du rôle exact du père aurait également, renforcé le système de la famille maternelle. Dans ce système, le personnage mâle qui est au centre, n'est pas le père, mais l'oncle utérin, le plus proche parent de l'enfant, est le frère de sa mère.

3°) Il n'est pas trop difficile de comprendre comment la famille maternelle, matrilineaire, est sortie du clan totémique qui était dominé par une parenté maternelle. Il est plus difficile de concevoir que la famille maternelle ait pu engendrer la famille agnatique étendue, car nous voici, en présence de la famille agnatique indivise, la grande communauté familiale, dont on donnera pour prototype historique la gens romaine, la zadrouga des slaves du sud.

C'est une famille très étendue, mais qui est dominée par la parenté patrilinéaire, et c'est là qu'est la difficulté.

Comment le renversement a-t-il pu s'opérer, comment a-t-on pu passer de la filiation matrilineaire à une filiation patrilinéaire?... L'homme est devenu conscient de son rôle. Après la guerre, il a emporté des captives et c'est par cette institution de droit, en quelque sorte d'internationale publique de la captivité, que l'institution de droit privé de la famille patrilinéaire se sera introduite. C'est ainsi que l'on explique, le passage de la famille maternelle à la famille agnatique indivise, famille qui peut réunir plusieurs groupes familiaux. Un processus de différenciation - va se produire à l'intérieur de la famille agnatique indivise et elle donnera naissance à la famille patriarcale. C'est toujours une famille patrilinéaire, mais c'est

une famille qui est plus étroite, dans laquelle une individualisation, s'opère autour de la personne du pater familias; les membres du groupe s'absorbent dans la personne du pater familias.

L'enfant, dans cette conception, ne sera relié, qu'à son père et aux parents par le père; c'est la conception agnatique au sens romain du terme, par opposition à la conception cognatique.

4°) La famille cognatique peut-être considérée, soit comme extension (dire à un progrès de la sensibilité) de la famille patriarcale, agnatique, soit comme une extension de la famille maternelle.

Il est possible que la famille cognatique soit venue directement de la famille maternelle. Il est possible aussi que ce soit une sorte d'élargissement de la famille patriarcale, une sorte de zone sentimentale, la parenté par les femmes, s'étant ajoutée à la zone primitive de la parenté agnatique (l'évolution de droit romain semble répondre à cette interprétation).

5°) Enfin, nous arrivons à la famille conjugale, la famille nucléaire, dit-on encore, qui est, à la fois, une nouvelle différenciation, de la famille patriarcale ou de la famille cognatique, car, là encore, l'origine peut venir des deux côtés. Il y a, dans la famille conjugale, des éléments qui viennent de la famille romaine, et des éléments qui viennent aussi de la famille germanique. C'est une contraction de la famille paternelle; la descendance est bi-latérale, mais elle se réduit au couple conjugal et à ses descendants. Il n'y a plus de communauté familiale étendue, mais il y a une communauté entre les époux, suivant l'idée germanique.

B - LES JUGEMENTS THEORIQUES IMPLIQUES DANS L'HYPOTHESE.

Il y a, dans l'hypothèse de Durkheim, un certain nombre de jugements théoriques, axiologiques, des jugements de valeur susceptibles d'être prolongés législativement, et, à certains égards, on peut apercevoir des influences législatives du schéma Durkheimien.

Si l'on se place d'abord, sur un terrain négatif. Il résulte du schéma durkheimien une certaine relativité dans la conception de la famille; la famille du Code Napoléon n'apparaît plus comme un absolu; la famille du Code Napoléon, la famille du droit romain n'ont été que des moments du devenir sociologique.

Ces conceptions de la famille, n'ayant pas toujours été les mêmes, ne sont pas destinées à durer éternellement; donc, on

peut constater une sorte de relativation de la conception de famille.

D'un autre point de vue, toujours négativement, on peut dire que, du schéma durkheimien, se dégage un certain caractère secondaire de la parenté biologique. Au fond, il nous apparaît que le lien biologique, - qui, dans une certaine vue trop courante paraîtrait primordial pour caractériser la famille - n'est pas essentiel. Dans le clan totémique, le lien biologique ne joue pas de rôle, la famille n'est pas fondée biologiquement.

Durkheim insiste, d'ailleurs, sur la fréquence et l'importance des parentés artificielles dans les sociétés primitives, des parentés établies selon des procédures religieuses, magiques, juridiques. Par exemple, il y a des rites de communion par lesquels un individu pourra devenir le frère d'un autre individu il y a des rites de repas pris en commun d'où il résultera une sorte d'afrérissement également entre les individus. La croyance à un ancêtre commun peut créer un rapport juridique, un véritable rapport de parenté entre les individus. L'adoption est pratiquée par beaucoup de sociétés primitives.

Dans cette vue-là, on insistera sur le caractère secondaire du lien biologique, sur le caractère très important du lien soit affectif, soit social, à la base de la parenté. Il en résultera tout un mouvement d'idées en faveur de l'adoption.

Positivement, d'autre part, on peut dire que le schéma Durkheimien tend à affirmer le *prima* de la société sur la famille. Le clan totémique, c'est-à-dire la société est à l'origine, et la famille s'**est** créée à partir de la société; - la famille a été un processus de différenciation, de spécialisation à l'intérieur de la société. Tandis que, dans les vues traditionnelles, c'est la famille qui est à l'origine de la société, la société est une juxtaposition de cellules familiales.

Le renversement est donc total.

D'où les conclusions normatives qui se feront admettre assez facilement, à partir du schéma durkheimien : l'intervention de l'Etat dans les relations familiales; il est dans son rôle il est à l'origine de la famille, c'est lui qui a été le mécanisme par lequel la différenciation familiale s'est opérée. Il peut doser, en quelque sorte, ce processus de différenciation il peut reprendre à la famille un certain nombre des activités qu'il lui avait, d'abord, abandonnées.

La prééminence de la société sur la famille se traduira législativement par la légitimité de l'intervention sociale dans le domaine familial-. Egalement, une certaine préséance peut être accordée à la famille maternelle. Historiquement, la famille ma-

trilinéaire nous apparaît comme plus certaine, plus fondée, plus ancienne. Donc, la famille maternelle a une sorte de valeur sociologique propre la mère, dans la famille, devra être considérée plus facilement, comme un centre, que le père. Une certaine faveur accordée à la femme dans la famille résultera assez facilement des postulats ethnologiques de Durkheim.

§ 2 - LA CRITIQUE DE L'HYPOTHESE CLASSIQUE.

Le schéma durkheimien, a été contesté de deux côtés :

- par les tenants de la tradition ;
- par certains partisans d'une ethnologie plus moderne.

A - LA THEORIE TRADITIONNELLE EN MATIERE DE FAMILLE.

Même sous sa forme la plus ouvertement idéologique, la théorie traditionnaliste, qui affirme le primat de la famille sur la société, a conservé des partisans, et il y a encore des partisans de LE PLAY.

Aux Etats-Unis, l'école dite "de l'Anthropologie culturelle", s'est élevée contre les vues génétiques de Durkheim, dans la mesure où elles affirmaient la primauté de la société sur la famille. Pour les représentants de cette théorie, lesquels s'appuient sur des observations ethnologiques, la famille doit continuer à être posée comme la valeur de base, comme la valeur historiquement première.

Le célèbre auteur d'un Traité de Sociologie Primitive, LOWIE, pose le principe de l'antériorité de la famille sur le clan, sur la société. "La famille doit être admise comme la forme universelle et vraiment primitive, de l'organisation sociale". Pour lui, comme pour les représentants de cette école, la famille maternelle apparaît, d'ailleurs, comme un accident purement historique; normalement, la famille est une famille paternelle; c'est la famille patriarcale qui représente le phénomène premier.

C'est un phénomène de déviance qu'a fait apparaître la famille maternelle; mais non comme Durkheim semble le supposer, un courant naturel dans le développement de l'humanité.

De même, constate LOWIE, le clan totémique est une sorte de grande confusion, mais ce n'est pas la situation originaires d'où la famille patriarcale serait peu à peu sortie, c'est un accident où la famille patriarcale s'est trouvée engloutie. La raison en est que l'humanité, à certain moment de son existence, a consi-

déré comme l'essentiel de l'économie de se livrer à la cueillette des bananes. La cueillette des bananes requérait un personnel très nombreux, et ce personnel très nombreux a entraîné une sorte de grande association, le clan totémique. Mais c'est un accident économique, ce n'est pas du tout un développement général de l'humanité.

B- LA THEORIE DE M. CLAUDE LEVI-STRAUSS.

M. Claude LEVI-STRAUSS ne pose pas en thèse une antériorité institutionnelle de la famille sur le groupe. Il ne dit pas formellement que Durkheim a tort, en affirmant l'antériorité de la société sur la famille, il ne se prononce pas nettement sur ce problème de chronologie. Mais M. LEVI-STRAUSS remet, cependant en question le schéma durkheimien sur beaucoup de points ; il s'agit, notamment, de la thèse de doctorat que l'auteur, a consacrée aux "Structures élémentaires de la parenté", (1949).

Pour M. LEVI-STRAUSS, l'origine de la famille est, essentiellement, dans le mariage. Le mariage comprend l'époux, l'épouse et les enfants procréés par eux, ; quoique l'on puisse imaginer d'autres parents groupés autour de ce noyau. On voit, par conséquent, l'image assez traditionnelle du mariage se dessiner ici. Les membres de la famille sont unis par des liens juridiques, économiques, religieux, par d'autres sortes de droits et d'obligations; ils sont enserrés dans un réseau précis d'interdictions d'ordre sexuel et pénétrés aussi de sentiments tels que amour, respect, etc...

Cependant, ce mariage, bien qu'il soit à l'origine de la famille, se présente aussi comme un événement dans la famille; c'est le moyen juridique à la disposition des familles pour établir des alliances entre elles et, ici, nous allons toucher ce qui est l'essence de la philosophie de M. LEVI-STRAUSS. A la base de l'institution du mariage, il faut mettre, en effet, selon lui, le caractère d'échanges réglementés; le mariage est, essentiellement un échange. La prohibition de l'inceste, au moins sous sa forme minimale, entre parents et enfants, entre frères et soeurs, est, véritablement, une règle universelle. Même les exceptions que l'on peut citer, ça et là, pour les familles royales sont présentées comme des aberrations. Le tabou de l'inceste, est, véritablement, quelque chose d'universel ; il y a une loi d'exogamie variable dans ses formes mais qui est une des constantes de l'humanité.

De là une opposition entre nature et culture. La nature serait la famille selon la consanguinité. La culture, au contraire, est la communication par le mariage ; l'exogamie, l'obligation de prendre femme dans un groupe qui est situé en dehors du

groupe auquel on appartient. Il y a tout un jeu matrimonial, que M. LEVI-STRAUSS a étudié avec prédilection, un jeu matrimonial avec des clauses d'une technique que M. LEVI-STRAUSS déclare "fantastiques"..Les droits primitifs sont, souvent, d'une complexité extraordinaire, d'une technicité déroutante.

Le mariage, par l'obligation de l'exogamie, tend en quelque sorte, à consolider la société, à créer des alliances, de nouveaux liens, si bien qu'il va contribuer à former la société.

Sans que soit remise en débat l'antériorité chronologique de la famille sur la société ou de la société sur la famille, il y a tout de même, dans la philosophie de M. LEVI-STRAUSS, cette idée que la famille contribue à cimenter la société.

Cette philosophie ethnologique de M. LEVI-STRAUSS remet en question le schéma durkheimien, elle y apporte, des adoucissements. L'ethnologie de LEVI-STRAUSS est certainement beaucoup plus souple, beaucoup plus poétique que ne l'était l'ethnologie pratiquée par les durkheimiens au début de ce siècle.

S E C T I O N I I

LA FAMILLE DANS LA SOCIETE INDUSTRIELLE DU XXe SIECLE

Il est assez difficile de fixer le point de départ de la période sous revue. Devons-nous fixer la coupure en 1914 ou plus près de nous?.. On peut en discuter et ce flottement est en lui-même assez remarquable. Chaque époque, au fond, a cru vivre un bouleversement de la famille. MOLIERE faisait déjà cette remarque, et il la place dans la bouche d'un de ses personnages comme si, déjà, c'était une banalité et comme si la remarque était de tous les temps : "Il n'y a plus d'enfants.!..."

On croit volontiers que, depuis **1914**, il y a une émancipation de la femme. Entre les deux guerres, des chroniques étaient publiées au DALLOZ Hebdomadaire, célèbres par leurs titres tapageurs: "L'avènement du concubinage", (**1932**) "L'union libre ou le crépuscule du mariage légal" (**1938**).

Depuis la Seconde Guerre mondiale, on a l'impression qu'il y a une nouvelle vague de transformations dans le droit de la famille.

Bref, on hésite quant au point de départ **même du mouvement** que l'on essaie d'étudier; on hésite aussi quant **au sens du mou-**

vement. Assez fréquemment, un jugement pessimiste se mêle à la description des transformations qui se seraient opérées dans le droit de la famille au XXe siècle; on parle de "crise de la famille", de "désagrégation de la famille", d'"effondrement des structures familiales". Il semble, d'ailleurs, que ces expressions soient, nécessairement, identiques.

Mais il y a des auteurs qui sont plus optimistes et qui mettent l'accent sur des faits de sens contraire. Si, en 1938, on a fait un Code de la Famille, n'est-ce pas que la famille était au pinacle?.. Au reste, trois ans après, elle devait entrer dans la devise de l'Etat Français. Si bien que certains disent :

- Il n'y a ni crise ni montée de la famille, c'est un certain type de famille qui s'éclipse et un autre qui monte.. C'est une transformation de la famille sans que l'on puisse parler d'un jugement de valeur à porter sur cette transformation".

Nous examinerons l'hypothèse d'évolution relative aux transformations de la famille dans la société industrielle du XXe siècle, en nous plaçant, tour à tour, sur trois terrains : les données biologiques, les fonctions de la famille et les structures que nous étudierons dans trois paragraphes

§ 1 - LES DONNEES BIOLOGIQUES.

Il y a, dans l'institution familiale, une part de biologie qui est évidente et, a priori, on pourrait croire que cet aspect du droit de la famille est un aspect hors évolution, que c'est là une donnée permanente de la nature humaine, qui échappe aux transformations, mais que les transformations du droit de la famille sont venues d'ailleurs.

Au début du siècle, beaucoup de juristes voyaient, précisément, dans la biologie ce qui constituait le butoir à toute transformation du droit familial. L'homme, disaient-ils, est une espèce fixée, et la notion de droit naturel aurait pu reprendre une vigueur particulière dans le domaine familial, en y prenant un sens biologique, quasi animal. Le droit familial pourrait-être un droit naturel, dans la mesure où il est un droit biologique.

Cependant, depuis une vingtaine d'années, on parle d'un progrès des sciences biologiques, de bouleversement qui se serait produit dans les sciences biologiques et d'où résulteraient, indirectement, des transformations du droit familial. Si bien que, même sur ce terrain des données biologiques, on peut se demander s'il n'y a pas place pour une transformation du droit de la famille.

Il y a des données biologiques qui sont impliquées directement dans le droit de la famille ; il en est d'autres qui n'y sont impliquées qu'indirectement. Envisageons successivement ces deux sortes de données biologiques.

- DONNEES BIOLOGIQUES IMPLIQUEES DIRECTEMENT DANS LE DROIT DE LA FAMILLE : l'union sexuelle, la procréation.

Les choses semblent se passer, à peu près comme elles se passaient, en 1900, peut-être même à peu près comme elles se passaient à l'origine de l'humanité. Mais c'est peut-être une vue trop rapide et il convient de se demander si des transformations ne se sont pas produites, soit dans les faits, soit dans la psychologie des individus?...

Dans les faits, on parle beaucoup de découvertes biologiques, qui mettraient en question telle ou telle institution du droit familial. Ne parlons pas de la parthénogenèse, mais, il y a déjà sur l'insémination artificielle, toute une littérature juridique.

Puis, il y a l'analyse des sangs, en tant que preuve négative de la filiation. Cette preuve a pénétré dans le droit positif, d'abord en jurisprudence, puis dans la loi du 15 Juillet 1955. L'esprit scientifique, la crainte de paraître en retard n'ont pas peu contribué à pousser en avant le procédé. Sociologiquement, l'innovation présente deux aspects qui ont échappé à ses partisans. L'analyse des sangs, d'abord, tend à renforcer, dans le couple, la position de l'homme; de même que la certitude de la maternité a pu, à travers la série sociologique, asseoir la famille maternelle. De même, l'analyse des sangs peut contribuer à asseoir la famille paternelle, c'est un contrôle de la fidélité de la femme.

L'analyse des sangs peut se greffer, sur une action en désaveu, typiquement masculine. C'est, d'autre part, une fin de non recevoir à l'action en recherche de paternité, donc un moyen de défense pour l'homme. En bref, l'analyse des sangs a fonctionné au profit de l'homme.

En second lieu, l'analyse des sangs méconnaît le signification sociologique de la preuve. La preuve n'est pas la démonstration d'une vérité scientifique. Sociologiquement, c'est l'obtention du consensus social : par-delà la conviction du juge, c'est la conviction de la société qu'il s'agit d'obtenir. Il faut que la société, c'est-à-dire la masse non technicienne, soit persuadée ; pour cela, il faut que la preuve ait un caractère de rationalité élémentaire, il faut que la preuve ne requière pas de connaissances scientifiques trop spéciales. De ce point de vue-là, il n'est pas certain que l'analyse des sangs n'ait pas

été en avance sur les besoins sociologiques.

§ I I - DANS LA PSYCHOLOGIE DES INDIVIDUS.

Une évolution des attitudes s'est certainement produite au XXe siècle, mais l'évolution s'est faite dans des directions qui, en apparence, ne sont pas toujours faciles à concilier. D'une part, il est certain que l'attitude des sociétés industrielles, des sociétés françaises en particulier, à l'égard de la vie s'est sensiblement modifiée depuis le début du siècle.

L'essor démographique, - qui est un des phénomènes les plus remarquables des sociétés industrielles, en France plus particulièrement, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale - ne ~~peut~~ s'expliquer que par une modification des attitudes psychologiques à l'égard de la vie.

Le début du XXe siècle avait été malthusien ; la fin du XXe siècle a été, au contraire, nataliste. C'est, au point de vue du droit de la famille, quelque chose de fondamental et, cependant, c'est là qu'il n'est pas facile de concilier.

Dans la psychologie, il paraît s'être opéré une dissociation beaucoup plus marquée qu'au début du siècle entre la procréation, et le sentiment, entre la procréation et l'amour. La procréation n'est plus comprise comme une fin nécessaire du mariage. Selon les définitions philosophiques, religieuses, théologiques du début du siècle, la procréation était incluse dans la définition du mariage. Or, à notre époque, on considère que l'harmonie du couple est une valeur supérieure à la procréation des enfants, et cette tendance-là semble antinomique à la tendance précédente, telle qu'elle s'est révélée dans les faits par l'essor démographique.

Il est possible, du reste, que la seconde attitude, à la longue, remette en question la première et, depuis deux ou trois années, il y a, de nouveau, un mouvement en faveur du planning familial.

Bref, il y a eu des mouvements d'idées autour de ces notions de vie, de procréation, autour des idées fondamentales qui constituent la clé d'une psychologie de la famille.

B - DONNEE BIOLOGIQUE INDIRECTEMENT IMPLIQUEE DANS LE DROIT DE LA FAMILLE.

Il faut faire allusion ici, à une donnée biologique à laquelle on ne s'arrête pas ordinairement : l'allongement de la

durée de la vie humaine. On peut y voir un facteur de perturbation agissant sur le fonctionnement de certaines institutions du droit de la famille.

Quelques sociologues américains ont consacré des développements à un aspect du problème. Pour eux, aux Etats-Unis tout au moins, l'allongement de la durée de la vie humaine aurait favorisé le divorce. Les époux ont, en quelque sorte, plus de temps pour trouver le temps long et, surtout, le mari a plus de temps pour se fatiguer de la femme de sa jeunesse. L'hypothèse demanderait à être vérifiée.

L'allongement de la durée de la vie humaine est, en effet, une notion un peu vague. La vie moyenne s'est sensiblement allongée. Elle était, pour la France, au début du XIXe siècle, de 39,5 années. Elle est passée à 50 années en 1908-1913, à 58 ans en 1933-1938 et, en 1952-1959, elle était de 70 ans.

Mais ce n'est pas la vie moyenne qui a pu influencer sur la propension au divorce, car il est évident que l'allongement de la durée moyenne s'est fait surtout par une réduction considérable de la mortalité infantile. Il faudrait plutôt considérer les variations de l'espérance de vie à l'âge critique, à l'âge où le démon de midi peut intervenir, et il faut reconnaître que l'allongement apparaît beaucoup plus faible une fois qu'on a éliminé l'effet résultant en propre de la baisse de la mortalité infantile.

En effet, l'espérance de vie que l'on peut avoir à 40 ans est, en 1959, de 37 ans, mais, en 1817, elle était déjà de 26-27 ans. A 50 ans, en 1959, l'espérance de vie que nous pouvons avoir est de 28 ans, mais, en 1817, elle était déjà de 19-20 ans. A 60 ans, l'espérance de vie que nous pouvons avoir, en 1959, est de 19 ans, mais, en 1817, elle était déjà de 13 ans.

Il existe un gain, mais il est beaucoup moins substantiel qu'on ne l'imaginait en raisonnant sur la durée de la vie moyenne.

Un autre aspect de l'allongement de la durée de la vie humaine mériterait d'attirer l'attention. Dans les études récentes, qui ont été consacrées au malaise paysan, on a signalé le fait que les jeunes attendaient trop longtemps l'héritage paternel. L'usufruit du conjoint survivant, la législation du maintien de l'indivision ou de l'attribution préférentielle au conjoint survivant accentueraient, l'effet résultant de ce que l'héritage des parents se fait longtemps attendre. Ajoutez à cela la longévité plus grande de la femme ; par conséquent la rallonge de l'usufruit successoral du conjoint survivant intervient avec un effet cumulatif.

Toutefois, pour mener une enquête véritablement probante sur le problème, il faudrait rechercher ce qui se passait exactement autrefois. Il est possible qu'autrefois déjà, les successions agricoles faisaient attendre bien longtemps; parce que la longévité paysanne était déjà grande, une fois franchis les caps critiques de l'enfance et de l'adolescence. Le problème, néanmoins, mériterait d'être étudié et notre droit successoral devrait peut-être être repensé, à la lumière de cette donnée incertaine qui est l'allongement de la durée de la vie humaine.

§ 2 - LES FONCTIONS DE LA FAMILLE.

La famille ancienne avait des fonctions multiples. C'est une hypothèse largement répandue, dans l'évolution de la famille qu'un grand nombre de fonctions, jadis assumées par la famille, le sont, aujourd'hui, par la société, par l'Etat ; la société globale aurait largement pris le relais de la famille.

Cet aspect de l'hypothèse est à vérifier. Peut-être d'autres fonctions de la famille sont apparues, et de ce fait la famille conserve des fonctions qui ne sont pas celles de la famille ancienne ; elle a été relayée sur certains points par l'Etat mais sur d'autres elle a acquis des fonctions nouvelles.

La matière a été étudiée par des sociologues de sociologie générale. A titre de bibliographie, on peut citer l'étude de M. STOETZEL : "Les changements dans les fonctions familiales", étude qui est incluse dans un ouvrage général sur "Le renouveau des idées sur la famille", (1954).

On peut citer également un article écrit en collaboration par M. et Mme CHOMBARD DE LAUWE : "L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille "(Revue Française de Sociologie, 1960-I-403 et suivantes).

L'idée sous-jacente à ces études est qu'il s'est produit une transformation dans les fonctions de la famille. Nous aurons peut-être à faire des réserves sur telle ou telle des transformations ainsi prêtées à l'institution familiale.

Pour étudier les transformations qui ont pu se produire dans les fonctions de la famille, à l'âge industriel, nous n'aurons aucune difficulté, à prendre comme classement l'opposition qui est faite si couramment entre l'ordre patrimonial et l'ordre extra-patrimonial.

On peut admettre, a priori, qu'il y a des fonctions économiques de la famille, des fonctions d'ordre patrimonial, et des

fonctions morales (**lato** sensu), des fonctions d'ordre extra-patrimonial. Cependant, après avoir procédé à ce classement, étudié successivement les fonctions d'ordre patrimonial et d'ordre extra-patrimonial, il conviendra de proposer quelques réflexions générales sur la notion même de fonction appliquée à la famille.

A - FONCTIONS D'ORDRE PATRIMONIAL.

La famille traditionnelle, était la synthèse élégante de mécanismes économiques fort complexes, une synthèse empirique, et, pourrait-on dire, inconsciente, instinctive. La famille traditionnelle apparaît comme une unité économique de production et de consommation également comme un groupement d'assurance, éventuellement comme un réservoir de capital.

Ainsi quatre fonctions d'ordre patrimonial peuvent être discernées dans la famille traditionnelle. C'est à partir de ces fonctions traditionnelles que nous allons nous demander s'il n'y a pas eu des transformations.

I) La famille comme unité de production.

Que la famille fût une unité de production, le phénomène était très sensible dans ce que les sociologues appellent la "famille étendue", ce que nous avons appelé, dans le schéma durkheimien, la "famille agnatique indivise" (la gens romaine, la zadrouga des Slaves du Sud). Mais la famille conjugale, déjà perceptible au XVIIIe et au XIXe siècle n'était-elle pas, plus réduite encore, une unité de production?...Le groupe formé par les parents et les enfants (mineurs ou même majeurs), auxquels il fallait ajouter, sans doute, les domestiques et les compagnons, était encore une unité de production économique. Des notions comme l'atelier de famille, - qui a eu ses points d'émergence dans la législation du travail à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle - comme l'exploitation agricole familiale, paraissent bien traduire l'idée que la famille était, est peut-être encore une unité économique de production. C'était un idéal, en tout cas dans la pensée législative, lors même que ce n'était plus une réalité dans les faits sociologiques.

Il est tout à fait remarquable que, postérieurement à la guerre de 1914, à un moment où suivant la description courante, les bouleversements de la famille traditionnelle seraient déjà entamés, tout un mouvement se produit dans le droit français, tendant à constituer la famille en unité de production. Je vise par là, les lois successorales de 1938. Ces lois ont modifié le régime de l'indivision, du partage et du rapport ont une réelle importance sociologique, parce qu'elles marquent une réaction contre l'idéologie de la révolution en matière successorale.

Les lois successorales de 1938 vont tendre à consolider l'exploitation familiale agricole (subsidiairement, aussi l'exploitation commerciale, industrielle ou artisanale).

Il y a là tout un mouvement législatif, qui a été inauguré en 1938 et qui s'est poursuivi jusqu'à la loi du 19 Décembre 1961. Son sens n'est pas douteux: il s'agit de restaurer la famille comme une unité économique de production; en première ligne, comme unité de production agricole.

Néanmoins, comme il advient souvent en sociologie juridique ce mouvement législatif, est ambigu, susceptible d'interprétations opposées. Sans doute, on peut dire qu'il atteste une vigueur de la famille en tant qu'unité économique de production. On peut soutenir que, s'il n'y avait pas un substratum sociologique en ce sens, le législateur de 1938-1961, n'aurait pas pu prendre toutes ces mesures pour consolider l'exploitation familiale.

Mais l'on peut également soutenir l'interprétation inverse qu'il y avait dans les faits une décadence de l'exploitation familiale contre laquelle le législateur et peut-être aussi les intéressés cherchent à lutter artificiellement.

Plus décisif pourrait être un autre phénomène qui se situe surtout au niveau de la pratique extra-judiciaire et, de ce point de vue pourrait sembler, a priori, moins artificiel qu'un mouvement purement législatif. Il s'agit de la tendance à constituer des sociétés de famille. Cela concerne surtout le Commerce et l'Industrie, mais subsidiairement aussi également l'agriculture (il y a des exploitations agricoles qui se sont constituées en forme de sociétés de famille). A la vérité, il n'y a pas, dans le droit des sociétés, une catégorie autonome de la société de famille; les intéressés peuvent seulement utiliser, à des fins familiales, les formes sociales du droit commun et, dans la pratique, ils utilisent principalement la société à responsabilité limitée qui leur offre un régime fiscal de faveur.

Cette tendance à construire familialement le droit des sociétés n'en est pas moins remarquable. On en relève un autre témoignage dans les efforts qui ont été déployés pour faire abolir la prohibition des sociétés entre époux. On sait que le principe de cette prohibition a été renversé finalement par l'ordonnance du 19 Décembre 1958. C'est un triomphe de l'idée familiale dans le domaine économique, c'est un triomphe de l'idée que la famille peut fonctionner comme une sorte d'unité économique de production

Les efforts qui ont été déployés par les praticiens, par les intéressés pour faire admettre la validité des clauses d'attribution des droits sociaux à un seul héritier sont également

significatifs à cet égard. L'obstacle technique consistait dans la prohibition des pactes sur succession future. Il y a eu des résistances, mais on peut voir en phénomène sociologique important dans cet effort des intéressés pour construire, familialement, le droit des sociétés.

On est alors amené à s'interroger sur l'assertion, assez courante, d'après laquelle la famille moderne aurait cessé d'être une unité économique de production.

Ces mouvements de législation ou de pratique extra-judiciaire sembleraient aller en sens contraire. Un doute au moins est permis.

Il y a en outre un aspect de la fonction économique de la famille sur lequel les économistes eux-mêmes, à l'heure actuelle, attirent l'attention. La famille, font-ils remarquer, est une unité de production de services familiaux.

Il faut entendre par là, services domestiques, services ménagers. Au niveau national, il existe une nasse énorme d'heures de travail qui est, en quelque sorte, assurée par la famille. La famille, ici, fonctionne comme un cadre économique tout à fait spécifique, que rien ne peut remplacer. C'est, par exemple, le bricolage de l'homme dans le ménage, - des enfants ou des fils aînés. Ce sont surtout, les travaux ménagers de la femme. Pour certaines femmes, on prétend que cela va jusqu'à 14 heures de travail par jour. Du reste, même si vous substituez l'employé de maison à la femme, pour certains cas privilégiés, la constatation du point de vue économique est la même : la famille fonctionne comme une unité de production de services ménagers, et elle a, ainsi, un rôle considérable.

Sans doute, le résultat sociologique doit également être considéré : la femme se trouve, par là, réduite en esclavage et c'est un problème dans l'équilibre intérieur des relations familiales. On souhaite alors que le développement de services ménagers collectifs vienne, un jour, alléger la tâche ménagère de la femme. Mais, du même coup, diminuera l'importance de cette fonction économique de la famille. Pour l'instant, néanmoins, il faut constater que ces services collectifs restent assez embryonnaires, qu'il y a eu très peu de progrès réels depuis le début du siècle et que c'est la famille qui continue à être l'unité principale de production des services ménagers. Si elle n'existait pas, il est certain qu'un grand trouble économique en résulterait dans la société.

Il est certain que, s'il n'y avait pas la famille pour assurer toutes les menues tâches quotidiennes (ennuyeuses et faciles), tout le processus économique se trouverait compromis.

Le famille intervient ici comme unité essentielle de production

II) La famille comme unité de consommation.

L'immense majorité de la consommation à l'intérieur d'un pays se fait par ménage ; c'est la famille qui achète, qui stocke, qui prépare les aliments. Ce qui est capital : c'est que la famille est un petit groupe de consommation. Autre trait essentiel : elle est un petit groupe réunissant des consommateurs de sexes et, surtout, d'âges différents, ce qui permet une sorte de répartition des consommations.

On concevrait, en théorie, d'autres systèmes de consommations que la consommation familiale ; une consommation stricte-ment individuelle ou, à l'inverse franchement collective. Pour traduire cela en images grossières, tout le monde irait au restaurant ou tout le monde vivrait en internat. Il semble y avoir eu, dans l'organisation, si singulière à certains égards, si curieuse au point de vue sociologique, de la commune chinoise il y a quelques années, une tentative en ce sens pour substituer un système de consommation collective, au système de consommation familiale.

D'ores et déjà, il faut admettre que, dans la société industrielle du XXe siècle certains éléments de ce type de consommation collective se sont introduits et interfèrent avec la consommation de base qui reste une consommation familiale. Il existe, par exemple, des cantines d'usine, ce qui altère le système de la consommation familiale pure.

Il n'est pas question, du reste, de discuter les avantages et les inconvénients économiques ou psychologiques des systèmes en présence. Bornons-nous à constater que, même aujourd'hui, malgré ces interférences d'idées nouvelles, la consommation reste principalement une consommation familiale.

De là l'importance, de l'étude des budgets de famille, non seulement pour définir les besoins des familles mais pour établir les plans économiques.

III) La famille comme organisme d'assurance.

Lors des travaux préparatoires du Code Civil, le mariage fut, à un moment, défini comme une société dans laquelle l'homme et la femme promettent de s'aider par des secours mutuels, une société de secours mutuels. L'expression était significative et, au fond exacte.

Plus largement, il y a dans la famille un mécanisme élémentaire d'assurance. Dans la famille traditionnelle, le plus

souvent, cette assurance élémentaire se réalisait en nature, en quelque manière, sans que la créance de l'assuré contre l'organisme assureur eût juridiquement, à être exercée sous forme d'action en justice; l'assurance résultait, implicitement, de la vie en commun, de la vie "aux mêmes pot et feu", comme on disait sous l'ancien droit, de la cohabitation. Un vestige en subsiste dans les articles 210 et 211 du Code Civil qui prévoient que, dans certains cas, l'obligation alimentaire pourra être exercée en nature par la vie en commun et non pas sous la forme, relativement moderne, d'une créance monétaire. En l'absence de cohabitation, c'est l'obligation alimentaire qui vient traduire ce mécanisme d'assurance mutuelle qui est l'essence de la famille. En cas de besoin, un membre de la famille (tout au moins dans le cercle où l'obligation alimentaire est imposée), est assuré d'obtenir ce dont il a besoin, pour vivre, en s'adressant aux autres membres de la famille. C'est un mécanisme rudimentaire d'assurance mutuelle.

Dans le système du Code Civil, cette assurance ne joue plus que pour une famille étroitement conçue. C'est déjà la famille conjugale qui apparaît à travers notre droit de l'obligation alimentaire. Entre conjoints, c'est le devoir de secours, entre ascendants et descendants, majeurs ou mineurs, c'est l'obligation alimentaire proprement dite. Il y a là une assurance, une assurance de groupe, pourrait-on dire, empiriquement réalisée.

C'est justement l'un des points où l'on prétend que la famille est, aujourd'hui relayée par la société, par l'Etat, dans sa fonction économique. L'évolution serait, ici, particulièrement nette : les institutions de la Sécurité Sociale, de l'Aide Sociale, auraient remplacé l'obligation alimentaire, institution de droit privé. La société aurait, ici, très ouvertement pris le relais de la famille.

L'affirmation, toutefois, semble un peu rapide, et elle demande à être contrôlée, soit en droit, soit en fait.

a) En droit, la substitution de l'Etat à la famille pour l'assurance des individus n'est pas toujours complète; il faut, pour considérer le système français, faire une opposition entre la Sécurité Sociale au sens strict - les prestations "Maladie"- et ce que l'on pourrait appeler la Sécurité Sociale Vieillesse, le Fonds National de Solidarité et, également, l'Aide Sociale.

En ce qui concerne les prestations de maladie, il est bien vrai que l'assurance par la société remplace, aujourd'hui, l'assurance par la famille; Il faudrait dire plus exactement que la société assure la famille, et non les individus.

Au contraire, s'il s'agit du Fonds National de Solidarité, ou de l'Aide Sociale, il n'est pas vrai que, dans le système

français, la société ait éliminé la famille ; la preuve en est qu'en droit, la société, l'Etat conservent un recours contre les débiteurs d'aliments. Ce n'est que compte tenu des créances alimentaires qui peuvent appartenir aux bénéficiaires du Fonds National de Solidarité ou de l'Aide Sociale, que les secours de l'Etat seront accordés, et l'Etat pourra, s'il a fait l'avance de cette aide, se retourner contre les débiteurs d'aliments.

Tel est, du moins, le système positif français. On concevrait, certes, un développement logique du système, où l'assurance par l'Etat serait totale, entraînant la suppression radicale de l'obligation alimentaire.

La Suède, qui, a. un système d'assurances sociales extrêmement perfectionné, a supprimé en 1958 l'obligation alimentaire. Le législateur Suédois a fait valoir en faveur de cette réforme que l'on pouvait en attendre une affection plus libre dans les relations entre parents et enfants. En France, le Rapport de la Commission LAROQUE, qui est un vaste projet de refonte de notre système de Sécurité Sociale et d'Aide Sociale, envisage aussi la suppression du recours exercé, par l'Etat contre les débiteurs d'aliments.

Toutefois, pour l'instant, le système du droit français est celui d'une subsidiarité de l'Aide Sociale, de l'assurance par l'Etat. On conçoit certes des nuances dans l'organisation de la subsidiarité, mais il n'empêche que l'assurance par la société n'a nullement éliminé l'assurance par la famille, et, même, paradoxalement, on pourrait soutenir que l'Aide Sociale a eu pour effet réflexe de revigorer l'obligation alimentaire entre les nains de l'Administration.

Il est vrai que l'Administration n'exerce pas volontiers le recours qui lui est ouvert contre les débiteurs d'aliments, devant les Tribunaux judiciaires. Mais elle exerce une sorte de recours en forme administrative, qui est à la limite, parfois, de l'officiel et de l'officieux. Elle s'efforce de recouvrer, lorsqu'il y a des débiteurs d'aliments, au moins une partie des sommes qu'elle a été amenée à verser aux créanciers d'aliments au titre de l'Aide Sociale. Par conséquent, elle n'oublie nullement la famille; l'assurance familiale demeure toujours présente et l'assurance par l'Etat n'est là que pour faire l'avance des fonds 0

Sur une sociologie possible de l'obligation alimentaire dans ses relations avec l'Aide Sociale, on peut signaler une enquête, à la vérité à très petite échelle, de M. SOURIOUX, qui a été publiée à la Revue de l'Aide Sociale, 1962, p.65 et suivantes dans laquelle, on trouve le schéma d'une enquête possible.

b) Si nous considérons ls fait, nous serons encore plus persuadés que la famille, en tant qu'organisme d'assurance, conserve un rôle complémentaire ; Beaucoup de personnes dans le besoin n'ont pas droit à l'Aide Sociale. Pour elles, le mécanisme familial traditionnel demeure le seul ouvert.

En outre, même lorsque l'Aide Sociale est ouverte, c'est un fait qu'elle est dépourvue d'automatisme. C'est une procédure administrative qui demande des délais, tandis que la famille peut, si elle est bien vivante, avoir pour elle l'avantage de l'instan-tanéité, de la présence immédiate.

Enfin, il faut ajouter que l'Aide Sociale, les secours de l'Etat, l'assurance par l'Etat demeurent toujours d'une déplorable médiocrité; les sommes allouées sont faibles, constamment amenuisées par la dépréciation monétaire.

Ce qui empêche, en France du moins, l'Etat de se substituer à la famille comme assureur, c'est qu'il est très mauvais assureur (en état de faillite permanente depuis 50 ans). Il n'est pas mûr pour se substituer entièrement à la famille comme mécanisme d'assurance. La famille dans beaucoup de cas, reste beaucoup plus sûre et efficace.

IV) La famille en tant que réservoir de capital.

La famille, traditionnellement, apparaît comme un instrument de formation des capitaux. L'épargne est familiale en ce sens que le souci de la survie de la famille est un incitant à épargner. La famille peut être aussi un instrument de conservation du capital, une fois constitué, enfin, elle est, spécifiquement, un instrument de transmission du capital d'une génération à l'autre (par l'institution de l'héritage).

Un certain nombre d'institutions traduisent ces divers aspects de la famille en tant que réservoir de capital. Par exemple, dans le droit français, la préséance accordée au régime de communauté conjugale, dont l'élément essentiel est constitué par l'acquêt, par l'épargne, est significative.

D'autre part, notre droit de la tutelle, des régimes matrimoniaux (même sans aller jusqu'au régime total), des successions, des libéralités, a été dominé et reste dominé par l'idée de conservation des biens dans les familles. C'est un principe dont on peut parler comme d'une des constantes du droit français.

Sa signification du principe, il est vrai, a sensiblement change depuis l'ancien droit. Dans l'ancien droit, c'est un principe qui est, souvent, dirigé contre le conjoint : il s'agit de conserver les biens dans la famille par le sang, à l'encontre du conjoint.

Aujourd'hui, les points de vue ont changé. Conservation de biens dans les familles, cela voudrait plutôt dire : constituer un patrimoine de réserve pour les enfants à venir et, même, pour le conjoint survivant. Ce n'est plus du tout dirigé contre celui-ci, ainsi que cela était le cas dans l'ancien droit. Il n'empêche que, quoique modifié dans sa signification, le principe demeure important.

Enfin, la transmission du capital d'une génération à l'autre se trouve assurée, dans le droit, par des institutions typiques: l'avancement d'hoirie, la succession ab intestat sont des institutions dont la fonction économique est de faire franchir au capital l'obstacle d'une différence d'une génération.

On prétend, précisément, que cette fonction de la famille en tant que réservoir de valeurs, s'est plus ou moins complètement, vidée de son contenu pratique sous l'effet des transformations économiques et financières du XXe siècle, sous l'effet, d'un appauvrissement généralisé de la classe bourgeoise depuis la Première Guerre mondiale. Il y aurait là un aspect particulier d'un phénomène plus général que l'on a décrit comme la prolétarianisation du droit civil. Le droit civil se serait prolétarisé: D'une manière concrète, le droit des successions, le droit des régimes matrimoniaux, le droit des libéralités auraient perdu leur importance, parce que, au fond, leur substance de capital aurait progressivement disparu."Prolétarianisation du droit civil chronique de M. SAVATIER, DALLOZ 1947, page 163).

Le phénomène, à la vérité, demanderait à être étudié autrement que par impression. Il y a certainement eu des familles appauvries par les deux grandes guerres mondiales, puis par la crise économique de l'entre-deux-guerres, et toujours par la dépréciation monétaire. Mais d'autres familles ont pu s'enrichir.

L'idée, qui était assez forte au début du siècle, d'un devoir incombant au chef de famille et à la famille de transmettre le capital d'une génération à une autre, est peut-être moins vivement ressentie qu'elle ne l'était encore au début du siècle et, à plus forte raison, au siècle dernier. Néanmoins, l'idée d'un tel devoir a pu survivre en prenant d'autres formes adaptées à des modes de vie nouveaux, et il semble que la famille continue à être sentie et vécue comme un réservoir d'avantages économiques pour la génération plus jeune. Il y a là quelque chose de très important dans l'économie de notre époque.

Sans doute, la société moderne réussit à multiplier les signes monétaires, mais il est des biens en nature qu'elle n'arrive pas à produire en nombre suffisant. L'exemple typique est celui du logement. La famille arrive à loger ses membres et à ce titre elle est sentie comme très utile.

D'ailleurs, cette fonction de logement, par là même de sécurité en nature, inhérente à la famille, est soulignée par l'organisation familiale qu'a reçue notre législation des loyers. Le droit au maintien dans les lieux, le droit de reprise du propriétaire ont des configurations familiales; ce sont des droits qui peuvent fonctionner, non seulement au bénéfice d'un individu, mais au bénéfice d'un membre de la famille de l'individu, et le besoin de logement reconstitue la famille, peut-être même l'esprit familial.

Il en est de même pour les exploitations agricoles. Le nombre n'en est pas indéfini, il existe une pénurie de fermes, d'exploitations agricoles dans beaucoup de régions. Or, le statut du fermage, a, lui aussi, un aménagement familial; le droit du preneur est aménagé familialement; le droit de reprise du bailleur fonctionne, non seulement au bénéfice du bailleur lui-même, mais de ses enfants, si bien que, pour s'établir en agriculture, il est bon d'avoir une relation familiale déjà établie.

Ceci montre le rôle pratique, persistant, très important de la relation familiale pour la sécurité des générations plus jeunes.

Voilà tout un **éventail** de fonctions économiques. Il ne nous apparaît pas que les fonctions de la famille aient disparu; il y a eu des transformations, il y a eu parfois des réminiscences. Le bilan est difficile à établir.

B - FONCTIONS D'ORDRE EXTRA-PATRIMONIAL.

Ce sont des fonctions qui résultent, généralement, de processus psychologiques. Elles sont peut-être moins visibles - comme tout phénomène psychologique - que les fonctions économiques; elles n'en ont pas moins d'importance dans le classement.

I) La fonction affective de la famille.

On pourrait dire "fonction lénifiante", la famille est un mécanisme de lénification. Les sociologues mettent en relief la sécurité psychologique affective que l'individu trouve dans la famille. Il est vrai cependant que tout groupement particulier répond à ce besoin de sécurité. Même dans une association, que cherche le sociétaire ? à s'affirmer, en quelque sorte, contre le monde extérieur, à rompre l'isolement. Il se sent perdu dans la société globale et c'est pourquoi les associations ont une importance sociologique si considérable. Mais la famille est beaucoup plus proche et elle intervient contre l'isolement générateur de psychose. Même et surtout en milieu urbain, (on peut être absolument perdu dans une grande ville si l'on n'a aucune relation)

ce qui fait dire aux sociologues que la famille est un facteur d'intégration sociale.

C'est aussi un instrument de pacification, un amortisseur des tensions, entre les sexes, entre les générations, entre les individus. Elle introduit dans les relations interindividuelles le lien des relations charnelles, de l'identité charnelle entre les membres de la famille, et puis, la pesanteur de l'habitude

On ne manque pas, dans une certaine sociologie, de montrer au contraire, dans la famille, - et peut être plus spécialement on insistera sur une transformation qui s'est produite à ce sujet dans la famille moderne - un facteur de lutte, de combat, de trouble, de tension.

Dans un petit groupe, on peut observer que les phénomènes d'agressivité retentissent plus fortement que dans des groupes, plus larges et plus impersonnels, où les tensions, les agressivités peuvent se diluer. Il est notoire que, parmi les phénomènes d'insociabilité, l'insociabilité familiale est, probablement, plus intense. Les procès de famille sont les procès les plus âpres.

Ajoutons surtout que, dans la famille moderne, la maison devient alors trop facilement le foyer où chacun apporte les frustrations engendrées dans le milieu urbain. On a beaucoup de déceptions au dehors; alors, toutes ces déceptions se déversent à l'intérieur du foyer familial, qui va devenir, en quelque manière, un écho sonore de toutes les luttes qui se déroulent à l'extérieur. Au lieu d'être le havre de sécurité affectif dont on parle, la famille devient un champ de bataille livré à des valeurs en conflit, à des égoïsmes indépendants.

Par ailleurs, comme tout groupement particulier, c'est un fait que la famille trouve, parfois, sa cohésion interne dans son opposition au milieu ambiant. On ne s'affirme bien qu'en s'opposant. De ce point de vue-là - et, souvent, les législateurs ne s'y sont pas trompés - la famille peut être anti-sociale, anti-étatique. Il y aura de l'harmonie à l'intérieur de la famille, mais de l'harmonie contre la société, on fera bloc contre celle-ci. Les rivalités individuelles, qui seraient peu de chose, sont exacerbées quand elles deviennent des rivalités familiales. Les luttes de clans dans les sociétés archaïques, en donnent un exemple, mais, même dans la société moderne, bien souvent la famille amplifie, exacerbe les tensions qui se créent entre les individus

On a ainsi observé que, dans les relations de voisinage - les enfants peuvent être l'occasion d'intérêts communs entre les familles, par conséquent de rapprochements, mais, plus souvent, sans doute encore, ce sont des occasions de friction et d'animosité,

S'il n'y avait que les hommes, dit-on toujours, tout s'arrangerait, mais introduisez les femmes et les enfants, à ce moment-là les querelles deviennent inexpiables!..."

Pour les sociologues, ces tensions seraient un phénomène moderne. En réalité, il semble qu'on pourrait, à travers la série sociologique ou, à tout le moins, à travers l'histoire, constater quelles tensions familiales intérieures comme les tensions provoquées par la famille sont de toutes les époques.

II) Fonction de mémorisation.

La famille est un organe de transmission des souvenirs. C'est une image banale que de la représenter comme un foyer de tradition, mais si l'on analyse l'institution familiale en elle-même, on voit qu'il existe là un mécanisme essentiel.

La famille groupe des générations différentes dont une, par hypothèse, celle des enfants, est éminemment réceptive. La famille est un lieu privilégié de transmission des traditions.

Il y a, néanmoins, une difficulté, c'est que, la famille, n'est pas une tradition mais deux traditions, dans la mesure où chacun des époux apporte sa tradition personnelle, qui peut ne pas coïncider avec celle de l'autre. Nous rencontrons ici la notion de mariage mixte lato sensu, c'est-à-dire la confluence de deux traditions différentes. N'est-ce pas là un élément, une concurrence qui va aboutir à neutraliser cette fonction de la famille en tant qu'organe de transmission des souvenirs?...La pratique montre qu'il n'en est rien : une fusion, dans la plupart des cas, parfois une prédominance se produit pratiquement, et la famille joue bien son rôle de mémorisation, de valorisation des souvenirs, qui est un des plus importants à lui reconnaître.

MALINOWSKI a écrit que, parmi les fonctions dévolues à la famille, le maintien de la continuité de la tradition est aussi important que la propagation de l'espèce.

La fonction biologique, à laquelle on pense tout de suite, semble essentielle, mais la grande mission de la tradition a été capitale, pour l'évolution de l'humanité, et la famille en est l'instrument.

Les travaux de Maurice HALBWACHS sur "Les cadres sociaux de la mémoire" (1925). cf. son ouvrage posthume, "La mémoire collective" (1950), montrent la fragilité de la mémoire individuelle. S'élevant contre le subjectivisme de BERGSON, HALBWACHS montre que ce sont les cadres sociaux de la mémoire qui, seuls, permettent la survie des souvenirs, que les durées collectives sont les seules bases des mémoires dites "individuelles"

Mais, précisément, dans ces cadres sociaux de la mémoire, il faut placer la famille, qui est un cadre social, un cadre objectif par excellence. Dans la famille traditionnelle l'homme et la femme assuraient, conjointement, cette fonction et surtout: la présence des grands-parents, des aïeux au foyer, assurait, d'une manière plus évidente encore, cette transmission de la tradition.

Dans la famille de la société industrielle, les grands-parents ne sont pas toujours présents, tout un anneau de transmission de la tradition peut donc manquer. D'autre part, l'homme est plus absorbé par les tâches extérieures. Aussi, admet-on qu'une certaine transformation s'est opérée, non pas dans la fonction de mémorisation, mais dans la manière dont cette fonction est remplie.

Les sociologues contemporains admettent assez couramment qu'une spécialisation de la fonction s'est produite en la personne de la femme. C'est la femme qui, disent-ils, assure la transmission des traditions dans la famille de l'âge industriel

D'une enquête de M. CHOMBARD DE LAUWE - il résulterait que 46% des hommes interrogés décrivent les femmes comme attachées, fondamentalement, au passé, et 67% des femmes se décrivent aussi comme telles, se voient dans ce rôle de maintien de la tradition

Elles sont, expliquent-ils les uns et les autres, plus conservatrices, plus attachées aux traditions, aux cérémonies, aux usages familiaux.

C'est qu'elles sont, plus avides de sécurité. Et le besoin de sécurité amène à prendre appui sur le passé.

Elles ont le temps, disent-ils, de penser au passé, tandis que nous, les hommes, nous n'avons pas le temps.

"Et puis, elles regrettent, elles ont la nostalgie de ~~lar~~ temps de jeune fille (sous-entendu les hommes n'auraient pas égale nostalgie).

Dans les milieux aisés, enquêtés par M. CHOMBARD DE LAUWE, on considère que ce rôle de mainteneur est, non seulement un fait mais que c'est le devoir de la femme. Dans les milieux plus populaires, on se borne à constater que la femme a la capacité de se souvenir, tandis que l'homme oublie plus vite.

III) La fonction pédagogique de la famille.

Cela paraît assez naturel, que la famille ait une fonction éducative, variable, d'ailleurs, suivant l'âge des enfants. De

ce point de vue, il existe une tendance, chez beaucoup de psychologues de notre époque, à mettre tout à fait à part le premier âge. A souligner, les conséquences extraordinairement néfastes de ce qu'ils appellent les "carences maternelles". La présence de la mère, dans le tout premier âge de l'enfant, crée un climat affectif qui, d'après les expériences faites, serait tout à fait indispensable. Les enfants qui seraient élevés dans un état de carence maternelle s'en ressentiraient d'une manière souvent très douloureuse, très dramatique. Néanmoins, on ne laisse pas le père à l'écart et l'on admet que même dans le premier âge, il peut avoir un rôle. On attribue également un rôle important à ce que l'on appelle, aujourd'hui, la "fratrie", la collectivité des frères et soeurs.

Seulement, quand l'enfant grandit, ne semble-t-il pas que la famille va être relayée par l'école. C'est un point sur lequel on s'est vivement interrogé. La société, n'a-t-elle pas remplacé la famille, n'a-t-elle pas, rendu la famille inutile?

Le phénomène est, en effet, assez frappant. L'instruction obligatoire, et de plus en plus longuement obligatoire, paraît réduire d'autant la place d'importance de la famille dans sa fonction éducative, une fois que l'on est sorti du premier âge. Toutefois, ici encore, il y a bien des réserves à faire.

La famille même ici, a retrouvé son importance; l'école a eu, en quelque manière, son plus grand triomphe peut-être à la fin du siècle dernier et au début de ce siècle ; il n'est pas sûr que son triomphe soit aussi grand dans la deuxième moitié du XXe siècle, et la famille a retrouvé de l'importance, dans la mesure où l'école n'arrive plus à remplir ses fonctions, faute de moyens en matériel et en personnel. L'école fonctionne si mal que la famille redevient indispensable. S'il n'y avait pas les parents pour faire les devoirs des enfants, l'école serait paralysée...

Il y a un autre aspect pédagogique de la famille sur lequel les sociologues attirent notre attention : il s'agit de ce que l'on pourrait appeler la formation sociale de l'enfant. L'être humain, l'individu n'est pas social; en tant que tel, il a besoin d'être socialisé et, ce passage, c'est la famille qui l'assurera, c'est dans la famille que l'enfant fait son premier apprentissage de la société, il en demeurera marqué toute sa vie. C'est par la famille, fait-on remarquer, que l'enfant est admis dans la société, qu'il reçoit un nom, qu'il reçoit une paternité, qu'il reçoit une identité.

M. STOETZEL, insiste sur cette fonction d'identification sociale de la famille. On est, d'ailleurs, très près ici, d'une autre fonction, la fonction juridique de la famille.

IV) la fonction juridique de la famille.

Dans la famille traditionnelle, le groupe familial apparaît comme un relais de l'autorité étatique, et il y a une image courante à ce sujet pour décrire la famille traditionnelle, la famille patriarcale : l'Etat règle les familles et la famille règle les individus. La famille est, en quelque sorte, l'intermédiaire d'autorité entre l'Etat et les individus.

L'Etat patriarcal, - comme a pu être, à une certaine époque, suivant une certaine conception tout au moins, l'Etat monarchique de l'ancien régime, apparaît comme un ensemble de pères de famille, le monarque étant lui-même une sorte de père de la nation.

Cette conception traditionnelle de la famille, relais de l'autorité étatique, est, évidemment, attaquée, de nos jours, parce qu'elle semble liée à une structure autoritaire de la famille et de l'Etat.

Néanmoins, si la fonction juridique de la famille n'apparaît plus, à l'époque contemporaine sous cette forme absolue, il en subsiste quelque chose sous une forme plus voilée.

Une institution comme la responsabilité civile du père (art. 1384, al.-4 Code Civil) apparaît comme traduisant cette fonction juridique, cette fonction d'autorité de la famille. Or, la responsabilité civile du père n'est nullement une institution en décadence à l'époque contemporaine et, au contraire, profitant, sans doute, du développement général, de la responsabilité civile dans le droit contemporain, le mécanisme de l'article 1384, a pris, en jurisprudence, un développement extraordinaire.

le nombre des décisions de justice, qui le concernent montre combien, au fond, reste vivante "la fonction juridique de la famille". Il est même remarquable que, dans des pays qui ne connaissent pas la responsabilité civile du père- (pays de common law)- un mouvement se dessine pour en réclamer l'introduction, comme si l'opinion publique sentait la nécessité de cette fonction d'autorité de la famille.

Nous pouvons citer à ce propos, une enquête sociologique conduite, dans l'Etat de Nebraska, sur un certain nombre de problèmes d'autorité parentale.

Il est tout à fait remarquable de noter qu'une question ayant été posée, relativement à une responsabilité civile éventuelle des parents pour les dommages causés par les enfants mineurs - institution qui, n'existe pas, en droit positif, dans l'Etat de Nebraska - des majorités se sont dégagées pour en réclamer l'introduction de cette institution.

Le secteur de l'opinion publique américaine, par conséquent, a senti l'utilité d'une fonction juridique, d'une fonction d'autorité de la famille. Chez les sociologues américains, c'est, en effet, à l'heure actuelle, une idée assez répandue - que l'absence de responsabilité civile des parents, dans la Common law, est un des facteurs qui ont contribué à multiplier le gangstérisme juvénile, qui serait un phénomène si développé, aux Etats-Unis.

Il est à relever dans le même sens que le législateur moderne n'hésite pas, à réintroduire une responsabilité pénale de la famille à l'occasion de telle ou telle contravention commise par les enfants mineurs. Il retrouve ici, instinctivement, la famille comme un relais de sa propre autorité.

Un petit indice, mais significatif, est donné par un décret du 18 Janvier 1961, concernant l'accès des mineurs ; l'article 3 dispose que lorsqu'un mineur a pénétré dans une salle de cinéma projetant un film interdit aux spectateurs de son âge, c'est la femme chargée de sa surveillance, donc le père en premier, qui sera puni d'une amende.

On voit de cette façon comment le législateur sait retrouver la famille quand il s'agit, pour lui de faire respecter une prescription d'ordre social.

Il convient de mentionner aussi les biais juridiques que les Tribunaux emploient pour essayer de retenir la responsabilité civile du mari lorsque la femme a causé un dommage à autrui.

Dans le système abstrait du droit civil, le mari n'est pas civilement responsable des dommages causés par la femme. Mais la jurisprudence ne l'entend pas ainsi et elle recourt en la matière à des sortes de subterfuges : elle traitera le mari comme un commettant de la femme et la femme comme un préposé du mari, afin de faire jouer contre lui l'article 1384, al.5, ou bien elle décidera que l'objet dommageable, dont la femme s'est servie, avait, en réalité, le mari comme gardien, ce qui permet de faire jouer contre celui-ci l'art.1384, al.1er.

Inversement, on peut citer la pratique pénale qui, lorsque le mari a commis une infraction, une atteinte à la propriété, notamment a commis un délit de vol, saisit immédiatement la femme comme receleur. On fait jouer l'incrimination de recel contre la femme afin de pouvoir l'impliquer dans le procès pénal fait au mari.

Il y a là les témoignages, les indices d'une responsabilité collective familiale profondément ancrée dans la conscience collective, et nous saisissons, par là, la fonction juridique de la famille comme une fonction encore très vivante.

V) Fonction religieuse de la famille.

Les sociologues ne l'ont pas suffisamment étudiée. C'est du reste une fonction qui se nuance, se diversifie, se situe à plusieurs niveaux.

Dans les pays où l'éducation religieuse n'est pas assumée par l'Etat, où la puissance publique est neutre à cet égard, la famille assure l'éducation religieuse. L'Etat- et c'est le système français se désintéresse de la question et laisse à la famille intégralement une fonction qu'il considère comme lui étant propre.

Mais, en outre, la famille a la charge des sacra ... Les cérémonies religieuses : baptême, lère communion, mariage, enterrement, sont des cérémonies de famille dans les moeurs des sociétés, occidentales.

Assurément, une étude du folklore funéraire montrerait qu'il s'est produit une évolution, dans les sociétés urbaines. Dans la pratique des grandes villes, aujourd'hui, les obsèques, le plus souvent, ont lieu dans l'intimité, d'où l'on pourrait conclure à un certain retrait de l'élément familial. A la vérité, la substitution de ce système des obsèques dans l'intimité, aux obsèques plus cérémoniales, traduit plutôt le rétrécissement de la famille. Les obsèques dans l'intimité supposent l'assistance de la famille étroite, de la famille conjugale; c'est seulement la famille large, la famille étendue qui se trouve écartée.

A l'intérieur de la famille conjugale, cette fonction sacrale demeure très vivante. L'assistance de la famille aux derniers moments est secrètement ou explicitement désirée par la plupart des êtres, dans les sociétés, même industrielles, et il n'y a pas de plus grande horreur que de mourir dans la solitude d'un hôpital.

Pénétrons plus profondément dans l'intimité des âmes. La famille permet à l'individu de se donner une dimension dans le temps. La famille est - une forme pratique de l'immortalité.

L'étude comparative des religions montre que pour un certain nombre d'entre elles l'immortalité n'est autre chose que la descendance. Même dans nos sociétés modernes le prolongement de la descendance est senti comme une forme de l'immortalité, ou, comme une compensation (l'immortalité a toujours servi à cela)aux injustices, de la condition sociale. Ce que l'individu n'a pas pu obtenir de la société pour lui-même, il espère l'obtenir pour ses enfants; ce que la femme n'a pas pu obtenir pour son mari, parce qu'il n'avait pas d'ambitions ou parce qu'il n'avait pas les moyens de réaliser ses ambitions, elle espère bien l'obtenir pour ses enfants : les échecs qu'elle a éprouvés en la personne

de son mari, elle les reporte en espérances sur ses enfants. Il y a là l'espoir d'une revanche. Cet espoir d'une revanche dans notre descendance est une consolation qui nous aide à supporter les échecs de notre vie. C'est là encore un aspect de la fonction religieuse de la famille.

C - LA NOTION DE FONCTIONS DANS SON APPLICATION A LA FAMILLE.

En Sociologie, on étudie toujours les fonctions de la famille par rapport à la société, éventuellement par rapport aux enfants. La famille servirait à la société; tout au plus, elle servirait aux enfants. On n'étudie jamais les fonctions de la famille par rapport à ceux qui fondent la famille eux-mêmes, par rapport au couple.

On parle d'ailleurs, des "fonctions de la famille" et non pas de son utilité. Si l'on se reportait au couple, à celui qui fonde la famille, il vaudrait mieux dire "l'utilité que la famille qu'ils fondent représente pour eux", et non pas parler de fonction.

La conception courante a contribué à orienter les esprits, chez les sociologues, mais aussi chez les juristes, vers une certaine fonctionnalisation de la famille et, par déduction, dans le plan normatif, vers l'idée d'une fonction sociale que rempliraient les membres de la famille.

Cette idée de la fonction sociale, cette idée que les membres de la famille auraient une certaine fonction sociale à remplir, auraient des devoirs, et jamais de droits, est bien connue

Cette manière de présenter les choses ne semble pas très réaliste et on peut poser, a priori, que l'institution familiale aurait cessé de se reproduire si elle n'avait été soutenue, d'abord, par l'intérêt, lato sensu, par l'utilité, au sens large du terme, de ceux qui fondent des familles.

Cela a pu être même, à certains moments de l'évolution, un intérêt purement économique. C'est une banalité d'observer que, dans des sociétés rurales en expansion, la famille est soutenue par le besoin de main-d'oeuvre, d'où une forte natalité. Ici, c'est bien l'utilité de ceux qui fondent la famille qui est à la base de la famille.

Mais, à tout le moins, partout, il y a, à la base de la famille, un intérêt psychologique de ceux qui la fondent. L'homme et la femme cherchent à s'accomplir dans le mariage et dans la fondation d'une famille. C'est ce besoin d'accomplissement affectif qui est le véritable ressort de l'institution. Et l'on est

obligé de constater que ces fonctions sociales sur lesquelles la sociologie insiste ne constituent pas l'essentiel en la matière.

§ 3 - LES STRUCTURES.

Le postulat de la sociologie moderne de la famille, est que les structures traditionnelles auraient été profondément secouées par l'évolution contemporaine (depuis une vingtaine, une trentaine, une quarantaine d'années?).

Les uns se contentent de parler d'une évolution des structures, les autres insistent davantage et parlent d'un effondrement des structures. Nous aurons à nous placer successivement à ces deux degrés.

A - L'EVOLUTION DES STRUCTURES.

Pour parler d'une évolution, il faut avoir un point de comparaison, un point de départ, et, effectivement, dans les descriptions sociologiques, on parle d'un certain prototype de la famille qui serait la famille traditionnelle : c'est à compter de là qu'il y aurait eu une évolution. La famille traditionnelle aurait été une famille étendue et autoritaire. Il se serait produit un double mouvement, affectant cette famille traditionnelle ; mouvement de rétrécissement et de démocratisation.

Les sociologues qui font ces descriptions évolutives, ne sont pas toujours du même avis sur ce que l'on entend par famille traditionnelle . Pour les uns, c'est la famille du Code Napoléon la famille de 1804, telle qu'elle a reçu sa structure dans le Code Civil; pour d'autres, ce serait la famille de l'ancien régime, la famille du Code Civil représentant déjà un certain mouvement, une certaine évolution, ne serait-ce qu'à la suite de certaines réformes révolutionnaires, que le Code Civil s'est appropriée , telle que la suppression de la puissance paternelle sur les majeurs, (cette institution existait dans les pays de droit écrit) l'abaissement de l'âge de la majorité, (la Révolution et le Code Civil ont ramené l'âge de la majorité de 25 ans à 21).

Il y a donc eu déjà un mouvement de démocratisation en 1804 et, pour en tenir compte, certains proposent de prendre le point de départ dans la famille de l'ancien régime et, non pas simplement dans la famille de 1804.

I) le rétrécissement des structures familiales.

L'époque contemporaine aurait été témoin d'un passage de la famille étendue à la famille étroite, nucléaire.

Nous savons qu'il existe, en effet, deux types de famille.

Il y a la famille étendue, la famille large, où se trouvent englobées toutes les personnes qui descendent d'un auteur commun, toutes les personnes unies par un lien de sang. C'est la famille cognatique, la grande famille, la gens, la famille tournée vers le passé, la famille à caractère aristocratique, qui est pendue à son arbre généalogique.

A l'opposé, se trouve la famille étroite, nucléaire: le père la mère et seulement les enfants, et, encore, la tendance est-**elle** à n'y faire entrer que les enfants qui vivent au même foyer et même, plus particulièrement, les seuls enfants mineurs. Cette famille sera fondée sur la cohabitation encore plus que sur les liens du sang. Ce n'est plus la gens, c'est la domus, c'est le ménage, **c'**est le foyer; c'est une famille qui n'est plus orientée, tournée vers le passé, mais vers l'avenir, vers la procréation et l'éducation des enfants.

On prétend que notre époque a été marquée par un passage de la gens à la domus, de la famille étendue à la famille étroite. La gens a été éliminée et l'on en donne des témoignages, qui sont classiques.

Ainsi, la décadence de l'institution du conseil de famille. Dans tous les cours relatifs à la tutelle, on ne manque pas **de** relever combien l'institution du conseil de famille - où le Code Civil de 1804 avait vu la pierre angulaire de la tutelle - fonctionne mal dans la pratique : les parents ne se réunissent pas effectivement, ils donnent des procurations, si bien que le conseil de famille finit par n'être plus qu'une réunion de clercs de notaire ou de clercs d'avoué, ce qui atteste l'indifférence familiale, ce qui atteste que la famille large ne fonctionne plus.

On cite encore, dans l'ordre législatif, la limitation du degré successoral. En 1917, le degré maximum de successibilité a été ramené de 12 à 6 ; aujourd'hui, on ne succède plus que jusqu'au 6ème degré, du moins en principe et il faut tenir compte davantage encore du droit fiscal. L'écrasement des droits, **de mutation** a cet effet que, pratiquement, au-delà du petit cercle **de** la famille conjugale, on hérite peu, car il faut partager avec **le** Fisc.

On cite également, plus récemment, la préférence que **la loi** du 26 mars 1957 a donnée au conjoint sur les collatéraux, dans l'ordre de la succession ab intestat. Depuis 1957, le conjoint prime les collatéraux. Il y a là, semble-t-il, un indice **de ce** passage de la famille étendue à la famille étroite.

Cependant, à ce tableau classique, il faut apporter peut-être des correctifs. Il y aurait lieu, pour faire une juste ap-

préciation de ces réformes législatives, de tenir compte de certains facteurs contraires. Sans doute, la préférence a été donnée, par la loi de 1957, au conjoint sur les collatéraux, et il n'est pas douteux que cela traduit une évolution de l'opinion publique. Mais, pour porter un jugement véritablement scientifique sur la question, il faudrait être informé - de l'utilisation que les intéressés, - ayant à la fois, dans leur successibilité des conjoints et des collatéraux, - peuvent faire de la liberté testamentaire. Nous ne sommes nullement renseignés sur ce point. Ne joue-t-elle pas, dans un nombre de cas qu'il faudrait mesurer en faveur des collatéraux, totalement ou partiellement?... Cela peut n'être pas d'ailleurs, une exclusion totale du conjoint survivant, mais un partage entre les collatéraux et lui.

Il y aurait là un élément essentiel d'une juste appréciation de la réforme ; c'est un problème d'effectivité.

Il faudrait également - tenir compte de la fraude fiscale. Les droits de mutation paraissent, en ce qui concerne les successions dévolues à des collatéraux, extrêmement lourds, si bien que le membre de la famille étendue, appelé par sa vocation ab intestat, reçoit légalement peu de chose, une fois prélevé, l'impôt successoral.

Seulement, il existe une fraude fiscale, très largement répandue, qui s'exerce en faveur, précisément, des neveux et des cousins, ce qui atteste quand même, la vivacité du sentiment familial. La famille étendue n'est pas morte, puisqu'elle amène les intéressés à frauder la loi fiscale.

La décadence du conseil de famille, il y aurait beaucoup à dire. Ici encore, l'information est partielle et fragmentaire. La décadence du conseil de famille est attestée dans les grandes villes et surtout à Paris. Mais, dans certaines campagnes, le conseil de famille est loin d'être une institution en décadence. On peut le savoir par sondages. Sans doute, il y faudrait des études plus exhaustives. Mais, d'ores et déjà, on peut conjecturer que l'affirmation d'une décadence du conseil de famille est trop générale.

D'autre part, nous avons des témoignages en sens contraire dans le droit contemporain qui laissent supposer une certaine vitalité de la famille étendue.

C'est ainsi que la sociologie des loisirs - nous révèle les Français des grandes villes et, notamment, de la Région Parisienne, prennent, en assez grande quantité leurs vacances dans des maisons appartenant à des membres de la famille étendue. On retrouve là les ascendants, et même les oncles, voire les cousins quand il s'agit d'aller s'installer chez eux.

Un autre témoignage nous est donné par l'institution du maintien dans les lieux prévue par la loi du **1er** septembre **1948**.
L'article **5** de cette loi dispose que :

" Le maintien dans les lieux est ouvert aux membres de la
" famille vivant habituellement avec le locataire ou l'ex-
" locataire."

Les collatéraux peuvent-ils être inclus dans ces membres de la famille, ou bien faut-il comprendre "membres de la famille" au sens étroit, au sens de la famille conjugale?...

C'était un problème d'interprétation qui se posait et qui mettait en cause, le choix entre les deux conceptions de la famille.

Or, la jurisprudence a admis la conception large et, dans la pratique, on a vu le maintien dans les lieux bénéficier à des collatéraux (même au 4e degré).

Cela montre que, la famille étendue reste encore assez vivante.

Par ailleurs, il faut mentionner ce que l'on pourrait appeler "La montée des grands-parents" dans les structures familiales. Les grands-parents, qui ne font pas partie de la famille conjugale, sont très présents dans la famille telle que l'a comprise notre jurisprudence.

Les tribunaux, d'une façon constante, décident que, contre la volonté des parents, les grands-parents peuvent se faire reconnaître un droit de visite à l'égard de leurs petits-enfants.

On peut, évidemment, objecter que c'est là une preuve que ce droit leur avait été dénié contesté par les parents, les père et mère, ce qui ne se serait pas vu jadis.

Mais les décisions de la jurisprudence paraissent bien attester, en tout cas, un sentiment public favorable aux grands-parents et de ce fait, un sentiment public qui ne rejette pas l'idée de la famille étendue.

D'autant que nous avons de cela des preuves plus directes, tirées, non plus de la jurisprudence, et du droit, mais des moeurs, des pratiques, telles que les sociologues de sociologie générale nous les dépeignent.

Il y a un certain nombre de phénomènes, qu'il convient de citer. Ainsi, d'enquêtes faites sur les budgets de famille, à l'époque contemporaine, dans les milieux urbains (modestes, il

appert que les dons des grands-parents, (des dons manuels, des présents d'usage), jouent un très grand rôle pour l'équilibre des budgets de famille. Dans un très grand nombre de ménages, les grands-parents, par exemple, aideront la famille en habillant les enfants.

Egalement, on signale, de toutes parts, l'aide qui est apportée par les grand'mères dans l'accomplissement des travaux ménagers. Un des griefs des usagers contre les grands ensembles, est précisément, de les priver du contact avec les grands-parents, (les parents et les beaux-parents), c'est-à-dire avec l'aide que ces derniers pourraient apporter.

Enfin, on peut citer la vivacité de certaines réactions de la grande famille. Dans la grande famille, il y a des querelles, notamment entre beaux-frères et belles-soeurs. C'est un point qui est signalé par les notaires notamment, que la fréquence de ces conflits (qui ne tournent pas nécessairement en procès).

L'existence de tels conflits est une preuve de la vitalité du groupe; l'indifférence serait, à certains égards, de plus mauvais augure.

C'est parce qu'ils se regardent comme membres du groupe que beaux-frères et belles-soeurs se querellent.

Voilà un faisceau de témoignages qui, montrent qu'il ne faut pas accueillir sans nuances l'affirmation d'un rétrécissement de la famille étendue. Il y eut il est vrai un passage, de la famille étendue, de la gens, à la domus. Mais, il subsiste, cependant, autour de la famille nucléaire, une sorte de zone de pénombre, qui est constituée par un reste de famille cognatique. La famille étendue reste latente autour de la famille conjugale, de la famille nucléaire.

II) La démocratisation des structures familiales.

Ce n'est là qu'une image, car le terme de démocratie n'a pas de sens à l'intérieur d'un groupe étroit comme la famille.

Ce phénomène de démocratisation est couramment signalé par les sociologues de la famille, comme une des données fondamentales de l'époque contemporaine. La thèse de l'Américain BURGESS, la famille de l'institution au compagnonnage -1953- d'après laquelle la famille tend vers le "companionship", vers la camaraderie, rejoint cette idée de démocratisation.

Il y aurait, - pour employer une formule qui évoque tout de suite la démocratie, - dans la famille de l'âge industriel, plus de liberté, plus d'égalité et, plus de fraternité, - au sens du

jus fraternitatis, qui est une des caractéristiques de la société dans notre vocabulaire juridique - qu'à l'époque précédente.

Mais il faut essayer tout de même de serrer de plus près ce concept de démocratisation, qui demeure assez vague. On peut songer à le situer à deux moments de la famille : au moment de sa fondation, pendant sa vie même.

a) Premier moment, la fondation de la famille. Pour le droit français, la démocratisation a consisté dans : l'élimination progressive du rôle des parents au moment de la fondation de la famille; juridiquement, dans la suppression du consentement à mariage en ce qui concerne le mariage des majeurs (alors que, dans le système de 1804, les majeurs, jusqu'à un certain âge, avaient besoin, sinon toujours du consentement de leurs parents, du moins de leur consultation respectueuse).

Aujourd'hui, la majorité matrimoniale coïncide avec la majorité générale; elle a été ramenée à 21 ans, et, même, au-dessous de 21 ans, il n'y a plus besoin, dans le système de notre droit positif, du double consentement des parents : le mineur peut se marier avec le consentement d'un seul de ses parents et, notamment, avec celui de sa mère.

N'y a-t-il pas là une manifestation de cette démocratisation au moment de la fondation de la famille?...

Sans doute. Néanmoins, historiquement, on ne peut pas s'empêcher de souligner l'équivoque du phénomène, car, cette élimination progressive du consentement parental en matière de mariage est un retour à un système que le droit français avait connu dans l'ancien droit : le système du droit canonique. Il y avait eu, sous l'action de facteurs divers et, notamment, sous l'action du pouvoir royal, une introduction progressive du consentement parental, de l'autorité paternelle en matière de mariage. Donc, le phénomène est équivoque d'un point de vue évolutif; il est régressif ou progressif selon les conceptions.

D'une façon plus profonde peut-être, on dira que la démocratisation, dans la fondation de la famille, se traduit en ce que - et, ici, nous ne sommes plus tellement sur le terrain du droit, mais plutôt sur celui des mœurs - la fondation d'une famille, dans la conception de notre époque, dans la conception du XXe siècle, finissant, est un acte de volonté, un acte responsable, c'est dans ce sentiment de responsabilité de ceux qui fondent la famille qu'il faudrait voir la transformation profonde, la démocratisation.

Seulement, ce trait, si caractéristique de la famille dans nos sociétés, n'est-il pas plus ancien que nous le croyons? Ce

trait ne caractérise-t-il pas plutôt la famille occidentale à toutes les époques, par opposition à ce que l'on appellerait la famille orientale?...

Notre sens des responsabilités matérielles et morales, pour nous-mêmes et pour notre descendance, nous conduit au moins, en général, à ne fonder une famille, qu'une fois sa subsistance assurée. Ceux qui fondent une famille ont conscience qu'ils auront la responsabilité de la faire vivre, et ils envisagent sa fondation comme un acte de responsabilité.

La famille, tribale ne se fonde pas. Ses origines se perdent dans le passé, elle ne fait que se prolonger dans l'avenir, on en fait partie, mais il n'y a pas fondation de famille nouvelle, il n'y a pas, par conséquent, de responsabilité individuelle à la base du mariage.

C'est une opposition entre deux civilisations, entre deux cultures,- plutôt qu'entre deux époques. "Même pour la famille de l'ancien régime et, à plus forte raison, pour la famille du Code Napoléon, l'idée de responsabilité était déjà une idée force. Une institution, comme le contrat de mariage, atteste bien l'idée que, fonder une famille, c'est prendre la responsabilité d'assurer sa subsistance, même si, autrefois, la subsistance de la famille devait-être partiellement assurée par des donations des ascendants.

Le contrat de mariage conférait tout de même au nouveau ménage la sécurité d'un droit.

b) Second moment : la vie de la famille une fois fondée

A l'intérieur de la famille, une fois créée, il y aurait eu démocratisation. La transformation peut affecter, soit les relations internes du couple, soit les relations entre parents et enfants.

Dans, les relations entre mari et femme, on note un processus d'égalisation et l'on en donne des témoignages juridiques. Les lois de 1938 et de 1942, qui ont supprimé la puissance maritale l'incapacité de la femme mariée, paraissent bien se rattacher à cette idée de démocratisation. Le projet de réforme des régimes matrimoniaux, même s'il est actuellement en sommeil reflète un certain mouvement de l'opinion publique, et paraît bien répondre à une idée d'égalité pleine entre le mari et la femme. Bref, du processus d'égalisation, les témoignages juridiques semblent indubitables.

Nous aurons, cependant, - à nous interroger sur l'effectivité de ces réformes, car, sociologiquement, il ne suffit pas de

faire un inventaire de textes, il faut voir comment ils sont appliqués et le problème peut-être posé, si les textes égalitaires ont été suivis par les pratiques.

Les sociologues ne se placent pas tellement sur le terrain des textes, qu'ils ne connaissent pas toujours très bien, mais ils invoquent des pratiques, des moeurs. Pour eux, le processus de démocratisation à l'intérieur du couple se traduira par le développement de la pratique qui associe le mari au lavage de la vaisselle, par exemple, ou, également, dans cette pratique, plus remarquable, qui fait que, dans certaines familles, dans les ménages ouvriers, le mari remet périodiquement sa paye à sa femme c'est la femme qui reçoit et gère la paye du mari. Nous aurons plus loin à nous interroger sur la portée de cette pratique.

La démocratisation peut se retrouver sur le terrain des relations entre parents et enfants, et, ici, encore, on signale couramment une certaine émancipation, des grands adolescents, un certain relâchement de l'autorité familiale. On cite des témoignages juridiques, notamment dans la jurisprudence sur la responsabilité du père en raison des dommages causés par les enfants et, plus particulièrement par l'emploi de bicyclettes ou de motocyclettes.

Le père peut décliner sa responsabilité s'il démontre qu'il n'a pu empêcher le dommage, qu'il a été exempt de faute. Dans le système jurisprudentiel, on considère que le père n'a pas pu empêcher le dommage, - s'il a laissé à l'adolescent une autonomie comparable à celle qu'ont les autres adolescents. Faire comme tout le monde c'est, à certains égards, une garantie de bien faire, du moins dans une certaine conception.

Or, très largement, très facilement, les Tribunaux, à l'heure actuelle, admettent que les grands adolescents peuvent normalement circuler sur des engins à deux-roues, même motorisés. Il y a 50 ans, les Tribunaux ne l'auraient certes pas admis. On a aperçu là l'indice d'un processus d'émancipation des mineurs, donc d'un processus de démocratisation. Il est même arrivé à la Cour de Cassation de s'écrier pour montrer qu'elle était bien à la page, "que nous n'étions plus à l'époque des gouvernantes et des chaperons".

Mais, cela ne concerne que la liberté locomotrice et quand on parle des relations d'autorité entre parents et enfants, on fait plutôt, état d'une autorité psychologique dont il faudrait vérifier la persistance ou éventuellement la disparition, mais la liberté locomotrice en soi n'est pas significative.

Une autre remarque, plus générale, peut contribuer encore à atténuer l'assertion courante : beaucoup des restrictions qui ont été apportées à l'autorité parentale, à l'époque contemporaine, traduisent bien plutôt un contrôle de l'Etat sur cette autorité qu'une émancipation individuelle du mineur. Or, il ne faut

pas confondre les deux choses : intervention de l'Etat dans la famille et émancipation individuelle de l'adolescent. Peut-être y a-t-il eu une confusion dans la conception courante.

III) Valeur du schéma.

Le schéma a-t-il, une valeur générale?... Est-il applicable à toutes les familles, dans la société moderne de type industriel?

Il semble que, le schéma courant, ne fait pas assez de nuances; la réalité est plus complexe que ce qui est décrit. Peut-être une observation plus attentive décèlerait-elle la coexistence, à l'intérieur d'une même société de type industriel, de diverses sortes de famille.

Quels sont les facteurs qui peuvent influencer sur la structure familiale pour l'orienter dans un sens divergent de celui qui est couramment décrit?...

Il y aurait, d'abord, à tenir compte- de la catégorie socio-professionnelle. Le schéma courant apparaît, assez souvent, comme la projection du milieu auquel appartiennent les chercheurs ou avec lequel ils sympathisent. Ici, inconsciemment ou consciemment, leur méthode est subjective.

Il semble que le schéma qui nous est donné convienne particulièrement bien à certaines classes sociales, la classe ouvrière, la petite bourgeoisie, les fonctionnaires, petits et moyens fonctionnaires - les employés, - du moins, ici encore, à l'exclusion des cadres supérieurs, - mais non pas à la moyenne ou à la grande bourgeoisie, encore que, dans des enquêtes récentes et, notamment, dans celle menée par l'équipe de M. CHOMBARD DE LAUWE, il y ait eu un effort pour sonder des milieux de bourgeoisie aisée. En général, la moyenne et la grande bourgeoisie sont laissées de côté, et, surtout, la masse rurale a été longtemps négligée.

C'est que cette catégorie est difficile à étudier. Il est bien connu, c'est de la psychologie élémentaire, que le paysan est volontiers secret, que les familles paysannes sont closes et, en conséquence, les sociologues renoncent à mener une enquête la description qu'ils donnent alors des structures familiales convient assez mal au milieu paysan français.

Instinctivement et comme par une sorte de nécessité, les chercheurs choisissent les milieux les plus facilement pénétrables, mais cela aboutit à entacher d'un certain arbitraire les résultats de leurs enquêtes. C'est alors au hasard de certains événements que l'on pourra avoir, en quelque manière, des coupes sur ce que sont ces structures familiales cachées. Au hasard, notamment, d'une affaire criminelle qui permettra de voir ce qui se

passé à l'intérieur d'une famille paysanne. L'affaire criminelle de LURS, où était impliquée une famille de paysans des Basses-Alpes, la famille DOMINICI en donne un exemple. On fut surpris de la révélation que cette affaire apporta sur les structures d'une famille paysanne-, au XXe siècle; en vit apparaître un type patriarcale de famille que l'on croyait absolument disparu de la Société française. Il fallait le hasard d'une affaire criminelle pour qu'il nous fût révélé.

On peut penser qu'assez souvent des échantillons de ce genre demeurent cachés à nos chercheurs. Il n'y a pas à incriminer leurs méthodes, qui ont leurs servitudes, mais il faut, n'accueillir les résultats d'enquêtes qu'avec des réserves.

Une seconde variable dont il y aurait lieu de tenir compte, est l'âge des familles. Les familles, où le double processus de rétrécissement et, surtout, peut-être, de démocratisation, est le plus marqué, sont à travers les descriptions des sociologues, des familles que l'on pourrait croire éternellement jeunes.

Il arrive qu'en sociologie on étudie aussi les problèmes de la vieillesse, mais on étudie beaucoup moins les familles dans leur maturité. Or, il n'est pas sûr du tout que le comportement psycho-sociologique d'une famille, dans sa maturité, soit le même que celui d'une famille dans les années qui suivent sa fondation.

Il existe un problème que l'on a étudié en sociologie, notamment dans la sociologie américaine, et qui paraît concerner cette phase de maturation des familles : c'est le problème des beaux-parents, des relations entre beaux-parents, d'une part, genre et belle-fille de l'autre.

En France, sans que, semble-t-il, on ait fait des études systématiques sur la question, on sait, qu'il y a des problèmes à ce sujet. Chez les juristes, on parle couramment des "divorces de beaux-parents"; (les divorces qui sont provoqués par ces derniers). A propos de ce genre de divorce, on voit, dans l'intrusion des beaux-parents, une atteinte à l'autonomie du couple jeune, et c'est cet aspect qui captive les juristes ou les sociologues. On ne prend pas garde que, vu du côté des beaux-parents et de leur propre enfant, le problème atteste, une persistance tout à fait singulière des relations d'autorité; il y a un effet d'autorité qui va contre la description courante d'une démocratisation des relations familiales, des relations entre parents et enfants.

Il est d'autant plus regrettable, que l'on n'étudie pas davantage les familles parvenues à un certain degré de maturation que certains problèmes de sociologie familiale ne peuvent se poser que dans ces familles-là. Ainsi, des problèmes tels que le

problème successoral, le problème de l'égalité successorale à l'intérieur de la sociologie des successions, concernent des familles parvenues à un certain degré de maturation, et n'ont aucuns sens pour les familles jeunes. Cette optique, systématiquement orientée vers les familles jeunes, a pour résultat de laisser dans l'ombre toute une série de problèmes de sociologie familiale.

En thèse générale, dans les rapports patrimoniaux, par exemple, quant aux problèmes psycho-sociologiques que soulève le droit de succession, on peut conjecturer que c'est la maturation de la famille qui fait surgir les problèmes. Les conflits du droit successoral ne se conçoivent qu'à l'intérieur d'une famille parvenue à un certain degré de maturation, sinon de vieillissement.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'ordre des rapports extra-patrimoniaux, des relations personnelles à l'intérieur de la famille, on peut conjecturer que la maturation de la famille a un effet d'apaisement sur les problèmes, sur les conflits, du moins en ce qui concerne les relations entre mari et femme. Sans doute, il peut surgir des conflits dans les relations entre parents et enfants et, même, on peut imaginer que ces conflits auront leur retentissement dans de nouveaux conflits, entre le mari et la femme. Mais, en thèse générale, si l'on fait abstraction de cet effet indirect venu des relations et des conflits entre parents et enfants, on peut penser qu'à l'intérieur du couple il se produit, au contraire, par la maturation et le vieillissement, un certain apaisement des conflits.

Les problèmes, les conflits que la sociologie contemporaine étudie avec prédilection, parce qu'elle opère sur des familles jeunes, se trouvent atténués, émoussés lorsqu'il s'agit de familles mûres ou de familles vieillissantes. Ceci a été noté dans l'enquête précitée de M. CHOMBARD DE LAUWE. A la question de savoir s'il y a une guerre des sexes, l'auteur répond qu'il y a une dialectique qui s'aménage quotidiennement entre homme et femme et que ces arrangements vont croissant au fur et à mesure que le temps passe.

M. CHOMBARD DE LAUWE cite cette réponse d'une femme sur le problème de l'égalité entre l'homme et la femme.

- " Je crois qu'on traîne la charrue ensemble. Passé la cinquantaine, on ne pense plus à l'égalité."

Le conflit se joue lorsque la famille est encore jeune, lorsque le mari et la femme ne sont pas encore habitués l'un à l'autre. Ensuite, par l'accoutumance, parce qu'en effet, on est peut-être rivés, au même joug, il se produit un effet d'apaisement.

Mais, alors, la vision que les sociologues nous donnent des ménages, des familles, avec un aspect conflictuel souvent très accentué, parce qu'ils ont opéré sur des familles jeunes, ne tra-

duit pas la réalité globale ; cette vision néglige toutes les familles mûrissantes ou vieillissantes. Il y aurait là une rectification à opérer.

Une troisième variable dont il faudrait, enfin tenir compte, réside dans la volonté même des intéressés. Il y a là une constatation un peu étrange, du point de vue sociologique, qui contredit au déterminisme de principe sur lequel repose la recherche sociologique. Les structures familiales, ne sont peut-être pas entièrement déterminées par l'environnement social. Il est possible que les structures familiales soient constituées par un acte de volonté des intéressés et constituées à l'encontre du milieu, en réaction contre le milieu ambiant.

Un juriste s'étonnera moins qu'un sociologue, de voir un couple choisir de fonder une famille de tel ou tel type, choisir, au départ, de structurer son groupe familial dans un sens plutôt que dans un autre, parce que le droit est le royaume des volontés.

De même que ceux qui veulent fonder une société choisissent de fonder une société à responsabilité limitée plutôt qu'une société anonyme, ou réciproquement, de même un juriste comprendra, a priori, que ceux qui fondent une famille veuillent la fonder suivant une certaine conception de structure.

Mais la volonté peut-elle jouer un aussi grand rôle dans la construction du type familial que, par exemple, dans la construction d'un type de société?...

Les sociologues ne seraient certainement pas disposés à accepter cette vue volontariste. Cependant, il ne s'agit que d'introduire une certaine dose de volontarisme dans la description sociologique.

Dans l'enquête de M. CHOMBARD DE LAUWE - il n'y a , aucun indice d'acte de volonté ; Interrogés sur l'évolution de l'image de la femme, les enquêtes perçoivent cette évolution comme irrésistible. Ils n'essaient pas d'en percer le sens, ils sont passifs devant le phénomène , aucun n'exprimera spontanément l'idée qu'il aurait pu influencer lui-même l'évolution, qu'il aurait pu la promouvoir, l'accélérer ou, au contraire, la freiner.

Cette très grande passivité n'exclut-elle pas toute idée de volonté en la matière?

Seulement, cette enquête est menée dans certains milieux urbains, et il n'est pas exclu que ces milieux soient particulièrement amorphes et grégaires.

Il semble bien, en tout cas, si l'on élargit le champ d'in-

vestigations, que le rôle de la volonté, dans la structure de la famille, ne puisse pas être éliminé. Il peut-être assez facilement constaté que, dans les minorités ethniques, dans les minorités confessionnelles et même dans ce que l'on pourrait appeler les minorités-sociales, les aristocraties, la volonté agit sur la conception de la famille et sur la réalisation de cette conception.

On peut relever notamment, à travers le rapport d'un sociologue argentin, le Professeur GINO GERMANI, - rapport qui s'insérerait dans une enquête générale menée par l'U.N.E.S.C.O. , en 1958 sur "Les implications sociales du progrès technique", qu'en s'appuyant sur des observations faites dans son pays, l'auteur admettait qu'il pouvait coexister avec la famille du type moderne, du type industriel , une famille de type plus ancien.

La remarque est intéressante pour nous. D'après GINO GERMANI, cette existence du type ancien à l'intérieur d'une société qui, pour l'ensemble, est orientée vers le type moderne, ne s'explique pas comme une survivance, comme un archaïsme qui n'aurait pas été délibérément recherché. Ce n'est pas ce que les sociologues américains appellent un "retard culturel", c'est un traditionalisme idéologique, qui résulte d'un choix conscient, délibéré. Ces familles-là ont choisi de fonder une famille du type ~~semi~~-patriarcal, qui contraste avec le type industriel.

Un second fait est fourni par les immigrants: ouvriers espagnols, ou musulmans d'Afrique du Nord qui s'entassent (plus ou moins bien) dans tel ou tel département industriel et, notamment, dans le département de la Seine.

Ces milieux d'immigrants fondent des familles de type patriarcale ou, à tout le moins, de type, autoritaire, qui font contraste avec le milieu ambiant, le milieu ouvrier français, où les familles sont constituées suivant le type dit moderne. Les familles de Musulmans et d'Espagnols très closes, très structurées, se présentent comme relevant, d'une autre idéologie, s'il y a eu du moins, mariage à l'intérieur du même groupe dans les ménages mixtes, il y a, au contraire, destruction complète des structures.

Ces ménages, ces familles d'immigrants contrastent profondément avec le milieu français de même niveau social. Dans l'ouvrage de doctorat "Famille, Industrialisation, Logement", de Mme Andrée MICHEL, le fait est relevé pour des familles d'immigrants espagnols ou algériens qui vivent dans les hôtels meublés de la Seine. Ils y vivent suivant leurs normes familiales et c'est un choix, c'est un acte de volonté; ils ne voudraient pas vivre suivant le type moderne qui leur est présenté par le milieu ambiant.

Notre droit international privé permet de tenir compte de

cette réalité sociologique par son principe de la compétence de la loi nationale. Cependant, le principe n'est pas, en droit international privé, sans restriction et, notamment, au nom de l'ordre public, les juges français arrivent à réintroduire la loi française et à l'appliquer à ces ménages construits suivant une autre idéologie.

Cela peut se traduire par des contre-sens sociologiques. On peut citer à l'appui des arrêts récents de la Cour d'Appel de Paris, du 15 Novembre 1962 et du 21 Juin 1961, (D. 1963, 140 et 142), qui appliquent des mesures d'assistance éducative - ce mécanisme juridique introduit, chez nous, en 1958 et qui répond à une conception moderniste de la famille, avec interventionnisme poussée de l'Etat, - à des enfants de famille espagnole ou même allemande. Or, ces familles visiblement construites suivant un autre type, répugnaient à notre conception de l'assistance éducative, et l'on sent, sociologiquement, une sorte de malaise, de discordance entre la solution de droit dogmatique et le substratum sociologique auquel on l'applique.

Ces réserves devaient-être formulées sur la présentation du schéma courant. Ce schéma est, sans doute, trop général, en ce qu'il suppose une uniformité dans les structures familiales à l'intérieur d'une même société globale. Cette uniformité n'est jamais absolue et il y a place pour la coexistence de types différents.

Mais on ne s'est pas borné à parler d'une évolution des structures familiales, on a parlé aussi, plus vigoureusement, d'un effondrement des structures familiales.

B - L'EFFONDREMENT DES STRUCTURES FAMILIALES.

L'expression et le concept qui y est sous-jacent sont, aujourd'hui, couramment admis. Le concept a même eu des conséquences législatives normatives.

On ne peut pas, ici non plus, accepter sans réserves les descriptions courantes du phénomène, il y a beaucoup de réserves à faire sur cette idée d'un effondrement des structures familiales, telle qu'on la présente chez les sociologues, mais aussi chez les juristes, pour ne rien dire des littérateurs et des journalistes qui ont beaucoup écrit sur la question.

I) Description du phénomène.

Le phénomène touche au droit pénal par des problèmes comme celui de la délinquance juvénile, et, au droit civil, - pour rester sur le plan de l'enfance - par des institutions comme celle

de l'assistance éducative. On est, bien souvent, à la frontière du pénal et du civil.

On parle couramment d'un effondrement des structures familiales, comme d'un phénomène qui serait, typiquement, de la Seconde moitié du XXe siècle, qui se manifesterait, à l'intérieur de la société industrielle, surtout dans le milieu urbain, et qui serait même, particulièrement aigu dans les grands ensembles construits autour des grandes villes.

Les causes de ce phénomène seraient, d'abord, des causes objectives, quasi matérielles. L'effondrement des structures familiales serait une conséquence du style de vie, imposé par la condition ouvrière, dans la grande industrie moderne : le père est absent toute la journée, il ne rentre que tard de son travail; bien souvent, la mère elle-même travaille. Et même lorsqu'il y a une vague réunion des éléments de la famille, elle se fait en dehors de toute véritable communauté familiale. Le bruit ambiant est un obstacle à l'intimité familiale. L'exiguïté du logement est une incitation à sortir et, par là même, un facteur de dislocation du foyer.

Mais, à ces causes matérielles, s'ajoutent, et même, peut-être, faut-il les présenter comme prépondérantes, des causes morales : la mésentente conjugale, dont la fréquence croissante est attestée par le nombre croissant des divorces, des séparations de corps, mais aussi des séparations de fait. Et même, par-delà les divorces et les séparations de fait, il y a la mésentente conjugale qui est quelque chose de plus large encore, car il peut se faire que les époux restent, matériellement réunis, continuent à cohabiter, sans que, pour autant, il y ait une union conjugale véritable. Les dislocations de foyer, les foyers brisés, les "broken homes", suivant l'expression des Anglo-américains, c'est une notion qui déborde largement la notion de séparation légale ou de séparation de fait.

Cet effondrement se traduit par une carence des parents, en tant qu'éducateurs, et il en résulte un état de danger moral pour les enfants mineurs, pouvant aboutir à des faits de délinquance juvénile. La dislocation des foyers, l'effondrement des structures familiales sont couramment placés à l'origine de phénomènes tels que les bandes d'enfants.

De la constatation de cet effondrement des structures familiales des conclusions normatives ont été tirées. L'observation a, très rapidement, abouti à des conclusions législatives. On a vu dans ce phénomène la justification de l'intervention de l'Etat dans le droit de la famille.

Il existe tout un mouvement législatif d'interventionnisme dans le droit familial; le point de départ pourrait en être trou-

vé dans la loi, du 24 Juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Cette loi a organisé la déchéance de la puissance paternelle dans un certain nombre d'hypothèses. Mais il y a lieu de relever qu'elle était encore dominée par l'idéologie libérale; la déchéance de la puissance paternelle n'était prononcée que lorsque les parents s'étaient rendus coupables de faits précis ; elle n'intervenait que comme la sanction de fautes dûment constatées, ce qui est le propre d'un régime de légalité par opposition à un régime de police.

Le véritable tournant, le passage à un interventionnisme de type moderne est représenté par la loi du 15 Novembre 1921, qui a modifié la loi de 1889 en y ajoutant une clause d'esprit tout nouveau : L'article 2 § 6 dispose que =

" peuvent être déchus de la puissance paternelle :
" Les père et mère qui, en dehors de toute condamnation,
" compromettent, par un manque de direction nécessaire,
" soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs
" enfants..."

Le critère retenu n'est plus le critère légaliste de la loi de 1889, il n'y a plus besoin de faits précis, il suffit de l'apparition d'un danger. C'est une tendance qui ouvre la porte à une appréciation du juge, laquelle est, nécessairement, une appréciation arbitraire .

En outre, on voit apparaître un concept de moralité. "Compromettre la moralité de l'enfant...". Le législateur, l'Etat se reconnaît le pouvoir de veiller à un certain ordre moral.

Il faut, du reste, replacer la loi du 15 Novembre 1921 dans la conjoncture politico-sociale de l'époque. Cette loi fut votée par la Chambre, dite "bleu horizon", dans une certaine idéologie.

L'évolution législative n'était pas, d'ailleurs, achevée avec cette loi et de nouvelles étapes ont été marquées à notre époque. On peut relever en ce sens l'introduction de l'enquête sociale dans la procédure de divorce, cette enquête dont il est question à l'article 238 du Code Civil, modifié par une ordonnance du 12 Avril 1945, que le juge peut ou doit ordonner en vue de s'éclairer sur le problème de la garde des enfants mineurs pendant l'instance en divorce et même une fois le divorce prononcé. C'est une enquête psycho- sociologique.

Mais il faut surtout citer l'ordonnance du 23 Décembre 1958, qui a supprimé l'antique droit de correction et l'a remplacé par une institution toute différente, traduisant l'interventionnisme de l'Etat dans le droit familial, =l'assistance éducative (Art. 375 et suivants du Code Civil.)

Voilà quelles ont été les conséquences législatives que l'on a tirées de la constatation d'un effondrement des structures familiales.

Puisque la famille s'est effondrée, il faut, nécessairement, qu'elle soit remplacée ; l'Etat, tout naturellement, assumera son rôle.

II) Nécessité d'un examen critique.

Il serait absurde de nier, a priori, toute consistance au phénomène dit "de l'effondrement des structures familiales". Mais il convient de s'élever contre le jugement, purement impressionniste, dont on se contente quand on parle du phénomène. Ce n'est pas de la sociologie ; c'est, comme il arrive souvent, de la demi-sociologie juridique.

Il faut s'élever aussi contre la méthode de législation que l'on a juxtaposée à la prétendue observation scientifique.

Il y a donc là une double contestation ; l'une concerne la valeur scientifique des observations présentées, l'autre les conclusions législatives que l'on a voulu en tirer.

a) Constatation relative aux observations scientifiques, qui sont à la base du mouvement. Une sociologie vraiment scientifique ne peut pas se contenter d'observations aussi partielles, aussi rapides que celles dont on s'est contenté. Toute dimension historique manque à ces observations.

Certes, le matériau historique fait défaut, mais il aurait peut-être fallu essayer de le constituer avant de prétendre à des conclusions de portée scientifique. Il serait important, en effet, de savoir si le phénomène ou les phénomènes d'effondrement des structures familiales dont on fait état sont des phénomènes spécifiques de notre époque, s'ils n'ont pas eu des précédents, si ces phénomènes, ne représentent pas une constante dans l'Histoire.

Si l'on prend par exemple, le phénomène des bandes d'enfants, il semble bien qu'une étude historique véritablement scientifique manque et devrait être faite. Ce phénomène semble très ancien. Sans le rattacher aux classes d'âge attestées dans les sociétés archaïques (selon les études de SCHURZ), il est notoire que le phénomène des bandes d'enfants et d'adolescents a eu une particulière acuité dans la première moitié du XIXe siècle pour nous en tenir à une époque récente, plus facilement accessible à l'investigation de l'historien. Des épisodes bien connus de roman de VICTOR HUGO, "Les Misérables", en donnent des échos.

Le phénomène a eu une très grande étendue et a frappé les

contemporains. On n'a pas entrepris de changer le Code Napoléon pour autant. On a constaté le phénomène, on s'est efforcé d'y remédier par des moyens divers et, effectivement, on est arrivé à des résultats tangibles à partir du Second Empire.

La statistique de la délinquance juvénile demanderait également un examen critique très sérieux. Il est possible qu'une certaine montée de la délinquance juvénile soit simplement causée par la multiplication des incriminations. Prendre des chiffres bruts de délinquance juvénile, de poursuites exercées contre des mineurs ne signifie rien, c'est le nombre des incriminations et, souvent, d'incriminations purement formelles, qui nous est fourni par là.

On poursuit par exemple, pour blessures par imprudence des mineurs qui ont causé des accidents de bicyclette, ce qui ne traduit pas une délinquance juvénile au sens sociologique du terme. Seulement, cette poursuite se fait devant les juridictions pénales pour des raisons de commodité de preuve en faveur de la victime. C'est une délinquance purement formelle. Il y aurait une défalcation, une ventilation à faire dans les statistiques.

De même, il faudrait faire le départ entre la délinquance réelle et la délinquance poursuivie. Si, par le perfectionnement des moyens de police le nombre des poursuites contre les mineurs peut être augmenté et, du même coup, la délinquance non poursuivie, la délinquance clandestine diminuée, cela ne signifie rien quant à la réalité sociologique de la délinquance juvénile.

Bref, il y aurait tout un examen critique à faire sur les statistiques de la délinquance pour rétablir la vérité de l'évolution historique.

Du reste, si l'on fait abstraction de cette évolution historique, si l'on se place à l'instant présent, on pourra encore adresser ce reproche à la description courante que l'évaluation statistique du phénomène lui fait complètement défaut; c'est une impression qu'elle donne. On nous dit : qu'il y a un très grand nombre de familles où les structures traditionnelles sont effondrées.

Mais ce n'est pas une mesure précise. De la même manière on nous disait : il y a énormément de concubinages en France. Seulement lorsque l'on a voulu serrer de près, par des moyens statistiques, le nombre de concubinages, on s'est aperçu qu'il n'étaient pas si nombreux.

D'autant que l'on peut conjecturer que les cas d'effondrement des structures familiales, cas pathologiques, sont les plus voyants. Les familles normales, où les structures traditionnelles

restent solides, ne se font pas remarquer.

Si l'on arrivait à disposer d'un instrument de mesure statistique, il n'est pas improbable que l'on découvrirait que, malgré le développement de l'urbanisation et les séquelles indéniables qu'elle entraîne, les familles, où les structures traditionnelles se maintiennent, continuent à représenter la très grande majorité des familles françaises. Il faudrait se donner la peine de mesurer et il ne faudrait pas prétendre à des conclusions scientifiques, avant d'avoir établi des statistiques, et d'en avoir fait l'étude critique.

Un problème délicat se pose, d'ailleurs; on peut se demander si personne n'a intérêt, au sens large du terme, à exagérer le danger qui résulterait de cet effondrement des structures familiales.

C'est un phénomène bien connu en sociologie que, lorsqu'un service public, une institution s'est constituée, elle a tendance à se développer. C'est la fameuse loi de PARKINSON - une des rares certitudes de la sociologie juridique: le travail a tendance à s'amplifier jusqu'à ce qu'il occupe tout le temps disponible pour l'accomplir.

Lorsqu'on attribue un certain temps à un fonctionnaire, ce fonctionnaire tend à occuper tout ce temps. Il en découle toute une série de corollaires : et un fonctionnaire cherche toujours à multiplier ses inférieurs mais non pas ses rivaux . PARKINSON est un sociologue britannique,,donc plein d'humour.

Je tirerais, cependant, de la loi de PARKINSON cette déduction plus lointaine : que, lorsqu'un service public s'est constitué, il a une tendance à se développer et, que pour se développer il a une tendance à grossir sa raison d'être, sa justification.

Or, lorsqu'il s'agit de se renseigner sur l'effondrement des structures familiales, on consulte les services spécialisés d'assistance à l'Enfance. Il ne faut pas attendre que ces services viennent avouer l'inutilité de leur tâche. Ils auront plutôt tendance à montrer que l'effondrement des structures familiales fait des progrès quotidiens.

Il est normal qu'on les consulte ; ils sont placés pour être bien informés, mais ils ne sont pas nécessairement objectifs et il y aurait besoin d'une enquête impartiale pour contrôler les renseignements qui viennent de cette source.

Enfin, on peut faire remarquer que les causalités, sur lesquelles repose la description courante, sont souvent très insuffisamment étudiées. On peut prendre pour exemple cette causalité

que l'on trouve partout : la dislocation familiale cause de la délinquance juvénile.

Que la dislocation familiale puisse exercer une influence sur la délinquance juvénile, c'est évident, ne serait-ce que parce que la dislocation familiale empêche la surveillance physique des enfants par les parents.

Il n'empêche que l'assertion, pourtant si fréquemment reproduite, apparaît comme faussée par deux contre-sens.

1°) Ce qui devrait être essentiel pour apprécier l'effet que peut avoir ce que l'on appelle "la dislocation familiale" sur le comportement des enfants, serait, non pas la dislocation familiale telle que nous la concevons, d'après des critères objectifs et adultes, mais la dislocation familiale telle que les enfants eux-mêmes la considèrent, la sentent. Car ce n'est que par cet intermédiaire psychologique que la dislocation familiale peut agir sur la délinquance juvénile. Si l'enfant ne sent pas le milieu familial disloqué, on ne peut pas dire que la dislocation familiale est une cause de la délinquance juvénile.

Ce n'est donc pas par des critères objectifs que nous pouvons apprécier le rapport de causalité. Il faudrait s'efforcer de voir quels sont les foyers qui sont sentis par les enfants comme brisés.

Il y a là une première source d'erreur.

2°) Il faut distinguer, la délinquance juvénile connue et inconnue. Si, dans les familles désunies, la délinquance juvénile paraît plus grande, c'est peut-être, parce que, dans ces familles, les délits des enfants ou même, plus largement, en se plaçant dans le plan de l'assistance éducative, leurs écarts de conduite, sont plus difficilement dissimulés.

Dans les familles unies, le secret est plus hermétique et c'est peut-être la raison pour laquelle, il y a moins de délinquance juvénile apparente, ce qui ne veut pas dire que la délinquance juvénile réelle ou, a fortiori, les tendances juvéniles à la délinquance sont moindres. Ici encore, le rapport de causalité, aurait besoin d'être soumis à un examen critique.

On peut, d'autre part, contester la méthode législative qui a été juxtaposée aux observations scientifiquement douteuses dont il vient d'être question. On a fait de la législation sociologique, mais le passage de l'observation à la norme, est un problème infiniment délicat.

Notre législateur moderne, croyant faire de la sociologie

juridique, est loin de soupçonner la difficulté de légiférer sociologiquement. En effet, il ne suffit pas de constater qu'un phénomène pathologique, qu'un phénomène socialement désavantageux se produit avec une certaine fréquence pour que le législateur soit, sociologiquement, justifié à prendre des mesures en vue de le réprimer, par un régime de légalité, - à plus forte raison en vue de la prévenir par un régime de prophylaxie, un régime de police.

Il existe, enseigne-t-on lorsqu'on étudie la législation sociologique, des seuils d'intervention législative. Tout ce qui paraît désirable à traduire en loi ne doit pas l'être, néanmoins; la loi est une source de difficultés dans la société et l'on ne doit pas si facilement faire des lois.

Il y a des seuils d'intervention législative parce qu'il faut mettre en balance les avantages de l'intervention législative- on les voit immédiatement, et c'est pourquoi, on serait facilement enclin, à souhaiter des lois pour remédier à tous les maux que l'on aperçoit dans la société,- avec les inconvénients inhérents à toute intervention législative. Toute loi en soi est un mal sociologique. Il y a, dans toute loi, un contre-sens sociologique, et il y a donc lieu de se livrer à un examen approfondi qui révélera les inconvénients de l'intervention législative.

Il y a donc, de nombreuses réserves à faire, sur la notion même d'effondrement des structures familiales, et sur les conclusions législatives que l'on en a , trop hâtivement tirées.

SOCIOLOGIE DES RAPPORTS PERSONNELS
DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

Beaucoup de question présenteraient un vif intérêt sociologique. Il convient d'en citer quelques-unes à titre d'échantillon. Une étude sociologique de la filiation naturelle, par exemple, pourrait contribuer à redresser beaucoup de préjugés que nous nourrissons, en tant que civilistes, sur la filiation naturelle. Ainsi, beaucoup de civilistes, - du moins jusqu'à une époque récente - ont eu l'impression qu'il y avait, au XXe siècle une montée de la filiation naturelle.

La vérification était facile à effectuer en se reportant aux statistiques de l'Etat-Civil, qui nous montrent que le taux des naissances naturelles est resté à peu près constant et a, même, légèrement diminué depuis le début du XIXe siècle : il est aux alentours de 6% à l'heure actuelle, il a été de 7% au XIXe siècle, de 8% même au début de ce siècle. Il y a donc eu plutôt une diminution qu'une augmentation.

De, même l'impression est souvent donnée, dans les ouvrages de droit civil, que l'article 340 du Code Civil, l'action en recherche de paternité naturelle, est une institution d'une très grande importance pratique. Effectivement, dans les recueils de jurisprudence, on en voit passer beaucoup, mais les recueils de jurisprudence ne traduisent pas la réalité sociologique. Très légitimement, ils publient des arrêts qui sont intéressants par les questions de droit qu'ils résolvent . Mais si nous consultons la statistique des actions en recherche de paternité naturelle, - à la vérité il a fallu attendre 1957 pour avoir cette statistique, l'on est frappé de constater que, par exemple, en 1959, il y a eu 526 actions en recherche de paternité naturelle, alors que le nombre des naissances illégitimes était de 50.000.

Il y a, certes, des ventilations à faire sur ces 50.000 naissances illégitimes-, il faut défalquer les enfants naturels qui ont été immédiatement reconnus par leur père, et qui, par conséquent, n'avaient pas à rechercher leur filiation paternelle en justice. Il faut également défalquer les enfants naturels qui ont fait l'objet d'une légitimation.

Il resterait, néanmoins un chiffre approximatif de 30.000 enfants naturels qui seraient dans les conditions pour tenter

l'action de l'article 340 du Code Civil, alors qu'il n'y en a **que** 500 environ qui l'ont intentée.

Cela ne veut pas dire, que l'action de l'article 340 a un rôle limité à ces 500 enfants naturels, car, et c'est un autre phénomène psychosociologique, il existe une action comminatoire des institutions juridiques. Lors même qu'une institution juridique n'est pas effectivement utilisée, elle peut avoir une action comminatoire sur la masse des intéressés. On peut aussi admettre qu'un certain nombre de pères naturels ont été psychologiquement déterminés à reconnaître volontairement leurs enfants par l'article 340, et qu'en l'absence de cet article, il y aurait eu moins de reconnaissances probables, sinon certaines. Il n'empêche que, prise en elle-même, l'action de l'article 340 n'a pas l'extension que l'on croit.

Il convient de citer encore une autre institution qui souffre actuellement de n'être pas sociologiquement étudiée; c'est l'institution de l'adoption.

La vogue de l'adoption à notre époque, - non seulement en France, d'ailleurs.- depuis une trentaine d'années, est un phénomène sociologiquement des plus remarquables. Il y aurait des problèmes à se poser à ce sujet .

Cette montée de l'adoption est-elle une réalité ou simplement une apparence ?... N'y avait-il pas, autrefois, avant que l'adoption des mineurs ait été légalement permise, des adoptions de fait, des enfants recueillis de facto en très grand nombre ? Si bien que l'institution légale n'aurait fait que se substituer à un phénomène de non-droit.

Par ailleurs, l'adoption, telle qu'elle fonctionne dans la pratique française contemporaine, est-elle un phénomène de classe ? Dans quelle classe, et au profit de quelle classe fonctionne-t-elle ?...

Tandis que la première question relèverait de la méthode historico-comparative, la seconde relèverait d'une enquête qu'il faudrait organiser avec des fiches-type adressées pour chaque procédure d'enquête, ce qui nécessiterait, pratiquement, l'intervention de l'autorité publique.

Il est tout à fait remarquable de constater que l'on a, une fois de plus, cette année, réformé l'adoption dans le sens de la facilité, sans se livrer, au préalable, à la moindre recherche sociologique.

Il n'est pas possible d'examiner ici, toutes les institutions du droit de la famille, il faut nécessairement choisir. Nous choisirons le mariage.

Plus exactement l'union sexuelle en mariage ou hors mariage. Il est à cette extension deux motifs :

Sur certains points du moins, une comparaison entre l'union sexuelle en mariage et l'union sexuelle hors mariage offre un intérêt sociologique.

Les sociologues, ne distinguent pas toujours entre les deux types d'union sexuelle. Ils considèrent que certains phénomènes psychosociologiques sont les mêmes, qu'il s'agisse de couples légitimes, - du moins que nous appelons, dogmatiquement, légitimes ou de couples illégitimes. Ainsi, ce que nous allons étudier est la sociologie juridique du couple, en donnant au mot une acception large.

Il y a deux moments à envisager pour le faire et, à ces deux moments, correspondent deux ordres de problème : la constitution du couple et la vie du couple une fois constitué.

Dans chacune de ces deux périodes, un seul problème sera à retenir. Pour la première période, ce sera ce que l'on pourrait appeler "mariage et union libre" et, pour la seconde période, "inégalité ou égalité à l'intérieur du couple".

S E C T I O N I

MARIAGE ET UNION LIBRE

"Union libre", ce terme est peut-être plus large que celui de "concubinage" dans notre vocabulaire. En toute hypothèse, il est certain que, par là, il n'est pas question de toute conjonction sexuelle hors mariage; les conjonctions épisodiques n'entrent pas dans notre champ d'investigation, il s'agit seulement des conjonctions présentant une certaine stabilité.

Même avec cette restriction, l'hésitation est possible entre deux conceptions de l'union libre. Selon que l'on requerrera ou non la communauté d'habitation et de ménage, on pourra se faire une conception plus ou moins étroite de l'union libre (ou concubinage).

Ces hésitations nous rappellent celle qui s'est produite en droit dogmatique, pour l'interprétation de l'article 340 du

Code Civil. En effet, parmi les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, figure le concubinage notoire et, dès le lendemain, de la loi de 1912, la question s'est posée aux interprètes :

- Que faut-il entendre par "concubinage"?...

Il y avait une conception étroite, qui n'admettait de concubinage qu'autant qu'il y avait ménage commun, qu'autant que les concubins vivaient maritalement avec les apparences d'un ménage régulier, et qui excluait la notion de concubinage, au contraire lorsqu'il y avait des relations stables, sans doute, mais ne se traduisant pas par une communauté d'habitation.

La Cour de Cassation a fait prévaloir, dans l'intérêt de l'enfant naturel, la conception large, et l'on admet, pour l'interprétation de l'article 340, qu'il y a concubinage lors même qu'il n'y a pas communauté de ménage et d'habitation, pourvu qu'il y ait des relations d'une certaine stabilité, peut-être même d'une certaine fidélité. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait l'extérieur de la vie maritale, qu'il y ait la communauté de ménage et d'habitation.

On pourrait être tenté de calquer la notion sociologique de l'union libre, dans l'étude qui va suivre, sur la conception que la Cour de Cassation a fait prévaloir dogmatiquement. Cependant, il faut s'en tenir semble-t-il dans l'étude sociologique, à une conception étroite et exigüe, pour qu'il y ait union libre, concubinage, au sens que nous retenons ici, la communauté d'habitation et de ménage.

On pourrait discuter indéfiniment à ce sujet. Toute définition est nominale, affaire de convention, mais si cette convention est adoptée en l'occurrence, c'est pour une raison contingente, pratique, parce que nous avons un instrument de quantification du concubinage, le recensement de 1954, qui a justement pris comme critère la communauté d'habitation et de ménage.

Si nous voulons utiliser cette donnée statistique, il nous faut donc nous conformer au critère que le recensement de 1954 avait retenu. Ce critère est celui qui correspond à la notion étroite du concubinage. C'est donc avec cette acception étroite que nous entendrons, ci-dessous, la notion d'union libre pour l'opposer au mariage.

La distinction de l'union libre et du mariage est facile (quoiqu'elle se fasse alors par un critère purement formel) dans les systèmes juridiques tel que celui du Code Civil, où le mariage est un acte juridique solennel et; même, un acte juridique étatique, de droit public, supposant la célébration par un officier

de l'Etat-Civil. Toute union sexuelle qui n'a pas été revêtue de cette estampille étatique préalable ne répond pas à la notion de mariage et, du même coup, se trouve rejetée vers le concept d'union libre.

Au contraire, dans les systèmes juridiques qui admettent le mariage purement consensuel, comme ce fut le cas du droit canonique et peut-être encore aujourd'hui, de la législation de certains Etats des Etats-Unis, il peut se rencontrer une difficulté pour distinguer ce qui est mariage et ce qui est union libre, surtout si la possibilité du divorce est largement ouverte, et notamment, si le divorce par consentement mutuel est admis.

La difficulté de distinguer mariage et union libre a été portée à son paroxysme dans le système juridique soviétique de 1918, du Code de l'Etat Civil et de la famille de 1918, qui admettait un mariage de fait, purement consensuel et un divorce de fait purement consensuel, lui aussi, à côté du mariage et du divorce enregistrés. Quelle était alors, la différence, entre mariage et union libre?... Dans les premiers temps, où le droit soviétique était suspect, certains juristes français déniaient la qualité de mariage au mariage du droit soviétique : il n'était qu'union libre. C'était notamment, l'opinion de M. SAVATIER (D.1927 .2.1)

Sociologiquement, il est peut-être préférable de poser l'union libre dans son antithèse au mariage, comme une application de l'opposition générale entre le droit et le non droit, au moins à titre d'hypothèse de départ.

L'union sexuelle durable, avec communauté d'habitation et de ménage, peut se réaliser, soit comme phénomène de droit, c'est le mariage, soit comme phénomène de non droit, c'est l'union libre.

L'existence d'une union libre à côté du mariage, d'une union non juridique à côté de l'union juridique, paraît assez répandue dans la série sociologique. Chaque société sait distinguer ce qui à ses yeux, est union juridique ou union libre. Néanmoins, ce n'est pas dans la série sociologique entière que nous allons prendre le problème de l'opposition entre mariage et union libre, mais seulement, en principe, dans la société française modelée par le Code Civil.

Deux aspects sont à étudier: la mesure des phénomènes sociologiques qui constituent mariage et union libre, et leurs causalités.

§ 1 - MESURE DES PHENOMENES

Est-il possible de quantifier les deux phénomènes, que nous opposons qualitativement dans nos cours de droit dogmatique ?... Quelle est leur importance statistique respective ?...

Pour le mariage, cette importance statistique est directement et parfaitement connue. Pour l'union libre, elle ne l'est qu'imparfaitement et indirectement; le problème se présente sous des jours très différents, par conséquent, pour le phénomène de droit et le phénomène de non droit.

A - LE MARIAGE

La statistique de base nous est, ici, fournie par le Service de l'Etat Civil, et il est à remarquer que c'est le type de la statistique parfaite, puisque nous avons affaire ici à une statistique qui est créatrice de l'institution juridique elle-même. Il n'y a, légalement, de mariage que par l'enregistrement étatique, c'est-à-dire par l'enregistrement statistique. La statistique crée le phénomène juridique. Il peut y avoir néanmoins, des imperfections statistiques, même en matière de mariage, mais elles ne peuvent plus être que des erreurs d'addition, à l'un des échelons centralisateurs. S'il n'y avait pas ces erreurs, la statistique serait parfaite, car la statistique, ici, est le droit.

Quelles sont les données statistiques que l'on étudie pour se faire une idée quantitative du phénomène "mariage" ?... La statistique de base, qui a sa source dans l'enregistrement de l'état civil, est le nombre annuel des mariages. Mais, démographiquement, cette statistique n'a pas une très grande valeur scientifique. Ce qui est plus probant pour la démographie et, par là peut-être, pour la sociologie, c'est le taux de nuptialité, c'est-à-dire un rapport M/P ou $2M/P$, - non pas un chiffre absolu comme le nombre annuel des mariages - mais le rapport du nombre des mariages, plus exactement des mariés, à la population totale, ou, même, par un raffinement qui serre de plus près la réalité du phénomène de nuptialité, par rapport à la seule population en état de se marier.

Il convient de relever quelques données statistiques dans ces trois classes, pour essayer d'en dégager une conclusion sociologique.

I. Nombre annuel des mariages

Pour juger de la décadence de l'institution "mariage" ou, au contraire, de sa prospérité, de son euphorie, pendant bien longtemps les civilistes se sont contentés de citer la statistique la plus accessible, celle de l'état-civil. Suivant que le nombre global des mariages, d'une année à l'autre, leur paraissait augmenter ou diminuer, ils estimaient que le mariage était en décadence, ou, au contraire, que l'institution "mariage", base de la société, base de la famille était solide.

Voici quelques chiffres absolus (arrondis) :

- en 1850	298.000	mariages
- en 1875	300.000	
- en 1882	179.000	"
- en 1885	280.000	
- en 1890	269.000	

PLANIOL écrit, à cette époque, que la famille française ne se porte pas très bien, l'institution du mariage est délaissée; il en déduit que, sans doute, il y a un plus large recours à l'union libre.

Puis, les mariages augmentent :

- en 1901	303.000	mariages
- en 1910	309.000	
- en 1912	311.000	"
- en 1920	623.000	

On peut remarquer ici une variation aberrante, dont la causalité est, du reste, très explicable. Un certain nombre de mariages ont été retardés pendant la Première Guerre Mondiale, et ont été célébrés, lorsque la démobilisation s'est opérée, en 1920.

- en 1921	456.000	mariages
- en 1922	383.000	
- en 1930	342.000	"
- en 1933	315.000	
- en 1941	216.000	

(C'est une année de guerre; là encore, cause de variations aberrantes).

- en 1944	199.000	mariages
- en 1946	514.000	

Le même phénomène, que nous avons constaté après la Première Guerre Mondiale, se reproduit ici.

- en 1948	369.000	mariages
- en 1950	330.000	
- en 1958	312.000	
- en 1959	320.000	

Sauf les exceptions résultant de catastrophes nationales, on voit que les variations ne sont pas de très grande amplitude.

Néanmoins, le chiffre absolu des mariages n'a pas une très grande valeur scientifique; même si l'on essaie d'atténuer les variations annuelles en faisant des moyennes par périodes, par exemple par période décennale, on n'aura pas des chiffres très significatifs.

II. Taux de nuptialité.

Le taux de nuptialité a une meilleure signification au point de vue démographique. Le taux de nuptialité, c'est un rapport; le rapport M/P c'est-à-dire, le rapport entre le nombre annuel des mariages et la population, ou même, dans la présentation habituelle des démographes et pour tenir compte du couple, le rapport 2M/P.

Partant de là, on peut dégager un taux de nuptialité par rapport à 10.000 habitants.

Si nous essayons d'étudier comparativement, depuis le siècle dernier, l'évolution du taux de nuptialité 2M/P, nous trouvons les données suivantes, d'où il y aura peut-être des conclusions sociologiques à tirer :

A noter que, pour l'ancien régime, nous n'avons pas, en l'absence de statistiques d'état-civil, de données certaines ; néanmoins, une démographie rétrospective suppose que le taux de nuptialité devait être de 165 mariés pour 10.000 habitants, pour le XVIIIe siècle.

Qu'en est-il au XIXe siècle?...

Pour la période 1811-1820, le taux est de 159.

Pour la période 1841-1850, le taux est encore de **159**.

Il y a eu, dans l'intervalle, des oscillations très faibles :

1861-1870,	le taux est de	156
1871-1880,	"	160
1881-1890,	"	147

Cela vient corroborer les variations en chiffres absolus que nous notions tout à l'heure, une baisse du taux de nuptialité en cette fin du XIXe siècle.

Mais remontée :

1901-1905	153
1906-1910	158
1930-1932	157
1948	178
1958	140
1959	142

On peut noter, pour la période récente, une baisse assez sensible du taux de nuptialité. Cette baisse s'explique par les modifications qui ont affecté dans ces dernières années la pyramide des âges constituant la population globale de la France.

Il est évident que si la proportion des jeunes non encore nubiles, ou, à l'inverse, la population des vieillards, tend à s'accroître dans un pays, le taux de nuptialité va s'abaisser, car tout le monde ne sera pas mariable. Cela ne veut pas dire qu'il y a une décadence de l'institution du mariage, que ceux qui pourraient se marier se marient moins.

C'est ici que peut apparaître un moyen plus probant de mesure : le taux de la nuptialité rapporté à la population mariable, et non plus à la population totale. Ce taux de nuptialité peut être dégagé, mais plus difficilement parce que, d'abord, conceptuellement, l'idée même de population mariable ou non mariable est sujette à discussion.

Nous avons, sans doute, en ce qui concerne les jeunes, des limites légales, savoir les limites de la nubilité, l'âge du mariage, 18 ans et 15 ans, suivant les sexes. Mais c'est du côté de la limite supérieure que beaucoup de difficultés peuvent surgir.

Dans la détermination de la population mariable, certains démographes prennent une limite supérieure, mais, cette limite n'est pas toujours placée à la même coupure. Le plus souvent la coupure que l'on adopte est 60 ans pour les hommes, 50 ans pour les femmes. Le calcul, est en tout cas, beaucoup moins facile. Le nombre des mariables, en effet, ne peut être déterminé qu'au moment des recensements, ce qui est encore une difficulté pratique. Cependant, les recherches qui ont été faites font apparaître une assez grande constance dans le taux de nuptialité par rapport à la population mariable.

Une impression d'ensemble se dégage déjà : c'est la constance de l'institution "mariage". Il est difficile de parler d'une vogue, ou, au contraire, d'une décadence de l'institution; c'est son extrême stabilité qui est le trait le plus frappant.

On peut objecter il est vrai, que les mesures de la nuptialité telles qu'elles résultent des tableaux précédents, - que ce soit le nombre absolu des mariages, ou le taux de nuptialité, soit par rapport à la population globale, soit par rapport à la population mariable - ne sont, pas au fond, très probantes s'il s'agit de faire apparaître - ce qui, du point de vue de la recherche sociologique, est peut-être le point intéressant, - à quel degré un peuple est porté à vivre la vie de famille.

Dans la mesure où la propension au mariage traduit la propension à fonder une famille et, du même coup, une sorte de goût familial qu'il s'agirait, sociologiquement, de déceler, les mesures précédentes de la nuptialité ne sont pas très concluantes. En effet, dans une société où la mortalité serait très élevée et où le "personnel" de l'institution se renouvellerait très rapidement, les mariages pourraient être très nombreux, sans que le désir de la vie conjugale fût très vif.

De même, la facilité du divorce peut se traduire par une accélération statistique des mariages, sans que, pour autant, il en résulte une plus grande propension à la vie familiale.

Les Romains, - du moins, les Romains d'une certaine époque et d'un certain milieu - s'ils avaient eu des statistiques des mariages et de la nuptialité, auraient, probablement, révélé un taux de nuptialité extraordinaire, mais cela ne voulait pas dire que la vie familiale y était particulièrement intense.

Et, à l'inverse, là où les couples s'éternisent, si l'on peut dire, à la fois dans la vie et dans la fidélité, le nombre des mariages et le taux de nuptialité peuvent être très bas, alors que la vie familiale est très intense.

Plus probant, de ce point de vue, pour apprécier la constance de la propension au mariage, serait d'étudier, comparativement, le nombre des célibataires relevés dans un groupe d'âge assez élevé, et les démographes choisissent, à ce point de vue-là, le groupe 45-49 ans.

Or, si nous opérons de cette manière, nous constatons qu'en France le nombre des célibataires est de 10,8 %, égal, d'ailleurs, chez les hommes et chez les femmes, ce qui est remarquable, unique, semble-t-il même, dans les sociétés du même type que le nôtre.

Le chiffre français des célibataires est, d'ailleurs, faible, et, ici, l'étude sociologique a besoin d'être comparative dans l'espace, - en comparaison de beaucoup de pays ayant une structure sociale analogue à la nôtre. Ainsi, en Angleterre les chiffres sont, respectivement pour les hommes et les femmes : 9,8 et 15,2 de célibataires. Mais dans la démographie anglaise il y a un phénomène un peu particulier, un excédent de population féminine, d'ailleurs assez difficile à expliquer, mais qu'il faut constater.

En Suède, nous relevons, respectivement, 16,2 et 18,5.
En Suisse, 13,4 et 19,2.
En Italie : 9,3 et 15.
En Norvège 15,5 et 20,4

Tous ces chiffres sont empruntés, pour la France à 1951 et, pour les pays étrangers, à des années voisines, de sorte qu'ils sont pratiquement comparables.

Il n'y a que les Etats-Unis, semble-t-il, - dans, le groupe des nations qui sont sociologiquement comparables - qui puissent se targuer de chiffres de célibataires inférieurs aux nôtres.
Etats-Unis : 8,7 et 7,9.

Des démographes contemporains concluent de là, à une stabilité très remarquable de la nuptialité française. Depuis un siècle, écrivent-ils, la proportion d'hommes ou de femmes contractant un premier mariage a toujours été voisine, très voisine de 90 %. Le chiffre, très tôt, a été élevé comparativement à celui de beaucoup de pays, de sorte que les progrès à faire paraissent assez faibles. Il n'y a pas de marge très grande pour le progrès, sauf à considérer l'exemple des Etats-Unis.

Mais ce qui, du point de vue de notre étude, est à retenir, c'est la constance de l'institution : ni décadence ni progrès foudroyants, une constance, une remarquable habitude, une remarquable coutume.

C'est un phénomène, a certains égards, extraordinaire, si l'on songe que le mariage est une institution qui est fondée sur la volonté et, même, la rencontre de deux volontés, ce qui est quelque chose de plus extraordinaire encore, et de volontés qui ne se déterminent pas par des causalités uniquement rationnelles mais par des causalités affectives.

Malgré la liberté qui est à la base du mariage, et sans laquelle le mariage serait inconcevable, il existe une régularité extrême dans le phénomène .

B - L'UNION LIBRE

Le phénomène est de non droit. Comment, dès lors, peut-il être, statistiquement dénombré - si nous faisons réflexions que la statistique, par définition, est d'Etat, qu'elle est une saisie juridique des phénomènes ?

Pendant longtemps, on en a été réduit à des procédés, soit trop fragmentaires, soit trop indirects. Trop fragmentaires : il y avait des petites enquêtes, faites par des chercheurs, plus ou moins amateurs, d'ailleurs, dans le milieu qui les entourait.

C'est ainsi, que dans une étude qui avait été menée par le Commissaire de Police de Maisons-Laffitte, sous forme d'un mémoire

pour l'Institut Pratique des Hautes Etudes, il avait été relevé 29 % de faux ménages à Sartrouville et 16 % de faux ménages à Maisons-Laffitte.

Longtemps, cette enquête de Maisons-Laffitte a pesé sur les impressions des juristes et des sociologues et l'on a eu tendance à en projeter les chiffres sur l'ensemble de la population française.

On pouvait encore songer à faire une appréciation du nombre des unions libres à partir de la statistique, qui est donnée par l'état-civil, des naissances illégitimes.

Nous avons, en effet, une statistique, très sûre, d'état-civil qui fait connaître le nombre des naissances illégitimes :

En 1938, 38.000 naissances illégitimes, sur 610.000 naissances en tout.

En 1958, 49.000 naissances illégitimes sur 808.000 naissances.

En 1959, 50.000 naissances illégitimes sur 825.000 naissances.

Et le taux des naissances illégitimes est, par là, facile à dégager, facile à comparer à travers le temps :

de 1815 à 1830, il s'est situé à 6,96 %
de 1850 à 1870, il monte à 7,47 %
de 1871 à 1900, 8,7 %
de 1901 à 1910, 8,9 %
de 1914 à 1919, 12 %

A cet endroit on note une variation aberrante, imputable aux désordres de la guerre.

de 1926 à 1930, 8,4 %
de 1931 à 1938, 6,3 %
1946 8,7 % (effets de la nouvelle guerre).
1948 7,2 %
1959 6,1 %

Ne pouvait-on pas tirer de là des conclusions, - sinon quant au nombre des unions libres elles-mêmes, du moins quant aux variations de leur nombre à travers le temps ?...

Il est évident que ces chiffres ne sauraient révéler la proportion des unions libres aux mariages. Il serait absurde de soutenir que, parce qu'il y a 6,1 % de naissances illégitimes en 1959 le rapport des unions libres aux mariages fut, en 1959, de 6,1% et, cela, pour beaucoup de raisons.

rait donc un rapport **de** 3%.

Le recensement de 1954 permet de dégager d'autres rapports. Il **y** a 130 concubins pour 10.000 habitants, 190 pour 10.000 personnes actives.

Le recensement fait apparaître de grandes disparités régionales. C'est ainsi qu'en Lozère ou dans le département du Finistère, la proportion tombe à 14 concubins pour 10.000 habitants actifs. Dans les Alpes-Maritimes, la proportion monte à 204 et, dans la Seine, à 324. Ces disparités régionales ont une valeur sociologique. Il est possible d'en tirer des corrélations et, par là même, peut-être, **de** remonter à des causalités. On remarque les chiffres élevés de la Seine : 6,6% d'unions libres pour 100 mariages. C'est le double de la moyenne française. Néanmoins, la proportion reste très en-deça des chiffres qui étaient données par l'enquête de Maisons-Laffitte.

Les tableaux des Allocations Familiales dont nous disposons pour la Seine, recourent, en gros, ces chiffres. Ils donnent un pourcentage de 4,75% d'unions libres pour 100 mariages. Certes, il subsiste un écart. Mais, pour une quantification approximative la seule que nous puissions espérer dans un domaine comme celui-ci, qui est un domaine de non-droit, on peut estimer que le rapprochement est suffisant.

De la comparaison statistique que nous pouvons faire maintenant, entre le concubinage et le mariage, une conclusion générale pourrait-elle se dégager?...

S'il est une conclusion légitime possible sur ces données statistiques, c'est que l'union libre est sociologiquement, un phénomène secondaire par rapport au mariage. Les deux phénomènes ne sont pas de même taille statistique et, du même coup, ne sont pas de même taille sociologique. Au point même que la différence de degré est telle qu'elle peut devenir une différence de nature.

Ces deux phénomènes, ne sauraient avoir la même signification sociologique. Sans doute, le mariage n'est assurément, pas **un** événement aussi certain que la mort pour l'individu, à son **en-**trée dans la vie; cependant, les probabilités statistiques de se retrouver marié à un certain âge sont assez élevés pour que le mariage apparaisse comme un phénomène quasi naturel.

Si l'on n'avait, en sociologie, scrupule à employer l'expression "normalité", il faudrait dire que le mariage apparaît, par les données statistiques, comme **un** phénomène normal. Sa fréquence par rapport à la population, est telle que c'est, véritablement **un** phénomène normal, tandis que l'union libre apparaît comme **un** accident. L'accident d'une vie au phénomène anormal.

Cette impression va être renforcée par l'étude des causalités

§ 2 - CAUSALITE DES- PHENOMENES

Il y a deux méthodes pour essayer de dégager la causalité des phénomènes que nous mettons ici en opposition. L'étude des ~~cor-~~relations que la statistique peut dégager, et l'emploi d'enquêtes de motivation auprès des intéressés. L'union libre étant présumée le phénomène exceptionnel, c'est sa causalité qu'il ~~con-~~vient de rechercher par préférence.

A - LES CORRELATIONS STATISTIQUES

L'étude différentielle menée sur la base du recensement de 1954 a permis à M. THERY, dans l'article précité, d'établir un certain nombre de corrélations.

D'après lui, l'union libre est en corrélation avec le milieu urbain. C'est là un premier facteur à présumer. Le nombre des unions libres est plus grand dans les centres urbains que dans les campagnes, voilà une corrélation. Assurément, toute corrélation n'est pas une causalité, mais beaucoup de corrélations permettent de présumer une causalité.

Nous sommes fondés à considérer que le milieu urbain est un facteur de développement de l'union libre. Pourquoi ?... L'idée qui vient à l'esprit, est que, dans les villes, il est psychologiquement plus facile de vivre en union libre, la morale y est moins rigoureuse; il existe d'ailleurs, pour les intéressés, plus de possibilités de passer inaperçus, de se noyer dans la masse et, par conséquent, de se hasarder une situation qui, moralement, entraîne, même aujourd'hui, une certaine réprobation.

Un second facteur nous est donné par l'infériorité du rang social.

Une étude différentielle fait apparaître, dans le recensement de 1954, que les concubinages sont plus nombreux chez les ouvriers et gens de service que dans la bourgeoisie ou même dans les classes moyennes. La proportion sera de 264 pour les ouvriers, par rapport à la population active, 191 pour les catégories intermédiaires, les classes moyennes, et 115 pour la bourgeoisie lato sensu.

L'infériorité du rang Social est donc un facteur de développement de l'union libre.

Enfin, troisième facteur dégagé par M. THERY : la pratique religieuse. Il existe, dressées par des spécialistes de la sociologie religieuse (de l'Ecole du Doyen LE BRAS), des cartes de la pratique religieuse. Si l'on établit des corrélations entre ces cartes de la pratique religieuse et les cartes (que l'on peut dresser à partir du recensement de 1954) de l'union libre, on constate que les zones où il y a le moins d'unions libres sont en général, des zones de plus grande pratique religieuse, et réciproquement.

En gros, l'exactitude des corrélations ainsi proposées doit être admise. On pourrait faire, cependant, quelques réserves, tendant non pas à les contester radicalement, mais à suggérer qu'elles peuvent comporter une marge d'inexactitude.

Il est possible que certaines catégories socio-professionnelles certaines classes paraissent avoir un plus faible taux d'unions libres, parce qu'elles ont plus de facilités pour dissimuler ces unions.

- Sans doute, à beaucoup d'égards, - et c'était de là que parlait M. THERY, - le milieu urbain est une grande masse où les intéressés peuvent se diluer, mais certaines campagnes, où les fermes sont isolées, peuvent offrir des facilités d'une autre sorte pour dissimuler des situations irrégulières.

Et, surtout les catégories aisées disposent de beaucoup de moyens pour dissimuler l'union libre, ne serait-ce que parce qu'elles peuvent la fragmenter de manière à ne plus répondre au critère de cohabitation qu'avait retenu le recensement de 1954 (et que nous avons nous-mêmes retenu). Il est plus facile à quelqu'un de riche d'avoir une double résidence, et, du même coup, l'union libre se volatilise en apparence, il n'empêche qu'elle existe effectivement.

Ou encore, lors du recensement, il est plus facile à un bourgeois de faire passer la personne vivant maritalement avec lui, pour sa domestique ou sa gouvernante, tandis qu'un ouvrier n'osera pas le faire.

De l'étude de M. THERY, je voudrais relever encore une corrélation particulière, parce qu'elle pourrait être suggestive et nous amener à réfléchir sur les motivations du phénomène.

Les statistiques tirées du recensement de 1954, font apparaître que le pourcentage des unions libres est toujours sensiblement plus faible, à égalité de niveau social, dans la fonction publique que dans le secteur privé. Voici quelques chiffres

Au niveau des employés supérieurs, du côté de la fonction publique, nous trouvons une proportion de 91 pour 10.000 habitants actifs; tandis que, dans le secteur privé, le pourcentage est de 117. L'écart n'est pas encore considérable, mais nous allons le voir s'élargir. Nous relevons :

- Au niveau moyen (cadres intermédiaires ou fonctionnaires moyens du côté de la fonction publique, 85 pour 10.000; du côté du secteur privé, 231 pour 10.000.

- A la catégorie inférieure, pour les contremaîtres et ouvriers qualifiés, dans la fonction publique, 126 pour 10.000; dans le secteur privé, 248 pour 10.000; et pour les simples ouvriers spécialisés, 173 pour 10.000 dans la fonction publique, 329 pour 10.000 dans le secteur privé.

On voit, par conséquent, que, dans le secteur privé, le pourcentage de l'union libre est toujours, à égalité de rang social, sensiblement plus élevé, et, même, pour les catégories inférieures ou moyennes, très sensiblement plus élevé et, même, pour les catégories inférieures ou moyennes, très sensiblement plus élevé que dans la fonction publique.

Or, il n'y a pas, dans la fonction publique, de conséquence, juridique particulière attachée au concubinage, de déchéance spécialement comminée par les textes. C'est donc simplement un élément de psychologie sociale qui explique cette différence de diffusion de l'union libre, selon qu'il s'agit de la fonction publique ou du secteur privé. Nous devons présumer un sens de la respectabilité acquis au service de l'Etat, et qui joue contre l'union libre. Ce qui permet de conclure à la persistance d'une certaine réprobation morale, dont l'union libre est entourée, dans la société contemporaine. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut expliquer que la fonction publique, où joue cet élément de respectabilité soit plus éloignée de l'union libre que le secteur privé.

M. THERY relève encore un lien entre la répugnance pour l'union libre et la propriété d'un capital. Les "possédants" sont plus éloignés de l'union libre que les "non-possédants".

Ceci peut s'expliquer, et M. THERY en fait la réflexion, par cette considération que la possession d'un patrimoine important par le capitaliste, crée le souci de sauvegarder certains intérêts personnels ou familiaux.

Mais il nous faut essayer de creuser l'argument. Le souci de sauvegarder des intérêts pécuniaires, soit personnels, soit familiaux, évoque l'utilité d'un régime matrimonial. Le régime matrimonial, le contrat de mariage ont pour utilité très tangible la sauvegarde d'intérêts pécuniaires. Or, le contrat de mariage

n'est possible que par le mariage. Dans la classe sur laquelle nous raisonnons ici, qui a et doit avoir le souci de la conservation de son capital, l'union libre présente une infériorité parce qu'elle ne comporte pas de contrat de mariage, et ne permet pas d'en organiser l'équivalent. Il y a là une donnée juridique qui peut agir sur le comportement de certaines catégories socio-professionnelles, à l'égard de l'union libre. On s'explique que certains bourgeois, paysans, membres de classes moyennes, soient tenus à l'écart de l'union libre et portés vers le mariage par cette considération que, pour sauvegarder certains intérêts pécuniaires personnels ou familiaux, un régime matrimonial leur est nécessaire : soit pour empêcher, par un inventaire, une mixtion des meubles, soit au contraire pour organiser un partage des acquêts. Ils peuvent vouloir le mariage, subsidiairement, à cause du régime successoral au profit du conjoint survivant. Sans doute, ils pourraient songer à obtenir le même résultat pratique par une libéralité de droit commun adressée au concubin survivant, spécialement à la concubine, mais cette libéralité serait plus fragile, plus sujette à contestation, en raison de la jurisprudence qui n'admet pas en principe, les libéralités aux concubines et, en pratique, ne les valide que dans des circonstances favorables. Et surtout, les libéralités, ainsi adressées au concubin, ne bénéficieraient pas du même tarif fiscal de faveur que les libéralités ou la déduction ab intestat en faveur du conjoint.

Si bien, que nous sommes amenés, à l'issue de cette étude de corrélation, à faire la réflexion générale suivante : que l'indépendance à l'égard de l'Etat, à l'égard de l'argent, à l'égard des voisins, à l'égard de la religion, crée autant de facteurs favorables à l'union libre.

Mais, s'il est des facteurs qui peuvent être favorables à l'union libre, il est important de noter que, dans notre société française contemporaine, nous n'en avons pas rencontré qui déterminent l'union libre, qui la rendent inévitable. Il n'y a pas, pour parler plus concrètement, dans notre société des milieux sociaux particuliers, dont la pression s'exercerait irrésistiblement dans le sens de l'union libre, ou, si l'on renverse la proposition, dont la pression s'exercerait contre le mariage.

Même dans les hôtels meublés de la Seine, qu'a propectés Mme MICHEL, l'union libre demeure un phénomène second; elle est une possibilité, non pas une nécessité. Même dans ce milieu très particulier, très détaché des conformismes sociaux, il n'y a pas une pression uniforme qui s'exercerait en faveur de l'union libre. C'est un bouillon de culture, favorable à l'union libre et, le pourcentage des unions libres va monter dans un tel milieu, mais il ne s'y produira pas une tendance inflexible contre le mariage.

Ceci met une différence, entre l'union libre telle qu'elle sem-

ble fonctionner dans la société française, contemporaine et l'union libre telle qu'elle a pu être observée dans certaines sociétés étrangères. A la vérité, le phénomène de l'union libre, qui est un phénomène très général dans l'espace, n'a pas du tout la même signification d'un pays à un autre et il faut être très prudent pour en comparer les divers types. C'est ainsi que, dans la société rurale de HAÏTI, d'après une étude qui avait été faite ici même, il s'exercerait une véritable pression en faveur de l'union libre, si bien que, dans ce milieu, c'est le recours au mariage qui est singulier et peut provoquer une réaction du milieu social. Il est dès lors légitime de voir dans ce type d'union libre un phénomène d'une nature fondamentalement différente de l'union libre que nous pouvons étudier dans la société française. C'est véritablement, un autre phénomène, malgré la parenté qui peut résulter de certains traits communs.

B - LES MOTIVATIONS.

On saisit les corrélations par la statistique. On ne peut saisir les motivations que par des enquêtes, des sondages, où l'on interrogera des individus, vivant en état d'union libre, pour leur demander, avec les précautions techniques que requiert une question sur un point aussi délicat, quels sont les motifs qui les ont amenés à recourir à l'union libre plutôt qu'à l'institution du mariage.

A priori et, en quelque sorte, à titre d'hypothèse de travail on peut concevoir soit une option libre purement potestative entre l'union libre et le mariage, un choix purement arbitraire soit une option déterminée, influencée par certains facteurs, non plus, purement potestative, mais simplement potestative.

Longtemps, la première interprétation a prévalu. Les civilistes, notamment imaginaient sans vérification préalable, par simple raisonnement, que l'union libre répondait entièrement à son nom, et qu'elle était essentiellement un libre choix, un acte de volonté purement potestative entre droit et non-droit ; que, dans l'union libre, il y avait une préférence délibérément manifestée par les intéressés pour le phénomène de non-droit et, du même coup, une sorte de révolte contre le droit.

Cette idée d'une révolte contre le droit demandait d'ailleurs, être creusée davantage. La décision humaine a toujours, au fond, des mobiles. Suivant les mobiles que les auteurs donnaient à cette révolte contre le droit qu'aurait manifestée l'union libre, celle-ci pouvait présenter à leurs yeux des colorations plus ou moins défavorables moralement.

Pour beaucoup de civilistes, le choix de l'union libre aurait

manifesté la volonté des concubins de ne pas prendre leurs responsabilités. Si l'idée a été particulièrement mise en relief par M. René SAVATIER, dans son ouvrage "Le droit, l'amour, la liberté". Les concubins fuient leurs responsabilités soit dans leurs rapports réciproques, parce que l'union libre leur donnera des facilités de rupture beaucoup plus grandes que le divorce, soit à l'égard de leurs enfants éventuels, parce qu'ils auront la faculté de ne pas les reconnaître, et pourront se soustraire ainsi aux charges de la paternité ou de la maternité.

Il existe chez les auteurs une autre présentation différente, de la précédente, et, moralement moins défavorable : l'union libre manifesterait une préférence idéologique et, pour ainsi dire, politico-religieuse. Ce serait, d'abord, une manière de sauvegarder l'indépendance de la femme. Le mariage se traduisant, surtout dans le système de 1804, par un certain asservissement de la femme le respect de la femme peut sembler commander de ne pas l'enchaîner dans les liens du mariage. L'union libre serait, par conséquent, une institution favorable à la femme. En outre, historiquement, l'union libre manifesterait le désir de rejeter toute intervention de l'autorité étatique dans la formation du couple. Elle représenterait l'idée du mariage-contrat poussée à son paroxysme. L'union libre a pu avoir cette signification libertaire, anarchiste, dans une certaine pratique de la seconde moitié du XIXe siècle.

On a parlé, à cette époque des mariages à la Reclus. Onésime Reclus, géographe célèbre, estimait n'avoir besoin, pour marier les siens, ni de cérémonie religieuse ni de célébration par l'officier de l'état-civil, parce qu'il considérait que ce contrat devait être entièrement libre. Il ne s'agissait point là du tout, de fuir les responsabilités. La thèse défendable en soi dans le plan théorique était que la collectivité n'avait pas à se mêler de cette affaire intime, purement privée au sens le plus élevé du terme, que doit constituer le mariage. Par conséquent, cette union libre-là, dans la pensée de ceux qui y recouraient, n'était qu'un mariage affranchi de l'intervention de l'Etat, soit pour sa formation, soit, éventuellement pour sa dissolution.

Mais, à côté de cette union libre, de liberté, si l'on ose dire, on conçoit - et nous allons voir que c'est dans cette direction que doit s'orienter l'interprétation des phénomènes sociologiques contemporains - qu'il y a l'union libre de nécessité. Il est des cas où l'union libre ne procède pas d'un libre choix, mais est nécessairement déterminée par des causes qui pèsent sur les volontés individuelles. Le mécanisme a beau être psychologique; les causes se situent en dehors de l'individu, et sont senties par lui comme contraignantes.

C'est souvent, la peur du ridicule. On a commencé à vivre en union

libre pour une raison quelconque; lorsque la chose a trop duré il devient très difficile de régulariser. Les unions libres, considérées à un certain moment de la durée, quand trop de temps a passé, ne sont plus libres, parce que les concubins en régularisant leur situation craignent de se trahir. Tout le monde leur attribue l'état de gens mariés, ils ont peur, en faisant célébrer leur mariage, de révéler leur état; ils sont, ainsi, enfermés dans la situation d'union libre.

Nous verrons que le respect des enfants aussi, quand il en existe et, souvent, quand il en existe d'une union antérieure, empêche de recourir à un nouveau mariage et, du même coup, pèse dans le sens de l'union libre.

Il arrive que des raisons juridiques contribuent à l'union libre.

Une cause assez fréquente au XIXe siècle était le défaut de consentement des parents au mariage. Le consentement des parents était requis pour le mariage, même au-delà de la majorité de droit commun, si bien que le refus de ce consentement contraignait un certain nombre de fils de famille à vivre en état d'union libre. Cette causalité juridique a disparu à notre époque, mais a été remplacée par une autre, extrêmement répandue : l'existence d'un précédent mariage non dissous : il y a des concubins qui vivent dans cet état uniquement parce qu'ils ne peuvent pas, juridiquement, se marier, et ils ne le peuvent pas parce qu'il y en a au moins un qui est engagé dans les liens d'un précédent mariage non dissous.

Sans doute, existe-t-il l'institution du divorce, mais elle n'est pas toujours accessible. Il faut songer d'abord aux étrangers dont la loi personnelle n'admet pas le divorce. Mais, même pour ceux qui peuvent divorcer en droit, le divorce est cher, le divorce est lent. C'est une procédure décourageante pour certaines catégories sociales. Si bien qu'il existe là un facteur juridique très important d'union libre.

Les causalités juridiques, se mélangent parfois de considérations économiques. Certaines dispositions légales peuvent pénaliser, en quelque manière, les seconds mariages sur le terrain pécuniaire. Ainsi, le droit à rente pour accident du travail est perdu en cas de remariage du conjoint survivant. En conséquence, il advient qu'un conjoint pour ne pas perdre la rente consécutive à l'accident du travail dont est mort le précédent époux, ne se remarie pas, mais vive en concubinage. De même, la pension, servie au conjoint survivant de l'assuré social, disparaît en cas de remariage. La moralité est ici la même : le concubinage est plus avantageux. Les veuves des fonctionnaires remariées ou vivant en état de concubinage notoire perdent dans certaines hypothèses, le droit de bénéficier des augmentations que leur pension pour-

rait comporter. Sans doute, le législateur a-t-il pris la précaution d'assimiler le concubinage notoire au mariage. Mais on peut tricher sur la notion de notoriété, si bien qu'il subsiste un avantage, pour une veuve ayant une pension de fonctionnaire, à rester en état de concubinage, en espérant que ce concubinage ne sera pas considéré comme notoire.

Enfin, il y a des considérations purement économiques qui jouent en faveur du concubinage. Ainsi cette idée que la cérémonie de mariage pourrait coûter cher, - non pas la célébration elle-même civile ou religieuse, mais la fête qui, suivant les moeurs, doit accompagner un mariage et dont au contraire, une entrée en concubinage peut se dispenser.

Une considération économique beaucoup plus diffuse tient au fait que lorsqu'on est très pauvre, le mariage devient un événement inaccessible; il y a un état d'extrême pauvreté où le mariage requiert un effort dont l'apathie, inhérente à cet état n'est plus capable.

Telles sont les motivations que l'on peut reconstituer par une méthode purement déductives. Mais que révèlent les enquêtes de motivations? Nous disposons de quelques enquêtes sur petit échantillon de sorte qu'elles ne sont pas absolument probantes ; elle sont néanmoins suggestives.

Dans la thèse de doctorat de Lettres de Mme Andrée MICHEL, déjà citée à maintes reprises et qui est fort intéressante, "Famille, Industrialisation, Logement" (publiée en 1959), un chapitre est consacré à l'union libre.

Cette enquête, fut menée par l'auteur, de 1954 à 1956, sur 276 ménages vivant dans des hôtels meublés, soit de Montreuil, soit des 11ème, 13ème, 18ème, et 20ème arrondissements de Paris. Cette catégorie des ménages qui vivent en hôtel meublé est une catégorie d'ailleurs extrêmement étendue (il y aurait 200.000 ménages dans ce cas).

Le chapitre relatif à l'union libre, dans cet ouvrage, concerne 58 cas sur ces 276 ménages, ce qui permet de relever un pourcentage de 21% de concubinage par rapport au mariage, parmi ces ménages vivant en hôtel meublé. Ce pourcentage de 21% est sensiblement plus élevé que celui qui résultait, en moyenne, pour la Seine, du recensement de 1954, mais la constatation n'a rien d'inattendu. Ces ménages vivant en hôtel meublé, sans constituer une catégorie de sous-sous-prolétariat (ce n'est pas nécessairement l'extrême misère), ont des conditions de vie tellement particulières que leur comportement devant l'option, mariage, union libre, peut s'en trouver affecté.

Au reste, il est intéressant de relever que ce pourcentage élevé se distribue très différemment selon qu'il s'agit de ménages français, musulmans ou espagnols, - ou de ménages mixtes, dans lesquels l'un appartient à la nationalité française et l'autre est, soit un musulman, soit un espagnol.

Le pourcentage de **21%** en moyenne s'élevait à **30%** si l'on considérait les seuls ménages français. En revanche, il tombait à **0%** chez les musulmans et les espagnols, - ce qui, par parenthèse, vérifie cette réflexion faite précédemment que les familles d'émigrants peuvent, en quelque sorte par réaction contre le milieu ambiant, adopter et maintenir un type de famille extrêmement différent, en l'espèce beaucoup plus structuré, beaucoup plus patriarcal que celui du milieu ambiant.

Au contraire, dans les ménages mixtes, en raison même de ce caractère mixte a une action réparatiste, 50% des ménages vivaient en état de concubinage.

Si nous examinons, maintenant, les motifs qui furent invoqués par ces ménages pour expliquer leur choix de l'union libre, nous constatons que les 58 cas se répartissent de la manière suivante:

Nous laisserons tout de suite **10** cas de motifs indéterminés; déchet inévitable dans toute enquête.

Les 48 réponses utiles vont se distribuer de la manière suivante:

- "Nous n'avons pas obtenu le divorce".

Sous-entendez que l'un des concubins se trouve placé dans les liens d'un précédent mariage non dissous : 32 sur 48, c'est évidemment, si petit que soit l'échantillon, un résultat assez frappant.

Mais pourquoi n'ont-ils pas obtenu le divorce?...

Ici, on constate une bifurcation dans les motivations ;

Pour 28, le divorce coûte trop cher.

Donc, la raison juridique se mélange d'éléments économiques : le divorce est une institution qui est ou paraît trop chère, qui n'est pas adaptée à ce milieu tout de même prolétaire.

Pour 4 cas, c'est l'ambivalence, comme dit Mme MICHEL, qui a empêché d'en arriver au divorce. Entendez par là que le concubin marié n'arrive pas à se décider entre sa femme et sa concubine. Là encore, c'est un élément psychologique, sans doute, mais qui n'est peut-être pas exempt d'un arrière-plan économique: l'im-

puissance à se décider n'est pas nécessairement liée à la pauvreté, mais l'extrême pauvreté peut y contribuer.

Dans six cas, l'obstacle au mariage est l'impossibilité de se procurer les papiers nécessaires.

Il faut, tout de même, un minimum de papiers pour se marier, actes de naissance notamment. Certains des enquêtés ne peuvent se les procurer. Ils sont originaires outre-mer. C'est une difficulté qui ne serait certes pas insurmontable, pour quelqu'un qui aurait beaucoup d'argent, cela en est une pour les pauvres.

Dans quatre cas, les enquêtés déclarent ne pas se marier - ils le pourraient - à cause de leurs enfants. Ils se marieront quand les enfants seront devenus majeurs. Ou bien ils ne peuvent pas se marier parce que les enfants sont trop grands, ou sont eux-mêmes déjà mariés. Par respect pour ces enfants déjà grands, ils ne se marieront pas eux-mêmes.

Dans un cas, la réponse est : "nous ne voulons pas passer la visite médicale", soit peur, en quelque sorte congénitale, du médecin - le phénomène existe et est lié assez facilement à la pauvreté - soit parce que les intéressés se faisaient une montagne de cette formalité qui, dans la pratique, est si anodine.

Dans trois cas, les concubins déclarent reculer le mariage. Ils admettent qu'ils devraient se marier, ils espèrent se marier, mais ils reculent le mariage faute d'argent, parce qu'il faudrait faire une fête qui serait coûteuse. C'est un élément de droit folklorique, en quelque sorte, qui vient pousser au concubinage.

Enfin, dans deux cas, les intéressés déclarent qu'ils ne se marient pas parce que le mariage civil, la célébration de l'état civil ne compte pas à leurs yeux. Les deux cas sont, d'ailleurs, très différents. Il y en a un qui illustre ce que je disais précédemment sur les émigrants, sur le milieu clos qui se constitue à part et a son propre droit : c'est un couple israélite qui considère que le mariage que leur offre l'Etat français n'est pas un mariage valable. Et, dans l'autre cas, ce sont des Parisiens idéologues pour qui ce qui compte (suivant leur expression) c'est être sincère, et le "oui" devant l'officier de l'Etat-civil, n'est pas une preuve de sincérité, c'est plutôt une formalité hypocrite. Au reste, le ménage est constitué depuis 7 ans; il montre, par conséquent, du sérieux et de la stabilité. Mais on aperçoit ici cette considération idéologique qui, était plus répandue au siècle dernier, mais qui n'a pas totalement disparu.

L'éventail des réponses recueillies présente donc un intérêt certain, encore que nous ne puissions par tirer de conclusions générales d'un échantillon aussi restreint.

Une autre enquête par sondage, a été menée par un étudiant de sociologie juridique menée en 1939; elle n'a pas été publiée. Elle avait porté sur une série d'immeubles du 13ème arrondissement à Paris. Il s'agissait de logements du style ordinaire, donc d'une population beaucoup plus stabilisée.

Les enquêteurs avaient relevé 249 couples mariés dans les immeubles étudiés, .(étudiés, parfois par l'intermédiaire des concierges) - 249 couples mariés, en regard desquels il y avait seulement 17 couples en état de concubinage, ce qui nous ramène à un pourcentage de 6,8%, qui n'est pas tellement éloigné de ceux qui résultaient des données statistiques précédemment rencontrées.

Sur ces 17 couples en état de concubinage, il y en avait 11 où l'un des concubins était marié, et l'obstacle le plus souvent allégué, en réponse aux questions posées, était l'obstacle juridique : le divorce était considéré comme impossible ou trop difficile à obtenir. En d'autres termes, ici encore, l'obstacle juridique, tenant au précédent mariage non dissous, était le facteur prédominant de l'union libre.

Dans quelques cas, les enquêtés faisaient valoir, d'une façon différente, qu'ils étaient trop âgés -. Au début, ils avaient attendu le divorce. Mais quand celui-ci avait fini par être prononcé, ils n'avaient pas voulu révéler l'irrégularité de leur situation, et ils étaient restés comme ils étaient.

Sans doute, il est possible de restreindre la publicité du mariage. Ces restrictions à la publicité ont, précisément, été introduites dans notre droit pour des cas de ce genre. Mais tout le monde ne les connaît pas, ou bien les intéressés craignent exagérément les formalités : il faut aller demander la dispense de publicité dans des bureaux, qui sont intimidants ; les formalités, qui semblent toutes simples quand on les enseigne du haut d'une chaire, paraissent beaucoup plus dramatiques quand il faut les vivre et que l'on est pauvre pour les vivre.

Dans un cas, il s'agissait d'un ménage qui avait mis au monde 7 enfants, qui était, par conséquent., autant qu'on en peut juger, extrêmement stable. C'était un motif idéologique qui était invoqué : l'indépendance de la femme. Encore, à la vérité, était-ce le mari qui invoquait cette indépendance ; la femme questionnée, à part, en paraissait moins soucieuse et plus désireuse du mariage.

Nous pouvons faire, en conclusion de cette étude de motivation, deux observations :

1°) La première est que ces enquêtes de motivation paraissent, dans l'ensemble, traduire la rareté, à notre époque, de

l'union libre par pure préférence idéologique, par goût de la liberté, qui, dans les vues des civilistes classiques, aurait été le moteur principal de l'union libre.

Ce n'est pas ainsi que les choses se passent, aujourd'hui, dans la société française. L'union libre est une union libre de nécessité plutôt de préférence idéologique.

L'obstacle tenant à la difficulté de mettre en oeuvre, le divorce paraît le plus répandu. Cette difficulté semble, d'ailleurs, si l'on net à part le cas exceptionnel des étrangers dont la loi personnelle n'admet pas le divorce, largement conditionnée par la classe sociale. La pauvreté agit d'une manière indéniable : il y a les frais du divorce, malgré l'assistance judiciaire, car il y a des frais qui ne sont pas remboursés, il y a une perte de temps dans les démarches que nécessite le divorce et, pour celui qui vit de son travail, toute perte de temps est une perte d'argent. Et puis, il y a l'action indirecte, qui est peut-être plus considérable : le manque d'entregent des classes pauvres, leurs moindre aptitude à se mouvoir dans les démarches qui sont tout de même nécessaires pour accélérer, pratiquement, une procédure de divorce. Et, enfin, par derrière, cette sorte d'apathie généralisée de l'extrême misère : l'individu n'a plus la force de la moindre initiative, à plus forte raison, de la moindre initiative juridique.

Ayant montré comment l'obstacle juridique était lié à la pauvreté, il conviendrait de mettre en garde contre une trop grande généralisation des données dont nous pouvons disposer. Les conclusions que nous avons là ne valent pas pour toutes les classes sociales. Il est probable que, si nous avions des possibilités d'enquête dans les milieux de la bourgeoisie, surtout de la grande bourgeoisie, et, plus encore, dans les milieux d'intellectuels ou d'artistes, dans lesquels il semble que l'union libre soit assez répandue (même aujourd'hui, malgré une tendance à vivre plus bourgeoisement) nous constaterions la présence, en beaucoup plus grand nombre que dans le milieu prolétarien, de motivations idéologiques. Ou, si l'on consentait à nous livrer des considérations économiques, il est probable qu'elles ne seraient pas du même type que celles que nous avons relevées dans le milieu prolétarien. Elles seraient plutôt tirées de l'inégalité du rang social; nous retrouverions, dans ces milieux-là, quelque chose du "concubinatus", au sens romain : une union de second rang, conditionnée par l'inégalité de rang social entre les concubins. Le mariage est bon de cause, parce que l'amant et la maîtresse n'appartiennent pas au même milieu social; on ne se marie qu'à égalité de milieu.

Cela montre la diversité des significations de l'union libre, des motivations qui sont à la base du phénomène.

Si nous allions dans d'autres pays, nous trouverions d'autres

types de motivation, sans doute, encore différents. Dans les pays d'Amérique latine, il est possible que, l'union libre des noirs fonctionne comme une réinterprétation de la polygamie africaine, de la polygamie ancestrale (ex. dans les campagnes de Haïti, et, également dans la population inférieure des villes de cette République).

2°) Une deuxième observation est à faire :

Dans la théorie sociologique, dans la philosophie de la sociologie juridique, le partage des couples entre les deux phénomènes, mariage et union libre, semble résulter d'un choix entre le droit et le non droit. Nous avons en quelque sorte considéré l'union libre comme une situation de non droit venant se présenter en option à côté de la situation de droit représentée par le mariage. Ce point de vue est vrai en théorie, il est vrai dans la philosophie de la sociologie juridique, mais, dans la pratique, nous venons de le constater, il n'en n'est pas ainsi. Le choix, tout au moins, pour les classes inférieures, n'est pas libre ; on peut même dire qu'il n'existe pas toujours ; un petit nombre est contraint à l'union libre par des obstacles de fait ou de droit qui sont, sinon insurmontables, du moins extrêmement pénibles à surmonter, et c'est pourquoi cette minorité, à l'intérieur de la population globale, se résigne à l'union libre.

Ce n'est là qu'une minorité, et c'est une conclusion sur laquelle il faut insister ; la grande majorité va au mariage par l'effet d'une force que l'on peut dire coutumière. La coutume de leur milieu social, la coutume de notre société française est de se marier.

Si nous essayons d'analyser de plus près cette force coutumière qui fait pression dans le sens du mariage, nous y discernerons plusieurs éléments. Il y a, d'abord, un élément religieux, dont il ne faut pas sous-estimer l'importance, dans la mesure considérable où le couple tient à la célébration religieuse de son union, (considérable, comme le montrent les statistiques qui ont été faites de la célébration religieuse du mariage par rapport à une célébration purement civile). Le couple est obligé de recourir au mariage civil préalable puisqu'il n'est pas possible à un ministre de culte de faire une célébration religieuse sur ce qui serait, au regard de la loi civile, une union libre. Les articles 199 et 200 du Code Pénal prescrivent aux ministres des cultes de ne pas procéder à une célébration religieuse s'ils n'ont pas la preuve d'une célébration civile préalable. La célébration civile est donc liée à la célébration religieuse et réciproquement.

En seconde ligne, nous trouvons des éléments moraux, d'ailleurs influencés par les éléments religieux. Le jugement éthique de la

population défavorise, continue à défavoriser l'union libre, même à notre époque, sans, du reste, essayer de discriminer les motifs concrets qui ont pu être à son origine. Il y a une réprobation de principe, diffuse, peut-être moins nette qu'autrefois, mais vivante encore.

L'indulgence, qui s'est traduite dans la législation, et la jurisprudence partiellement favorables à la concubine, ne reflète peut-être pas exactement la position de l'opinion publique dans son ensemble. Il y a une certaine réfraction, dans ce mouvement législatif, jurisprudentiel, du mouvement de l'opinion publique, mais ce n'est peut-être pas une réfraction absolument adéquate. Il est possible que l'opinion publique ait un temps de retard sur la législation et la jurisprudence. De ce fait, nous pouvons poser que des éléments éthiques, des éléments de moeurs jouent en faveur du mariage.

Enfin, il y a des éléments juridiques qui jouent dans le même sens. Dans une société comme la nôtre, qui est devenue une société bureaucratique, où les formalités de bureau jouent un rôle pratique considérable, où les justifications d'état civil, d'identité (et l'état matrimonial est un élément de l'identité) sont demandées à chaque instant, malgré toutes les mesures législatives, toutes les mesures de droit social en faveur de la concubine, il est, quotidiennement, plus simple de pouvoir se présenter comme gens mariés que comme concubins. Toute balance faite, la simplicité joue en faveur du mariage, et cette simplicité de la vie quotidienne est un élément non négligeable qui fortifie la coutume de mariage.

D'ailleurs, cette prépondérance du mariage sur l'union libre, dans la société française contemporaine, peut apparaître comme une reconnaissance du primat de la collectivité sur l'individu. Dans l'union libre, c'est l'individu qui veut forger lui-même son institution. La société intervient avec le mariage et, très largement, c'est elle qui l'emporte

S E C T I O N 2

LE PROBLEME DE L'EGALITE OU DE L'INEGALITE A

L'INTERIEUR DU COUPLE

L'état du droit positif français sur cette question se caractérise par l'ambiguïté. D'un côté, une égalité de principe, théorique, a été atteinte par une série de réformes : en 1938, l'abolition de la puissance maritale et la reconnaissance de la capacité de la femme; en 1942, une nouvelle construction de la capacité de la

femme, des développements de cette capacité dans le plan des régimes matrimoniaux, l'attribution de droits plus étendus à la femme, -enégalité avec le mari, en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle.

Bref, depuis 1938 / 1942, on peut dire qu'il existe, en théorie, une égalité de principe entre le mari et la femme à l'intérieur du couple. Mais cette égalité de principe n'empêche pas une inégalité persistante dans l'application. Outre la prépondérance qui reste au mari dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux, dans le seul plan des relations personnelles, nous devons noter que, le mari conserve la qualité de chef de la famille, ce qui se traduit par une certaine prépondérance maritale, par un pouvoir de décision général qui est reconnu au mari dans toutes les affaires intéressant la vie de la famille, pouvoir de décision que l'on dit nécessité par l'arithmétique d'une dyarchie. Là où le collègue n'est pas impair, il faut nécessairement, une voie prépondérante. A quoi s'ajoutent quelques prérogatives particulières, découlant de la qualité de chef de la famille, notamment en ce qui concerne la fixation de la résidence du ménage; la possibilité d'un veto sur l'exercice, par la femme, d'une profession séparée.

Bref, le système du droit positif français, de 1963 est un système mixte, que nous pouvons traduire, soit comme système d'égalité restreinte, soit comme système d'inégalité atténuée. En tout cas, l'ambiguïté le caractérise.

Il y a là un problème législatif posé, qui demeure d'actualité. Le point critique est la réforme des régimes matrimoniaux. Elle a été en Instance devant le Parlement en 1961 et elle n'a pas abouti, cela laisse soupçonner au sociologue certaines difficultés du problème. Non pas que l'égalité à l'intérieur du couple soit impossible à introduire dans les textes (à cet égard-là, la République Fédérale allemande nous donne un exemple récent avec sa loi d'égalisation, - d'"égalisation entre mari et femme"- du 18 juin 1958). Mais même du point de vue du droit dogmatique, les textes ne sont pas tout.

Du point de vue de la sociologie juridique, il y a aussi des problèmes qui sont soulevés par l'inégalité traditionnelle ou la revendication d'égalité actuelle à l'intérieur du couple. Seulement, ces problèmes sociologiques sont d'un autre ordre que les problèmes de droit dogmatique.

Nous étudierons quelques-uns de ces problèmes sociologiques en partant du droit positif français et en mettant l'accent, sur ce que ce droit peut avoir de négatif à l'égard de l'égalité à l'intérieur du couple, sur son refus d'une totale égalité.

Partant de là, nous rechercherons quels peuvent être les fonde-

ments sociologiques du droit positif, quelle en est l'effectivité et si l'opinion est en accord avec lui.

§ 1 - FONDEMENTS SOCIOLOGIQUES DU DROIT POSITIF.

Il existe entre les sexes des différences anatomiques, physiologiques, qui déterminent, immanquablement, des différences psychologiques. A partir de là, de tout temps, il y a eu des esprits pour fonder l'inégalité juridique, conformément au principe aristotélicien : l'égalité consiste à traiter inégalement les choses inégales, ou, si l'en veut, différemment les choses différentes.

De tout temps aussi, à l'inverse, il y a eu des esprits pour penser que les différences physiques n'étaient pas fondamentales, que leurs conséquences psychologiques avaient été amplifiées par la Société ; que la pression sociale, l'éducation familiale durcissaient ces différences dites naturelles. En d'autres termes, les différences de base, pour ceux qui raisonnent ainsi, viendraient de la culture et non pas de la nature.

Cette seconde position est, en général, celle des sociologues de sociologie générale. Toutefois, les conclusions normatives qu'ils en tirent ne sont pas toujours identiques et, chez les sociologues, les psychosociologues et, quelquefois même les philosophes, qui se sont occupés de la question, on discerne assez aisément deux courants :

Les uns mettent l'accent sur l'égalité,

Les autres mettent l'accent, non plus sur l'inégalité (le mot est subdécrité) mais sur l'altérité (mot qui a sa magie dans le langage sociologique actuel). La femme n'est pas inégale, mais elle est autre, et l'on insiste sur l'altérité.

Ainsi, les uns, dans le plan normatif, préconiseront le mouvement vers l'égalité; les autres penseront plutôt à la permanence de l'altérité.

Nous étudierons successivement ces deux tendances. Notre conclusion portera sur la constance des oscillations de l'une à l'autre.

A - TENDANCE A L'EGALITE.

La conception qui paraît la plus logique, en partant de l'idée sociologique, que la différence entre les sexes et, par conséquent, la différence qui peut se manifester à l'intérieur du couple vient de la culture, - c'est une conception évolutive de cette

différence.

Si la différence vient de la culture, il est plausible de penser qu'elle est appelée à disparaître par un progrès de la culture.

Les premiers linéaments de cette conception évolutive de la différenciation des sexes se rencontrent dans la République de PLATON. Mais ce sont surtout Karl MARX et les Marxistes qui ont donné consistance à la thèse. Karl MARX, en plusieurs passages de ses premières oeuvres, avance une idée, que son disciple, ENGELS, devait, développer, savoir : que la situation concrète de la femme, à un stade du développement social, fournit un indice sûr du degré de civilisation à atteindre par la société ; plus la femme est indépendante, égale à l'homme à l'intérieur du couple, plus on peut dire que la société dont il s'agit a atteint un haut niveau de civilisation.

Chez les théoriciens contemporains du développement, même s'ils ne sont pas marxistes, on trouve la même idée. C'est ainsi que M. SAUVY a écrit que : "l'assujettissement de la femme est un test du non développement". Il y a, d'après lui, dix tests du non-développement d'une société. Parmi eux, il faut faire figurer l'assujettissement, l'inégalité de la femme à l'intérieur du couple. L'assertion, du reste, a suscité des réactions de certains sociologues dans les pays dits sous-développés. Ceux-ci ont défendu, d'une façon assez remarquable au point de vue sociologique la position de la femme dans leur civilisation autochtone, et ils ont essayé d'en donner des interprétations favorables.

On considère par exemple comme un indice de sous-développement le fait, qui est assez fréquent dans les pays orientaux, que les femmes soient employées à des travaux pénibles. La corvée d'eau, imposée à la femme par la tradition dans beaucoup de ces pays, a pu paraître à nos théoriciens du développement un indice de sous-développement. Or, cette corvée d'eau a été défendue par les apologistes de ces civilisations; pour eux, c'est le prolongement logique du règne domestique de la femme; si la femme est la reine du foyer, cela lui impose des obligations, et ce que l'on considère comme la corvée n'est qu'une manifestation de son éminente dignité. Ce qui montre combien il est souvent difficile d'interpréter des faits, même matériels.

Mais, après avoir considéré la situation de la femme dans l'ordre historique, Marx et le Marxisme l'étudient, en quelque sorte en la replaçant dans l'ordre de la prophétie, en essayant de deviner ce que pourra être l'avenir. La position du Marxisme, ici est très claire : la conquête de l'humain passe par l'obligation de transcender la différenciation entre homme et femme.

Dans une société de classes, dans la société capitaliste, il est

impossible d'obtenir une égalité réelle entre les sexes, d'abord parce qu'il peut y avoir des inégalités à l'intérieur du couple, tenant à des différences de classe. Et nous rencontrons ici le thème de la mésalliance qui, chez certains écrivains que l'on pourrait traiter en précurseurs du socialisme, à la fin du XVIIIe siècle, a été un des grands thèmes de revendication.

- Mais aussi parce qu'il y a des différences de culture, entre l'homme et la femme, l'éducation de l'homme étant plus poussée que celle de la femme, ce qui, ne pourra disparaître que dans une société sans classes.

- Au reste, la véritable égalité entre le mari et la femme suppose la camaraderie et la camaraderie postule, le travail professionnel de la femme, ce qui ne pourra être acquis également que dans une société sans classes".

Chez beaucoup de sociologues contemporains, la présentation est un peu différente, mais la tendance est au fond la même. La famille ouvrière est selon les auteurs, le prototype de la famille de l'avenir. Dans le milieu ouvrier se crée, d'avance, le modèle de ce que sera la famille, dans l'ensemble de la société-, d'ici quelques générations. Or, dans la famille ouvrière, l'égalité est, d'ores et déjà, beaucoup mieux réalisée que dans la famille bourgeoise ou dans la famille paysanne. Dans la famille bourgeoise ou dans la famille paysanne se conservent des types archaïques de famille encore patriarcale, en tout cas, inégalitaire.

Ces auteurs, d'ailleurs, mélangent assez souvent les questions, que les juristes distinguent. Notamment, un des traits d'archaïsme qu'ils relèvent dans la famille bourgeoise ou paysanne, c'est que la femme y est considérée comme une intruse, parce que les liens de famille qui sont seuls retenus sont les liens du sang; la femme n'étant pas parente par le sang, est rejetée hors de la famille.

Effectivement, dans la hiérarchie successorale de 1804, la femme ne venait pas, ne venait qu'au dernier rang. C'est exact, mais c'est mélanger les questions. Car, la femme n'est pas visée par ces dispositions d'une manière particulière, c'est le conjoint. Cela peut jouer d'une façon bilatérale, aussi bien contre le mari que contre la femme. Savoir si le conjoint fait, ou ne fait pas partie de la famille, concerne les dimensions de la famille, et ce n'est pas le problème que nous examinons ici, le problème de l'égalité à l'intérieur du couple. Il y a, certes, une relation entre ces deux problèmes familiaux. Néanmoins, en bonne théorie, il convient de les séparer.

Tout un courant prophétise donc l'égalité comme la solution de l'avenir et considère que la marche vers l'égalité, à l'intérieur

du couple, correspond à une progression de la culture, de la civilisation dans l'ensemble de la société.

B - PERMANENCE DE L'ALTERITE.

L'altérité permanente, cela recouvrira facilement la féminité permanente. Il y aurait des traits du caractère féminin qui ne pourraient pas être effacés. On en arrivera à la formule célèbre de GOETHE sur l'éternel féminin.

Dans cette conception est affirmée, une opposition polaire entre l'homme et la femme, ainsi qu'une certaine nécessité de cette opposition. La différence sociale entre l'homme et la femme et, partant, la différence juridique entre eux, correspondraient à une nécessité sociologique.

A la vérité, les bifurcations se produisent ici dans les explications. On peut, sous cette permanence de l'altérité, mettre des fondements différents.

Si l'on suit la grande hypothèse de la division du travail social (qui est la thèse de DURKHEIM), si la division du travail social est une loi universelle de l'évolution, il n'est pas illogique d'en déduire qu'une différenciation entre les sexes, une différenciation croissante peut correspondre à l'évolution. Non seulement cette différenciation ne pourrait pas être surmontée, mais, elle serait peut-être souhaitable, parce que la division du travail social est un facteur de progrès.

Ainsi dans la thèse Durkheimienne, il y avait le germe, de certaines déductions sur la permanence de l'altérité comme forme de la division du travail.

Cependant, c'est surtout dans la philosophie et la psycho-sociologie contemporaines que l'on voit se développer ces théories sur la permanence de la féminité et de l'altérité. Le philosophe Hollandais BUYTENDYK, dans un ouvrage qui a été traduit en français en 1955, "La femme, ses modes d'être, de paraître et d'exister", a rattaché l'idée d'une altérité permanente, éternelle de la femme à une métaphysique générale du cosmos fondée sur la polarité. Tout, dans le cosmos, s'organise entre deux pôles et, ainsi, la famille s'organise entre les deux pôles : mari-femme, homme-femme, qui sont irréductibles l'un à l'autre, et sont destinés à coexister éternellement.

On peut voir ainsi les deux fondements possibles de l'altérité.

1°) Le premier, la division du travail social, conduirait à l'idée d'une spécialisation économique des deux sexes. Cette

spécialisation économique des sexes se remarque dans les sociétés archaïques- mais elle persiste même dans les sociétés évoluées. On connaît l'épithète romaine "lanam fecit"; puis, l'emblème de la grenouille. De même, (par exemple, des ethnies berbères, où la femme est spécialisée dans la fabrication des poteries. Dans le milieu rural européen, la femme est spécialisée dans la basse-cour, nous avons déjà rencontré ce phénomène.

Sous une forme plus élémentaire, moins concrète, plus générale, nous rencontrons une division du travail social entre les sexes dans toutes les sociétés du type industriel. En partant de l'idée d'une division du travail social, on en arrive à justifier cette spécialisation que nous observons autour de nous. Le mari a un travail rémunéré au dehors, de plus, à l'intérieur, il fait les gros travaux, et aussi il bricole et s'occupe de l'automobile. La femme, elle, fait la cuisine, s'occupe des enfants, elle a la haute main sur le menu. Bref, tout est dans l'ordre, chacun a sa sphère d'activité bien délimitée.

Il a été fait, assez récemment, en 1960, aux Etats-Unis, une enquête intitulée "Mari et Femme", où les auteurs relèvent (avec satisfaction d'ailleurs) que les enquêtés, lorsqu'ils révèlent, et c'est le cas le plus fréquent, que les choses se passent ainsi dans leur ménage-, considèrent que cette spécialisation est imposée, non pas par la coutume, mais par la justice, par l'équité, et les enquêteurs en éprouvent visiblement, parce qu'ils sont Américains, une grande satisfaction. La coutume n'est pas aux yeux d'américains une valeur, aussi sûre que l'équité.

Peut-être pourrait-on répondre qu'il ne faut pas opposer ainsi la coutume et l'équité ; la coutume peut-être équitable et l'équité peut-être traditionnelle. Il n'est pas certain que même en Amérique la coutume ne joue pas un rôle, dans la spécialisation ainsi observée. Il est probable que l'éducation intervient. L'homme et la femme prolongent dans leur ménage des conduites qu'ils ont déjà pratiquées dans leur jeunesse envers leurs parents. Et, également, ils imitent ce qu'ils ont vu faire dans le ménage de leurs parents.

On voit, par conséquent, comment la division du travail social, hypothèse durkheimienne, peut conduire à fonder, à justifier une certaine spécialisation matérielle, économique, entre les sexes, à l'intérieur du couple.

2°) La seconde voie, la voie des philosophes, des psychosociologues, conduirait plutôt à souligner la spécialisation psychologique. On distribuera, en partant de ces hypothèses philosophiques sur l'altérité de la femme, entre homme et femme, les qualités et les défauts, une fois pour toutes : d'un côté, la force, de l'autre la grâce ; d'un côté, la brutalité et de l'autre la ruse; chacun a ses qualités et ses défauts propres.

Une théorie très en vogue dans la psychosociologie contemporaine, la théorie du rôle, qui nous vient des Etats-Unis - elle est liée à la psychologie du behaviorisme - a apporté un certain appui à ce second fondement.

Cette théorie peut-être étudiée, notamment, dans une thèse de doctorat ès Lettres, de Mme Anne-Marie ROCHE-SPENLE, publiée en 1962. Le rôle peut se définir, dans la psychosociologie américaine, comme un modèle organisé de conduite, relatif à une certaine position de l'individu dans un ensemble inter-actionnel.

Pour bien comprendre ce que les psychosociologues entendent par "rôle", il est utile de partir de la notion du rôle dans les pièces de théâtre, du rôle dramatique, et, précisément, les psychosociologues américains marquent que la notion théâtrale du rôle convient particulièrement, au mécanisme des rôles psychosociologiques à l'intérieur de la famille.

La position vécue par les membres d'une famille s'analyse facilement, d'une manière particulièrement frappante, par la notion de rôle, et l'on parle, dans la psychosociologie américaine, du "théâtre de la famille". Nous sommes, en effet, en présence d'un petit nombre de personnes se suffisant à elles-mêmes, comme dans une pièce de théâtre. Il y a une différenciation extrême de leurs fonctions, des inter-actions multiples dans ce groupe restreint et puis, surtout, un déroulement dans le temps ; la famille se déroule dans le temps comme une pièce de théâtre : il y a des crises et des calmes, il y a des larmes et des rires. Le mari et la femme jouent, précisément, chacun leur rôle, deux rôles nettement différenciés, dira-t-on, déterminés par leur position au sein du groupe familial. Leurs rôles, comme tous les rôles, sont réciproques ; un rôle n'existe pas par lui-même, il s'insère dans une pièce de théâtre, il existe par rapport aux partenaires, ce sont des répliques que l'on échange. Ainsi entre le mari et la femme chacun attend la réponse de l'autre. Il y a un consensus comme il y a un consensus entre les acteurs d'une même pièce. Il y a des attentes, chacun, après avoir dit son mot, attend la réponse de l'autre. Il y a une complémentarité entre les deux.

Sans doute, les rôles peuvent se transformer, notamment sous l'action de changements économiques, et, alors, les attentes, les obligations pourront n'être plus réciproques et complémentaires. Un des acteurs aura des surprises, il attendait la réplique habituelle, et il lui arrivera une réplique imprévue. D'où des conflits de rôles qui nécessiteront de nouveaux ajustements.

Cependant, la répartition des rôles, dans son principe, paraît répondre à une nécessité. Par là l'altérité est expliquée comme nécessaire parce que la femme a un rôle qui ne se confond pas avec celui du mari. Du reste, il est bien qu'il en soit ainsi parce que la répartition des rôles tend à réduire les conflits

en supprimant les terrains de heurt, chacun reste sur son terrain. Donc on ne se rencontrera pas, on ne se heurtera pas.

Un psychosociologue, non exempt de psychanalyste FALCOTTE-PARSONS, qui a une grande célébrité outre-Atlantique, a mis en forme cette théorie de la différenciation des rôles à l'intérieur du ménage. D'après lui, la différenciation des rôles le long d'un axe instrumental expressif est une caractéristique universelle de la famille nucléaire :

Le père, le mari a la fonction instrumentale, c'est-à-dire la fonction qui consiste à trouver des solutions pratiques aux problèmes du couple, aux problèmes du groupe de la famille ; tandis que la mère, la femme, a la fonction expressive, c'est-à-dire la fonction socio-émotionnelle (elle exprime les valeurs du groupe, elle soutient les interactions entre les membres).

Dans les rapports avec les enfants, continue PARSONS, la mère, la femme, est plus permissive; elle soutient et elle permet, tandis que le père est plus refusant et exigeant. Or, (et ce sont les conclusions normatives, les jugements de valeur qui apparaissent cette différenciation des rôles est utile, parce qu'elle va faciliter l'identification de l'enfant avec le parent du même sexe. Donc l'apprentissage du rôle qu'il aura, ultérieurement, à jouer dans son propre ménage.

Cette théorie a été contestée dans la psychosociologie américaine. Mais nous devons en retenir qu'elle traduit, d'une manière qui se veut scientifique, l'idée de l'altérité permanente de la femme.

C - LA CONSTANCE DES OSCILLATIONS.

On croirait assez facilement, que, dans chacune des deux conceptions antagonistes, se projettent des préjugés et des sentiments. Une sociologie objective devrait s'attacher, non pas à prendre parti entre les deux tendances, mais plutôt à étudier le phénomène sociologique que constitue cette dualité, car il semble que ce ne soit pas une simple rencontre, un simple accident de notre époque, mais que nous soyons - en présence d'un phénomène sociologique qui est lui-même pourvu d'une certaine constance.

Il ne paraît pas y avoir dans l'Histoire, vue surtout à travers l'Histoire du Droit, une évolution linéaire dans le sens de l'affranchissement continu de la femme. A toutes les époques, deux conceptions paraissent s'être opposées: l'une mettant l'accent sur l'égalité entre les sexes; L'autre sur l'altérité ineffaçable de la femme. Il est arrivé que l'une ou l'autre tendance marque des points dans le domaine du droit, mais ces réformes n'ont pas toujours été durables : à plus ou moins longue échéance, se sont mani-

festées des réactions, ou même, plus fréquemment des dégradations, des érosions lentes. En particulier, on se demande si le thème juridique de l'émancipation de la femme n'est pas une sorte de rocher de Sisyphe.

Il conviendrait sans doute de faire une étude beaucoup plus scientifique, beaucoup plus approfondie de ces oscillations de l'Histoire. Ce n'est là qu'une hypothèse, mais, on relève des couples de phénomènes juridiques, à travers l'Histoire. Ainsi, dans l'Histoire de Rome, au "désordre des mœurs", de la fin de la République et du début de l'Empire, ont succédé, les lois matrimoniales d'Auguste, qui furent comme un coup de frein.

Il faudrait essayer, par une étude sociologique rétrospective, qui ne serait point facile, de voir quels ont été les mouvements sociologiques, sous-jacents à ces mouvements législatifs.

De même, pour notre ancien droit, suivant une théorie qui fut longtemps classique chez les historiens, la femme aurait été au Moyen-Age, surtout au XIII^e siècle, largement indépendante, le régime de communauté, à cette époque, aurait eu un esprit beaucoup plus égalitaire que dans le Code Civil de 1804. Mais la renaissance du droit romain, aux XV^e et XVI^e siècles, aurait replacé la femme sous la tutelle maritale.

Même si ce schéma est aujourd'hui discuté, il reste certain qu'au XVI^e siècle se produisit cet épisode singulier où furent mêlés, tous les littérateurs du temps et tous les juristes, et que l'on a appelé "la querelle des femmes". Deux camps s'affrontaient : celui des apologistes de la femme et, par conséquent, de l'égalité des sexes à l'intérieur du couple, et celui de ses adversaires. A quoi cela correspondait-il, sociologiquement ?... Cette opposition même est un phénomène sociologique, qu'il faudrait élucider.

A toutes les époques, on signale des revendications féministes. Au XVII^e siècle, il y eut des revendications dans la littérature. Ce ne sont que des curiosités de l'histoire pour certains. En réalité, ce sont peut-être des phénomènes sociologiques beaucoup plus profonds et qui se sont placés dans un ensemble.

Il y a eu de ces revendications au XVII^e siècle; puis au XVIII^e; il y en a eu sous la Révolution et qui n'ont pas abouti, refoulée par le Code Civil de 1804. Et puis, il y a eu, sans doute plus profond, peut-être plus durable, le mouvement féministe de la fin du XIX^e siècle et du début de ce siècle. Il a eu ses réussites, les plus sûres en droit public, plutôt qu'en droit privé (pour la France, électoral, éligibilité, et encore que l'effectivité soit ici beaucoup moins grande, - accès à la fonction publique).

§ 2 - EFFECTIVITE DU DROIT POSITIF.

La règle de droit est souvent ineffective. Les phénomènes d'ineffectivité ont une extrême importance pour la sociologie juridique.

Beaucoup de règles de droit, peut-être même la plupart des règles de droit, sont plus ou moins ineffectives ; elles ne sont pas appliquées dans la réalité, elles ne sont pas, au moins, totalement appliquées.

L'ineffectivité peut se mesurer en pourcentage. Avec des pourcentages variables, beaucoup de règles de droit restent ineffectives, ce qui met une très grande différence entre le droit, tel qu'il apparaît par l'examen des textes promulgués, et le droit, tel qu'il résulte de l'application effective de ces textes. L'image que l'on peut tirer de la lecture des textes est très différente de l'image que nous donne la réalité sociologique de leur application.

Le droit positif des relations personnelles à l'intérieur du couple est loin d'être un droit effectif à 100%. Il s'y produit d'importants phénomènes d'ineffectivité. On pourrait en découvrir dans les deux sens (en se référant à l'ambiguïté déjà signalée de ce droit).

Parmi les dispositions de tendance égalitaire, il en est beaucoup qui restent lettre morte, on les rencontre surtout dans le droit des régimes matrimoniaux, mais nous nous intéressons, provisoirement, aux relations personnelles ; nous parlerons des régimes matrimoniaux dans le chapitre qui suivra, avec les relations patrimoniales.

Partant de la présomption que notre droit positif demeure fondé sur la prépondérance masculine, - nous nous attacherons, ici, à l'ineffectivité des dispositions inégalitaires, des dispositions qui tendraient à asseoir la prépondérance masculine à l'intérieur du couple.

Ces dispositions tendant à la prépondérance masculine sont loin d'être toujours effectives dans la réalité. Nous rencontrons ici des phénomènes d'ineffectivité très importants, qui sont, d'ailleurs, de types différents - de trois types :

- Il y a, d'abord, des phénomènes d'ineffectivité de nature subjective ; ils viennent de la volonté de l'un des membres du couple. Ce sont, des ineffectivités de bonne grâce, (bona gratia) : un acte de volonté du seigneur refoulera la règle de droit qui lui accorde prépondérance.

Ce genre d'ineffectivité est plutôt, pour raisonner en terme **de**

catégorie socio-professionnelle, en terme de classe - de style bourgeois.

- En second lieu, il y a des phénomènes d'ineffectivité de nature objective. C'est une ineffectivité coutumière. Une coutume infra-juridique refoule ici la règle de droit à prépondérance masculine.

Ces phénomènes d'ineffectivité sont plutôt de style prolétarien

- Enfin, un troisième type d'ineffectivité sera, si l'on me permet l'expression, de nature agonale; c'est le produit d'une lutte. L'ineffectivité est le résultat du rapport de forces qui existe à l'intérieur du couple, de la famille.

A - L'INEFFECTIVITE DE NATURE SUBJECTIVE.

C'est là un trait qui a été, traditionnellement, relevé, dès le XIXe siècle, par les civilistes eux-mêmes. Au XIXe siècle, notre système de droit positif comportait une inégalité accentuée au détriment de la femme, mais les civilistes excusaient le système inégalitaire du Code Civil en disant qu'il était largement ineffectif, - largement corrigé par les moeurs.

Dans la mesure où la prépondérance masculine subsiste dans le système du droit positif, cette ineffectivité persiste.

Le phénomène est bien connu. Beaucoup de maris, peut-être la plupart des maris n'exercent pas leur prépondérance à 100%. Tout au moins, ils ne poussent pas leurs prérogatives de chef à la limite que le droit leur permettrait d'atteindre. Beaucoup de maris associent bénévolement leur femme à leur pouvoir.

La technique la plus courante, c'est la consultation préalable. Le mari pourrait décider seul : il est le chef de famille, mais il consultera, d'abord, sa femme, et si la consultation fait apparaître une divergence, il recherchera même une solution commune qui pourra être une solution de transaction. Il en est ainsi pour les décisions à prendre dans le quotidien de la vie conjugale . Si l'un veut aller passer les vacances à l'endroit A) et l'autre à l'endroit B), on ira peut-être passer les vacances à l'endroit C) qui se trouve à égale distance. Plus généralement, l'homme fera une concession à la femme, la femme à l'homme, il y aura un arrangement. Tout cela est bien connu.

Pour l'éducation des enfants également, avec, cependant, ici, une remarque : en droit, l'article 372 a toujours formé un substrat pour cette consultation préalable, car ce texte dit que

" La puissance paternelle appartient au père et à la mère.

Ainsi, la puissance paternelle est, au fond, une puissance parentale. Il est vrai que le texte primitif de l'article 373 ajoutait:

"... Pendant le mariage, elle est exercée par le père seul".

Il fallait donc distinguer l'existence de la puissance paternelle et son exercice. Tout de même la puissance paternelle était reconnue conjointement au mari et à la femme, ce qui pouvait se traduire, en solution pratique, comme l'exigence d'une consultation préalable. Le mari pouvait trancher, mais il devait, préalablement, consulter, puisque la puissance paternelle était aussi une prérogative de la femme.

Enfin, dans l'ordre patrimonial, en ce qui concerne l'administration de la communauté et l'administration des propres, soit de la femme, soit même du mari, ce système de la consultation préalable et de la recherche de la décision commune paraît assez répandu dans les moeurs. Dans certains ménages, la situation pourra même être entièrement inversée, et c'est la femme qui commandera, sauf à faire intervenir le mari quand il s'agira de signer un acte juridique devant notaire. Mais, à la vérité, ce phénomène-là n'est pas du tout le développement du phénomène que nous étudions ici, ce n'est pas le phénomène de l'ineffectivité bona gratia pervertie, c'est déjà la troisième sorte d'ineffectivité.

Ce qui fait l'essence de l'ineffectivité dont nous nous occupons ici, c'est la volonté du détenteur de l'autorité, la volonté du mari. L'égalité est une concession gracieuse du mari, - ce qui peut, du reste, l'empêcher d'être sentie par la femme comme une égalité véritable.

Mais, réciproquement, il est possible que, pour le mari, il soit plus facile d'admettre l'égalité de sa femme, lorsque c'est une concession qui ne dépend que de sa bonne volonté. Pratiquement, d'ailleurs, la mise en sommeil de la disposition inégalitaire suppose et faut-il ajouter, renforce la bonne entente, répand sur l'ensemble du phénomène un air contractuel. Dès lors que cela se fait de bonne grâce, par accord, entre les deux parties, l'aspect de concession unilatérale peut ainsi, psychologiquement, s'estomper.

B - I'INEFFECTIVITE DE NATURE OBJECTIVE.

Il s'agit d'une règle coutumière (mais, sans doute, au sens de coutume infrajuridique) d'une règle coutumière en vertu de laquelle le mari remet, toutes les fois qu'il le touche, chaque semaine, chaque quinzaine ou chaque mois, son salaire à la femme, sans en rien garder. La femme en conservera la gestion exclusive, sauf à en remettre une partie au mari, à titre d'argent de poche.

La femme, par conséquent, encaisse les salaires du mari, salaires qui lui sont remis volontairement par celui-ci, et elle lui ristourne une partie de ces salaires dont il pourra disposer librement.

Dans une certaine terminologie ouvrière, on emploie même l'expression "pourboire" : c'est le pourboire du mari, - que cette fraction de son salaire qui lui est ristournée par la femme.

Cette règle paraît contredire les règles du Code Civil et assurer à la femme une prépondérance à l'intérieur du ménage. Il semble bien que nous soyons en présence d'une ineffectivité de la prépondérance maritale, telle qu'elle a été organisée par le Code Civil.

Il semble que la prépondérance à l'intérieur du ménage soit, par le fait de cette coutume, conférée à la femme.

I - Description du phénomène, quel est le domaine d'application où ce phénomène est observé?

Dans l'espace, il paraît avoir une grande généralité d'application. Nous l'étudierons surtout en France mais son existence est signalée dans des pays étrangers, en Allemagne, en Italie, en Espagne. En France, il paraît avoir son siège, dans le milieu ouvrier et sur ce point, nous pouvons faire état d'une donnée statistique qui résulte de l'enquête déjà citée de M. CHOMBART DE LAUWE et de son équipe sur l'image de la femme dans la société contemporaine. La pratique que nous étudions ici a été constatée dans 78% (en gros) des ménages ouvriers ayant fait l'objet de l'enquête alors qu'elle n'est plus observée que dans 52% des ménages des catégories sociales intermédiaires, petits commerçants, cadres, et seulement dans 13% des ménages aisés.

Le domaine d'application du phénomène doit-être également recherché dans le temps. A la vérité, le phénomène n'est pas né à l'époque contemporaine. Il est déjà attesté par LE PLAY (qui écrivait sous le Second Empire dans ses monographies consacrées aux ouvriers européens). Dans l'une d'elles portant sur les Charpentiers de Paris, le phénomène nous est décrit. LE PLAY signale encore qu'une compagnie industrielle de la région de Soissons, - une compagnie maternaliste si l'on peut dire à l'égard de ses ouvriers - avait inauguré la pratique suivante : elle remettait directement les salaires aux femmes des ouvriers, faisant ainsi l'économie du passage plus ou moins dangereux et glissant par les poches du mari. Mais cet essai, paraît-il, n'eut pas de suite. L'ancienneté des phénomènes n'est pas sans importance pour interprétation ultérieure.

Une seconde question se pose. Comment les intéressés sentent-ils cette pratique qu'ils accomplissent ? Ils la sentent comme obli-

gatoire, comme contraignante. Sans doute une fraude serait possible **de** la part du mari, il pourrait détourner une partie **de** son salaire. Il nous est rapporté, cependant d'un peu partout, qu'elle est très rare: la coutume est donc sentie comme obligatoire par les premiers intéressés, c'est-à-dire les maris. C'est vraiment une coutume, une norme, encore que ce ne soit pas une norme **de** droit étatique.

Mais quel est le fondement de cette coutume? Il y a là un problème général : on s'interroge en sociologie juridique sur le fondement de la coutume. Divers fondements sont proposés et, il est remarquable de constater, qu'ici, ces divers fondements réapparaissent dans les études de motivations qui ont été menées auprès des maris ouvriers notamment par Madame MICHEL dans son ouvrage déjà cité. La coutume peut tirer sa force obligatoire de l'imitation du passé (l'imitation est une force psychologique). L'imitation des ancêtres est un fondement très plausible de la coutume. Or, un ouvrier interrogé par Mme MICHEL sur le point de savoir pourquoi il agissait ainsi a répondu : "Mon grand-père le faisait, mon père le faisait".

Ajoutons que l'attitude du mari peut-être par lui sentie comme le prolongement des conduites qu'il tenait lorsqu'il était adolescent dans sa propre famille. Adolescent, jeune ouvrier, il avait déjà l'habitude de remettre sa paye à sa mère, et il continue envers sa femme tout naturellement.

Mais, dans les études que l'on fait du fondement de la coutume, on propose parfois un autre fondement. On propose l'idée d'une convention, d'une réciprocité. Le sujet obéit à la règle coutumière, parce qu'au fond, il sent, plus ou moins consciemment, qu'il y a intérêt; la règle est un compromis entre les intérêts en présence, et celui qui l'accomplit, bien qu'il en subisse dans l'immédiat une certaine gêne, peut savoir qu'il y trouvera un avantage sur un autre terrain. Cette idée d'une réciprocité, avantages, d'un arrangement utilitaire entre les parties, se retrouve dans les motivations qui sont données par les ouvriers français. Le mari remet sa paye intégralement mais, en échange, la femme se chargera du budget familial, des soucis **de** ce budget. Un certain nombre de maris interrogés ne manquent pas de souligner qu'ils sont contents de se débarrasser de la gestion du budget ménager. Aussi bien, ajoutent-ils, il est bon pour tout le monde que les choses se passent ainsi, le mari est absent dans la journée, c'est la femme qui est à la maison, c'est elle, qui fait les courses, les achats, il est donc tout naturel que ce soit elle qui centralise les revenus. Cela est senti comme un contrat synallagmatique; et la preuve en est que l'inobservation du contrat de la part soit du mari, soit de la femme, justifiera une rupture, justifiera l'un des époux à se séparer de l'autre. Dans les moeurs ouvrières, on admettra assez facilement que, soit le fait par le

mari de ne pas remettre intégralement son salaire à la femme, soit le fait pour la femme de gaspiller le salaire que le mari lui remet, est une cause qui justifie moralement la séparation de fait. On peut moralement se quitter en toute conscience si l'un des époux, d'une manière persistante, agit de la sorte à l'égard de cette coutume, qui la détourne de son sens contractuel, de son sens conventionnel. Il faut dire, et l'explication est donnée par les intéressés, que, par delà l'attitude concernant les salaires eux-mêmes, on peut conjecturer une attitude moralement plus répréhensible encore. La présomption est que, si le mari ne remet pas l'intégralité de sa paye à la femme, c'est qu'il a quelque passion secrète et inavouable et, réciproquement, si la femme n'arrive pas à faire face à tous les besoins du ménage avec les salaires du mari, c'est qu'apparemment elle aussi détourne une partie des salaires pour des buts qu'elle ne saurait avouer; dans dans les deux cas, il y a un ébranlement profond du lien conjugal, bien plus grave que ce manquement relatif au salaire, et c'est cet ébranlement profond du lien conjugal qui justifie, dans cette éthique, la séparation de fait.

II - Interprétation du phénomène -

L'interprétation du phénomène peut être cherchée dans deux directions opposées. La plupart des sociologues y ont vu, une contradiction diamétrale au système matrimonial du Code Civil. Ils ont vu, dans cette coutume ouvrière, une affirmation de l'indépendance de la femme, et même une affirmation de sa prépondérance dans le couple, ce qui constituerait un renversement du modèle institué par le Code Civil. La famille ouvrière, ajoutent les sociologues contemporains, est ici comme sur d'autres points une image de l'avenir; c'est là une interprétation générale que certains sociologues à tendance, pourrait-on dire ouvriériste, donnent de la famille ouvrière moderne. Elle est plus débarrassée des préjugés, des survivances archaïques, des restes de la famille patriarcale; elle préfigure ce que sera, dans un avenir plus ou moins proche, la famille française en général.

Nous aurions, donc ici, à travers la famille ouvrière, un modèle de la famille française de l'avenir dans un âge industriel devenu pleinement conscient de lui-même : cette famille de l'avenir sera une famille à prépondérance féminine. Cette coutume constituerait une espèce de régime matrimonial diagonal, qui traverserait le régime légal, le régime de communauté tel que l'a institué le Code Civil et qui le neutraliserait pour les ménages prolétariens.

L'objection que l'on peut faire à cette interprétation, c'est précisément cette remarque d'ordre historique, que nous avons faite tout à l'heure, à savoir l'ancienneté du phénomène. La pratique dont il s'agit nous est attestée d'une manière certaine au moins dès le milieu du siècle dernier. On pourrait, il est vrai, répli-

quer que cette époque, le Second Empire, représente la première apparition de l'industrie et qu'en conséquence il n'est pas étonnant de voir le phénomène dont il s'agit apparaître en France avec l'industrie. Seulement il y a lieu de noter que ce n'est pas dans la grande industrie que le phénomène nous est signalé, mais dans les corporations traditionnelles : chez les Charpentiers de Paris. Notre esprit est orienté vers une tradition ouvrière plus ancienne encore que le XIXe siècle et non pas vers la naissance de la grande industrie. On est alors amené à se demander si, à l'opposé de l'interprétation que nous venons d'examiner, ce n'est pas une intégration de cette pratique ouvrière au système du Code Civil qu'il faudrait envisager; si en réalité cette coutume, loin d'être en opposition diamétrale avec le régime matrimonial du Code Civil, n'y trouve pas sa place, si elle ne constitue pas simplement un aspect de ce régime matrimonial, envisagé dans son fonctionnement quotidien, et non plus dans sa théorie juridique.

Quand je parle d'une intégration au système du Code Civil, je ne veux pas, d'ailleurs, faire allusion à une tentative d'intégration artificielle qui a eu lieu en 1907. Le législateur français n'ignorait pas la pratique de la remise de la paye quand il a élaboré la loi du 13 Juillet 1907. On peut apercevoir une tentative pour mettre cette pratique en forme juridique dans l'institution de la saisie-arrêt particulière entre époux. Cette saisie-arrêt entre époux est une voie d'exécution spécifique qui se trouve aujourd'hui réglementée par incorporation de la loi de 1907 dans l'article 864 du Code de Procédure Civile. En vertu de ce texte, chacun des époux peut se faire autoriser par le juge d'instance à saisir-arrêter les salaires ou une portion des salaires de l'autre époux. C'est là d'ailleurs, une bilatéralité de façade, c'est une loi qui ne fonctionnera pas ou rarement, au profit du mari.

La signification de la saisie-arrêt, au conjoint saisi-arrêté et au tiers saisi (c'est-à-dire au patron, débiteur des salaires) vaut, d'après les termes de la loi, attribution au bénéficiaire des sommes saisies-arrêtées. Il y a là, tous les commentateurs de la loi de 1907 l'ont observé, une idée d'affectation des salaires des époux aux besoins du ménage. Dès lors que la saisie-arrêt, a été signifié aux deux intéressés, il y a en quelque sorte une attribution à la femme, des salaires qui sont dûs au mari. Il existe ici un essai de mise en forme juridique de la pratique coutumière qui préexistait à la loi de 1907. C'est une consécration de cette coutume pour le cas où elle ne serait pas spontanément observée par le mari.

Cette saisie-arrêt entre époux n'a reçu depuis 1907 qu'une assez rare application pratique. L'observation n'est pas sans intérêt sociologique, car elle nous donne à conjecturer que la coutume infra-juridique, que la coutume ouvrière, qui préexistait à la loi, fonctionne parfaitement, par ses seules forces sans que les

femmes aient besoin de recourir à cet appareil juridique, à la vérité toujours un peu lourd, de la saisie-arrêt. Mais quand je m'interroge si la remise de la paye au mari ne s'intègre pas au droit matrimonial, le plus classique, c'est une question plus profonde que je me pose: dans la coutume, que nous venons d'étudier, existe-t-il plus que l'institution juridique du mandat domestique de la femme mariée? Cette coutume ouvrière à laquelle les sociologues ont prêté une certaine autonomie, est-elle autre chose qu'un aspect (qui s'est détaché et est entré dans le champ de vision des sociologues) du mandat domestique faisant partie intégrante du droit positif?

L'institution du mandat domestique est restée jurisprudentielle pendant tout le XIXe siècle. Jusqu'à la loi de 1942, il n'y avait dans le Code Civil que des allusions sur lesquelles la jurisprudence avait bâti le mandat domestique de la femme mariée, en reprenant, du reste une tradition ininterrompue qui remontait au Moyen-Age. La loi de 1942 a consacré cette jurisprudence en l'insérant dans l'article 220 actuel du Code Civil.

Nous sommes en présence d'une institution très ancienne, très générale dans toute la civilisation de l'Europe Occidentale. Notamment dans les pays germaniques, c'est ce qu'on a appelé le Pouvoir des Clefs de la femme. Cette expression évoque assez une prépondérance féminine, une prépondérance de l'épouse dans le foyer mais, une prépondérance spécialisée dans un certain domaine qui serait le royaume de la femme. De sorte que, l'esprit est orienté vers une idée non pas de prédominance générale de la femme dans le couple, comme le supposeraient les sociologues d'aujourd'hui, mais plutôt vers l'idée traditionnelle de répartition des fonctions et de division du travail. Nous serions, en d'autres termes, ramenés vers la théorie de l'altérité, non point vers celle de l'indépendance, encore moins de la prépondérance féminine.

A cet égard, deux traits de la pratique coutumière considérée pourraient être révélateurs. D'abord nous constatons, à travers les descriptions sociologiques, que la remise des salaires par le mari à la femme est, normalement, une remise volontaire. C'est le mari qui, spontanément, toutes les semaines ou tous les mois, remet sa paye à l'épouse. Ceci nous paraît évoquer le mécanisme du mandat domestique, suivant les descriptions qu'en donnaient les juristes et qu'en donne aujourd'hui l'article 220. La femme, dit le texte actuel, a le pouvoir d'employer, pour cet objet (les dépenses du ménage) les fonds que le mari laisse entre ses mains.

La coutume n'a jamais donné à la femme le droit d'aller réclamer directement les salaires à un employeur, c'est assez significatif. Nous avons constaté tout à l'heure l'échec de la pratique patronale que nous signalait LE PLAY, nous avons relevé de même l'ineffectivité de la saisie-arrêt entre époux. Ce que la coutume

semble vouloir, c'est une remise périodique volontaire par le mari à la femme.

On peut remarquer, d'ailleurs, et à l'inverse que, dans le mandat domestique, tel que le décrivent les juristes, il peut ne pas y avoir toujours volonté. A la vérité, l'institution juridique et la pratique coutumière tendent à se rejoindre dans un mélange de volonté de la part du mari et de contrainte à son égard.

La femme, si le mari ne lui remet pas les fonds pour faire face aux dépenses du ménage, a le pouvoir de faire des achats à crédit, et les fournisseurs auront alors une action directe contre le **ma-**ri. C'est même de là que l'institution tire, dans la conception française, son appellation de mandat domestique. Il y a là essentiellement un mécanisme de représentation: la femme a le pouvoir de contracter, auprès des fournisseurs, des dettes qui seront obligatoires pour le mari. Elle a donc un pouvoir de contrainte indirect. Mais tout ceci se passe, entre le mari et la femme. Il n'y a pas d'action contre l'employeur.

Le deuxième trait qu'il faut relever dans la pratique coutumière est que la remise des salaires à la femme est toujours conditionnée, suivant les descriptions des sociologues, par l'emploi de ces salaires aux besoins du ménage. C'est un point fondamental: le mari remet ses salaires, mais à condition qu'ils soient employés aux besoins du ménage, sinon la femme n'a plus aucun droit. Ici encore nous retrouvons l'idée du mandat domestique. Le mandat domestique n'existe que dans la mesure où la femme, contracte des dettes pour les besoins du ménage. Si les dettes de la femme ne sont pas justifiées par ces besoins ou, si la femme dilapide des fonds que le mari lui a remis volontairement, on n'est plus dans les termes du mandat domestique.

Il semble donc bien que la pratique coutumière rejoint l'institution juridique du mandat domestique. Elle pourrait bien, être, au fond, que l'application du mandat domestique, dans un ménage où le salaire du mari constitue la seule source de revenus, et où ce revenu doit être intégralement dépensé pour les besoins quotidiens du ménage. Il n'y aurait rien de plus et la pratique coutumière loin de contredire à l'institution juridique **du régime matrimonial**, s'intégrerait en elle.

Ce qui fortifierait cette interprétation, c'est une observation que les sociologues eux-mêmes ont faite : cette remise des salaires à la femme, à charge pour celle-ci de faire face aux besoins du ménage, dans l'esprit même des intéressés ouvriers, ne **concerne** pas toutes les sortes de besoins du ménage. Il est **des dépenses** du ménage pour lesquelles la majorité, tout au moins, **des enquêtes** considère que la coutume **n'a pas à fonctionner**, que **c'est au mari** de conserver les fonds qui sont nécessaires **pour payer**.

Les intéressés eux-mêmes, même dans les milieux ouvriers, font la distinction entre les dépenses courantes et les grosses dépenses, ou encore le paiement du loyer, et des impôts (l'impôt est quelque-chose d'essentiellement masculin); il en est également ainsi des dépenses d'assurances et des dépenses relatives aux véhicules (autos ou motocyclettes, instruments que l'on considère comme étant l'affaire de l'homme).

Nous trouvons, dans l'enquête précitée de M. CHOMBART DE LAUWE, une ventilation entre ces différents postes de dépenses. Entre autres pourcentages nous pouvons relever les pourcentages relatifs aux milieux ouvriers, par conséquent au milieu qui, de l'avis général, serait le siège par excellence de la coutume de la remise de la paye. Dans ces milieux, en ce qui concerne les dépenses courantes, c'est-à-dire des dépenses qui, d'un point de vue juridique, sont indubitablement couvertes par le mandat domestique, 91% des ouvriers considèrent que c'est l'affaire de la femme de les régler, 6% sont d'avis que les deux ont compétence pour s'en occuper de ces dépenses, mais l'immense majorité, comme on le voit, fait jouer la coutume ouvrière étudiée. Au contraire, quand il s'agit de ce que l'enquête appelle des grosses dépenses, il n'y en a plus que 35% qui sont d'avis que c'est à la femme de s'en occuper, 14% sont d'avis que c'est à l'homme seul et 48% que c'est aux deux ensembles. Pour les loyers, nous constatons également une diminution du pourcentage. Il n'y a plus que 56% des enquêtés qui sont d'avis que c'est de la compétence exclusive de la femme, 24% sont d'avis que c'est de la compétence des deux époux et 18% que c'est de la compétence du mari. Pour les impôts et assurances, les pourcentages sont les suivants : 40% à la femme, 35% au mari, 22% aux deux époux conjointement. Par conséquent il y a des nuances importantes suivant les postes de dépenses, et ces nuances corroborent l'idée qu'il s'agirait d'une application du mandat domestique parce que le champ d'application de ce mandat est essentiellement le poste des dépenses courantes, le seul pour lequel nous trouvons une quasi-unanimité révélatrice de la notion de coutume.

Il y aurait à la vérité un test, pour résoudre ce problème d'interprétation, mais le point est laissé dans l'ombre par les enquêtes. Si des économies sont réalisées sur les dépenses du ménage à qui reviennent-elles? par qui seront-elles gérées? vont-elles constituer, - ce qui est une hypothèse, - une sorte de caisse noire pour la femme, cette dernière en aura-t-elle indéfiniment la gestion exclusive, au contraire, la femme considérera-t-elle qu'elle en doit compte au mari, si bien qu'on réintégrera le régime matrimonial. Le point aurait une importance décisive mais, nous n'avons pas de réponse chez les sociologues à ce sujet. L'enquête, devrait être menée dans cette direction afin de résoudre le problème d'interprétation qui nous paraît très important pour une juste appréciation de cette pratique.

C - L'INEFFECTIVITE DE NATURE AGONALE.

Il y a en effet des cas où l'ineffectivité de la règle juridique de prépondérance maritale n'est ni le résultat d'un acte de volonté du mari, d'un abandon gracieux de sa part, ni le résultat d'une coutume, qui s'imposerait à lui du dehors (tout au moins selon l'interprétation des sociologues. Dans ce troisième type de phénomène d'ineffectivité, nous avons affaire à la conclusion incertaine d'un débat, au sens quasi économique du terme, d'une lutte entre les forces (lato sensu) des deux membres du couple.

Suivant le rapport des forces, c'est le mari qui prédominera et nous assisterons à l'ineffectivité du système juridique traditionnel ou bien ce sera la femme qui l'emportera et nous constaterons un renversement de ce système, son ineffectivité. L'autorité familiale appartient, de ce point de vue, à qui détient la force au sens large du terme. C'est ce qui explique qu'il y ait toujours eu des ménages à prépondérance féminine dans notre société moderne. Sans doute ces ménages sont-ils considérés, et cet état de l'opinion publique doit-être sociologiquement relevé, comme anormaux, comme s'écartant d'une norme qui n'est pas seulement la norme juridique, mais qui doit être la norme des mœurs. Néanmoins le phénomène a une certaine fréquence. Il est signalé ou plutôt souligné, stigmatisé, à l'occasion par le folklore. Il y a dans le droit folklorique, des réactions de la collectivité contre le mari, qui se laisse mener par sa femme, preuve que ce phénomène d'ineffectivité de la règle de droit coïncidant avec l'ineffectivité d'une règle de mœurs,- est considéré par l'opinion publique - dans le droit folklorique est l'émanation,- comme un phénomène anormal.

De nos jours, ce phénomène d'altération du système juridique et aussi du système de mœurs en matière d'autorité familiale, a été étudié aux Etats-Unis. Il l'a été, au contraire, à ce qu'il semble, très peu en France.

Ce qui caractérise le phénomène, c'est que l'on ne sait pas d'avance quel est celui des deux dans le couple qui l'emportera, qui prédominera, qui aura l'autorité. C'est affaire de force, mais que faut-il entendre ici par force ? Cette notion est complexe, et elle doit être regardée comme un faisceau de plusieurs éléments. La force physique peut jouer un rôle et, à ce point de vue là, la maladie de l'homme peut avoir ses effets, mais il faut également tenir compte de la force morale, psychologique : l'autorité "se prend" dans les ménages comme dans les Etats. Enfin et surtout, et c'est peut-être là l'apport le plus intéressant des études des sociologues américains, la force peut-être constituée par des éléments économiques au sens large. Il faudrait peut-être dire économique et professionnel, sans entendre le mot économique dans un sens exclusivement pécuniaire. Il serait même préférable,

pour rendre raison des résultats des recherches américaines, de comprendre ici le rapport de force, en termes de réussite et d'échec. Plus le prestige de la profession du mari est grand, plus sa réussite professionnelle est grande, plus sa voix sera forte dans les décisions conjugales. Le point est couramment admis par les sociologues américains et la contre-épreuve est facile. Une situation d'échec, où le mari se trouvera jeté, sera la ruine de l'autorité que le droit ou les moeurs entendent lui donner. Ainsi, dans un ménage ouvrier, si le mari tombe en chômage, beaucoup d'enquêtes relèvent que son autorité est progressivement entamée, qu'elle finit même, si la situation se prolonge, par se perdre complètement. Ceci ne concerne pas, d'ailleurs, uniquement les rapports à l'intérieur du couple mais également les rapports entre parents et enfants.

Les sociologues américains constatent que, dans les familles à bas revenu et notamment dans le prolétariat des noirs dont ils font une de leurs études de prédilection, la prépondérance de la femme est fréquente, parce que, précisément, le mari y est presque par nature dans une position d'échec. On pourrait voir là, du reste, une cause seconde qui favoriserait la coutume précédemment étudiée, de remise de la paye au mari, dans la mesure où elle refléterait une certaine prépondérance féminine : la diffusion de cette coutume, dans le milieu ouvrier, pourra être pour partie, liée à une fréquence de la situation d'échec du mari; mais ce n'est là qu'une remarque que je fais en passant.

Les sociologues américains notent, d'ailleurs, que les femmes qui exercent le pouvoir dans ces familles à bas revenus, expriment un état général de mécontentement, parce qu'elles ont un mari incapable. C'est donc bien la situation d'échec qui est à l'origine de cette autorité prise par la femme. Plus que la pauvreté, l'échec est déterminant et l'on pourra constater des phénomènes du même type, des phénomènes d'ineffectivité de la règle de moeurs, même dans des ménages bourgeois. Un cas littéraire, "Madame BOVARY" est à citer ici. L'autorité de Monsieur BOVARY a été complètement ruinée - elle n'était peut-être pas grande auparavant, mais elle a été coulée définitivement par l'échec professionnel qu'il a rencontré lorsqu'il a voulu tenter, médiocre officier de santé, de faire une opération chirurgicale sensationnelle sur un malheureux pied-bot qu'il a achevé d'estropier. A partir de ce moment-là, Madame BOVARY a renoué ses relations adultères antérieures. L'échec du mari a été la ruine psychologique du couple. Par conséquent plus que la condition prolétarienne, c'est la situation d'échec qui est décisive.

§ 3 - ACCORD DE L'OPINION PUBLIQUE AVEC LE DROIT POSITIF.

Nous partons toujours d'un droit positif dans lequel nous mettons

l'accent sur la prépondérance masculine. Comment l'accord ou le désaccord de l'opinion publique avec le droit positif ainsi interprété peut-il être mesuré? La réponse qui vient immédiatement à l'esprit, est que la mesure de cet accord, ou le désaccord, doit-être faite par une enquête d'opinion, qui sera menée puisqu'il s'agit d'atteindre l'opinion publique dans sa généralité- non pas auprès des professionnels du droit, mais en milieu non technicien, intéressé à la question-, c'est-à-dire en milieu de non techniciens mariés, ou tout au moins mariables.

Seulement les questions directes dans ce domaine sont assez difficiles.

D'abord parce qu'il s'agira de décrire à des non-techniciens un système juridique que nous savons d'avance être complexe et ambigu. Il est par conséquent assez compliqué de faire saisir à des non-juristes l'exacte position de ce schéma juridique.

Une autre difficulté réside en ce que les questions posées mettent en cause le quant-à-soi des enquêtés, surtout s'ils sont mariés. C'est pourquoi des questions indirectes, portant sur des points qui ne touchent pas immédiatement le quant à soi de l'individu, la susceptibilité des maris ou des femmes, peuvent être plus propres à révéler les attitudes des intéressés et leur opinion sur le problème fondamental.

Nous nous servons, à titre d'exemple, de modèles de ce qui pourrait être fait dans cette direction, de l'enquête de M. CHOMBART DE LAUWE. Cette enquête est relative à la Femme dans la Société, à l'image de la femme dans les différents milieux sociaux. L'enquête a été poursuivie, dans ces dernières années, sur 180 familles de la région Parisienne - 60 familles ouvrières (dont le père était un ouvrier), 60 familles du milieu aisé (dont la moitié habitait le quartier du Champ de Mars) et 60 familles intermédiaires, notamment de petits commerçants du XIIIème arrondissement mais les ouvriers avaient été également sélectionnés dans le XIIIème arrondissement et dans les cités nouvelles de Villejuif. Les questions étaient posées dans chaque ménage distinctement au mari et à la femme.

Trois tableaux fournis par cette enquête pourront nous donner des renseignements intéressants. M. CHOMBART DE LAUWE a poursuivi son enquête avec des vues différentes des nôtres, mais certaines des questions posées par lui peuvent comporter des réponses révélatrices.

- Premier Tableau = Première question, que pensez-vous de l'inégalité des salaires entre hommes et femmes.

Cette inégalité, cette supériorité du salaire masculin sur le

féminin, à travail égal, peut-être considérée comme une sorte de symbole des prérogatives masculines. Le jugement porté par les enquêtés, sur cette inégalité, peut donc nous ouvrir leur subconscient au sujet de l'égalité entre les sexes et par voie de conséquence, au sujet de l'égalité du mari et de la femme dans le couple. Certaines motivations données par quelques-uns des enquêtés justifient l'inégalité. La femme d'un ouvrier par exemple répond, que cette inégalité est nécessaire pour le prestige des hommes. D'autres disent : Il est bon que l'homme gagne la vie pour deux, donc il faut qu'il gagne plus que la femme. Dans les milieux aisés, on trouve cette réponse: s'il n'en était pas ainsi, toutes les femmes voudraient travailler hors de chez elles. Mais, et c'est sur ce point qu'il faut insister, la très grande majorité des enquêtés condamne l'inégalité des salaires entre hommes et femmes, dans les milieux ouvriers par 92% des voix, dans la catégorie intermédiaire par 90% et dans le milieu aisé par 80%. A signaler que, dans le milieu aisé 30% des femmes jugent l'inégalité souhaitable pour empêcher précisément les femmes de travailler hors de chez elles trop souvent, mais, ce n'est qu'une minorité, même dans ce milieu, qu'on pouvait juger le moins défavorable à une

inégalité des salaires entre hommes et femmes. Les réponses égalitaires, à tendance égalitaires, sont donc très nombreuses sur cette première question. C'est même là que nous les trouvons les plus nombreuses. Les causes de cette quasi unanimité sont assez faciles à conjecturer. Ici, l'inégalité est très voyante, elle est mathématique, et surtout les enquêtes ne se sentent pas concernés par le rétablissement de l'égalité, qui est à la charge des employeurs.

- Deuxième Tableau = Deuxième question : Préférez-vous être dans votre travail sous la direction d'un homme ou d'une femme ?

Des attitudes inégalitaires vont se dégager dans les réponses. 80% des hommes refusent le commandement féminin, et d'ailleurs 58% des femmes le refusent aussi. Les motivations sont celles que l'on pourrait deviner. Les hommes disent par exemple : la femme manque d'esprit de synthèse, elle manque d'autorité (on remarquera qu'ils ne détestent pas obéir à un chef autoritaire, puisqu'ils ne veulent pas d'autre part être placés sous un commandement féminin). Il en est peu qui invoquent l'honneur masculin. Chez les femmes, la réponse donnée assez fréquemment, est que les femmes sont très autoritaires. Par conséquent, les motivations se neutralisent.

Troisième Tableau = Troisième question : Le principe du travail professionnel féminin vous paraît-il bon ou mauvais ?

La question est indirecte, il s'agit de savoir si la femme, la

femme mariée, doit travailler, s'il est souhaitable qu'elle travaille hors de son foyer. La question est indirecte mais elle touche, très au vif, les sentiments de chacun dans le couple, et elle peut révéler d'une façon probante des tendances inconscientes sur le problème de l'égalité entre hommes et femmes à l'intérieur du couple.

Le travail de la femme au dehors, peut manifester et accroître son indépendance. Il peut détruire l'image traditionnelle de la femme, l'épouse spécialisée dans les tâches proprement domestiques, l'épouse qui attend le retour de l'époux, la mère au foyer. Ce sont des images traditionnelles, idéales, et le principe du travail professionnel féminin vient ruiner ces images. D'autre part, sur l'éventail politique français, on peut dire qu'il y a en gros des positions : les partis conservateurs, au sens général du terme seraient plutôt, semble-t-il défavorables au travail professionnel de la femme. Les partis avancés, y seraient plutôt favorable : parfois, pour des motifs économiques (c'est un moyen d'accroître la production) mais, plus souvent pour des motifs idéologiques (c'est une manière d'assurer et d'affirmer l'émancipation de la femme, de réaliser l'égalité dans le couple ; la camaraderie qui doit réaliser cette égalité ne peut-être atteinte qu'à travers un travail professionnel de la femme). L'enquête de CHOMBART DE LAUWE, comportait une question à ce sujet. Il convient de faire une remarque à cet égard. Il y a une variable très importante qui pourrait intervenir et influencer les réponses, mais l'enquête précitée ne pouvait pas se charger de la complication d'une telle question subsidiaire : savoir si les enquêtés ont des enfants et de quel sexe.

Il est certain que les projets, les rêves d'avenir que les parents, surtout le mari peut-être, peuvent nourrir au sujet de leurs filles sont propres à influencer les réponses qu'ils donneront sur le travail de la femme. Les attitudes à l'égard du travail de la femme peuvent n'être pas les mêmes suivant que l'on a uniquement des garçons ou des garçons et des filles ou seulement des filles, et que l'on songe plus ou moins à leur avenir. Mais encore une fois il ne pouvait pas être question de compliquer outre mesure l'enquête.

Les résultats les plus généraux sont les suivants :

En ce qui concerne le travail professionnel féminin en général, les hommes se prononcent pour, par 26% des suffrages, et les femmes se prononcent pour, par 56% des suffrages.

Du côté contre nous trouvons : hommes 56%, femmes 26%. On est frappé de la parfaite inversion.

En conséquence, les hommes se répartissent ainsi dans leurs réponses :

Pour le travail professionnel féminin : 26 %
Contre le " " " : 56 %

et les femmes :

pour le travail professionnel féminin : 56 %
contre le " " " : 26 %

(Nous n'atteignons pas 100 % mais, comme dans toutes les d'opinion, il y a des non-réponses).

Une question secondaire subsidiaire concernant d'une façon plus précise le travail d'une femme mariée sans enfant, situation qui sera jugée plus favorable en gros au travail professionnel féminin est également à relever. En effet les pourcentages ne seront pas les mêmes : les hommes sont pour, à 66 %

contre, à 24 %

les femmes sont pour, à 83 %

contre, à 13 %

Si maintenant, nous ventilons ces réponses par catégories professionnelles, nous obtenons les pourcentages suivants d'hostilité au travail féminin :

Dans la catégorie ouvrière, 65 % des hommes, 27 % des femmes.

Dans la catégorie dite intermédiaire : 55 % des hommes, 18% des femmes.

Dans la catégorie aisée : 48% des hommes, 35 % des femmes.

Nous pouvons faire sur ces tableaux des remarques d'ordre général, sociologiquement intéressantes. D'abord sur la question la plus générale, sur le principe du travail professionnel féminin sans spécification, on ne peut pas ne pas être frappé par l'antagonisme de position des deux sexes. Le pourcentage des pour et des contre est exactement le même suivant que l'on passe des hommes aux femmes. On s'attendrait, par ailleurs d'après la position d'ensemble que l'on peut attribuer aux partis politiques français, à trouver un fort pourcentage d'hommes favorables au travail féminin, dans les milieux que l'on considère, au moins par impression superficielle comme liés aux partis les plus avancés, savoir dans la catégorie des ouvriers. Or, on trouve 65% d'ouvriers qui sont contre le travail féminin. Inversement, dans les milieux aisés, que l'on considère (toujours d'une manière superficielle) comme fournissant la clientèle des partis conservateurs, on s'attendrait à trouver une hostilité de principe au travail féminin; on y trouve au contraire le plus fort pourcentage favorable au travail féminin, 48 %.

On relève également que l'antagonisme entre les deux sexes est plus accentué dans le milieu ouvrier, 65 % et 27%, que dans le milieu aisé, 48% et 35%. Il y a plus d'homogénéité d'opinion entre mari et femme dans le milieu aisé que dans le milieu ouvrier. Il faut tenir compte, pour interpréter ces résultats, qu'une certaine élévation dans la hiérarchie sociale donne une plus grande ouverture au pour et contre et peut-être un plus grand détachement à l'égard des questions, un esprit moins passionné dans les réponses, un plus grand scepticisme aussi. En outre il se peut qu'un certain nombre d'enquêtés de la catégorie aisée soient des industriels, et qu'ils ne soient pas fâchés de mettre la femme au travail pour augmenter la production. On peut ajouter à cela que, peut-être, quand on leur pose une question sur le travail professionnel féminin, les ouvriers et les bourgeois du Champ de Mars ne pensent pas à la même profession. L'ouvrier pense à une profession pénible, à horaires astreignants, qui écarte la femme du foyer, tandis que le bourgeois du Champ de Mars pense à une profession semi-libérale avec des horaires souples, une profession qui peut-être exercée à domicile peut-être et qui ne contrarie pas la vocation féminine et maternelle de la femme. Là, encore, il y a matière à interprétation.

Les motivations qui sont données par les enquêtes à l'appui des réponses brutes permettent de se rendre mieux compte de la portée des attitudes de l'Opinion Publique à l'égard du travail professionnel féminin.

Le travail professionnel de la femme, dans ces motivations, est jugé plutôt en fonction du rôle traditionnel de la femme au foyer, qu'en fonction du rôle que l'on pourrait attendre d'elle dans l'exercice d'un métier.

On pourrait concevoir que les prises de position aient lieu autour de l'idée suivante. Le travail professionnel de la femme, est-il ou n'est-il pas, - un moyen pour la femme de s'accomplir elle-même et d'épanouir sa personnalité? Or, ce n'est pas ainsi que les réponses paraissent être motivées, mais plutôt en fonction du trouble, que le travail professionnel de la femme et l'absence qui en résultera, pourra provoquer à l'intérieur du couple, et plus largement de la famille. De là, cette opposition très généralisée, que rencontre le travail professionnel de la femme, quand il s'agit d'une femme qui a des enfants très jeunes. Inversement, la plus grande indulgence qui se fait jour lorsqu'il s'agit d'une femme qui n'a pas d'enfant, ou du moins qui n'a pas d'enfant en âge de requérir ses soins personnels.

Sans doute, on peut dire que chez les ouvrières, - et peut-être même dans la catégorie intermédiaire, - le poids de la contrainte économique qui pèse sur la vie de chaque jour, empêche les intéressées de considérer les aspects psychologiques de la vie per-

sonnelle de la femme : dans un certain état de pauvreté, on ne peut pas faire du raffinement psychologique.

Cependant, un peu partout, - et c'est également l'impression des enquêteurs, - il semble que les positions soient surtout liées à des modèles traditionnels, à des images traditionnelles de la femme. La femme doit être douce, accueillante, maternelle, dévouée par conséquent, sa place est au foyer.

Ce qui le montre, c'est que dans le détail, le travail professionnel de la femme sera jugé plus favorablement s'il s'agit d'un travail considéré par l'opinion publique, comme étant spécifiquement féminin et permettant à la femme de développer ses qualités maternelles.

Ce qui le montre encore, suivant la remarque de M. CHOMBART DE LAUWE, c'est que les femmes (et c'est la majorité) qui se déclarent favorables au principe du travail professionnel, se justifieront en mettant l'accent sur le bien-être matériel que le salaire supplémentaire permettra d'apporter au foyer, si bien qu'elles restent cohérentes avec l'image traditionnelle de la famille. Elles n'invoquent pas l'épanouissement de la personnalité, les joies, d'une profession indépendante. C'est donc toujours l'image du dévouement, l'image de la maternité qui reparaît sous les justifications.

Ainsi, on constate un décalage entre la réalité sociologique, qu'impose souvent, dans les faits, le travail de la femme, et l'image idéale de la famille qui continue à exclure le travail de la femme. On peut se demander si ce n'est pas là une constante dans la sociologie de la famille, qu'un certain retard des images psychologiques par rapport à la réalité sociologique.

Certains indices en faveur de cette constance pourraient être cités par exemple, dans un cahier récent de la Revue Internationale des Sciences Sociales, que publie l'U.N.E.S.C.O., volume 14-, - 1962. Nous trouvons une série d'articles sous la rubrique générale : "changements dans les structures familiales"; il y a là des études émanant de chercheurs, de sociologues de différents pays.

Le sociologue japonais relève que dans son pays, tandis que les mœurs sont déjà modernisées, tandis que la famille japonaise obéit, dans la réalité, à certaines normes de la famille de l'âge industriel, l'image, l'idéologie prédominante continue à être celle de la famille "féodaliste", patriarcale.

De ce décalage, de ce retard de l'image sur la réalité, l'interprétation est, d'ailleurs, délicate.

La plupart des sociologues considèrent, que l'image, n'est qu'un

phénomène psychique, qui peut sans doute avoir un certain effet de ralentissement sur l'évolution, mais qui est appelé à être emporté rapidement. Une autre interprétation serait concevable: la perspective de l'image traditionnelle, serait le signe qu'une réaction reste toujours possible, et de cette réaction nous avons - dans le même cahier de la Revue Internationale des Sciences Sociales - des exemples. On peut citer notamment l'étude du sociologue israélien qui a apporté sa contribution au volume. Cette étude porte sur la famille dans les kibboutzim; où l'on avait voulu, détacher le plus possible les individus, le couple, les enfants, des structures familiales traditionnelles.

Or, paraît-il, à la seconde génération, tout se passe comme si la famille était en train de se reconstituer sur les bases traditionnelles. Après une première génération qui avait suivi les normes du kibboutz - les normes socialistes, de très grand détachement à l'égard de la famille, on constate une réaction, parce que, sans doute, les images avaient survécu - ; on avait fait de grands efforts précisément, pour enlever la femme au foyer, et pour lui donner l'indépendance que l'on peut attacher au travail professionnel indépendant, mais voici que la division du travail entre homme et femme reparaît suivant les critères traditionnels. Les loisirs que l'on avait voulu collectifs, et non pas familiaux, sont de plus en plus intimes, domestiques. Si bien que, paraît-il, toujours d'après cet article, les dirigeants faisant de nécessité vertu, tâcheraient maintenant de se faire une alliée de la famille. Mais, ils ont conscience que c'est une alliée dangereuse; il y a tension entre la Société (la collectivité) et la famille.

Il y a donc des cas où la persistance des images peut être le signe avant-coureur d'une réaction. Peut-être n'est-il pas possible d'avoir une interprétation uniforme des décalages que l'on constate entre l'idéologie et les faits.

CHAPITRE III

SOCIOLOGIE DES RAPPORTS PATRIMONIAUX

DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

SECTION Ière

SOCIOLOGIE DES REGIMES MATRIMONIAUX

Elle présente un vif intérêt, à l'heure actuelle, en raison du projet de réforme (provisoirement abandonné) des régimes matrimoniaux.

Nous retiendrons ici deux problèmes très généraux qui sont, du reste, en relation assez directe avec les projets de réforme actuellement en instance : le choix du régime matrimonial, et sa pratique.

§ 1 - LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL

Le législateur s'est préoccupé dans ses tentatives récentes, de déterminer un nouveau régime de droit commun, applicable à tous les couples qui se marieraient sans faire de contrat de mariage. Dans le dernier état de la procédure parlementaire, on avait décidé de substituer dans ce rôle de la communauté réduite aux acquêts à la communauté de meubles et d'acquêts. Dans une autre phase, on avait pensé à un régime, qui eut été tout à fait nouveau en France, le régime dit de participation aux acquêts.

Ce pourrait être un élément important d'information pour le législateur que de connaître d'une façon tant soit peu scientifique quelles sont, à ce sujet, les préférences des intéressés, c'est-à-dire des français mariés ou mariables. Choisir un nou-

veau régime de droit commun, c'est, en effet, essayer de déterminer quel est le régime matrimonial qui répond au voeu prépondérant dans la masse. Ne dit-on pas souvent que le régime matrimonial légal est le contrat de mariage tacite des époux, de même que la succession ab intestat est le testament tacite des défunts?

Par conséquent, il ne serait pas indifférent, à un législateur, en quête d'un nouveau régime matrimonial, de savoir quel est d'ores et déjà, l'orientation des préférences - ce qui pourrait être connu, soit par des enquêtes de fait; comment en fait, les époux qui font un contrat de mariage s'orientent-ils dans l'éventail qui leur est offert ? soit par des enquêtes d'opinion - quel est le régime matrimonial répondant le mieux à l'état de l'opinion publique française ?

A - LES ENQUETES DE FAIT

Ce qui serait plus désirable en l'espèce, ce serait mieux qu'une enquête, une statistique des régimes matrimoniaux, de la répartition des mariages entre les différents régimes matrimoniaux qui s'offrent au choix des époux.

Il ne serait pas impossible d'établir une pareille statistique, puisqu'il suffirait de faire apparaître le nombre des contrats de mariage. Or, ces contrats sont des actes notariés, obligatoirement enregistrés. Par l'intermédiaire de l'administration de l'Enregistrement, il serait au pouvoir de l'Etat de dresser une statistique des régimes matrimoniaux faisant connaître le nombre des contrats de mariage et la répartition de ces contrats entre les différents types.

Cela a déjà eu lieu en 1898; nous avons eu une statistique du régime matrimonial et elle a été publiée au Bulletin des Statistiques de 1899, page 140 et suivantes.

Il y eut pour cette année là, sur 287.000 mariages, 82.000 contrats de mariage. Par conséquent, les 2/7 des couples faisaient un contrat de mariage. Il y avait 68.000 contrats adoptant la Communauté, 10.000 contrats adoptant le régime dotal; 2.000 adoptant le régime de la Séparation de Biens - dont 458 dans le seul département de la Seine, 1694 adoptant le régime sans communauté.

Cette statistique avait permis de constater que le régime dotal restait toujours localisé dans le Midi de la France, alors que quelques commentateurs avaient, par impression fondée sur des cas contentieux, soutenu qu'il était en train d'envahir les anciens pays de coutumes.

Il faut noter une certaine faiblesse de la statistique de l'Enregistrement, faiblesse qui se retrouverait probablement si le

gouvernement prenait aujourd'hui l'initiative d'une enquête analogue. L'Enregistrement ne peut pas entrer dans une analyse détaillée des contrats. S'il met trop rapidement une étiquette sur les contrats de mariage qui lui sont présentés, il peut y commettre des erreurs. Notamment, il est probable qu'un certain nombre des 10.000 régimes dotaux auraient dû, en bonne sociologie juridique, être imputés au régime de séparation de biens, parce que c'étaient des régimes dotaux sans dot (séparation de biens, habillée simplement à la mode du Midi).

Cette statistique de 1898 reste intéressante, mais elle est extrêmement ancienne. Pour l'époque contemporain;), nous en sommes réduits à des impressions de notaires, et assez largement, ces impressions nous indiquent qu'il y a un recul - peut-être même un effondrement du régime dotal - dans les provinces où jadis il était, sinon prépondérant, du moins largement répandu; dans le Midi, il est en voie d'extinction.

En dehors de ces impressions, nous avons quelques sondages très fragmentaires, qui ont été élaborés par des praticiens (en dehors d'ailleurs des bases d'un véritable sondage scientifique).

a - Le sondage de Me Grimaud, notaire à Limoges; ce sondage a été publié dans le Recueil des Actes du 52^e Congrès des Notaires de France, 1953-

Par une méthode qu'il n'indique pas, Me Grimaud a établi en pourcentage le rapport des contrats de mariage aux mariages dans un certain nombre de villes de tailles différentes, en se référant à trois périodes : 1852, 1902, 1952.

Pour certaines villes - Lille, par exemple - il constate une légère montée des contrats de mariage, mais le plus souvent, il constate des baisses et même parfois des effondrements.

Pour les trois périodes : 1852, 1902, 1952, on trouve les chiffres suivants :

Limoges	: 28, 15, 12
Bordeaux	: 60, 25, 25
Cognac	: 83, 28, 15
Poissy	: 35, 20, 20
Magnac-Laval	: 70, 70, 37
(Hte Vienne)	

Les impressions personnelles des notaires sont dans le même sens. Il s'est produit une diminution très marquée du nombre des contrats de mariage depuis le siècle dernier. Corrélativement, une augmentation du nombre des communautés de meubles et d'acquêts.

Les raisons que Me Grimaud relève, d'après son expérience, sont variées, mais vraisemblables.

On peut mettre en tête la crainte du fisc. Le contrat de mariage paraît, dans l'opinion, impliquer une énumération des apports des époux; par conséquent, une révélation de l'état de la fortune. Peut-être faut-il invoquer aussi une certaine prolétarisation du Droit Civil, en ce sens qu'il y a beaucoup moins de dots constituées en capital, qu'il n'y en avait au siècle précédent. La dot - (la dot en capital) - joue certainement dans la psychologie du mariage un rôle très amoindri par rapport à ce qu'elle fût à l'époque de Balzac et de son roman "Le contrat de mariage".

Il n'y a plus de dot, ou s'il y en a une, l'idée des époux est qu'elle doit être dépensée immédiatement, si bien qu'il est inutile de la mentionner dans un contrat de mariage, puisqu'il n'y aura pas à la restituer.

D'autre part, beaucoup d'intéressés méconnaissent l'utilité que peut présenter le contrat de mariage pour la protection des apports personnels des époux, et par là même pour la protection de la femme.

Peut-être faut-il supposer aussi qu'une confiance plus grande préside la formation des mariages. Le mariage est peut-être moins considéré comme une affaire d'argent, si bien que la défiance est moindre entre les familles.

b - Un autre sondage est l'oeuvre de Monsieur Poisson, clerc de notaire à Paris. Ce sondage porte sur les contrats de mariage passés de 1900 à 1942 dans l'étude d'un notaire parisien. Il a été publié en annexe, dans le recueil des Actes du Congrès des notaires de France, 1953, page 120 et suivantes.

Tandis que l'enquête de Me Grimaud tendait à faire apparaître le nombre des contrats de mariage, et par défalcation le pourcentage des régimes légaux, l'étude de Monsieur Poisson vise à faire apparaître la répartition à l'intérieur des contrats de mariage des différents types de régimes matrimoniaux.

En 1900-1904, 14% de séparation de biens, 79% de communauté parmi les contrats de mariage de cette étude, et 6% de ce qu'il appelle les "régimes mixtes" (régime dotal ou séparation de biens, avec communauté d'acquêts).

En 1910-1914, 9% de séparation de biens; 86% de communauté. Plus de régime mixte.

En 1915-1919, 21% de séparation de biens, 79% de communauté.

En 1930-1934, 47% de séparation de biens, 53% de communauté.

En 1940-1944, 56% de séparation de biens, 44% de communauté.

En 1945-1949, 66% de séparation de biens, 34% de communauté.

On constate donc une progression sensible des séparations de biens contractuelles sans que toutefois la communauté d'acquêts soit éliminée. Elle continue à représenter un massif assez important dans la statistique.

D'ailleurs, une correction devrait être apportée à ces chiffres, ainsi que l'indique Monsieur Poisson lui-même; dégager les seules préférences législativement significative, c'est-à-dire pour faire apparaître les préférences des véritables nouveaux ménages français. Il convient d'éliminer les étrangers qui calquent assez souvent, dans leurs contrats de mariage, leur régime matrimonial, lequel est assez souvent, un régime de séparation de biens.

Il convient d'éliminer également les divorcés. En effet, ils ont tendance à faire leur nouveau contrat de mariage, en fonction des déboires qu'ils ont éprouvés dans l'expérience antérieure. Ou éliminer encore les veufs ayant des enfants d'un premier lit. Il est notoire que cette catégorie adopte assez souvent, la séparation de biens systématiquement - dans un dessein d'ailleurs très légitime - parce que ce régime paraît garantir le mieux les droits des enfants du premier lit.

Ayant ainsi procédé à des rectifications, nous arrivons aux pourcentages suivants de séparations de biens :

1930-34	34%
1940-44	45%
1945-49	49%

Par conséquent, la proportion des séparations de biens s'abaisse quand on la calcule sur les seuls ménages français à leur première expérience conjugale. Au demeurant, il est essentiel de relever qu'il s'agit d'une étude parisienne. Il est certain que les grandes villes - et notamment Paris- sont plus favorables à la séparation de biens que la moyenne du pays.

Une observation, pour terminer, sur l'utilisation législative de ces données statistiques. De la proportion des mariages sans contrat aux contrats de mariage, des indications peuvent être tirées quant aux préférences de la masse. Mais la répartition des contrats de mariage entre les divers types de régime conventionnel ne permet pas de conclusion, quant à ces préférences. Elles révèlent seulement les préférences d'une minorité : celle qui fait un contrat de mariage - c'est-à-dire, selon toutes

vraisemblances, les préférences des classes sociales supérieures et moyennes à l'exclusion des ouvriers et paysans pauvres, ce qui réduit beaucoup la légitimité d'une projection législative.

B - LES ENQUETES D'OPINION

L'enquête précitée de H. Chombard de Lauwe comporte une question relative à l'appréciation du régime matrimonial. Le questionnaire présentait une option entre "contrat de mariage" et "communauté". Dans les trois catégories sous-professionnelles, la répartition a été la suivante :

	Contrat	Communauté
Ouvriers	19	43
Intermédiaires	31	39
Aisés	59	6

Environ 20% sans opinion.

Cette question appelle des observations méthodologiques. Les résultats sont assez décevants parce que la question était entachée d'équivoque. L'équivoque vient, en partie, de l'ambiguïté sociologique de nos régimes matrimoniaux. En effet, un régime comme la communauté de biens est sociologiquement équivoque. Il a des inconvénients pour la femme, et l'on voit peut-être davantage ces inconvénients dans la perspective moderne, à savoir que l'administration de la communauté appartient au mari; la femme a donc moins d'indépendance. Mais d'un autre côté, c'est un régime qui présente des avantages pour la femme. Dans les pays de l'Europe de l'Est, par exemple, la communauté d'acquêts a paru un régime favorable à la femme, parce qu'il la fait participer aux acquêts faits par le mari, tandis que la séparation de biens ne lui permet pas d'y participer. Si l'on ne combine pas la séparation de biens avec une société d'acquêts, elle peut être un régime très défavorable à la femme, dans une économie où le travail professionnel de celle-ci n'est pas absolument général, et peut être, en tout cas, dans le cours d'une vie, moins lucratif que le travail du mari.

En outre, la formulation même du questionnaire était équivoque, car la question : préférez-vous un régime de contrat de mariage à un régime de communauté ? n'est pas très claire pour un juriste.

Qu'entend-on par contrat de mariage ? Est-ce que cela veut dire séparation de biens ? Est-ce que cela veut dire communauté réduite aux acquêts ?

D'autre part, l'idée de contrat de mariage (et certains des enquêtes y ont aperçu cet aspect), évoque l'idée d'une preuve,

celle des apports, et "souhaiteriez-vous un contrat de mariage"? **peut** être entendu : voulez-vous avoir une preuve de vos apports? Si bien que le questionnaire était formulé défectueusement.

Un questionnaire d'enquête, en sociologie juridique, ne doit pas être rédigé en termes juridiques. Mais, même rédigé en fait, il aurait dû être plus explicite, si bien que cette enquête d'opinion n'apporte pas grand chose, du moins de notre point de vue de juriste.

§ 2 - LA PRATIQUE DU REGIME MATRIMONIAL

Une observation importante provient du fait que le régime matrimonial n'est pas une réalité quotidiennement vécue par le couple. On ne se sent pas chaque jour mari et femme réduits aux acquêts; il ne faut pas se représenter le régime matrimonial comme un continu qui régirait jour après jour la vie des époux; c'est plutôt un discontinu, une grisaille avec de temps en temps - et souvent à plusieurs années d'intervalle - des traits lumineux, des traits spécifiquement juridiques qui mettent le régime matrimonial à nu, lorsque, par exemple, il faut vendre un immeuble, lorsqu'il faut faire ouvrir un compte en banque, ou lorsqu'il faut liquider une succession. Notre système des récompenses, des comptes, entre les trois patrimoines, est assez révélateur de ce qu'est, en réalité, le régime matrimonial.

Ce serait une erreur, du point de vue juridique, que de se représenter ces systèmes comme une tenue quotidienne de comptes entre époux, comme si le mari avait trois livres de comptes où tous les jours il inscrirait les mouvements d'un patrimoine à un autre. En réalité, on ne fait entrer dans le règlement des récompenses, que les grandes opérations qui laissent des traces juridiques.

En ce qui concerne la répartition des pouvoirs dans le régime matrimonial, il existe d'importants phénomènes d'ineffectivité; nous avons rencontré de ces phénomènes à propos des rapports personnels, mais il en existe aussi dans les rapports patrimoniaux.

Des observations limitées, qui ont pu être faites à ce sujet, deux conclusions en forme d'hypothèse, pourraient être dégagées. D'abord, il existe une force d'inertie qui s'oppose souvent au pouvoir dont la femme peut être juridiquement pourvue. Ensuite, il s'établit, fréquemment, un équilibre de pouvoirs spontané à l'intérieur du couple. Cet équilibre de pouvoirs qui peut être en accord - ou non - avec le droit positif, mais il y a une tendance à l'équilibre de pouvoir, quelle que soit sa structure, sa répartition que le droit positif a voulu établir.

A - LA FORCE D'INERTIE

Beaucoup de dispositions égalitaires, que le Droit a voulu établir ou que les contrats de mariage veulent instituer en faveur de la femme, demeurent ineffectives par une sorte de force d'inertie; le phénomène est très ancien.

Nous en trouvons un exemple historique à propos de la séparation de biens. Ce régime entend conférer à la femme une autonomie dans l'administration de ses biens propres. L'expérience montre que, de tout temps, la femme finit par se fatiguer de cette indépendance qu'elle a voulu se réserver par le contrat de mariage (ou que ses parents ont voulu lui réserver). Si bien, qu'en fait, elle abandonne l'administration de ses biens au mari. Le phénomène est si fréquent que le droit lui-même en a tenu compte. C'est un phénomène d'ineffectivité qui a été, pour ainsi dire, "canonisé" par le Droit.

Le Code Civil déclare que la femme séparée de biens administrera ses propres, que la femme dotale administrera ses paraphernaux, mais les articles 1539 et 1578 viennent nous dire ce qui se passera si la femme n'a pas profité en fait de ces dispositions. Si elle a laissé l'administration et la jouissance de ses biens propres et de ses paraphernaux au mari, sans lui donner mandat exprès de les administrer, mais sans faire opposition à ce qu'il les administre, le mari sera seulement tenu de lui restituer les revenus qui subsistent, les revenus existants; il ne sera pas comptable des revenus qu'il a consommés.

Nous sommes d'autre part, avertis de certains phénomènes d'ineffectivité, non pas par des enquêtes systématiques, mais par des informations empiriques qui viennent de tous côtés, en ce qui concerne certaines réformes modernes qui s'étaient proposées de conférer plus d'indépendance à la femme. C'est ainsi que la loi du 13 Juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée, est restée pendant longtemps à peu près lettre morte : les banques et les notaires se refusaient à en tenir le moindre compte.

La prudence était de leur côté; il faut reconnaître que les problèmes de preuve de l'origine des biens - car ces droits, cette indépendance de la femme n'existent qu'à l'égard des biens provenant de son travail - étaient mal réglés; certaines dispositions légales étaient incertaines. Les notaires, les banques, les milieux d'affaires étant responsables, pouvaient être fondés à opposer une force d'inertie aux femmes, d'ailleurs peu nombreuses, qui réclamaient l'application de la loi.

Depuis 1942, depuis la réforme qui a incorporé la loi de 1907 au Code, il y a peut-être eu un léger progrès dans l'application.

Néanmoins, il ne faut pas dire que cette loi soit effective à 100%. De même les réformes de 1938-1942, qui ont donné une capacité de principe à la femme et lui ont conféré certains droits propres dans le régime de communauté, sont loin, elles aussi, d'avoir pénétré dans la pratique. Ici encore, banques et hommes de loi opposent la prudence, et du même coup l'inertie.

La tendance des notaires, même à l'heure actuelle, est de toujours faire signer le mari à côté de la femme, chaque fois que cela est possible, c'est-à-dire chaque fois que le mari est présent et que l'entente règne dans le couple. Ce n'est que dans les hypothèses de séparation de fait, ou d'absence du mari, que l'on songera à étudier la loi et les réformes de 1938-1942, pour voir si l'on peut se contenter de la seule signature de la femme, ce qui est vrai au moins dans un certain nombre de cas. De même, pour les procès intéressant la femme : il est un certain nombre de cas où celle-ci, aujourd'hui, pourrait rester seule en justice. Mais les avoués, le plus souvent possible, préfèrent mener la procédure pour ou contre les deux époux à la fois.

Bref, nous constatons une large ineffectivité des réformes égalitaires.

L'ineffectivité vient pour partie de la femme elle-même qui ne réclame pas la totalité de ses droits. Mais elle vient aussi des techniciens du droit (au sens large du terme), qui, par peur des responsabilités, prudence ou routine, n'appliquent pas les dispositions nouvelles de sens égalitaire.

B - L'EQUILIBRE DES POUVOIRS

Il convient de faire état d'un sondage à petite échelle, qui avait été fait, ici même, par une équipe de vos prédécesseurs, par enquête, enquête dans la rue, ou à domicile, en partie dans la région parisienne, en partie dans un village de Haute-Savoie et en partie dans un village de Vendée - enquête à toute petite échelle puisque, finalement, il y avait seulement 44 réponses.

Les quatre premières questions de cette enquête intéressent ce problème de l'équilibre des pouvoirs.

La première était la suivante : "Qui, dans votre ménage, a décidé de l'achat d'une automobile ?" C'était une des bases de l'enquête; il s'agit de gens mariés sans contrat, par conséquent sous le régime de la communauté de meubles et d'acquêts.

Le mari, d'après le Code Civil, a plein pouvoir pour acheter une voiture. Or, nous constatons que, si pour onze ménages, c'est le mari qui a décidé seul, pour trente trois ménages, c'est le mari et la femme conjointement.

Deuxième question : Qui décidera de vendre la voiture ?" Dans treize ménages, le mari. Dans vingt-neuf ménages, les deux ensembles. Dans deux ménages, la femme.

Donc on peut constater, une certaine tendance à la décision en main commune.

Troisième question : "Est-ce le mari - ou la femme - qui s'occupe, des biens apportés par la femme ?"

Au passage, il faut signaler une certaine ambiguïté de la question : pour un régime de communauté de meubles et d'acquêts, elle peut viser des meubles tombant en communauté, qui sont dans le pouvoir de disposition du mari, mais elle peut concerner aussi les immeubles de la femme, dont le mari a seulement l'administration.

Quoiqu'il en soit, la répartition est la suivante :

Le mari	:	22
La femme	:	9
Ensemble	:	13

Ici encore, on voit une certaine tendance à ne pas suivre la solution légale, à adopter assez largement la main commune.

Enfin, dernière question : "Est-ce que la femme s'intéresse à la façon dont le mari s'occupe de ses biens ?", le mot "s'intéresse" est une formule vague; - peut-être la question était-elle vague -, ce qui expliquerait qu'il y ait eu 13 cas d'absence de réponse.

La femme s'intéresse à la gestion des biens du mari dans 11 cas, et ne s'y intéresse pas dans 12. Juridiquement, elle n'a pas à s'y intéresser, mais en fait, on peut concevoir qu'elle le fasse. Le terme est d'ailleurs vague, mais l'on constate ici encore, des réponses qui sont des réponses de moeurs, non pas des réponses de droit.

SECTION II

SOCIOLOGIE DES SUCCESSIONS

Le droit des successions demeure important dans l'enseignement du droit. C'est qu'il y a là des problèmes théoriques et pratiques qui sont techniquement difficiles. Il existe d'ailleurs, dans ce domaine, un mouvement législatif récent qui est considérable : les réformes successorales de 1938 et de 1961, en matière de rapport et de partage; les réformes successorales de 1930 et 1957, qui ont promu le conjoint survivant dans la hiérarchie successorale.

Cependant, c'est une opinion fréquemment émise chez les civilistes, que le droit des successions, a subi, à notre époque, une relative décadence - comme d'ailleurs le droit des régimes matrimoniaux -, et l'on relie cette décadence à un mouvement plus général que l'on appelle, la prolétarianisation du droit civil.

Une recherche thématique sommaire, menée dans les tables du recueil de Jurisprudence Dalloz corroborerait cette impression.

Si l'on fait masse des mots succession, testament et partage, dans les colonnes des tables annuelles du recueil Dalloz, on constate pour 1858, sept colonnes relatives à ces trois mots intéressant les successions, alors qu'en 1908 il n'y a plus que deux colonnes, et en 1962, une colonne et demie, (et encore les colonnes sont-elles devenues plus étroites).

Sans doute, nous savons qu'il est fallacieux de tirer des conséquences de la jurisprudence publiée à la jurisprudence globale, et de la jurisprudence globale au Droit lui-même, et encore plus, d'ailleurs, du droit à la réalité sociologique. Il est probable, sans préjudice d'autres raisons, que dans notre matière, le contentieux a été fortement réduit, à l'époque contemporaine, par la crainte des répercussions fiscales. Le fisc a, en quelque sorte, soudé la famille contre lui : c'est pourquoi, il y a moins de procès entre héritiers au sujet des successions. Mais on n'est pas fondé, pour autant, à conclure que les successions tiennent moins de place dans la réalité sociologique.

Un doute, cependant, est jeté. Et nous avons le devoir de tirer la chose au clair en nous interrogeant sur la réalité sociologique de notre sujet.

La sociologie des successions a-t-elle un caractère d'actualités, ou au contraire, est-elle en dehors de l'actualité ? Le droit des successions est-il sociologiquement en décadence, si bien que cela pourrait expliquer un certain éloignement de la sociologie générale à l'égard de cet ordre de problèmes ?

Essayons de répondre à ces interrogations. Assurément, la sociologie des successions, en apparence, est peu active. En comparaison de l'intensité des recherches portant sur les relations personnelles du droit de la famille, notamment sur les relations personnelles entre parents et enfants, on ne peut que constater la très grande rareté des recherches sociologiques relatives aux successions, que ce soit en France, ou que ce soit, par exemple, aux Etats-Unis.

Cependant, il convient de dépasser cette apparence; peut-être notre conception juridique des successions est-elle trop étroite et nous empêche-t-elle d'apercevoir une notion sociologique plus étendue, où il se peut que la recherche soit plus considérable.

A la vérité, il y a deux notions de la succession. Il y a la notion juridique à laquelle nous sommes habitués : la succession est la transmission du patrimoine par le fait de la mort. C'est dans la perspective de cette tradition que j'ai placé l'étude sociologique des successions sous la rubrique des relations patrimoniales. Mais, il y a une notion sociologique de la succession qu'il faudrait construire, car elle n'est pas construite, même chez les sociologues. Or, elle dépasse la notion patrimoniale. La succession, au sens sociologique - qui serait un sens large - devrait être définie comme la transmission, par l'effet de la mort, de l'ensemble des avantages patrimoniaux et extra-patrimoniaux appartenant à une personne. Il y aurait alors deux types de succession : le type classique, traditionnel, la succession patrimoniale, et un type sociologique nouveau, qui serait la succession extra-patrimoniale. Pour mesurer l'actualité sociologique réelle du droit successoral, il faut avoir égard à l'un et l'autre type.

1°/ La notion patrimoniale de la succession.

C'est là que l'indifférence des sociologues, se manifeste le plus nettement.

Les causes de cette indifférence semblent tenir à ce que la succession apparaît, aux yeux des sociologues de sociologie générale, comme un accessoire, par rapport à deux autres institutions qui, elles, seront plus souvent étudiées, à savoir la famille et la propriété. La succession se place à l'intérieur

de la famille et elle opère une dévolution de la propriété.

En sociologie, la succession est couramment étudiée comme un accessoire de la famille. Pour ne rien dire des études ethnologiques sur la question, (où il semble que les successions, dans la société primitive, sont présentées comme un appendice de la structure familiale) à s'en tenir à la sociologie des sociétés modernes. La secondarité de la succession par rapport à la famille semble une constante.

Dans les études consacrées à la famille française, la restriction du degré successible (le passage en 1917, du 12^o degré en ligne collatérale-, au 6^o degré) sera toujours présentée comme un reflet du rétrécissement du cercle familial (de la famille étendue à la famille étroite); jamais on n'a examiné ce phénomène à titre principal.

La vision de la famille a étouffé ici l'attention que l'on pourrait porter au phénomène successoral.

D'autre part, la succession est envisagée comme quelque chose de secondaire par rapport à la propriété. Ici encore, il faut regretter cette subsidiarité.

Sans doute, il y a un lien entre l'institution de la propriété privée et celle de l'héritage, lien marqué dans la philosophie, en quelque sorte, du droit de propriété.

Il est classique de vouloir abolir le droit de propriété en abolissant l'héritage; beaucoup de socialistes du XIX^e siècle, ont soutenu cette thèse.

La Révolution Française avait eu une autre idée : diviser la propriété pour réaliser un idéal de petite propriété, en divisant les héritages - c'est-à-dire en multipliant les héritiers à égalité.

A notre époque, enfin, la fiscalité des mutations par décès a été également liée aux tendances socialistes.

Cependant, la pensée du socialisme scientifique s'est éloignée de ces points de vue liant les successions et la propriété. Plus exactement, elle les a niés.

Pour le socialisme scientifique, c'est un peu une amulette que de vouloir agir sur la propriété par l'intermédiaire du droit successoral. Karl MARX lui-même disait déjà que la socialisation ne se ferait pas par l'intermédiaire du droit des successions; que ce serait une méthode de détail. Une fois collectivisés les instruments de production dans une société où il n'y a

plus d'autre propriété que celle des biens personnels - comme sont les sociétés des pays socialistes. Le problème de l'héritage devient secondaire, et du même coup, on se désintéresse de la sociologie de l'héritage. S'il n'y a plus de propriété que de biens insignifiants quelle peut être l'utilité socialiste d'une abolition de l'héritage ?

Si l'héritage revenait à l'Etat, cela n'aurait d'autre résultat pratique que de lui faire revenir à des biens personnels, c'est-à-dire économiquement insignifiants. Il vaut mieux appeler la famille à recueillir cette collection de meubles sans intérêt; la famille héritière est conservée en quelque sorte, pour débarasser les greniers.

L'Etat socialiste se désintéresse, d'ailleurs, de ce problème, qui avait passionné notre Révolution : empêcher les concentrations de propriété qui pourrait résulter d'un système successoral inégalitaire et de la liberté des dispositions à titre gratuit. C'est sans intérêt, parce que cela ne concerne plus que des biens secondaires. Ce qui explique que dans le régime successoral des pays socialistes, on préfère le conjoint survivant aux collatéraux, quoique la vocation du conjoint survivant soit un facteur de concentration de l'héritage (il est seul, tandis que les collatéraux peuvent être nombreux). En définitive, on voit comment la sociologie de l'héritage a perdu toute espèce d'intérêt politique au regard de la pensée socialiste. Ce qui est une cause de plus de l'indifférence qui l'enveloppe à notre époque.

Mais, cette indifférence concerne beaucoup moins la notion extra-patrimoniale de la succession.

2°/ Notion extra-patrimoniale de la succession.

La conception traditionnelle de la succession, la transmission du patrimoine d'un mort, ne traduit probablement qu'un moment dans l'évolution de l'institution.

Il y a dans la notion de succession, des aspects non-patrimoniaux qui sont essentiels et la sociologie des successions devrait être sans doute plutôt une sociologie du temps, une sociologie des générations, une sociologie de la mort, qu'une sociologie de la propriété.

Si nous remontions au droit primitif, nous trouverions, sans doute, que la notion archaïque de la succession, est celle d'une transmission d'éléments extra-patrimoniaux, la transmission du nom, de l'âme, de la personnalité du mort.

Tel est l'élément primitif de la succession et la transmission patrimoniale n'a été qu'un élément surajouté destiné à accompagner l'autre. Plus généralement, on peut se demander si partout **la** première forme de succession n'a pas été la succession dynastique, au sens large du terme, la succession dans les pouvoirs de chef, l'héritage portant sur les biens ayant suivi comme un phénomène second pour pourvoir à la fonction, pour lui fournir un substrat économique.

Or, dans la société du XX^e siècle, où l'héritage patrimonial est obligé de se cacher à cause des craintes fiscales, ou bien même peut-être franchement en décadence. On constate que la forme extra-patrimoniale de la succession demeure quelque chose de très vivant. Peut-être même cette forme extra-patrimoniale de la succession a-t-elle gagné en importance, par cela même que la forme patrimoniale subissait une certaine éclipse.

Dans une société anonyme, par exemple, il y a deux choses à distinguer : l'héritage des actions et l'héritage des postes dans le conseil d'administration - la succession patrimoniale, et la succession extra-patrimoniale. Une étude sociologique de l'héritage doit embrasser les deux phénomènes. On pourrait constater que lorsqu'une entreprise est nationalisée, il n'y a plus d'**héritage de** la première forme; la succession patrimoniale n'existe plus. Il y a suppression de la matière même du droit successoral puisqu'il n'y a plus de propriété privée. Mais la seconde forme d'héritage subsiste, et l'on peut se transmettre des postes dans les conseils d'administration des entreprises nationalisées; on peut se les transmettre de père en fils, et c'est une reconstitution de l'héritage. Même extra-patrimoniale, elle a une extrême importance.

Il y a là un ordre de recherche qui est devenu familier à la sociologie contemporaine. Sous cet aspect, nous avons, cachée, une sociologie de l'héritage qui n'est pas consciente d'en être une. Dans quelle mesure la condition sociale d'un individu est-**elle** déterminée par celle de ses parents, ou de ses grands-parents ?

Ainsi, nous avons des enquêtes sur l'origine sociale des étudiants plus généralement, sur la stratification ou la mobilité sociale. Ce sont des études sociologiques de droit successoral extra-patrimonial. Il convient de citer, par exemple, l'étude d'Alain GIRARD sur "La réussite sociale en France, ses caractères, ses lois et ses effets", où, à partir d'un échantillon constitué avec un certain nombre de personnalités de la société française, dont on peut dire qu'elles ont socialement réussi, il s'est efforcé de déterminer dans quelle mesure cette réussite sociale était en corrélation avec la catégorie sociale professionnelle à laquelle appartenaient les parents. C'est une application de la sociologie de l'héritage.